Exempt - appel en matière de droit du travail.

Audience publique du douze juillet deux mille douze.

Numéro 37727 du rôle

Présents:

Charles NEU, premier conseiller, président,
Ria LUTZ, conseiller,
Brigitte KONZ, 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 suppléant Véronique REYTER, en remplacement de l'huissier de justice Jean-Claude STEFFEN d'Esch-sur-Alzette, du 1er juin 2011,

intimée sur appel incident,

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

e t :

**1) B**, demeurant à L-(…),

intimé aux fins du susdit exploit REYTER,

appelant par incident,

comparant par Maître Mathias PONCIN, avocat à la Cour à Luxembourg,

**2) l'ETAT DU GRAND-DUCHE DE LUXEMBOURG,** pris en sa qualité de gestionnaire du Fonds pour l'emploi, représenté par son Ministre d'Etat, établi à L-1352 Luxembourg, 4, rue de la Congrégation,

intimé aux fins du susdit exploit REYTER,

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

**LA COUR D'APPEL:**

Vu l'ordonnance de clôture de l'instruction du 22 mars 2012.

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

Par requête déposée le 16 septembre 2010, B a fait convoquer devant le tribunal du travail son ancien employeur, la société à responsabilité limitée A, pour lui réclamer suite à son licenciement qu'il qualifie d'abusif les montants actualisés plus amplement détaillés dans la prédite requête à savoir :

| | |
|---|---|
| ° indemnité compensatoire de préavis non respecté (2 mois x 173 x 13,50): | 4.671,0000 €, |
| ° dommage matériel : | 3.000,0000 €, |
| ° dommage moral : | 2.000,0000 €, |
| ° indemnité kilométrique : | 6.100,0000 €, |
| ° heures prestées : | 6.040,1425 €, |
| | --- |
| | Ces montants avec les intérêts légaux à partir de la demande en justice, jusqu'à solde. |

A l'audience publique du 08 avril 2011, il a renoncé à sa demande en condamnation de son employeur du chef de dommages-intérêts pour préjudice matériel.

Il a été au service de la société A SARL suivant contrat de travail à partir du 21 avril 2006 en qualité de maçon et s'est vu notifier son licenciement avec effet immédiat par courrier recommandé du 14 mai 2010.

Par jugement du 29 avril 2011, le tribunal de travail a donné acte à B qu'il renonce à sa demande en paiement de dommages-intérêts pour préjudice matériel, a dit que le licenciement du 14 mai 2010 avec effet immédiat prononcé à l'égard de B est abusif sur base de l'article L.551-10 du Code du travail, a condamné la société A à payer à B la somme de (4.671 € à titre d'indemnité compensatoire de préavis + 1.500 € du chef de dommages-intérêts pour préjudice moral subi) = 6.171 € (six mille cent soixante-et-onze), cette somme avec les intérêts légaux à partir du 16 septembre 2010, jour de la demande, jusqu'à solde, a débouté B de toutes ses autres demandes, a donné acte à l'ETAT DU GRAND-DUCHE DE LUXEMBOURG, pris en sa qualité de gestionnaire du Fonds pour l'Emploi, qu'il n'a pas de revendications à formuler et lui a déclaré le jugement commun et a condamné la société A SARL à tous les frais et dépens de l'instance.

Pour statuer ainsi le tribunal a constaté qu'il est établi à suffisance de droit sur base des pièces reprises dans le jugement que la commission mixte avait été saisie par le contrôle médical le 10 mai 2010 en ce qui concerne l'incapacité du requérant d'exercer son dernier poste auprès de la défenderesse et que la société A SARL a procédé au licenciement du requérant le 14 mai 2010.

Comme la commission mixte avait prévu de décider du transfert du dossier du requérant lors de sa séance du 4 juin 2010, le tribunal a retenu que la société A SARL n'a pas été en droit de procéder au licenciement du requérant avant le 4 juin 2010 et que le licenciement du 14 mai 2010 est partant irrégulier au regard des dispositions de l'article L. 551-10, paragraphe (1) et que ce licenciement est à déclarer abusif et donne en conséquence droit à indemnisation.

Pour rejeter comme n'étant pas suffisamment fondées, les demandes relatives aux arriérés de salaire pour heures prestées et aux indemnités kilométriques, le tribunal a déduit des articles 20.3 et 20.4 de la Convention collective pour le bâtiment, qu'il appartient au salarié qui demande le paiement de ce forfait kilométrique et le paiement du temps de voyage d'établir l'accord de l'employeur pour ces trajets, accord qui n'a pas été suffisamment rapporté par B, selon les juges de première instance, qui ont encore écarté son offre de preuve, pour être trop imprécise.

Par exploit du 1er juin 2011, la société A SARL a régulièrement interjeté appel contre ce jugement.

**1. la régularité du licenciement**

Par réformation du jugement entrepris, la partie appelante demande de déclarer le licenciement de B régulier et de le débouter de l'intégralité de ses prétentions indemnitaires et de la décharger des condamnations intervenues. Elle conteste

l'indemnité compensatoire de préavis ainsi que le préjudice moral alloué à B, préjudice moral qui ne serait pas établi et demande, par réformation du jugement entrepris, de le débouter de cette demande sinon à titre subsidiaire, de réduire le montant alloué à titre de préjudice moral à de plus justes proportions.

Elle a limité son appel au point litigieux de l'information de l'employeur de la saisine de la commission mixte. La société A SARL conteste avoir été informée de cette saisine et estime que cette preuve n'aurait pas été rapportée par le salarié. Les juges de première instance se seraient à tort basés sur un courrier du 18 mai 2010, envoyé par courrier simple, pour retenir que l'employeur avait été informé d'une telle saisine au moment du licenciement.

L'employeur, dans l'ignorance des démarches de son salarié, aurait été en droit de le licencier pour absence injustifiée de 4 jours. Un mois auparavant il aurait déjà omis de signaler la prolongation de son arrêt-maladie respectivement n'aurait pas envoyé le certificat médical dans le délai légal pour la période allant du 15 avril au 9 mai 2011, de sorte que son licenciement serait justifiée.

Elle demande pour le surplus la confirmation du jugement entrepris.

B demande la confirmation du jugement entrepris. Il réitère et maintient ses moyens invoqués en première instance et admet avoir envoyé le certificat médical pour la période du 10 au 14 mai 2010 seulement sous pli simple en date du 10 mai 2010. Il conteste la gravité des motifs invoqués ainsi que le fait que son absence aurait constitué une gêne pour l'employeur.

Le contrat a été résilié par un licenciement qu'il demande de déclarer abusif, parce qu'intervenu en violation de l'article L.551-10 du Code du travail.

Il faut constater que ces dispositions prévoient que le licenciement n'est pas autorisé entre le jour de la saisine de la commission mixte et le jour de la notification de la décision de celle-ci.

Il résulte des pièces du dossier qu'avant le licenciement avec effet immédiat B avait été en congé de maladie prolongé depuis 2009, ce qui avait donné lieu à la saisine de la commission mixte par l'Administration du contrôle médical de la Sécurité Social, tel que cela résulte du courrier d'information du médecin-conseil de cette administration du 6 mai 2010 adressé à la société A SARL, par lequel une copie du document portant saisine lui est transmis, conformément à l'article 552-2(1), ainsi que d'un courrier de la même date au président de la commission mixte selon lequel le médecin conseil estime que B n'est pas à considérer comme invalide au sens de l'article 187 du Code de la sécurité sociale, mais qu'il est susceptible de présenter une incapacité pour exercer son dernier poste de travail. Par courrier du 18 mai 2010, le Ministère du Travail et de l'Emploi informe la société A SARL et

B que la commission mixte décidera du transfert du dossier au medecin de travail compétent lors de sa séance prévue pour le 4 juin 2010.

Il peut être présumé, que la société A SARL a été informée au plus tôt le lendemain du premier courrier du 6 mai 2010 de la saisine et que B et l'employeur ont encore été informés de cette saisine par courrier de la commission du 18 mai 2010.

En effet, l'employeur n'est pas autorisé à notifier au salarié la résiliation de son contrat pendant la période se situant entre le jour de la saisine de la commission mixte de reclassement par le contrôle médical de la sécurité sociale et le jour de la notification de la décision de la commission mixte. En cas de recours par le travailleur contre la décision de reclassement interne, le contrat de travail est suspendu jusqu'au jour où le recours est définitivement toisé.

La suspension du contrat de travail implique nécessairement que le salarié n'est pas obligé de prester de travail et que l'employeur n'a pas à payer de salaire, contrepartie du travail. Par ailleurs, le droit de résilier le contrat de travail est suspendu (voir en ce sens Cour 19 février 2009, n° 32547).

La démission constitue le seul moyen pour le salarié de mettre fin au contrat de travail suspendu par la saisine de la commission précitée.

Décider le contraire reviendrait à mettre à zéro la protection légale et d'ordre public contre le licenciement résultant de ces dispositions, alors que l'information y prévue ne dépend ni de l'employeur ni du salarié et que la décision mettant fin à cette protection est prise par un tiers à savoir la commission mixte.

Il y a par conséquent lieu à confirmation du jugement en ce que le licenciement a été déclaré abusif pour être intervenu en période de protection légale.

Dans ces conditions, il y a lieu de retenir, tout comme l'ont fait à juste titre les juges de première instance et pour des motifs que la Cour adopte, que l'employeur n'a pas été en droit de procéder au licenciement du requérant le 14 mai 2010, qui est partant irrégulier comme contraire aux dispositions du Code du travail, c'est-à-dire contraire à la loi et est à déclarer abusif et donne en conséquence droit à indemnisation et ce peu importe si l'employeur a été valablement informé de la saisine de la commission ou non.

Au vu de ce qui précède les contestations actuelles de B quant à la gravité des motifs invoqués dans la lettre de licenciement ainsi que quant au fait que son absence aurait constitué une gêne pour l'employeur ainsi que les développements de l'employeur à cet égard sont superfétatoires.

L'appel principal n'est partant pas fondé.

.

**Les prétentions indemnitaires et les autres demandes**

L'indemnité compensatoire de préavis

Les juges de première instance ont à bon escient alloué au salarié irrégulièrement licencié le montant réclamé de 4.671 € à ce titre correspondant à une indemnité de préavis de deux mois.

La dommage moral

B interjette appel incident quant au montant du dommage moral et demande par réformation du jugement déféré de lui allouer un montant de 2.000 €.

Le tribunal du travail a encore évalué à bon escient l'indemnité pour dommage moral eu égard à l'ensemble des éléments du dossier à 1.500 € . Ce montant suffit amplement les angoisses que le salarié a eues à propos de son avenir professionnel et de sa subsistance mais aussi pour réparer l'atteinte portée à son honneur, de sorte que la décision est à confirmer en ce qu'elle a condamné l'employeur à lui payer ce montant évalué à 1.500 €.

L'appel incident est partant à rejeter pour ne pas être fondé.

La demande de décharge de la société A SARL est partant à déclarer non fondée.

Les demandes relatives aux arriérés de salaire pour heures prestées et aux indemnités kilométriques et heures de travail non productives

B interjette encore appel incident quant aux demandes relatives aux arriérés de salaire pour heures prestées et aux indemnités kilométriques et heures de travail non productives et demande par réformation de lui accorder le montant de 12.140,14 € sous réserve d'augmentation ultérieure ainsi que les intérêts légaux.

Il estime que c'est à tort que les juges de première instance n'auraient pas admis son offre de preuve pour être imprécise quant à la demande expresse formulé par l'employeur au salarié pour effectuer les trajets et la réitère notamment pour établir des trajets plus amplement y qualifiés et les kilomètres parcourus effectués dans l'intérêt de l'employeur avec son véhicule privé entre avril 2008 et novembre 2009.

La société A SARL conteste la demande et les montants réclamés par le salarié et demande pour le surplus de rejeter l'appel incident et de le déclarer non fondé au motif que l'employeur n'aurait pas donné son accord à utiliser le véhicule privé

conformément au contrat de travail et aux articles 20.3 et 20.4 de la convention collective et à titre subsidiaire elle demande à la Cour de réduire la demande adverse au montant de 6.885,35 €, en déduisant les montants déjà payés à titre de frais de route, tels qu'ils résultent des fiches de salaire. Elle conteste et demande de rejeter l'offre de preuve pour manque de précision et de pertinence par confirmation du jugement entrepris sur ce point.

A titre subsidiaire B demande de fixer forfaitairement le montant réclamé à titre d'heures supplémentaires prestées et aux frais kilométriques ex aequo et bono et à titre plus subsidiaire il réclame la nomination d'un consultant avec la mission de déterminer les frais kilométriques ainsi que le nombre d'heures prestées au titre de travail non productif.

Dans ses conclusions en réponse notifiées le 23 janvier 2012 la société A SARL demande principalement de déclarer l'appel incident irrecevable alors que B aurait formulé une demande nouvelle en paiement de prétendues heures supplémentaires relatives aux indemnités kilométriques et à titre subsidiaire de déclarer cette demande non fondée pour être sans objet, l'intimé confondant selon l'employeur la notion d'heures supplémentaires et celle d'heures non productives et plus subsidiairement, elle conteste ces prétendues heures supplémentaires qui laisseraient d'être prouvées.

Par courriers du 15 mars 2010 adressé à la société A SARL et au mandataire de la société du 14 avril 2010, le syndicat OGBL avait réclamé au nom de son membre B les frais de route à compter du mois d'avril 2008 à novembre 2009 en se référant aux articles 20.3 et 20.4 et 16.1 de la Convention collective pour le bâtiment pour le montant de 12.140 € et le salaire de février 2010 plus amplement détaillés dans ces courriers.

Dans la requête déposée le 16 septembre 2010, il avait réclamé :

° indemnité kilométrique : 6.100,0000 €,

° heures prestées : 6.040,1425 €

Il s'en suit que ces demandes réitérées en instance d'appel ne sont pas nouvelles uniquement pour autant qu'elles se rapportent aux articles 20.3 et 20.4 de la Convention collective pour le bâtiment.

B a cependant utilisé dans le cadre de ses conclusions en appel indifféremment les termes heures non productives et heures supplémentaires. Toute demande en rapport avec des heures supplémentaires, non contenue dans la requête introductive respectivement dans l'acte d'appel et non fondée sur les conditions d'applications des articles 20.1, 20.3 et 20.4 de la Convention collective sur le bâtiment est irrecevable pour constituer une demande nouvelle en appel.

La convention collective pour le bâtiment dispose ce qui suit :

« *20.3. Si à la demande de l'employeur ou de son représentant, le travailleur doit se rendre à son travail avec sa propre voiture, il sera payé un forfait kilométrique d'un minimum de 0,25 par kilomètre effectué.*
*20.4 Le travailleur, qui avec sa voiture ou avec un moyen de transport de l'entreprise (hormis l'autobus), effectue le transport de travailleurs sur demande de l'employeur, a droit au paiement du temps de voyage comme temps de travail non productif.* »

Il n'est pas contesté de part et d'autre que la société A SARL qui est une petite entreprise ne met pas la seule camionnette de l'entreprise à disposition de ses salariés. Il peut donc être présumé que les trajets effectués à partir du siège de l'employeur vers les chantiers et d'un chantier à un autre le sont pour le compte de l'employeur et ce au moyen du véhicule privé du salarié à défaut d'un véhicule mis à disposition des salariés.

Contrairement aux affirmations contenues dans les conclusions de l'employeur, il ne résulte pas des fiches de salaires versées quels montants auraient été versés à B à ce titre tant par application de l'article 20.3 que de l'article 20.4.

La fiche de salaire de juillet 2008 fait uniquement état d'ajustement d'impôt pour les mois d'avril, mai et juin et non pas de frais de route.

La Cour en déduit que pour autant que de telles indemnités seraient dues par application de la convention collective précitée, elles n'ont pas été payées.

En l'espèce, en vertu de ce qui précède, c'est à tort que les juges de première instance ont retenu qu'il y a lieu de déduire de ces dispositions, qu'il appartient au salarié qui demande le paiement de ce forfait kilométrique et le paiement du temps de voyage d'établir l'accord de l'employeur pour ces trajets et qu'ils ont considéré qu'au vu des contestations de la société A SARL, cet accord n'est pas suffisamment rapporté par le requérant alors qu'en vertu de ce qui précède ce accord doit être présumé quant à son principe.

Il y a partant lieu, par réformation, d'admettre la demande de B et d'évaluer ex aequo et bono les frais de route au montant de 5.000 € ce d'autant plus que la société A SARL admet implicitement et évalue à titre subsidiaire cette demande au montant de 6.885,35 €, tout en demandant à la Cour de déduire les montants déjà payés à titre de frais de route, tels qu'ils résulteraient des fiches de salaire sans fournir des explications plus amples respectivement fournir les pièces nécessaires desquelles résulte que ces paiements ont été effectués sur le compte de B.

Le jugement est partant à réformer et il y lieu d'admettre la demande de B pour le montant de 5.000 €.

**Le recours de l'ETAT**

L'ETAT DU GRAND-DUCHE DE LUXEMBOURG, ès qualités, conclut à la condamnation, principalement de l'appelante par confirmation du jugement déféré et subsidiairement de l'intimé, par réformation du même jugement, au remboursement du montant de 16.615,39 € avancé à titre d'indemnités de chômage pour la période de janvier 2011 à septembre 2011 avec les intérêts légaux tels que de droit et demande de condamner la partie malfondée aux frais et dépens avec distraction au profit de son mandataire.

L'ETAT augmente sa demande avec effet au mois de novembre 2011 au montant de 20.312,51 €.

Etant donné que la demande de B en paiement d'une indemnité compensatoire de préavis a été déclarée fondée pour le montant de 4.671 € et que la société A SARL n'a pas à verser une indemnité pour préjudice matériel, il convient également de déclarer non fondée la demande de l'ETAT DU GRAND-DUCHE DE LUXEMBOURG pour la période précitée.

**La demande basée sur la responsabilité contractuelle de la société A SARL**

B demande encore à titre de dernière subsidiarité des dommages-intérêts de 10.000 € sur base de la responsabilité contractuelle de la société A SARL pour violation des articles 20.1, 20.3 et 20.4 de la Convention collective sur le bâtiment.

La société A SARL conteste une violation de la Convention collective et conclut au rejet de cette demande.

Elle conteste la version des faits telle que présentée par B.

Dans ses conclusions en réponse B demande de rejeter le moyen relatif à la demande nouvelle et quant au prétendu défaut d'objet de la demande et maintient pour le surplus ses conclusions antérieures.

Cette demande non contenue dans l'acte d'appel, constitue une défense à l'action principale par application de l'article 592 du nouveau code de procédure civile et est partant recevable.

La Cour a fait droit à la demande de B B sur base des articles 20.1, 20.3 et 20.4 de la Convention collective pour un montant de 5.000 €.

En l'absence du moindre détail fourni par B et d'une preuve rapportée par lui quant à cette demande et notamment quant à une faute commise par la société A SARL, un nouveau dommage par lui subi et une relation causale entre la prétendue faute commise et le dommage subi, il doit être débouté de cette demande qui n'est pas fondée.

**Les indemnités de procédure**

La demande de la société A SARL en allocation d'une indemnité de procédure n'est pas fondée pour l'instance d'appel, étant donné que la partie déboutée de son action et devant assumer tous les dépens ne peut bénéficier des dispositions de l'article 240 du nouveau code de procédure civile.

L'appel principal n'est pas fondé il convient dès lors de confirmer le premier jugement pour le surplus.

## PAR CES MOTIFS :

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

reçoit l'appel principal;

le dit non fondé ;

reçoit l'appel incident;

le dit partiellement fondé ;

**réformant :**

condamne la société A SARL à payer à B le montant de 5.000 € à titre de frais de route ;

déboute l'ETAT DU GRAND-DUCHE DE LUXEMBOURG, pris en sa qualité de gestionnaire du Fonds pour l'emploi, de sa demande ;

déboute B de sa demande fondée sur la responsabilité contractuelle ;

**confirme pour le surplus** le jugement du 15 juin 2010 dans la mesure où il a été entrepris ;

rejette la demande pour l'instance d'appel de la société A SARL sur base de l'article 240 du nouveau code de procédure civile ;

condamne la société A SARL aux frais et dépens de l'instance avec distraction au profit de Maître Mathias PONCIN, avocat constitué qui la demande, affirmant en avoir fait l'avance.