Exempt – appel en matière de droit du travail

Audience publique du vingt-deux novembre deux mille douze

Numéro 37423 du rôle.

Composition:

Romain LUDOVICY, président de chambre;
Astrid MAAS, premier conseiller;
Roger LINDEN, premier conseiller;
Alain BERNARD, greffier.

Entre:

la société à responsabilité limitée SOC1.) SARL, établie et ayant son siège social à L-(…),

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Geoffrey GALLÉ de Luxembourg du 9 mai 2011,

comparant par Maître Yvette NGONO YAH, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

et:

1) **A.,** demeurant à L-(…),

intimé aux fins du prédit exploit GALLÉ,

comparant par Maître Erwann SEVELLEC, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

2) **l'ETAT DU GRAND-DUCHE DE LUXEMBOURG,** représenté par le Ministre du Travail et de l'Emploi, dont les bureaux sont établis à L-2763 Luxembourg, 26, rue Zithe, ayant dans ses attributions le Fonds pour l'emploi, et pour autant que de besoin par le Ministre d'Etat, dont les bureaux sont établis à L-1352 Luxembourg, 4, rue de la Congrégation,

intimé aux fins du prédit exploit GALLÉ,

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

LA COUR D'APPEL:

Par jugement du 28 mars 2011, le tribunal du travail de Luxembourg a déclaré abusif le licenciement de A. prononcé le 31 mars 2010 par la société à responsabilité limitée SOC1.) et condamné l'employeur à payer au salarié à titre de dommages-intérêts et d'indemnité compensatoire de préavis la somme de 6.500 €. Il l'a encore condamné à lui payer du chef du chef d'indemnité compensatoire pour jours de congé non pris la somme de 1.874,99 € et 2.829,70 € à titre d'arriérés de salaire. Il a rejeté la demande du requérant en paiement d'heures supplémentaires. Il a encore condamné la défenderesse à remettre à son ancien salarié, sous peine d'astreinte, les fiches de salaire des mois de mars à octobre 2009, le certificat de travail et la carte d'impôts et à lui verser une indemnité de procédure de 1.000 €. Il a ordonné l'exécution provisoire de la condamnation relative aux montants de 2.829,70 € et 1.874,99 €.

Pour statuer ainsi, la juridiction du premier degré a retenu que les parties étaient liées par un contrat de travail ayant débuté le 1er mars 2009. Elle a rejeté la demande du requérant tendant à se voir payer des arriérés de salaire échus du premier mars au 31 octobre 2009 et accueilli celle pour la période subséquente du 1er novembre 2009 au 31 mars 2010 à hauteur de 2.829,70 €. Le tribunal du travail a qualifié la lettre du 31 mars 2010 adressée par l'employeur au salarié de lettre de licenciement avec effet immédiat et déclaré ce dernier abusif.

Par exploit d'huissier du 9 mai 2011, la société SOC1.) a régulièrement interjeté appel contre le jugement lui notifié le 31 mars 2011. Elle conclut, par réformation, à voir dire que la relation de travail n'a débuté qu'à partir du 1er novembre 2009 et voir constater la régularité du licenciement avec effet immédiat avec effet au 31 mars 2010. Elle demande à être déchargée des condamnations prononcées à sa charge, sinon à les voir ramener à de plus justes proportions.

L'Etat du Grand-Duché de Luxembourg réitère qu'il n'a pas de revendications à formuler et demande à se voir déclarer commun l'arrêt à intervenir.

L'intimé conclut à la confirmation du jugement en ce que le tribunal du travail a fixé le début des relations de travail au 1er mars 2009 et en ce qu'il a déclaré abusive la résiliation avec effet immédiat. Il interjette appel incident et demande à se voir accorder du chef de dommages-intérêts la somme de 23.500 € et

d'arriérés de salaire et d'heures supplémentaires celle de 15.704,69 €.Il réclame une indemnité de procédure de 2.500 € pour l'instance d'appel.

Le tribunal du travail a fixé le début des relations de travail au premier mars 2009 au vu d'un premier contrat de travail signé entre parties le 26 février 2009 avec prise d'effet au premier mars 2009 et d'une attestation testimoniale du témoin B. qui a déclaré avoir à plusieurs reprises vu le requérant travailler dans les bureaux de la société.

L'appelante fait valoir avoir omis d'insérer dans le contrat de travail du 26 février 2009 la réserve qu'il ne sortirait ses effets qu'à partir *« de l'obtention de l'autorisation de séjour pour travailleur salarié »*, A. étant un ressortissant d'un pays tiers. Elle soutient que ledit contrat n'a été rédigé que pour permettre à l'intimé d'obtenir un tel titre de séjour. Ce n'est qu'à partir du moment où l'autorisation de l'ADEM qui a débouché sur l'établissement d'un numéro de matricule a été accordée qu'un deuxième contrat de travail a été rédigé le 3 février 2010 avec effet à partir du 1er novembre 2009. Elle fait enfin valoir que l'intimé n'a reçu le titre de séjour que le 2 avril 2010.

Elle expose avoir mis fin aux relations de travail entre parties le 31 mars 2010 dès lors qu'à cette date, le salarié n'était toujours pas en possession du titre de séjour lui donnant le droit d'occuper un emploi salarié au Grand - Duché de Luxembourg. Même si le code du travail ne prévoit pas une telle sanction, elle serait implicite dès lors que tout contrat de travail ne deviendrait effectif qu'après la réalisation de la condition suspensive tenant aux dispositions d'ordre public de la loi du 29 août 2008 sur la libre circulation des personnes et l'immigration.

Discussion

A. a signé un premier contrat de travail avec la société appelante le 26 février 2009 avec prise d'effet au premier mars suivant. Il en a signé un second le 3 février 2010 avec effet rétroactif au 1er novembre 2009. Le premier contrat de travail a été conclu pour une durée indéterminée. Les parties admettent implicitement qu'il a été remplacé par celui conclu au mois de février 2010, mais avec effet au 1er novembre 2009. C'est à ce deuxième contrat de travail qu'il a été mis fin par la société par lettre du 31 mars 2010, l'employeur y indiquant que *le contrat de travail est caduc,* faute par le salarié *d'avoir reçu le titre de séjour de travailleur salarié*, la société ne pouvant *se permettre le luxe ou le risque de garder un collaborateur qui n'est pas en règle au regard de la loi sur le séjour et le travail des ressortissants de pays tiers dans le pays*.

Un titre de séjour en qualité de travailleur salarié valable jusqu'au 20 mars 2011 a été délivré le 2 avril 2010 à A. dans le secteur « commerce-textile-habillement » pour la profession de vendeur auprès de tout employeur, conformément à l'article 43 (1) de la loi modifiée du 29 août 2008 sur la libre circulation des personnes et l'immigration (ci-après : la loi) (pièce 18 de l'appelante).

L'article 43 renvoie quant aux conditions à remplir pour l'obtention d'un tel titre de séjour à l'article 42.

Cette dernière disposition dans sa teneur initiale issue de la loi du 29 août 2008, applicable à la période litigieuse, dispose notamment que l'autorisation de séjour pour exercer une activité salariée est accordée par le ministre (ayant l'immigration dans ses attributions) au ressortissant de pays tiers - étant de nationalité nigériane, A. est un ressortissant de pays tiers qui relève quant au droit d'entrée et de séjour des dispositions du chapitre 3 de la loi - qui est en possession d'un contrat de travail conclu pour un poste déclaré vacant auprès de l'Administration de l'Emploi dans les formes et conditions prévues par la législation en vigueur. Cette disposition est à lire en combinaison avec l'article 35 de la même loi qui prévoit que durant la période de séjour, le ressortissant de pays tiers n'a pas le droit d'exercer une activité salariée, à moins d'y avoir été autorisé par le ministre selon les critères établis à la section 2 du chapitre 3 *(note de la Cour :il s'agit notamment des dispositions ci-dessus de l'article 42).*

Il en découle que l'autorisation ministérielle accordée à un ressortissant de pays tiers d'exercer une activité salariée est génératrice de droits pour l'avenir de sorte que toute activité d'ores et déjà exercée en vertu du contrat de travail dont question à l'article 42 est interdite.

Cette interdiction n'affecte cependant pas l'obligation de l'employeur de s'acquitter du paiement du salaire stipulé au contrat de travail dès lors que l'article 146 de la loi dispose que l'employeur qui aura occupé un travailleur étranger non muni de l'autorisation de séjour pour travailleur salarié doit verser a) à la personne employée illégalement, le salaire avec les accessoires conformément aux dispositions législatives ou réglementaires ou conventionnelles applicables à son emploi, pour toute la période d'occupation, déduction faite des sommes antérieurement perçues à ce titre pendant la période concernée, b) l'ensemble des cotisations sociales et impôts impayés.

Le moyen de l'appelante qui soutient qu'à tout le moins le contrat de travail du 26 février 2009 aurait été conclu « pour les besoins de la cause » *(à savoir pour permettre au salarié d'établir qu'il remplit la condition légale sub 4. de l'article 42(1) de la loi susdite du 29 août 2008)* et sous la condition nécessairement implicite que son entrée en vigueur serait soumise à l'obtention du titre de séjour pour travailleur salarié est à rejeter étant donné que les contrats de travail litigieux ne contenant pas explicitement une telle clause conditionnelle, ils sont entrés en vigueur aux dates contractuellement prévues par les parties.

Le premier contrat de travail est entré en vigueur le 1er mars 2009. Son exécution est de ce fait présumée à partir de la date contractuellement retenue, de sorte qu'il appartient à celui qui invoque son inexécution de l'établir.

La société appelante verse une attestation testimoniale de sa salariée C. du 4 mai 2011 qui y déclare que l'intimé n'aurait pas travaillé pour le compte de la société du mois de mars au mois d'octobre 2009. Ces déclarations se trouvent cependant en contradiction avec celles du témoin B. qui a durant la période concernée vu à plusieurs reprises A. dans les locaux de la société employeuse.

L'employeur n'ayant dans ces conditions pas établi que le contrat de travail n'a, contrairement aux dispositions contractuelles, pas commencé à courir à partir du premier mars 2009, la Cour retient que ce premier contrat de travail a été exécuté.

C'est à bon droit que le tribunal du travail a retenu sur base du témoignage B. que le salarié a été payé en espèces de sorte que sa demande en paiement d'arriérés de salaire de 6.000 € qu'il réclame par voie d'appel incident n'est pas fondée.

C'est encore à bon droit que le tribunal du travail, pour des motifs que la Cour adopte, a dit fondée à hauteur de 1.153,84 € la demande en paiement d'une indemnité compensatoire pour jours de congé non pris durant la période concernée, étant à ce titre précisé que l'article 146 de la loi impose à l'employeur de verser non seulement les salaires, mais encore de respecter toute autre obligation légale ou conventionnelle découlant de l'exécution du contrat de travail.

Quant à la période subséquente du premier novembre 2009 au 31 mars 2010 :

Cette période se distingue de la période précédente en ce que le salarié a été régulièrement déclaré par l'employeur auprès des organismes de la sécurité sociale et s'est vu remettre des fiches de salaire.

L'appel de la société porte sur la condamnation à la somme de 2.829,70 € du chef d'arriérés de salaire prononcée par le tribunal du travail qui a retenu que l'employeur ne justifiait pas avoir payé l'intégralité du salaire mensuel net de 1.265,94 €, le salarié soutenant n'avoir touché en espèces que la somme de 700 €.

Les parties admettent que le salarié a été payé en espèces.

A défaut pour la société de justifier, moyennant pièces, s'être libérée de son obligation de verser au salarié l'intégralité du salaire, il y a lieu à confirmation du jugement de première instance quant à ce volet.

Le tribunal a encore alloué au salarié à titre d'indemnité compensatoire pour jours de congé non pris la somme de 721,15 €, faute pour l'employeur qui ne contestait pas redevoir ledit montant d'établir l'avoir réglé.

Il ressort de la fiche non - périodique de mars 2010 (pièce 20, farde 1 de l'appelante) que le salarié a droit à titre de *solde congé (fin contrat)* au montant brut de 721,15 € , soit un montant net de 569,89 €, qui a été viré le 23 février 2011 sur le compte tiers du mandataire de l'intimé (pièce 5, farde 2 de l'appelante, farde 3, une pièce).

Le jugement est partant à réformer de ce chef.

La demande du salarié qui réclame du chef d'heures supplémentaires la somme de 5.000 € a été à bon droit et pour des motifs que la Cour adopte rejetée par le tribunal du travail de sorte que l'appel incident de A. n'est pas fondé.

L'appel de la société porte enfin sur l'indemnité compensatoire de préavis non respecté de 3.000 € et les dommages- intérêts de 3.500 € qu'elle a été condamnée à payer à l'intimé du chef de la résiliation abusive du contrat de travail.

Pour déclarer abusif le licenciement avec effet immédiat - les parties acceptent le raisonnement du tribunal qui au regard de la lettre du 31 mars 2010 de l'employeur au salarié a qualifié cette dernière de lettre de résiliation avec effet immédiat - la juridiction du premier degré a retenu que l'employeur qui a fait état de l'absence de titre de séjour pour travailleur salarié dans le chef de l'intimé pour constater la *caducité* du contrat de travail au 31 mars 2010 n'avait pas mis en demeure le salarié de produire le titre de séjour de travailleur salarié, que la loi ne prévoit pas la caducité du contrat de travail conclu en violation des dispositions relatives à la libre circulation des personnes et l'immigration et que le fait d'avoir dès le début des relations été conscient de l'absence d'un tel titre de séjour ne permettait pas à l'employeur d'en tirer argument pour procéder à la résiliation avec effet immédiat du contrat de travail pour motif grave dans le chef du salarié.

Dès lors cependant que s'il est vrai que la validité du contrat de travail n'est pas affectée par l'absence dans le chef du salarié d'un titre de séjour pour travailleur salarié, ledit contrat de travail est illégal, son exécution étant notamment passible de sanctions pénales prévues tant à l'égard du salarié que de l'employeur, de sorte que les parties peuvent à tout moment, et même avec effet immédiat, mettre un terme à leur relation de travail.

Peu importe que l'employeur a erronément indiqué comme motif de résiliation la caducité du contrat de travail étant donné qu'il n'est pas contesté par les parties qu'il a de façon claire et non équivoque manifesté son intention de mettre fin aux relations de travail en raison de cette situation illégale, qui constitue un motif grave rendant immédiatement et définitivement impossible tout maintien des relations de travail.

Le jugement est à réformer de ce chef et les demandes afférentes du salarié qui entend par ailleurs voir fixer au moyen d'un appel incident les dommages - intérêts à 20.500 € sont à rejeter.

L'appel de la société n'est pas fondé en ce qu'elle conclut à se voir décharger de la condamnation à verser à l'intimé une indemnité de procédure dès lors que ce dernier a dû avoir recours à un avocat pour réclamer notamment des arriérés de salaire qui lui sont dus.

Les demandes des parties en allocation d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel sont à rejeter faute par elles de justifier de l'iniquité requise par l'article 240 du nouveau code de procédure civile.

PAR CES MOTIFS:

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

reçoit les appels principal et incident,

dit l'appel incident non fondé,

dit l'appel principal partiellement fondé,

réformant :

dit régulier le licenciement avec effet immédiat du 31 mars 2010,

décharge la société à responsabilité limitée SOC1.) SARL des condamnations prononcées du chef d'indemnité compensatoire de préavis, de dommages-intérêts et d'indemnité compensatoire pour jours de congé non pris durant la période de novembre 2009 à mars 2010,

confirme le jugement du 28 mars 2011 pour le surplus,

déclare l'arrêt commun à l'ETAT DU GRAND-DUCHE DE LUXEMBOURG, pris en sa qualité de gestionnaire du Fonds pour l'emploi,

rejette les demandes en indemnité de procédure,

fait masse des frais et dépens des deux instances et les impose pour moitié à la société à responsabilité limitée SOC1.) SARL et pour moitié à A. et ordonne la distraction de ceux des frais exposés en instance d'appel au profit de Maîtres Erwann Sevellec et Georges Pierret, avocats constitués qui la demandent, sur leurs affirmations de droit.