Exempt - appel en matière de travail

Audience publique du dix-neuf décembre mil neuf cent quatre-vingt-seize.

Numéros 18389 et 18390 du rôle.

Présents:

Paul HEVER, président de chambre;
Andrée WANTZ, première conseillère;
Eliane EICHER, conseillère;
Guy NUSSBAUM, greffier.

e n t r e :

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

appelant aux termes de l'exploit de l'huissier de justice Camille FABER d'Esch/Alzette du 4 mai 1995,

appelant aux termes de l'exploit de l'huissier de justice Gilbert RUKAVINA de Diekirch en date du 8 mai 1995,

appelant aux termes de l'exploit de l'huissier de justice Roland FUNK de Luxembourg en date du 8 mai 1995,

comparant par Maître François TURK, avocat à Luxembourg,

e t :

1) la société anonyme SOC1'.) , établie et ayant son siège social à L-(…), (…),(…),

intimée aux fins du susdit exploit FABER,

2) la société à responsabilité limitée SOC1''.) , établie et ayant son siège social à L-(…), (…),

intimée aux fins du prédit exploit RUKAVINA,

3) la société anonyme SOC1'''.) , anciennement **SOC1.)** SA « **(...)** », établie et ayant son siège social à L-(…), (…),

intimée aux fins du prédit exploit FUNK,

les trois comparant par Maître Louis BERNS, avocat à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL :

Par requête du 22 août 1994, **A.)** a fait convoquer son ancien employeur, la société à responsabilité limitée **SOC1'').)** , devant le tribunal du travail de Diekirch pour lui réclamer le paiement d'une indemnité de départ, d'une indemnité compensatrice pour congé non pris et d'une rémunération non périodique suite à son licenciement du 23 juillet 1993.

Par jugement contradictoire du 17 mars 1995, le tribunal du travail a reçu la demande en la forme et, en la déclarant partiellement fondée, a condamné la société anonyme **SOC1.)** à payer au requérant 83.280.- francs à titre d'indemnité compensatrice pour congé non pris relatif à l'année 1993, ainsi qu'aux frais et dépens de l'instance.

De ce jugement, **A.)** a relevé appel par exploit d'huissier du 4 mai 1995 en intimant la société anonyme **SOC1.)** « **(...)** », établie et ayant son siège social à L-(…), (…) et en enrôlant la cause sous le numéro 18389.

Par un deuxième exploit d'huissier du 8 mai 1995 il a déclaré relever appel à 1) Sàrl. **SOC1'').)** , établie et ayant son siège social à L-(…), (…), et

2) anciennement **SOC1.)** S.A. « **(...)** », actuellement **SOC1'''.)** S.A., ayant son siège social à L-(…), (…), cette cause étant enrôlée sous le numéro 18390.

Dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, il y a lieu de joindre les causes inscrites sous les deux numéros du rôle cités pour les trancher par un seul et même arrêt.

L'appelant demande à la juridiction d'appel de condamner, par réformation du jugement entrepris, principalement la Sàrl. **SOC1'').** , sinon la S.A. **SOC1''').** , anciennement **SOC1.)** S.A. « **(...)** », sinon **SOC1.)** S.A., au paiement d'une indemnité de 127.696.- francs pour congé non pris qui tiendrait également compte de son congé non pris en 1992, ainsi que d'une indemnité du chef de rémunération non périodique qu'il augmente jusqu'à concurrence de 360.000.- francs.

Par conclusions notifiées le 21 février 1996 **A.)** a précisé que son appel est dirigé principalement contre la s.àr.l. **SOC1'').** , et pour autant que de besoin et subsidiairement contre la société **SOC1''').** S.A., anciennement dénommée **SOC1.)** S.A. **(...)** , respectivement **SOC1.)** S.A.

Les sociétés intimées **SOC1').** S.A., **SOC1'').** Sàrl. et **SOC1''').** S.A. concluent à l'irrecevabilité de l'appel à l'encontre de la société **SOC1').** S.A. qui n'existe pas et de la société **SOC1'').** Sàrl. qui ne figure pas en première instance et au débouté de la demande qui n'est pas fondée.

Elles interjettent appel incident en ce que le jugement intervenu a condamné la société **SOC1.)** S.A. au paiement de 83.280.- francs.

Quant à l'appel principal dirigé contre la s.à r.l. **SOC1'').** :

A.) fut engagé le 19 décembre 1985 par **SOC1.)** S.A. « **(...)** » suivant contrat à durée déterminée devenu contrat à durée indéterminée en raison de la poursuite des relations contractuelles après l'échéance du terme fixé au 30 juin 1986. Suite à une convocation pour un entretien préalable au licenciement émanant de « **SOC1.)** SUPERMARCHES », il reçut de la part du même expéditeur la lettre de licenciement datée du 23 juillet 1993 avec un préavis de 4 mois expirant le 30 novembre 1993 et avec dispense de travail pendant cette durée.

Les motifs du licenciement ont été fournis par le conseil des sociétés **SOC1''').** S.A. et **SOC1'').** Sàrl., cette dernière société établie à

Echternach, localité où **A.)** , faisant partie du personnel itinérant du groupe **SOC1.)** , a assuré la gérance du magasin y établi.

La demande de **A.)** fut dirigée contre la Sàrl. **SOC1''.)** considérée comme son dernier employeur du groupe, lequel a accepté les débats en cette qualité devant la juridiction saisie. Celle-ci, en prononçant une condamnation à l'encontre de l'employeur qu'elle considère comme ayant été cette même société, l'a désigné comme étant la société anonyme **SOC1.)** , aucune référence à pareille société ne figurant dans la motivation, les qualités du jugement renseignant par ailleurs comme défenderesse la société **SOC1.)** S.A. « **(...)** ».

En raison des considérations qui précèdent, il échet de retenir comme employeur de **A.)** la Sàrl. **SOC1''.)** laquelle a été partie en première instance en dépit de sa dénomination manifestement erronée de la part du tribunal du travail. En conséquence il y a lieu de déclarer recevable l'appel du 8 mai 1995 pour autant qu'il est dirigé dans les forme et délai de la loi contre la Sàrl **SOC1''.)** , établie et ayant son siège social à L-(…), (…).

Quant à l'indemnité compensatrice pour congé non pris

L'appelant réclame une indemnité compensatrice pour 23 jours de congé non pris jusqu'au 30 novembre 1993, fin du préavis.

L'appelant qui reconnaît avoir pris 7 jours de congé en 1993, à savoir les 4 et 5 février et du 15 au 20 février, soutient que ces journées ne seraient pas à décompter du congé redû pour 1993, non encore entamé, mais qu'elles correspondraient à du congé non pris en 1992 et utilement reporté en 1993. Il s'appuie sur l'article 9-1. de la Convention qui dit que la partie ininterrompue du congé annuel payé mentionnée au paragraphe 2 de l'article 8 de la présente convention devra être accordée et prise dans un délai d'une année au plus, et le reste du congé annuel payé dans un délai de dix-huit mois au plus à compter de la fin de l'année ouvrant droit au congé.

La législation nationale correspondante se retrouve dans les articles 9 alinéa 1er et 10, alinéa 1er de la loi du 22 avril 1966 précitée, selon lesquels le congé doit être accordé et pris au cours de l'année de calendrier et qu'il

ne peut être reporté exceptionnellement que jusqu'au 31 mars de l'année qui suit.

Selon **A.)** ces dispositions seraient contraires à l'article 9-1. de la Convention plus favorable au salarié en prévoyant un laps de temps plus étendu pour jouir du congé.

L'article 9 alinéa 1er de la Convention porte que la partie ininterrompue du congé annuel minimum et le reste de ce congé doivent être pris dans des délais maxima respectifs de 1 an et de 18 mois, laissant ainsi les membres de l'Organisation Internationale du Travail ratifiant la Convention numéro 132 libres de prévoir dans leur droit interne des délais plus courts.

Il s'en suit que les articles 9 et 10 de la loi du 22 avril 1966 sont conformes à la disposition-cadre de l'article 9-1. de la Convention et applicables en l'espèce.

Comme **A.)** n'a pas prouvé ni offert en preuve s'être trouvé dans l'une des situations exceptionnelles autorisant le report de son congé de 1992 jusqu'au 31 mars 1993, il est forclos à prendre du congé restant de 1992 en 1993, et les 7 journées effectivement prises constituent du congé à imputer sur l'année 1993.

Pour déterminer en l'espèce la durée du congé encore redû, la période de préavis est à prendre en compte, sans distinguer s'il y a eu ou non dispense de travail. Cette solution se dégage d'une part de l'article 6 de la loi du 22 avril 1966, les absences du salarié en vertu d'une autorisation régulière préalable de l'employeur étant assimilées à des journées de travail effectif et d'autre part de l'article 26(1) de la loi du 24 mai 1989 sur le contrat de travail qui dit que jusqu'à l'expiration du délai de préavis, la dispense de travailler accordée par l'employeur ne doit entraîner pour le salarié aucune diminution de salaires, traitements, indemnités et autres avantages auxquels il aurait pu prétendre.

Par réformation du jugement entrepris il y a lieu de dire que **A.)** bénéficie d'une indemnité pour congé non pris en 1993 correspondant à une période de onze mois, dont à déduire les 7 jours de congé déjà pris, soit 23 - 7 = 16 jours. En retenant un salaire mensuel brut reconnu de 120.000.- francs, il a droit à 120.000.- francs : 173 (heures) x 8 (heures) x 16 (jours) =

88.786.- francs, et que c'est erronément que la condamnation a été prononcée à l'encontre d'une société **SOC1.)** S.A. non partie en cause.

Quant à la rémunération non périodique

La gratification constitue en principe une libéralité laissée à la discrétion de l'employeur, à moins qu'elle ne soit due en vertu d'un engagement exprès, contrat de travail ou convention collective ou que l'obligation de la payer ne résulte d'un usage constant. A défaut d'engagement exprès en l'espèce, le salarié doit rapporter la preuve que la gratification réunit les caractères de généralité, de fixité et de constance nécessaires d'après la jurisprudence établie pour pouvoir constituer un usage constant. Si le salarié arrive à prouver que ces conditions sont réunies, l'usage constant existe et ceci nonobstant la circonstance que l'employeur affirme que la gratification n'est qu'une libéralité n'ayant aucun caractère obligatoire et que son paiement ne l'engage pas pour l'avenir.

En l'espèce, si l'employeur admet la constance en ce sens qu'une gratification fut payée tous les ans à **A.)** , il conteste cependant et le caractère de généralité et celui de la fixité, vu le caractère essentiellement variable des gratifications payées à **A.)** . Les pièces produites à cet égard par **A.)** ne sont pas de nature à établir la fixité de la libéralité.

A.) offre de prouver par témoins que « les gratifications en rémunération non périodique de tous les gérants des magasins **SOC1.)** et en particulier de Monsieur **A.)** auprès de **SOC1''.)** Sàrl., notamment en 1993 se calculent en remplissant des formulaires préimprimés par **SOC1.)** , comme suit :

- réalisation d'un certain chiffre d'affaires du magasin par rapport aux prévisions,
- les marges réalisées sur différents produits frais tels que boucherie, fruits et légumes, Bof, poissonnerie, fromage coupé,
- le résultat de la vente en général,
- le respect des frais de personnel,
- la présentation générale du magasin et de la propreté,

que chaque critère rempli donne droit à un certain nombre de points (maximum 50 points) et que pour chaque point réalisé, un montant déterminé à l'avance par **SOC1.)** et obligatoire par rapport à tous les gérants, est alloué à ceux-ci. »

Cette offre de preuve ne porte que sur le seul prétendu mode de calcul sans être de nature à prouver que tous les gérants des **SOC1.)** ont effectivement bénéficié d'une gratification et si le résultat du calcul aurait effectivement débouché sur le paiement d'une gratification à **A.)** dont la gérance a fait précisément l'objet de critiques menant au licenciement.

Elle est partant à rejeter comme étant non pertinente.

Le jugement entrepris est à confirmer en ce qu'il a débouté **A.)** du chef de cette demande.

Quant aux appels principaux dirigés contre anciennement **SOC1.)** S.A. **(...)** , actuellement **SOC1'''.)** S.A. et contre la S.A. **SOC1.)** « **(...)** ».

Eu égard à la décision à intervenir quant à l'appel dirigé par **A.)** contre la s.àr.l. **SOC1'').** et au caractère subsidiaire des susdits appels, ceux-ci deviennent sans objet.

Quant à l'appel incident.

Par conclusions notifiées le 9 novembre 1995 les intimées ont interjeté appel incident contre le jugement de première instance en ce qu'il a condamné la société S.A. **SOC1.)** au paiement du montant de 83.280.- Flux.

A défaut de condamnation prononcée à l'égard de l'une des sociétés intimées, l'appel incident interjeté par celles-ci est à déclarer irrecevable.

La décision de première instance est à réformer en ce qu'elle a prononcé erronément une condamnation à l'encontre d'une société **SOC1.)** S.A. non partie en cause.

Par ces motifs:

la Cour d'appel, troisième chambre, siégeant en matière de droit du travail, statuant contradictoirement;

joint les affaires introduites sous les numéros 18389 et 18390 du rôle;

déclare recevable l'appel principal pour autant que dirigé contre la s.àr.l. **SOC1'').** ;

dit cet appel partiellement fondé,

et déboutant de toutes conclusions plus amples comme respectivement superflues ou malfondées;

par réformation : dit que la décision de première instance a prononcé erronément contre la S.A. **SOC1.)** condamnation au paiement de 83.280.- francs au profit de **A.)** ;

condamne la Sàrl. **SOC1'').** à payer à **A.)** 88.786.- (quatre-vingt huit-mille sept cent quatre-vingt six) francs du chef d'indemnité compensatrice pour congé non pris relatif à l'année 1993;

déclare l'appel principal pour autant que dirigé contre **SOC1.)** « **(...)** » S.A. et contre anciennement **SOC1.)** S.A. **(...)** , actuellement **SOC1''').** S.A. sans objet;

déclare l'appel incident irrecevable;

fait masse des frais et dépens des deux instances et en impose la moitié à chacune des parties;

ordonne la distraction des frais de l'instance d'appel aux profit de Maîtres François TURK et Louis BERNS qui chacun en ce qui le concerne affirme en avoir fait l'avance.