06/03/97

Exempt - appel en matière de travail.

Audience publique du jeudi six mars mil neuf cent quatre-vingt-dix-sept.

Numéro 19230 du rôle.

Composition :

Roland SCHMIT, président de chambre,
Georges SANTER, premier conseiller,
Romain LUDOVICY, conseiller,
Jean-Claude WIWINIUS, avocat général,
Marie-José HOFFMANN, greffière.

Entre:

H.), retraitée, demeurant à L-(...),

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Marcel HERBER d'Esch/Alzette en date des 26 et 27 mars 1996,

comparant par Maître Jean TONNAR, avocat, demeurant à Luxembourg,

et:

1) le Sc.l.),
(S.l.),
établi à L-(...), représenté par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

intimé aux fins du prédit exploit HERBER,

comparant par Maître Eliane SCHAEFFER, avocat, demeurant à Luxembourg,

2) **la CAISSE DE PENSION DES EMPLOYES PRIVES**, établie à L-

1724 Luxembourg, 1a, boulevard Prince Henri, représentée par le président de son comité-directeur actuellement en fonctions,

intimée aux fins du prédit exploit HERBER,

comparant par Maître Paul BEGHIN, avocat, demeurant à Luxembourg,

3) **l'UNION DES CAISSES DE MALADIE**, établie à L-1471 Luxembourg, 125, route d'Esch,

intimée aux fins du prédit exploit HERBER,

défaillante,

4) **la CAISSE DE MALADIE DES EMPLOYES PRIVES**, établie à L-1471 Luxembourg, 125, route d'Esch,

intimée aux fins du prédit exploit HERBER,

défaillante.

LA COUR D'APPEL:

Par requête déposée le 16 septembre 1994, H.)
, employée privée depuis le 1er avril 1986 aux services du Soc.)
(ci-après en abrégé: le Sl.))

exposant:

- que le 31 janvier 1994 elle avait été licenciée avec un préavis de 4 mois commençant à courir le 1er février 1994, avec dispense de travailler,

- que sur sa demande, le Sl.) lui avait fourni le 24 février 1994 les motifs de son licenciement se résumant à de prétendues insuffisances de compétences et de rentabilité, à une conduite inacceptable envers ses supérieurs et ses collègues et à une perturbation du service par suite de ses absences prolongées pour cause de maladie, motifs qu'elle avait tous

contestés le 14 mars 1994,

- que sur le refus du SA) de lui payer l'indemnité de préavis et l'indemnité de départ, ce n'est qu'à la suite d'une action en référé qu'elle obtenait le paiement des 420.035.- francs lui redus,

- que le SA.) lui redoit cependant toujours un solde sur son salaire, une quote-part du 13e mois pour 1994, ainsi qu'une indemnité compensatoire pour congé non pris en 1993 et 1994,

a fait convoquer le SA.) devant le tribunal du travail de Luxembourg pour l'entendre condamner à lui payer 500.000.- francs et 2.000.000.- francs à titre de dommages-intérêts pour préjudice respectivement matériel et moral, 7.140.- francs pour solde sur le salaire de novembre et décembre 1993, 20.988.- francs représentant 9 points pour la période de janvier à mai 1994 et une prime de licenciement, 18.025.- francs représentant 5/12 du 13e mois pour 1994 et 114.624.- francs à titre d'indemnité pour 18 jours de congé non pris en 1993 et 10 jours en 1994.

Par requête déposée le 10 mars 1995, le SA.) a fait convoquer en ordre principal la CAISSE DE PENSION DES EMPLOYES PRIVES (la CPEP) en ordre subsidiaire l'UNION DES CAISSES DE MALADIE (l'UCM) et la CAISSE DE MALADIE DES EMPLOYES PRIVES (la CMEP) pour:

- voir principalement condamner la CPEP au paiement des prestations sociales redues à partir du constat de l'invalidité permanente dans le chef de H.) , partant la condamner au paiement d'un montant total de 466.188.- francs,

- pour voir ordonner la restitution à l'employeur des sommes déjà payées par ce dernier à titre d'avances ou de provisions sur base de l'ordonnance de référé intervenue, soit le montant de 431.005.- francs,

- sinon le tenir quitte et indemne des sommes auxquelles H.) pourrait encore prétendre,

- subsidiairement, condamner l'UCM et la CMEP au paiement des prestations sociales redues à partir du constat de la maladie jusqu'à la prise en charge des prestations sociales par la CPEP suite à l'invalidité constatée dans le chef de H.) , partant les condamner au paiement du montant de 466.188.- francs, partant ordonner la restitution à l'employeur des sommes déjà payées sur base de l'ordonnance de référé intervenue, soit le montant de 431.005.- francs, sinon le tenir quitte et indemne des sommes auxquelles H.) pourrait encore prétendre.

En cours d'instance, le SI.) a formulé une demande reconventionnelle et réclame à H.) le remboursement des 420.035.- francs qu'il a été contraint de payer par provision à titre d'indemnité de préavis et de départ à la suite de l'instance en référé intentée par la requérante dès lors qu'en raison de l'invalidité de H.) reconnue par les organismes de la sécurité sociale, elle aurait été de toute façon incapable de travailler pendant le préavis et aurait eu droit à une indemnisation de la part de la sécurité sociale, le SI.) , après l'expiration du délai prévu à l'article 35 (3) de la loi du 24 mai 1989 sur le contrat de travail, n'étant plus tenu à conserver la rémunération à l'employé.

Par jugement rendu le 4 mars 1996, le tribunal, après avoir joint les deux demandes et, en ce qui concerne la demande de H.) dirigée contre le SI.) , considéré plus particulièrement que les nombreuses absences précédant le licenciement constituent à elles seules une cause réelle et sérieuse de licenciement

- a rejeté les moyens d'irrecevabilité opposés par le SI.) ;

- a dit que le licenciement de H.) en date du 31 janvier 1994 est régulier;

- a déclaré non fondées les demandes de H.) en paiement de dommages-intérêts pour licenciement abusif, en paiement des 5/12es du 13e mois et de l'indemnité pour congé non pris pour l'année 1993 et l'en a déboutee;

- a déclaré fondée la demande de H.) en paiement de la différence de salaire jusqu'à concurrence d'un montant de 5.712.- (cinq mille sept cent douze) francs et non fondée pour le surplus;

- a déclaré fondée la demande de H.) en paiement de l'indemnité pour congé non pris pour 1994 pour le montant de 40.934.- (quarante mille neuf cent trente-quatre) francs;

- et a condamné le SI.) à payer à H.) la somme de 46.646.- francs avec les intérêts légaux à partir de la demande en justice jusqu'à solde.

Statuant sur la demande reconventionnelle du SI.) , le tribunal l'a déclarée fondée jusqu'à concurrence de 336.028.- francs et a condamné H.) à rembourser ce montant au SI.) avec les intérêts légaux à partir du 13 avril 1994. Le tribunal s'est encore déclaré incompétent sur

base de l'article 293 du codes des assurances sociales pour connaître de la demande du SI.) dirigée contre la CPEP, l'UCM et la CMEP, a débouté tant H.) que la CPEP de leurs demandes basées sur l'article 131-1 du code de procédure civile, a imposé la moitié des frais à H.) et au SI.) et a déclaré commun le jugement aux CPEP, l'UCM et CMEP.

L'appel relevé les 26 et 27 mars 1996 par H.) contre ce jugement dans les forme et délai légaux est recevable. Réitérant en instance d'appel ses moyens présentés en première instance, elle demande à la Cour de le réformer, de dire que son licenciement est abusif et par voie de conséquence de condamner le SI.) à lui payer 500.000.- francs à titre de dommage matériel et 2.000.000.- francs à titre de dommage moral. En ce qui concerne les autres points litigieux, elle prie la Cour de:

"confirmer le premier jugement sur les points concernant la différence de salaires de novembre à décembre 1993, ainsi qu'à l'indemnité pour congés non pris de 1994;

réformer le jugement en ce qu'il n'a pas alloué la différence de salaire sur le 13ème mois 1993, à savoir 1.428.- francs, la somme de 20.988.- francs concernant les 9 points supplémentaires reconnus à chaque employé rédacteur pour la période de janvier à mai 1994 et la prime de licenciement, ainsi que sur le montant de 18.025.- francs concernant les 5/12es du 13ème mois 1994, alors qu'il résulte très clairement que l'appelante avait tous les ans un 13ème mois;

finalement, réformer encore le point sur les congés non pris pour 1993, à savoir 18 jours;

réformer encore le premier jugement sur le fait qu'il a déclaré la demande reconventionnelle présentée par le SI.) fondée et justifiée pour le remboursement de 336.028.- francs à effectuer par la dame H.) au SI.);

débouter la partie SI.) purement et simplement de l'intégralité de sa demande reconventionnelle;

(...)

finalement, réformer le jugement sur ce qu'il n'a pas alloué à la dame H.) une indemnité de procédure de 30.000.- francs en application de l'article 131-1 du code de procédure civile;

(...)"

La partie intimée S.), tout en se rapportant à prudence de justice en ce qui concerne la recevabilité de l'acte d'appel et de l'appel en la forme, déclare maintenir ses moyens d'irrecevabilité présentés en première instance et, pour autant que de besoin, interjette appel incident dans la mesure où ces moyens opposés à la demande de H.) n'ont pas été accueillis, à savoir

"- en ordre principal: défaut de mise en intervention des organismes de sécurité sociale,

- en ordre subsidiaire: défaut de qualité dans le chef (du S.)) avec demande de mise hors cause de sa part suite à une résiliation de plein droit du contrat de travail rendant irrecevable toute demande basée sur un quelconque licenciement qui n'existe pas,

- en ordre plus subsidiaire, quant à la demande en dommages-intérêts: forclusion dans le chef du demandeur pour tardiveté de la requête,

- en ordre encore plus subsidiaire, quant à la demande de congé: irrecevabilité pour cause de tardiveté."

En ce qui concerne le fond, le S.) relève principalement appel incident contre le jugement rendu en date du 4.3.1996 en ce qu'il n'a pas retenu l'existence d'une résiliation de plein droit du contrat de travail par suite de l'invalidité de H.) .

Subsidiairement il conclut à la confirmation du jugement, en ce qui concerne:

- la régularité du licenciement intervenu,

- le débouté de la partie appelante de sa demande en obtention de dommages-intérêts pour licenciement abusif,

- le débouté de la partie appelante de sa demande en paiement de 5/12 du treizième mois,

- le débouté de la partie appelante de sa demande en obtention d'une indemnité pour congé non pris pour l'année 1993.

Pour autant que de besoin il offre en preuve par l'audition de témoins la réalité des faits invoqués pour justifier le licenciement.

Le SI.) conclut encore à la réformation partielle du jugement en ce qui concerne:

- la demande en paiement de la différence de salaire de Madame H.) ,

- la demande en paiement de l'indemnité pour congé non pris pour 1994 de H.) ,

- les montants alloués.

En ce qui concerne sa demande reconventionnelle et sa demande en intervention des trois organismes de sécurité sociale, le SI.) conclut comme suit:

"principalement,

(lui) donner acte qu'(il) interjette appel incident, alors que

c'est à tort que les premiers juges n'ont pas retenu l'intégralité de sa demande en remboursement du montant avancé de sa part;

pour le surplus confirmer le premier jugement sur ce point;

subsidiairement,

dire que c'est à tort que les premiers juges ne se sont pas déclarés compétents pour connaître de la demande adressée par ordre de subsidiarité à l'encontre de la CPEP, de l'UCM et de la CMEP;

partant par réformation du jugement intervenu, dire fondée la demande en paiement du montant de 420.035.- francs représentant les quatre mois de salaires réclamés à titre de préavis et les mois d'indemnités de départ, ainsi que du montant de 46.153.- francs, représentant la différence de salaire réclamée pour novembre et décembre 1993, ainsi que pour le treizième mois et à titre de supplément de salaires réclamés de janvier à mai 1994 et pour le treizième mois, à l'encontre des susdites parties intimées sub 2), 3) et 4) par ordre de subsidiarité, sinon tenir quitte et indemne le SI.) des sommes qui seraient redevables à la partie appelante."

La partie intimée CPEP conclut en ce qui concerne l'appel principal à son irrecevabilité dès lors que H.) n'a pas conclu en première instance contre la CPEP, subsidiairement à la confirmation de la décision

d'incompétence en ce qui concerne la demande en intervention dirigée contre elle par le S1).

En ce qui concerne l'appel incident du S1), la CPEP conclut à son irrecevabilité dès lors qu'il est dirigé par un intimé contre un intimé, sinon à la confirmation de la décision d'incompétence, sinon encore au débouté du recours en intervention du S1).

La CPEP déclare interjeter appel incident contre le jugement du 4 mars 1996 en ce qu'il n'a pas fait droit à ses deux demandes reconventionnelles, à savoir sa demande basée sur l'article 131-1 du code de procédure civile dirigée contre le S1) et sa demande en paiement d'un montant évalué à 150.000.- francs basée sur l'article 241 alinéa 6 du code des assurances sociales du chef des cotisations sociales redues pour la période de préavis dirigée contre le S1). Finalement la CPEP demande encore une indemnité de procès de 30.000.- francs pour l'instance d'appel.

Les parties UCM et CMEP, dûment intimées, comme en première instance, n'ont pas non plus comparu devant la Cour.

A) <u>Le licenciement de H.)</u> .

1) <u>Recevabilité de la demande - L'article 283 bis du code des assurances sociales.</u>

Ladite disposition qui, à l'occasion de l'instruction d'une infraction et de l'instance répressive qui s'ensuit et pouvant donner lieu à un recours contre le tiers responsable de la part des organismes de sécurité sociale auxquels est affiliée la victime, impose aux agents de la force publique et au ministère public chargés de l'enquête d'informer ceux-ci, ainsi qu'aux victimes - parties civiles et leurs ayants droits - et encore aux demandeurs dans les affaires portées devant les juridictions civiles et commerciales de les appeler en déclaration de jugement commun, sous peine d'irrecevabilité de leurs demandes, vise l'hypothèse d'un recours des organismes de sécurité sociale assureurs des victimes, contre les tiers responsables prévus par les articles 82, 118 et 232 du code des assurances sociales, matière étrangère à la présente affaire. Dans la mesure où le moyen d'irrecevabilité est basé sur l'article 32 de la loi du 24 mai 1989 sur le contrat de travail, il est renvoyé aux développements repris ci-dessous sub 2 b).

2) <u>La régularité du licenciement.</u>

a) <u>L'article 28-2 de la loi de 1989.</u>

Le S1.) conclut encore à l'irrecevabilité de la demande en dommages-intérêts pour cause de tardiveté en ce que la demande déposée le 16 septembre 1994 n'aurait pas été introduite dans le délai de trois mois, énoncé sous peine de forclusion, à partir de la motivation du licenciement datant du 24 février 1994. Il fait encore valoir que la lettre du 14 mars 1994 du mandataire de H.) ne saurait valoir réclamation au sens légal et faisant courir un nouveau délai de forclusion d'un an.

Pour valoir réclamation au sens de l'article 28 (2) alinéa deux de la susdite loi, il faut que l'intervention du mandataire énonce clairement que le licenciement est considéré comme abusif susceptible d'engendrer dans le chef de l'employeur l'obligation de réparer le préjudice causé par cet acte.

La lettre par laquelle H.) faisait savoir le 14 mars 1994 par l'intermédiaire de son mandataire, entre autres, "que les motifs que vous invoquez sont contestés en bloc", vaut réclamation au sens de l'article 28 susdit, dès lors qu'elle contient l'expression de la désapprobation du licenciement et par voie de conséquence, contestation de sa régularité. Elle a donc valablement interrompu le délai de forclusion de trois mois et a fait courir un nouveau délai d'un an.

La demande en dommages-intérêts est donc recevable à cet égard.

b) <u>L'article 32 de la loi de 1989.</u>

Se prévalant de ce que ledit article énonce que le contrat de travail cesse de plein droit "le jour de la décision portant attribution au travailleur d'une pension d'invalidité", le S1.) fait valoir que H.) , par décision du 2 mai 1995 du comité-directeur de la CPEP, avait été déclarée en état d'invalidité permanente depuis le 17 septembre 1993, fait qu'il avait ignoré le jour du licenciement (31 janvier 1994) de sorte qu'il serait à mettre hors cause et que l'action intentée contre lui basée sur un licenciement serait irrecevable, dès lors que le contrat de travail liant le S1.) à H.) n'existait plus depuis le 17 septembre 1993. Le S1.) fait encore valoir que si par impossible le contrat de travail n'avait pas cessé de plein droit le 31 janvier 1994 en raison de l'incapacité de travail continue depuis le 17 septembre 1993, seule la CMEP serait restée compétente pour le paiement de l'indemnité pécuniaire de maladie dès lors que ses droits n'étaient pas encore épuisés (maximum d'indemnisation: 52 semaines), mais que par contre la conservation légale de la rémunération à charge de l'employeur <fraction du mois de l'incapacité et les trois mois subséquents (article 176 des statuts de l'UCM)>, aurait cessé le 31 décembre 1993.

Sous le régime ayant prévalu avant l'entrée en vigueur de la loi du 24 mai 1989 sur le contrat de travail, l'article 8 alinéa 5 de la loi du 12 novembre 1971 portant réforme du règlement légal du louage de service des employés privés qui disposait que "l'obligation de compléter l'indemnité de maladie ne pourra en aucun cas se proroger au-delà de l'octroi de la pension d'invalidité", et l'ancien article 6 alinéa 2 de la loi du 24 juin 1970 portant réglementation du contrat de louage de service des ouvriers qui disposait "que le contrat de travail cesse de plein droit par l'invalidité lui donnant droit à une pension légale", ces dispositions de la législation du travail étaient conformes à l'effet combiné des articles 187 et 190 du code des assurances sociales faisant bénéficier l'assuré d'une pension d'invalidité à partir du moment où il a été constaté qu'il y avait impossibilité pour lui d'exercer la profession qu'il exerçait avant la survenance de la maladie qui a entraîné cette incapacité de travail.

Dès lors que le nouvel article 32 (1) de la loi de 1989 dispose par contre que le contrat de travail cesse de plein droit le jour de la décision portant attribution d'une pension d'invalidité, cette formulation précise met logiquement en échec la théorie de la cessation rétroactive du contrat de travail au jour où le salarié est reconnu incapable de travailler au sens de l'article 187 du code des assurances sociales.

Force est de conclure qu'en matière de législation du travail, le contrat de travail persiste jusqu'à la décision sur l'invalidité et ce avec toutes les conséquences que cela comporte pour l'employeur. Par ailleurs l'obligation de l'employeur énoncée par l'article 35 (5) de la loi de 1989 de compléter si, à l'expiration de la période visée à l'alinéa 3, point 2, il ne résilie pas, comme en l'espèce (période du 1er au 31 janvier 1994), le contrat de travail de l'employé privé, l'indemnité pécuniaire de maladie ou l'allocation lui versée jusqu'à parfaire le montant du traitement net au plus tard jusqu'à l'expiration des 12 mois qui suivent celui de la survenance de l'incapacité de travail, ne font que confirmer qu'en droit du travail, le législateur ne prévoit pas, sauf volonté exprimée par l'employeur, une rupture automatique du contrat par l'effet de l'incapacité de travail prolongée du salarié pour laquelle les organismes de sécurité sociale attesteront rétroactivement une pension d'invalidité.

Tant que l'employeur ne résilie pas le contrat, dès qu'il est autorisé à le faire (article 35 (3) point 2), il est censé vouloir le maintenir en attendant le retour du salarié.

Il résulte de ces développements que le contrat de travail de H.) n'avait pas cessé de plein droit le 17 septembre 1993 et que ce

n'est que le licenciement intervenu le 31 janvier 1994 qui avait mis fin au contrat de travail avec effet au 31 mai 1994, date d'expiration du préavis.

3) <u>La justification du licenciement.</u>

L'employeur reproche à H.) d'une part un ensemble de faits qui permettraient de conclure à son incompétence, son insuffisance de rentabilité et sa conduite inacceptable envers ses supérieurs et ses collègues et, d'autre part, son absence prolongée pour cause de maladie ayant perturbé le service, faits qu'il offre de prouver par témoins.

Les premiers juges ont retenu que les absences prolongées, documentées par les éléments du dossier, étaient suffisantes pour justifier à elles seules le licenciement.

- H.) ne saurait tout d'abord qualifier d'abusif son licenciement au motif qu'il aurait été prononcé "en pleine période de maladie" dès lors qu'aux termes de l'article 35 (5) de la loi de 1989 sur le contrat de travail, l'employeur avait recouvré la faculté de licencier son employée à partir du 1er janvier 1994,

- H.) ne saurait pas non plus reprocher au SI.) d'avoir invoqué les absences postérieures à la date du 15 septembre 1993 au motif que la décision de la licencier avait été prise par le conseil d'administration du SI.) à l'occasion d'une réunion qui s'était tenue à cette date. Dès lors que les délais énoncés à l'article 35 (3) précité interdisent un licenciement pendant le mois de la survenance de l'incapacité de travail et les trois mois subséquents, on ne saurait reprocher à l'employeur d'avoir respecté la loi et même d'avoir attendu encore un mois supplémentaire avant de procéder au licenciement. Etant donné que le seul licenciement devenu effectif à la date de la notification est à prendre en considération, l'employeur est autorisé à invoquer les faits survenus jusqu'à cette date, tout comme il aurait pu ne pas mettre en exécution sa décision de licencier.

- H.) dénie tout caractère de gravité à ses absences et conteste qu'elles auraient perturbé la bonne marche des services du SI.) . Compte tenu de ce que la salariée avait été absente les 7 derniers mois (juillet 1993 à janvier 1994) pendant plus de 170 jours, cette absence, continue depuis le 17 septembre 1993 faisait présumer une désorganisation de l'entreprise, dès lors que le SI.) ne pouvait plus compter sur une collaboration régulière de sa salariée qui n'avait certainement pas été engagée à ne rien faire.

C'est par conséquent à bon droit et pour des motifs que la Cour adopte

que les premiers juges ont retenu le motif basé sur l'absentéisme habituel comme suffisamment grave pour justifier à lui seul le licenciement avec préavis de la salariée au voeu de l'article 28 (1) de la loi de 1989, dès lors qu'il est lié tant à l'inaptitude de la salariée à assumer ses fonctions qu'à des nécessités du fonctionnement du service, et ont débouté H.) de sa demande en paiement de dommages-intérêts.

B) <u>La demande reconventionnelle.</u>

Avant de statuer sur les autres chefs de la demande, il convient d'abord de toiser la demande reconventionnelle du Sl.).

Par ordonnance de référé du 14 juillet 1994, le Sl.) a été condamné à payer à H.) par provision 420.035.- francs à titre d'indemnité compensatoire de 4 mois de préavis et d'indemnité de départ, montant réglé par le Sl.).

Les premiers juges, après avoir considéré que H.) , dispensée de travailler pendant le délai de préavis, avait de toute façon été incapable de travailler pendant cette période de sorte qu'elle pouvait prétendre à une indemnisation de la part des organismes de sécurité sociale et que l'employeur n'était plus tenu, après l'expiration des délais visés à l'article 35 de la loi de 1989, qu'à compléter l'indemnité pécuniaire de maladie versée, respectivement l'allocation légalement redue jusqu'à parfaire le montant de son traitement net de 67.787.- francs, et qu'elle aurait dû "réclamer aux organismes de sécurité sociale le paiement des indemnités pécuniaires de maladie, respectivement des allocations lui redues", ont estimé que, compte tenu de ce que l'indemnité lui versée par la CMEP du 1er au 31 janvier 1994 était supérieure au traitement net, le Sl.) "ne saurait être tenu de compléter l'indemnité pécuniaire de maladie, respectivement l'allocation légalement due", de sorte que la demande en remboursement du Sl.) pour autant qu'elle concernait les salaires des 4 mois de préavis (336.028.- francs) était fondée, le remboursement de l'indemnité de départ n'étant cependant pas fondé au motif que "l'article 24 de la loi de 1989 ne prévoit pas l'absence de droit à une pension d'invalidité au moment du licenciement comme condition de l'obtention de l'indemnité de départ".

Cependant, ainsi qu'il vient d'être exposé ci-dessus sub 2 b), l'introduction dans la législation du travail du nouvel article 32 ne fait plus coïncider la cessation de plein droit du contrat de travail en cas d'invalidité avec le jour de l'invalidité même rétroactivement fixé, mais le fait perdurer jusqu'au jour de la décision portant attribution d'une pension d'invalidité. Etant donné qu'en l'espèce, cette décision avait été prise postérieurement à

la décision de licenciement du SI.) du 31 janvier 1994, la cessation du contrat de travail ne prenait effet qu'au 31 mai 1994 date de l'expiration du préavis.

Si, à l'expiration de l'obligation patronale, l'employeur ne résilie, comme en l'espèce, pas le contrat de travail, la caisse de maladie paie une indemnité pécuniaire et l'employeur doit, le cas échéant, parfaire la différence entre celle-ci et la rémunération supérieure au maximum cotisable (article 35 (5) loi de 1989). Si par la suite, l'employeur résilie le contrat de travail avec préavis, sans pour autant accorder la dispense de travailler au salarié incapable de travailler, la caisse de maladie effectue le paiement du salaire pendant le préavis sous forme d'indemnité pécuniaire de maladie et l'employeur, en cas de rémunération supérieure au maximum cotisable, doit le complément.

Si par contre, l'employeur accorde, comme en l'espèce, une dispense de travailler, ses obligations et les droits du salarié sont définis en matière de droit du travail par l'article 26 alinéa 2 de la loi de 1989 en ce sens que la dispense accordée "ne doit entraîner pour le salarié aucune diminution des salaires, traitements, indemnités et autres avantages auxquels il aurait pu prétendre s'il avait accompli son travail" et ce jusqu'à l'expiration du préavis. Et il appartient à l'employeur, tout comme en cas de reprise pendant le préavis d'un travail moins bien rémunéré, de verser au salarié chaque mois pendant le préavis respectivement sa rémunération ou le complément différentiel.

L'article 190.2 du code des assurances sociales, cité par le SI.) à l'appui de sa thèse que le contrat de travail a cessé le jour de l'attribution de la rente qui prévoit pour la période où l'assuré bénéficiaire d'une pension d'invalidité a encore touché une indemnité de maladie payée par la caisse de maladie en remplacement de son salaire, que la pension est versée à la caisse de maladie qui a fait le paiement des indemnités de maladie, de même que l'article 179 des statuts de l'UCM qui stipule que << sur avis écrit de la Caisse de Maladie, l'employeur s'abstient d'avancer l'indemnité pécuniaire de maladie ... 4) pour des périodes d'incapacité de travail postérieures à l'expiration du mois de la constatation de l'invalidité permanente par le contrôle médical et qui doit par conséquent être indemnisée par l'assurance pension vieillesse invalidité >>, restent des dispositions qui règlent, soit les recours entre les différents organismes de sécurité sociale, soit les obligations patronales pendant la période visée à l'article 35 (3), étrangères à la présente espèce.

Il s'ensuit que la demande en remboursement de l'indemnité compensatoire de préavis n'est pas justifiée.

C) Les autres revendications de H.) .

a) Les soldes des salaires des mois de novembre et décembre 1993.

Le S.A.) fait valoir que par décision du 3 novembre 1993 le conseil d'administration avait été amené à retirer à H.) la prime de responsabilité de 10 points s'élevant pour les deux mois en question à 5.712.- francs en raison du fait qu'elle s'était montrée incapable d'effectuer le travail lié à cette prime.

Dès lors que cette prime lui avait été accordée à partir de juillet 1990 (voir procès-verbal du conseil d'administration du 27 janvier 1990) et faisait partie intégrante du salaire, son retrait, synonyme de diminution du salaire, constitue une modification en défaveur du salarié d'une clause essentielle du contrat de travail au sens de l'article 37 de la loi de 1989, et est comme telle, soumise aux conditions de forme et de fond de ladite disposition (notification dans les forme et délai visés aux articles 19 et 20, voire 20 et 27, motivation à fournir sur demande du salarié ...), non respectées en l'espèce, de sorte que cette modification a été à bon droit déclarée nulle par les premiers juges et qu'ils ont à juste titre déclaré la demande fondée jusqu'à concurrence de 5.712.- francs.

Le montant de 1.428.- francs réclamé à titre de différence du 13e mois de 1993 a été déclaré à juste titre non fondé ainsi qu'il va être développé ci-dessous sub C, c) .

b) L'augmentation de 9 points.

H.) demande à son employeur 20.988.- francs représentant l'augmentation salariale des mois de janvier jusqu'à l'expiration du préavis, augmentation accordée à partir du 1er janvier 1994 par le S.A.) à tous ses salariés. L'employeur ne conteste pas qu'une augmentation annuelle de 9 points avait été accordée au personnel du S.A.) à partir de janvier 1994. Il s'oppose cependant à cette demande en soutenant qu'à partir du mois de janvier 1994 H.) était à charge de la CMEP, sinon de la CPEP. Il conteste encore la demande en son quantum.

C'est à juste titre qu'en ce qui concerne le mois de janvier 1994 les premiers juges, invoquant les obligations patronales telles qu'elles résultent de l'article 35 (5) de la loi de 1989, ont fixé à 3.427,83 francs le solde auquel H.) a droit.

S'il est vrai, ainsi qu'il vient d'être exposé ci-dessus, que cette

augmentation devait également s'appliquer au préavis et à l'indemnité compensatoire y relative à laquelle H.) a droit, force est de constater qu'il en a été tenu compte par le juge des référés dont les calculs étaient effectués sur base de la rémunération des mois de février et mars 1994 tels que réclamés par H.) qui a tenu compte de l'augmentation de 9 points dans sa demande. Dès lors que l'ordonnance de référé a été exécutée, les augmentations ne sont plus dues pour le surplus.

Il convient par conséquent de confirmer, bien qu'en partie pour d'autres motifs, la décision afférente des premiers juges.

c) <u>Les 5/12 du treizième mois 1994.</u>

C'est à bon droit et pour des motifs que la Cour adopte que les premiers juges, après avoir considéré qu'il appartient à la requérante qui réclame l'exécution d'une obligation de rapporter la preuve de l'existence de cette obligation, que cette preuve ne résulte pas des éléments du dossier et qu'à défaut d'offre de preuve établissant qu'un treizième mois avait été alloué régulièrement suivant un taux uniforme, sa demande y relative n'est pas fondée, le caractère obligatoire du 13e mois n'ayant pas été établi.

En effet, à part une pièce relative à un paiement d'une pareille prime en 1993, aucun élément du dossier ne permet de retenir l'affirmation de l'appelante qu'elle aurait "toujours touché un treizième mois à partir de la décision que les employés de l'Etat pourraient toucher un treizième mois."

d) <u>L'indemnité pour congé non pris en 1993 et 1994.</u>

- Le congé de 1993.

H.) réclame une indemnité compensatoire pour 18 jours de congé non pris en 1993.

Dès lors que selon l'article 9 de la loi du 22 avril 1966 portant réglementation uniforme du congé annuel payé, le congé doit être accordé et pris au cours de l'année de calendrier, le salarié qui même pour cause de maladie n'a pu prendre son congé au cours de l'année de calendrier, n'est pas en droit d'exiger que son congé soit reporté à l'année suivante et n'a par conséquent pas droit à une indemnité compensatoire correspondant à ce congé non pris en cas de résiliation de son contrat de travail l'année suivante.

C'est donc encore à bon droit que cette demande a été déclarée non fondée par les premiers juges.

- Le congé de 1994.

Le contrat ayant pris fin le 31 mai 1994, H.) demande une indemnité compensatoire pour 10 jours de congé non pris.

Selon l'article 26 alinéa 2 de la loi du 24 mai 1989 sur le contrat de travail, la dispense de travail accordée par l'employeur ne doit entraîner pour le salarié aucune diminution des salaires, traitements, indemnités et autres avantages auxquels il aurait pu prétendre s'il avait accompli son travail. L'article 6 de la loi du 22 avril 1966 sur le congé énonce encore à l'alinéa 3 sub b) que les absences du salarié en vertu d'une autorisation régulière préalable de l'employeur sont assimilées à des journées de travail effectif.

Il s'ensuit que H.) a droit à une indemnité correspondant au congé non pris du 1er janvier au 31 mai 1994, soit à 10 jours.

La partie SI.) n'ayant pas spécifié en quoi le calcul effectué par les premiers juges qu'elle conteste serait erroné, il convient de confirmer leur décision afférente et de fixer l'indemnité à 40.934.- francs.

D) <u>La mise en intervention de la CPEP, sinon de l'UCM, sinon encore de la CMEP par le SI.)</u>.

a) L'appel principal de H.) .

H.) aux termes de son acte d'appel demande à la Cour de:

"dire également que c'est à tort que le tribunal du travail s'est déclaré incompétent pour connaître de la demande dirigée contre la CAISSE DE PENSION DES EMPLOYES PRIVES, l'UNION DES CAISSES DE MALADIE et la CAISSE DE MALADIE DES EMPLOYES PRIVES."

Dès lors qu'on ne saurait intimer sur l'appel une partie contre laquelle on n'a pas conclu en première instance, l'appel principal dirigé par H.) , critiquant la décision d'incompétence pour connaître de la demande du SI.) dirigée contre la CPEP, l'UCM et la CMEP, est irrecevable.

b) L'appel incident du SI.) .

Le SI.) ayant été débouté de sa demande reconventionnelle en remboursement des montants payés à H.) , interjette appel

incident dans la mesure où les premiers juges se sont déclarés incompétents pour connaître de sa demande dirigée contre les trois organismes de sécurité sociale et demande à ce qu'ils lui remboursent lesdits montants sinon à ce qu'ils le tiennent quitte et indemne des sommes qu'il serait déclaré encore redevoir à H.) .

La CPEP conclut à l'irrecevabilité de cet appel incident "en vertu des dispositions d'ordre public qui prohibent l'appel d'intimé à intimé".

Le SI.) fait valoir que ladite prohibition souffrirait exception "lorsqu'il s'agit comme en l'espèce d'une mise en garantie en ordre subsidiaire de la CAISSE DE PENSION, en ordre plus subsidiaire contre l'UNION DES CAISSES DE MALADIE et en ordre plus subsidiaire encore contre la CAISSE DE MALADIE DES EMPLOYES PRIVES."

Cependant l'appel du demandeur principal (H.)) contre le défendeur, demandeur en garantie (le SI.)) et contre l'appelé en garantie (la CPEP) ne dispense pas le garanti de l'obligation de former appel principal contre le garant: à défaut d'appel principal, le garanti ne peut reproduire devant la Cour par un appel incident la demande qu'il a formée contre son prétendu garant et que le jugement attaqué a rejetée (voir E: D. Proc. civ. et comm. V.° appel incident no. 79 et cit. jur.).

L'appel incident du SI.) intimant les trois organismes de sécurité sociale est par conséquent irrecevable.

c) L'appel incident partiel de la CPEP.

L'appel incident partiel interjeté par la CPEP contre le jugement du 4 mars 1996, dans la mesure où elle a été déboutée de sa demande en allocation d'une indemnité de procédure et de sa demande reconventionnelle en paiement de 150.000.- francs du chef de cotisations redues par le SI.) pendant le délai de préavis ne saurait être reçu dès lors qu'il est dirigé incidemment non contre l'appelant principal, mais contre un intimé.

E) <u>Les indemnités de procédure.</u>

a) La demande de H.) .

L'appelante H.) qui demande encore à ce que le jugement soit réformé sur ce qu'il ne lui a pas accordé "une indemnité de procédure de 30.000.- francs en application de l'article 131-1 du code de procédure civile" ne précise ni la nature de la somme non comprise dans les dépens

ni pour quelle raison il lui paraît inéquitable de la laisser à sa charge, de sorte qu'il échet de confirmer la décision de rejet des premiers juges.

b) La demande de la CPEP.

La CPEP demande à ce que les parties adverses soient condamnées à lui payer chacune 30.000.- francs sur base de l'article 131-1 du code de procédure civile à titre notamment de frais et honoraires qu'elle a dû exposer pour faire valoir sa défense en instance d'appel.

Compte tenu de la décision à intervenir sur le sort notamment de son appel incident, il ne paraît pas inéquitable de laisser à charge de la CPEP les frais non compris dans les dépens qu'elle a dû engager pour se faire représenter devant la Cour.

Par ces motifs:

la Cour, huitième chambre, siégeant comme juridiction d'appel en matière de droit du travail, statuant contradictoirement à l'égard de H.) , du Soc.) et de la CAISSE DE PENSION DES EMPLOYES PRIVES et par défaut faute de comparaître à l'égard de l'UNION DES CAISSES DE MALADIE et de la CAISSE DE MALADIE DES EMPLOYES PRIVES, le Ministère Public entendu,

En ce qui concerne la demande principale de H.) et la demande reconventionnelle du Soc.) :

reçoit les appels principal de H.) et incident du Sté.) en la pure forme;

dit l'appel incident du Sté.) non fondé;

déclare l'appel principal de H.) partiellement justifié;

réformant,

dit non fondée la demande reconventionnelle en remboursement du Sté.) dirigée contre H.) et la décharge de la condamnation prononcée par les premiers juges;

confirme pour le surplus le jugement entrepris du 4 mars 1996.

En ce qui concerne la mise en intervention des CPEP, UCM et CMEP:

dit irrecevables l'appel principal de H.) dirigé contre la CPEP, l'UCM et la CMEP ainsi que les appels incidents du S.I.) et de la CPEP;

rejette la demande de la CPEP basée sur l'article 131-1 du code de procédure civile;

fait masse des dépens et les impose pour 1/3 à H.) et 2/3 au S.I.);

ordonne la distraction des frais exposés en instance d'appel au profit de Maîtres Jean TONNAR, Eliane SCHAEFFER et Paul BEGHIN, avocats constitués qui la demandent, affirmant chacun en ce qui le concerne, en avoir fait l'avance.