Exempt - appel en matière de droit du travail.

Audience publique du vingt-et-un février deux mille huit.

Numéro 32240 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 X.) s.à r.l., établie et ayant son siège social à L-(…), (…), représentée par sa gérance actuellement en fonctions,

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Frank SCHAAL de Luxembourg du 29 décembre 2006,

intimée sur appel incident,

comparant par Maître Alain GROSS, avocat à la Cour à Luxembourg,

e t :

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

intimée aux fins du susdit exploit SCHAAL,

appelante par incident,

comparant par Maître Jean-Marie BAULER, avocat à la Cour à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL:

Vu l'ordonnance de clôture de l'instruction du 25 septembre 2007.

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

Par requête du 20 mars 2006, **A.)** a fait convoquer **X.)** Sàrl. devant le tribunal du travail de Luxembourg aux fins de voir dire que son licenciement du 12 décembre 2005 avec un préavis de 15 jours et son licenciement avec effet immédiat du 13 décembre 2005 sont abusifs, de voir condamner **X.)** Sàrl. à lui payer la somme de 3.006,84.- € à titre d'indemnité de préavis du 15 décembre 2005 au 15 février 2006, la somme de 10.000.- € à titre de préjudice matériel et le montant de 5.000.- € à titre de préjudice moral, une indemnité pour congé non pris de 289,21.- €, le montant de 304,16.- € à titre de salaire pour le mois de novembre 2005 et la somme de 564,74.- € à titre de salaire du 1er au 11 décembre 2005, soit au total 19.364,95.- €.

Un jugement du tribunal du travail de Luxembourg du 22 novembre 2006 a dit abusifs les licenciements de **A.)** des 13 et 12 décembre 2005, a condamné **X.)** Sàrl. à payer à **A.)** la somme de 3.006,84.- € à titre d'indemnité compensatoire de préavis, la somme de 1.503,42.- € à titre de préjudice matériel et le montant de 500.- € à titre de préjudice moral, le montant de 144,61.- € à titre d'indemnité pour jours de congé non pris et 380,20.- € à titre d'heures supplémentaires.

Par exploit du 29 décembre 2006 **X.)** Sàrl. a régulièrement relevé appel du jugement du tribunal du travail de Luxembourg du 22 novembre 2006.

X.) Sàrl. estime que, quant à la question de la validité de la période d'essai, les juges de première instance ont retenu à tort la nullité de la clause d'essai au motif qu'il était prouvé par l'attestation testimoniale de **T1.)** que **A.)** aurait commencé à travailler au restaurant **REST1.)** le samedi 12 novembre 2005. Il résulterait cependant des pièces versées en cause, à savoir des fiches de salaire et de la déclaration d'entrée au Centre commun de la sécurité sociale, que les relations de travail entre **A.)** et **X.)** Sàrl. ont seulement débuté le 18 novembre 2005, jour de la signature du contrat de travail.

À titre subsidiaire, l'employeur offre de prouver le fait relatif à la date d'entrée en service effective de l'intimée par l'audition du témoin **T2.)** , gérant de **X.)** Sàrl.

A.) estime qu'il ressort clairement de l'attestation testimoniale de **T1.)** qu'elle a commencé à travailler pour le compte de l'appelante à partir du 12 novembre 2005. Au regard du fait que le contrat de travail n'a été signé que le 18 novembre 2005, la

clause d'essai y incluse serait à déclarer nulle pour être postérieure à l'entrée en fonctions de la salariée.

La Cour retient qu'il résulte de l'attestation testimoniale de **T1.)** du 25 janvier 2006 que *« **A.)** a commencé à travailler au restaurant **REST1.)** pour **X.)** Sàrl. le samedi, 12 novembre 2005. »*

Il n'existe aucune raison pour mettre en doute cette attestation testimoniale. Par ailleurs, il était loisible à **X.)** Sàrl. de fournir la contre-preuve également par le versement d'attestations testimoniales, ce qu'elle a négligé de faire. Ni les fiches de salaire, ni la déclaration d'entrée au Centre commun de la sécurité sociale, ni la date de la signature du contrat de travail ne prouvent l'entrée en service effective de la salariée.

Il convient dès lors de rejeter l'offre de preuve par témoins formulée par l'appelante comme n'étant ni pertinente ni concluante, à plus forte raison que le seul témoin **T2.)** proposé est gérant de **X.)** Sàrl. et de dire que la date de l'entrée en service effective de **A.)** auprès de **X.)** Sàrl. était le 12 novembre 2005.

En ordre subsidiaire, **X.)** Sàrl. affirme que, même à supposer que **A.)** ait commencé à travailler à compter du 12 novembre 2005, la période allant du 12 au 18 novembre 2005 serait à considérer comme période pendant laquelle l'employeur a testé les capacités et les aptitudes de la future salariée.

X.) Sàrl. conclut par conséquent à la validité de la clause d'essai.

A.) estime que le moyen invoqué par la partie appelante suivant laquelle la période antérieure à la conclusion du contrat de travail serait à considérer comme période de test ou d'essai professionnel serait à écarter comme manquant de tout fondement et contraire à la pratique et à la jurisprudence.

La Cour relève que la loi a expressément prévu la période d'essai pour permettre au patron d'apprécier et de tester les capacités et les aptitudes des salariés avant de conclure un contrat de travail définitif. S'il est vrai que l'employeur peut faire subir à l'éventuel futur salarié un test superficiel pour voir s'il remplit les critères et a le format requis pour l'emploi en question ou pour choisir un candidat parmi plusieurs autres, ce test ne peut certainement pas s'étendre, comme en l'espèce, sur une période de 6 jours.

Par conséquent, c'est à juste titre que les juges de première instance ont déclaré nulle la clause d'essai insérée dans le contrat de travail du 18 novembre 2005 et qualifié ce contrat comme étant à durée indéterminée.

Relativement à l'article L. 121-6 (1) du code du travail, **X.)** Sàrl. affirme qu'elle a mis fin le 12 décembre 2005, en respectant le préavis, au contrat de travail du 18 novembre 2005. Le lendemain, le 13 décembre 2005, elle a mis fin au contrat de travail avec effet immédiat étant donné que le 12 décembre 2005, **A.)** aurait soudainement quitté son travail sans en avertir son employeur. Le tribunal du travail se serait basé à tort sur l'attestation testimoniale de **B.)** , ancienne collègue de travail de **A.)** et qui était en litige avec **X.)** Sàrl.

Au moment de l'envoi de la lettre de licenciement, **X.)** Sàrl. n'aurait pas été en possession du certificat médical de la salariée. En conséquence, le licenciement de **A.)** du 12 décembre 2005 serait à déclarer régulier.

La partie appelante offre de prouver par témoignage que l'intimée a quitté son service le 12 décembre 2005.

A.) fait valoir, en ce qui concerne le moyen relatif à la protection de l'article L. 121 (6) du code du travail, que les déclarations du témoin **B.)** , selon laquelle celle-ci avait informé l'employeur de la maladie de **A.)** le jour même de son empêchement, à savoir le 12 décembre 2005, ne sont contredites par aucune pièce du dossier. Il résulterait par ailleurs du certificat médical établi par le Centre hospitalier de Luxembourg le 12 décembre 2005 que l'intimée était malade à partir de ce jour.

Il conviendrait dès lors de confirmer le jugement de première instance en ce qu'il a déclaré abusif le licenciement de **A.)** .

A.) , au motif que le sieur **T2.)** serait le gérant unique de **X.)** Sàrl., estime que celui-ci est incapable de témoigner dans la présente affaire. Elle demande encore de déclarer irrecevables les offres de preuve présentées par la partie appelante.

La Cour retient que c'est à juste titre que le tribunal du travail a écarté l'offre de preuve de **X.)** Sàrl. par l'audition du témoin **T2.)** , gérant de **X.)** Sàrl., offre de preuve réitérée en instance d'appel et qu'il convient d'écarter pour les mêmes motifs. C'est encore à raison que, se basant sur l'attestation testimoniale de **B.)** , les juges de première instance ont déclaré abusifs les licenciements des 12 et 13 décembre 2005 en vertu de l'article L. 121-6(1) du code du travail.

X.) Sàrl. soutient qu'étant donné que les licenciements sont intervenus en période d'essai, l'indemnité de préavis serait égale à 15 jours. Les montants retenus à titre de préjudices matériel et moral sont contestés et il conviendrait le cas échéant de les réduire.

A.) relève régulièrement appel incident et réclame, en instance d'appel, à titre de préjudice moral le montant de 5.000.- € et à titre de préjudice matériel le montant de 4.749,85.- €.

Quant à l'appel incident de l'intimée, **X.)** Sàrl. conteste les montants réclamés à titre de préjudices matériel et moral tant en leur principe qu'en leur quantum.

Le jugement entrepris est à confirmer en ce qu'il a alloué **A.)** à titre de préjudice matériel le montant de 1.503,42.- € pour une période de référence d'un mois et le montant de 500.- € à titre de préjudice moral, le préjudice subi par la salariée suite aux licenciements intervenus étant ainsi adéquatement réparé.

En ce qui concerne les arriérés de salaires, **X.)** Sàrl. estime que c'est à tort que les juges de première instance l'ont condamnée à payer à l'intimée le montant de 144,61.- € à titre d'indemnité compensatoire pour congé non pris.

L'intimée demande la confirmation du jugement entrepris sur ce point.

Ayant travaillé un mois pour le compte de **X.)** Sàrl., c'est à raison que le tribunal du travail a accordé à l'intimée le montant de 144,61.- € à titre d'indemnité compensatoire pour 2,08 jours de congé.

Relativement à l'indemnité pour heures supplémentaires, **X.)** Sàrl. conteste que **A.)** ait presté 35 heures supplémentaires au regard des articles L. 211-15 et suivants, respectivement des articles L. 211-20 et suivants du code du travail. En vertu de l'article L. 211-16 du code du travail, la durée normale journalière du travail pourrait d'office être portée jusqu'à neuf heures par jour, de sorte que la neuvième heure ne constituerait pas une heure supplémentaire.

L'intimée demande encore la confirmation du jugement entrepris en ce qui concerne les arriérés de salaires réclamés.

C'est à bon droit que les juges de première instance ont pris en considération l'attestation testimoniale de **T1.)** selon laquelle **A.)** travaillait 5 jours par semaine de 11.00 à 15.00 heures et 18.00 à minuit, soit 10 heures par jour et 50 heures par semaine.

L'article L. 211-16 du code du travail dispose que *« lorsque les heures de travail hebdomadaires sont réparties sur cinq jours au moins, la durée de travail normale peut d'office être portée jusqu'à neuf heures par jour, sans que le total de la durée de travail ne puisse dépasser la durée de travail normale hebdomadaire en vigueur dans l'établissement ou l'entreprise concernés ».*

En l'espèce, la durée normale hebdomadaire a été fixée par le contrat de travail du 18 novembre 2005 à 40 heures.

Il s'ensuit que c'est à juste titre que le tribunal du travail a condamné l'appelante à payer à la partie intimée le montant de 380,20.- € à titre d'heures supplémentaires.

Il résulte des développements qui précèdent que le jugement entrepris du 22 novembre 2006 est à confirmer dans toute sa forme et teneur.

A.) réclame encore à titre d'indemnité pour procédure abusive et vexatoire un montant de 1.500.- €.

X.) Sàrl. demande le rejet de cette demande.

Pour qu'il y ait abus de droit, il faut que le comportement de l'appelant constitue une faute. En l'espèce, l'appel n'a pas été fait à des fins dilatoires et on ne dénote pas d'acharnement judiciaire de la part de la partie appelante. La demande en paiement d'une d'indemnité pour procédure abusive et vexatoire doit dès lors être rejetée comme non fondée.

X.) Sàrl. réclame une indemnité de procédure de 1.500.- € sur base de l'article 240 du nouveau code de procédure civile.

A.) réclame une indemnité de procédure de 750.- € pour la première instance et de 1.500.- € pour l'instance d'appel.

Les deux parties ne justifiant pas en quoi il serait inéquitable de laisser à leur charge l'entièreté des frais non compris dans les dépens sont à débouter de leurs demandes, en ce qui concerne l'instance d'appel, sur base de l'article 240 du nouveau code de procédure civile.

Le jugement de première instance est à confirmer en ce qu'il a alloué à **A.)** une indemnité de procédure.

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 les appels principal et incident ;

dit l'appel principal de **X.)** et l'appel incident de **A.)** non fondés et en déboute ;

confirme le jugement entrepris du 22 novembre 2006 ;

dit la demande de **A.)** en paiement d'une indemnité pour procédure abusive et vexatoire non fondée et en déboute ;

rejette comme non fondées les demandes de **A.)** et de **X.)** Sàrl. sur base de l'article 240 du nouveau code de procédure civile en ce qui concerne l'instance d'appel;

condamne **X.)** Sàrl. aux frais et dépens de l'instance.