Exempt - appel en matière de droit du travail.

Audience publique du seize janvier deux mille quatorze.

Numéro 38921 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 Cathérine NILLES de Luxembourg du 22 juin 2012,

intimée sur appel incident,

comparant par Maître Anne FERRY, avocat à la Cour à Luxembourg,

e t :

B, demeurant à F-57330 (…),

intimé aux fins du susdit exploit NILLES,

appelant par incident,

comparant par Maître Sonia POLNIASZEK, avocat à la Cour à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL:

Vu l'ordonnance de clôture de l'instruction du 24 septembre 2013.

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

Par requête du 26 mai 2011, B a fait convoquer son ancien employeur, la société anonyme A Luxembourg S.A. (ci-après : la société A) devant le tribunal du travail de Luxembourg pour l'entendre condamner à lui payer les montants respectifs de 3.193,62 euros à titre d'arriérés de salaires et 1.000 euros à titre de préjudice moral.

Il demanda encore la remise, sous peine d'astreinte, de décomptes de rémunérations rectifiés pour les mois de juin, juillet, août et septembre 2010 ainsi que le paiement d'une indemnité de procédure de 1.500 euros.

A l'appui de sa demande, il fit exposer que depuis le 1er juin 1999 il était au service de la société A et que depuis janvier 2010, sa tâche consistait à prester des tournées « véhiculées » de distribution de journaux pendant la nuit de 10.30 heures à 4.00 heures et ce de manière constante les dimanches, lundis, mardis, mercredis et jeudis.

Il a été en incapacité de travail du 22 juin 2010 au 9 novembre 2010.

Or, pour la période du 22 juin 2010 au 30 septembre 2010, son employeur ne lui a payé que le salaire de base en faisant abstraction des majorations pour travail de nuit, de dimanche et de jours fériés.

La société A s'est opposée à la demande au motif que l'article L.121-6 (3) du code du travail prévoit le maintien du salaire et des autres avantages résultant du contrat de travail, mais non les majorations pour travail du dimanche et travail de nuit qui ne résultent pas du contrat de travail. Ces majorations ne seraient pas non plus prévues par le code comme faisant partie du salaire. Devant compenser une certaine pénibilité du travail de nuit et des dimanches ou jours fériés, elles seraient des indemnités pour heures travaillées. Elles ne seraient dues qu'en cas de travail effectif.

La société A fit encore valoir que B ne rapporterait pas non plus la preuve que concrètement, pendant les mois en cause, il aurait bénéficié d'un horaire engendrant des majorations de nuit et de salaire de dimanche. B aurait été temporairement affecté à la société C dans le cadre d'un prêt temporaire de main d'œuvre et que cette société n'aurait plus souhaité, à partir de juillet 2010, lui attribuer des missions de distribution. Pour cette raison, il aurait été, pendant les quelques jours

de reprise de son travail du 9 au 25 novembre 2010, affecté non à la distribution de journaux, mais à des missions de colportage, soit environ 3 heures par jour, en journée et en semaine.

Par jugement contradictoire du 14 mai 2012, le tribunal du travail a dit la demande du chef d'arriérés de salaires fondée en principe. Il a condamné la société A de remettre à B des décomptes de rémunération rectifiés en tenant compte des majorations redues pour dimanches, jours fériés et heures de nuit pour les mois de juin, juillet, août et septembre 2010 et il a réservé le surplus.

En se référant au texte de l'article L.121-6 du code du travail et aux travaux préparatoires de la loi du 13 mai 2008 portant introduction du statut unique et de la susdite disposition légale, le tribunal a retenu que pour le calcul de la rémunération du salarié pendant sa période de maladie il y avait lieu de prendre en compte tous les éléments de rémunération « structurels » ayant une certaine régularité et constance, engendrés par l'horaire normal de travail et ce indépendamment de la finalité de la majoration en question.

Tout en écartant l'offre de preuve de la société défenderesse pour défaut de précision et de pertinence, le tribunal a constaté que l'affirmation du requérant qu'il travaillait depuis janvier 2010, suivant un rythme régulier tous les dimanches, lundis, mardis, mercredis et jeudis de 20.30 à 4.00 heures, était confirmée par les attestations testimoniales versées et par ses bulletins de rémunération, de sorte qu'il y a lieu à admettre qu'elles avaient un caractère de régularité structurelle.

Par exploit d'huissier du 22 juin 2012, la société A a relevé appel de ce jugement.

Elle conclut par réformation à entendre dire non fondée la demande de B en paiement d'arriérés de salaires.

B interjette appel incident et demande à voir condamner la société A à lui remettre les décomptes de rémunération rectifiés pour les mois de juin 2010, juillet 2010, août 2010 et septembre 2010 dans un délai de huit jours à compter de la notification de l'arrêt à intervenir sous peine d'une astreinte de 50 euros par jour de retard et par document non délivré dans la limite de 6.000 euros.

Il conclut encore à voir condamner la société A à lui payer les montants respectifs de 3.139,62 euros au titre des arriérés de salaire et 1.000 euros au titre du préjudice moral, outre les intérêts légaux et la majoration du taux de l'intérêt légal.

Il demande enfin la condamnation de la société A au paiement d'une indemnité de procédure de 1.500 euros pour chacune des deux instances.

Les appels principal et incident sont recevables pour autant qu'ils portent sur la demande de B en paiement d'arriérés de salaires et de remise sous peine d'astreinte de décomptes de rémunération rectifiés pour les mois de juin 2010 à septembre 2010.

En ce qui concerne la demande de B en indemnisation du dommage moral subi, il y a lieu de relever, que celle-ci ne constitue pas, contrairement aux conclusions de la société A, une demande nouvelle, étant donné qu'elle figurait dans la requête introductive d'instance. Par contre, l'appel incident de B pour autant qu'il porte sur ce chef de la demande est irrecevable, étant donné que le tribunal n'a pas encore statué sur le bien-fondé de celle-ci.

Il en est de même de l'appel incident de B pour autant qu'il porte sur sa demande en paiement d'une indemnité de procédure pour la première instance, étant donné que la juridiction de première instance n'a pas encore statué sur le bien-fondé de cette demande.

- **La demande en paiement des majorations salariales :**

La société A reproche en premier lieu au tribunal du travail de s'être écarté des termes clairs de l'article L.121-6 du code du travail qui prévoit le maintien intégral du salaire et de tous les autres avantages résultant du contrat de travail. Elle fait valoir que les majorations pour travail de nuit ou travail de dimanche et jours fériés ne sont pas visées par cette disposition légale étant donné qu'elles ne résulteraient pas du contrat mais seraient accordées de par l'effet de la loi et uniquement en cas de prestation effective des heures visées. Il s'agirait dans ce cas de rémunérer soit la pénibilité des travaux, soit les horaires anormaux effectivement prestés. Ces majorations ne seraient dès lors pas à prendre en compte en cas de maladie.

B conclut à la confirmation du jugement entrepris. Il invoque son droit au maintien intégral du salaire pendant son congé de maladie. Il argue que la loi afférente au statut unique a étendu le bénéfice du maintien intégral du salaire et autres avantages à certaines catégories de travailleurs et réduit la période donnant droit à la conservation du salaire, mais qu'elle n'a aucunement modifié le principe du maintien intégral du salaire et des autres avantages pendant la période de maladie du salarié.

La Cour constate que c'est à bon droit et pour les motifs qu'elle adopte que le tribunal du travail a retenu que, contrairement à l'interprétation de la société A, les termes « salaires » et « autres avantages résultant de son contrat de travail » n'ont pas pour objet de faire une distinction entre rémunération résultant du contrat de travail et rémunération résultant du code du travail, avec pour conséquence que seuls les premiers seraient maintenus en cas d'incapacité de travail. Raisonner ainsi

équivaudrait en effet à méconnaître la nature du code du travail qui fixe précisément les conditions minimales à respecter par le contrat individuel et qui vient à se substituer à lui, au besoin.

La société A fait valoir en deuxième lieu qu'il ne découlerait pas des travaux préparatoires de l'article L.121-6 du code du travail que le législateur avait eu l'intention de prendre dans la base de calcul de la rémunération continuée les heures supplémentaires ou les heures de dimanche ou encore de nuit. Les différentes commissions auraient été d'avis que le texte était assez clair en ce qu'il ne viserait que les éléments de rémunération contractuels, individuels et collectifs, ce qui exclurait les indemnités légales prévues par le code du travail liées à et déclenchées uniquement par une prestation effective de travail par le salarié.

Il se dégage des travaux préparatoires de la loi du 13 mai 2008 ayant introduit un statut unique et modifié l'article L.121-6(3) du code du travail que le Conseil d'Etat avait préconisé d'introduire une base de calcul uniforme du montant de la rémunération payée par l'employeur et de l'indemnité pécuniaire versée par la Caisse de maladie et proposé de compléter l'article L.121-6 du code du travail par un nouveau paragraphe aligné sur les dispositions prévues dans le cadre du Code de la sécurité sociale pour préciser les éléments pris en compte dans la base de calcul de la rémunération payée par l'employeur pendant la période de conservation du salaire. Les chambres professionnelles, de leur côté, avaient suggéré de préciser les éléments de revenu professionnel à prendre en compte.

Or, la Commission de la Santé et de la Sécurité Sociale et la Commission du Travail et de l'Emploi n'avaient cependant pas suivi cette voie en soulignant qu' « *il s'agit en fait de la conséquence logique du principe du statut unique de baser la continuation de la rémunération sur le système applicable depuis de longues années pour les employés privés, un système n'ayant jamais donné lieu à des contestations »* (cf. doc.parl.no5750 no 14, p14, 15 et 16). Dès lors, l'article L.121-6(3) tel qu'il fut adopté n'a pas été complété du bout de phrase *« et qui ne sont pas liés par une prestation effective de la part du salarié »*.

La société A fait valoir en troisième lieu que le tribunal aurait omis de tenir compte de l'article 34 alinéa 3 du Code de la sécurité sociale disposant qu'un règlement grand-ducal peut préciser les éléments de l'assiette de cotisations. Ce règlement aurait été pris le 16 décembre 2008 et prévoirait que *« Les compléments et accessoires au sens de l'article 34 alinéa 1er du code de la sécurité sociale qui rentrent dans l'assiette de cotisations pour l'indemnité pécuniaire de maladie sont l'ensemble des éléments de rémunération payables mensuellement en espèces dont le montant est susceptible de variation, à l'exception des majorations prévues par les dispositions conventionnelles, légales ou réglementaires ».*

Or, il se dégage des développements qui précèdent que le système du maintien de la rémunération du salarié pendant la maladie n'avait, contrairement à l'avis du Conseil d'Etat, pas été aligné sur celui de l'indemnité pécuniaire de maladie versée par la Caisse de maladie, de sorte que le raisonnement par analogie fait par l'appelante s'avère sans pertinence.

La société A demande en quatrième lieu à la Cour de se référer par analogie au raisonnement de la Cour de Justice de l'Union européenne dans les arrêts rendus en matière de dispense de travail des femmes enceintes où celle-ci a décidé que *« les indemnités et primes visant à compenser les inconvénients liés à l'exercice des tâches spécifiques dans des conditions particulières (indemnité pour astreinte par exemple) n'ont pas obligatoirement à être versées dès lors que ces tâches ne sont pas effectivement assurées* (CJCE no C-194/08, et no C-471/08, du 1er juillet 2010).

Or, s'agissant dans ces cas d'indemnités spéciales versées pour la prestation de travaux à risque particulier, il ne saurait être procédé en l'espèce par analogie par rapport à la jurisprudence invoquée.

Il résulte des développements qui précèdent que c'est à bon droit que le tribunal est venu à la conclusion qu'au regard des dispositions de l'article L.121-6(3) du code du travail, il y a lieu de tenir compte de tous les éléments de rémunération « structurels » ayant une certaine régularité et constance, engendrés par l'horaire normal de travail du salarié, indépendamment de la finalité des majorations en question et nonobstant l'absence de toute prestation effective de travail pendant la période de maladie du salarié. (cf. en ce sens arrêt Cour de Cassation du 4 juillet 2013 (no 54/13) dans une affaire similaire).

En ordre subsidiaire, la société A conteste que pendant la durée de son absence pour maladie, B ait été affecté à une tâche donnant lieu à titre d'indemnisation à des suppléments légaux. Elle invoque une clause de mobilité contenue dans le contrat de travail pour en déduire que le salarié pouvait être affecté à d'autres horaires suivant les besoins de l'entreprise en tenant compte de ses aptitudes personnelles et professionnelles. Le travail de nuit et le travail de dimanche et jours fériés n'aurait ainsi pas été un droit acquis dans le chef de B, même si cela faisait quelques mois qu'il travaillait suivant le même rythme. Ceci serait d'autant plus vrai qu'il faisait l'objet d'un prêt temporaire de main d'oeuvre.

B ne conteste pas qu'à compter de janvier 2010 il avait subi une nouvelle affectation alors que le service auquel il était affecté depuis son embauche aurait dû être supprimé. Il argumente que de juin 2010 à septembre 2010 sa tâche avait été la même donnant lieu à titre de salaire aux suppléments légaux alors qu'il avait été remplacé pour son exécution par le dénommé D.

Conformément à l'article 1315 du code civil, il appartient à B qui invoque son droit au maintien de son salaire pendant la période légale de conservation allant du 22 juin 2010 au 9 novembre 2010 de prouver qu'il aurait eu droit aux majorations de salaire pour travail de nuit, de dimanche et de jours fériés.

Il se dégage des bulletins de rémunération versés en cause que B a régulièrement bénéficié dans le passé de majorations de son salaire à titre de travail de nuit, de dimanche et de jours fériés. Dans son attestation testimoniale, D relate qu'il avait été détaché chez C en tant que chauffeur livreur de nuit pour la distribution du « point 24 », que les horaires de travail étaient toujours réguliers du dimanche soir de 20h30 à 4h30 jusqu'au vendredi matin, soit cinq nuits de huit heures et qu'il avait remplacé B qui avait travaillé de janvier 2010 à juin 2010 en tant que chauffeur livreur de nuit .

Il en découle que B aurait en principe presté des heures de dimanche, de nuit et de jours fériés s'il n'avait pas été incapable de travailler.

En ordre plus subsidiaire, la société A réitère et complète son offre de preuve formulée en première instance comme suit :

« B est salarié de l'Imprimerie A depuis le 1er juin 1999, sans préjudice de date exacte.
Durant la période du 1er janvier 2010 au 22 juin 2010, B a été affecté, dans le cadre d'un prêt temporaire de main d'œuvre, à l'équipe de distribution chargée, pour compte de la société C, de remplir les bornes du journal gratuit « Point 24 ».
Dès le 1er juillet 2010, sans préjudice de date exacte, B n'était plus planifié (ni planifiable) pour les missions de distribution.
A son retour de maladie, soit le 9 novembre 2010, et jusqu'à la fin des relations de travail, B a été affecté à des missions de colportage (et non de distribution), à raison d'environ 3 heures/jour, en journée et en semaine, et a bénéficié du chômage partiel pour les heures restantes, suivant détails repris aux fiches de relevés des heures prestées. »

B soulève l'irrecevabilité de l'offre de preuve formulée par la société A pour être nouvelle en instance d'appel, respectivement pour être ni pertinente ni concluante au motif notamment que pendant toute la période litigeuse il avait été remplacé et n'avait jamais été informé d'un quelconque changement de tâche.

Il y a lieu d'abord de relever qu'aucune disposition légale n'interdit aux parties de modifier en instance d'appel leurs conclusions respectivement leurs offres de preuve présentées en première instance.

Les faits offerts en preuve dans la mesure où ils tendent à établir que dès le 1er juillet 2010, B n'était plus planifié ni planifiable pour les missions de distribution et

qu'à son retour de maladie le 9 novembre 2010 , il a été affecté à des missions de colportage et non de distribution à raison d'environ 3 heures par jour, en journée et en semaine et a bénéficié du chômage partiel pour les heures restantes, suivant les détails repris aux fiches de relevés des heures prestées, ne sont cependant ni précis, ni pertinents.

En effet, et même s'il résulte des relevés d'heures prestées de B qu'à son retour au travail le 9 novembre 2010, il avait été affecté à des missions de travail en journée en raison d'environ trois heures par jour en semaine, il n'est pas pour autant établi ni offert en preuve pourquoi un changement d'affectation aurait normalement dû avoir lieu à partir du 1er juillet 2010 si B n'avait pas été malade, ni quand ce changement lui aurait été notifié ou quelles auraient été les raisons pourquoi il n'aurait été « ni planifié ni planifiable ».

L'offre de preuve est dès lors à rejet pour n'être ni pertinente ni concluante.

Il suit des développements qui précèdent qu'il y a lieu de confirmer le jugement entrepris en ce qu'il a dit la demande de B fondée en principe.

- **La demande en condamnation de l'employeur à remettre au salarié les décomptes de rémunération rectifiés sous astreinte :**

B conclut par réformation à entendre condamner la société A à lui remettre les décomptes de rémunération rectifiés pour les mois de juin 2010 à septembre 2010 dans un délai de huit jours à compter de la notification de l'arrêt à intervenir sous peine d'une astreinte de 50 euros par jour de retard et par document non délivré dans la limite de 6.000 euros.

Conformément aux dispositions de l'article L.125-7 du code du travail, l'employeur est tenu à remettre au salarié à la fin du mois un décompte exact et détaillé quant au mode de calcul du salaire.

Il y a partant lieu de confirmer le jugement entrepris en ce qu'il a condamné la société A à remettre à B des décomptes rectifiés pour les mois de juin 2010 à septembre 2010.

Contrairement aux conclusions de B il n'y a cependant pas lieu d'assortir cette condamnation d'une astreinte, alors qu'il ne résulte pas des conclusions de la société A qu'elle soit récalcitrante à y procéder après que le litige soit tranché quant à son principe.

- **La demande en condamnation pour arriérés de salaire :**

B demande encore la condamnation de la société A à lui payer le montant total de 3.139,62 euros à titre d'arriérés de salaire au regard des fiches de juin 2010 à septembre 2010 et sur base de la fiche de paye de mai 2010 mentionnant une rémunération nette intégrale de 2.894,77 euros.

Le quantum de cette demande étant contestée par la société A, c'est à bon droit que le premier juge a réservé cette demande en attendant la remise par l'employeur des décomptes de rémunération rectifiés.

Il y a partant lieu de confirmer encore en ce sens le jugement entrepris.

La société A demande encore une indemnité de procédure de 1.000 euros sur base de l'article 240 du NCPC.

L'appelante étant à condamner aux frais, sa demande sur base de l'article 240 du NCPC n'est pas fondée.

En revanche, il serait inéquitable de laisser à charge de B l'entièreté des frais par lui exposés et non compris dans les dépens, de sorte que sa demande en obtention d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel est à déclarer fondée pour le montant de 1.000 euros.

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 principal,

le dit non fondé ;

déclare l'appel incident irrecevable dans la mesure où il porte sur le demande en indemnisation du préjudice moral et en obtention d'une indemnité de procédure pour la première instance ;

déclare l'appel incident pour le surplus recevable ;

le dit non fondé ;

partant **confirme** le jugement entrepris ;

dit non fondée la demande de la société anonyme A Luxembourg SA sur base de l'article 240 du NCPC ;

dit fondée la demande de B en obtention d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel ;

partant condamne la société anonyme A Luxembourg SA à payer à B une indemnité de procédure de 1.000 euros pour l'instance d'appel ;

condamne la société anonyme A Luxembourg SA à tous les frais et dépens de l'instance.