Exempt - appel en matière de droit du travail.

Audience publique du vingt-quatre avril deux mille quatorze.

Numéro 39509 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 suppléant Véronique REYTER d'Esch-sur-Alzette du 7 novembre 2012,

comparant par Maître Jean MINDEN, avocat à la Cour à Luxembourg,

e t :

B, demeurant à F-(…),

intimée aux fins du susdit exploit REYTER,

comparant par Maître Guy THOMAS, avocat à la Cour à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL:

Vu l'ordonnance de clôture de l'instruction du 3 octobre 2013.

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

Par requête du 26 août 2011, B réclama à son ancien employeur la société A SA la somme de 12.450,56 euros à titre d'arriérés de salaires.

Elle fit exposer avoir été engagée comme agent de restauration à partir du 31 janvier 1989 et affectée à la cantine de différentes sociétés et établissements scolaires ; que deux avenants des 20 septembre 2007 et 15 septembre 2009 l'ont obligée à prendre des congés sans solde pendant l'intégralité des vacances scolaires, ce qui a entraîné la suspension de son contrat de travail pendant les vacances scolaires et l'interruption de son ancienneté de service ainsi que de ses droits aux congés payés et qu'elle n'a pas été rémunérée pendant ces congés sans solde forcés.

Elle soutint que cette clause est non seulement abusive mais également réputée non écrite et doit être annulée comme contraire à l'article L.121-3 du code du travail.

L'employeur quant à lui souleva en premier lieu la prescription de la demande pour la période antérieure au 26 août 2008 et en deuxième lieu, il soutint que les parties au contrat de travail pouvaient convenir de la durée de travail du salarié et que l'ordre public n'est pas touché de ce fait ce d'autant plus que la salariée bénéficiait de la sorte de plus de congé ce qui lui était plus favorable même si elle n'a pas été payée pendant les vacances scolaires.

Il conteste encore le montant réclamé, plus précisément le nombre de semaines mises en compte pour le calcul et conclut à l'institution d'une expertise.

Par jugement du 2 octobre 2012 le tribunal du travail a reçu la demande de B en la forme, a dit que la clause du premier avenant du 20 septembre 2007 au contrat de travail conclu par les parties au litige stipulant que *« l'horaire initial de travail sera de 40 heures par semaine pendant les périodes d'ouverture de l'exploitation »* est nulle et de nul effet, a dit que la clause du second avenant du 15 septembre 2009 à ce contrat de travail stipulant que *« L'horaire initial de travail sera de 40 heures par semaine pendant les seules périodes d'ouverture de l'école. Les parties contractantes conviennent en effet que pendant les vacances scolaires luxembourgeoises, le salarié ne travaillera pas, qu'il ne sera pas à la disposition de son employeur et qu'il ne sera partant pas rémunéré »* est également nulle et de nul effet. Il a partant déclaré la demande de B en paiement d'arriérés de salaire fondée dans son principe, pour le surplus et avant tout autre progrès en cause, a

nommé expert M. C, avec la mission de concilier les parties si faire se peut, sinon dans un rapport écrit, motivé et détaillé de déterminer les arriérés de salaire auxquels peut encore prétendre B pour les vacances scolaires recoupant la période du 26 août 2008 au 1er septembre 2010.

Pour statuer comme il l'a fait, le tribunal a constaté que la demande était prescrite pour la période antérieure au 26 août 2008 par application de l'article L.221-2 du code du travail.

Il a ensuite annulé les deux avenants contractuels et déclaré la demande fondée, par adoption de la motivation d'un arrêt de la Cour d'appel du 27 janvier 2011, numéro du rôle 34516.

Par exploit d'huissier du 7 septembre 2012 la société A SA a régulièrement relevé appel du jugement précité.

L'appelante demande de déclarer son appel recevable et fondé et de déclarer par réformation les deux clauses du contrat de travail licites partant de débouter la salariée de sa demande.

Elle fait grief aux juges de première instance de ne pas avoir constaté de violation des articles L.211-1 à L.215-12 du code du travail et d'avoir quand même annulé des clauses litigieuses sous le prétexte qu'elles violeraient *«les dispositions du code du travail en général»*. Pour l'appelante cette motivation équivaudrait à une absence de motivation.

Elle maintient ses arguments de première instance selon lesquels lesdites clauses constitueraient un aménagement contractuel du temps de travail parfaitement licite car n'affectant ni l'ancienneté ni le droit au congé du salarié et n'apporterait aucune désaffiliation dans le chef du salarié.

Elle soutient encore que le tribunal en jugeant comme il l'a fait a méconnu la définition légale du temps de travail ainsi que le caractère synallagmatique du contrat de travail en mettant à la charge de l'employeur des périodes ou le salarié est en aveu de ne pas avoir été à sa disposition.

Elle conteste que la présente affaire soit similaire ou comparable à celle citée par le tribunal du travail ; elle précise au contraire qu'il faudrait suivre la décision prise par la Cour d'appel dans un arrêt rendu le 21 novembre 1996 (no. du rôle 18533 D asbl) dans la mesure où dans le cas d'espèce les obligations réciproques des parties ne seraient pas disproportionnées et illégales.

L'intimée conclut à la confirmation du jugement déféré par adoption de sa motivation.

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

La Cour renvoie quant aux faits et circonstances de la cause à la relation correcte et exhaustive faite par le tribunal du travail pour la faire sienne dans son intégralité

Par adoption des motifs repris dans le jugement du tribunal du travail entrepris qui a décidé *« Ainsi, un employeur, qui a conclu avec un salarié un contrat de travail à durée indéterminée comportant un horaire de 40 heures par semaine, donc un contrat de travail à temps plein, ne peut imposer à ce salarié de prendre régulièrement, chaque année, du congé sans solde pendant les vacances scolaires.*
Le congé sans solde, qui dans des circonstances exceptionnelles peut être accordé au salarié à sa demande expresse, est une mesure exorbitante du droit commun qui ne peut jamais être octroyée par l'employeur à un salarié.
Le contrat de louage de service se caractérise essentiellement par l'état de dépendance juridique dans lequel le salarié se trouve placé en face de son employeur et toute dérogation aux dispositions d'ordre public du code du travail ne peut se faire que dans un sens plus favorable au salarié.
En l'espèce, la disposition par laquelle l'employeur force le salarié à prendre du congé sans solde pendant les vacances scolaires constitue une disposition qui restreint les droits du salarié puisqu'elle le prive de son salaire pendant la durée du congé sans solde, mesure qui entraîne en outre sa désaffiliation pendant ce congé des organismes de sécurité sociale et son défaut de couverture en cas de maladie ou d'accident.
Cette disposition doit en conséquence être déclarée nulle et du nul effet.
Le tribunal de ce siège donne encore à considérer que pour annuler cette disposition, il ne s'est pas basé sur l'article L.121-3 du code du travail, mais qu'il a fait référence aux dispositions d'ordre public violées, à savoir les dispositions du code du travail en général et plus particulièrement celles régissant la durée du travail, lesquelles sont, d'après l'article L.010-1 de ce code, des dispositions d'ordre public.
Il résulte de l'ensemble des considérations qui précèdent que la demande de la requérante en paiement d'arriérés de salaire est fondée dans son principe. »

et par référence à un arrêt de la Cour d'appel du 27 janvier 2011 numéro du rôle 34516. dans une affaire similaire et d'un arrêt de la Cour de cassation du 15 mars 2011 dans l'affaire E c/ A S.A ayant rejeté le recours en cassation formé par la société A, le jugement du 2 octobre 2012 entrepris est à confirmer en ce qu'il a déclaré nulles les clauses litigieuses contenues dans les deux avenants des 20 septembre 2007 et 15 septembre 2009 et a déclaré la demande de la salariée en paiement d'arriérés de salaire fondée dans son principe et a nommé un expert pour en fixer la montant.

Il suit des considérations qui précèdent que les moyens soulevés par l'appelante ne sont pas fondés.

La partie qui succombe et est condamnée aux frais et dépens ne peut se prévaloir des dispositions de l'article 240 du NCPC, de sorte que la demande afférente de la partie appelante est à rejeter.

La demande de l'intimée basée sur l'article 240 du NCPC est par contre au vu de l'issue positive du litige pour elle à déclarer fondée, de sorte qu'il ne paraît inéquitable de lui allouer une indemnité de procédure de 1.500 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,

déclare l'appel recevable,

le dit non fondé,

en déboute,

confirme le jugement entrepris,

renvoie l'affaire devant les juges de première instance aux fins de faire procéder à l'expertise comptable ordonnée,

condamne la société A SA à payer à B une indemnité de procédure de 1.500 euros sur base de l'article 240 du NCPC,

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 Guy THOMAS qui la demande, affirmant en avoir fait l'avance.