**Arrêt N° 139/16 - III – TRAV**

Exempt - appel en matière de droit du travail.

Audience publique du dix-sept novembre deux mille seize.

Numéro 42747 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 F-(…),

appelant aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Carlos CALVO de Luxembourg du 20 février 2015,

comparant par Maître Christian GAILLOT, avocat à la Cour à Luxembourg,

e t :

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

intimée aux fins du susdit exploit CALVO,

comparant par Maître Georges PIERRET, avocat à la Cour à Luxembourg,

**2) l'ETAT DU GRAND-DUCHE DE LUXEMBOURG,** pris en sa qualité de gestionnaire du Fonds pour l'emploi, représenté par son Ministre d'Etat, établi à L-1352 Luxembourg, 4, rue de la Congrégation,

intimé aux fins du susdit exploit CALVO,

comparant par Maître Elisabeth ALEX, avocat à la Cour à Luxembourg.

**LA COUR D'APPEL:**

Vu l'ordonnance de clôture de l'instruction du 21 juin 2016.

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

Par requête du 1er février 2013, A a fait convoquer la société anonyme B S.A. devant le tribunal du travail de Luxembourg pour voir déclarer abusif le licenciement avec préavis intervenu à son égard le 25 juillet 2012. Il réclama les montants suivants :

- préjudice matériel 13.141,20 euros
- préjudice moral 5.000,00 euros
- arriérés de salaire (majoration des heures de travail) 8.825,57 euros,

avec les intérêts légaux à partir de la demande en justice, jusqu'à solde.

A l'appui de sa demande, le requérant fit exposer avoir été engagé par la société B en qualité de « clarkiste/préparateur » en vertu d'un contrat de travail à durée indéterminée du 27 décembre 2004. Par courrier recommandé du 19 juillet 2012, il a été convoqué à un entretien préalable au licenciement pour le 24 juillet 2012. Par courrier recommandé du 25 juillet 2012, il a été licencié avec un préavis de quatre mois.

Suite à sa demande des motifs du licenciement du 14 août 2012, l'employeur lui a, par courrier recommandé du 22 août 2012, reproché un absentéisme habituel ayant désorganisé le bon fonctionnement de son entreprise.

Le salarié contesta tant la précision que la réalité et le sérieux des motifs du licenciement pour conclure au caractère abusif de ce dernier.

Il soutint que ses absences avaient pour cause une maladie, des problèmes de sinusite, absences qui n'affectaient en rien la bonne organisation du travail au sein de la société.

Par un jugement contradictoirement rendu en date du 7 janvier 2015 le tribunal du travail a :

-reçu la demande en la forme et la déclare recevable ;
-donné acte à l'ÉTAT DU GRAND-DUCHÉ DE LUXEMBOURG, pris en sa qualité de gestionnaire du Fonds pour l'Emploi, qu'il n'a pas de revendications ;
-mis hors cause l'ÉTAT DU GRAND-DUCHÉ DE LUXEMBOURG, pris en sa qualité de gestionnaire du Fonds pour l'Emploi ;
-donné acte à A qu'il réduit sa demande en indemnisation de son préjudice matériel au montant de 10.473,41 euros ;
-déclaré justifié le licenciement avec préavis intervenu le 25 juillet 2012 à l'égard de A ;
-déclaré non fondée la demande de A en indemnisation de préjudices matériel et moral ;
-déclaré non fondée la demande de A en paiement d'arriérés de salaire ;
-déclaré non fondée la demande de A en paiement d'une indemnité de procédure ;
-déclaré non fondée la demande de la société anonyme B S.A. en paiement d'une indemnité de procédure ;
-condamné A aux frais et dépens de l'instance.

Pour statuer comme il l'a fait, le tribunal du travail a déclaré la lettre de motivation suffisamment précise, relevé que les absences du salarié étaient prouvées et *« qu'au vu de leur fréquence et de leur durée, les absences pour cause de maladie sont à qualifier d'absentéisme habituel »* et finalement retenu qu'*« Au vu des éléments du dossier et notamment des déclarations claires et circonstanciées du directeur logistique de la société défenderesse, il y a lieu d'admettre que l'absence du requérant présentait manifestement une gêne pour le fonctionnement du service auquel il était affecté et que l'employeur pouvait légitimement estimer ne plus pouvoir compter sur une collaboration régulière et efficace du concerné. »*

Concernant la majoration du SMIG réclamée par le salarié, le tribunal a décidé, pour rejeter la susdite demande et, par application de l'article L.222-4 du code du travail *« qu'en l'espèce, le salarié n'apporte pas d'éléments permettant de conclure qu'en sa qualité de « clarkiste/ préparateur », il a fourni un travail correspondant à sa qualification professionnelle de «magasinage/ et messagerie ». Ainsi il ne prouve, ni n'offre en preuve avoir effectué un ensemble de tâches caractéristiques du métier de magasinier, telles que notamment la réception et le contrôle de commandes, la gestion des stocks et la tenue d'inventaires ».*

A a régulièrement interjeté appel du susdit jugement par exploit d'huissier du 20 février 2015.

L'appelant demande de déclarer son appel justifié, partant à voir réformer le jugement entrepris du 7 janvier 2015, voir déclarer le licenciement intervenu en date du 25 juillet 2012 irrégulier sinon abusif, partant voir condamner la société B S.A. à lui payer la somme totale de 15.473,41 € se composant de 10.473,41 € pour le préjudice matériel et de 5.000 € pour le préjudice moral avec les intérêts légaux à partir de la demande jusqu'à solde, voir condamner encore la société B S.A. à lui payer la somme de 8.825,57 € au titre du solde de salaire, lui donner acte qu'il se réserve le droit de formuler des offres de preuve au cours de l'instance, voir condamner la société B S.A. à tous les frais et dépens des deux instances ainsi qu'à une indemnité de procédure pour la première instance et 1.500 € pour l'instance d'appel sur base de l'article 240 du NCPC, voir déclarer commun le jugement à intervenir à l'ÉTAT.

Il maintient en instance d'appel ses contestations quant à la précision de la lettre de motivation, quant à la réalité des motifs et quant à leur sérieux pour conclure au caractère abusif du licenciement.

Quant aux majorations des heures de travail, l'appelant se prévaut d'un CAP *« magasinage et messagerie »* français du 3 novembre 1979 lequel a été assimilé au CATP Luxembourgeois en date du 7 décembre 2009 et soutient que sur cette seule base l'employeur aurait dû lui payer le salaire social minimum majoré de 20 % conformément à l'article L.222-4 du code du travail.

Il fait ensuite valoir qu'en pratique il devait préparer les commandes qui lui étaient confiées, chercher les marchandises dans l'entrepôt avec son clark, préparer les palettes, emballer la marchandise, puis emmener cette dernière à l'expédition. Il devait aussi informer son employeur quand un produit manquait en stock et aider au déchargement des camions d'approvisionnement le matin, fonctions correspondant d'après lui, à celles d'un magasinier.

Le salarié tente encore de donner une définition de la fonction de magasinier et énumère les différentes tâches effectuées par un magasinier par rapport au répertoire ROME repris par l'ADEM.

Il sollicite en conséquence la majoration de son salaire correspondant à un montant de 8.825,57 euros.

L'intimée conclut à la confirmation du jugement déféré par adoption de ses motifs, partant elle demande de déclarer justifié le licenciement avec préavis intervenu en date du 25 juillet 2012 et de débouter la partie appelante de l'ensemble de ses prétentions indemnitaires en relation causale avec cette résiliation.

A titre subsidiaire, la société B S.A. demande acte qu'elle sollicite l'audition du témoin C conformément aux dispositions de l'article 403 du NCPC, pour démontrer la réalité et le sérieux de la désorganisation du service causée par les nombreuses absences de A.

A titre plus subsidiaire, en cas de réformation du jugement de première instance, l'intimée demande de débouter la partie appelante de ses demandes indemnitaires faute d'établissement d'un décompte précis et détaillé des préjudices prétendument subis, sinon de les ramener à de plus justes proportions, de débouter la partie appelante de sa demande en obtention d'une indemnité de procédure de 1.500 € pour la première instance et de 1.500 € pour l'instance d'appel ; elle sollicite finalement la condamnation de A au paiement d'une partie des sommes exposées par elle et non comprises dans les dépens pour les frais et honoraires d'avocat, ainsi que les frais de déplacement et les frais exposés qu'il serait injuste de laisser à l'unique charge de la société B S.A. au vœu de l'article 240 du NCPC de l'ordre de 1.500 €.

L'intimée relève à titre liminaire concernant la demande du salarié en majoration de son salaire minimum, que le certificat émis par le Ministère de l'Education Nationale en date du 7 décembre 2009 manque de clarté. En effet, le représentant du Ministère mentionne expressément dans ledit certificat que le CAP français est assimilable au CATP luxembourgeois « ceci cependant sous réserve de spécialité ». Dès lors, on ne peut conclure définitivement que le diplôme du CAP français détenu par A est équivalent au CATP luxembourgeois, A n'ayant pas rapporté les preuves complémentaires nécessaires afin de lever la réserve émise par le Ministère Luxembourgeois.

L'intimée soutient encore que les travaux confiés à A ne concernaient qu'une infime partie des compétences à acquérir pour la délivrance du CATP de magasinier ou de gestionnaire en logistique à Luxembourg ; que les tâches effectuées par A, détaillées dans le corps du courrier OGBL du 18 septembre 2012, relèvent de travaux normaux à effectuer dans n'importe quel dépôt par n'importe quel salarié non qualifié ; que A n'a jamais géré un inventaire, n'a jamais participé à la gestion du stock ou à l'organisation du dépôt ; que les tâches exercées par A étaient celles d'un simple exécutant ; que la fonction de A au sein de la société B n'était donc pas celle dévolue normalement à un magasinier, responsable de la gestion du stock et qu'il est de jurisprudence constante qu'un salarié doit être classé quant à son salaire selon les fonctions effectivement exercées auprès de son employeur.

L'ÉTAT pris en sa qualité de gestionnaire du Fonds pour l'emploi demande acte qu'il n'a pas de revendications à formuler.

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

**Quant au bien-fondé du licenciement de A.**

Le salarié réitère en instance d'appel sa contestation relative à la précision de la lettre de motivation.

Or, en indiquant dans la lettre de motivation du 22 août 2012 que le licenciement est basé sur les nombreuses absences du salarié, absences dont les dates et périodes sont reprises de façon complète entre avril et mai 2012, tout en expliquant d'une manière exhaustive les mesures qui ont dû être prises par l'employeur pour pallier les absences qui désorganisaient le bon déroulement des services de l'entreprise, pour finalement décrire toutes les fonctions confiées au salarié au sein de la société pour permettre de répondre au mieux aux besoins et attentes de ce dernier, l'employeur a suffi à l'exigence de précision prévue par l'article L.124-5 du code du travail, dans la mesure où ni le salarié ni les juridictions du travail ne pouvaient se méprendre sur la nature et la gravité des faits reprochés à A.

Il s'ensuit que le jugement est à confirmer sur ce point.

L'absentéisme habituel pour raison de santé peut être une cause de rupture du contrat lorsqu'il apporte une gêne indiscutable au fonctionnement de l'entreprise dès lors que les nombreuses absences du salarié confirment à l'employeur qu'il ne peut plus compter sur une collaboration suffisamment régulière du salarié pour les nécessités du fonctionnement de l'entreprise.

La réalité et le caractère habituel des absences de A résultent à suffisance des certificats médicaux versés en preuve, lesquels établissent que sur une période de 104 semaines A avait pratiquement atteint le seuil de 52 semaines d'absences pour cause de maladie.

Dans la mesure où dans les relations de travail, la présence du salarié sur son lieu de travail constitue la règle et l'absence du lieu de travail l'exception, et qu'en l'occurrence les absences du salarié entre le 11 octobre 2011 et le 25 mai 2012 sont devenues la règle et sa présence l'exception, c'est de façon justifiée que l'employeur, qui ne pouvait plus compter sur une collaboration suffisamment régulière de A pour le bon fonctionnement de son entreprise, a procédé à son licenciement avec préavis.

Concernant la désorganisation de l'entreprise induite de ces absences habituelles mais contestée par le salarié, la Cour relève que cette désorganisation est présumée dans le cas d'un absentéisme caractérisé de l'ampleur de celui de A.

Cette désorganisation importante des services de l'entreprise découlant des absences régulières de A est finalement établie par les déclarations circonstanciées du directeur logistique de la société employeuse, C.

Le jugement est partant à confirmer en ce qu'il a décidé que le licenciement intervenu à l'encontre de A est justifié.

Il est encore à confirmer en ce qu'il a retenu, en présence d'un licenciement régulier et justifié, que les demandes indemnitaires du salarié étaient en conséquence mal fondées.

**<u>Quant à la majoration de salaire :</u>**

Se prévalant des dispositions de l'article L.222-4 du code du travail, A qui prétend détenir un CAP/CATP de magasinier fait grief au tribunal du travail de ne pas lui avoir alloué la majoration du salaire social dû à un ouvrier qualifié.

L'employeur conteste, comme en première instance, cette demande dans son principe dans la mesure où A n'était pas engagé comme magasinier, respectivement n'effectuait pas des travaux correspondant à la qualification de magasinier.

Aux termes de l'article L.222-4 précité
*« (1) Le niveau du salaire social minimum des salariés justifiant d'une qualification professionnelle est majoré de 20 %.*

*(2) Est à considérer comme salarié qualifié au sens des dispositions du présent chapitre, le salarié qui exerce une profession comportant une qualification professionnelle usuellement acquise par un enseignement ou une formation sanctionnée par un certificat officiel.*

*Sont à considérer comme certificats officiels au sens de l'alinéa qui précède, les certificats reconnus par l'Etat luxembourgeois et qui sont au moins au niveau du certificat d'aptitude technique et professionnelle (CATP) de l'enseignement secondaire technique. L'équivalence des certificats qui sont au moins du niveau du certificat d'aptitude technique et professionnelle au sens des dispositions du précédent alinéa est reconnue par le ministre ayant l'Education nationale dans ses attributions, sur avis du ministre ayant le Travail dans ses attributions. (...)*».

Il résulte des pièces soumises à l'appréciation de la Cour que A détient un CAP Français *« magasinage et messagerie »* qui a été assimilé au CATP luxembourgeois de magasinier par le Ministère de L'Education Nationale et de la Formation Professionnelle avec effet au 7 décembre 2007. En effet, la formule y référencée

selon laquelle *« sous réserve de spécialité »* est une formule d'usage qui se retrouve dans tous les certificats d'équivalence provenant du Ministère compétent et qui signifie que le CATP est délivré pour la spécialité du CAP à savoir *« magasinage et messagerie ».*

A aurait partant en principe dû être rémunéré en raison de son niveau de formation correspondant à celle de magasinier conformément à l'article L.222-4 du code du travail et percevoir une majoration de 20%, à la condition toutefois d'avoir effectivement ou réellement exercé les fonctions de magasinier correspondantes, ce qui est formellement contesté par l'employeur.

En effet, il résulte du contrat de travail signé le 27. 12. 2004 et qui fait la loi entre parties, que A a été engagé comme *« clarkiste/préparateur ».*

Dans la mesure où un salarié est libre d'accepter un emploi requérant une qualification moindre que celle dont il est titulaire et que A a signé le susdit contrat de travail sachant partant qu'il acceptait non pas une tâche de magasinier mais celle de clarkiste-préparateur, qu'il ne soutient pas que son consentement a été vicié lors de la signature, il est malvenu actuellement de prétendre au paiement d'une majoration de salaire correspondant à celle de magasinier.

Néanmoins, pour pouvoir, dans les conditions données, quand même prétendre à une requalification de carrière, A qui soutient avoir effectué majoritairement des travaux rentrant dans la fonction de magasinier, doit en rapporter la preuve.

En effet, en cas de contestation portant, comme en l'espèce, sur la qualification du salarié, celle-ci est appréciée par les juges du fond d'après les fonctions réellement exercées par l'intéressé et non d'après le titre qui lui est donné, le rôle des juridictions du travail étant celui de rechercher en fait quelle est la nature exacte de l'emploi effectivement occupé par le salarié et la qualification qu'il requiert (Droit du travail, le salaire, Gérard Lyon-Caen, Dalloz, 2e édition, no.107 page 127).

De même en vertu du principe selon lequel la rémunération est la juste contrepartie des services rendus, un salarié, qui se fait engager en vue d'une fonction déterminée, doit être rémunéré selon les fonctions effectivement exercées au sein de l'entreprise, indépendamment d'une qualification supérieure.

A, après avoir tenté une définition de l'activité de magasinier et indiqué en théorie les tâches à effectuer par un magasinier selon un document du Conseil régional de Bourgogne et de l'ADEM, à défaut d'autres définitions du métier, énumère les activités effectuées par lui auprès de la société B qui correspondraient, d'après lui, à celles de magasinier, à savoir préparer les commandes qui lui étaient confiées, chercher la marchandise dans l'entrepôt avec son clark, préparer la palette, emballer la marchandise, puis emmener cette dernière à l'expédition. Il devait aussi informer

son supérieur quand un produit manquait en stock et aider au déchargement des camions d'approvisionnement le matin.

A en conclut qu'il occupait la fonction de magasinier pour être en charge des postes de magasinier clarkiste, magasinier préparateur de commandes, magasinier réceptionnaire, magasinier expéditeur, magasinier gestionnaire de stocks, manutentionnaire, emballeur, chargeur expéditeur.

L'employeur conteste que son ancien salarié ait effectué de telles tâches et prétend quant à lui que ce dernier exécutait des travaux tels que décharger des camions, ranger des colis sur des étagères ou préparer ces colis, qui sont des travaux d'ordre manuel ne nécessitant aucun travail intellectuel comme celui du magasinier qui est amené à réceptionner et contrôler les marchandises, à gérer les stocks, tenir des inventaires et à participer à la logistique d'un dépôt.

Dans la mesure où les fonctions énumérées par le salarié ne sont établies par aucun élément du dossier, que l'attestation testimoniale rédigée par le témoin D n'est pas précise et concluante à cet égard, A reste en défaut de prouver être en droit de toucher une rémunération correspondant à celle de magasinier, de sorte que sa demande est, par confirmation du jugement entrepris, à rejeter.

A réclame, par réformation du jugement entrepris, une indemnité de procédure pour la première instance de 1.500 euros ainsi qu'une indemnité du même montant pour l'instance d'appel.

La partie qui succombe et est condamnée aux frais de l'instance ne peut se prévaloir des dispositions de l'article 240 du NCPC, de sorte que le jugement est à confirmer en ce qu'il a débouté le salarié de sa demande afférente en première instance.

La demande du salarié pour l'instance d'appel est également à rejeter pour les mêmes motifs que repris ci-dessus.

La société B réclame une indemnité de procédure de 1.500 euros pour l'instance d'appel.

Au vu du résultat positif du présent recours, il ne paraît pas inéquitable d'allouer à l'employeur une indemnité de procédure 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,

déclare l'appel recevable,

le dit non fondé,

**confirme** le jugement entrepris,

rejette la demande de A en paiement d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel,

condamne A à payer à la société B une indemnité de procédure de 1.000 euros pour l'instance d'appel,

déclare le présent arrêt commun à l'ÉTAT DU GRAND-DUCHÉ DE LUXEMBOURG pris en sa qualité de gestionnaire du Fonds pour l'emploi,

condamne A aux frais et dépens de l'instance avec distraction au profit de Maître PIERRET qui la demande affirmant en avoir fait l'avance.

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.