Arrêt N° 68/16 - VIII - Travail

Exempt - appel en matière de droit du travail

Audience publique du vingt-six mai deux mille seize

Numéros 41117 et 41237 du rôle.

Composition:

M. Étienne SCHMIT, président de chambre;
M. Serge THILL, premier conseiller;
Mme Monique FELTZ, premier conseiller;
M. Alain BERNARD, greffier.

Entre:

M. A.), demeurant à L-(…),

appelant aux termes d'actes des huissiers de justice Frank SCHAAL de Luxembourg du 26 mars 2014 et Carlos CALVO de Luxembourg du 13 mai 2014,

comparaissant par Maître François DELVAUX, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

et:

1) la société anonyme SOC1.) S.A., établie et ayant son siège social à L-(…), représentée par son conseil d'administration,

intimée aux fins du prédit acte SCHAAL,

comparaissant par Maître Benoît ENTRINGER, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

2) l'ÉTAT 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 acte CALVO,

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

LA COUR D'APPEL:

Les avocSOC1.) ont marqué leur accord à ce que M. le président de chambre Étienne SCHMIT, chargé de faire rapport, tienne seul l'audience pour entendre les plaidoiries.

M. le président de chambre Étienne SCHMIT a indiqué la composition de la Cour et a fait son rapport oral.

Le magistrat rapporteur a rendu compte de l'audience à la Cour dans son délibéré.

1. La procédure

Par jugement du 17 octobre 2013, le tribunal du travail de Luxembourg a déclaré abusif le licenciement avec effet immédiat du 6 juillet 2012 de M. A.) par la société SOC1.) et a ordonné la comparution des parties.

Par jugement du 27 février 2014, le tribunal du travail a rejeté la demande d'indemnisation du préjudice matériel et a condamné la société SOC1.) à payer les montants de
- 7.505,90 euros au titre de l'indemnité de départ,
- 11.872,92 euros au titre de l'indemnité compensatoire de préavis,
- 5.000 euros au titre du préjudice moral,
- 6.293,82 euros au titre de la majoration pour des heures supplémentaires prestées de juillet 2009 jusqu'en août 2011.

L'employeur a été condamné à payer à l'Etat le montant de 19.644,78 euros en remboursement d'indemnités de chômage.

Les débats relatifs à la demande en paiement d'une indemnité compensatrice pour des jours de congés non pris ont été refixés.

Par acte d'huissier du 26 mars 2014, le salarié a fait signifier à l'employeur un acte d'appel contre le jugement du 27 février 2014.

Par acte d'huissier du 13 mai 2014, le salarié a appelé l'Etat en cause.

Par conclusions du 7 juillet 2014, l'Etat a formé appel incident.

Par conclusions du 3 décembre 2014, l'employeur a aussi formé appel incident contre le jugement du 27 février 2014.

Le jugement du 17 octobre 2013, qui a déclaré abusif le licenciement avec effet immédiat du 6 juillet 2012, ne fait pas l'objet d'un recours.

2. L'indemnité de départ

Le tribunal du travail a accordé une indemnité de départ de 7.505,90 euros, soit 2 x 3.752,95 euros.

Dans l'acte d'appel, le salarié critique cette décision qui aurait pris en considération le salaire mensuel net au lieu du salaire brut de 4.525,46 euros et conclut à l'allocation du montant de 9.050,92 euros (2 x 4.525,46). Il est d'accord qu'il n'y a pas lieu de tenir compte du salaire payé au titre d'heures supplémentaires.

L'employeur conclut à la confirmation du jugement. En ordre subsidiaire, il soutient que l'indemnité de départ devrait être calculée sur base des rémunérations des douze mois qui précèdent le licenciement, à l'exclusion des heures supplémentaires. De juillet 2011 à juin 2012, le salarié aurait touché trois fois le montant de 4.415 euros et à partir d'octobre 2011 neuf fois le montant de 4.525,46 euros, soit le montant mensuel moyen de 4.497,84 euros. L'indemnité de départ s'élèverait dès lors au montant de 8.995,68 euros (2 x 4.497,84).

Dans ses conclusions du 30 décembre 2014, le salarié déclare que son salaire mensuel moyen était effectivement de 4.497,84 euros et il conclut à l'allocation du montant de 8.995,68 euros.

La Cour retient qu'au vu d'une ancienneté de plus de dix ans, à compter du 2 avril 2001, au moment du licenciement immédiat abusif du 6 juillet 2012, le salarié a droit à une indemnité de départ de deux mois de salaire, calculée sur base des salaires des douze mois qui précèdent le licenciement, à l'exclusion des rémunérations des heures supplémentaires, soit en l'occurrence le montant de 8.995,68 euros.

Le jugement est à réformer en ce qu'il concerne l'indemnité de départ.

3. Les arriérés de salaire du 7 au 15 juillet 2013

Dans son acte d'appel, le salarié critique le jugement en ce qu'il ne lui a pas alloué les arriérés de salaire pour la période du 7 au 15 juillet 2013. Il soutient qu'en application de l'article L. 124-3, paragraphe 3, du code du travail le préavis de six mois aurait débuté le 15 juillet et que l'employeur devrait lui régler le salaire du lendemain du licenciement jusqu'au début du préavis.

L'employeur soutient que la disposition invoquée ne serait pas applicable en cas de licenciement immédiat. Il considère que l'article L. 124-6 prévoit en cas de licenciement immédiat abusif le paiement d'une indemnité compensatoire qui correspond à la durée du préavis, mais le contrat de travail aurait pris fin à la date du licenciement. Il conclut à la confirmation du jugement.

Dans ses conclusions du 30 décembre 2014, le salarié renonce implicitement à ce volet de son appel.

En effet, il relève que le salaire correspondant à la période du 1er au 6 juillet 2013 lui a été réglé en cours de procédure. Il retient que le licenciement du 6 juillet 2013 a mis fin au contrat et soutient que dès lors il serait spolié du salaire du 7 au 15 juillet qui lui serait normalement dû. Il y aurait lieu d'en tenir compte dans l'appréciation du préjudice matériel.

4. L'indemnité compensatoire de préavis

Le salarié soutient qu'il aurait droit à une indemnité de préavis nette de 31.517,70 euros (six mois à 5.252,95 euros).

Il conclut en ordre principal à la réformation du jugement dans la mesure où les indemnités de chômage ont été déduites de ce montant.

Il soutient en ordre subsidiaire que seules les indemnités de chômage qui correspondent à la période couverte par l'indemnité de préavis pourraient être déduites. Il considère aussi que le tribunal aurait à tort déduit des indemnités de chômage brutes de l'indemnité compensatoire nette.

Le montant net de l'indemnité compensatoire s'élèverait à 14.977,10 euros (31.517,70 net moins 16.540,60 net) ou 14.677,10 euros (point 2 c de l'acte d'appel), au lieu du montant de 11.872,92 euros retenu par le tribunal du travail.

L'employeur forme appel incident contre le jugement en ce qu'il a accordé une indemnité compensatoire de préavis de 11.872,92 euros et soutient que les heures supplémentaires devraient être exclues de la rémunération prise en compte. Le montant mensuel brut de 4.525,46 euros ou le montant net de 3.727,95 constituerait donc la base de calcul.

Il conclut à la confirmation du jugement en ce qu'il a déduit les indemnités de chômage de l'indemnité compensatoire et a pris en considération l'indemnité de chômage versée du 6 août 2012 au 6 février 2013, soit 19.644,78 euros.

L'indemnité compensatoire s'élèverait à 7.507,98 euros (6 x 4.525,46 moins 19.644,78) au lieu du montant de 11.872,92 euros retenu par le tribunal du travail.

La Cour retient qu'au vu de l'article L. 124-6 du code du travail, en cas de licenciement immédiat abusif l'employeur est tenu de payer une indemnité compensatoire de préavis égale au salaire correspondant à la durée du préavis.

L'indemnité compensatoire de préavis devant correspondre au salaire qui aurait été dû en cas de continuation de la relation de travail pendant la durée du préavis, il y a lieu de déterminer cette rémunération au regard des prestations de travail et des rémunérations touchées dans la période qui précède la notification du licenciement.

Au vu des fiches de rémunération, le salarié a touché à partir d'octobre 2011 jusqu'en juin 2012 une rémunération mensuelle brute de 4.525,46 euros, heures supplémentaires exclues.

Les parties sont d'accord que les heures supplémentaires prestées ont été rémunérées par un forfait mensuel de 1.500 euros, qui n'était pas inscrit sur la fiche de rémunération à partir de septembre 2011 et qui, avant cette date, y figurait pour partie. (V. notamment : conclusions complémentaires du 16 décembre 2004, point 3, de Maître ENTRINGER ; conclusions du 30 décembre 2014, point 6, de Maître DELVAUX)

La Cour relève que le montant de la rémunération forfaitaire des heures supplémentaires inscrit sur les fiches de rémunération de janvier à septembre 2011 était traité comme montant brut. Dès lors, elle admet que le montant forfaitaire de 1.500 euros réglé aussi à partir de septembre 2011 est à considérer comme montant brut.

Au vu des prestations de travail effectuées régulièrement depuis au moins janvier 2011 jusqu'au licenciement, la Cour admet que le salarié aurait touché un salaire brut mensuel de 6.025,46 euros (4.525,46 + 1.500) durant la période du préavis.

La Cour relève que dans ses conclusions du 30 décembre 2014, le salarié a aussi déterminé le préjudice matériel sur base de cette rémunération brute.

L'indemnité compensatoire de préavis brute, qui est de six mois au vu de l'ancienneté supérieure à dix ans, s'élève donc à 36.152,76 euros (6 x 6.025,46).

L'appel de l'employeur tendant à l'exclusion des heures supplémentaires de la base de calcul de l'indemnité n'est pas justifié.

Il en est de même de l'appel du salarié qui tend au paiement intégral de l'indemnité compensatoire sans déduction d'indemnités de chômage.

En effet, c'est à juste titre que le tribunal du travail a fait application de l'article L. 521-4, paragraphe 5, du code du travail qui dispose :

« *Le jugement ou l'arrêt déclarant abusif le licenciement du salarié ou justifiée la démission motivée par un acte de harcèlement sexuel condamne l'employeur à rembourser au Fonds pour l'emploi les indemnités de chômage par lui versées au salarié pour la ou les périodes couvertes par les salaires ou indemnités que l'employeur est tenu de verser en application du jugement ou de l'arrêt. Il en est de même du jugement ou de l'arrêt condamnant l'employeur*

au versement des salaires, ou indemnités en cas d'inobservation de la période de préavis ou en cas de rupture anticipée du contrat conclu à durée déterminée.
Le montant des indemnités de chômage que l'employeur est condamné à rembourser au Fonds pour l'emploi est porté en déduction des salaires ou indemnités que l'employeur est condamné à verser au salarié en application du jugement ou de l'arrêt.
Les indemnités de chômage attribuées au salarié sur la base de l'autorisation lui accordée conformément aux dispositions des paragraphes (2) et (3) demeurent acquises au salarié dans les cas visés au présent paragraphe. »

L'indemnité compensatoire de préavis due en cas de licenciement immédiat abusif correspond au salaire de la durée du préavis.

Compte tenu de ce que le contrat de travail a pris fin par le licenciement immédiat, qui est abusif certes, mais n'est pas nul et garde son effet, l'indemnité compensatoire de préavis correspond aux six mois qui courent à partir du licenciement, soit en l'espèce du 7 juillet 2012 au 6 janvier 2013 (le salarié ayant été rémunéré jusqu'au 6 juillet).

L'indemnité compensatoire de préavis constitue donc une indemnité due par l'employeur pour une période déterminée au sens de l'article L. 521-4, paragraphe 5, du code du travail et l'employeur est tenu de rembourser à l'Etat les indemnités de chômage perçues pour la période couverte par cette indemnité. En revanche, l'employeur n'est pas tenu de payer à la fois une indemnité compensatoire et de rembourser les indemnités de chômage pour une même période : les indemnités de chômage que l'employeur doit rembourser à l'Etat pour la période couverte par l'indemnité compensatoire sont déduites de cette indemnité.

D'une part, le salarié perçoit donc au total le montant de l'indemnité compensatoire de préavis.

D'autre part, la charge financière de l'employeur est limitée à l'importance de l'indemnité compensatoire de préavis.

En janvier 2013, le salarié a touché une indemnité de chômage de 3.710,85 euros, soit le montant de 718,23 euros du 1er au 6 janvier, et le montant de 2.992,62 euros du 7 au 31 janvier 2013.

Dans la période du 7 juillet 2012 au 6 janvier 2013, le salarié a touché des indemnités de chômage brutes à hauteur de 18.507,59 euros (3.036,44 + 3.620,37 + (3 x 3.710,85) + 718,23).

Dès lors, l'indemnité compensatoire de préavis brute s'élève à 17.645,17 euros (36.152,76 – 18.507,59) et l'appel du salarié est partiellement justifié.

Dans ses conclusions du 30 décembre 2014 (point 3), le salarié conclut à l'allocation du montant brut de 16.507,98 euros. Ce montant est déterminé sur

base d'un salaire de 6 x 6.025,46 euros, dont sont déduites des indemnités de chômage d'août 2012 au 14 janvier 2013, soit 19.644,78 euros.

Tant aux motifs qu'au dispositif de ces conclusions, ce montant est demandé à titre principal, tandis que le montant d'une indemnité nette de 14.677,10 euros est demandé à titre subsidiaire (pour le cas où le montant brut de 16.507,98 euros n'était pas retenu).

Le montant brut de 17.645,17 étant justifié, il y a lieu de faire droit à la demande présentée qui tend à l'allocation d'une indemnité brute de 16.507,98 euros.

5. Le préjudice matériel

Le salarié conclut à la réformation du jugement qui a retenu qu'il n'a pas établi de préjudice matériel après la fin de la période de préavis.

Au titre du préjudice matériel de janvier 2013 à juillet 2014, résultant de la différence entre l'ancienne rémunération mensuelle brute de 6.025,46 euros, et, d'une part, les indemnités de chômage perçues de janvier à juillet 2013, et, d'autre part, le nouveau salarie touché d'août 2013 à juillet 2014, le salarié demande une indemnité de 43.132,16 euros.

L'employeur conclut en ordre principal à la confirmation du jugement, le salarié n'ayant pas établi avoir fait des efforts sérieux afin de retrouver rapidement un nouvel emploi.

En ordre subsidiaire, il considère que la période de référence débuterait à la date du licenciement, que celle proposée par le salarié serait anormalement longue, que le préjudice matériel devrait être calculé sur base de la rémunération brute de 4.525,46 euros, les heures supplémentaires ne pouvant pas être prises en considération, et que les indemnités de chômage seraient à déduire. A partir du nouveau contrat de travail ayant pris effet le 1er août 2013, il y aurait rupture du lien causal avec le licenciement.

La Cour relève que l'employeur qui a procédé à un licenciement abusif est tenu de réparer l'intégralité du préjudice qui est en lien causal avec le licenciement fautif.

Licencié le 6 juillet 2012, M. A.) s'est inscrit comme demandeur d'emploi le 11 juillet 2012. Sur base d'ordonnances des 18 septembre 2012 et 19 mars 2013 du président du tribunal du travail autorisant l'allocation d'indemnités de chômage à titre de provision, il a touché des indemnités du 6 août 2012 au 31 juillet 2013.

Il est donc établi que pour toute cette période il s'est présenté auprès des employeurs que lui a proposés l'administration pour le développement de l'emploi.

Au vu des éléments d'appréciation soumis par le salarié, il a fait en moyenne 3 à 4 candidatures spontanées par mois ou en réponse à des offres d'emploi dès le 15 juillet 2012 jusqu'en mars 2013.

Il a repris un travail à partir du 1er août 2013, le contrat de travail ayant été signé le 25 juillet 2013.

Dans ces circonstances, la Cour admet que l'inactivité du salarié du 7 juillet 2012 au 6 mai 2013 est en lien causal avec le licenciement. La différence entre l'ancienne rémunération et le nouveau salaire touché pour un emploi retrouvé après la période d'inactivité en lien causal avec le licenciement n'est pas imputable à celui-ci.

L'indemnité compensatoire de préavis couvrant la période du 7 juillet 2012 au 6 janvier 2013, il y a lieu de déterminer le préjudice matériel subi du 7 janvier au 6 mai 2013.

Durant ces quatre mois, le salarié a touché des indemnités de chômage brutes de 2.992,62 euros et 2.844,99 euros en mars et avril, ainsi que 2 x 3.710,85 euros, soit le montant total de 13.259,31 euros.

Compte tenu des prestations régulièrement effectuées durant les années qui ont précédé le licenciement, et des heures supplémentaires nombreuses et constantes, le salaire à prendre en considération pour le calcul de la perte de revenus doit comprendre la rémunération des heures supplémentaires.

Au vu des développements au point 4 ci-dessus, le salaire mensuel brut, heures supplémentaires comprises, était de 6.025,46 euros. Le salarié a donc perdu le montant brut de 36.152,76 euros (6 x 6.025,46).

Le préjudice matériel en lien causal avec le licenciement est de 22.893,45 euros (36.152,76 - 13.259,31).

L'appel du salarié est partiellement fondé.

Ce préjudice n'ayant pas existé au moment de la demande en justice, mais n'étant né qu'au moment où le salarié n'a pas touché le salaire, dans la période du 7 janvier au 6 mai 2013, les intérêts ne sont pas justifiés à partir de la demande en justice (le montant de 50.000 euros était demandé dès la requête déposée le 27 juillet 2012), mais à partir du 7 mars 2013 (date moyenne de la période de naissance du préjudice).

6. Le remboursement des indemnités de chômage

L'employeur critique le jugement en ce qu'il l'a condamné au paiement à l'Etat du montant de 19.644,78 euros au titre des indemnités de chômage payées au salarié.

Il soutient que l'Etat n'aurait pas dû payer les indemnités de chômage, étant donné qu'au moment du licenciement le salarié n'aurait pas été domicilié au Luxembourg. La condition légale relative au domicile n'ayant pas été remplie, le salarié n'aurait pas eu droit à l'indemnité de chômage. L'employeur relève qu'il a développé ce moyen devant le président du tribunal du travail statuant sur la demande d'autorisation et aurait fait un courrier d'information à l'ADEM. Il n'aurait pas d'obligation de rembourser des indemnités payées volontairement par l'Etat.

L'Etat forme appel incident et conclut au paiement par l'employeur du montant de 42.181,22 euros en raison des indemnités de chômage versées d'août 2012 à juillet 2013. Il soutient que le salarié aurait rempli la condition de domiciliation au vu des pièces qui lui auraient été soumises. Il considère aussi qu'il n'appartiendrait pas à la juridiction du travail d'apprécier les conditions d'octroi de l'indemnité de chômage.

La Cour relève que les droits des tiers susceptibles d'être lésés par une décision de l'Etat sont protégés et que les tiers peuvent agir devant la juridiction compétente contre une telle décision lésionnaire.

La loi ne confère pas compétence à la juridiction du travail, saisie en cas de licenciement abusif d'une demande en remboursement d'indemnités de chômage, d'apprécier la décision de l'Etat quant au paiement de telles indemnités.

En application de l'article L. 521-4, paragraphe 5, du code du travail, l'Etat a droit au remboursement des indemnités de chômage versées pour la période couverte par l'indemnité de préavis et l'indemnité du chef du préjudice matériel.

Au vu des développements aux points 4 et 5, le salarié a touché du 7 juillet 2012 au 6 mai 2013 des indemnités de chômage à hauteur de 31.766,90 euros (18.507,59 euros et 13.259,31 euros).

Le licenciement étant abusif, l'employeur est tenu au remboursement de ces indemnités.

L'appel de l'Etat est donc partiellement fondé.

7. La majoration des heures supplémentaires

L'employeur a formé appel incident contre le jugement et critique la décision en ce qu'elle l'a condamné au paiement du montant de 6.293,82 euros au titre de la majoration des heures supplémentaires de la période de juillet 2009 à août 2011.

Il soutient que la majoration de 40% des heures supplémentaires aurait été réglée par le paiement mensuel forfaitaire de 1.500 euros.

Il explique ce qui suit : « *Les deux périodes litigieuses avant et après septembre 2011 ne se différencient que sur les modalités de paiement des heures supplémentaires prestées et reconnues par la société SOC1.) S.A., à savoir 39,80 heures supplémentaires par mois au taux horaire de 26,93 € avec une majoration de 40%, soit 1.500,94 €.* »

Dans ses conclusions du 30 décembre 2014 (point 6), le salarié note que suivant les fiches de rémunération de juillet 2009 à août 2011, la majoration de 40% n'a pas été appliquée : « *Pour 30 heures supplémentaires prestées, SOC1.) aurait dû payer : 30 heures x (4.415,12 €/173 = 765,63 € x la majoration de 40% = 1.071,88 €. Or, tel que cela résulte des fiches de salaire … seul le salaire de base de 25,5209 € a été payé, soit pour 30 heures supplémentaires la somme de 765,63 €. Le différentiel mensuel impayé se chiffre dès lors à 306,25 €, soit pour 26 mois 7.962,55 €, et non pas, tel que erronément indiqué dans la requête introductive d'instance et dans le jugement de première instance la somme de 6.293,82 €. »*

Le salarié déclare « *qu'il interjette appel incident sur ce point* » et demande la condamnation au paiement du montant de 7.962,55 euros.

En réplique à cette position, l'employeur relève qu'il conteste la prestation de 60 heures supplémentaires alléguée et retient que cette prestation n'est pas établie.

Il soutient à nouveau que les 39,80 heures supplémentaires prestées auraient été payées au taux horaire de 26,93 euros, majoré de 40%, soit le montant de 1.500,94 euros.

Ni le montant de 7.962,55 euros revendiqué ni celui de 6.293,82 retenu par le jugement ne seraient justifiés.

La Cour constate que suivant les fiches de rémunération de juillet 2009 à août 2011, 30 heures supplémentaires au taux de 24,8987 euros (juillet 2009 à juin 2010), soit 746,96 par mois, et au taux de 25,5209 (juillet 2010 à août 2011), soit 765,63 par mois, ont été réglées.

Ce taux ne correspond pas au taux avancé par l'employeur pour toute la période litigieuse, ni à une majoration de 40% par rapport au taux de base du salaire. Les fiches ne renseignent pas le paiement de la majoration.

L'explication de l'employeur n'est pas plausible.

Au vu des fiches de rémunération, c'est à bon droit que le tribunal du travail a retenu que le salarié avait droit à la majoration de 40% pour les 30 heures inscrites sur les fiches de rémunération de juillet 2009 à août 2011.

Cependant en tenant compte des taux horaires de base inscrits sur les fiches de rémunération et des montants mensuels réglés de 746,96 euros et 765,63, la majoration redue est de 7.872,86 euros
(746,96 x 40% = 298,78 x 12 = 3.585,36 euros

765,63 x 40% = 306,25 x 14 = 4.287,50 euros).

L'appel de l'employeur qui tend à être déchargé de la condamnation au paiement du montant de 6.293,82 euros n'est pas justifié.

En ce qui concerne l'appel par voie de conclusions que le salarié qualifie d'appel incident, la Cour constate que l'acte d'appel du 26 mars 2014 du salarié conclut à la confirmation du jugement du 27 février 2014 qui a alloué le montant de 6.293,82 euros au titre de la majoration des heures supplémentaires et n'a pas saisi la Cour d'un appel relatif à la majoration des heures supplémentaires.

Par respect du principe du contradictoire, il y a lieu de rouvrir les débats pour permettre aux parties de s'expliquer sur la régularité, quant à la forme et quant au délai, de l'appel du 30 décembre 2014 par la voie de conclusions de la part de l'appelant principal, qui tend à une augmentation du montant de la condamnation de 6.293,82 euros à 7.962,55 euros.

8. L'indemnité pour congés non pris

Le salarié a formé appel contre le jugement du 27 février 2014 en ce qu'il a fait droit aux conclusions de l'employeur de réserver la demande relative à l'indemnité pour congés non pris afin de lui permettre de procéder à des vérifications et en ce qu'il n'a pas fait droit à sa demande tendant à la condamnation au paiement du montant de 42.341,12 euros en raison de 129,87 jours de congé augmentés de 22 jours fériés, soit au total 151,87 jours de congés. Il soutient qu'au vu de l'inscription de ces jours sur les fiches de rémunération l'employeur aurait renoncé à invoquer la prescription triennale. Ces fiches établiraient son droit à ces jours de congé et à ces jours compensatoires des jours fériés.

L'employeur conteste le principe et le montant de cette revendication. Il soutient que le congé doit être pris au cours de l'année et qu'il ne peut pas être reporté au-delà du 31 mars de l'année suivante. Le salaire perd le droit au congé non pris à cette date.

Au moment du licenciement le 6 juillet 2012, le salarié ne pouvait prétendre qu'à une compensation financière pour le congé non pris de l'année 2012, soit une indemnité pour 2,5 jours.

Cette indemnité doit être calculée sur base d'une rémunération mensuelle de 4.525,46 euros, à l'exclusion des heures supplémentaires.

Au cas où la Cour admet que le salarié n'a pas perdu le droit au congé non pris à la fin de la période de référence, l'action en paiement de l'indemnité serait régie par la prescription triennale des salaires, de sorte que seule la période du 24 juillet 2009 au 6 juillet 2012 serait à considérer.

La revendication relative aux jours fériés est aussi contestée quant au principe et quant au montant.

L'employeur soutient que le salarié n'aurait jamais travaillé à sa demande un jour férié. Seuls les dimanches pourraient être examinés.

Il relève que le congé compensatoire est à prendre dans les trois mois. Exceptionnellement, il doit être pris avant l'expiration de l'année. Le congé qui n'est pas pris à ce moment est perdu.

Seule l'indemnité compensatoire correspondant au 23 juin 2012 est due, soit le montant de 215,50 euros.

Au cas subsidiaire où l'examen porterait sur la période de juillet 2009 au licenciement, l'indemnité compensatoire relative à 80 heures s'élèverait au montant de 2.154,98 euros.

La Cour constate que la fiche de rémunération de juillet 2009 indique 92,37 jours de congés reportés et 11 jours fériés reportés, que la fiche d'avril 2011 indique 120,87 jours de congés reportés et 19 jours fériés reportés et que la fiche de juin 2012 indique 129,87 jours de congés reportés et 22 jours fériés reportés.

Il résulte de ces fiches ainsi que de toutes les fiches de salaire établies à partir de juillet 2009 que l'employeur a reporté les jours de congés et les jours fériés au-delà des périodes dont il fait état.

La Cour en déduit que l'employeur reconnaît le droit du salarié à ces jours de congés et à ces jours fériés même après l'expiration du délai dans lequel le congé légal et le jour de repos compensatoire auraient dû être pris et qu'il a renoncé à invoquer la prescription pour les reports relatifs à des congés et des jours fériés antérieurs à juillet 2009.

Dès lors, le salarié a droit à l'indemnité compensatoire du congé légal non pris au moment du licenciement et de son départ de l'entreprise.

A ce moment, il a aussi droit à l'indemnité compensatoire des jours fériés légaux travaillés.

En effet, étant donné qu'en application de l'article L. 232-13 du code du travail l'employeur qui a fait ou laissé travailler un salarié contrairement notamment aux dispositions de l'article L. 232-3 est puni d'une peine d'emprisonnement de huit jours à trois mois et d'une amende de 251 € à 50.000 € ou d'une de ces peines seulement, l'employeur est tenu de veiller à ce que le salarié prenne le jour compensatoire d'un jour férié durant le délai légal de trois mois et il lui est interdit de laisser le salarié travailler durant ce délai sans qu'il ne prenne ce jour de congé compensatoire.

Compte tenu de cette obligation personnelle de l'employeur, que celui-ci a violée, le salarié qui n'a pas pris un jour de congé compensatoire à la fin de son contrat de travail a droit à une indemnité qui compense le jour de congé dont il a été privé, malgré l'obligation de l'employeur de veiller au respect du droit au

jour de congé. A ce moment, le risque d'une privation d'un jour de repos par une compensation financière malgré les règles impératives des jours de repos n'existe pas.

Au vu de la fiche de rémunération de juin 2012, il est établi qu'au moment du licenciement du 6 juillet 2012 le salarié avait droit à 129,87 jours de congés non pris et à 22 jours de repos compensatoires des jours fériés travaillés.

L'employeur a versé au courant de la procédure d'appel des tableaux des années 2009 à 2012 mentionnant le congé pris et le congé restant. Chacun de ces tableaux fait mention de la date de sortie, 6 juillet 2012. Ces tableaux ne constituent pas des copies d'un registre des congés tenu de manière courante, mais ont été dressés postérieurement au licenciement. Dès lors, ils ne sont pas de nature à remettre en cause les mentions mensuelles sur chacune des fiches de rémunération établies de manière courante et non ex post.

Dans son acte d'appel, le salarié expose :
« *A titre principal, la demande de Monsieur A.) est basée sur la dernière fiche de salaire émise, soit celle de juin 2012, laquelle renseigne le nombre total de 129,87 jours de congés non-pris, augmentés de 22 jours fériés, soit au total 151,87 jours de congés.*
A ce titre, l'appelant a demandé la condamnation de l'intimée à lui payer la somme de 42.341,12 € ». Suivant la requête déposée auprès du tribunal du travail, le montant correspond à 152 jours de congé non pris et de jours de repos compensatoires de jours fériés (152 jours x 8 heures x 34,82).

Dans ses conclusions du 31 décembre 2014, le salarié fait le calcul suivant :
« *A titre principal, l'intimée doit être condamnée à payer à l'appelant une indemnité pour congé non pris de 129,87 jours de congé non pris x 34,82 x 9,5 heures journalières = 42.959,70 €.* » Il demande aussi ce montant au dispositif des conclusions.

Contrairement à ce que soutient l'employeur, l'indemnité compensatoire pour les jours de congé non pris et pour les jours de repos compensatoires des jours fériés non pris est à calculer sur base du salaire comprenant les heures supplémentaires prestées, qui ne constituent pas des avantages non périodiques.

D'octobre 2011 à juin 2012, le salaire mensuel brut, heures supplémentaires comprises, était de 6.025,46 euros, soit le taux horaire de 34,82 euros pris comme base de calcul par le salarié.

La rémunération des heures supplémentaires étant prise en compte par le taux horaire, seule la prise en compte de 8 heures de travail par jour est justifiée, et non celle de 9,5 heures opérée par le salarié.

Le salarié a dès lors droit au montant de 36.176,59 euros au titre de l'indemnité compensatoire des jours de congé non pris (129,87 x 8 x 34,82).

Au titre de l'indemnité compensatoire des jours fériés, il a droit au montant de 6.128,32 euros (22 x 8 x 34,82).
L'appel est donc justifié à hauteur de 42.304,91 euros.

10. Les indemnités de procédure

Au titre de l'article 240 du nouveau code de procédure civile, le salarié conclut à l'allocation d'une indemnité de 2.500 euros pour la première instance et de 3.000 euros pour l'instance d'appel et l'employeur conclut à l'allocation d'une indemnité de 1.500 euros pour l'instance d'appel.

Il serait inéquitable de laisser à charge du salarié l'intégralité des frais non compris dans les dépens qu'il a exposés.

Il y a lieu de fixer l'indemnité à 2.000 euros pour la première instance et à 3.000 euros pour l'instance d'appel.

L'employeur n'obtenant pas gain de cause et devant supporter les dépens, sa demande est à rejeter.

PAR CES MOTIFS :

la Cour d'appel, huitième chambre, siégeant en matière de droit du travail, statuant contradictoirement, sur le rapport de M. Étienne SCHMIT, président de chambre,

déclare l'appel de la société SOC1.) recevable mais non fondé,

déclare l'appel du 26 mars 2014 de M. A.) recevable et partiellement fondé,

réformant

condamne la société SOC1.) S.A. à payer à M. A.)
- les montants de 8.995,68 euros, 16.507,98 euros et 42.304.91 euros avec les intérêts au taux d'intérêt légal au sens de l'article 14 de la loi modifiée du 18 avril 2004 relative au délai de paiement et aux intérêts de retard à partir du 27 juillet 2012 jusqu'à solde et
- le montant de 22.893,45 euros avec les intérêts au taux d'intérêt légal au sens de l'article 14 de la loi modifiée du 18 avril 2004 relative au délai de paiement et aux intérêts de retard à partir du 7 mars 2013 jusqu'à solde,

déclare l'appel de l'Etat recevable et partiellement fondé,

réformant, condamne la société SOC1.) SA à payer à l'Etat le montant de 31.766,90 euros avec les intérêts au taux d'intérêt légal au sens de l'article 14 de la loi modifiée du 18 avril 2004 relative au délai de paiement et aux intérêts de retard à partir du 26 septembre 2013 jusqu'à solde,

condamne la société SOC1.) SA à payer à M. A.) le montant de 5.000 euros sur base de l'article 240 du nouveau code de procédure civile,

condamne la société SOC1.) SA aux dépens et ordonne la distraction des dépens au profit de Maîtres François DELVAUX et Georges PIERRET,

rouvre les débats sur tous les aspects non tranchés et invite les parties à s'expliquer sur la régularité, quant à la forme et quant au délai, de l'appel du 30 décembre 2014 par la voie de conclusions de la part du salarié, appelant principal, qui tend à une augmentation du montant de la condamnation de 6.293,82 euros à 7.962,55 euros au titre de la majoration des heures supplémentaires.

La lecture de cet arrêt a été faite à l'audience publique indiquée ci-dessus par M. Étienne SCHMIT, président de chambre, en présence de M. Alain BERNARD, greffier.