

Arrêt N° 26/17 - VIII - Travail

Exempt – appel en matière de droit du travail

Audience publique du seize février deux mille dix-sept

Numéro 43507 du rôle.

Composition:

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

Entre:

M. A.), demeurant à D-(...),

appelant aux termes d'un acte de l'huissier de justice Carlos CALVO de Luxembourg du 26 février 2016,

comparaissant par Maître Stephan Wonnebauer, avocat à la Cour, demeurant à Wasserbillig,

et:

1) la société anonyme de droit belge SOC1.) S.A., établie et ayant son siège social à B-(...), représentée par son conseil d'administration, ayant exercé au Grand-Duché de Luxembourg par le biais de sa succursale **SOC2.),** ayant été établie à L-8070 Bertrange, 8, ZAI Bourmicht,

2) la société anonyme SOC3.) S.A., établie et ayant son siège social à L-(...), représentée par son conseil d'administration,

intimées aux fins du prédit acte CALVO,

comparaissant par Maître Thierry REISCH, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL:

Les avocats ont marqué leur accord à ce que M. le premier conseiller Serge THILL, chargé de faire rapport, tienne seul l'audience pour entendre les plaidoiries.

Le magistrat rapporteur a indiqué la composition de la Cour et a fait son rapport oral. Il a rendu compte de l'audience à la Cour dans son délibéré.

Par jugement rendu en date du 23 octobre 2015 le tribunal du travail de Luxembourg a retenu qu'il y avait eu transfert d'entreprise entre la S.A. de droit belge SOC1.), ci-après SOC1.), et la S.A. SOC3.). La résiliation du contrat de travail de A.), pour cause de cessation des activités de SOC2.), a été déclarée abusive, et SOC1.) et SOC3.) ont été condamnées in solidum à payer des dommages-intérêts de 5.000.- € en réparation du préjudice moral causé au salarié. Ce dernier a été débouté de sa demande en obtention de dommages-intérêts pour préjudice matériel et de celle en allocation d'un complément d'un mois de salaire. Les volets tendant à la condamnation au paiement d'une indemnité compensatoire de préavis et d'une indemnité de départ ont été réservés.

Par décision de la même juridiction du 15 janvier 2016, une indemnité compensatoire de préavis de 2.481,34.- €, une indemnité de départ de 5.393,05.- € et une indemnité de procédure de 1.000.- € ont été allouées à A.).

Par exploit du 26 février 2016, le salarié a interjeté appel contre le seul jugement du 15 janvier 2016, qui lui avait été notifié le 15 février 2016. Dans son acte d'appel il avait demandé une indemnité compensatoire de préavis de 7.318,67.- € et une indemnité de départ de 11.758,24.- €, sinon de 9.956,40.- €. Par conclusions notifiées le 27 octobre 2016, qui n'ont plus fait l'objet d'une réplique de la part des parties intimées, il a finalement sollicité une indemnité compensatoire de préavis de 28.562,57.- €, sinon de 13.925,23.- € et une indemnité de départ de 11.758,24.- €. Le recours ne porte pas sur l'indemnité de procédure.

Les sociétés SOC1.) et SOC3.) ont soulevé l'irrecevabilité de l'appel pour cause d'acquiescement. A l'appui de ce moyen elles font valoir qu'en réponse à une demande afférente de leur mandataire, celui de A.) aurait, sans formuler la moindre réserve, dressé un décompte reprenant les montants pour lesquels une condamnation avait été prononcée en première instance. En ordre subsidiaire les parties intimées ont conclu à la confirmation de la décision attaquée.

La recevabilité de l'appel

Suivant renseignements fournis en cause, des pièces à ce sujet n'étant pas versées, la demande de décompte aurait été formulée le 29 février 2016, et le mandataire de l'appelant y aurait donné suite le 4 mars 2016.

Or, en date du 26 février 2016 déjà, l'acte d'appel avait, en ce qui concerne SOC3.), été remis à une personne habilitée à le recevoir, et, en ce qui concerne SOC1.), été envoyé en Belgique par voie postale, et ce aussi bien à une étude d'huissiers de justice, qu'à l'intimée elle-même.

L'intention de ne pas accepter le jugement du 15 janvier 2016 avait dès lors été manifestée avant même l'envoi du décompte, de sorte que le fait que des réserves n'y aient pas été formulées, ne saurait porter à conséquence.

L'appel, introduit dans la forme et endéans le délai prévu par la loi, est dès lors recevable et compte tenu du fait que la modification des revendications de A.) n'a pas fait l'objet d'objections de la part de SOC1.) et d'SOC3.), la demande est à examiner telle qu'elle se présente dans son dernier état.

L'ancienneté de service

En application de l'article L. 124-7 (1) al. 2 du code du travail, l'ancienneté de service est appréciée à la date d'expiration du délai de préavis, même si le salarié bénéficie d'une dispense de travail.

Dans l'éventualité où aucun délai de préavis n'est accordé, que ce soit à tort ou à raison, le calcul de l'ancienneté débute dès lors à la date à laquelle le contrat de travail a effectivement pris fin. Si le salarié subit un préjudice de ce chef par la faute de l'employeur, il doit en être tenu compte dans l'appréciation des dommages-intérêts susceptibles d'être alloués sur base de l'article L. 124-12 (1) du code du travail.

Contrairement à ce qui est soutenu par A.), le préavis auquel il aurait théoriquement pu prétendre, n'est dès lors pas à prendre en considération dans la détermination de son ancienneté de service.

Le contrat de travail ayant existé entre parties avait débuté le 1^{er} décembre 2004. Il a été dénoncé le 1^{er} octobre 2014 avec effet à partir du 31 octobre de la même année. L'ancienneté de service de l'appelant est donc de 9 ans et 11 mois.

L'indemnité compensatoire de préavis

En vertu de l'article L. 124-3 (2) du code du travail, la durée totale du délai de préavis à observer était de 4 mois. Il a commencé à courir à partir du 15 octobre 2014 et aurait expiré le 14 février 2015. A.) ayant été rémunéré jusqu'au 31 octobre 2014, une indemnité équivalente à trois mois et demi est due.

Par opposition à ce qui est le cas à propos de l'indemnité de départ, aucune disposition légale ne traite directement du mode de calcul de l'indemnité de préavis.

Il n'en reste pas moins que si l'appelant avait été licencié avec préavis, sa rémunération durant la période de préavis aurait correspondu sensiblement à celle touchée pendant les mois précédant son congédiement. Cette conclusion se dégage d'une lecture a contrario de l'article L. 124-9 (1) al. 2 du code du travail, qui prévoit que jusqu'à l'expiration du délai de préavis, la dispense de travail ne doit, abstraction faite des frais occasionnés par le travail, entraîner pour le salarié aucune diminution des salaires, indemnités et autres avantages auxquels il aurait pu prétendre s'il avait accompli son travail.

Afin de ne pas pénaliser A.), la Cour retient que l'indemnité de préavis mensuelle à laquelle il peut prétendre, doit correspondre à la moyenne mensuelle, calculée sur une année, de l'ensemble des éléments de sa rétribution ayant présenté un certain caractère de fixité ou de régularité.

Ce dernier critère, que le salaire de base remplit indubitablement, était également donné pour le treizième mois, les suppléments pour heures de nuit, de dimanche et de jours fériés (payés pratiquement tous les mois) et les commissions (payées tous les trois mois), mais non pas pour les bonus (qui n'ont été payés que deux fois, en fonction de critères qui n'ont pas été portés à la connaissance de la Cour, le contrat de travail du 1^{er} décembre 2004 n'étant pas produit et celui du 7 mars 2012 n'étant versé qu'en partie) et le bonus exceptionnel (payé une seule fois).

Du mois d'octobre 2013 au mois de septembre 2014 inclus, le total que A.) a perçu à titre de salaire de base, treizième mois, suppléments et commissions, s'est élevé à 6.018,91 (octobre 2013) + 5.042,95 (novembre 2013) + 4.999,78 (décembre 2013) + 5.978,20 (janvier 2014) + 5.040,07 (février 2014) + 4.999,78 (mars 2014) + 5.812,73 (avril 2014) + 5.024,25 (mai 2014) + 4.978,20 (juin 2014) + 5.939,35 (juillet 2014) + 5.169,56 (août 2014) + 5.004,10 (septembre 2014) + 4.978,20 (13^{ème} mois payé en décembre 2013) = 68.986,08.- €, soit une moyenne mensuelle de $68.986,08 : 12 = 5.748,84.-$ €.

Théoriquement l'appelant pourrait dès lors prétendre à $3,5 \times 5.748,84 = 20.120,94.-$ € à titre d'indemnité de préavis.

Les parties étant d'accord à en déduire un montant de 15.349,45.- €, que A.) a touché sous forme d'une « indemnité », il subsiste un solde de 4.771,49.- €.

L'indemnité de départ

L'article L. 124-7 (3) du code du travail dit que :

« L'indemnité [de départ] est calculée sur la base des salaires bruts effectivement versés au salarié pour les douze derniers mois qui précèdent immédiatement celui de la notification de la résiliation.

Sont compris dans les salaires servant au calcul de l'indemnité de départ les indemnités pécuniaires de maladie ainsi que les primes et suppléments courants, à l'exclusion des salaires pour heures supplémentaires, des gratifications et de toutes indemnités pour frais accessoires exposés ».

Le treizième mois, les suppléments pour heures de nuit, de dimanche et de jours fériés et les commissions sont à ranger dans la catégorie des « *primes et suppléments courants* » dont question au prédict texte.

Le montant mensuel à prendre en considération en vue du calcul de l'indemnité de départ est donc également celui de 5.748,84.- €.

Aux termes de l'article L. 124-7 (1) al. 3 du code du travail, l'indemnité de départ due en cas d'ancienneté de service comprise entre 5 et 10 ans, est d'un mois de salaire.

Le montant revenant de ce chef à A.) se chiffre partant à 5.748,84.- €.

Sa créance totale est ainsi de $4.771,49 + 5.748,84 = 10.520,33$ - €, somme pour laquelle il convient, par réformation du jugement de première instance, de prononcer une condamnation.

Des intérêts de retard n'ayant pas été réclamés en instance d'appel, il n'y a pas lieu d'en allouer sur l'indemnisation supplémentaire fixée par le présent arrêt.

Les indemnités de procédure et la distraction des frais de première instance

SOC1.) et SOC3.) n'obtenant pas gain de cause, elles ne peuvent pas prétendre à une indemnité de procédure.

A.) ayant dû agir en justice pour avoir satisfaction, il serait inéquitable de laisser à sa charge l'intégralité des sommes non comprises dans les dépens qu'il a dû exposer tant en première instance, qu'en instance d'appel.

L'indemnité de procédure accordée par les premiers juges étant appropriée, l'appel incident afférent de SOC1.) et d'SOC3.) n'est pas fondé. La Cour fixe par ailleurs au montant réclamé de 1.500.- €, la somme à allouer à A.) sur base de l'article 240 du nouveau code de procédure civile pour l'instance d'appel.

Aucun avocat n'ayant été constitué devant le tribunal du travail, il n'y a pas lieu d'ordonner la distraction des frais de première instance.

PAR CES MOTIFS:

la Cour d'appel, huitième chambre, siégeant en matière de droit du travail, statuant contradictoirement, sur le rapport de M. Serge THILL, premier conseiller,
dit les appels principal et incident recevables,

dit l'appel incident non fondé,

dit l'appel principal partiellement fondé,

réformant

dit que A.) a droit à une indemnité compensatoire de préavis de 4.771,49.- € et à une indemnité de départ de 5.748,84.- €,

condamne la S.A. de droit belge SOC1.) et la S.A. SOC3.) solidairement à payer à A.) le montant de 10.520,33.- € de ce chef,

confirme le jugement du 15 janvier 2016 pour le surplus,

condamne la S.A. de droit belge SOC1.) et la S.A. SOC3.) à payer à A.) une indemnité de procédure de 1.500.- € pour l'instance d'appel,

déboute la S.A. de droit belge SOC1.) et la S.A. SOC3.) de leur requête en obtention d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel,

condamne la S.A. de droit belge SOC1.) et la S.A. SOC3.) aux dépens de l'instance d'appel avec distraction au profit de Maître Stephan Wonnebauer, avocat constitué.

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.