

Exempt- appel en matière de travail.

Audience publique du trois mars mil neuf cent quatre-vingt-quatorze.

Numéro 14661 du rôle. Présents:

Emile ,PENNING, président de chambre; Marie-Paule ENGEL, première conseillère; Andrée WANTZ, première conseillère; Nico EDON, avocat général;
Brigitte COLLING, greffière.

e n t r e ;

1. A, directeur de B, demeurant à x,
 2. C, directeur de sociétés, demeurant. à x,
 3. D, employée privée, demeurant à x,
 4. E, attachée de direction, demeurant à x, sub 1), ' 2)., 3), 4) héritiers de feu F, ayant fait le commerce sous la dénomination B, en abrégé. B, établies à x, appelants aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Gilbert RUKAVINA de Diekirch en date du 19 août 1992,
- comparant Par Maître Paul ,MOUSEL, avocat Luxembourg;

e t :

G, employée privée, demeurant à x,
intimée aux fins du susdit exploit Gilbert RUKAVINA,
comparant par Maître Victor KRECKE, avocat à Luxembourg,

LA COUR D'APPEL:

Par requête déposée le 15 novembre 1991 au greffe du tribunal du travail de Diekirch G a fait convoquer les héritiers légaux de feu F, ayant fait le commerce sous la dénomination de B (ci-après: B), à savoir son époux survivant A et ses trois enfants C, D et E, devant ledit tribunal en exposant: Que suivant contrat d'emploi dit "*contrat d'exploitation*" du.11 mai 1988, ayant pris effet le 20 mai 1988 elle a été à leur service en qualité d'exploitante du point de vente H.;

1) quant à la révision dudit contrat effectuée par B:

que par lettre recommandée du 27 mars 1991 la requérante a été informée de la

fermeture du dit point de vente pour cause de non-rentabilité et que l'inventaire serait à effectuer le 29 mars 1991, tout en l'invitant à venir travailler à un poste similaire à X à Luxembourg;

que cette lettre impliquerait en sa défaveur des modifications à des conditions essentielles de son contrat de travail, sans observation des délais de préavis;

que les changements substantiels apportés à son contrat de travail seraient les suivants:

-transfert du lieu de travail d'Echternach à Luxembourg

-frais de déplacement

réduction de la rémunération à un salaire de base;

que cette décision, n'ayant pas été acceptée par la requérante, est partant à déclarer nulle et de nul effet conformément à l'article 37 de la loi sur le contrat de travail;

que d'autre part, l'exposante ne s'est jamais présenté au lieu de travail désigné, c'est-à-dire à x situé à Luxembourg, en raison d'une suspension du contrat de travail;

qu'en effet le congé de maternité¹ consécutif au congé de maladie/qu'elle a dû prendre immédiatement à partir du 29 mars 1991 se termine le 16 novembre 1991;

qu'en présence du refus de la salariée d'accepter les modifications lui notifiées et comme suite à la fermeture définitive du lieu de travail à Echternach en date du 29 mars 1991, la résiliation du contrat de travail en résultant doit être considérée comme émanant de l'employeur décédé, -que la décision de B notifiée le 27 mars 1991 doit être déclarée nulle et que les droits de la requérante en paiement de l'indemnité compensatoire de préavis et en allocation de dommages et intérêts doivent lui être réservés;

2) quant aux arriérés de salaires:

que l'article XIX du contrat de travail fait entre parties stipule que dans l'hypothèse d'un changement du lieu de travail l'employé a droit à un traitement *"établi sur base de la moyenne du traitement de base pendant les 12 derniers mois"*;

qu'en l'espèce le salaire mensuel brut moyen, calculé en tenant compte d'une masse salariale annuelle de 8.82.850.-, francs accumulée à partir du mois d'avril 1990 jusqu'au mois de mars 1991, inclus, se chiffre à 73.570.- francs;

que les salaires relatifs aux mois d'avril, de mai et de juin 1991 tels qu'ils ont été payés à la requérante, n'ont pas été déterminés sur base de ce mode de calcul;

que l'exposante est dès lors en droit de réclamer à titre de soldes de salaires le montant total brut de 86,710.- francs se décomposant comme suit:

	Payé	Dû	solde
Avril 1991	49.100	73.570	24.470
Mai 1991	43.150	73.570	30.420
Juin 1991	41.750	73.570	31.820

3) quant aux différences de caisse:

que par lettre recommandée du 5 juillet 1991, la direction de B a mis la requérante en demeure de lui payer le montant de 1.412.765.- francs du chef de différences de caisse, tout en la rendant attentive

au. fait qu'à défaut de paiement, la garantie bancaire à première demande consentie par elle (suivant l'article IV alinéa 2 du contrat signé en date du 11 mai 1988) serait exécutée;

qu'en date du 31 juillet 1991, la direction de B a effectivement donné instruction à la Banque Internationale à Luxembourg, agissant en qualité de garant, de lui verser le montant de 1.000.000.- francs représentant la garantie bancaire;

qu'aux termes de l'article III du contrat d'emploi susvisé *"toutes les différences de caisse pouvant résulter de quelque motif que ce soit, notamment du vol à l'étalage, sont à payer mois par mois par l'exploitante"*;

que cette clause est contraire aux dispositions d'ordre public de l'article 47 de la loi sur le contrat de travail régissant la responsabilité quant aux risques de l'entreprise, et ne saurait partant sortir aucun effet au vœu de l'article 6 du code civil;

qu'aucune faute dans l'exécution du contrat n'a ainsi été établie à charge de l'exposante;

que la revendication de la somme de 1.412.765.- francs étant sans fondement légal, l'exposante réclame aux défendeurs le paiement à titre de dommages-intérêts de l'équivalent du montant débité de son compte bancaire à la suite de l'appel de garantie, soit 1.000.000.- de francs,- cette somme, étant à majorer des intérêts bancaires tels que de droit;

que le montant de 1.412.765.- francs avancé par direction de B est contesté en ordre subsidiaire.

Par jugement rendu le 6 juillet 1992, le tribunal du travail de Diekirch a écarté le moyen tiré du défaut d'intérêt qu'aurait G pour demander la nullité de la notification effectuée le 27 mars 1991 par B, a dit que par cette notification L'employeur a procédé à une modification essentielle du contrat d'emploi en défaveur de l'employée, a constaté que cette modification a été effectuée avec effet immédiat et l'a déclarée nulle, a dit qu'en supprimant avec effet immédiat le poste de travail de G l'employeur a procédé à la rupture du contrat de travail avec effet immédiat et pour motif grave en violation de l'article 27 de la loi sur le contrat de travail, a réservé à la demanderesse ses droits quant à l'indemnité compensatoire de préavis et de dommages et intérêts, a dit la demande en paiement du supplément de salaire non fondée, quant aux prétendues différences de caisse, a écarté le moyen d'incompétence proposé. par les défendeurs, a déclaré nulle la clause de responsabilité, contenue à l'article III du contrat d'exploitation signé le 11 mai 1988, a déclaré justifiée la demande en dommages et intérêts et a condamné les défendeurs solidairement à payer à la demanderesse de ce chef la somme de un million, outre les intérêts débiteurs mis en compte par la Banque Internationale à Luxembourg, a mis les frais à charge de la demanderesse pour 1/10e et à charge des défendeurs pour 9/10es et a remis l'affaire à une audience ultérieure du tribunal du travail pour statuer sur les montants revenant au Fonds de chômage.

Contre ce jugement les consorts A, C, D et E requalifiés ont régulièrement relevé appel par acte de l'huissier Gilbert RUKAVINA du 19 août 1992.

Les consorts F A, C, D et E reprennent dans les grandes lignes à la barre de la Cour d'appel leurs conclusions développées en première instance, reproduites sinon résumées dans le corps du jugement de première instance, auquel la Cour d'appel renvoie à ce sujet.

Dans leur acte d'appel les appelants ont conclu à voir dire leur appel recevable et fondé;

partant voir dire que le tribunal du travail était incompétent rationne materiae pour connaître du litige alors que les parties n'étaient pas liées par un contrat de travail ;

sinon par réformation du jugement du 6-juillet 1992 voir dire que la demande de G est irrecevable pour défaut d'intérêt dans son chef;

sinon

quant à la modification du contrat de travail:

voir dire que les appelants n'ont pas procédé à une modification substantielle du contrat de travail entre parties;

voir dire que le changement d'affectation effectué par les appelants n'était pas nul;

voir dire qu'en tout état de cause les appelants n'ont pas procédé à la résiliation du contrat de travail conclu entre parties;

partant se voir débouter de sa demande afférente; quant aux différences de caisse ;

voir déclarer que le tribunal du travail était incompétent pour statuer sur ce problème;

sinon voir dire que la clause contenue à l'article III du contrat d'exploitation a valablement été conclue entre parties et qu'elle sortira tous ses effets;

partant se voir débouter de sa demande en dommages-intérêts;

voir relever les appelants de toutes condamnations intervenues à leur égard;

se voir condamner à tous les frais et dépens des deux instances.

La partie intimée a conclu en réponse à l'acte d'appel:

PLAISE A LA COUR:

donner acte à la partie intimée qu'elle se rapporte à prudence de justice quant à la recevabilité de l'appel en la pure forme;

dire au fond que l'appel n'est pas justifié;

partant confirmer que le tribunal du travail était compétent pour connaître du litige opposant les deux parties;

dire que la demande de la demanderesse et actuelle intimée G est recevable et que celle-ci a un intérêt manifeste pour agir;

dire que les appelants ont procédé à une modification essentielle du contrat de travail; ceci en défaveur de G;

confirmer que cette modification constitue une modification avec effet immédiat et en confirmer la nullité;

confirmer encore qu'en supprimant avec effet immédiat le poste de travail de l'intimée les appelants ont procédé à la rupture du contrat de travail avec effet immédiat et pour motif grave et que c'est dès lors à juste titre que les premiers juges ont réservé à l'intimée ses droits quant à l'indemnité compensatoire de préavis et quant aux dommages-intérêts;

donner acte à l'intimée que celle-ci accepte le premier jugement pour ce qui est de sa demande en paiement d'un supplément de salaire, de sorte que le jugement a quo n'est pas attaqué en ces dispositions;

confirmer le premier jugement concernant le problème des différences de caisse;

écarter le moyen d'incompétence opposé par les appelants;

confirmer la nullité de la clause contenue à l'article 3 du contrat d'exploitation signé entre parties le 11 mai 1988;

dire fondée et justifiée la demande en dommages et intérêts pour le montant de un million de francs, outre les intérêts débiteurs mis en compte par la 'Banque Internationale à Luxembourg sur le montant afférent;

confirmer la condamnation solidaire des appelants A, C, D et E au paiement desdits montants;

confirmer le premier jugement pour ce qui est des frais;

condamner les appelants aux frais et dépens de l'instance d'appel avec distraction au profit de l'avoué concluant qui la demande, affirmant en avoir fait l'avance.

Les conclusions à la barre notifiées par G le 10 février 1994 aux parties appelantes et déposées le 11 février 1994 au greffe de la Cour d'appel ont été notifiées et déposées, par rapport à l'audience du 1er février 1994, hors du délai de cinq jours, visé par l'article 7,3 du règlement d'ordre intérieur du 29 juin 1990 et doivent par conséquent être rejetées par la Cour.

Pour l'exposé des faits il est renvoyé au résumé contenu dans le jugement déféré à la Cour d'appel et dont la teneur est la suivante:

- par convention du 11 mai 1988 dénommée "*contrat d'exploitation*" B a engagé G suivant les modalités et conditions plus amplement y reprises, pour assumer l'exploitation du point de vente (articles de presse et tabac) dénommé x, l'exploitante étant qualifiée de "*gérant ayant le statut d'un employé assumant des fonctions de direction et de garde*" (art. II);

- se prévalant des clauses du contrat prénommé, mettant à charge de l'exploitante toutes les différences de caisse, B a, par lettre recommandée du 7 mars. 1991, mis G en demeure de leur verser un acompte de 700.000.- francs à valoir sur le total des différences s'élevant à 1.243.712.- francs tout en lui suggérant, pour le cas où elle ne se sentirait pas capable de gérer le magasin sans tomber dans des différences de caisse non défendables, de résilier son contrat, c'est-à-dire de démissionner;

- par lettre recommandée du 27 mars 1991, Céline EUSEBIO s'est vue informer de la fermeture du magasin par elle géré dans les termes suivants:

"Madame,

Nous sommes au regret de vous informer que nous allons fermer le magasin x dont vous êtes l'employée-gérante et ceci pour cause de non rentabilité.

Par conséquent nous établirons un inventaire contradictoire en date du 29 mars 1991 à 13.30 heures auquel nous vous prions d'assister et de collaborer. Nous vous prions, n'ayant plus d'occupation pour vous à x, de bien vouloir venir travailler à un travail similaire à x, et ceci suivant les horaires compatibles avec les moyens de transport venant de votre domicile à Luxembourg, tout en respectant la semaine de 40 heures. Le temps normal de travail serait de 8.30 à 12.00 heures et de 14.00-à 18.30 heures une semaine sur deux du lundi au vendredi inclus, l'autre du mardi au samedi inclus.

Naturellement votre salaire, calculé sur la moyenne des 12 derniers mois, ne variera pas.

Veuillez agréer, Madame G, l'expression de nos sentiments distingués."

- dès réception, G a, par lettre du 29 mars 1991, de son mandataire, invoqué la nullité de cette décision en ce qu'aucun délai n'aurait été respecté tout en introduisant une action en référé en nullité et en informant B de son état de grossesse et de son état de santé déficient; l'obligeant à se soumettre à des soins médicaux immédiats;

Suite à un certificat établi par le docteur S. du 29 -mars 1991 attestant un état de grossesse de 4 mois et demi et un état d'énervement nécessitant un arrêt de travail de 5 jours, G s'est trouvée d'abord en congé de maladie .et ensuite en congé de maternité se terminant le 16 novembre.1991;

- par lettre recommandée du 5 juillet 1991 B ont sommé G de régler l'intégralité des différences de caisse, s'élevant, compté tenu de l'inventaire effectué le. 29 mars 1991 à 1.412.765.- francs, tout en l'informant que, à défaut de règlement, elles feraient procéder à l'encaissement de la garantie bancaire de 1.000.000.- francs, en accordant un délai de 3 mois pour le paiement du solde;

- suite à la présentation de la lettre de garantie par B, la Banque Internationale à Luxembourg qui l'avait émise au profit de G, .a par lettre du 7 août 1991 informé cette dernière qu'elle se voyait contrainte en exécution de la garantie accordée le 28 septembre 1988 à donner suite à la demande de B et qu'en conséquence elle débiterait son compte à concurrence du montant de la garantie, soit 1.000.000.-francs en exigeant une couverture du solde débiteur jusqu'au 22 août 1991;

- par lettre du 15 novembre 1991, Maître Alain BINGEN, le mandataire de G, a informé B du maintien du moyen de nullité déjà invoqué en leur faisant encore savoir que G refusait d'accepter les modifications en sa défaveur, portant sur des clauses essentielles et que du fait de la fermeture définitive du lieu de travail à x à partir du 29 mars. 1991, il y aurait résiliation du contrat de travail la déliant de l'obligation de se présenter au poste de travail nouvellement assigné à partir du 18 novembre 1991, premier jour ouvrable suivant la fin de son congé de maternité.

Dans leurs conclusions à la barre les appelants ont renoncé en degré d'appel à se prévaloir de l'incompétence rationne materiae de la juridiction du travail pour connaître du présent litige.

Quant à la demande de G en supplément de salaires pendant les mois d'avril, mai et juin 1991, la partie intimée a précisé dans ses conclusions d'appel du 13 octobre 1992 qu'elle acceptait à ce sujet la décision des premiers juges ayant déclaré cette partie de sa demande non-fondée.

La Cour d'appel reste dès lors saisie des deux volets du litige ayant trait: 1°. à la modification des clauses essentielles du contrat par la notification du 27 mars 1991 et à la résiliation implicite du contrat de travail par l'employeur du fait de la fermeture du point de vente à x et 2° aux différences de caisse mises par l'employeur à charge de G en vertu de la clause de responsabilité contenue à l'article III du contrat de travail et à la demandé en dommages et intérêts de la salariée.

I.A. Quant à la nullité de la révision des clauses essentielles du contrat de travail:

C'est à raison que les premiers juges ont rejeté le moyen tiré par B du défaut d'intérêt qu'aurait G pour obtenir la déclaration de nullité de la notification du 27 mars 1991, alors que celle-ci, tend à replacer les parties dans la même situation que si la révision n'avait pas eu lieu, sinon la salariée aurait dû donner suite aux injonctions de son employeur et occuper le nouveau poste (moins favorable) proposé auprès de x à Luxembourg.

Pour être sujette à nullité aux termes de l'article 3.7 de la loi du 24 mai 1989 sur le contrat de travail, la modification en défaveur du salarié doit porter sur une clause essentielle du contrat de travail.

En raison de la clause' de mobilité contenue à l'article XIX du "*contrat d'exploitation*" passé entre Parties le 11 mai 1988 ("*En cas de résiliation .du contrat de travail, l'exploitante pourra être affectée par B à tout autre travail compatible avec sa formation et il pourra lui être assigné un autre*

lieu de travail") les premiers ont considéré que le transfert du lieu de travail d'Echternach (domicile de la salariée) à Luxembourg ne constituait pas une modification d'une clause essentielle du contrat travail.

Les parties peuvent valablement et d'un commun accord soit autoriser, soit interdire des changements du lieu de travail. Si les parties ont prévu une clause de mobilité géographique à charge du salarié, l'employeur n'apporte pas de modification essentielle au contrat de travail, dès lors que la mutation d'un lieu de travail à un autre n'entraîne pas de rétrogradation ou de situation inférieure pour le salarié (*Cour d'appel, troisième chambre, n° 14125 du rôle*).

Cependant la mutation qu'avait voulu opérer B par sa lettre du 27 mars 1991 faisait qu'en même temps G n'était plus payée à la commission; mais touchait des salaires fixes et qu'elle n'avait plus la même autonomie dans l'exercice de son travail.

En effet, les premiers juges ont relevé qu'avant sa mutation G était payée selon une commission fixée à 5 % du chiffre d'affaires, hors T.V.A., sur tous les articles, sauf pour les articles de tabac où cette commission était de 1. %, alors qu'à son poste de x, ce système de rémunération favorable, stimulant l'esprit d'initiative et l'application de la salariée, est remplacé par un traitement uniforme basé sur la moyenne des revenus des douze derniers mois. Il a été encore mis en évidence par les premiers juges, qu'au point de vente d'Echternach la salariée (tout en étant dans une position de subordination à l'égard de B) jouissait d'une certaine indépendance quant à la gestion journalière et à l'égard du personnel qu'elle pouvait employer, alors qu'à x elle n'allait plus gérer un point de vente, mais serait intégrée dans une grande centrale où le lien de subordination serait renforcé.

Dès lors les premiers juges sont arrivés à bon droit à la conclusion que l'ensemble des effets de la révision a profondément bouleversé l'économie générale de la convention. La Cour y inclut la mutation d'Echternach à Luxembourg.

Les premiers juges ont encore dit pour des motifs, que la Cour d'appel adopte à son tour, que la modification essentielle notifiée le 27 mars 1991 s'analyse en une modification avec effet immédiat (la fermeture du point de vente étant prévue le 29 mars 1991) pour motif grave, soumise aux formalités de l'article 37, cette modification devant obéir sous peine de nullité, aux formes et délais prévus aux articles 20 et 27 de la loi du 24 mai 1989 sur le contrat de travail. Ladite notification viole, notamment les dispositions de l'article 27, qui exige que la notification doit énoncer avec précision le ou les faits-reprochés au salarié et les circonstances qui sont de nature à leur attribuer le caractère d'un motif grave. La notification opérée le 27 mars 1991 par MPK doit en conséquence être déclarée nulle au vœu de l'article 37 précité, *"la non-rentabilité"* du point de vente géré par G ne constituant pas la formulation précise d'un motif grave justifiant un licenciement avec effet immédiat.

I.B. Quant à la rupture du contrat de travail imputable à B:

Les premiers juges ont considéré que G avait soutenu dans sa requête introductive d'instance que son licenciement résulterait de son refus d'accepter les modifications essentielles de son contrat de travail aux termes de l'article 37 précité qui dispose que la résiliation du contrat de travail découlant du refus du salarié d'accepter la modification lui notifiée, constitue un licenciement susceptible du recours judiciaire visé à l'article 28. Dans le dernier état de ses conclusions écrites G a cependant déduit, selon les premiers juges, la rupture du contrat imputable à l'employeur du fait de la fermeture du point de vente à Echternach, la résiliation ainsi opérée constituant suivant G un licenciement avec effet immédiat intervenu en violation des règles légales de fond et de forme.

Dans ses conclusions d'appel du 13 octobre 1992, G prend la même position en demandant à la Cour d'appel de:

"confirmer encore qu'en supprimant' avec effet immédiat le poste de travail de l'intimée, les appelants ont procédé à la rupture du contrat de travail avec effet immédiat pour motif grave...". C'est donc par rapport à cette position que la Cour doit se déterminer quant à la résiliation du contrat de travail.

Les conjoints A, C, D et E se défendent contre le reproche d'avoir résilié le contrat de travail de G en insistant sur l'absence d'une résiliation du contrat de travail qui aurait été effectuée par eux.

A ce sujet les premiers juges ont considéré:

- qu'il est admis en droit du travail qu'il peut y avoir rupture du contrat de travail imputable à l'employeur sans que celui-ci ait accompli l'acte juridique de licenciement, comme en l'espèce;

- qu'en pareil cas, certains actes sont posés par l'employeur ou certaines mesures sont prises par lui et le salarié juge que ces agissements empêchent toute continuation de l'exécution du contrat;

- que dans cette hypothèse, il y a lieu d'examiner si les agissements de l'employeur sont fautifs, s'il y a eu de la part de ce dernier des manquements à des obligations prévues par le contrat, la convention collective, ou la loi et si le comportement fautif de l'employeur a été suffisamment grave pour que le salarié ait pu légitimement considérer le contrat comme rompu;

- qu'il est acquis en cause que par lettre du 27 mars 1991 l'employeur a informé son employée de la fermeture du point de vente par elle géré avec effet immédiat en supprimant ainsi le poste de travail sans que cette façon d'agir ait été légalement ou conventionnellement justifiée, soit par l'observation des dispositions légales relatives à la révision des contrats (art. 37) soit par l'exercice de l'employeur de ses prérogatives du chef d'entreprise en vertu desquelles l'employée aurait été tenue d'accepter le nouveau poste de travail;

- qu'en présence de cet agissement fautif, méconnaissant les principes essentiels en matière de droit du travail la salariée; étant matériellement dans l'impossibilité d'occuper son poste de travail, était habilitée à considérer le contrat de travail comme rompu à l'initiative de son employeur;

- que c'est dès lors à bon droit que G estime qu'elle a ainsi été licenciée avec effet immédiat en violation des dispositions de l'article 2.7 de la loi du 24 mai 1989, en ce que le licenciement n'a pas été notifié par lettre recommandée contenant avec précision indication des faits valant motif grave.

Les premiers juges en décidant ainsi ont adopté la théorie du "*mode de rupture tacite du contrat de travail*" ou de "*l'acte équipollent à rupture*". (voir la chronique du C. WANTIEZ: *Vers la fin de l'acte équipollent à rupture. Journal des tribunaux du travail*, n° 474 du 20 septembre 1990, p. 333 - 336).

Cette théorie est fermement condamnée par la Cour de Cassation de Belgique qui décide de façon constante que le manquement d'une partie aux obligations découlant du contrat de travail ne met pas fin en soi à ce contrat (*Cass. belge 5 janvier 1977, Pas. belge I., 486; Cass. belge 14 avril 1980, Pas. I., 997; Cass. belge 21 novembre 1983, Pas. I., 1984, 308*). La Cour d'appel se rallie à cette jurisprudence.

L'article 1134 du code civil dispose en son alinéa 2 que les conventions ne peuvent être révoquées que du consentement mutuel des parties qui les ont faites, ou pour les causes que la loi autorise.

A côté de la résiliation d'un commun accord consacrée par l'article 33 de la loi du 24 mai 1989 sur le contrat de travail, les autres "*causes que la loi autorise*" sont la résiliation avec préavis (article 20 de la loi sur le contrat de travail), celle pour motif grave (article 27 de la loi sur le contrat de travail) ainsi que la résiliation découlant du refus du salarié d'accepter la modification en défaveur du salarié portant sur une clause essentielle du contrat de travail (article 37 de la prédite loi). Hormis ces cas, il ne reste à la partie créancière qu'à s'adresser à la justice pour demander la résolution judiciaire de son contrat, avec le cas échéant l'allocation de dommages et intérêts, suivant la disposition de l'article 1184 du code civil, mode de dissolution de droit commun (*Cour Trav. Mons (5e chambre), 1 mars 1991, J.T.T. 1991, p. 401*).'

Or, force est de constater qu'après la fermeture du point de vente de B à Echternach avec effet au 29 mars 1991, G n'a pas procédé selon l'un des modes de résiliation prévus par la

loi et limitativement énumérés ci-dessus. Le manquement de B à ses obligations patronales n'a cependant pas mis fin "en soi" au contrat de travail existant entre parties. Aucune rupture tacite du contrat de travail imputable à l'employeur ne saurait être constatée ou retenue par la Cour d'appel dans ces circonstances,

C'est dès lors à tort que les premiers juges ont dit dans le dispositif de la décision attaquée qu'en supprimant avec effet immédiat le poste de travail de G l'employeur a procédé à la rupture du contrat de travail avec effet immédiat et pour motif grave, en violation des dispositions de l'article 27 de la loi sur 24 mai 1989. C'est encore à tort que dès lors les premiers juges ont réservé à G ses droits quant à l'indemnité de préavis et quant aux dommages et intérêts. Le jugement entrepris est à réformer sur ce point.

II.A. Quant aux différences de caisse:

Le contrat d'exploitation signé le 11 mai 1988 contient à l'article III la clause de responsabilité suivante dont la partie G demande la nullité comme étant contraire aux dispositions d'ordre public contenues à l'article 47 de la loi du 24 mai 1989:

"Toutes les différences de caisse pouvant résulter de quelque motif que ce soit, notamment vol à l'étalage, sont à payer mois par mois par l'exploitante. Par conséquent l'exploitante donne expressément l'autorisation à B de considérer les différences de caisse éventuelles comme un acompte sur son traitement. Tout manquement à cette clause entraînera la résiliation immédiate du présent contrat."

L'article IV, ayant trait dans son premier alinéa au stock en place prévoit que *"Pour en garantir le stock et les différences de caisse éventuelles, l'exploitante donnera une garantie bancaire à première demande de 1.000.000.- Flux"*.

L'article 47 de la loi sur le contrat de travail du 24 mai 1989 dispose que l'employeur supporte les risques engendrés par l'activité de l'entreprise: Le salarié supporte les dégâts causés par ses actes volontaires ou par sa négligence grave. La jurisprudence a interprété cette disposition en ce sens, qu'il n'y a responsabilité du salarié pour les pertes et dommages subis par l'entreprise que dans les cas, dans lesquels le salarié a commis une faute intentionnelle ou une négligence grossière. Ainsi il a été jugé que l'employeur doit prouver que le déficit de caisse reproché à un chauffeur-livreur a été intentionnel et sciemment organisé, sinon la faute lourde n'est pas caractérisée (*Cour d'appel, 3e Chambre, 2 décembre 1993, n° 12594 du rôle*).

Le contrat d'exploitation est intervenu le 11 mai 1988 entre B et G, donc antérieurement à la loi du 24 mai 1989. Néanmoins, suivant l'article 57(2) de la loi précitée du 24 mai 1989, les dispositions de cette loi sont applicables aux contrats de travail en cours au 1^{er} novembre 1989. L'article 47 de la loi du 24 mai 1989, tel qu'interprété par la jurisprudence citée ci-avant, s'applique par conséquent à la clause de responsabilité contenue dans l'article III du contrat d'exploitation du 11 mai 1988. Les premiers juges ont dit avec raison que la contestation relative à la validité de la clause de responsabilité dont il s'agit trouve sa source dans le contrat de travail et que le tribunal du travail est partant compétent pour en connaître.

Quant au fond, les premiers juges ont relevé à juste titre que l'article 3 de la loi précitée du 24 mai 1989 déclare nulle et de nul effet toute clause contraire aux dispositions de cette loi, pour autant que cette clause vise à restreindre les droits du salarié ou à aggraver ses obligations et que dès lors que la responsabilité du salarié pour pertes et dommages causés à l'entreprise se trouve limitée par la disposition de l'article 47 précité, toute clause qui a pour effet d'étendre la responsabilité au-delà des limites légales doit être déclarée nulle.

Les premiers juges ont montré qu'en l'espèce l'article III du contrat passé entre parties a pour effet de faire supporter à la salariée toute différence de caisse généralement quelconque, indépendamment de ses causes, sans égard à la gravité de la faute éventuellement commise par la salariée, en y comprenant les hypothèses où aucune faute n'a été commise par la salariée, tel que le cas du vol

commis par un tiers.

C'est pour de justes motifs, auxquels la Cour se rallie, que les premiers juges ont estimé que la limitation de la responsabilité instaurée par l'article. 47 précité ne concerne pas seulement les dégâts matériels commis par le salarié aux outils, matériaux et installations de l'entreprise, mais au dommage causé par le salarié en violation d'une obligation professionnelle quelconque.

Il est erroné de prétendre comme le font les appelants que la responsabilité des pertes ou différences de caisse se déduirait de la violation par la salariée des obligations découlant d'un contrat de mandat qui se grefferait sur le contrat de travail existant entre les parties, alors que le fait de vendre les marchandises fournies par l'employeur ne rentre pas dans les charges d'un mandat, mais découle des obligations normales d'une salariée chargée des fonctions de vendeuse.

Finalement, B qui a la charge de la preuve, n'a ni établi, ni offert d'établir que les différences ou pertes de caisse alléguées seraient dues à des négligences graves de G.

C'est dès lors à bon droit que la clause III du contrat d'exploitation a été déclarée nulle par les premiers juges et qu'aucune responsabilité à charge de G pour pertes ou différences de caisse n'a été retenue.

II. B. Quant à la demande de G en paiement de dommages et intérêts pour la somme de un million 'de francs:

Comme aucune faute grave engageant la responsabilité de la salariée envers son employeur au sens de l'article 47 de la loi sur le contrat de travail ne peut être retenue contre G, celle-ci est recevable à demander à B le paiement à titre de dommages et intérêts de l'équivalent du montant de un million de francs (à majorer des intérêts bancaires), débité de son compte bancaire à la suite de l'appel en garantie effectué par B.

C'est à juste titre que les premiers juges se sont déclarés compétents pour connaître de ce litige qui ne saurait être ramené à une contestation entre G (le donneur d'ordre) et la banque BIL (le garant), alors que cette garantie ne peut être mise en œuvre que dans le rapport entre le donneur d'Ordre (G) et le bénéficiaire de la garantie (B) quant à une éventuelle faute qui a été commise par cette dernière lorsqu'elle a fait appel à la banque BIL pour débiter le compte de G. L'action en dommages et intérêts trouve sa source dans le rapport d'employeur à salariée et les juridictions du travail sont compétentes pour en connaître.

L'appel à la garantie faite par B, alors que cet appel se fondait sur une clause de responsabilité nulle, a été fautif et cette faute est en relation causale directe avec la perte de la salariée de la somme débitée par la banque BIL de son compte bancaire. C'est pour des motifs auxquels, la Cour d'appel se rallie, que les premiers juges ont à bon droit déclaré la demande de G fondée. Il y a lieu de confirmer ce volet du jugement entrepris.

Par ces motifs,

et ceux non contraires des premiers juges,

la Cour d'appel, troisième chambre, siégeant en matière de droit du travail, statuant contradictoirement, le ministère public entendu en ses conclusions,

dit l'appel recevable et partiellement fondé;

rejette comme tardives les conclusions de la partie G notifiées le 10 février 1994 et déposées au greffe le 11 février 1994;

quant à la modification du contrat de travail et à sa résiliation:

confirme le jugement attaqué pour autant qu'il a écarté le moyen tiré du défaut d'intérêt pour proposer la nullité des clauses défavorables, pour autant qu'il a dit que par la notification du 27 mars 1991 l'employeur a procédé à une modification essentielle du contrat de travail en défaveur de G, pour autant qu'il a constaté qu'elle constitue une modification avec effet immédiat et pour autant qu'il a déclaré cette modification nulle;

réforme le jugement attaqué et dit qu'aucune rupture tacite du contrat de travail imputable à l'employeur ne saurait être constatée ou retenue et dit encore qu'il n'y a pas lieu en conséquence de réserver à la salariée des droits quant à l'indemnité compensatoire de préavis et quant à des dommages et intérêts pour licenciement abusif;

quant aux différences de caisse:

confirme le jugement attaqué pour autant qu'il a rejeté les moyens d'incompétence rationne materiae soulevés par les consorts A, C, D et E, pour autant qu'il a déclaré nulle et de nul effet la clause de responsabilité contenue à l'article III du contrat d'exploitation, pour autant que la demande en dommages et intérêts a été déclarée fondée et pour autant qu'il a condamné les consorts A, C, D et E solidairement à payer G le montant de un million de francs, outre les intérêts mis en compte sur ce montant par la Banque Internationale à Luxembourg;

fait masse des frais et dépens des deux instances et les impose pour moitié aux deux parties litigantes et ordonne la distraction des frais et dépense de l'instance d'appel au profit de Maître Victor KRECKE et Paul MOUSEL qui la demandent, affirmant en avoir fait l'avance.