Audience publique du quatre juillet deux mille treize

Numéro 36784 du rôle

Composition:

Eliane EICHER, président de chambre,
Marianne PUTZ, premier conseiller,
Agnès ZAGO, conseiller,
Lex BRAUN, greffier.

E n t r e

A.), employé privé, demeurant à L-(...),

appelant aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Patrick KURDYBAN de Luxembourg du 28 septembre 2010,

comparant par Maître Isabelle GIRAULT, avocat à la Cour à Luxembourg,

e t

la société en commandite simple **Soc.1.) S.e.c.s.**, établie et ayant son siège social à L-(...), représentée par ses organes statutaires actuellement en fonctions, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro B...,

intimée aux fins du susdit exploit KURDYBAN,

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

LA COUR D'APPEL :

Revu l'arrêt rendu en cause le 21 juin 2012.

Il est rappelé que par acte d'huissier du 20 octobre 2008, A.), ayant été employé au SOC.1.) en qualité de technicien machines à sous du 1^{er} juin 2006 jusqu'au 15 mai 2008, fin du préavis suite à sa démission, a fait donner assignation à la société en commandite simple SOC.1.) - ci-après SOC.1.) - à comparaître devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière civile pour l'entendre condamner à lui verser le montant de 21.850 € au titre des primes compensant le manque à gagner des techniciens machines à sous suite à la modification du mode de répartition des pourboires reçus des clients machines à sous, évalués à 950 € par mois, sous réserve de réévaluation, augmentée du montant des pourboires qu'il aurait dû percevoir de 2006 à 2007.

Par jugement rendu contradictoirement le 10 mars 2010, le tribunal a déclaré la demande non fondée, et condamné A.) au paiement d'une indemnité de procédure de 750 € à SOC.1.).

De cette décision A.) a relevé appel par acte de l'huissier de justice Patrick KURDYBAN de Luxembourg du 28 septembre 2010.

Il conclut à la réformation du jugement entrepris et à l'adjudication de sa demande.

L'intimée se rapporte à prudence de justice en ce qui concerne la recevabilité de l'appel en la forme et en ce qui concerne la compétence ratione materiae de la Cour d'appel, statuant en matière civile.

Au fond elle demande de confirmer le jugement de première instance.

Par l'arrêt du 21 juin 2012, la Cour d'appel a déclaré l'appel recevable et ordonné la révocation de l'ordonnance de clôture et la réouverture des débats pour permettre aux parties de prendre position quant à la légalité de l'article 57, alinéa 3 du règlement grand-ducal du 12 février 1979.

Aux termes de l'article 57, alinéa 3 du règlement grand-ducal du 1^{er} juin 1983 modifiant le règlement grand-ducal du 12 février 1979 pris en exécution des articles 6 et 12 de la loi du 20 avril 1977 relative à l'exploitation des jeux de hasard et des paris relatifs aux épreuves sportives : « Les contestations entre employeurs et employés auxquelles pourrait donner lieu l'attribution des pourboires sont du ressort exclusif de la juridiction de droit commun. »

A.) demande acte de ce qu'il a assigné devant le tribunal civil en application de la loi, partant qu'il soit dit que l'affaire a été valablement introduite.

SOC.1.) demande également qu'il soit dit que les juridictions de droit commun sont compétentes pour statuer sur le litige.

Il cite l'article 57 du règlement grand-ducal dans sa version originale du 12 février 1979, libellé comme suit :

« Les employés des salles de jeux ne sont autorisés à accepter les pourboires qui peuvent être offerts par les joueurs qu'en vertu d'une simple tolérance, toujours révocable en cas d'abus. *Les pourboires appartiennent à la société.* Ils doivent être immédiatement versés dans une tirelire par celui qui les reçoit : aucun employé ne peut en détenir par devers lui tout ou partie. Ils sont comptabilisés chaque jour dans un registre dont le modèle sera arrêté par décision du Ministre des Finances.

Un compte « pourboires » est ouvert pour la constatation journalière du montant intégral des pourboires reçus. »

SOC.1.) fait plaider que l'encaissement des sommes laissées par les clients ne relève pas du contrat de travail, mais d'un simple contrat de mandat entre l'employeur et le salarié par lequel le salarié reçoit mandat d'encaisser ces sommes pour compte de SOC.1.), qu'un tel contrat est hors du champ d'application du contrat de travail et par là-même des dispositions du droit du travail ; que le litige relève du droit commun, et est donc de la compétence des juridictions de droit commun.

Le fait que l'article 57 tel que modifié par le règlement grand-ducal du 1^{er} juin 1983 ne reprenne plus expressément que ces sommes versées appartiennent à la société ne changerait rien à la ratio legis sous-jacente que l'encaissement des sommes se fait pour compte de l'employeur hors contrat de travail, mais sur base d'un mandat purement civil.

Les dispositions de l'article 57 du règlement seraient dès lors parfaitement légales et A.) aurait agi à juste titre devant le tribunal civil.

Il s'impose d'examiner l'objet de la demande. A ces fins il y a lieu d'exposer les positions des deux parties telles qu'elles résultent des conclusions ayant été notifiées en cause.

La position de A.) :

En premier lieu, A.) fait valoir qu'il a été spolié des pourboires relevant du tronc commun ; il aurait constaté que les pourboires versés par les clients de SOC.1.) n'étaient pas reversés au titre de gratifications à l'ensemble des salariés, mais servaient à payer une grande partie de la rémunération de ces derniers.

Il y aurait détournement, à tout le moins intellectuel, de sommes qui sont destinées à bénéficier aux salariés, en complément de leurs rémunérations contractuellement fixées, sommes qui ne sont pas destinées à permettre à l'employeur de ne pas respecter ses obligations légales, à savoir

payer le salaire de ses salariés avec des deniers relevant de son chiffre d'affaires.

Il aurait démontré que les clients versent des sommes dans le tronc commun afin de rétribuer les salariés de SOC.1.), sans que leur choix ne soit à aucun moment dicté par la volonté de participer au financement de leurs rémunérations ; il s'agirait d'une libéralité.

L'appelant reproche au tribunal de s'être contenté de dire que le mode de répartition avait été décidé dans le cadre d'une convention collective acceptée par les représentants de l'employeur et ceux des salariés sans se demander si cela n'est pas de nature à contrevenir à la loi modifiée de 1977, aux droits des salariés, mais aussi aux droits des clients et de ce fait à l'ordre public.

Il n'aurait jamais cherché à remettre en cause l'interdiction faite aux salariés de SOC.1.) de bénéficier directement des pourboires ; ceci ne devrait cependant pas être confondu avec leur droit de bénéficier de l'argent perçu via le tronc commun et partant, ne pas permettre de faire tomber cet argent dans la poche de l'employeur.

Le système mis en place par SOC.1.) avec l'aval des partenaires sociaux violerait la réglementation qui interdit le détournement au seul profit de l'employeur des pourboires laissés par les clients.

L'interdiction de récolter directement des pourboires ne devrait pas être interprétée comme interdisant aux salariés de bénéficier in fine de l'argent déposé dans le tronc commun par les clients de SOC.1.) au titre de pourboires.

SOC.1.) aurait trouvé un moyen de faire peser sur le client le paiement des salaires de ses salariés ; les pourboires seraient détournés de leur finalité, à savoir une libéralité qu'on donne en sus comme un signe de satisfaction ; il y aurait un système illégal et en tout cas opaque car ne permettant ni aux salariés, ni aux clients d'avoir une information claire sur les modalités de répartition et d'utilisation des pourboires ; il y aurait captation illégale de pourboires pour payer les salaires.

L'appelant conteste l'existence d'un quelconque accord préalable, voire d'une quelconque information transmise par SOC.1.) lors de son embauche concernant la finalité des pourboires remis dans le tronc.

Il y aurait lieu de s'interroger sur la contradiction entre les règles posées par le règlement de 1979 qui impose clairement une information explicite du mode de répartition déterminé par les partenaires sociaux et la réalité qui consiste dans le simple renvoi dans le contrat de travail à une convention collective de travail.

En second lieu, A.) déclare avoir été écarté d'un système permettant plus spécifiquement aux techniciens machines à sous (catégorie dont il

faisait partie) de compenser la perte de revenus à raison d'une modification du mode de répartition des pourboires remis directement par les clients des machines à sous. Cette modification aurait été opérée par un avenant à la convention collective signée le 13 juillet 2006, soit presque deux mois après la signature de son contrat de travail ; cet avenant l'aurait écarté du système de compensation en décidant que la prime mensuelle serait versée aux techniciens machines à sous engagés à cette fonction au 1^{er} avril 2006. Le caractère rétroactif de mise en œuvre de cet avenant serait contraire à ses droits.

Il aurait acquis un droit à percevoir des primes compte tenu de sa qualité de technicien oeuvrant dans la salle des automates. Il n'aurait, au moment de signer son contrat de travail, pas eu connaissance du fait que la convention collective allait être amendée par un avenant signé le 13 juillet 2006 et qui allait avoir pour conséquence de lui faire perdre des montants non négligeables.

La perspective de bénéficier de primes en sus de sa rémunération aurait été dans son chef un élément déterminant, sinon du moins important, au moment de signer son contrat de travail.

SOC.1.) ne saurait se retrancher derrière une injonction à visée fiscale pour justifier la rétroactivité de la « Zusatzvereinbarung » du 13 juillet 2006 concernant le versement des primes.

La position de SOC.1.) :

L'intimée explique le système de rémunération des employés au sein de SOC.1.).

Contrairement à un système de rémunération traditionnel, les salariés de la plupart des casinos à travers l'Europe sont rémunérés sur base des pourboires laissés par les joueurs ; ces pourboires sont rassemblés dans une sorte de tirelire, appelée tronc commun ou « Opferstock » ; toutes les rémunérations des employés des casinos sont ensuite payées sur base des seules recettes du tronc.

Au vu de la taille du SOC.1.), la situation de SOC.1.) ne permet toutefois pas de générer un tronc qui permette d'assurer sur base des seuls pourboires les salaires des employés de SOC.1.) ; il verse une subvention, « Bezuschussung », une « Troncstützungsprämie » ainsi qu'une « Troncaufkommenprämie ».

SOC.1.) déclare que tous les pourboires laissés par les joueurs sont, par principe, regroupés dans un tronc ; que ce tronc est géré, sur base d'un contrat fiduciaire, par SOC.1.) ; que ce tronc est destiné à couvrir les rémunérations de toute nature des employés de SOC.1.) ; que l'utilisation du tronc est réglementée par la convention collective et est contrôlée, à intervalles réguliers, par la « Troncprüfungscommission » ; que les rapports de cette commission font l'objet d'un contrôle des autorités chargées de la surveillance de SOC.1.).

Les pourboires ne forment pas une partie intégrante ou un accessoire de salaire, mais sont, de par la volonté expresse du législateur, soustraits à l'emprise de la notion de salaire ou de rémunération.

Ils ne reviennent pas à titre privatif aux salariés individuels, mais ils reviennent à titre collectif à tout le personnel de SOC.1.).

SOC.1.) déclare n'avoir retenu aucune somme dans le tronc. Il conteste tout reproche quant à un prétendu détournement du tronc à son propre profit.

Les pourboires constitueraient la rémunération même. L'appelant aurait bien eu ce qu'il réclame dans son assignation et aurait même eu plus que sa part des pourboires laissés par les clients, car moyennant les primes SOC.1.) aurait complété les pourboires laissés par les clients.

L'appelant resterait en défaut d'expliquer en quoi la disposition relative au tronc serait contraire aux droits des salariés et à l'ordre public.

SOC.1.) déclare que jusqu'au 1^{er} avril 2006, il y aurait eu une tolérance d'un système dérogatoire applicable pour les techniciens de la salle des machines à sous. Ces pourboires auraient toutefois pris des proportions de plus en plus importantes et auraient dépassé le seuil de tolérance d'un simple pourboire.

Par application d'une directive de l'Administration des Contributions la tolérance a dû cesser ; à partir du 1^{er} avril 2006, les techniciens des machines à sous n'ont plus droit à des pourboires privatifs et sont soumis à la réglementation du tronc.

Pour parer à la situation désavantageuse touchant les salariés qui étaient aux services de SOC.1.) au moment du changement, 1^{er} avril 2006, SOC.1.) se déclara prêt à verser une prime à l'ensemble du personnel de SOC.1.) ; l'accord fut arrêté comme « Zusatzvereinbarung » à la convention collective. A.), engagé sur base d'un contrat de travail du 19 mai 2006, n'avait aucun droit privatif à un pourboire.

Engagé avec effet au 1^{er} juin 2006, A.) ne saurait prétendre au paiement de la prime réclamée. Sa demande en paiement d'une quote-part dans les 2/3 de la prime spécifique devrait être rejetée. Au moment de l'entrée en service de l'appelant, la convention collective excluait certes du système du tronc les pourboires touchés par les techniciens des machines à sous, mais ce système était illégal et a dû être arrêté au 1^{er} avril 2006.

Le nouveau système de primes vaut au seul bénéfice des salariés qui avaient su se créer sur base des dispositions annulées des droits acquis ; A.) n'avait pas de droits acquis. La convention collective avec ses annexes font partie intégrante du contrat de travail.

La « Zusatzvereinbarung » pourrait s'appliquer rétroactivement.

Il appert des conclusions échangées entre parties que les deux chefs de la demande de A.) portent sur l'attribution de pourboires.

Le 19 mai 2006, les parties ont signé un contrat de travail, « unbefristeter Arbeitsvertrag ». A.) fut engagé en qualité d'« Automatentechniker » avec effet à partir du 1^{er} juin 2006. Le salaire mensuel fut fixé à 2.012,14 € brut, indice 625,16.

A.) entend bénéficier d'une partie des pourboires des clients en sus du salaire convenu dans le contrat de travail ; SOC.1.) déclare que les pourboires servent à payer les salaires.

Dans ses dernières conclusions, notifiées le 3 décembre 2012, SOC.1.) dit que ses salariés procèdent simplement à l'encaissement des sommes laissées par les joueurs pour compte de l'employeur, que ces sommes, même qualifiées de pourboires, ne font pas partie de la rémunération des salariés de SOC.1.), qu'elles ne correspondent pas à un droit acquis dans le chef de ses salariés, qu'elles ne forment dès lors pas une partie intégrante ou accessoire de salaire, mais sont, de par la volonté expresse du législateur, soustraites à l'emprise de la notion de salaire ou de rémunération.

SOC.1.) renvoie à ses conclusions du 4 février 2011, dans lesquelles il a dit que les pourboires laissés par les joueurs du Casino ne sont pas des pourboires traditionnels, qu'ils se différencient fondamentalement des pourboires traditionnels qu'un client satisfait donne au serveur et que celui-ci est censé garder par devers lui (quitte à le partager par après avec ses collègues), par le fait que les pourboires versés aux employés du SOC.1.) sont versés dans le pot commun appelé tronc pour ensuite être redistribués à l'ensemble du personnel sous la forme de la rémunération mensuelle des salariés du SOC.1.).

Le problème entre parties ne se situe pas au niveau de l'encaissement, c'est-à-dire au niveau de la modalité de perception des pourboires de la part des joueurs, mais au niveau de l'attribution des pourboires, ainsi que le reconnaissent les deux parties en concluant à la compétence telle qu'édictee par l'article 57, alinéa 3 du règlement grand-ducal du 1^{er} juin 1983. La question de la qualification de l'encaissement des pourboires est dès lors sans incidence.

La question devant être tranchée est celle de savoir si A.) a, ou non, droit à une partie des pourboires laissés par les joueurs, en sus de la rémunération convenue au contrat de travail.

Le paiement requis l'est en raison de la qualité d'employé de A.) à l'égard de SOC.1.), son employeur.

L'article 57, alinéa 3 du règlement du 1^{er} juin 1983 vise expressément les contestations entre « employeurs » et « employés », donc la relation de

travail entre les deux parties lesquelles se réfèrent d'ailleurs à la convention collective de travail.

Aux termes de l'article 25, alinéa 1^{er} du nouveau code de procédure civile : « Le tribunal du travail est compétent pour connaître des contestations relatives aux contrats de travail, (...) qui s'élèvent entre les employeurs, d'une part, et leurs salariés, d'autre part, y compris celles survenant après que l'engagement a pris fin. »

Le règlement grand-ducal du 1^{er} juin 1983 a, par son alinéa 3, modifié la compétence telle que prévue par le nouveau code de procédure civile quant au problème litigieux.

Or, « le règlement est subordonné à la loi ; il doit se borner à la mettre en œuvre, il ne peut ni l'étendre, ni la restreindre, ni la modifier. La loi est une source souveraine, le règlement est une source subalterne par rapport à la loi. » (cf. Introduction à la science du droit, Pierre Pescatore, n° 95).

Aux termes de l'article 95 de la Constitution : « Les cours et tribunaux n'appliquent les arrêtés et règlements généraux qu'autant qu'ils sont conformes aux lois. (...) »

Le règlement grand-ducal du 1^{er} juin 1983 en ce qu'il modifie une loi relative à la compétence n'étant pas conforme à la loi, en l'espèce à l'article 25, alinéa 1^{er} du nouveau code de procédure civile, n'est par conséquent pas appliqué.

Dès lors, l'article 25, alinéa 1^{er} du nouveau code de procédure civile s'applique.

En conclusion de ce qui précède il y a lieu de constater que la juridiction de droit commun est incompétente pour connaître de la demande de A.).

A supposer que seul le tribunal du travail soit compétent, A.) pose la question de savoir s'il n'y aurait pas lieu à évocation par la Cour identiquement constituée, mais statuant en appel du tribunal du travail.

Ces conclusions sont à rejeter. S'il est exact qu'une chambre de la Cour d'appel peut connaître aussi bien d'une affaire d'appel en matière civile que d'une affaire d'appel en matière de droit du travail, toujours est-il que les règles de compétence doivent avoir été respectées en première instance. Tel n'est pas le cas en l'espèce, une juridiction incompétente ayant été saisie en première instance et ayant tranché le litige.

L'appelant conclut à l'octroi d'une indemnité de procédure de 2.000 € par instance.

SOC.1.) conclut à l'octroi d'une indemnité de procédure de 2.000 €.

Eu égard à la décision à intervenir, les deux demandes sont à rejeter ; l'appelant est à débouter de sa demande en tant que partie qui succombe et qui ne peut donc pas prétendre au bénéfice des dispositions de l'article 240 du nouveau code de procédure civile ; quant à la demande de l'intimé, l'iniquité n'est pas établie.

PAR CES MOTIFS

la Cour d'appel, neuvième chambre, siégeant en matière civile, statuant contradictoirement, sur le rapport du magistrat de la mise en état,

en continuation de l'arrêt du 21 juin 2012,

réformant :

dit que la juridiction de droit commun est incompétente pour connaître de la demande de A.),

dit les demandes présentées sur base de l'article 240 du nouveau code de procédure civile non fondées,

en déboute,

condamne A.) aux frais et dépens des deux instances et en ordonne la distraction au profit de Maître Louis BERNS, avocat constitué qui la demande, affirmant en avoir fait l'avance.

La lecture du présent arrêt a été faite en la susdite audience publique par Eliane EICHER, président de chambre, en présence du greffier Lex BRAUN.