Exempt - appel en matière de droit du travail.

Audience publique du vingt-deux avril deux mille dix.

Numéro 34342 du rôle

Présents:

Edmond GERARD, président de chambre,
Charles NEU, premier conseiller,
Ria LUTZ, conseiller,
Isabelle HIPPERT, greffier.

E n t r e :

la société à responsabilité limitée A 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 Martine LISÉ de Luxembourg du 16 décembre 2008,

intimée sur appel incident,

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

e t :

B, employée privée, demeurant à L-(…),

intimée aux fins du susdit exploit LISÉ,

appelante 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 19 novembre 2009.

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

Par requête déposée auprès du tribunal du travail de Luxembourg le 21 mars 2008 B critiqua d'abusif le licenciement avec préavis lui notifié par son employeur, la société à responsabilité limitée A sàrl, en date du 24 septembre 2004 et réclama différents montants plus amplement détaillés dans le jugement du 28 octobre 2008.

La requérante soutint à la base de sa demande avoir été au service de son ex-employeur depuis le 14 avril 2004 sur base d'un contrat de travail et avoir fait l'objet d'un licenciement avec préavis le 24 septembre 2007 ; que l'employeur n'a pas répondu à sa demande de motifs du 2 octobre 2007, de sorte qu'elle a conclu au caractère abusif du licenciement.

B réclama encore le remboursement de la garantie bancaire de 50.000 euros qu'elle a dû payer pour garantir les inventaires impayés ; elle sollicita finalement la restitution de la garantie pour différences d'inventaire d'un montant de 10.322,60 euros au motif que ce serait l'employeur qui devrait supporter les risques engendrés par son entreprise.

L'employeur contesta que les parties soient liées par un contrat de travail.

Il soutint que la relation contractuelle existant entre les parties était régie par les dispositions de la loi du 3 juin 1994 portant organisation des relations entre les agents commerciaux indépendants et leurs commettants et portant transposition de la directive du Conseil 85/653/CEE du 18 décembre 1986 (en abrégé : la loi sur les agents commerciaux).

L'employeur exposa, qu'en date du 18 mars 2004, les parties conclurent un contrat d'agent commercial relatif à l'exploitation de l'agence commerciale « C » à la D ; que ce contrat entra en vigueur le 14 avril 2004 et fut modifié par plusieurs avenants subséquents, dont celui du 27 mai 2005 par lequel B assura également l'exploitation de l'agence commerciale E à la D et ceci jusqu'au 12 octobre 2007, date à laquelle les parties décidèrent de résilier, d'un commun accord, la prédite relation commerciale.

En date du 24 septembre 2007, le contrat d'agent commercial fut résilié par A avec un préavis de 4 mois.

A estima que la qualité de B était celle d'un agent commercial, d'un commerçant indépendant soumis aux dispositions de la loi d'établissement du 28 décembre 1988, agent qui a obtenu une autorisation de faire le commerce le 2 février 2005 sous le numéro 104631 et le 17 janvier 2007 sous le no. 104631/A par le Ministère des classes moyennes.

Que ce contrat annulait les contrats précédents et plus précisément le contrat de travail qui a existé entre les parties et s'est donc terminé le 14 avril 2004.

A prétendit qu'il n'existerait en l'espèce aucun indice permettant de conclure à l'existence d'un rapport de subordination, de sorte qu'elle conclut à l'incompétence ratione materiae du tribunal du travail, soutint que B n'a pas fait l'objet d'un licenciement, qu'elle ne fut pas obligée de motiver la résiliation du contrat et de payer des indemnités de préavis et de départ, de congé non pris ni des dommages-intérêts pour les préjudices moral et matériel allégués par cette dernière, préjudices qui de surcroît sont formellement contestés par A, tant dans leur principe que dans leur montant.

Concernant la garantie bancaire de 50.000 euros qui figure à la clause X du contrat unissant les parties et dont B demande l'annulation, elle constituerait, d'après A, une obligation contractuelle que l'agent commercial a accepté en contrepartie des engagements contractuels de A, de sorte que le remboursement ne pourrait en être ordonné, ce d'autant plus que l'encaissement par A de cette garantie bancaire trouverait son origine dans une transaction dûment signée par les parties le 19 janvier 2007.

Concernant le remboursement des « garanties pour différences inventaires », A soutint que B se serait engagée, sur base du contrat d'agent commercial, à la tenir indemne des différences d'inventaires, de sorte que, pour la période d'avril 2007 à janvier 2008, A a perçu à ce titre la somme de 10.322,60 euros qui ne serait partant pas remboursable.

A cet égard et à supposer que le tribunal se déclare compétent pour connaître du litige, A réclame le remboursement de la somme de 127.438,70 euros correspondant aux différences de caisse résultant de l'inventaire de clôture du 31 décembre 2008 sur base de l'article L.121-9 du code du travail.

Concernant le remboursement de la somme de 9.500 euros volée par un des employés de B, (vol domestique) F, A conteste devoir les rembourser à cette dernière, dès lors que F a été condamné à rembourser ce montant à B par jugement du tribunal correctionnel de Luxembourg du 19 mars 2007.

Le tribunal du travail de Luxembourg s'est, par jugement du 28 octobre 2008, déclaré compétent pour connaître de la demande, a déclaré le licenciement du 24

septembre abusif, déclaré fondées les demandes en réparation du préjudice moral, en paiement d'une indemnité compensatoire de préavis, pour congés non pris, en remboursement de la garantie pour les différence d'inventaires, partant condamné A à payer à B de ces chefs le montant de 120.852,88 euros ; le tribunal a encore déclaré les autres demandes non fondées.

De ce jugement la société A a régulièrement relevé appel par acte de l'huissier de justice Martine LISE d'Esch-sur-Alzette du 16 décembre 2008.

S'emparant des mêmes moyens que ceux soulevés en première instance, l'appelante demande à la Cour de déclarer son appel fondé et de réformer le jugement a quo sur tous les points.

A formule encore une offre de preuve aux fins d'établir par témoins que B a été informée par A, lors de la signature du contrat du 18 mars 2004, du changement de son statut de salariée en celui d'indépendant.

S'appuyant sur la même argumentation juridique qu'en première instance, l'intimée conclut à la confirmation du jugement déféré en ce qu'il a admis l'existence d'un contrat de travail entre parties et déclaré les juridictions du travail compétentes.

Elle interjette appel incident et réclame, par réformation, pour le préjudice matériel, la somme de 126.686,14 euros, une indemnité compensatoire pour congés non pris de 26.483,74 euros ainsi qu'une indemnité de départ de 52.064,64 euros, dès lors qu'elle prétend avoir bénéficié d'une ancienneté de service de plus de 13 années, et finalement une indemnité de préavis de 22.417,18 euros correspondant au mois de janvier 2008.

Elle conclut à la confirmation du jugement pour les autres volets de la demande.

L'appelante et l'intimée réclament chacune une indemnité de préavis de 2.500 euros.

I) Recevabilité de l'appel

B oppose l'irrecevabilité de l'acte d'appel pour avoir été interjeté tardivement.

La société A soutient que le certificat de notification confirme que le jugement no. 3447 du 28 octobre 2008 a été notifié aux parties pour finalement ne reprendre que le nom de B pour laquelle la date de notification du jugement attaqué était le 12 novembre 2008.

Le dossier ne fait cependant pas ressortir la date à laquelle le jugement attaqué aurait été notifié à A et les informations demandées auprès du greffe non plus.

L'appelante précise dès lors qu'il faudrait partir de la date de la remise à la poste aux fins de notification aux parties, qui d'après elle, était la même, c'est-à-dire le 12 novembre 2008, pour en conclure que le délai d'appel de 40 jours par rapport à la date du 12 novembre 2008 a été respecté.

L'article 150 (alinéa 2) du nouveau code de procédure civile prévoit que l'appel doit être interjeté sous peine de forclusion dans un délai de 40 jours à partir de la notification du jugement, s'il est contradictoire.

Le jugement du 28 octobre 2008 a été notifié à la partie intimée le 12 novembre 2008, de sorte que le délai d'appel de 40 jours a commencé à courir le 13 novembre 2008 et a expiré le 22 décembre 2008.

Comme l'acte d'appel a été signifié le 16 décembre 2008, l'appel est recevable.

La date de la notification du jugement à l'appelante est inconnue, de sorte qu'il y a lieu d'en déduire que le délai d'appel court toujours et que l'appel est également recevable à l'égard de l'appelante.

II) **Quant à la compétence ratione materiae**

Il est constant en cause que B était au service de A pendant 10 ans jusqu'au 18 mars 2004, comme salariée sur base d'un contrat de travail; qu'à la même date les parties ont signé une convention intitulée « Contrat d'Agent Commercial », qui a été modifiée par 5 avenants subséquents ; que A a procédé à la désaffiliation de B du Centre Commun de la Sécurité Sociale en date du 14 avril 2004 ; qu'elle a obtenu l'autorisation de faire le commerce du Ministère des Classes moyennes en date du 3 février 2005 ; que la convention a été résiliée par A en date du 24 septembre 2007.

B persiste, en instance d'appel, à soutenir avoir été liée a A par un contrat de travail salarié à partir du 18 mars 2004, concluant dès lors à la compétence des juridictions du travail pour connaître de sa demande, tandis que A prétend que le statut de salariée de cette dernière a été modifié par la convention du 18 mars 2004 en celui d'indépendant, de sorte que les juridictions du travail seraient ou étaient incompétentes pour toiser le présent litige.

C'est à bon droit que le tribunal du travail a rappelé que la compétence du tribunal du travail est d'attribution et exclusive et découle de l'article 25 du code du travail.

C’est encore à bon escient qu’il a relevé que le contrat de travail se définit comme une convention par laquelle une personne s’engage à mettre son activité au service d’une autre sous la subordination de laquelle elle se place moyennant rémunération.

Il en découle que le contrat de travail place la salariée sous l’autorité de son employeur.

Il convient de rappeler que les critères généraux qui permettent d’apprécier l’existence ou l’absence du lien d’autorité sont :

- la volonté des parties telle qu’exprimée dans leur convention indépendamment de l’intitulé de la convention,
- la rémunération,
- la liberté d’organisation du travail et du temps de travail,
- la possibilité d’engager du personnel et de se faire remplacer.

Or, la Cour constate que les juges de première instance ont occulté plusieurs de ces critères cependant déterminants pour la qualification du contrat litigieux. Ils se sont bornés, pour asseoir leur compétence, à sortir des différents articles de la convention liant les parties les éléments susceptibles ou de nature à établir dans le cas d’espèce l’existence d’un lien de subordination, sans tenir compte de tous les éléments en sens contraire.

A) <u>la volonté des parties</u>

En l’espèce le contrat est dénommé « contrat d’agent commercial » et B s’y qualifie elle-même comme commerçant, agent commercial indépendant au sens de la loi du 3 juin 1994 portant organisation des relations entre les agents commerciaux indépendants et leurs commettants.

La Cour déduit de l’intitulé et du contenu du contrat litigieux que les parties contractantes avaient l’intention de ne pas soumettre aux contraintes du droit du travail, du droit fiscal et de la sécurité sociale l’engagement de B à partir du 18 mars 2004.

Il est en effet parfaitement possible que des prestations accomplies initialement par un travailleur dans un lien de subordination pour un employeur, comme en l’espèce, soient exécutées pour le même employeur, en qualité de travailleur indépendant et sans lien de subordination.

Si la qualification contractuelle peut être renversée dès qu’une partie démontre que l’exercice effectif du contrat est contraire à son intitulé, il n’en reste pas moins que le juge ne peut s’écarter de la qualification du contrat que si les éléments soumis à son appréciation le permettent.

Il incombe dès lors à la Cour de vérifier in concreto si les autres critères du lien d'autorité sont donnés en l'espèce.

B) la rémunération

B, en sa qualité d'agent de A, percevait les commissions plus amplement détaillées au point 1) du point IX de la convention litigieuse.

Or, il est généralement admis par la doctrine et la jurisprudence que la rémunération à la tâche c'est-à-dire à la commission ou au pourcentage, est peu encline à la reconnaissance de la qualité de salarié, mais bien plutôt à celle d'un professionnel libéral ou d'un agent commercial indépendant, ce d'autant plus si, comme en l'espèce l'importance de la rémunération est conséquente (environ 20.000 euros par mois) et a considérablement augmenté par rapport au salaire qu'elle touchait de A lors de l'exécution de son contrat de travail antérieur et depuis la signature de la convention du 18 mars 2004.

C) la liberté d'organisation du travail et du temps de travail

La convention litigieuse ne soumet pas B à un horaire de travail bien précis, mais indique clairement au point 2 du chapitre V) sous « mode d'exploitation » que l'agent dispose librement de son temps de travail et organise son travail comme bon lui semble.

La convention fixe uniquement les heures d'ouverture du point de vente A en fonction des contraintes commerciales ou organisationnelles de la galerie commerciale ouverte selon des horaires fixes dans laquelle il se situe ; B était partant libre de fixer son horaire de travail d'après ses disponibilités.

D) la possibilité d'engager du personnel et de se faire remplacer

Le critère déterminant dans le cas d'espèce, celui que le tribunal du travail n'a pas pris en considération, consiste en la possibilité pour B d'engager du personnel et d'exercer un contrôle hiérarchique sur ses propres salariés.

Le fait qu'un travailleur recrute et rémunère une personne exécutant une prestation sous sa direction et sa responsabilité exclusives, permet de mettre en doute la réalité d'un contrat de travail.

En effet, la relation subordonnée est annihilée si le travailleur a la possibilité comme en l'espèce d'engager et de rétribuer lui-même du personnel ou de se faire remplacer.

Il résulte des pièces versées que B a engagé et rétribué plusieurs salariés dont elle contrôlait l'activité.

De plus le point 3 sous V) « mode d'exploitation » de la convention indique clairement que l'agent est responsable du personnel qu'il embauche et qu'il doit garantir en qualité de formateur instructeur une formation technique à ces salariés.

Il appert d'ailleurs du dossier que B est intervenue dans une affaire correctionnelle comme partie civile dans laquelle était impliqué un de ses employés pour vol domestique en qualité d'employeur au préjudice duquel le prévenu a commis les vols.

Il suit de l'ensemble de ces considérations que B, qui a non seulement signé sans contrainte une convention dans laquelle figurait clairement son statut d'indépendant, qui a concomitamment été désaffiliée en tant que salariée par son employeur du centre commun de la sécurité sociale, qui a demandé et obtenu une autorisation d'établissement pour « le commerce d'articles de librairie-papeterie au centre commercial D » accordé par le Ministre des Classes Moyennes, mais également et surtout exécuté les termes du contrat litigieux pendant plus de 3 années sans la moindre protestation, en acceptant, entre autres, d'être rémunérée à la commission, en acceptant d'engager du personnel dont l'activité était contrôlée par elle, ne peut sérieusement venir soutenir avoir ignoré passer du statut de salarié à celui d'indépendant, ce d'autant plus qu'elle pouvait apprécier la différence en connaissance de cause et en pratique puisqu'elle passait de l'un à l'autre.

On peut dès lors conclure en l'espèce à l'existence d'une novation en présence des présomptions graves, précises et concordantes, établissant la volonté des intéressés de modifier le contrat initial et, plus précisément que B n'était plus salariée, mais assumait une fonction d'agent commercial indépendant, de sorte que le tribunal du travail aurait dû se déclarer incompétent ratione materiae pour connaître de la demande de B.

III) Demandes basées sur l'article 240 du nouveau code de procédure civile

L'appelante et l'intimée réclament chacune une indemnité de procédure de 2.500 euros sur base de l'article 240 du nouveau code de procédure civile.

La partie qui succombe dans ses moyens ne peut prétendre au bénéfice des dispositions de l'article 240 du nouveau code de procédure civile, de sorte que la demande de B est à rejeter.

L'appelante n'ayant pas établit en quoi il serait inéquitable de laisser à sa charge les sommes avancées par elle et non comprises dans les dépens, sa demande est également à rejeter.

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,

Déclare l'appel recevable,

Le dit fondé,

Réformant :

Constate que les parties étaient liées par un contrat d'agent commercial indépendant,

Dit que les juridictions du travail sont incompétentes ratione materiae pour connaître de la demande de B,

Rejette les demandes respectives des parties basées sur l'article 240 du nouveau code de procédure civile,

Condamne B aux frais et dépens de l'instance d'appel.