

Arrêt N° 9/17 - III – TRAV

Exempt - appel en matière de droit du travail.

Audience publique du dix-neuf janvier deux mille dix-sept.

Numéro 42221 du rôle

Composition:

Ria LUTZ, présidente de chambre,
Théa HARLES-WALCH, premier conseiller,
Mireille HARTMANN, premier conseiller,
Isabelle HIPPERT, greffier.

E n t r e :

A, demeurant à L-(...),

appelant aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Pierre BIEL de Luxembourg du 26 mars 2015,

comparant par Maître David YURTMAN, avocat à la Cour à Luxembourg,

e t :

la société à responsabilité limitée B s.à r.l. en faillite, ayant été établie et ayant eu son siège social à L-(...), représentée par son curateur Maître Maïka SKOROCHOD,

intimée aux fins du susdit exploit BIEL,

comparant par Maître Maïka SKOROCHOD, avocat à la Cour à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL:

Vu l'ordonnance de clôture de l'instruction du 15 novembre 2016.

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

Par contrat du 15 juin 1999, A a été engagé en qualité de maçon auprès de la société B.

Suivant avenant avec effet au 1^{er} octobre 2006, il a été affecté au poste de gérant administratif.

Le 30 janvier 2013, il a donné sa démission avec un préavis de 15 jours.

Par requête du 28 juillet 2014, A a fait convoquer la société B sàrl devant le tribunal de travail d'Esch-sur-Alzette aux fins de s'y entendre condamner à lui payer le montant de 31.325,56 euros à titre de prime de fin d'année pour les années 2009 à 2013, avec les intérêts légaux prévus par la Convention collective pour le bâtiment (ci-après la Convention collective) jusqu'à solde.

Par jugement du 17 février 2015, le tribunal de travail a dit la demande du salarié non fondée, a donné acte à la sàrl B de sa demande reconventionnelle, l'a dit non fondée pour autant qu'elle est basée sur l'article 6-1 du Code civil, mais fondée pour autant qu'elle concerne l'allocation d'une indemnité pour préavis non respecté. En conséquence, la juridiction de première instance a condamné A à payer à la société B le montant de 35.999,57 euros à titre d'indemnité de préavis avec les intérêts légaux à compter du 20 janvier 2015 jusqu'à solde. Finalement, il a dit non fondées les demandes respectives des parties en allocation d'une indemnité de procédure.

Pour ce faire, le tribunal a relevé que si A a été engagé en date du 15 juin 1999 comme maçon, il a cependant été engagé en qualité de gérant administratif à compter du 1^{er} octobre 2006 «suivant avenant au contrat de travail signé le 4 décembre 2006» et il a touché un salaire brut dépassant 14.000 euros pour en conclure que le salarié n'avait plus la qualité d'ouvrier depuis le 1^{er} octobre 2006 et que la Convention collective ne lui est pas applicable.

Faute par la sàrl B de prouver tant une intention malicieuse dans le chef du requérant qu'un préjudice résultant de l'exercice de l'action en justice, le tribunal a rejeté sa demande pour procédure abusive et vexatoire.

Le tribunal de première instance a finalement retenu que le délai de forclusion s'applique uniquement à l'action judiciaire en réparation de la résiliation abusive du

contrat de travail, mais n'englobe pas l'indemnité compensatoire de préavis pour lequel aucun délai d'action n'est prévu. Comme en application de l'article L.124-4(2) du Code du travail A aurait dû respecter un préavis de trois mois, le tribunal a ensuite déclaré fondée la demande de l'employeur tendant à se voir allouer le montant équivalent à 2,5 mois de salaire.

De ce jugement, A a régulièrement relevé appel par exploit d'huissier du 26 mars 2015.

Par réformation du jugement entrepris, l'appelant demande à la Cour de dire qu'il a la qualité d'ouvrier et que la Convention collective lui est applicable, partant de condamner l'intimée à lui verser les montants de 31.325,56 euros à titre de primes de fin d'année pour les années 2009 à 2013.

Il demande également à voir débouter la société B de sa demande en allocation d'une indemnité pour préavis non respecté et de confirmer le jugement en ce qu'il a rejeté la demande en allocation d'une indemnité pour procédure abusive et vexatoire de cette dernière.

A conclut finalement à l'octroi d'une indemnité de procédure de 1.500 euros tant pour la première instance que pour l'instance d'appel.

La société B demande à la Cour de confirmer le jugement entrepris et de lui allouer une indemnité de procédure de 2.000 euros pour l'instance d'appel.

A fait valoir que s'il est exact que l'avenant prenant effet à partir du 1^{er} octobre 2006 entend lui donner la qualité de gérant administratif, cette seule mention ne ferait pas de lui un cadre supérieur alors qu'il ne disposait d'aucun pouvoir de décision effective.

La qualification donnée à sa fonction n'aurait pas correspondu au travail qu'il aurait effectivement presté. A affirme à cet égard qu'il n'aurait jamais cessé d'exercer son emploi de maçon sur les chantiers des clients de son employeur.

Son statut d'ouvrier résulterait également des actes statutaires de la société B sàrl des 27 avril 2006 et 14 janvier 2013.

Par ailleurs, il aurait démissionné de son mandat de gérant administratif en date du 27 avril 2006, partant même avant l'entrée en vigueur de l'avenant litigieux, de sorte qu'il n'aurait plus eu la qualité de gérant administratif. Même à supposer qu'il ait eu cette qualité, celle-ci n'aurait pas interféré avec l'emploi qu'il occupait depuis 1999. En effet, le statut de dirigeant de société serait un mandat social qui ne saurait être confondu avec la qualité de salarié.

Contrairement à ce que l'employeur ferait plaider, les parties n'auraient conclu qu'un seul contrat de travail, à savoir celui du 15 juin 1999. L'avenant du 1er octobre 2006 contiendrait manifestement une erreur alors qu'il entend modifier un document du 4 décembre 2006 qui n'existait même pas à la date de sa signature. L'employeur resterait, d'ailleurs, en défaut de prouver l'existence d'un autre contrat de travail ou document daté au 4 décembre 2006.

Les fiches de salaires mentionnant qu'il est gérant administratif seraient erronées et ne permettraient pas de le qualifier de cadre supérieur. En effet, s'il avait été gérant administratif depuis avril 2005 tel qu'indiqué sur les fiches de salaires des mois de janvier et février 2013, l'établissement d'un avenant avec effet au 1er octobre 2006 n'aurait pas été nécessaire.

Comme l'article L.162-8 (3) du Code du Travail préciserait que seuls les cadres supérieurs ne se voient pas appliquer la convention collective et que, mis à part un salaire élevé, il ne remplirait aucun des critères cumulatifs prévus par cet article pour être qualifié de cadre supérieur, la Convention collective lui serait applicable.

Même à supposer qu'il pourrait être qualifié de cadre supérieur du seul fait de son salaire élevé, l'article L.162-8 (3) préciserait que, contrairement au principe suivant lequel les conventions collectives ne sont pas applicables aux cadres supérieurs, tel peut cependant être le cas si une disposition contractuelle le prévoit. Or, en l'espèce, l'avenant au contrat de travail aurait uniquement modifié le point 2 du contrat initial et maintenu les autres dispositions, de sorte que ses conditions de travail seraient restées inchangées, fait qui, d'après l'appelant, refléterait la volonté de l'employeur de le maintenir dans son statut de maçon. La convention collective lui serait donc applicable.

L'appelant explique finalement que malgré sa nomination au poste de gérant administratif, il se serait toujours vu appliquer les dispositions légales spécifiques aux ouvriers du bâtiment. Lors de sa démission, l'employeur ne se serait pas opposé à le voir prester le préavis particulièrement court de 15 jours prévu à la convention collective du bâtiment et il aurait toujours bénéficié des primes versées conformément à la convention collective du bâtiment.

L'intimée, qui conteste que la convention collective du bâtiment soit applicable à A, explique que sur la période du 31 janvier 2005 au 26 avril 2006 l'appelant détenait un tiers des parts de la société et, sur la période du 27 avril 2006 au 14 janvier 2013, la moitié des parts.

L'appelant aurait par ailleurs occupé pendant la période du 31 janvier 2005 au 27 avril 2006 la fonction de gérant administratif statutaire d'B.

Pendant la période du 1er avril 2005 au 14 février 2013, A aurait, en outre, occupé la fonction de gérant administratif non statutaire, fonction pour laquelle il aurait touché un salaire mensuel brut de 14.399,83 euros.

L'appelant aurait vendu les parts sociales qu'il détenait dans la société en date du 14 janvier 2013, résilié son contrat de travail avec effet au 14 février 2013 et créé, avec un autre salarié, une société concurrente.

L'intimée est d'avis que le salarié a perdu son statut d'ouvrier après l'entrée en vigueur de l'avenant au contrat de travail du 1er octobre 2006 le nommant gérant administratif, qualité reproduite sur les fiches de salaires, d'après lesquelles il est gérant administratif depuis le 1er avril 2005. L'appelant aurait, par ailleurs, touché un salaire mensuel de plus de 14.000 euros, montant qui ne correspondrait pas au salaire d'un ouvrier-maçon.

Sa démission de la fonction statutaire de gérant administratif du 27 avril 2006 serait indépendante de l'avenant au contrat de travail visant une entrée en fonction de gérant administratif non statutaire à partir du 1er octobre 2006.

Comme la Convention collective invoquée par l'appelant ne s'appliquerait qu'aux seuls ouvriers, l'argumentation de l'appelant relative aux cadres supérieurs serait hors sujet et il appartiendrait à A, en tant que partie demanderesse, de prouver les fonctions qu'il a réellement exercées au sein de la société afin de permettre à la Cour de déterminer si ces fonctions rentrent ou non dans le champ d'application de la Convention collective.

L'indication d'une profession dans un acte notarié ne vaudrait, par ailleurs, pas preuve de cette qualité, d'autant plus que dans deux actes notariés du 16 novembre 2012 A s'est lui-même qualifié de gérant de sociétés, partant à un moment où le contrat de travail entre parties continuait d'être appliqué.

Pour autant que de besoin, l'intimée formule une offre de preuve testimoniale tendant à établir par l'audition de l'ensemble des personnes reprises sur le relevé du personnel de la société B sàrl du mois de mars 2013 (à l'exception de C, parti de la société avec l'appelant) que pendant la période du 1er octobre 2006, sinon du 1er janvier 2009 jusqu'à la date du 14 février 2013, l'appelant n'a jamais eu, ou exercé la fonction de maçon ou d'ouvrier, que sa seule fonction au cours de cette période a été celle de gérant administratif non statutaire, fonction qui consistait notamment dans l'établissement des devis, de la facturation, des commandes auprès des fournisseurs, de la gestion des chantiers, du planning des ouvriers et équipes sur les divers chantiers ainsi que des travaux de bureau.

Pour autant que de besoin elle soulève également la prescription de la demande du salarié pour les années 2009 et 2010.

La société B sàrl a été déclarée en état de faillite par jugement du 17 juin 2016.

L'intimée soulevant la prescription d'une partie de la demande de l'appelant, il convient d'abord d'examiner la recevabilité de la demande de A.

L'article 221-2 du Code du travail prévoit que « *l'action en paiement des salaires de toute nature dus au salarié se prescrit par trois ans conformément à l'article 2277 du code civil. (...)* ».

Suivant l'article L.221-1 du Code du travail, il faut entendre par le terme de salaire, « *la rétribution globale du salarié, comprenant en dehors du taux en numéraire, les autres avantages et rétributions accessoires éventuels, tels que notamment les gratifications, tantièmes, remises, primes, logements gratuits et autres valeurs quelconques de même nature.* »

A ayant déposé sa requête en date du 28 juillet 2014, sa demande en paiement des primes de fin d'année pour les années 2009 et 2010 est, conformément aux conclusions de l'intimée, prescrite.

C'est à juste titre que la juridiction de première instance a retenu que la Convention collective pour le bâtiment signée le 30 août 2006, et rendue d'application générale par règlement grand-ducal du 8 janvier 2007, a remplacé la Convention collective modifiée signée le 16 juillet 1996 invoquée par A.

La juridiction de première instance est encore à confirmer en ce qu'elle a précisé que la convention du 30 août 2006 a, d'après son article 32.2, été applicable du 1^{er} septembre 2006 au 31 août 2009, mais qu'elle a été tacitement reconduite à titre de convention à durée indéterminée compte tenu du fait qu'elle n'a pas été dénoncée par application de l'article L.162-10(3) du Code du travail.

L'article 18 de la convention de 2006, identique à l'article 18 de la convention de 1996, retient une prime de fin d'année de 5% du salaire annuel brut, calculée sur base des heures de travail prestées (y compris les heures supplémentaires) et liée à la présence effective du travailleur dans l'entreprise.

La juridiction de première instance a cependant également relevé à juste titre que le champ d'application de la convention collective est limité, suivant son article 2.2, aux ouvriers exerçant des travaux de bâtiment ou de génie civil sur le territoire du Grand-Duché de Luxembourg, ainsi qu'aux ouvriers détachés à l'étranger.

La Convention collective ne s'appliquant qu'aux seuls ouvriers, il y a lieu de voir si l'appelant avait la qualité de maçon pendant les années 2011 à 2013.

Or, si A a été engagé le 15 juin 1999 en qualité de maçon, il a cependant signé un avenant prenant effet le 1^{er} octobre 2006 suivant lequel il est dorénavant engagé en qualité de « gérant administratif », fonction qui est également reprise sur les deux seules fiches de salaires des mois de janvier et février 2013 versées en cause.

En signant l'avenant du 1^{er} octobre 2006, l'appelant a expressément accepté le changement de sa fonction, de sorte que pour prospérer dans sa demande il lui appartient d'établir que, contrairement aux stipulations contractuelles modificatives, il a continué à travailler comme simple maçon.

Une telle preuve ne résulte cependant pas des éléments du dossier.

Il résulte, par contre, des pièces versées en cause que l'appelant qui, avant l'avenant, avait touché un salaire brut de 77.850 FLUX, indice 548,67, a perçu entre 2009 et 2012 des revenus annuels bruts variant entre 137.951,78 et 169.637,97 euros. Suivant les fiches de salaires des mois de janvier et février 2013 un salaire brut mensuel de 14.399,83 euros lui a été payé. Ce salaire élevé ne correspond manifestement pas au salaire d'un simple maçon.

A cela s'ajoute qu'aucun élément du dossier soumis à la Cour ne permet de retenir qu'après la signature de l'avenant, la société B sàrl avait continué à payer à A les primes de fin d'année prévue par la Convention collective.

La fonction de gérant administratif statutaire, qui est un mandant social, étant à différencier de celle d'un gérant administratif salarié, la démission d'A de sa qualité de gérant administratif statutaire résultant de l'acte notarié du 27 avril 2006 n'est, contrairement à l'argumentation de l'appelant, pas de nature à contredire l'exercice d'une fonction salariée de gérant administratif.

Le fait que dans deux actes notariaux du 27 avril 2006 et du 14 janvier 2013, A a indiqué comme profession « ouvrier » ne permet pas non plus de retenir que la qualification professionnelle y mentionnée a été celle qui a été réellement exécutée par l'appelant, d'autant plus que dans deux autres actes notariés des 29 octobre et 16 novembre 2012 la profession du salarié indiquée est celle de « gérant de sociétés ».

L'affirmation de l'appelant qu'il n'avait aucun pouvoir de décision effective est également restée à l'état de pure allégation.

Finalement, la remarque contenue dans l'avenant du 1^{er} octobre 2006 suivant laquelle, mise à part le changement des fonctions de l'appelant, les autres clauses du contrat de travail restent inchangées, ne permet pas de conclure que les parties entendaient confirmer l'application de la Convention collective à l'égard d'A. En effet, la fonction de gérant salarié n'exclut nullement l'application des autres clauses relatives au lieu du travail, à la durée du travail, aux congés annuels et à

l'obligation de discrétion telles qu'elles sont reprises au contrat de travail de 1999. Il est, par contre, avéré que la rémunération effectivement payée à l'appelant pour les années 2009 à 2013 ne correspondait plus à celle prévue au contrat de 1999.

La Cour en conclut, à l'instar de la première juridiction, qu'aucun élément du dossier ne permet de mettre en doute que l'appelant occupait effectivement depuis le mois d'octobre 2006 la fonction de gérant salarié de la société B.

La juridiction de première instance est donc à confirmer en ce qu'elle a retenu que la Convention collective n'est pas applicable à A et en ce qu'elle a rejeté la demande du salarié.

Il suit de ce qui précède qu'il est superfétatoire de statuer sur l'offre de preuve formulée en ordre subsidiaire par l'employeur.

La Cour relève, en outre, que la forclusion prévue par l'article L.124-11 (2) ne concerne que la demande en paiement de dommages et intérêts pour résiliation abusive du contrat de travail. Elle ne s'applique pas à l'indemnité compensatoire de préavis réclamée par l'employeur au salarié pour non-respect du délai de préavis prévu à l'article L.124-4(2) du Code du travail. La demande de la société B sàrl est donc à déclarer recevable, même si elle n'a pas immédiatement protesté contre le délai de préavis de quinze jours donné par le salarié démissionnaire.

A ne tombant pas sous le champ d'application de la Convention collective, la juridiction de première instance a retenu à bon droit qu'il aurait dû respecter un préavis de trois mois conformément à l'article L.124-4(2) du Code du travail.

C'est dès lors à juste titre qu'elle l'a condamné au paiement du montant non contesté de $2,5 \times 14.399,83 = 35.999,57$ euros à titre d'indemnisation pour la durée du préavis légal non respecté.

La juridiction de première instance est encore à confirmer par adoption de ses motifs, en ce qu'elle a dit non fondée la demande indemnitaire de la sàrl B pour procédure abusive et vexatoire et en ce qu'elle a rejeté les demandes respectives des parties en allocation d'une indemnité de procédure.

Il suit des considérations qui précèdent que l'appel est à déclarer non fondé.

Eu égard à l'issue du litige, la demande d'A en allocation d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel est également à déclarer non fondée.

La société B sàrl n'établissant pas en quoi il serait inéquitable de laisser à sa charge l'entière des frais non compris dans les dépens, sa demande sur base de l'article 240 du NCPC formulée pour l'instance d'appel 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,

déclare l'appel recevable en la forme,

le dit non fondé,

partant **confirme** le jugement entrepris,

dit non fondée la demande d'A en allocation d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel,

met les frais de l'instance d'appel à charge d'A.

La lecture du présent arrêt a été faite en la susdite audience publique par Madame la présidente de chambre Ria LUTZ, en présence du greffier Isabelle HIPPERT.