Exempt - appel en matière de travail.

Audience publique du vingt-trois janvier mil neuf cent quatre-vingt-dix-sept.

Numéro 18681 du rôle.

Présents:

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

e n t r e :

X.), demeurant à **L- (…)** ,

appelante aux termes de l'exploit de l'huissier de justice Pierre BIEL de Luxembourg en date du 24 novembre 1995,

comparant par Maître Rosario GRASSO, avocat à Luxembourg,

e t :

1) O.), demeurant à **L- (…)**

intimée aux fins du susdit exploit BIEL,

comparant par Maître Chris SCOTT, avocat à Luxembourg,

2) l'Etat du Grand-Duché de Luxembourg, agissant en sa qualité de gestionnaire du fonds pour l'emploi, représenté par son Ministre d'Etat, ayant son bureau à Luxembourg, 4, rue de la Congrégation et, pour autant que de besoin, par son Ministre du Travail, ayant son bureau à Luxembourg, 26, rue Zithe,

intimé aux fins du susdit exploit BIEL,

comparant par Maître Georges PIERRET, avocat à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL :

Par requête déposée au greffe de la Justice de Paix d'Esch-sur-Alzette en date du 26 juillet 1993 **O.)** conclut à voir condamner **X.)** au paiement de la somme de 499.564,4 Flux + p.m. ou de tout autre montant même supérieur notamment du chef d'arriérés de salaire et de dommages-intérêts pour licenciement abusif. Lors des débats devant la juridiction de première instance elle augmenta sa demande à concurrence de 93.496.-Flux du chef d'indemnité de préavis.

Par requête du 28 janvier 1994 **O.)** mit en intervention l'ETAT DU GRAND-DUCHE DE LUXEMBOURG pris en sa qualité de gestionnaire du fonds de chômage.

A l'audience du tribunal du travail du 9 juin 1994 **X.)** présenta une demande reconventionnelle tendant à l'octroi du montant de 35.000.-Flux à titre de dommages-intérêts pour procédure vexatoire et abusive basée sur les articles 6-1, sinon 1382 et 1383 du code civil et du montant de 15.000.-Flux à titre d'indemnité de procédure.

Par jugement du 14 juillet 1994 le tribunal du travail d'Esch-sur-Alzette a reçu la demande principale telle qu'augmentée ainsi que la demande reconventionnelle, a avant tout autre progrès en cause admis **O.)** à prouver par la voie testimoniale " que la dame **O.)** a commencé à travailler à la friterie le 28 septembre 1992" et a sursis à statuer quant aux autres chefs de la demande principale et quant à la demande reconventionnelle.
Suite à l'audition des témoins le tribunal du travail a, par jugement du 13 octobre 1995, condamné **X.)** au paiement de la somme de 160.849.-Flux outre les intérêts du chef d'arriérés de salaire, d'indemnité compensatoire de préavis de deux mois et de dommages-intérêts pour préjudice moral; il a débouté la partie **O.)** du chef de sa demande tendant à la réparation du préjudice matériel et la partie **X.)** de sa demande reconventionnelle.

La décision de première instance a encore condamné **X.)** à rembourser à l'ETAT DU GRAND-DUCHE DE LUXEMBOURG le montant de 469.977.-Flux et a, avant tout autre progrès en cause, nommé un consultant avec la mission de concilier les parties si faire se peut, sinon de déterminer le salaire redu pour les heures supplémentaires, de fixer l'indemnité compensatoire pour congé non pris, de fixer l'indemnité compensatoire pour non-respect du repos hebdomadaire, de fixer l'indemnité compensatoire pour travail de dimanche, de fixer l'indemnité compensatoire pour travail pendant les jours fériés.

Des susdites décisions **X.)** a régulièrement relevé appel suivant exploit de l'huissier de justice Pierre BIEL de Luxembourg en date du 24 novembre 1995.

Par réformation des jugements de première instance elle conclut à voir déclarer l'offre de preuve de la partie **O.)** ni pertinente ni concluante, à voir dire qu'elle n'a pas rapporté la preuve de son engagement par **X.)** à travailler dans le commerce de l'appelante à partir du 28 septembre 1992, partant à voir dire qu'il n'y a pas eu de contrat de travail entre l'appelante et **O.)** avec effet à partir du 28 septembre 1992, mais que celle-ci n'a été engagée qu'à partir du premier novembre 1992 avec un contrat prévoyant une clause à l'essai, à voir dire que l'intimée **O.)** n'a pas non plus rapporté la preuve d'avoir exécuté des heures de travail supplémentaires avec l'accord de son employeuse, dire qu'il n'y a pas lieu à ordonner une expertise, déclarer la demande adverse non fondée et à voir dire que c'est à tort qu'elle a été condamnée à rembourser à l'ETAT DU GRAND-DUCHE DE LUXEMBOURG le montant de 469.977.-Flux .

L'intimée **O.)** conclut au rejet de l'appel introduit par **X.)** et interjette régulièrement appel incident contre la décision du 13 octobre 1995 en ce qu'elle l'a déboutée de sa demande en condamnation au paiement de la somme de 300.000.-Flux à titre de réparation du préjudice matériel et en ce qu'elle ne lui a alloué que le monant de 10.000.-Flux à titre de réparation du préjudice moral au lieu de 150.000.-Flux tel que réclamé.

L'ETAT DU GRAND-DUCHE DE LUXEMBOURG conclut à la confirmation des jugements de première instance et en ordre subsidiaire il conclut à voir condamner la partie malfondée au règlement par lui avancé au titre d'indemnités de chômage de l'ordre de 469.977.-Flux.

Quant à l'appel principal:

A l'appui de son appel **X.)** fait valoir que **O.)** n'a été à ses services qu'à partir du premier novembre 1992, date de la conclusion d'un contrat de travail sous forme écrite avec une période à l'essai de trois mois, que l'intimée n'a pas établi avoir été à ses services depuis le 28 septembre 1992 faute par elle d'avoir prouvé ou offert en preuve l'existence des trois éléments constitutifs d'un contrat de travail, à savoir la prestation de travail accompli moyennant une rémunération ou un salaire et le lien de subordination avec le pouvoir de direction inhérent à la qualité d'employeur et d'avoir prouvé que **C.)** avait qualité et capacité pour l'engager au nom et pour compte de l'appelante , pareil mandat étant contesté.

Elle conclut en conséquence à voir déclarer régulier le licenciement litigieux, intervenu selon elle pendant la période d'essai.

Elle verse le contrat d'emploi signé par les deux parties le premier novembre 1992 aux termes duquel **X.)** engage à partir du même jour **O.)** et avec une période d'essai de trois mois comme serveuse-cuisinière.

O.) déclare avoir été engagée par **C.)** et avoir commencé à travailler le 28 septembre 1992.

Eu égard aux contestations de la part de **X.)** il appartient à la partie intimée de prouver que son contrat de travail a été valablement conclu avec effet au 28 septembre 1992, oralement, donc sans période d'essai.

C'est donc à bon droit que la juridiction de première instance a admis l'offre de preuve testimoniale afférente présentée par **O.)**.

Il s'ensuit que la décision interlocutoire rendue par le tribunal du travail d'Esch-sur-Alzette le 14 juillet 1994 est à confirmer.

Il est constant en cause que le contrat tel qu'invoqué par l'intimée ne fut pas conclu par **X.)**.

O.) doit partant d'abord prouver que le contrat litigieux fut conclu par une personne ayant qualité et capacité d'engager l'employeuse en ce qui concerne la conclusion du contrat de travail entre l'employeuse et la salariée.

Le témoin **C.)** a déclaré que c'est elle qui a engagé **O.)**, qu'elle a ensuite téléphoné à **X.)** aux fins d'informer celle-ci de cet

engagement et que son employeuse l'a alors chargée de contacter tout de suite le comptable pour faire les affiliations nécessaires. Le témoin a précisé qu'elle n'a pas de suite fait affilier **O.)** et que **X.)** s'en est fâchée.

Cette déposition établit clairement le mandat dans le chef de **C.)** d'engager l'intimée **O.)** aux services de l'appelante.

Contrairement aux conclusions de l'appelante il y a encore lieu de constater sur base de la susdite déposition, corroborée par celle des autres témoins entendus,que les éléments constitutifs d'un contrat de travail pour la période antérieure au premier novembre 1992 sont établis, la prestation de travail aux fins d'obtenir une rémunération afférente et le lien de subordination par rapport à l'employeuse, celle-ci ayant en l'espèce délégué le pouvoir de direction à l'autre salariée, **C.)**.

L'existence d'un contrat de travail oral antérieur à celui du contrat d'emploi conclu par écrit en date du premier novembre 1992 est ainsi établie.

A défaut de clause d'essai constatée par écrit dès l'entrée en service de **O.)**, celle insérée au contrat du premier novembre 1992 est nulle et le contrat litigieux est , par application des dispositions de l'article 34 (1) de la loi du 24 mai 1989 sur le contrat de travail, réputé conclu pour une durée indéterminée sans que la preuve contraire ne soit admissible.

Il y a lieu d'examiner ensuite la régularité du licenciement de **O.)** intervenu le 31 décembre 1992 avec préavis au 17 janvier 1993, contestée par la salariée.

La lettre de licenciement du 31 décembre 1992 est conçue dans les termes suivants :
"Conformément à notre contrat d'emploi à l'essai nous tenons à vous signaler la résiliation de ce dernier avec effet à partir du 17.01.1993, ceci pour cause d'absences, sans motifs ni raisons valables de votre part . (...)."

Tant par la référence expresse à un contrat à l'essai que par l'indication du délai de préavis inséré dans le contrat conclu entre parties le premier novembre 1992 pour une durée d'essai de trois mois, **X.)** a clairement exprimé sa volonté de résilier un contrat à l'essai.

Opéré sur base d'une clause d'essai illicite, le licenciement est contraire à la loi et comme tel abusif au sens de l'article 28 (1) de la loi du 24 mai l989 sur le contrat de travail.

Les conclusions de l'appelante **X.)** sont partant à rejeter en ce qu'elles tendent au débouté de la demande présentée par **O.)** pour autant que celle-ci vise l'allocation de dommages-intérêts pour licenciement abusif.

A défaut de conclusions subsidiaires prises par l'appelante quant aux montants, ce chef n'a pas à être autrement analysé dans le cadre de l'appel principal.

A l'appui de son appel interjeté contre le jugement du 13 octobre 1995 **X.)** fait ensuite valoir qu'il n'y a pas lieu d'instituer une expertise aux fins de fixer l'indemnité compensatoire pour congé non pris , l'intimée **O.)** ayant pris tous les jours de congé qui lui étaient dus.

La preuve que le congé a été pris incombant à l'employeuse reste en défaut d'être rapportée par celle-ci.

Les conclusions par lesquelles l'appelante critique la décision rendue en première instance le 13 octobre 1995 en ce qu'elle a chargé un consultant de la mission de fixer l'indemnité compensatoire pour congé non pris sont donc à rejeter comme non fondées et le chef afférent du jugement entrepris est à confirmer.

X.) critique encore la décision du 13 octobre 1995 en ce qu'elle a ordonné une consultation pour déterminer le salaire redu pour les heures supplémentaires.

Comme elle fait valoir à juste titre que **O.)** reste en défaut d'établir qu'elle a exécuté des heures supplémentaires avec son accord , la demande en rémunération d'heures supplémentaires est à déclarer non fondée.

La décision du 13 octobre 1995 est partant à réformer sur ce point.

L'appelante **X.)** s'oppose encore à voir confier à un consultant la mission de fixer l'indemnité compensatoire pour non-respect du repos hebdomadaire, l'indemnité compensatoire pour travail de dimanche et l'indemnité compensatoire pour travail pendant les jours fériés.

Faute par la partie appelante de présenter une contestation précise quant à ces chefs de la demande dirigée contre elle et quant à la motivation retenue par les juges de première instance , la décision du 13 octobre 1995 est à confirmer sur ce point.

Quant à l'appel incident:

O.) critique le jugement de première instance en ce qu'il a rejeté sa demande en condamnation au paiement de la somme de 300.000.- Flux à titre de réparation du préjudice matériel et en ce qu'il a réduit sa demande en paiement de dommages-intérêts du chef de préjudice moral de 150.000.- à 10.000.-Flux.

Quant au préjudice matériel l'intimée fait plaider que c'est à tort que pour le calcul des pertes de salaire les premiers juges ont superposé " la période de référence de six mois " aux six mois pendant lesquels elle était incapable de travailler et elle entend voir condamner **X.)** au paiement de la différence entre le salaire qu'elle aurait perçu et l'indemnité de chômage versée par l'Etat pour la période de référence.

Il résulte des renseignements fournis en cause que suite à un accident du travail survenu pendant la nuit du 31 décembre 1992 au premier janvier 1993 **O.)** fut incapable de travailler pendant une période de cinq mois. Suivant les énonciations non contestées du jugement de première instance elle a perçu des indemnités pécuniaires de maladie relatives aux mois de janvier, février et mars 1993 , elle fut prise en charge par l'Association d'assurance contre les accidents du premier avril au 31 mai 1993 et elle s'est inscrite à l'Administration pour l'emploi le premier juin 1993, date à partir de laquelle elle a touché les allocations de chômage.

Compte tenu de ce que la période d'incapacité de travail a restreint les facultés de l'intimée de rechercher un autre emploi, le début de la période servant de référence à la fixation du préjudice matériel n'est à fixer qu'au moment de l'achèvement de son congé de maladie. Eu égard aux circonstances de la cause et aux possibilités de retrouver sur le marché du travail un emploi analogue à celui ayant fait l'objet du contrat litigieux , la période de référence en relation causale avec le licenciement abusif à retenir est de quatre mois.

Le préjudice matériel subi par **O.)** est à fixer à la différence entre le salaire qu'elle aurait touché pendant ces quatre mois (4 x celui retenu par le jugement de première instance pour la fixation de

l'indemnité de préavis et non contesté de 47.280.-Flux = 189.120.-Flux) et l'indemnité de chômage touchée pendant les mois de juin à septembre 1993 (275.232.- Flux touchés pour la période de juin à décembre 1993, donc pour une période de 7 mois = 275.232 : 7 x 4 = 157.275.- Flux) soit à 189.120.-Flux - 157.275.-Flux = 31.845.-Flux.

Quant au préjudice moral **O.)** fait valoir à l'appui de ses prétentions que la décision de première instance ne tient pas compte de tous les soucis et tracas par elle endurés en relation avec la perte de son emploi, qu'elle fut condamnée au déguerpissement de son logement en date du 24 novembre 1993 pour défaut de paiement du loyer, qu'elle a dû prendre le chemin humiliant de l'assistance sociale pour se voir allouer les avances qui lui furent retenues sur l'indemnité de chômage qu'elle a pu toucher et qu'elle n'a touché les indemnités pécuniaires de maladie relatives aux mois de janvier, février et mars 1993 que le 26 juillet 1993.

Compte tenu des griefs ainsi invoqués par l'intimée et dont le bien-fondé n'est pas contesté par l'appelante, la demande en obtention de dommages-intérêts pour préjudice moral est, par réformation du jugement de première instance, à déclarer fondée à concurrence de 30.000.-Flux.

Il reste à constater que le recours de l'ETAT - à le supposer recevable - ne pourra porter ni sur l'indemnité de préavis ni sur le solde de salaires des mois de septembre 1992 à janvier 1993 , ceux-ci concernant une période antérieure à celle pendant laquelle l'ETAT a fait des prestations, ni sur les dommages-intérêts fixés en réparation du préjudice moral subi par l'intimée, ceux-ci visant un dommage distinct de celui que l'ETAT est amené à parer au provisoire. Compte tenu de ce qui précède et eu égard à la décision concernant le chef de la demande en réparation du préjudice matériel, la demande dirigée par **O.)** contre **X.)** est, par réformation du jugement de première instance, à déclarer fondée pour le montant de 94.560.- + 31.845.- + 30.000.- = 156.405.-Flux .

Quant au recours exercé par l'ETAT DU GRAND-DUCHE DE LUXEMBOURG:

L'ETAT DU GRAND-DUCHE DE LUXEMBOURG conclut principalement à la confirmation du jugement de première instance et en ordre subsidiaire à voir condamner toute partie malfondée au règlement par lui avancé au titre d'indemnités de chômage de l'ordre de 469.977.-Flux.

Aux fins de permettre à l'ETAT de préciser la base légale sur laquelle il fonde son recours, ce eu égard à la décision à intervenir au fond entre les parties **O.)** et **X.)** , il y a lieu de refixer l'affaire à une audience ultérieure.

Quant aux demandes en allocation d'une indemnité de procédure:

X.) conclut à l'octroi d'une indemnité de procédure de 40.000.-Flux, **O.)** conclut à l'octroi d'une indemnité de procédure de 50.000.-Flux et l'ETAT DU GRAND-DUCHE DE LUXEMBOURG demande 50.000.-Flux sur base de l'article 131-1 du code de procédure civile.

Faute par les parties **X.)** et **O.)** de justifier en quoi il serait inéquitable de laisser à leur charge des sommes par elles exposées, non comprises dans les dépens, leurs demandes en allocation d'une indemnité de procédure sont à rejeter comme non fondées.

En l'état actuel de la procédure il y a lieu de surseoir à statuer quant à la demande présentée par l'ETAT sur base l'article 131-1 du code de procédure civile.

PAR CES MOTIFS :

la Cour d'appel, troisième chambre, siégeant en matière de droit du travail, statuant contradictoirement, le représentant du Ministre Public entendu en ses conclusions,

reçoit l'appel principal et l'appel incident;

déclare l'appel principal interjeté contre le jugement du 14 juillet 1994 non fondé;

en déboute;

déclare l'appel principal et l'appel incident interjetés contre le jugement du 13 octobre 1995 partiellement fondés;

réformant:

déclare non fondée la demande de **O.)** en ce qu'elle tend à la rémunération d'heures supplémentaires;

partant en déboute et dit qu'il n'y a pas lieu de charger un consultant de la mission de déterminer le salaire redu pour des heures supplémentaires;

dit la demande de **O.)** en réparation du préjudice matériel fondée à concurrence du montant de 31.845.-Flux;

dit la demande de **O.)** en réparation du préjudice moral par elle subi suite à son licenciement abusif fondée à concurrence du montant de 30.000.-Flux;

partant condamne **X.)** à payer à **O.)** la somme de 61.845.- (soixante et un mille huit cent quarante-cinq) Flux avec les intérêts légaux à partir du jour de la requête - 26 juillet 1993 - jusqu'à solde;

confirme la décision du 13 octobre 1995 pour le surplus pour autant que rendue entre les parties **O.)** et **X.)**;

constate que le paiement de la somme de 2.799.-Flux du chef de différence de salaires pour les mois de novembre, décembre 1992 et janvier 1993 est intervenu le19 mars 1993;

déclare non fondées les demandes introduites par les parties **O.)** et **X.)** sur base de l'article 131-1 du code de procédure civile;

en déboute;

refixe l'affaire pour continuation des débats à l'audience du **jeudi 25 septembre 1997** à 15.00 heures, salle 2, pour permettre à l'ETAT de préciser la base légale de son recours , eu égard à la décision entre les parties **O.)** et **X.)** ;

sursoit à statuer quant à la demande introduite par l'ETAT sur base de l'article 131-1 du code de procédure civile;

condamne chacune des parties **O.)** et **X.)** à la moitié des frais et dépens de l'instance d'appel exposés jusqu'au stade actuel de la

procédure et en ordonne la distraction au profit de Maître Georges PIERRET et de Maître Rosario GRASSO affirmant en avoir fait l'avance.