

**Arrêt N°43/16 - III – TRAV**

Exempt - appel en matière de droit du travail.

Audience publique du dix-sept mars deux mille seize.

Numéro 40895 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 :

A, demeurant à B-(...),

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Frank SCHAAL de Luxembourg du 20 janvier 2014,

intimée sur appel incident,

comparant par Maître Stéphanie COLLMANN, avocat à la Cour à Luxembourg,

e t :

**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 SCHAAL,

appelante par incident,

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

## LA COUR D'APPEL:

Vu l'ordonnance de clôture de l'instruction du 13 octobre 2015.

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

Dans le cadre d'un reclassement interne au sein de l'entreprise B S.A. A s'est vu réduire son temps de travail et son salaire et s'est en voie de conséquence vu allouer l'indemnité compensatoire prévue par l'article L.551-2.(3) du code du travail qui dispose qu'« *au cas où le reclassement interne comporte une diminution du salaire, le salarié sous contrat de travail a droit à une indemnité compensatoire représentant la différence entre l'ancien salaire et le nouveau salaire. (...) L'indemnité compensatoire est payée par le Fonds pour l'emploi.* »

Le 2 novembre 2011, la société B S.A. a licencié A avec préavis de six mois et lui a accordé une indemnité de préavis de 33.421,86 €.

Disant que son employeur n'a, dans la détermination du montant de l'indemnité de départ, à tort, pas pris en compte l'indemnité compensatoire de l'article L.551-2.(3) du code du travail, A a, par requête du 21 mars 2013, fait convoquer la société B S.A. devant le tribunal du travail d'Esch-sur-Alzette pour l'entendre condamner à lui payer à titre d'indemnité de départ complémentaire le montant de 25.355,94 €.

Aux termes de l'article L.124-7.(3) du code du travail, 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 autres indemnités pour frais accessoires exposés.* »

Pour déclarer la demande de A non fondée, le tribunal du travail a motivé sa décision en les termes suivants :

« (...) *l'indemnité compensatoire versée au salarié a, tout comme l'indemnité pécuniaire de maladie, un caractère indemnitaire et ne constitue pas la contrepartie d'une prestation fournie par le salarié. D'ailleurs, contrairement au salaire, l'indemnité compensatoire n'est pas versée par l'employeur, mais par l'Etat.*

*Il s'ensuit que l'indemnité compensatoire versée au salarié en cas de reclassement interne n'est pas assimilable à un salaire au sens de l'article 124-7 (3) précité du*

*Code du travail et qu'elle ne doit partant pas être prise en considération pour la détermination du montant de l'indemnité de départ.*

*S'il est vrai que ce raisonnement vaut également pour l'indemnité compensatoire de maladie laquelle doit cependant être comprise dans le calcul de l'indemnité de départ, toujours est-il que le législateur a pris soin de préciser expressément que l'indemnité pécuniaire de maladie sera intégrée dans le calcul de l'indemnité de départ, ce qui n'a pas été le cas pour l'indemnité compensatoire de reclassement. Même en admettant qu'il s'agit d'un simple oubli de la part du législateur, le tribunal ne saurait cependant combler une telle lacune et instaurer à charge de l'employeur une obligation non prévue par la loi. »*

Le tribunal du travail a finalement rejeté les demandes en obtention d'une indemnité de procédure et a laissé les frais de l'instance à charge de A.

Par exploit d'huissier du 20 janvier 2014, A a relevé appel du jugement du 3 décembre 2013 et demande que le montant de 25.355,94 € lui soit alloué.

L'appel est recevable pour avoir été introduit dans les formes et délai de la loi.

Selon A l'indemnité compensatoire est à prendre en considération dans la fixation du montant de l'indemnité de départ dès lors que l'indemnité compensatoire est à assimiler à un salaire, sinon à l'indemnité pécuniaire, qu'elle constitue un supplément courant et que cette prise en considération ne met pas à charge de l'employeur une obligation non prévue par la loi.

A a encore reproché aux juges de première instance d'avoir contrevenu aux articles L.251-1 et L.252-2 du code du travail qui en vue d'assurer l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail prohibent toute discrimination directe ou indirecte fondée sur la religion ou les convictions, l'handicap, l'âge, l'orientation sexuelle, l'appartenance ou non appartenance, vraie ou supposée, à une race ou ethnie.

Sauf en ce qui concerne l'indemnité de procédure lui refusée en première instance, la société B S.A. demande la confirmation du jugement entrepris.

Il se dégage de l'article L.124-7.(3) du code du travail qu'il a été dans l'intention du législateur de moduler en principe l'indemnité de départ en fonction des prestations normalement effectuées par le salarié et en contre-partie desquelles l'employeur a payé des salaires.

Par exception à cette règle, le législateur a assimilé les indemnités pécuniaires aux salaires et ce bien qu'il n'y ait pas eu prestation de travail.

Cette assimilation étant exceptionnelle, elle ne peut servir de fondement à une assimilation de l'indemnité compensatoire aux salaires.

L'indemnité compensatoire, payée par le Fonds pour l'emploi en cas de pertes de salaires dans le cadre d'un reclassement interne, n'est pas un supplément courant, ce dernier étant un avantage financier que les employeurs ont l'habitude de verser pour compléter, en raison de certaines circonstances déterminées, la rémunération principale.

Comme l'indemnité compensatoire n'est pas versée par l'employeur en contrepartie d'une prestation de travail, comme l'article L.521-2.(3) du code du travail, réglementant l'indemnité compensatoire tout en précisant que l'indemnité compensatoire doit être prise en compte dans le calcul des indemnités de chômage et des indemnités de préretraite, n'a pas prévu que tel devrait aussi être le cas dans l'hypothèse de l'indemnité de départ, et comme l'article L.124-7.(3) du code du travail est resté muet sur la matière de l'indemnité compensatoire, cette indemnité n'est pas un salaire.

C'est à tort que A se prévaut du non-respect des articles L.251-1 et L.251-2 du code du travail. En effet, outre que A ne précise pas la discrimination visée, le système de l'indemnité de départ aménagé par la loi ne peut devenir illégal en vertu d'une autre disposition de la loi.

Il suit de l'ensemble des considérations qui précèdent que c'est à bon droit que les juges de première instance ont décidé que l'indemnité compensatoire ne doit pas être prise en considération pour la détermination du montant de l'indemnité de départ et qu'ils ont déclaré la demande de A en paiement du montant de 25.355,94 € non fondée.

A étant à condamner aux frais et dépens des deux instances, elle n'a droit ni à une indemnité pour la première instance ni à une indemnité de procédure pour l'instance d'appel.

L'appel de A n'est donc pas fondé.

La société B S.A. a relevé appel incident en ce que le tribunal du travail ne lui a pas alloué une indemnité de procédure.

Cet appel est recevable, mais il n'est pas fondé puisqu'il n'y a pas, - A pouvant subjectivement avoir eu l'impression d'être offensée dans ses sentiments d'équité -, suffisamment d'éléments faisant paraître inéquitable de laisser à charge de la société B S.A. les frais irrépétibles.

Pour les mêmes motifs, la demande de la société B S.A. en obtention d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel est à déclarer non fondée.

**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 les appels principal et incident recevables,

les déclare non fondés,

**confirme** le jugement entrepris,

déboute les parties de leurs demandes en obtention d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel,

condamne A aux frais et dépens de l'instance d'appel et en ordonne la distraction au profit de Maître Guy CASTEGNARO qui la demande affirmant en avoir fait l'avance.

La lecture du présent arrêt a été faite en la susdite audience publique par Monsieur le président de chambre Carlo HEYARD, en présence du greffier Isabelle HIPPERT.