Exempt - appel en matière de droit du travail.

Audience publique du vingt-quatre mai deux mille sept.

Numéro 31536 du rôle

Présents:

Edmond GERARD, président de chambre,
Eliane EICHER, premier conseiller,
Charles NEU, conseiller,
Isabelle HIPPERT, greffier.

E n t r e :

la société à responsabilité limitée M.) 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 suppléant Josiane GLODEN, en remplacement de l'huissier de justice Jean-Claude STEFFEN d'Esch-sur-Alzette, du 12 juillet 2006,

intimée sur appel incident,

comparant par Maître Pierre ELVINGER, avocat à la Cour à Luxembourg,

e t :

R.) , employé privé, demeurant à **L- (…),**

intimé aux fins du susdit exploit GLODEN,

appelant par incident,

comparant par Maître Albert RODESCH, avocat à la Cour à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL:

Vu l'ordonnance de clôture de l'instruction du 27 février 2007.

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

Par requête déposée au greffe de la justice de paix de Luxembourg en date du 5 octobre 2005, **R.)** a fait convoquer son ancien employeur, la s.à r.l. **M.)** , devant le tribunal du travail pour l'entendre condamner à lui payer la somme de 23.207,04 € du chef d'heures supplémentaires.

La s.à r.l. **M.)** conclut en premier lieu à l'incompétence ratione materiae du tribunal du travail pour connaître de ce litige. Elle fit valoir que le contrat conclu entre parties serait à qualifier de contrat d'agence régi par la loi du 3 juin 1994 portant organisation des relations entre agents commerciaux indépendants et leurs commettants, de sorte que le tribunal civil serait compétent pour connaître de la demande.

A l'appui de ce moyen, elle exposa que s'il est exact que le requérant vend la marchandise de la société dans un point de vente de celle-ci et pour le compte de cette dernière, qu'il encaisse les fonds pour celle-ci et qu'il remet les recettes qui lui appartiennent à sa banque, il travaille cependant en qualité de gérant indépendant payé sur base de commissions sur les ventes qu'il a effectuées.

Par jugement rendu contradictoirement le 16 mai 2006, le tribunal du travail s'est déclaré compétent pour connaître de la demande, et a admis **R.)** à prouver par l'audition de témoins les faits suivants :
« que depuis l'entrée en service du sieur **R.)** auprès de **M.)** s.à r.l. en date du 5 novembre 2004 jusqu'au 19 septembre 2005, le sieur **R.)** était, sur instruction formelle de son employeur, l'unique exploitant des points de vente **M.)** « Kiosque maison de la Presse », respectivement « MATCH » et y remplissait de par ce fait l'obligation de travailler comme seul et unique personne responsable de la gestion desdits magasins sans interruption, sauf maladie médicalement certifiée, pendant les horaires suivants (tels qu'expressément repris dans le contrat de travail du 5 novembre 2004, respectivement dans le courrier de **M.)** au demandeur du 20 janvier 2006) :

- lundi à jeudi de 8 heures à 19 heures 30 sans interruption
- vendredi de 8 heures à 20 heures sans interruption
- samedi de 8 heures à 18 heures sans interruption
- dimanche de 9 heures à 12 heures 30 ».

Pour se déclarer compétent et qualifier les relations entre parties de contrat de travail, le tribunal a retenu :

- qu'il résulte des fiches de salaire que le traitement a été payé sous déduction des charges sociales et fiscales, comme il est prévu au point 3 de l'article II du contrat sous « traitement »,

- qu'il résulte encore du point 2 de cet article II que le décompte de rémunération, consistant en des commissions, est basé sur le « salaire social minimum correspondant aux heures de travail du présent contrat sous déduction d'un montant correspondant à 40 h/semaine, augmenté de 9,63 % (congé) et de la part patronale. »
- que le contrat se réfère encore à la loi du 24 mai 1989 sur le contrat de travail en ce qui concerne la période d'essai du requérant, la possibilité d'une résiliation de l'engagement à l'essai moyennant le préavis légal et la conclusion définitive du contrat à défaut de résiliation du contrat dans le préavis légal.
- qu'il est fait référence à la loi du 24 mai 1989 en ce qui concerne la résiliation du contrat pour faute grave dans le chef du requérant
- que le requérant doit travailler suivant les heures d'ouvertures du point de vente qui sont strictement déterminées par l'article XVIII du contrat, de sorte qu'il ne disposait pas librement de son temps de travail
- que d'après l'article XIV du contrat, le requérant doit suivre strictement les instructions de la société **M.)** , lire attentivement toutes les circulaires de la société et s'y tenir
- qu'aux termes de l'article XXIV du contrat, le requérant a en outre été obligé de passer l'examen médical prévu par la loi du 8 juin 1994 concernant les services de santé au travail,
- que l'article XX du contrat litigieux prévoit encore la possibilité de changer le requérant d'affectation avec prise en considération de la durée de l' « emploi » pour la détermination du traitement,
- que finalement, la partie défenderesse se base sur l'article 37 de la loi du 24 mai 1989 sur le contrat de travail pour notifier au requérant une modification substantielle de son contrat de travail par courrier du 9 décembre 2005, ainsi que pour lui fournir les motifs de cette modification substantielle par courrier du 20 janvier 2006.

Par exploit d'huissier du 12 juillet 2006, la s.à r.l. **M.)** a relevé appel du jugement du 16 mai 2006.

Elle demande à la Cour de la réformer et de dire que les juridictions du travail sont incompétentes.

<u>Quant à la recevabilité de l'appel</u>

R.) soulève l'irrecevabilité de l'appel pour être tardif.

La s.à r.l. **M.)** résiste à ce moyen en affirmant que le jugement attaqué a été notifié le 2 juin 2006 aux deux parties au litige, de sorte que le délai d'appel s'est terminé le 12 juillet 2006, date de l'exploit d'appel.

Ce calcul étant exact, le moyen d'irrecevabilité n'est pas fondé.

Quant à la compétence

La société appelante conclut à l'incompétence du tribunal du travail en exposant notamment :
« (i) Il résulte clairement des termes du contrat d'exploitation que la partie intimée vendait pour compte et au nom de **M.)** des produits distribués par celle-ci, de sorte que la relation contractuelle est régie par la loi du 4 juin 1994 et non par la loi du 24 mai 1989 sur le contrat de travail.
(ii) La partie intimée était seule sur son lieu de travail avec son personnel ce qui réduisait de manière considérable toute possibilité de contrôle. Monsieur **R.)** encaissait le produit des ventes et gérait les stocks. Les contrôles uniques consistaient en des inventaires réalisés à intervalle régulier. Partant, on ne saurait parler de véritable lien de subordination, tout contrôle étant particulièrement difficile à mettre en œuvre. »

L'intimé demande la confirmation du jugement attaqué par adoption de ses motifs.

L'appelante expose encore que les seuls contrôles qu'elle pouvait faire sur l'ensemble des opérations d'exploitation de l'intimé étaient de demander à celui-ci d'établir un inventaire et la possibilité de déléguer un inspecteur pour ce faire ; que cette simple possibilité que des inspecteurs puissent se rendre sur le lieu d'exploitation ne suffit pas à former un lien de subordination entre **M.)** et **R.)** et partant, à permettre la requalification du contrat d'exploitation en contrat de travail.

Elle invoque un arrêt rendu le 14 mai 2003 par la Cour du travail de Liège qui précise que « lorsque les parties ont qualifié leurs relations, c'est cette qualification qui prime, de sorte que seule l'erreur, la fraude ou des modalités inconciliables avec la qualification donnée permettent au juge de modifier celle-ci. »

L'intimé y répond qu'il est « entièrement d'accord avec les jurisprudences citées par la partie adverse, dans la mesure où les parties sont en effet libres de ″qualifier juridiquement leur activité et le lien qui les unit ″ ».

L'appelante invoque finalement que le contrat stipule que « L'exploitant est personnellement responsable dans le cadre des dispositions légales, des marchandises qui lui sont confiées ainsi que des sommes provenant de la vente. Il est aussi pleinement responsable de son personnel. » et que « Le vol à l'étalage est sous l'entière responsabilité de l'exploitant qui en assume le risque et la charge financière. »

Elle en déduit que cette responsabilité n'est pas celle d'un salarié, mais celle d'un exploitant.

Il résulte de la lecture des pièces du dossier que selon la convention entre parties, **M.)** s.à r.l. a engagé **R.)** pour assumer l'exploitation du point de vente « Dikrech-Presse » à Diekirch. Un traitement fut fixé, comprenant un salaire de base, des frais exposés pour « la gérance du kiosque » et une prime « pour l'inventaire positif » dont les critères se réfèrent au salaire minimum légal ; le traitement était payable le 15 du mois pour le mois précédent, sous déduction des charges sociales, fiscales et autres prévues par la loi. La possibilité du règlement d'une gratification ou d'une rémunération supplémentaire fut prévue.

Une période d'essai de trois mois, régie par les dispositions légales afférentes, fut convenue.

Sub article V du contrat, les parties ont retenu que le contrat « sera résilié sans préavis et avec effet immédiat en cas de faute grave » et ont considéré comme faute grave tout fait ou faute qui rend immédiatement et définitivement impossible le maintien des relations et elles ont fait suivre, derrière un « notamment » l'énumération suivante : défaut de remise des recettes intégrales au jour le jour, refus d'obéissance, absence injustifiée, arrivées tardives, injures ou voies de fait, infidélités dans le service, tromperie, indiscrétions, négligence et mauvaise volonté, ivrognerie, non-respect des heures d'ouverture.

Le contrat a encore déterminé la façon dont le décompte mensuel devait être arrêté ; il a prévu la possibilité de faire établir un inventaire par l'exploitant, la procédure du versement journalier du produit de la vente et celle du retour des invendus, l'obligation de veiller au stock, une interdiction de vendre des articles autres que ceux fournis par **M.)** ou les fournisseurs agréés par **M.)** ainsi que les heures d'ouverture du point de vente, celles-ci pouvant être modifiées par **M.)** .

Selon l'article XIV « l'exploitant s'engage à suivre strictement les instructions de **M.)** , à lire attentivement toutes les circulaires de **M.)** et à s'y tenir strictement. »

Des consignes furent données à l'exploitant sub article XIX quant à l'ordre du point de vente.

L'ensemble des règles ainsi imposées par **M.)** s.à r.l. à **R.)** quant à l'exercice de la tâche qui lui fut confiée démontre sans équivoque l'existence d'un lien de subordination dans le chef de l'intimé.

A ceci s'ajoute que l'article XV, prévoyant la responsabilité de l'exploitant au cas où le gérant d'un magasin disposant d'un système de protection antivol, n'utilise pas ce système, se réfère expressément à l'article 47 de la loi du 24 mai 1989 sur le contrat de travail.

Compte tenu de l'exercice d'un travail par **R.)** sous les ordres de **M.)** s.à r.l. tels que décrits ci-dessus, contre rémunération, l'existence d'un contrat de travail régi par les dispositions de la loi du 24 mai 1989 – visée pour le surplus implicitement par les clauses du contrat dont question ci-avant – est à retenir.

En plus, dans sa lettre du 9 décembre 2005, la s.à r.l. **M.)** annonce à l'intimé qu'elle modifie son contrat de travail du 5 novembre 2004 selon les termes d'un nouveau contrat annexé et elle déclare se conformer aux exigences de l'article 37 de la loi du 24 mai 1989.

Le nouveau contrat, intitulé contrat d'emploi, désigne systématiquement **R.)** comme « salarié » et mentionne expressément sub art. A VI et A XIV que « le contrat de travail est régi par les dispositions légales et notamment par la loi du 24 mai 1989 sur le contrat de travail ».

Par ailleurs, le contenu du nouveau contrat et notamment l'intitulé des différents chapitres et articles sont presque identiques à celui du contrat initial.

Il résulte de l'ensemble des développements qui précèdent que le jugement attaqué est à confirmer en ce qu'il a retenu que les éléments caractéristiques d'un contrat de travail sont réunis en l'espèce et qu'il s'est déclaré compétent ratione materiae pour connaître de la demande.

Quant à l'offre de preuve

La société appelante reproche en second lieu au jugement attaqué d'avoir admis l'offre de preuve de l'intimé.

Elle estime que le fait que l'intimé a eu recours à du personnel démontrerait qu'il n'a pas presté les heures supplémentaires alléguées.

Elle renvoie à des pièces établissant l'engagement d'une dénommée **W.)** , engagée par l'intimé en tant qu'aide-vendeuse, ce qui prouverait qu'il n'était pas seul à assurer la gestion du point de vente.

R.) interjette appel incident dans la mesure où le jugement attaqué n'a pas suivi son argumentation relative à l'aveu extrajudiciaire figurant dans le contrat de travail du 5 novembre 2004 ainsi que dans le courrier adressé par **M.)** à l'intimé en date du 20 janvier 2006.

Il affirme qu'il s'avère oiseux de procéder par voie d'enquêtes afin d'établir qu'il était obligé de prester 71,5 heures de travail par semaine, alors que cet horaire se trouve expressis verbis stipulé dans le contrat de travail du 5 novembre 2004.

Il expose que par lettre d'énonciation des motifs du 20 janvier 2006, intervenue suite à la modification du contrat de travail projetée en date du 9 décembre 2005, l'appelante reprochait précisément à l'intimé de ne plus être capable d'assumer tout seul l'ouverture du point de vente à Diekirch pendant les horaires prévus par le contrat et dans le courrier du 20 janvier 2006 ; que ces deux écrits, rédigés par la partie appelante, vaudraient aveu extrajudiciaire, au sens des articles 1354 et suivants du code civil, du fait que l'intimé assumait tout seul la tâche de gérant du point de vente à Diekirch et ceci pendant les horaires prescrits dans le contrat de travail.

La s.à r.l. **M.)** soulève l'irrecevabilité de l'appel incident portant sur un dispositif ne pouvant faire l'objet d'un appel principal.

Elle expose que selon l'article 571 du nouveau code de procédure civile, l'appel incident ne peut porter que sur des points qui auraient pu faire l'objet d'un appel principal. L'appel incident ne peut pas porter sur des points avant dire droit du jugement de première instance tels qu'expertise ou enquête ; qu'en l'espèce, l'intimé se borne à relever appel incident sur le seul point des enquêtes.

Elle soulève également l'irrecevabilité de l'appel incident pour défaut d'intérêt à agir dans le chef de l'intimé étant donné que c'était lui-même qui a formulé l'offre de preuve retenue par le jugement attaqué.

L'intimé réplique qu'il n'avait présenté son offre de preuve en première instance qu'« à titre subsidiaire dans l'hypothèse où le contrat de travail du 5 novembre 2004 et surtout le courrier du 20 janvier 2006 ne seraient pas à considérer comme aveu extra-judiciaire de la part de la partie de Maître ELVINGER ».

Aux termes de l'article 579 du nouveau code de procédure civile, les jugements qui tranchent dans leur dispositif une partie du principal et ordonnent une mesure d'instruction peuvent être immédiatement frappés d'appel comme les jugements qui tranchent tout le principal.

En l'espèce, le jugement attaqué a décidé que les parties étaient liées par un contrat de travail et il a ordonné une enquête permettant au salarié de rapporter la réalité des heures supplémentaires alléguées.

En distinguant entre ces deux chefs indépendants de la demande, il faut admettre que le susdit article 579 doit s'interpréter dans ce sens que seule la partie

du dispositif qui tranche une partie du principal peut être attaquée par l'appel, à l'exclusion de celle qui se borne à ordonner une mesure d'instruction quant à un autre chef indépendant de la demande.

Il s'ensuite que tant l'appel principal que l'appel incident visant l'enquête ordonnée sont à déclarer irrecevables.

La société appelante et l'intimé demandent chacun l'allocation d'une indemnité de procédure de 1.500 €.

La demande de la partie appelante est à rejeter, la partie déboutée de son recours et devant supporter les frais, ne pouvant bénéficier des dispositions de l'article 240 du nouveau code de procédure civile.

La demande de l'intimé est justifiée à concurrence de 750 € qu'il serait inéquitable de laisser à sa charge, au regard du caractère non justifié de l'appel.

PAR CES MOTIFS :

la Cour d'appel, troisième chambre, siégeant en matière de droit du travail, statuant contradictoirement, sur le rapport oral du magistrat de la mise en état,

reçoit l'appel principal dirigé contre la disposition du jugement attaqué par laquelle le tribunal du travail s'est déclaré compétent ratione materiae,

le déclare non fondé,

confirme le jugement attaqué sur ce point,

déclare irrecevables l'appel principal et l'appel incident dirigés contre la disposition du jugement attaqué ayant ordonné une mesure d'instruction,

rejette la demande de la s.à r.l. **M.)** basée sur l'article 240 du nouveau code de procédure civile,

condamne la s.à r.l. **M.)** à payer à **R.)** une indemnité de procédure de 750 €,

condamne la s.à r.l. **M.)** aux frais et dépens de l'instance d'appel et en ordonne la distraction au profit de Maître Albert RODESCH, avocat constitué qui la demande, affirmant en avoir fait l'avance.