Exempt - appel en matière de droit du travail.

Audience publique du dix-huit octobre deux mille sept.

Numéro 30889 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.) s.à r.l., 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 Jean-Claude STEFFEN d'Esch-sur-Alzette du 20 janvier 2006,

intimée sur appel incident,

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

e t :

B.) , demeurant à L- **(…)** ,

intimé aux fins du susdit exploit STEFFEN,

appelant par incident,

comparant par Maître Georges PIERRET, avocat à la Cour à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL:

Vu l'ordonnance de clôture de l'instruction du 22 mai 2007.

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

Par requête adressée le 18 novembre 2004 au tribunal du travail de Luxembourg, **B.)** a exposé qu'il a été engagé en date du 14 novembre 2001 par la s.à r.l. **M.)** pour assumer l'exploitation du point de vente de **(...)** et qu'il a été licencié avec un préavis de deux mois courant du 15 décembre 2003 au 15 février 2004.

Il réclama le remboursement de la garantie bancaire par lui fournie (7.436,81 €), le paiement de 3.222 heures supplémentaires (75.506,48 €), une indemnité pour congé non pris (p.m.), le remboursement des frais exposés pour la « gérance de kiosque », c'est-à-dire pour le personnel auquel il a dû faire appel pour l'exploitation du point de vente (992 € + 9.380 € + 7.211,68 €), soit au total, sous réserve d'augmentation 100.526,97 € + p.m., outre les intérêts, ainsi qu'une indemnité de procédure de 1.000 €.

Lors des débats devant le tribunal du travail, la s.à r.l. **M.)** a présenté une demande reconventionnelle.

Elle a demandé le montant de 12.386,26 €, **B.)** ayant reconnu redevoir le montant réclamé et accepté le remboursement de la somme de 12.386,26 € du chef de différences de caisse constatées par l'employeur.

Elle a encore réclamé, pour le cas où elle était condamnée à rembourser les frais de personnel supportés par **B.)** ou pour le cas où elle devait payer des heures supplémentaires, de lui accorder la restitution des sommes par elle exposées sur le fondement de l'article II B du contrat de travail. Elle a évalué cette somme provisoirement au montant de 21.600 € et a offert de prouver par expertise que « **M.)** a versé mensuellement la somme de 1.200 € entre le 3 novembre 2001 et le 2 juin 2003 sur le fondement de l'article II B du contrat de travail pour assurer la gestion du magasin. »

Par jugement rendu contradictoirement le 14 novembre 2005, le tribunal du travail de Luxembourg :
a reçu la demande,
s'est déclaré compétent pour en connaître,
a déclaré fondée la demande de **B.)** en nullité de l'article VII du contrat de travail du 14 novembre 2001 exigeant le dépôt d'une garantie bancaire à première vue, partant,

a condamné la s.à r.l. **M.)** à rembourser à **B.)** le montant de 7.436,81 € à titre de remboursement du montant déposé par lui et retenu par la s.à r.l. **M.)** ,
a ordonné l'exécution provisoire du jugement quant à ce chef nonobstant toutes voies de recours et avant enregistrement,
a condamné la s.à r.l. **M.)** à payer à **B.)** le montant de 8.203,68 € à titre de remboursement de frais de personnel, ce montant avec les intérêts légaux à partir de la demande en justice jusqu'à solde,
a déclaré non fondée la demande de **B.)** en obtention d'une indemnité compensatoire pour jours de congé non pris,
a déclaré non fondées les demandes reconventionnelles de la s.à r.l. **M.)** ,
a déclaré fondée en principe la demande de **B.)** en paiement d'heures supplémentaires,
avant tout autre progrès en cause :
a nommé expert Monsieur Emile DENNEWALD avec la mission de concilier les parties si faire se peut, sinon, dans un rapport écrit et motivé de « déterminer le nombre d'heures supplémentaires prestées par **B.)** durant la période du 3 décembre 2001 jusqu'au 2 juin 2003 en se basant sur les heures d'ouverture imposées par la s.à r.l. **M.)** et reprises dans l'article XVIII du contrat de travail en y ajoutant une demi-heure par jour ainsi que de calculer le salaire brut revenant à **B.)** du fait des heures supplémentaires prestées en tenant compte des majorations prévues par la loi ».

De cette décision – qui lui a été notifiée le 13 décembre 2005 – la s.à r.l. **M.)** a relevé appel par exploit de l'huissier de justice Jean-Claude STEFFEN d'Esch-sur-Alzette du 20 janvier 2006.

Elle conclut à la réformation du jugement de première instance sur différents points.

B.) interjette appel incident quant aux heures supplémentaires et conclut à la confirmation du jugement entrepris pour le surplus.

<u>Quant à la régularité des appels</u>

Le premier moyen de l'appelante vise la compétence du tribunal du travail.

B.) conclut à l'annulation de l'acte d'appel pour libellé obscur, sur la question de l'incompétence du tribunal du travail.

Si, dans la motivation de l'acte d'appel, la s.à r.l. **M.)** a indiqué qu'elle « s'en remet à prudence de Votre Cour quant à la compétence de la juridiction saisie et partant quant à la qualification du contrat unissant M. **B.)** à **M.)** », ce en raison des récentes décisions rendues en la matière par la Cour d'appel, elle a

ajouté des développements relatifs à la nature du contrat entre parties pour reprocher au tribunal du travail de s'être déclaré compétent pour connaître de la demande de **B.)** et pour conclure, dans le dispositif de l'acte d'appel, en termes formels à la réformation du jugement du 14 novembre 2005 en ce que le tribunal du travail s'est déclaré compétent pour connaître de la demande de **B.)** .

Le moyen tiré du libellé obscur de l'appel, opposé par l'intimé, est dès lors à rejeter comme non fondé.

L'appel interjeté par la s.à r.l. **M.)** dans les forme et délai de la loi est, tout comme l'appel incident, à recevoir.

<u>Quant à la compétence</u>

L'appelante fait valoir que **M.)** et **B.)** ont conclu un contrat d'exploitation le 14 novembre 2001 qui serait un contrat d'entreprise à qualifier de contrat d'agence, et non un contrat de travail.

Le lien de subordination, élément constitutif d'un contrat de travail, ne serait pas donné dans la relation contractuelle ayant existé entre **M.)** et **B.)** .

Les seuls contrôles que **M.)** aurait pu faire sur l'ensemble des opérations d'exploitation faites par **B.)** auraient été de demander à celui-ci d'établir un inventaire (article X) et la possibilité de déléguer un inspecteur pour ce faire.

B.) se serait tout au long des relations professionnelles avec **M.)** comporté comme un agent indépendant, un agent d'exploitation, en gérant la caisse et le stock, fonctions qui ne sont pas celles d'un salarié.

B.) conteste formellement avoir eu un statut d'indépendant.

Ce serait à juste titre que les juges de première instance ont retenu que le contrat entre parties constituait un contrat de travail au sens de la loi de 1989 sur le contrat de travail.

Le 14 novembre 2001, les parties ont conclu une convention intitulée « contrat d'exploitation », par laquelle **M.)** s.à r.l. a engagé **B.)** pour assumer l'exploitation du point de vente **(...)**.

Le tribunal du travail a retenu que : « Il ressort de ce contrat qu'un traitement comprenant un salaire de base, des frais exposés pour la gérance du point de vente et une prime pour l'inventaire positif dont les critères se réfèrent au salaire minimum légal ont été convenus. Selon l'article XIV du même contrat "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".
Les heures d'ouverture du point de vente, donc l'horaire de travail, sont fixées et imposées par **M.)** . Plus particulièrement, dans le domaine de la gestion financières du point de vente, **B.)** est tenu de "verser intégralement journellement le produit de la vente à la banque désignée par les **M.)** ", il lui est "strictement interdit de faire n'importe quelle opération personnelle avec les recettes" et les **M.)** se réservent le droit de déléguer à l'établissement des inventaires mensuels des marchandises en stock des inspecteurs ou d'envoyer sans préavis et à tout moment des inspecteurs pour faire des inventaires intermédiaires ou pour toute autre raison.
L'article V de la convention retient que le contrat de travail est régi par les dispositions légales, notamment par la loi du 24 mai 1989, sur le contrat de travail.
Il ressort de tout ce qui précède qu'une relation de subordination de **B.)** envers la société **M.)** est clairement retenue par le contrat en question qui prévoit en outre des obligations caractéristiques du contrat de travail et fait référence expressis verbis à la loi du 24 mai 1989 sur le contrat de travail. »

Le contrat comprend d'autres éléments caractéristiques du contrat de travail : la possibilité du paiement d'une gratification, une clause d'essai de trois mois, des causes de résiliation du contrat pour faute grave ainsi que des consignes relatives à la tenue du point de vente.

L'ensemble des règles imposées par **M.)** s.à r.l. à **B.)** quant à l'exercice de ses tâches démontre l'existence d'un lien de subordination, élément spécifique au contrat de travail.

Par adoption des motifs du tribunal du travail et compte tenu de ce qui précède, la décision de première instance est à confirmer en ce qu'elle a qualifié le contrat entre parties de contrat de travail et rejeté le moyen d'incompétence opposé par la s.à r.l. **M.)** .

<u>Quant à la garantie bancaire</u>

L'appelante reproche au tribunal du travail d'avoir annulé l'article VII du contrat de travail obligeant **B.)** à constituer une garantie bancaire, pour être contraire aux articles 3 et 47 de la loi du 24 mai 1989 sur le contrat de travail ; le jugement attaqué devrait être réformé en ce qu'il a condamné **M.)** à restituer le montant de 7.436,81 € à titre de remboursement de la garantie bancaire.

Après avoir constaté des différences de caisse lors de chaque inventaire effectué par elle d'un montant final de 20.405,04 €, **M.)** aurait été dans son droit en invoquant l'article VII du contrat d'exploitation et en demandant la mise en

place de la garantie bancaire et son exécution puisqu'elle ne doit pas supporter les conséquences de la négligence grave de **B.)** .

Selon **B.)** , l'article VII du contrat de travail, exigeant le dépôt d'une garantie bancaire à première vue afin de garantir les stocks et les éventuelles différences de caisse provenant de la faute grave, est contraire aux dispositions de l'ancienne loi de 1989, à savoir les articles 3 et 47, aujourd'hui articles L.121-3 et L.121-9 du code du travail, ces dispositions aggravant les obligations du salarié en ce qu'elles lui imposent des obligations accrues quant aux risques d'exploitation de l'entreprise revenant cependant normalement à l'employeur.

Il n'y aurait partant même pas lieu d'examiner si **B.)** a commis une faute, ou s'est rendu coupable de négligence, l'esprit-même de ladite clause contractuelle contrevenant aux dispositions légales.

Il y aurait lieu de confirmer le jugement entrepris sur ce point.

L'article VII du contrat de travail est de la teneur suivante :
« Pour garantir les stocks, les éventuelles différences de caisse provenant de la faute grave de l'exploitant(e), l'exploitant(e) donnera une garantie bancaire émise par une banque agréée au Grand-Duché de Luxembourg à première demande de LUF 300.000 (EURO 7.436,81) à **M.)** avant l'entrée en vigueur du présent contrat. Faute de ce faire endéans le délai légal, le contrat sera dépourvu de prise d'effets. »

Cette clause est contraire à l'essence même des droits et obligations respectifs des parties propres au contrat de travail.

Elle aggrave, en effet, les obligations du salarié en ajoutant, à celles lui incombant normalement dans l'exécution de son travail, la condition exigée pour l'entrée en vigueur du contrat de bloquer des moyens financiers dans le seul intérêt de l'employeur qui entend se prémunir pour l'hypothèse d'une éventuelle responsabilité du salarié, qui n'est pour le surplus admise qu'à titre d'exception en cas d'actes volontaires ou de négligence grave du salarié, alors qu'il incombe à l'employeur d'assumer les risques engendrés par l'activité de l'entreprise.

La clause étant pour le surplus stipulée « à première demande », son existence expose – tel que cela résulte de la confirmation de la garantie de la part de la banque **(...)** à **B.)** du 20 novembre 2001 – le salarié au risque de la mise en jeu de la garantie sans qu'une action préalable soit intentée à l'encontre de **B.)** .

Il s'ensuit que, eu égard aux dispositions de l'article L.121-9 du code du travail (article 3, alinéa 2 de la loi du 24 mai 1989), le jugement de première

instance est à confirmer en ce qu'il a déclaré nul et de nul effet l'article VII du contrat de travail conclu entre parties le 14 novembre 2001.

La s.à r.l. **M.)** reconnaît que la garantie bancaire fournie par **B.)** a été exécutée.

La demande en restitution de la garantie bancaire présentée par **B.)** est donc fondée en principe.

B.) réclame, outre la somme de 7.436,81 €, le remboursement des montants relatifs aux frais d'ouverture et frais trimestriels (433,66 €) et aux intérêts (590,30 €) qui résulteraient des pièces versées.

D'après la s.à r.l. **M.)** , le montant des intérêts réclamés (590,30 €) et le taux de 7,5 % ne seraient pas justifiés.

La régularité de la demande pour autant qu'elle dépasse le montant de 7.436,81 €, seul réclamé à titre de remboursement de la garantie bancaire en première instance, n'est pas contestée.

Elle n'est pas non plus discutée en ce qu'aucune condamnation au paiement du montant supplémentaire requis n'est demandée au dispositif des conclusions de l'intimé.

Les pièces versées au dossier par **B.)** établissent qu'il a fourni une garantie bancaire à concurrence de 7.437 € et que des frais de dossier de 12,40 € lui ont été mis en compte.

L'annulation de la clause relative à la garantie bancaire implique que l'employeur doit rembourser au salarié, non seulement le montant en capital par lui retenu, mais également les frais que le salarié était obligé d'exposer en vue de la constitution de la garantie bancaire.

La demande est donc fondée à concurrence de 7.437 € et de 12,40 €.

Elle l'est également en ce qu'elle tend au remboursement de la commission de garantie de ¼ % par trimestre de calendrier, soit 24,78 € par trimestre. Quant à la période visée par **B.)** , celui-ci fait état de frais trimestriels jusqu'au mois de janvier 2006.

Le principe-même de la mise en compte d'une commission minimale de 24,78 € par trimestre est établi par le courrier adressé le 20 novembre 2001 par la **(...)** à **B.)** .

La dernière inscription au débit du compte de **B.)** , versée au dossier, date du 11 octobre 2005.

En considération de ces éléments et en prenant en compte un avis de débit de 24,78 € du 5 décembre 2001 ainsi que quatre avis de débit de 24,78 € par an pour 2002 à 2005, la demande relative aux frais de commission est à adjuger à concurrence de 17 x 24,78 = 421,26 €.

Quant au montant de 590,30 € réclamé, **B.)** déclare qu'il « entend également récupérer les intérêts de 7,5 % » et il les met en compte sur les montants de 7.437 + 433,66 €.

Faute par l'intimé de fournir, face à la contestation expresse de la s.à r.l. **M.)** , la moindre justification que ce soit en principe ou quant au taux, à l'appui de ce chef de sa demande, celui-ci est à abjuger.

B.) aura droit aux intérêts légaux sur le montant de 7.436,81 à partir de la mise en demeure du 2 mars 2004, la demande afférente ayant été formulée en première instance et la décision entreprise ayant omis d'y statuer. Sur le montant de (12,40 + 421,26 =) 433,66 €, non requis en première instance, des intérêts n'ont pas été demandés, seule la confirmation du jugement de première instance étant demandée.

<u>Quant aux heures supplémentaires</u>

M.) demande de réformer le jugement attaqué en ce qu'il a déclaré fondée en principe la demande de **B.)** tendant au paiement d'heures supplémentaires, le tribunal ayant à tort retenu que **B.)** avait effectué ces heures à la demande de la partie appelante et ayant à tort pris comme référence pour la détermination des heures supplémentaires prestées les heures d'ouverture du point de vente.

La présence effective de **B.)** à ces heures ne serait pas prouvée ni même offerte en preuve et **B.)** aurait eu, au vu des dispositions du contrat, la possibilité de recourir à des aides et il aurait, à ce sujet, touché une rémunération.

Le jugement serait à confirmer en ce qu'il a déclaré l'offre de preuve adverse ni précise ni concluante.

B.) interjette appel incident contre le jugement de première instance en ce qu'il a réduit à une demi-heure le nombre d'heures supplémentaires prestées en dehors des heures d'ouverture du kiosque.

Il demande de condamner l'appelante au règlement de la somme de 75.485,88 € bruts.

Il aurait été quotidiennement au point de vente durant 12,5 heures et aurait presté encore 1,5 heure pour les versements journaliers à la banque et pour effectuer les comptes et autres paperasseries, soit 6 heures supplémentaires par jour.

Il réitère son offre de prouver par toutes voies de droit et notamment par l'audition de témoins sur les faits suivants :
« Les heures d'ouverture du point de vente étaient fixées par l'article 18 du contrat du 14 novembre 2001. En dehors de ces heures, entièrement prestées par Monsieur **B.)** , la société **M.)** exigeait de Monsieur **B.)** qu'il soit présent au point de vente tous les jours dès 7.00 heures afin qu'il vérifie la marchandise livrée le matin même et qu'il la range dans les rayons avant l'heure d'ouverture (déballage des journaux, rangement, comptage des journaux qui devaient être renvoyés, comptabilité etc…).
De temps à autre un inspecteur, Monsieur **R.)** , de la société **M.)** venait vers 8.00 heures pour vérifier que le travail avait été effectivement fait pour l'ouverture.
Egalement une fois, Monsieur **S.),** ancien directeur de la **M.)** , s'est présenté à 7.00 heures et s'est entre autres assuré de la présence de Monsieur **B.)** .
En fin de journée, après la fermeture du point de vente, et sur instruction de l'employeur (article 16 du contrat), Monsieur **B.)** devait verser intégralement et journellement le produit de la vente à la banque désignée par **M.)** . Monsieur **B.)** versait ainsi les recettes au dépôt de nuit de la Banque (…) à **(…)** .
Une fois par semaine, Monsieur **B.)** devait déposer les recettes du LOTO à la Banque **(…)** . »

Le tribunal du travail a constaté que les horaires d'ouverture du point de vente de presse étaient les suivants :
Semaine : de 8.30 heures à 19.00 heures
Vendredi : de 8.30 heures à 20.00 heures
Samedi : de 8.00 heures à 18.00 heures
Dimanche : de 9.00 heures à 12.00 heures.

Le tribunal du travail a retenu à juste titre qu':
« Il n'est pas contesté par la s.à r.l**.** **M.)** que **B.)** était le seul employé engagé par elle afin d'assurer l'exploitation du point de vente en question.
Il s'ensuit que **B.)** a dû prester de nombreuses heures supplémentaires pour assurer l'ouverture du point de presse suivant l'horaire imposé par la s.à r.l. **M.)** . La s.à r.l. **M.)** , en imposant au seul employé du point de vente les horaires d'ouverture tels

que fixés au contrat de travail, était parfaitement consciente du fait que **B.)** devrait ou bien engager du personnel supplémentaire ou bien prester de nombreuses heures supplémentaires au-delà des limites fixées par la loi.
Or, il appartient à la s.à r.l .**M.)** , en tant qu'employeur, de pourvoir à l'organisation correcte du point de vente et de garantir, notamment par l'engagement de personnel supplémentaire, l'observation de la législation sur le louage de service des employés privés, et plus particulièrement l'article 6 du texte coordonné du 5 décembre 1989 réglementant la durée du travail supplémentaire (prestation et paiement d'heures supplémentaires) ainsi que la loi du 1er août 1988 concernant le repos hebdomadaire et le travail des jours de dimanche.
Il est cependant manifeste que la s.à r.l. **M.)** n'a pas respecté la législation du travail. Au vu des horaires imposés à **B.)** et au vu du fait qu'il était le seul employé, elle doit dès lors en supporter les conséquences. »

M.) prétend qu'elle a fait des avances de l'ordre 1.200 € afin de payer des heures supplémentaires.

L'article II du contrat entre parties prévoit sub) 1) B) :
« Par ailleurs, une avance de 5 % du chiffre d'affaires hors T.V.A. de tous les articles mentionnés ci-avant sub Ad), sera versée avec chaque décompte pour payer tout personnel éventuellement nécessaire, notamment pour
- assumer la gérance,
- assurer les heures d'ouverture de l'article XVIII du présent contrat,
- assurer la continuité d'ouverture pendant les congés de l'Exploitant(e) ou en cas de maladie de l'Exploitant(e),
sans que cette énumération précitée soit limitative.
Cependant, s'il s'avérait que les avances payées avec chaque décompte pour payer le personnel nécessaire pour assumer la gérance et pour assurer les heures d'ouverture, et la continuité d'ouverture pendant les congés de l'Exploitant(e) seraient trop élevées, la différence sera acquise à l'Exploitant(e) et ceci sous forme de gratification exceptionnelle. »

Il s'impose de constater que **B.)** ne conteste pas avoir touché les paiements tels qu'invoqués par **M.)** du chef de frais exposés pour la gérance du kiosque.

Avec la clause article II 1) B, la s.à r.l. **M.)** a visé exclusivement les frais de « personnel éventuellement nécessaire », sans faire une quelconque référence à la prestation d'heures supplémentaires par le salarié même.

En convenant que les avances pour payer le personnel nécessaire resteraient acquises au salarié à titre de gratification exceptionnelle si elles dépassaient les frais effectifs, **M.)** s.à r.l. a reconnu que ni la prestation d'heures supplémentaires par le salarié à elle seule, ni le seul recours à l'aide de tierces personnes avec la prestation d'un horaire de travail légal du salarié n'étaient

suffisants pour satisfaire aux obligations relatives à l'ouverture et à la tenue du kiosque.

L'appelante ne saurait pour le surplus se prévaloir de la clause sub article II 1) B) pour se soustraire au paiement d'heures supplémentaires qui doit revenir au salarié sur base des dispositions légales impératives relatives au temps de travail.

L'appel principal de la s.à r.l. **M.)** sur ce chef de la demande de **B.)** est donc à rejeter comme non fondé.

Il en va de même de l'appel incident formé sur ce point par **B.)** , ce par adoption des motifs du tribunal du travail qui a retenu que : « Quant aux heures supplémentaires réclamées par **B.)** en vertu du fait qu'il devait être à son poste de travail avant l'ouverture du point de vente et qu'il devait se rendre à la Banque afin d'effectuer les versements de la recette journalière, le tribunal note que le temps pris par le salarié afin d'effectuer ces prestations n'est plus déterminable ni en durée ni en fréquence. Il y a dès lors seulement lieu de prendre en compte une demi-heure supplémentaire en dehors de l'horaire d'ouverture du point de vente.

Il y a lieu de rejeter l'offre de preuve formulée par **B.)** à ce sujet pour n'être ni précise, ni concluante. »

Il suit des développements qui précèdent que le jugement de première instance est à confirmer quant au chef de la demande relatif au paiement d'heures supplémentaires.

<u>Quant aux frais d'exploitation</u>

Selon **M.)** ce serait encore à tort que le tribunal a déclaré fondée la demande de remboursement des frais d'exploitation tenant compte des salaires qui ont été payés par **B.)** à **K.)** et **T.)** pour un montant total de 8.203,68 €, alors que cette décision serait en contradiction flagrante avec les constatations reprises dans le jugement suivant lesquelles **B.)** était le seul employé engagé afin d'assurer l'exploitation du point de vente, de sorte que ce dernier n'avait pas à exposer les frais d'exploitation tel que retenu par les premiers juges.

B.) fait plaider que c'est à juste titre que le tribunal a condamné la société **M.)** à lui rembourser la somme de (992 + 7.211,68) 8.203,68 € avancée à **K.)** et à **T.)** .

Il aurait dû, en raison de la charge de travail importante lui incombant, faire appel à d'autres personnes pour assurer le service du point de vente.

B.) n'invoque à aucun moment un défaut du paiement par la s.à r.l. **M.)** des frais exposés par la gérance du kiosque tels que prévus à l'article II 1) B), cité ci-dessus et tels qu'invoqués par la s.à r.l. **M.)** .

Des conséquences d'une éventuelle insuffisance des paiements de l'employeur ne sont pas invoquées et la demande de **B.)** est dès lors, par réformation du jugement de première instance, à rejeter sur ce point.

<u>Quant aux demandes reconventionnelles</u>

L'appelante fait valoir à cet égard que c'est à tort que le tribunal a rejeté les demandes reconventionnelles formulées par elle, les juges de première instance n'ayant pas tenu de compte des dispositions du contrat conclu entre les parties suivant lesquelles certains éléments de la rémunération contenaient certains montants pour lesquels le paiement a été sollicité par **B.)** , comme notamment le paiement d'heures supplémentaires et le recours au service de tierces personnes.

La demande de la s.à r.l. **M.)** de lui accorder la restitution des sommes par elle exposées sur le fondement de l'article II 1) B) du contrat de travail a été formulée en première instance pour le cas où elle était condamnée à rembourser les frais de personnel supportés par **B.)** ou pour le cas où elle devait payer des heures supplémentaires.

Le fait que **M.)** s.à r.l. devra payer des heures supplémentaires à **B.)** n'implique pas le remboursement de frais de personnel à son profit.

En effet, à la constatation que le paiement afférent auquel elle s'est engagée l'est au seul titre de frais exposés pour rémunérer des tiers, il y a lieu d'ajouter que l'employeur ne saurait demander le remboursement des sommes par lui payées en vertu de l'article II 1) B) du contrat de travail puisqu'il y est prévu qu'un éventuel surplus payé restera acquis à **B.)** à titre de gratification. Pour le surplus l'employeur ne saurait, pour réclamer un remboursement, se prévaloir de l'exécution de sa part de la clause dont il fait état, puisque celle-ci impose au salarié l'obligation exorbitante de recourir, en cas de besoin, à de tierces personnes pour la tenue du kiosque.

L'appel interjeté par **M.)** s.à r.l. quant à cette demande reconventionnelle n'est donc pas fondé.

En second lieu, la s.à r.l. **M.)** fait valoir que le tribunal aurait omis de prendre en considération l'accord de **B.)** sur certaines différences de caisse pour un montant de 12.386,26 €, de sorte que la demande en paiement sur base de l'article 47 de la loi du 24 mai 1989 aurait dû être déclarée fondée.

Un courrier de **B.)** du 21 février 2003 pourrait s'analyser comme une reconnaissance de dette, sinon il y aurait un commencement de preuve par écrit tendant à une telle reconnaissance.

M.) offre en preuve les faits suivants :
« qu'en date du 19 février 2003, Monsieur **B.)** et Monsieur **L.)** ont eu un entretien téléphonique concernant la situation débitrice de Monsieur **B.)** à l'égard de **M.)** ;
que lors de cet entretien, Monsieur **B.)** était parfaitement conscient des problèmes de gestion du point de vente ;
que lors de cet entretien, le montant exact dû à **M.)** était connu et se chiffrait à 12.386,26 € ;
que cet entretien téléphonique avait lieu suite au courrier recommandé d'avertissement adressé par **M.)** à Monsieur **B.)** en date du 17 janvier 2003 ;
que lors de cet entretien Monsieur **B.)** a reconnu devoir ces sommes à **M.)** et la possibilité de remboursement par mensualités de 250 € a été discutée ».

B.) conteste formellement que le courrier du 21 février 2003 envoyé par lui à son employeur **M.)** puisse constituer une reconnaissance de dette.

Il conteste la différence de caisse alléguée tout comme une faute de gestion ou de comptabilité de sa part et il critique l'offre de preuve nouvellement formulée par l'appelante d'irrecevable.

Si, dans un courrier adressé au directeur de **M.)** s.à r.l. le 21 février 2003, **B.)** se réfère à un entretien téléphonique du 19 concernant sa situation débitrice envers **M.)** et s'il propose des traites de 250 €, il reste que ni la cause du débit, ni surtout le montant, n'en résultent.

Ne répondant pas aux exigences de l'article 1326 du code civil, invoqué par **B.)** , cette lettre ne saurait valoir reconnaissance de dette.

Elle ne saurait pas non plus constituer un commencement de preuve par écrit, ne rendant, eu égard à son imprécision, pas vraisemblable le fait allégué par la s.à r.l. **M.)** , c'est-à-dire un engagement de la part de **B.)** de rembourser un montant bien déterminé du chef de différences de caisse, la précision étant cependant primordiale face à une responsabilité éventuelle du salarié laquelle ne peut être engagée qu'à titre exceptionnel.

L'offre de preuve testimoniale formulée par la s.à r.l. **M.)** est donc à déclarer irrecevable.

L'existence de différences de caisse telles qu'alléguées par l'employeur laissant également, face aux contestations du salarié, d'être établie, il s'avère oiseux d'examiner si **B.)** a commis une faute ou négligence grave au sens de l'article L. 121-9 du code du travail, de nature à engager sa responsabilité.

L'appel de la s.à r.l. **M.)** est donc également à rejeter sur ce point.

B.) sollicite une indemnité de procédure de 2.500 €.

Succombant partiellement dans ses revendications et moyens, **B.)** reste en défaut de justifier en quoi il serait inéquitable de laisser à sa charge des sommes par lui exposées, non comprises dans les dépens ; sa demande présentée sur base de l'article 240 du nouveau code de procédure civile est donc à rejeter comme non fondée.

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 et l'appel incident,

dit l'appel incident non fondé,

en déboute,

dit l'appel principal partiellement fondé,

réformant :

déclare la demande de **B.)** en remboursement de frais de personnel non fondée,

en déboute,

confirme le jugement de première instance pour le surplus,

reçoit la demande de **B.)** en paiement de frais en rapport avec la garantie bancaire,

dit cette demande partiellement fondée,

condamne la s.à r.l. **M.)** à payer encore à **B.)** 12,40 € du chef de frais de dossier et 421,26 € du chef de frais de commission ainsi que les intérêts légaux sur la somme de 7.436,81 € à partir du 2 mars 2004 jusqu'à solde,

dit non fondée la demande de **B.)** en obtention d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel,

en déboute,

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