Exempt – appel en matière de droit du travail

Audience publique du six décembre deux mille douze

Numéro 37735 du rôle.

Composition:

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

Entre:

A., demeurant à L-(…),

appelant aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Guy ENGEL de Luxembourg du 11 août 2011,

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

et:

1) **B.,** exerçant le commerce en son nom personnel sous la dénomination « C. », demeurant à L-(…),

intimé aux fins du prédit exploit ENGEL,

comparant par Maître Guillaume RAUCHS, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

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

intimé aux fins du prédit exploit ENGEL,

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

LA COUR D'APPEL:

Par jugement du 11 juillet 2011, le tribunal du travail de Luxembourg a déclaré régulier le licenciement avec effet immédiat de A. prononcé le 7 janvier 2010 par son employeur B.. Il a condamné le salarié à rembourser à l'Etat du Grand-Duché de Luxembourg, agissant en sa qualité de gestionnaire du Fonds pour l'emploi, le montant de 7.903,67 € correspondant aux indemnités de chômage touchées par provision. Le salarié, condamné aux frais et dépens, a été débouté de sa demande en indemnité de procédure.

Par exploit d'huissier du 11 août 2011, A. a interjeté appel contre le jugement. Il conclut, par réformation, à voir dire abusif le licenciement du 7 janvier 2010 et réclame à titre de réparation des préjudices matériel et moral les sommes de 3.124,54 € et 5.000 €, de même que 1.261 € à titre de frais de repas et une indemnité de procédure pour chacune des deux instances.

L'Etat soulève principalement l'irrecevabilité de l'appel en ce qui le concerne faute par l'appelant d'avoir conclu à être déchargé de la condamnation prononcée en faveur de l'Etat en première instance de sorte qu'il aurait acquiescé à ce volet du jugement. Il conclut subsidiairement à la condamnation du salarié et plus subsidiairement à celle de l'employeur à lui rembourser la somme de 7.903,67 €.

L'employeur conclut à l'irrecevabilité de l'appel en son entier en ce qu'en ayant acquiescé au jugement relativement à la demande de l'Etat, le salarié aurait également acquiescé en raison de l'indivisibilité du litige au volet du jugement relatif au caractère régulier du licenciement.

Il conclut en ordre subsidiaire à la confirmation du jugement en ce qui concerne le caractère justifié du licenciement et au rejet de la demande en paiement des frais de repas. Il réitère moyennant appel incident sa demande reconventionnelle rejetée par le tribunal du travail dirigée contre le salarié sur base de l'article L.233 - 15. du Code du travail.

<u>La recevabilité de l'appel</u>

Il convient de rejeter le moyen d'irrecevabilité de l'appel tiré d'un prétendu acquiescement du salarié au volet du jugement qui l'a condamné à rembourser à l'Etat du Grand-Duché de Luxembourg les indemnités de chômage qui lui ont été versées.

L'acquiescement tacite à une décision de justice ne peut être déduit que d'actes ou de faits précis et concordants qui révèlent l'intention certaine de la partie de donner adhésion à celle-ci. (Cour de Cassation, arrêt n° 21/00 du 27 avril 2000).

S'il est vrai que l'appelant n'a ni dans la motivation, ni au dispositif de l'acte d'appel critiqué le tribunal du travail en ce que ce dernier l'a condamné à rembourser à l'Etat les indemnités de chômage lui avancées par provision et n'a pas non plus conclu à se voir relever de la condamnation ainsi prononcée contre lui de ce chef, il n'a cependant, ce faisant, pas implicitement acquiescé à ce volet du jugement.

Il ressort en effet de l'exploit d'appel que le salarié critique le tribunal du travail qui a déclaré régulier le licenciement avec effet immédiat et qui par voie de conséquence a condamné le salarié sur base de l'article L.521-4. (6) du Code du travail au remboursement des indemnités de chômage lui avancées par le Fonds pour l'emploi. L'appel interjeté tend précisément à voir réformer le jugement et à voir déclarer abusif le licenciement auquel cas la charge du remboursement ne pèserait plus sur le salarié licencié avec effet immédiat, mais sur l'employeur en vertu de l'article L.521-4. (5) du Code du travail.

La demande de l'Etat est indivisiblement liée au sort réservé à la question de la régularité du licenciement avec effet immédiat. Remettre partant en question la régularité du licenciement avec effet immédiat remet nécessairement en question les droits de l'Etat étant donné que la Cour sera amenée à tirer telles conséquences que de droit d'une confirmation ou infirmation de la décision lui dévolue.

Il en résulte que la demande de l'appelant tendant à se voir décharger de la condamnation prononcée contre lui en première instance au profit de l'Etat est implicitement, mais nécessairement dévolue à l'examen de la Cour de sorte que l'appel contre ce volet du jugement est recevable.

L'appel est également recevable en ce qu'il porte sur la régularité du licenciement étant donné que, contrairement à ce que soutient la société qui conclut à l'irrecevabilité de l'appel portant sur la régularité du licenciement du fait de l'acquiescement du salarié à la condamnation prononcée à sa charge en première instance au profit de l'Etat, ledit acquiescement n'est pas établi et ce dernier, même établi, ne priverait pas le salarié de son droit de remettre en question le jugement qui a statué sur la régularité du licenciement avec effet immédiat, cette question étant préalable à celle traitant du recours de l'Etat.

Le licenciement

Le tribunal du travail a retenu que A. avait travaillé durant son congé de récréation du 25 novembre au 31 décembre 2009 sur le marché de Noël à Luxembourg et qu'abstraction faite de la question de savoir s'il avait été rémunéré ou non - la juridiction a retenu que l'affirmation du salarié qu'il n'aurait pas été rémunéré durant cette période était peu crédible – son omission d'avoir sollicité l'autorisation préalable de son employeur pour s'adonner pendant son

congé de récréation à une activité d'une telle envergure qui au vu de sa nature et de sa durée dépasse le cadre d'une entraide usuelle tolérée et est contraire à l'objectif du congé de récréation, destiné à permettre au salarié de se ressourcer après une année de travail, et dont un tiers profite - constituait une faute grave dans le chef du salarié justifiant un renvoi immédiat.

Il a rejeté la demande reconventionnelle de l'employeur en remboursement des indemnités de congé touchées par le salarié basée sur l'article L.233-15. du Code du travail aux termes duquel « *pendant la durée du congé, le salarié ne peut exécuter aucun travail rémunéré sous peine d'être privé de l'indemnité prévue à l'article L.233-14. du Code du travail »,* faute par l'employeur d'avoir établi que le salarié avait été rémunéré durant le congé légal.

La Cour rejoint le tribunal du travail en ce qu'il a déclaré peu crédible l'affirmation de l'appelant qui soutient ne pas avoir été rémunéré durant son congé de récréation par l'exploitant du stand du marché de Noël et elle apprécie à sa juste valeur l'attestation testimoniale de D. du 6 juin 2010 (farde de 14 pièces de l'appelant, numéro 7) qui confirme les affirmations de l'appelant.

La Cour ne saurait cependant faire droit à l'offre de preuve de l'intimé qui entend établir par l'audition de plusieurs témoins que le salarié se serait déjà au mois d'août 2009 vanté de ce qu'il travaillerait clandestinement et régulièrement pour son ancien employeur D. et y toucherait un salaire largement supérieur à celui touché auprès de son actuel employeur dès lors que ces faits de vantardise même établis ne permettraient toujours pas de retenir le travail prétendument rémunéré effectué au mois de décembre 2009.

Il n'est partant pas établi que l'appelant se soit adonné à une activité rémunérée durant son congé de récréation.

La demande reconventionnelle de l'intimé basée sur l'article L.233-15. du Code du travail est à rejeter, les conditions légales n'étant pas réunies. L'appel incident de B. n'est pas fondé.

L'interdiction faite au salarié de travailler contre rémunération pendant le congé payé auprès d'un autre employeur est une infraction au repos obligatoire pendant le congé payé plutôt qu'une infraction au devoir de loyauté envers l'employeur. (Cour 30 juin 1994, rôle 15126).

Aucune disposition légale n'impose au salarié qui entend durant son congé de récréation s'adonner à une activité non rémunérée de quelqu'ampleur qu'elle soit de solliciter l'accord préalable de l'employeur. S'il est certes vrai que la finalité du congé de récréation est de permettre au salarié de récupérer des efforts consentis durant l'exécution du contrat de travail, l'employeur n'a cependant, hormis le cas de figure de l'article L.233-15.du Code du travail, non donné en l'espèce, en principe pas de droit de regard sur la façon dont le salarié entend s'occuper durant le congé de récréation.

Pour autant que cette activité n'entraîne pas de répercussions sur l'exécution ultérieure du contrat de travail, elle ne saurait constituer un motif de licenciement. Le fait même pour le salarié d'avoir durant l'intégralité de son congé de récréation travaillé à titre - dont il n'est pas établi qu'il était rémunéré - pour un tiers dans un secteur d'activités différent de celui de l'employeur n'est en outre pas de nature à ébranler la confiance de ce dernier en son salarié.

Le premier motif de licenciement est partant à écarter.

L'employeur offre encore d'établir par la voie testimoniale les trois autres motifs de licenciement énoncés dans la lettre de résiliation avec effet immédiat du 7 janvier 2010 (farde I, pièce 2 de l'appelant).

Le refus allégué de travailler le dimanche 3 janvier 2010 opposé le 2 janvier 2010 par le salarié à une demande afférente de l'employeur n'est pas établi dès lors qu'il ressort des développements de l'appelant, non contestés par l'intimé, que l'employeur avait, par courriel du 2 janvier 2010 envoyé à 15.12 heures, accordé au salarié des jours de repos les 3 et 4 janvier 2010 (pièce 10 de la farde I de l'appelant).

Quant au manque de collégialité du salarié et à son refus de suivre les instructions de l'employeur du 20 novembre 2009, journée au cours de laquelle l'appelant n'aurait sciemment pas voulu aider un autre collègue de travail qui avait des difficultés à rentrer la chaise roulante d'une patiente dans le minibus, respectivement n'aurait pas accédé à la demande téléphonique de l'employeur qui lui demandait, alors qu'il avait déjà quitté le Rehazenter avec son minibus, de faire demi-tour pour prendre également en charge ladite patiente, il convient de relever que le salarié avait déjà pris en charge un autre client qu'il devait emmener à un autre endroit de la ville de Luxembourg et que l'intimé ne critique pas l'interprétation faite par le salarié d'une recommandation émise par le Ministère des Transports concernant le service C. (farde II de l'appelant, pièce 2) aux termes de laquelle *« le transport C. est un service individuel et porte-à-porte »,* ce qui, selon l'appelant, signifie l'exclusion d'une prise en charge de deux personnes en même temps (conclusions du 17 avril 2012, page 6).Resterait éventuellement le manque de collégialité reproché au salarié.

Ce manque de collégialité ensemble le reproche fait au salarié d'avoir le 13 novembre 2009, interpellé par son employeur au sujet d'erreurs commises dans les décomptes d'heures, répondu *« Je m'en fous, faites ce que vous voulez, de toute façon cela n'ira plus très longtemps ! »*, à supposer cette exclamation établie, ne constituent cependant pas des motifs à tel point graves qu'ils rendaient immédiatement et définitivement impossible toute continuation des relations de travail.

Le licenciement avec effet immédiat du 7 janvier 2010 est partant, par réformation du jugement déféré, à déclarer abusif.

<u>L'indemnisation</u>

A.réclame aux termes de ses conclusions du 6 février 2012 une indemnité compensatoire de préavis de deux mois de 3.688,36 €. Cette demande n'était pas contenue dans l'exploit d'appel.

Sa recevabilité n'ayant pas été contestée par l'intimé, elle est à accueillir par application des articles L.124-6. et L.124-3.(2) du Code du travail à hauteur du montant tel que réclamé, sous réserve du recours légal de l'Etat dont question ci-après.

L'appelant réclame à titre de réparation du préjudice matériel la somme de 3.124,53 €. (farde I, pièce 13) en tenant compte tant d'une période de référence de quatre mois que des indemnités de chômage perçues qu'il retranche.

Il s'est inscrit auprès de l'ADEM et a entrepris des efforts sérieux pour retrouver un emploi. La Cour juge adéquat de fixer à quatre mois la période durant laquelle le préjudice qu'il a subi se trouve en relation causale avec le licenciement abusif.

Les deux premiers mois étant couverts par l'indemnité compensatoire de préavis telle qu'allouée, A. aurait dû toucher durant la période de référence la somme de [3.688,36 + (2.757,02 x 2) 5.514,04] 9.203,40 €. Il a touché des indemnités de chômage de la part du Fonds pour l'emploi de 7.903,67 € de sorte que le préjudice matériel se chiffre à 1.299,73 €.

La demande subsidiaire de l'Etat contre l'employeur basée sur l'article L.521-4. (5) du Code du travail est justifiée à hauteur de la somme de 7.903,67 €.

Le jugement est partant à réformer et le salarié est à décharger de la condamnation prononcée par le tribunal du travail sur base de l'article L.521-4. (6) du Code du travail.

Eu égard à la faible ancienneté de services de A. et aux circonstances ayant mené au licenciement, il y a lieu de lui accorder 1.500 € du chef de dommage moral.

<u>L'indemnité de repas</u>

La demande en allocation de frais de repas a été rejetée par le tribunal du travail au motif que le requérant n'avait pas établi remplir les conditions de la convention collective du 9 mai 2006 pour les conducteurs d'autobus et salariés auxiliaires des entreprises d'autobus privés pour en profiter.

Ladite convention actuellement abrogée, mais applicable au moment des faits, dispose en son article 8.1. que *« lorsque l'amplitude du conducteur dépasse 6 heures, il a droit à une indemnité de repas non imposable, fixée à 3,25 € par jour »*, l'amplitude étant définie à l'article 5.

C'est tout d'abord à tort que le salarié arguant avoir travaillé 40 heures par semaine réparties sur 6 jours prétend avoir droit à une indemnité de repas pour chaque jour presté (il réclame en instance d'appel (388 jours x 3,25 = 1.251 €)

dès lors qu'une heure de travail effectif ne correspond pas à une heure d'amplitude, ces deux notions distinctes étant définies aux articles 5 et 6 de la convention collective.

L'appelant demande en ordre subsidiaire à la Cour d'enjoindre à l'intimé *« de verser les originaux des feuilles de route le concernant du mois de mai 2008 à octobre 2009 pour l'ensemble des journées prestées afin de déterminer l'amplitude exacte de son travail sur cette période »*.

Cette mesure d'instruction par rapport à laquelle l'intimé n'a pas pris position est en ce sens utile qu'elle est susceptible de déterminer si et dans quelle mesure le salarié a droit au paiement des frais de repas.

Eu égard cependant à la technicité de la problématique, il convient de nommer un consultant aux fins de dresser le décompte entre parties, et il est enjoint à l'intimé de verser à ce dernier toute pièce que le consultant jugera utile afin de pouvoir mener à bien sa mission.

Les autres demandes sont réservées.

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 fondé,

réformant :

dit abusif le licenciement avec effet immédiat du 7 janvier 2010,

condamne B. à payer à A. le montant de 2.799,73 €,

le condamne à payer à l'ETAT DU GRAND-DUCHE DE LUXEMBOURG, agissant en sa qualité de gestionnaire du Fonds pour l'emploi, la somme de 7.903,67 €, avec les intérêts légaux à courir du jour de la demande en justice jusqu'à solde,

décharge A. de la condamnation prononcée à sa charge par le tribunal du travail au profit de l'ETAT DU GRAND-DUCHE DE Luxembourg,

quant à la demande relative aux indemnités de repas :

avant tout autre progrès en cause :

nomme consultant le sieur Jacques SASSEL, demeurant à L-4345 Esch-sur-Alzette, 4, rue Théodore de Wacquant ;

avec la mission **de concilier les parties si faire se peut**, sinon, dans un rapporté écrit et motivé :

« de dresser le décompte entre parties quant aux indemnités de repas revenant à A. pour la période de mai 2008 à octobre 2009 et ce au regard des pièces à verser par l'employeur et des stipulations de la convention collective du 9 mai 2006 pour les conducteurs d'autobus et salariés auxiliaires des entreprises d'autobus privés »,

enjoint à B. de mettre à la disposition du consultant toute pièce que ce dernier jugera utile pour mener à bien sa mission,

ordonne à A. de consigner la somme de **500 €** à titre de provision à valoir sur la rémunération du consultant à la Caisse des consignations de l'Etat en application de l'article 1er (1) de la loi du 29 avril 1999 sur les consignations auprès de l'Etat pour **le 31 janvier 2013** au plus tard et d'en justifier au greffe de la Cour sous peine de poursuite de l'instance selon les dispositions de l'article 468 du nouveau code de procédure civile ;

dit que le consultant pourra dans l'accomplissement de sa mission s'entourer de tous renseignements utiles et notamment recueillir l'avis de tierces personnes ;

charge Monsieur le conseiller Roger LINDEN du contrôle de cette mesure d'instruction ;

dit que le consultant devra en toute circonstance informer ce magistrat de l'état d'avancement de ses opérations et des difficultés qu'il pourra rencontrer ;

dit que si ses honoraires devaient dépasser le montant de la provision versée, le consultant devra en avertir ledit magistrat et ne continuer ses opérations qu'après consignation d'une provision supplémentaire ;

dit qu'en cas d'empêchement du conseiller commis ou du consultant, il sera procédé à leur remplacement par simple ordonnance du président de chambre ;

dit que le consultant devra déposer son rapport au greffe de la Cour le **1er avril 2013** au plus tard ;

renvoie le dossier au magistrat de la mise en état en son audience du **jeudi, 18 avril 2013, à 15 :00 heures, salle CR.0.19 de la Cour d'appel** ;

réserve les autres volets et les frais.