Exempt - appel en matière de droit du travail.

Audience publique du neuf novembre deux mille.

Numéro 23382 du rôle.

Présents:

Edmond GERARD, président de chambre,
Eliane EICHER, conseiller,
Françoise MANGEOT, conseiller,
Nico EDON, premier avocat général,
Isabelle HIPPERT, greffier.

E n t r e :

la société en commandite simple A.) Büroorganisation + Datentechnik s.à r.l. et Cie S.e.c.s., établie et ayant son siège social à L-(…), (…), représentée par son gérant actuellement en fonctions,

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Georges NICKTS de Luxembourg du 16 avril 1999,

comparant par Maître Patrick WEINACHT, avocat à la Cour à Luxembourg,

e t :

X.) , indépendant, demeurant à D-(…), (…),

intimé aux fins du susdit exploit NICKTS,

comparant par Maître Jean-Paul RIPPINGER, avocat à la Cour à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL:

Vu l'ordonnance de clôture de l'instruction du 27 avril 2000.

Ouï le conseiller de la mise en état en son rapport oral à l'audience.

Par requête adressée le 28 août 1998 au tribunal du travail de Luxembourg **X.)** a exposé qu'il était au service de la société **A.)** Büroorganisation + Datentechnik s.àr.l. et Cie s.e.c.s. en qualité de représentant pour la vente depuis le 31 décembre 1990, suivant contrat de travail signé le 28 septembre 1990,

qu'à la suite du comportement hautement répréhensible de l'employeur qui constitue la cause de résiliation du contrat de travail, il s'est vu contraint de résilier son contrat de travail avec effet immédiat par courrier recommandé du 29 mai 1998, qu'il se trouve dans une situation financière inconfortable puisqu'il ne touche qu'une allocation de l'Etat allemand de 3.500 DM par mois au titre d'aide à l'indépendance.

X.) conclut à la condamnation de l'employeur au paiement de

- 473.004,- LUF à titre de dommages et intérêts correspondant à la différence entre le salaire touché auprès de **A.)** et l'allocation d'aide à l'indépendance pendant la durée d'au moins une année
- 206.474,- LUF augmenté à 245.415,- LUF lors des débats en première instance du chef d'indemnité pour congé non pris correspondant à 47 jours de congé
- 629.314,- LUF du chef de solde de salaires pour la période d'août 1995 à mai 1998, calculé sur base d'un salaire net compte tenu des adaptations indiciaires,

ces montants avec les intérêts légaux à partir de la demande en justice jusqu'à solde.

Lors des débats en première instance la défenderesse a présenté une demande reconventionnelle tendant à l'institution d'une expertise comptable pour établir « la marge bénéficiaire des ventes réalisées par **X.)** pendant les trois dernières années et le trop payé en fonction de la marge ».

Par jugement rendu contradictoirement le 11 mars 1999 le tribunal du travail de Luxembourg a :

- reçu la demande de **X.)** en la forme,
- dit que le contrat de travail a pris fin par la faute de l'employeur,
- condamné la société **A.)** à payer à **X.)** la somme de 201.000,- LUF à titre de dommages et intérêts avec les intérêts légaux à partir de la demande en justice jusqu'à solde,

- déclaré fondées en principe les demandes de **X.)** en paiement d'une indemnité compensatoire pour huit jours de congé non pris en 1998 et en paiement d'arriérés de salaires pour la période d'août 1995 à mai 1998,
- ordonné une consultation aux fins de déterminer lesdits arriérés de salaires,
- déclaré non fondée la demande reconventionnelle de la société **A.)** .

De cette décision la société **A.)** a régulièrement relevé appel suivant acte de l'huissier de justice Georges NICKTS de Luxembourg du 16 avril 1999.

L'appelante conclut à l'application de la loi allemande, au débouté des demandes de **X.)** en obtention de dommages et intérêts pour résiliation du contrat de travail et d'une indemnité pour congé non pris ainsi qu'à l'adjudication de sa demande reconventionnelle.

L'intimé demande la confirmation du jugement de première instance.

<u>Quant à la démission de X.) et aux dommages et intérêts réclamés de ce chef</u>

Par réformation du jugement entrepris la société appelante conclut à l'application de la loi allemande en offrant de prouver par la voie testimoniale dans l'acte d'appel, après avoir relevé que le tribunal de première instance a retenu qu'il n'a pas été possible de déterminer le lieu de travail habituel de **X.)** à cause de son activité polyvalente exercée tant au Luxembourg qu'en Allemagne, que :
« Monsieur **X.)** a presté son travail depuis son entrée en service le 28 septembre 1990 jusqu'au 29 mai 1998, sauf congés, date de sa résiliation, en Allemagne à Trèves aux services de la **B.)** GmbH, établie et ayant son siège social à la (…), D-(…), inscrite au Amtsgericht Trier sous le numéro HGB (…) et dont le gérant est Monsieur **B.)** ».

Par conclusions subséquentes l'appelante fait valoir que la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles prévoit le principe de la liberté des parties en ce qui concerne la désignation de la loi applicable au contrat de travail,
qu'il résulte clairement du contrat de travail en cause que les parties ont convenu de l'application de la loi allemande.
L'appelante se réfère en particulier aux paragraphes 7, 10, 11 et 14 du contrat de travail.
Dans l'hypothèse où la Cour ne devait pas retenir le choix des parties de voir appliquer le droit allemand, l'appelante fait plaider qu'il résulte des pièces du dossier que **X.)** exécutait habituellement son travail en Allemagne ; pour autant que de besoin elle réitère son offre de preuve.

Selon l'intimé c'est à juste titre que les juges de première instance ont décidé que c'est le droit luxembourgeois qui régit le contrat de travail entre parties.

Il déclare qu'il est inexact de soutenir qu'il a exercé son travail à Trèves, qu'il a exercé son activité majoritairement au Luxembourg.
Il conclut à voir rejeter l'offre de preuve adverse par témoignages comme étant d'ores et déjà contredite par les éléments du dossier et pour n'être ni pertinente, ni concluante.

L'appelante conclut au débouté de la demande de l'intimé en obtention de dommages et intérêts pour résiliation du contrat de travail en faisant valoir principalement que le salarié n'a pas le droit de demander des dommages et intérêts puisqu'il y a eu démission et que l'initiative de la résiliation du contrat de travail incombe dès lors au salarié,
subsidiairement que la partie intimée n'a en rien prouvé avoir subi un quelconque dommage suite à cette résiliation,
que pour soutenir sa démarche, la partie intimée invoque la faute grave dans le chef de l'employeur, à savoir le non paiement du salaire,
que l'employeur était seulement en retard de verser au salarié la provision et non la partie fixe du salaire,
que la partie intimée ne fournit aucune pièce renseignant les démarches effectuées pour trouver un nouvel emploi aux conditions similaires,
qu'elle ne prouve pas non plus en quoi elle aurait été « contrainte » de monter sa propre entreprise suite à la résiliation du contrat de travail en cause,
que le préjudice invoqué par la partie adverse – si préjudice il y a – a un caractère totalement aléatoire, purement hypothétique et repose sur des éléments futurs.

X.) fait valoir qu'il a dû quitter le service de son employeur étant donné que ce dernier ne respectait pas les obligations les plus élémentaires découlant du contrat de travail, à savoir le paiement du salaire,
qu'il a d'abord été au chômage du 3 juin au 15 juillet 1998,
qu'il a touché par la suite un montant de 3.567,- DM par mois au titre d'aide à l'indépendance (« Überbrückungsgeld »),
que la première année son activité indépendante n'a pas généré de bénéfices, de sorte que le montant mensuel de 3.567,- DM a en fait été son seul revenu.

Il est constant en cause que par courrier du 5 mai 1998 **X.)** a démissionné avec effet immédiat auprès de son employeur la s.à r.l. **A.)** s.à r.l. & Cie s.e.c.s.

De ce chef l'allocation de dommages et intérêts fait l'objet de la première revendication du salarié.

La Convention du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, signée à Rome, applicable en l'espèce, prévoit d'abord en son article 3. la liberté de choix : « 1. Le contrat est régi par la loi choisie par les parties. Ce choix doit être exprès ou résulter de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances

de la cause. Par ce choix, les parties peuvent désigner la loi applicable à la totalité ou à une partie seulement de leur contrat. »

Le contrat de travail conclu entre parties le 28 septembre 1990 et versé au dossier par **X.)** prévoit en son § 10 « Kündigung und Beendigung des Arbeitsverhältnisses », sub 3. : « Das Arbeitsverhältnis kann fristlos gekündigt werden, wenn ein wichtiger Grund nach § 626 BGB vorliegt und die massgebenden Tatsachen dem Kündigungsberechtigten nicht länger als zwei Wochen bekannt sind. »

De la volonté expresse des parties, le chef de la demande portant sur l'octroi de dommages et intérêts suite à la démission avec effet immédiat du salarié est donc soumis à l'application de la loi allemande.

Aux fins de permettre à la partie ayant soumis ses prétentions aux juridictions du travail, la partie **X.)** , de produire la teneur des dispositions légales allemandes applicables et aux deux parties de prendre des conclusions afférentes, l'affaire est à refixer pour continuation des débats à une audience ultérieure.

<u>Quant aux arriérés de salaire</u>

Selon l'appelante le tribunal a à tort décidé que le salaire de **X.)** serait de 95.000,- LUF alors que d'une part, le contrat de travail du 17 septembre 1990 mentionnant que le salaire net de 95.000,- LUF s'orientait à un « Zielumsatz » de 75.000,- DM par mois, a fait l'objet d'un avenant le 28 décembre 1990 qui renseignait comme salaire mensuel un montant de 2.000,-DM avec une provision de 15% du chiffre d'affaires produit par **X.)** , et que d'autre part ce dernier doit être considéré comme avoir accepté cet avenant pour l'avoir signé sans jamais le contester,
que la non application de la clause dans les premières années du travail s'explique par une simple faveur de la partie appelante d'accorder à **X.)** un certain délai pour atteindre ce « Zielumsatz » (objectif de chiffre d'affaires) prédécrit.

Concluant à l'applicabilité de la loi allemande pour régir ce contrat de travail et la législation allemande ne prévoyant pas d'adaptation indiciaire automatique, l'appelante demande également la réformation du jugement entrepris sur ce point.

Selon l'intimé l'écrit titulé « avenant » daté du 28 décembre 1990 est à écarter des débats, étant donné qu'il est nul à titre d'instrument de preuve vu que la mention prescrite à l'article 1325 du code civil applicable également en droit du travail n'a pas été respectée,
qu'à cela s'ajoute que cet écrit n'a reçu de la volonté même de l'employeur aucune exécution pendant toute la durée des relations de travail, ce qui montre que les

parties étaient en fait convenues de s'en tenir exclusivement au contrat de travail tel qu'il avait été signé initialement,
que les parties avaient convenu d'un salaire fixe,
qu'à toutes fins utiles, le concluant déclare verser aux débats les chiffres d'affaires par lui réalisés et entend constater que ces chiffres sont très au-dessus du montant mensuel de 1.500.000,- LUF,
qu'également si l'on appliquait l'écrit du 28 décembre 1990, les arriérés de salaires revenant au concluant seraient bien plus élevés que ce qui est actuellement réclamé.

L'appelant y répond que l'article 1325 du code civil dispose que le défaut de la mention du double ne peut être opposé par celui qui a exécuté de sa part la convention portée dans l'acte.

L'intimé fait encore valoir que l'adaptation indiciaire des salaires payés par les sociétés établies au Luxembourg doit se faire quelle que soit la loi applicable au contrat,
que l'adaptation indiciaire est en effet une règle pénalement sanctionnée, immédiatement applicable à tous les salaires payés par des employeurs luxembourgeois,
qu'il s'agit d'une loi de police qui est d'ordre public.

Selon l'appelante, le législateur luxembourgeois, en définissant clairement les dispositions légales ayant trait au contrat de travail comme loi de police au sens de la Convention de Rome du 19 juin 1980, n'a visé que la situation du salarié travaillant au Grand-Duché de Luxembourg.

Il résulte du décompte versé à l'appui de sa demande par **X.)** qu'une partie des arriérés réclamés l'est pour adaptations indiciaires non réglées quant aux salaires d'août 1995 à mai 1998 et qu'elle l'est pour partie du chef de différences réclamées à l'employeur suite à la réception respectivement de salaires inférieurs au montant convenu et de paiements par la Caisse de Maladie luxembourgeoise pour les mois de mars, avril et mai 1998 inférieurs à la rémunération mensuelle redue.
Il importe dès lors de connaître d'abord l'import du salaire promérité par **X.)** .

Sub § 16 du contrat de travail du 28 septembre 1990 les parties ont, quant au salaire, convenu que : « Das Gesamtgehalt von netto Lfr. 95.000,- orientiert sich an einem Zielumsatz von monatlich 1,5 Mio Lfr, bzw. DM 75.000,- ».

Le 28 décembre 1990 les parties ont signé une « Vereinbarung » prévoyant ce qui suit quant à la rémunération : « Das Gehalt setzt sich ab 1. Januar 1991 aus Fixum DM 2.000,- und Provision in Höhe von 15% von der Marge aus den selbständig getätigten Verkäufen zusammen. »

Si la société **A.)** conclut en termes généraux à l'application de la loi allemande, elle accepte de façon expresse celle de la loi du for quant à la preuve relative à l'avenant – prévue par l'article 14.2. de la Convention de Rome – en prenant position au fond par rapport à la base légale opposée par la partie **X.)** , l'article 1325 du code civil, sans faire aucune référence à une disposition allemande applicable.

Le moyen de défense opposé par la société **A.)** tiré de l'alinéa 4 de l'article 1325 du code civil luxembourgeois est cependant à rejeter comme non fondé, faute d'une exécution de la convention portée dans l'acte, le salaire tel que fixé dans l'avenant litigieux n'ayant jamais été réglé ni reçu.

A défaut de la mention du nombre des originaux, l'écrit du 28 décembre 1990 n'établit pas à lui seul la convention synallagmatique alléguée.

Comme ledit écrit ne vaut que commencement de preuve par écrit et à défaut de preuve complémentaire ou d'offre de preuve, l'existence de la convention modificative dont fait état la société **A.)** reste d'être établie.

Dans le contrat du 28 septembre 1990 les parties ont expressément arrêté sub § 14 que : « Diesem Anstellungsvertrag liegen die tariflichen Bestimmungen im Einzelhandel Rheinland-Pfalz in der jeweils gültigen Fassung zugrunde ». Elles ont donc également soumis à la loi allemande les modalités de rémunération.

La Convention de Rome du 19 juin 1980 prévoit en son article 7.1. que : « Lors de l'application, en vertu de la présente convention, de la loi d'un pays déterminé, il pourra être donné effet aux dispositions impératives de la loi d'un autre pays avec lequel la situation présente un lien étroit, si et dans la mesure où, selon le droit de ce dernier pays, ces dispositions sont applicables quelle que soit la loi régissant le contrat… »

Aux termes de l'article IV de la loi luxembourgeoise du 31 juillet 1995 relative à l'emploi et à la formation professionnelle : « Constituent des dispositions de police relevant de l'ordre public national, conformément aux dispositions de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, approuvée par la loi du 27 mars 1986, et sont comme telles applicables à tous les salariés ayant un statut de droit privé travaillant au Grand-Duché de Luxembourg, y compris ceux qui font l'objet d'un détachement temporaire, quelle que soit sa durée, toutes les dispositions légales, réglementaires et conventionnelles ayant trait
(…)
- au salaire social minimum et à l'adaptation automatique de la rémunération à l'évolution du coût de la vie (…) ».

Or, **X.)** reste, face aux contestations de l'employeur, en défaut de prouver qu'il a travaillé au Grand-Duché de Luxembourg.

La preuve d'une exécution effective de travaux sur le territoire luxembourgeois ne résulte, en effet, contrairement aux conclusions de l'intimé, ni des termes « im Innen- und Aussendienst » employés dans le contrat de travail - ces termes pouvant tout aussi bien viser le travail au sein de l'entreprise et le service-clients en Allemagne - ni de la lettre du 9 mars 1998 dans laquelle la société **A.)** se plaint précisément de ce que les services vente et visite des clients au Luxembourg sont négligés par **X.)** :
« Wir können es uns nicht leisten, unsere Verkaufstätigkeit und Kundendienst in Luxemburg zu vernachlässigen. Obwohl wir Sie mehrfach aufgefordert haben ein Konzept zu erstellen wie die künftige Zusammenarbeit, insbesondere in der intensiven Marktbearbeitung und Neukundengewinnung von Ihnen gesehen wird, haben Sie hierzu keine Planungsgrundlage vorgelegt. Vielmehr erklärten Sie uns, die Belastungen nicht auf sich nehmen zu können und stellten für die Zukunft der Ausübung einer engagierten Vertriebstätigkeit, insbesondere im Aussendienst eine negative Prognose. »

Le fait que **X.)** était affilié auprès des organismes de sécurité sociale luxembourgeois ne prouve pas non plus qu'il a travaillé au Luxembourg, l'affiliation n'établissant pas la vérification de cet état des choses de la part des organismes concernés.

Les conclusions de la partie **X.)** tendant à l'application des dispositions de la loi luxembourgeoise du 27 mai 1975 portant généralisation de l'échelle mobile des salaires et traitements sont dès lors, par réformation du jugement entrepris, à rejeter comme non fondées.

Il résulte encore des conclusions de l'appelante qu'elle reproche aux juges de première instance d'avoir retenu un salaire mensuel brut de 107.000,- LUF.

Sur base de la convention entre parties il y a lieu de retenir un salaire mensuel net de 95.000,- LUF.

Le principe de la nomination d'un consultant n'ayant pas été critiqué, il y a lieu de renvoyer l'affaire de ce chef en continuation devant la juridiction de première instance, sauf à préciser les modifications relatives à la mission confiée au consultant nommé.

<u>Quant à la demande reconventionnelle de la société A.) s.à r.l. & Cie s.e.c.s.</u>

La société **A.)** s.à r.l. & Cie s.e.c.s. demande à voir recevoir et adjuger sa demande reconventionnelle aux termes de laquelle elle offre de prouver par expertise comptable d'une part la marge bénéficiaire des ventes réalisées par l'intimé sur les trois dernières années et d'autre part le trop payé en fonction de la marge,
et à se voir allouer à titre d'enrichissement sans cause, sinon de répétition de l'indu, le montant correspondant aux commissions indûment payées à la partie intimée.

Insistant sur les arriérés de salaires par lui réclamés, l'intimé fait valoir que la demande reconventionnelle n'est pas fondée et que la répétition de salaires n'est de toute façon admise qu'en cas de mauvaise foi de la part du salarié, ce qui ne serait pas le cas en l'espèce.

Sans devoir être autrement examinée, la demande reconventionnelle de la société **A.)** est à rejeter, faute d'avoir été évaluée.

Quant à l'indemnité pour congé non pris

Dans l'acte d'appel la société **A.)** conclut encore au débouté de la demande de **X.)** relative à l'indemnité pour congé non pris.

L'intimé demande la confirmation du jugement entrepris.

A défaut de contestation précise de la part de la société employeuse, celle-ci est à débouter du chef afférent de son appel et l'affaire est, quant à ce point également, à renvoyer en continuation devant le tribunal du travail.

Quant aux indemnités de procédure

L'appelante et l'intimé sollicitent une indemnité de procédure de respectivement 30.000,- LUF et 40.000,- LUF.

En l'état actuel de la procédure il y a lieu de surseoir à y statuer.

PAR CES MOTIFS :

la Cour d'appel, troisième chambre, siégeant en matière de droit du travail, statuant contradictoirement, sur le rapport oral du conseiller de la mise en état, le représentant du ministère public entendu en ses conclusions,

reçoit l'appel,

dit l'appel fondé quant au montant du salaire mensuel de **X.)** et quant aux adaptations indiciaires des salaires,

réformant :

dit que le salaire mensuel de **X.)** est de 95.000,- LUF nets,

dit que pour les arriérés de salaires réclamés par **X.)** pour la période d'août 1995 à mai 1998 il n'y a pas lieu à application des adaptations indiciaires intervenues conformément à la loi modifiée du 27 mai 1975 portant généralisation de l'échelle mobile des salaires et traitements et que le chef afférent est retranché de la mission confiée au consultant,

dit l'appel non fondé quant à l'indemnité pour congé non pris,

renvoie l'affaire quant aux deux chefs précités de la demande de **X.)** en continuation devant la juridiction de première instance,

quant à la démission de **X.)** et aux dommages et intérêts réclamés :

dit que le droit allemand est applicable et qu'il appartient à **X.)** de produire les dispositions légales allemandes régissant le chef de sa demande susvisé,

avant tout autre progrès en cause fixe l'affaire à une **conférence de la mise en état au jeudi, 16 novembre 2000 à 14.45 heures, salle d'audience n° 2 de la Cour Supérieure de Justice, 12, Côte d'Eich,**

réserve le surplus.