F

Exempt - appel en matière de droit du travail.

Audience publique du vingt-quatre octobre deux mille treize.

Numéro 38940 du rôle

Composition:

Carlo HEYARD, président de chambre,
Ria LUTZ, premier conseiller,
Théa HARLES-WALCH, premier conseiller,
Isabelle HIPPERT, greffier.

E n t r e :

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

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Roland FUNK de Luxembourg du 14 août 2012,

comparant par Maître Grégori TASTET, avocat à la Cour à Luxembourg,

e t :

**B**, demeurant à L-(…),

intimé aux fins du susdit exploit FUNK,

comparant par Maître Jean-Marie BAULER, avocat à la Cour à Luxembourg.

**LA COUR D'APPEL:**

Vu l'ordonnance de clôture de l'instruction du 7 mai 2013.

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

Par requête du 7 juin 2012 B fit convoquer son employeur, la société A SA devant la présidente du tribunal du travail, pour voir constater qu'il a été mis à pied le 1er juin 2012, alors qu'il est délégué du personnel, partant pour voir ordonner sa réintégration et voir ordonner le maintien du salaire.

Il fit exposer avoir été au service de l'employeur comme calorifugeur depuis le 1er janvier 2003, puis comme chef de chantier à partir de l'année 2006 ; qu'il a été élu délégué du personnel en novembre 2008 pour être ensuite en date du 23 janvier 2012 rétrogradé aux fonctions de calorifugeur, rétrogradation qui a été annulée par ordonnance de la présidente du tribunal du travail le 15 mai 2012. Il précisa finalement avoir été mis à pied par LR le 1er juin 2012; il contesta tant la régularité de la mise à pied que l'existence d'une faute grave dans son chef.

Pour la société employeuse, la mise à pied était justifiée sur base de la plainte avec constitution de partie civile déposée auprès du juge d'instruction le 13 juin 2012, plainte pour *« faux, usage de faux, vol, abus de confiance, escroquerie, sinon toute autre infraction* », reprise dans la requête en résolution du contrat de travail du salarié déposée devant le tribunal du travail le 18 juillet 2012.

Par ordonnance rendue le 23 juillet 2012, la présidente du tribunal du travail a retenu qu'il n'y avait pas lieu de surseoir à statuer en attendant la décision relative à la plainte pénale dès lors qu'elle était saisie d'une procédure en matière sommaire ; elle a rejeté la plainte litigieuse pour ne pas avoir été communiquée avant les débats au salarié délégué, l'empêchant d'en prendre connaissance et de préparer utilement sa défense ; elle a ordonné le maintien de la rémunération du salarié à partir du 1er juin 2012, au motif de l'absence d'indication des motifs de la mise à pied rendant la vérification de l'apparence de régularité de la mise à pied impossible, et elle a finalement ordonné l'ordonnance exécutoire par provision, nonobstant toutes voies de recours et sans caution.

La société A SA a régulièrement relevé appel par acte de l'huissier de justice Roland FUNK de Luxembourg du 14 août 2012.

Elle demande de dire son appel fondé et de réformer l'ordonnance du 23 juillet 2012; de dire que la mise à pied présente une apparence de régularité, de sorte que

le salarié n'aurait pas droit au maintien de son salaire en attendant la solution définitive du litige.

L'appelante soutient qu'il résulte de la plainte litigieuse déposée le 13 juin 2012, soit 13 jours après la mise à pied du salarié, que ce dernier, en sa qualité de chef de chantier, a orchestré, par falsification des fiches de pointage des ouvriers, le placement de ceux-ci sur des chantiers de Mr. C, plutôt que de les employer sur les chantiers de son employeur, entraînant un préjudice pour l'appelante de l'ordre de 550.000 euro; elle précise encore avoir versé en première instance tant la plainte que des attestations testimoniales et les fiches de pointage falsifiées afin de démontrer le bien-fondé tant de la plainte que de la mise à pied, de sorte que la faute grave serait suffisamment établie par les dites pièces ; qu'il y aurait partant lieu de réformer la décision prise relative au maintien du salaire sinon de limiter dans le temps ce maintien du salaire.

L'appelante estime que les attestations versées par le salarié devraient être rejetées comme émanant de personnes également licenciées, pour avoir été impliquées dans les escroqueries comme complices de l'intimé.

L'intimé conclut à la confirmation de l'ordonnance, **mais pour d'autres motifs**, alors qu'il est d'avis que ce serait à tort que la présidente du tribunal a examiné l'apparence de régularité de la mise à pied. L'intimé relève que le président du tribunal du travail n'aurait pas sur base de l'article L. 415-11(3) du code du travail applicable, le pouvoir de vérifier l'apparence de régularité de la mise à pied ; le seul critère déterminant pour le président de la juridiction du travail « *est le risque pour le salarié délégué de se voir priver pendant trop longtemps de son salaire en attendant la solution définitive du litige, ce salaire constituant normalement son seul revenu dont il a un besoin absolu pour pouvoir vivre. Le maintien du salaire pourra être refusé soit si la décision définitive du litige au fond est imminente, soit si le salarié délégué dispose d'un revenu de substitution* ». Admettre le contraire pourrait dans certains cas d'abus de droit aboutir à une inégalité des armes entre le salarié, partie économiquement la plus faible, et l'employeur.

L'intimé prétend encore comme en première instance, qu'admettre que le président de la juridiction du travail puisse vérifier l'apparence de régularité de la mise à pied irait également à l'encontre tant des principes de l'article 14 de la CEDH que de l'article 10 bis de la Constitution, alors qu'il y aurait une discrimination voire une inégalité de traitement inacceptable entre les salariés délégués et les autres salariés.

En ordre subsidiaire, et quant aux motifs de la mise à pied du 1er juin 2012, ces derniers restent contestés, ce d'autant plus que la plainte incriminée ne lui a jamais été communiquée. Il verse également des attestations judiciaires de nature à contredire les accusations mensongères de l'employeur ainsi que les témoignages de la société employeuse ; il précise encore qu'il n'a durant toute la période de

service de plus de 10 ans jamais fait l'objet d'un quelconque avertissement de la part de son employeur concernant son travail et ses compétences, que les motifs de sa mise à pied sont d'une toute autre nature ; que les fiches de pointage dont fait état l'employeur pour le mettre à pied datent de 2007 et seraient partant trop anciennes pour justifier une mise à pied cinq ans plus tard.

Chacune des parties réclame une indemnité de procédure sur base de l'article 240 du NCPC.

L'article L.415-11 par. (2) alinéa (1) confère au chef d'entreprise la faculté de prononcer la mise à pied immédiate en cas de faute grave du délégué, à la condition qu'il demande simultanément à la juridiction du travail de prononcer la résolution judiciaire du contrat de travail.

La mise à pied d'un salarié, membre de la délégation du personnel, en cas de faute grave, telle que prévue par cet article de loi, ne constitue pas un licenciement ou une résiliation du contrat de travail opérée par l'employeur, lequel est prohibé à l'égard des représentants du personnel, mais une mesure provisoire, immédiate et autorisée par la loi, une suspension provisoire des obligations respectives de l'employeur et du salarié délégué, qui est prise par un employeur en attendant la décision définitive de la juridiction du travail sur sa demande en résolution du contrat de travail.

La loi admet le délégué, qui a fait l'objet d'une mise à pied, à saisir le président de la juridiction du travail d'une requête tendant au maintien de sa rémunération en attendant la décision judicaire sur le fond.

L'action du salarié délégué exercée sur base de l'article L.415-11 du code du travail a pour objet le maintien de son salaire, tandis que l'action du salarié non délégué licencié a pour objet la réparation d'un dommage.

En tant que juge statuant par provision, le juge saisi ne juge pas le fond du litige, mais doit se fonder sur des apparences de régularité de la mise à pied ; il dispose d'un pouvoir discrétionnaire pour apprécier les éléments de fait lui soumis par l'employeur, auquel incombe la charge de la preuve de l'apparence de régularité de la mise à pied, et pour admettre ou refuser la demande en maintien du salaire.

L'intimé critique la loi dans la mesure où elle permet au juge saisi de la demande en maintien du salaire de vérifier uniquement l'apparence de régularité de la mise à pied, sans tenir compte de la situation financière du salarié délégué, qui dans l'hypothèse où il n'est pas rétabli dans son droit à rémunération, ne peut pas non plus prétendre aux indemnités de chômage à l'instar d'un salarié non délégué licencié avec effet immédiat, dans la mesure où le contrat de travail du délégué

n'est, suite à la mise à pied, pas résilié mais seulement suspendu, entraînant de ce fait une discrimination entre les salariés délégués et les autres.

***L'inégalité des armes entre les parties***

Pour l'intimé, « *admettre que le président de la juridiction du travail ait la faculté de vérifier l'apparence de régularité de la mise à pied, aurait pour conséquence que la procédure instaurée par l'article L.415-11(3) du code du travail perde tout son sens, ce qui aurait également pour effet une inégalité des armes entre le délégué- salarié, à priori « partie la plus faible » et l'employeur. »*

L'égalité des armes est une exigence du procès équitable que la Commission européenne a exprimée pour la première fois en 1959 ; elle a exprimé ce principe dans les termes suivants : « *toute partie à une action civile doit avoir une possibilité raisonnable d'exposer sa cause au tribunal dans des conditions qui ne la désavantagent pas d'une manière appréciable par rapport à la partie adverse ». ( CEDH, NO 434/58, 30 JUIN 1959, ANNUAIRE II, P.535).*

Cette égalité des armes implique donc l'obligation d'offrir à chaque partie une possibilité raisonnable de présenter sa cause, y compris ses preuves, dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire.

Quant au non respect du principe d'égalité des armes allégué par le salarié délégué pour s'opposer à la faculté du président de la juridiction du travail, respectivement de la juridiction d'appel de procéder à la vérification de l'apparence de régularité et de légitimité de sa mise à pied, il convient de relever que cette inégalité des armes étant une exigence du procès équitable, l'illégalité alléguée doit porter sur un élément ayant trait à la procédure et résulter d'éléments objectifs du dossier.

Or, ces éléments font défaut en l'espèce. En effet, le simple fait d'être salarié-délégué, d'être dans un lien de subordination par rapport à l'employeur, de ne pas pouvoir introduire une action en indemnisation, n'ayant pas été licencié et ainsi de ne pas pouvoir demander une autorisation pour toucher le chômage, ne permet pas de retenir une inégalité des armes entre parties. L'employeur n'a fait qu'user de son droit inscrit à l'article L. 415-11 du code du travail de prononcer une mise à pied pour faute grave du salarié délégué.

Il ne saurait dès lors pas y avoir rupture d'égalité des arnes devant la loi.

***Violation de l'article 10 bis de la Constitution***

L'intimé soutient encore « *que le fait pour lui de ne pas pouvoir bénéficier des allocations de chômage une fois mis à pied pour faute grave dans l'hypothèse où la juridiction du travail estime cette mise à pied en apparence légitime, serait contraire à l'article 10 bis de la Constitution aux termes duquel : « les luxembourgeois sont égaux devant la loi » au motif que cette impossibilité emporterait rupture d'égalité entre le salarié délégué du personnel mis à pied pour faute grave en vertu de l'article L. 415-11 de la loi sur le contrat de travail et un salarié non délégué licencié pour faute grave qui pourrait se voir allouer, certes par provision, des indemnités de chômage ».*

Le moyen d'inconstitutionnalité est dénué de tout fondement alors que le législateur peut, sans violer le principe de constitutionnalité de l'égalité, soumettre certaines catégories de personnes à des régimes légaux différents, à condition que la différence instituée procède de disparités objectives.

Il convient de rappeler que l'hypothèse visée par l'article L.415-11(3) du code du travail, concerne un salarié délégué qui n'est pas licencié mais mis à pied pour faute grave, et qui demande le maintien de sa rémunération, alors que l'article L.521-4(2) concerne un salarié non délégué licencié pour motif grave et qui ne demande pas le maintien de sa rémunération, mais l'attribution par provision d'indemnités de chômage de la part de l'ETAT.

Pour savoir si le principe d'égalité est respecté, la Cour constate encore une fois que les actions ouvertes d'une part au salarié délégué en maintien du salaire et d'autre part au salarié non délégué en réparation du préjudice subi par un licenciement qu'il juge abusif, ne peuvent être considérées comme comparables tant en ce qui concerne leur objet, leur cause et leurs éléments essentiels, que la différence de traitement entre les deux catégories de salariés se justifie par la disparité objective entre la situation du salarié délégué du personnel mis à pied pour faute grave et celle du salarié non délégué licencié avec effet immédiat pour faute grave.

Il ne peut partant y avoir violation du principe constitutionnel d'égalité, les situations n'étant pas comparables.

***Violation des articles 11 et 14 de la convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales.***

L'intimé fait une lecture combinée des articles 11 et 14 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme ainsi conçus : « *toute personne a droit à la liberté de réunion pacifique et à la liberté d'association, y compris le droit de*

*fonder avec d'autres des syndicats et de s'affilier à des syndicats pour la défense de ses intérêts* » respectivement « *la jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation* » pour soutenir que le fait de priver le salarié délégué d'un recours en indemnisation contre la mise à pied jugée abusive et de l'accès à un revenu de remplacement dans la mesure où les délégués du personnel seraient exclus du bénéfice des allocations de chômage dans l'attente de la solution définitive sur la résolution du contrat de travail, constituerait une violation du droit à la liberté syndicale, créant en cela une discrimination non objectivement justifiée.

Le traitement différencié du délégué mis à pied et du salarié licencié n'a pas de lien avec l'exercice de la liberté syndicale ; c'est partant à tort que l'intimé se prévaut de la violation des articles 11 et 14 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme.

***L'apparence de régularité de la mise à pied***

La Cour constate que le salarié délégué a été mis à pied par lettre du 1er juin 2012, la prédite lettre ne comportant aucune motivation.

La requête en maintien du salaire a été déposée le 7 juin 2012 et l'affaire plaidée en date du 17 juillet 2012.

Une plainte avec constitution de partie civile fut déposée contre lui en date du 13 juin 2012, soit 12 jours après la mise à pied.

La demande en résolution du contrat de travail n'a été déposée devant la présidente du tribunal du travail que le 18 juillet 2012, soit un mois et 18 jours après la mise à pied et non pas simultanément à cette dernière, comme il est d'usage de le faire.

Il doit encore être relevé, que lors des plaidoiries du 17 juillet 2012 devant la Présidente du tribunal du travail saisie de la demande en maintien du salaire, le salarié délégué n'avait donc toujours pas connaissance, ni de la plainte ni des motifs de la mise à pied, de sorte que c'est à bon droit que la présidente du tribunal du travail a décidé de faire droit à la demande du salarié délégué.

Actuellement, en instance d'appel, la plainte est versée, ainsi que les pièces de nature à la justifier.

Il ressort des renseignements fournis et des pièces soumises à l'appréciation de la Cour que la mise à pied intervenue à l'égard du salarié délégué par courrier du 1er juin 2012 est fondée sur les motifs suivants qui résultent de la plainte avec constitution de partie civile faite par l'employeur en date du 13 juin 2012 :

*« Avant 2007 les fiches de travail étaient remplies par chaque ouvrier et étaient transmises aux chefs de chantier qui les remettaient au personnel chargé de l'encodage des heures et à compter de cette date, les fiches de travail ont été falsifiées tant par monsieur C que par monsieur B afin de placer les ouvriers, sous les ordres de monsieur B sur les chantiers décrits, au bénéfice de monsieur C, respectivement de ses sociétés.*
*A titre d'exemple probant, 932 heures d'ouvriers supposés affectés sur les chantiers de la société C.I.S et payés par cette dernière ont été détournés sous les ordres de monsieur B pour les intérêts personnels des deux intéressés, par la falsification des feuilles de pointage.*
*Les ouvriers étaient sous les ordres de B qui dirigeait ces détournements et a falsifié les fiches de pointage ».*

La Cour qui est tenue de vérifier s'il y apparence d'illégitimité de la sanction prise, et en présence des contestations du salarié délégué quant à la réalité des motifs invoqués à la base de sa mise à pied, doit analyser les éléments lui soumis par l'employeur à cette fin.

L'employeur verse tout d'abord la plainte avec constitution de partie civile du 13 juin 2012 dont l'extrait concernant B a été repris ci-avant.

L'instruction de cette plainte est toujours en cours, de sorte que les infractions ou délits y relatés laissent d'être qualifiés et prouvés actuellement.

Il verse ensuite des attestations testimoniales rédigées par des membres du personnel de sa société qui viennent confirmer les reproches faits au salarié délégué.

Cependant, ces déclarations sont contredites par celles versées en cause par le salarié, de sorte que la réalité des faits y relatés ne sont actuellement pas prouvés, ce d'autant plus que les parties litigantes contestent la capacité de témoigner des témoins certificateurs.

A cet égard, il peut encore être relevé que la juridiction du travail saisie de la demande en résolution judiciaire du contrat a ordonné des enquêtes aux fins d'établir la réalité des faits litigieux.

L'employeur verse également des feuilles de pointage dont il prétend qu'elles ont été falsifiées par le salarié délégué.

La Cour constate que la majorité des feuilles de pointages versées datent de 2007, elles sont partant antérieures de cinq années à la mise à pied, sans qu'un des responsables de la société employeuse ne se soit d'une manière quelconque étonné de cette situation « anormale », respectivement lui ait fait des remarques au sujet de ces fiches « manipulées ». Les autres fiches de pointage portent la date des années 2009 et 2011.

Il doit être rappelé que le délégué doit pouvoir invoquer les mêmes garanties inscrites à l'article L.124-10 du code du travail et plus particulièrement celle énoncée au paragraphe (6), qui oblige celui qui se prévaut d'une faute grave, de l'invoquer dans le mois du jour où il en a eu connaissance, sauf si les fautes commises antérieurement à ce délai son invoquées à l'appui d'une nouvelle faute. Décider le contraire reviendrait à rendre plus précaire la situation du délégué par rapport à un salarié qui n'a pas cette qualité (CA 24 juin 2004, 8e chambre, 27770).

À cet égard il y a lieu de relever que les faits relatés dans la plainte pénale qui forme la base de la mise à pied ne sont pas autrement situés dans le temps, sauf qu'il y est précisé « avant 2007 », de sorte qu'il est impossible de vérifier si l'employeur en a vraiment eu connaissance seulement lors de l'audit effectué par lui à la fin de l'année 2011 et dont les résultats ont été connus au début de l'année 2012, donc six mois avant la sanction de la mise à pied !

Le fait que l'employeur ait laissé s'écouler un tel laps de temps (6 mois) est de nature à contredire la gravité de la faute et l'apparence de régularité.

Finalement, l'employeur verse un jugement du tribunal de commerce rendu le 16 novembre 2012 par lequel la société F sàrl, C Construction immobilière, société appartenant au salarié C, lequel est soupçonné par la société employeuse ensemble B des faits libellés dans la plainte, a été condamnée, par défaut, à payer à la société A SA la somme de 606.937,15 euros sur base du principe de la facture acceptée du chef de travaux réalisés ; force est cependant de constater qu'il ne résulte pas du prédit jugement que le salarié délégué B a une relation quelconque avec cette société débitrice F, respectivement avec ce procès.

Eu égard aux développements et constations qui précèdent, la Cour considère que la mise à pied n'a pas une apparence de régularité et de légitimité, de sorte que l'ordonnance déférée est à confirmer, certes pour des motifs différents, en ce que la demande de B en maintien de sa rémunération à compter du 1er juin 2012 en attendant la solution définitive du litige, a été déclarée fondée.

Eu égard au résultat positif pour l'intimé du procès, sa demande basée sur l'article 240 du NCPC est fondée, de sorte qu'il y a lieu de lui allouer une indemnité de procédure de 750 €.

La demande afférente de la société A SA qui a succombé et a été condamnée aux frais et dépens, est à rejeter.

**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,

Le dit non fondé,

**Confirme** l'ordonnance déférée,

Condamne la société A SA à payer à B une indemnité de procédure de 750 €,

Rejette la demande de la société A SA basée sur l'article 240 du NCPC,

Condamne la société A SA aux frais et dépens de l'instance avec distraction au profit de Maître Jean-Marie BAULER qui la demande, affirmant en avoir fait l'avance.