

Arrêt N° 22/19 - III – TRAV

Exempt - appel en matière de droit du travail.

Audience publique du vingt-huit février deux mille dix-neuf.

Numéro CAL-2018-00155 du rôle

Composition:

Ria LUTZ, présidente de chambre,
Marie-Laure MEYER, premier conseiller,
Carole KERSCHEN, conseiller,
Isabelle HIPPERT, greffier.

Entre :

A, demeurant à L-(...),

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Guy ENGEL de Luxembourg du 2 février 2018,

intimée sur appel incident,

comparant par Maître Martine KRIEPS, avocat à la Cour à Luxembourg,

et :

1) B, demeurant à L-(...),

intimé aux fins du susdit exploit ENGEL,

appelant par incident,

comparant par Maître Arnaud RANZENBERGER, avocat à la Cour à Luxembourg,

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

intimé aux fins du susdit exploit ENGEL,

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

LA COUR D'APPEL:

Vu l'ordonnance de clôture de l'instruction du 4 décembre 2018.

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

Par requête déposée le 30 décembre 2015 au greffe de la Justice de Paix de Luxembourg, A a fait convoquer devant le tribunal du travail de Luxembourg son ancien employeur, B, pour l'y entendre condamner du chef de son licenciement qu'elle qualifia d'abusif, au paiement d'un montant total de 2.000 € à titre de réparation des préjudices matériel et moral, ce montant avec les intérêts légaux à partir de la demande en justice, jusqu'à solde.

La demande tendait encore au paiement d'une indemnité de procédure de 200 € et à l'exécution provisoire du jugement.

Lors de l'audience des plaidoiries du 17 mars 2017, A a présenté un décompte actualisé aux termes duquel, elle réclama le montant de 2.500 € à titre de réparation du préjudice moral et de 6.631,85 € à titre de réparation du préjudice matériel.

Par requête déposée au greffe du même tribunal, le 23 mai 2016, A a finalement sollicité la condamnation de son ancien employeur à lui payer les montants actualisés suivants :

-	Heures supplémentaires :	8.510,68 €
-	Travail dominical :	1.108,33 €
-	Préjudice moral du chef de violation de la législation en matière de durée de travail :	2.000,00 €
-	Préjudice moral du chef de	

	violation en matière de santé et sécurité au travail :	1.000,00 €
-	Non-respect du repos hebdomadaire :	92,49 €
-	Dommege moral :	2.000,00 €.

Elle demanda également délivrance des fiches de salaire des mois de septembre et octobre 2015, de même que du certificat de travail, ainsi qu'une indemnité de procédure de 1.500 € et l'exécution provisoire du jugement.

Dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, le tribunal du travail a ordonné la jonction des deux demandes aux fins d'y statuer par un seul et même jugement.

Lors de l'audience des plaidoiries, le défendeur a formulé une demande reconventionnelle et sollicita la condamnation d'A au montant de 1.000 € sur base de l'article 6-1 du code civil et à une indemnité de procédure de 1.000 €.

A expliqua que suivant contrat de travail signé le 1^{er} septembre 2015, elle a été engagée par B comme garde malade de son épouse, moyennant une rémunération mensuelle brute de 2.000 €. Par courrier du 2 octobre 2015, B aurait résilié le contrat de travail dans les termes suivants : « *Au vu du fait que vous n'êtes pas d'accord avec le salaire qui vous est réglé, nous mettons fin au contrat à l'essai daté du 1^{er} septembre 2015, moyennant le préavis légal.* ».

La requérante était d'avis que son licenciement constituait un acte socialement et économiquement anormal, partant abusif. En effet, l'employeur aurait mis fin au contrat de travail à l'essai, non pas en raison de ses capacités professionnelles, mais suite à ses contestations concernant ses conditions de travail.

Elle soutint que si l'employeur peut discrétionnairement mettre fin au contrat à l'essai, ce droit ne saurait dégénérer en abus. Or, son ancien employeur aurait commis, en l'espèce, un abus de droit.

Elle demanda donc de faire droit à sa demande en dommages-intérêts du chef de rupture abusive du contrat à l'essai.

Elle expliqua ensuite que son ancien employeur n'aurait pas respecté les dispositions légales en matière de durée de travail, tel qu'il appert des horaires de travail stipulés au contrat de travail.

Ayant travaillé toutes les nuits de la semaine de 17 heures à 9 heures, de même que les samedis et les dimanches en journée, elle aurait presté 526 heures supplémentaires non payées pour la période allant du 1^{er} septembre au 18 octobre

2015. Son employeur n'aurait pas non plus payé le travail dominical et respecté les dispositions légales en matière de repos hebdomadaire.

Elle réclama du chef de ces violations les montants susmentionnés, de même que la remise des fiches de salaires des mois de septembre et octobre 2015. Son employeur ne l'aurait pas non plus déclarée auprès de la Sécurité sociale, ni soumise au contrôle médical. En raison de ces multiples violations, elle demanda encore réparation du préjudice moral en découlant, tel que spécifié ci-avant.

A titre subsidiaire, elle formula une offre de preuve par l'audition de témoins.

Elle demanda le rejet des attestations testimoniales et de l'offre de preuve de la partie défenderesse, eu égard aux dispositions de l'article 1351 du code civil.

De son côté, B considéra que les demandes de la requérante seraient dénuées de tout fondement.

Quant à la résiliation du contrat à l'essai, il était d'avis qu'il n'avait pas à justifier le licenciement avec préavis durant l'essai.

Par ailleurs, le lien de travail aurait été discutable dès le 30 septembre 2015, la requérante ayant envoyé un SMS à son fils, lui faisant part de sa démission au 1^{er} octobre 2015.

Afin d'éviter tout amalgame, il aurait préféré lui envoyer le 2 octobre 2015 une lettre de résiliation du contrat de travail moyennant le préavis légal.

Il conclut dès lors au débouté pur et simple de ses demandes indemnitaires du chef de licenciement abusif.

En ce qui concerne les conditions de travail de la requérante, B expliqua qu'il l'aurait engagée comme garde malade de son épouse à raison de 3 heures 30 par jour.

En effet, le travail d'A consistait dans la prise en charge de son épouse après le départ de l'autre garde malade à 17.00 heures et ce jusqu'à son coucher aux alentours de 18 heures 30.

Une fois, cette tâche exécutée, la requérante n'aurait plus eu à s'occuper de son épouse jusqu'au lendemain vers 7.00 heures.

Entre 7.00 heures et 9.00 heures, elle aurait seulement dû attendre l'arrivée de l'autre employée.

Ainsi, elle n'aurait effectué aucune prestation de travail entre 18.30 heures et 7.00 heures du matin.

Le fait qu'elle aurait dormi sur place était dû à un souci de commodité.

Ainsi, l'employeur estima que « *le temps passé la nuit* » ne saurait en aucun cas être compté en tant que « *temps de travail* » et que le contrat de travail reflétait la présence de la requérante sur son lieu de travail et non pas son temps de travail effectif.

Le weekend, la requérante aurait travaillé de 7.00 heures à 19.00 heures.

Il en découlerait que les prestations de la requérante en semaine s'élevaient tout au plus à [3 heures 30 (heures par jour) x 5 (jours) =] 17,30 heures et de 24 heures les weekends. Ainsi, elle aurait droit à une rémunération pour travail presté pendant 17 heures 30 en semaine et 24 heures les week-ends, soit au total 41 heures 30 heures.

Eu égard aux paiements effectués, A serait à débouter de sa demande en paiement d'arriérés de salaires, d'heures supplémentaires, de travail dominical et de jour de repos.

Contrairement aux affirmations de la requérante, il l'aurait déclarée à la Sécurité sociale comme garde malade tel qu'il résulterait de sa pièce n° 9.

Pour autant que de besoin, il formula à son tour une offre de preuve par l'audition de témoins.

Par un premier jugement du 7 avril 2017, le tribunal du travail a, avant tout autre progrès en cause, ordonné une comparution personnelle des parties et par ordonnance présidentielle du 12 mai 2017 a ordonné l'audition de témoins.

Suite à ces mesures d'instruction, le tribunal du travail a, par un deuxième jugement rendu le 22 décembre 2017 :

- condamné B à payer à A à titre d'arriérés de salaire la somme de 517,88 €, cette somme avec les intérêts légaux à partir du 23 mai 2016, jour de la demande, jusqu'à solde ;
- ordonné l'exécution provisoire du jugement, nonobstant toutes voies de recours et sans caution, en ce qui concerne les arriérés de salaire ci-avant précisés ;
- débouté A de sa demande en réparation du préjudice moral du chef de violation de la législation en matière de durée de travail, de la législation en matière de santé et de sécurité au travail, ainsi qu'en raison des conditions de travail dégradantes et l'attitude intransigeante de l'employeur ;

- débouté A de sa demande en dommages-intérêts du chef de résiliation abusive du contrat de travail ;
- débouté A de sa demande en délivrance des fiches de salaire de mois de septembre et octobre 2015 ;
- débouté B de sa demande sur base de l'article 6-1 du code civil ;
- débouté A et B de leurs demandes respectives sur base de l'article 240 du nouveau code de procédure civile ;
- déclaré sans objet la demande de l'ÉTAT DU GRAND-DUCHÉ DE LUXEMBOURG, pris en sa qualité de gestionnaire du Fonds pour l'Emploi;
- condamné B aux frais et dépens de l'instance.

A a régulièrement relevé appel du jugement rendu en date du 22 décembre 2017 par exploit d'huissier du 2 février 2018.

Elle conclut à la réformation du prédit jugement et réclame les montants suivants qui ont varié depuis la première instance :

1. à titre d'indemnité et de majorations pour les heures supplémentaires prestées, le montant brut de 8.512,78 euros,
2. à titre de majoration pour travail dominical, le montant brut de 2.711,96 euros, ainsi que l'octroi de 7 jours de repos compensatoires, soit le montant brut de 647,40 euros (article L.231-7 du code du travail),
3. à titre de dommages et intérêts pour violation de la législation en matière de durée de travail (article L.211-5 et 211-16 du code du travail), le montant de 2.000 euros,
4. à titre de dommages et intérêts pour violations de la législation en matière de santé et de sécurité au travail (défaut d'inscription à la Sécurité sociale, absence d'examen médical avant embauche), le montant de 1.000 euros,
5. à titre de réparation du dommage moral causé à A, le montant de 2.000 euros,

ou tout autre montant même supérieur, arbitré par la Cour ou à dire d'expert, ce montant avec les intérêts légaux tels que de droit à compter du 8 octobre 2015, date de l'intervention de l'ITM, sinon à partir du 18 octobre 2015, dernier jour de travail, sinon à partir du 1^{er} avril 2016, date de l'intervention de la mandataire de l'appelante, sinon à partir de la demande en justice jusqu'à solde.

A demande encore acte qu'elle ne conteste pas avoir reçu le paiement du montant net de 3.564,68 euros à titre d'acompte.

Elle conclut par réformation du premier jugement, à voir constater que son licenciement intervenu par lettre recommandée du 1^{er} octobre 2015 est abusif, partant à voir condamner B à lui payer du chef des causes sus-énoncées les montants suivants :

1. à titre de réparation du préjudice moral lui causé le montant de 2.500 euros, avec les intérêts légaux à partir du 2 octobre 2015, sinon à partir de la demande en justice, jusqu'à solde,
2. à titre de réparation de son préjudice matériel le montant de 10.000 euros, avec les intérêts légaux à partir du 2 octobre 2015, sinon à partir de la demande en justice, jusqu'à solde.

I) Arguments d'A quant aux heures supplémentaires :

Se prévalant non seulement de l'horaire de travail prévu par le contrat de travail soit de 17.00 heures à 9.00 heures du matin (5 jours sur 7), de même que les samedis et dimanches en journée, mais encore de la directive européenne 2003/88/CE du Parlement Européen et du Conseil du 4 novembre 2003, elle conclut que le temps passé auprès de l'employeur (sa disponibilité) est à considérer comme temps de travail effectif. Elle se base encore sur l'article L.211-4 du code du travail pour prospérer dans sa demande.

Elle fait ensuite référence aux articles L.211-12 et L.211-27 qui disposent que toute heure prestée au-delà de 8 heures/jour et 40 h/semaine est à considérer comme heure supplémentaire ouvrant droit aux majorations, dès lors que la législation nationale ne prévoit aucune exception ; elle conclut donc à l'application du droit commun.

Elle confirme ce qu'elle a dit lors de la comparution personnelle des parties, à savoir qu'elle était régulièrement en activité pendant son service de nuit, raison pour laquelle elle dormait à côté de Madame B.

Elle soutient que si l'employeur prétend qu'elle ne travaillait pas pendant son service de nuit, il doit le prouver.

Elle réitère son moyen selon lequel l'employeur n'est cependant pas autorisé à prouver par témoins le contraire de ce qui est stipulé dans le contrat de travail, soit l'horaire de travail.

Finalement, elle conteste la crédibilité des deux témoins entendus qui n'étaient pas présents au courant des nuits.

Elle soutient finalement que le montant fixé ex aequo et bono par le tribunal du travail à 1.250 euros est dérisoire, de sorte qu'elle réclame un montant de 8.500 euros.

Violation de la législation en matière de durée de travail (art. L.211-5 et L.211-16 du code du travail).

Pour A, la violation est prouvée, de sorte que le préjudice moral est évident et doit être réparé.

Violation de la législation en matière de santé et de sécurité au travail (non-inscription à la Sécurité sociale, absence d'examen médical avant embauche).

Pour A, les violations sont prouvées et le préjudice l'est aussi.

Caractère abusif du licenciement.

Pour l'appelante, si le contrat à l'essai peut être résilié avec préavis par les deux parties discrétionnairement, sans motifs, encore faut-il que l'employeur ne fasse dégénérer ce droit à rupture en abus.

Or, la salariée estime que le motif indiqué par l'employeur, à savoir « *le fait qu'elle n'était pas d'accord avec le salaire vous réglé ...* », soit la revendication par elle de ses droits élémentaires et d'ordre public, constitue un abus de droit donnant droit à réparation.

II) Arguments de l'employeur :

L'intimé quant à lui demande de recevoir son appel incident en la forme sur la question des heures supplémentaires, de dire l'appel incident fondé sur la question des heures supplémentaires, de dire l'intégralité des demandes formulées par l'appelante non fondée, partant de débouter l'appelante de toutes ses demandes ; subsidiairement, de confirmer le jugement rendu en première instance, en tout état de cause, de débouter l'appelante de l'ensemble de ses demandes relatives à une indemnisation du chef de licenciement abusif, de dire la demande de l'ÉTAT sans objet, de débouter l'appelante de ses demandes en frais et dépens, sur base de l'article 240 du NCPC tant en ce qui concerne la première instance que l'appel, de condamner l'appelante à payer à la partie intimée une partie des sommes par elle exposée et non comprise dans les dépens, pour les frais et honoraires d'avocat ainsi que les frais de déplacement et les faux frais exposés (copies, taxes, timbres, téléphone, etc...) qu'il serait injuste de laisser à son unique charge, compte tenu du fait que l'attitude de la partie adverse a conduit au litige, évaluée à 3.500 euros au vœu de l'article 240 du NCPC.

Quant aux heures supplémentaires :

Pour l'employeur, le contrat de travail reflète la présence de la salariée sur son lieu de travail et non son temps de travail effectif.

Il soutient qu'elle n'effectuait aucune prestation de travail entre 18.30 heures et 7.00 heures du matin, alors qu'elle dormait.

Il reconnaît une prestation de travail normale de 17 heures à 18.30 heures en semaine, soit 3 heures 30 la nuit, et de 7 heures à 19 heures les weekends (soit 12 heures par jour).

Son temps de travail hebdomadaire effectif était donc au total de 41 heures 30.

Il conteste toute heure supplémentaire et constate que la salariée reste en défaut de les prouver.

Subsidiairement, il précise que le temps de garde n'est pas à considérer comme temps de travail au sens des articles L.211-5 et suivants du code du travail.

Il résulterait des pièces qu'A était inscrite au Centre commun de la Sécurité sociale.

Le licenciement pendant la période d'essai ne serait pas abusif, en présence d'un avenant signé le 1^{er} octobre 2015, au terme duquel le contrat a été résilié d'un commun accord au 1^{er} novembre 2015.

Il conteste tout comportement abusif dans son chef.

L'employeur se prévaut non pas d'un contrat de travail classique, mais d'un « contrat de travail de garde de personne », de sorte qu'il faudrait distinguer entre temps de travail et le temps de travail effectif. Il s'appuie sur une ordonnance du 11 janvier 2007 de la CJCE (aff. C_437_05) relative aux services de garde d'un médecin où les heures prestées n'ont pas été rémunérées comme heures supplémentaires, ce d'autant plus que d'après lui, A ne travaillait pas toute la nuit et n'effectuait aucune prestation effective de travail.

L'ÉTAT sollicite le remboursement par l'employeur du montant de 6.710,36 euros correspondant aux indemnités de chômage versées à A entre octobre 2015 et décembre 2016 avec les intérêts légaux sur base de l'article L.521-4 du code du travail.

Chaque partie réclame une indemnité de procédure.

III) MOTIVATION

La relation des faits et circonstances de la présente affaire résultent à suffisance des jugements de première instance auxquels il y a lieu de se rapporter.

L'objet de la demande d'A est multiple et peut se résumer, sur base de ses conclusions rectificatives et additionnelles notifiées le 8 janvier 2019, aux paiements suivants :

- 1) A titre d'indemnité et de majorations pour les heures supplémentaires prestées, le montant brut de 8.284,16 euros ;
- 2) A titre de majoration pour travail dominical, le montant brut de 1.108,33 euros, ainsi que l'octroi d'un jour de repos compensatoire, soit le montant brut de 92,49 euros ;
- 3) A titre de dommages et intérêts pour violation de la législation en matière de durée de travail, le montant de 2.000 euros ;
- 4) A titre de dommages et intérêts pour violation de la législation en matière de santé et de sécurité au travail (défaut d'inscription à la Sécurité sociale, absence d'examen médical avant embauche), le montant de 1.000 euros ;
- 5) A titre de réparation du dommage moral causé à A, le montant de 2.000 euros ;

Ou tout autre montant même supérieur, arbitré par la Cour ou à dire d'expert, ce montant avec les intérêts légaux tels que de droit à compter du 8 octobre 2015, date de l'intervention de l'ITM, sinon à partir du 18 octobre 2015, dernier jour de travail, sinon à partir du 1.4.2016, date de l'intervention de la mandataire de l'appelante, sinon à partir de la demande en justice, jusqu'à solde.

Elle ne conteste pas avoir reçu le paiement du montant net de 3.564,68 euros à titre d'acompte.

Elle demande également par réformation du premier jugement, à voir constater que son licenciement intervenu par lettre recommandée en date du 1^{er} octobre 2015 est abusif ; partant à voir condamner B, préqualifié à lui payer du chef des causes sus-énoncées les montants suivants :

1. A titre de réparation du préjudice moral lui causé, le montant de 2.500 euros, ce montant avec les intérêts légaux à partir du 2 octobre 2015, sinon à partir de la demande en justice, jusqu'à solde ;
2. A titre de réparation de son préjudice matériel le montant de 10.000 euros, ce montant avec les intérêts légaux à partir du 2 octobre 2015, sinon à partir de la demande en justice, jusqu'à solde.

Parmi les heures de travail dont le paiement est réclamé par A figurent partant non seulement des heures de travail normales, des heures supplémentaires, mais encore des heures travaillées la nuit et des heures travaillées le dimanche.

A cet égard et d'une façon générale, il convient de préciser au préalable que si des majorations de salaire sont prévues pour les heures de travail prestées les dimanches et jours fériés, à savoir 75 % selon l'article L.231-7 (2) du code du travail pour les heures de travail prestées le dimanche et 100% selon l'article L.232-7 (1) du code de travail pour les heures de travail prestées les jours fériés, les juges de première instance ont correctement retenu qu'il n'existe aucun texte légal qui prévoit de façon générale une majoration de salaire pour le travail presté la nuit, la seule hypothèse prévue par le code du travail étant celle de l'article L. 212-8 pour le travail de nuit dans l'hôtellerie et la restauration.

En l'espèce, la rémunération des heures travaillées la nuit n'a pas fait l'objet de dispositions spéciales dans le contrat de travail, ni dans une convention collective, de sorte que c'est à bon droit qu'A en demande paiement sur base des dispositions du droit commun régissant les heures supplémentaires.

- Quant aux majorations réclamées.

D'après le contrat de travail, l'horaire de travail d'A est fixé comme suit :

« - Toutes les nuits de la semaine, du lundi au dimanche : de 17.00h à 9.00h »
- Les samedis et dimanches : en journée.

Ces horaires sont susceptibles d'être modifiés en fonction des besoins du service. »

Elle devait partant travailler :

Du 1^{er} septembre 2015 au 18 octobre 2015, ce conformément à l'horaire de travail fixé par son contrat, soit :

- « Toutes les nuits de la semaine, du lundi au dimanche : de 17.00h à 9.00h »
- « Les samedis et dimanches : en journée. »

Dès lors, son horaire de travail était fixé comme suit :

- Lundi 17 heures à mardi, 9 heures (16 heures)
- Mardi, 17 heures à mercredi 9 heures (16 heures)
- Mercredi 17 heures à jeudi 9 heures (16 heures)
- Jeudi 17 heures à vendredi 9 heures (16 heures)
- Vendredi 17 heures à lundi 9 heures (64 heures)

Les parties sont cependant contraires quant à la notion de temps de travail.

Pour la salariée, le temps de travail de nuit, soumis à rémunération, est constitué non seulement du temps pendant lequel elle a réalisé un travail effectif, mais encore de la période durant laquelle elle était à la disposition de son employeur, à savoir toutes les nuits de la semaine et du week-end, tandis que l'employeur considère que seul le temps pendant lequel elle prestait un travail effectif et réel pendant la nuit devrait être rémunéré, de sorte qu'il s'oppose au paiement des heures de disponibilité la nuit.

Le contrat de travail d'A étant muet par rapport à la rémunération des heures de travail de la nuit et en l'absence de convention collective applicable en l'espèce, la question doit être examinée par application des règles du droit commun en matière de contrat de travail.

L'article L.211-4 du code du travail en ce qu'il dispose : « *On entend par durée de travail le temps pendant lequel le salarié est à la disposition de son ou ses employeurs ; sont exclues les périodes de repos pendant lesquelles le salarié n'est pas à la disposition de son ou de ses employeurs.* » ne fournit pas de réponse à la question de savoir ce qu'il faut entendre par temps de travail effectif.

C'est dès lors à bon escient qu'A se réfère à la jurisprudence européenne qui s'est forgée à propos de l'article 2 de la directive européenne 2003/ 88/CE du Parlement Européen et du Conseil du 4 novembre 2003 aux termes duquel « *on entend par temps de travail toute période durant laquelle le travailleur est au travail, à la disposition de l'employeur et dans l'exercice de son activité ou de ses fonctions, conformément aux législations et/ou pratiques nationales* ».

La définition ci-avant citée du temps de travail est d'ailleurs restée invariablement la même à travers les différentes modifications de la directive européenne.

La Cour peut dès lors se référer pour départager les parties aux principes qui ont été arrêtés dans l'arrêt dit « Z » de la Cour de Justice des Communautés Européennes (arrêt C-303/98 du 3 octobre 2000).

Bien que l'affaire ait trait au service de garde de médecins, les principes retenus sont transposables dans la présente affaire.

La question posée à la Cour de Justice des Communautés Européennes était celle de savoir si le temps de garde qu'effectuent les médecins des équipes de premiers soins, soit selon le régime de la présence physique dans les établissements de santé, soit selon le système dit de l'accessibilité, doit être considéré comme temps de travail.

La Cour a retenu que les éléments caractéristiques de la notion de temps de travail sont présents dans les périodes de garde effectuées selon un régime de présence

physique dans l'établissement de santé en retenant que durant ces périodes les deux conditions de l'article 2 de la directive, à savoir être à la disposition de l'employeur et être dans l'exercice de son activité, étaient remplies. Nonobstant le fait que l'activité effectivement déployée durant ces périodes pouvait varier selon les circonstances, l'obligation faite à ces médecins d'être présents et disponibles sur les lieux de travail en vue de la prestation de leurs services professionnels devait être considérée comme relevant de l'exercice de leurs fonctions.

Elle a ensuite retenu qu'il en va différemment de la situation dans laquelle les médecins des équipes de premiers soins effectuent les gardes selon le système qui veut qu'ils soient accessibles en permanence sans pour autant être obligés d'être présents dans l'établissement de santé. Même s'ils sont à la disposition de leur employeur, dans la mesure où ils doivent pouvoir être joints, dans cette situation, les médecins peuvent gérer leur temps avec moins de contraintes et se consacrer à leurs propres intérêts. La Cour de Justice des Communautés Européennes a retenu que dans cette hypothèse, seul le temps lié à la prestation effective de services de premiers soins doit être considéré comme du temps du travail au sens de la directive 93/104.

Une solution analogue a été retenue par la Cour d'appel luxembourgeoise (Cour, n° du rôle 26440, 4 mai 2006, X c/ asbl Y) dans une affaire où un pilote était aux services d'une entreprise d'ambulance par avion et demandait le paiement des heures de « *stand-by* » à titre d'heures supplémentaires. Dans cette espèce il a été décidé que « *les heures de « stand by » ne peuvent être considérées comme temps de travail effectif alors que le pilote effectue un service d'astreinte appelé en allemand « Rufbereitschaft » qui n'exige pas qu'il soit à la disposition de son employeur et ne peuvent être qualifiées d'heures supplémentaires stricto sensu et rémunérées comme telles.* »

Des solutions similaires ont encore été retenues par la Cour de cassation française dans deux décisions (Chambre sociale, 4 mai 1999, pourvoi n° 96-43037, X1 c/ Sàrl Y1, 10 mars 2004, pourvoi n° 01-46369), Cour de Cassation qui a retenu dans les deux espèces que « *les périodes d'astreinte qui sont des périodes pendant lesquelles le salarié tenu de rester à son domicile ou à proximité, doit se tenir prêt à répondre à un éventuel appel de son employeur, ne constituent ni un travail effectif ni une période de repos ; que le salarié tenu de demeurer dans l'entreprise pour répondre à un appel de l'employeur et qui ne peut, de ce fait, vaquer librement à ses occupations personnelles, n'est pas d'astreinte, mais en période de travail...* ».

Il est à noter que, contrairement à la législation luxembourgeoise qui ne parle que de la durée du travail, la législation française fait une distinction très nette entre le travail effectif et le temps d'astreinte.

Ainsi l'article L.3121-1 du code du travail français définit le temps de travail effectif comme « *temps pendant lequel le salarié est à la disposition de l'employeur et doit se conformer à ses directives sans pouvoir vaquer librement à ses occupations personnelles* » tandis que l'article L.3121-5 du code du travail français définit la période d'astreinte comme « *période pendant laquelle le salarié sans être à la disposition permanente et immédiate de l'employeur, a l'obligation de demeurer à son domicile ou à proximité afin d'être en mesure d'intervenir pour effectuer un travail au service de l'entreprise, la durée de cette intervention étant considérée comme un temps de travail effectif* ».

La Cour conclut, au vu des décisions jurisprudentielles examinées ci-dessus, que la notion de temps de travail effectif se définit à l'aide de deux critères, à savoir la mise à disposition du salarié et l'atteinte à sa liberté de choisir ses activités.

Partant, eu égard à l'horaire de travail prévu au contrat de travail et en l'absence de preuve qu'A n'aurait pas été au domicile de l'employeur pendant son horaire de travail, il est établi qu'elle est restée au domicile de l'employeur la nuit, dans la même chambre que la malade et dormait dans un lit jumeaux à celui de cette dernière, dès lors sur son lieu de travail à la demande de l'employeur et il importe peu à cet égard de savoir si c'était par simple commodité ou non, et qu'elle ne pouvait pas non plus s'éloigner durant la nuit et retourner chez elle et vaquer à ses occupations personnelles, puisque l'employeur verrouillait la porte principale du domicile et emmenait la clef avec lui, de sorte que les heures prestées par elle la nuit sont à considérer comme temps de travail effectif.

Sont dès lors sans pertinence les attestations testimoniales versées par l'employeur selon lesquelles la « garde-malade » n'aurait pas travaillé toute la nuit, ce d'autant plus que les auteurs des attestations étaient absents la nuit, et donc dans l'impossibilité matérielle de faire des déclarations fiables en ce sens.

Pour les mêmes raisons, l'offre de preuve tendant à établir les mêmes faits, à savoir que la salariée ne travaillait pas toute la nuit est à déclarer irrecevable.

Il suit des considérations qui précèdent que pour la période litigieuse ci-avant détaillée et sur base de son décompte actualisé que la Cour reprend dans son intégralité pour être correct et en prenant en compte les heures de congé (du 7 octobre 2015, 17 heures au 8 octobre 2015, 9 heures ; du 11 octobre 2015, 9 heures, au 12 octobre 2015, 9 heures ; du 14 octobre 2015, 17 heures, au 15 octobre 2015, 9 heures), la totalité des heures prestées par A s'élève dès lors à 800 heures et sur ces 800 heures, 137 ont été prestées lors d'un dimanche.

La Cour entend partant avaliser le décompte en ce sens.

- Heures supplémentaires :

Etant donné que la période du 1^{er} septembre au 18 octobre 2015 compte 6 semaines et 6 jours, la durée normale de travail pour cette période ne pouvait excéder 288 heures.

512 heures supplémentaires, au sens de la législation sur la durée du travail, ont dès lors été prestées par A.

Etant donné que non seulement les majorations pour les heures supplémentaires n'ont pas été réglées, mais que le salaire de base n'a pas non plus été payé, A a droit de chef à :

Heures supplémentaires prestées	Salaire de base	Majoration	Total
512	5.918,72 euros	2.365,44 euros	8.284,16 euros

Il y a lieu de noter que ce montant diffère de celui demandé dans l'acte d'appel, alors que le nombre d'heures supplémentaires pris en compte dans l'acte d'appel était plus élevé.

Il y a dès lors lieu de donner acte à A de la réduction de sa demande pour ce chef et réformer le jugement entrepris sur ce point.

- Travail presté le dimanche :

Dans la mesure où les majorations pour le travail du dimanche n'ont pas non plus été accordées, le montant redû de ce chef s'élève à 1.108,33 euros.

Le jugement est par conséquent à réformer sur ce point.

Finalement, vu le non-respect du repos hebdomadaire de 44 heures tout au long de la relation de travail, la salariée a droit à un jour de congé supplémentaire qui devra être chiffré à 92,49 euros.

À cet égard, le jugement est à confirmer.

- Quant aux différentes demandes indemnitaires d'A :

A réclame dans un premier temps à titre de dommages et intérêts pour violation de la législation en matière de durée de travail (articles L.211-5 et 211-16 du code du travail) le montant de 2.000 euros.

Si la violation par l'employeur des dispositions du code du travail en matière de durée du travail est établie, force est de constater que la salariée ne justifie pas autrement son préjudice, de sorte qu'au vu de la condamnation de l'employeur de payer à A les arriérés de salaire dus, sa demande est à rejeter.

A réclame ensuite à titre de dommages et intérêts pour violation de la législation en matière de santé et de sécurité au travail (défaut d'inscription à la Sécurité sociale, absence d'examen médical avant embauche), le montant de 1.000 euros.

S'il est avéré que l'employeur n'a pas envoyé sa salariée auprès du médecin du travail avant l'embauche, force est de constater qu'elle omet de justifier la nature exacte de son préjudice moral en découlant, ce d'autant plus qu'elle n'exerçait pas une fonction à haut risque pour sa santé nécessitant une visite médicale immédiate.

Quant à la demande d'A relative à sa non-affiliation, la Cour relève que l'affiliation d'A auprès de la Sécurité sociale a, certes avec retard, soit en novembre 2015 après la résiliation de la période d'essai, finalement été régularisée, de sorte que le préjudice invoqué n'est pas non plus justifié.

Les demandes respectives d'A sont dès lors à rejeter.

A réclame finalement dans le dispositif de ses conclusions additionnelles du 8 janvier 2019 sous le point 5. « *A titre de réparation du dommage moral causé à Madame A, le montant de 2.000 euros* » sans cependant indiquer la cause de ce préjudice, ni dans la requête, ni dans l'acte d'appel, ni dans les conclusions rectificatives, de sorte que cette demande est également à rejeter.

Le jugement est à confirmer sur ces points.

- Quant au licenciement

A a été licenciée en période d'essai.

Si son licenciement est régulier quant à la forme et quant au délai de préavis, A reproche cependant à son ancien employeur de l'avoir licenciée pour un motif autre que professionnel, soit en raison du fait qu'elle faisait valoir ses droits au paiement de son salaire, partant de façon abusive.

Le propre, ou la particularité essentielle du contrat à l'essai réside dans le fait qu'il peut être rompu sans que l'auteur de la résiliation n'ait à fournir de motifs.

Dès lors et comme la finalité du contrat à l'essai consiste à évaluer les capacités professionnelles de la personne engagée, si l'employeur qui n'est pas obligé de le faire, motive sa décision de résiliation du contrat à l'essai, le salarié peut s'emparer de la motivation pour prouver que l'employeur a abusivement rompu l'engagement à l'essai dès lors qu'il invoque un motif autre que professionnel, à savoir un motif sans relation avec les résultats concluants ou non de l'essai (arrêt 10 décembre 1992 X2 c/ Y2).

Bien que l'employeur fait valoir à plusieurs reprises dans ses conclusions ne pas avoir eu l'obligation de motiver la résiliation, il l'a fait.

En effet, la lettre de résiliation est de la teneur suivante :

« Madame,

Au vu du fait que vous n'êtes pas d'accord avec le salaire qui vous est réglé, nous mettons fin au contrat à l'essai daté du 1^{er} septembre 2015, moyennant le préavis légal.

Si vous ne désirez pas l'effectuer, veuillez nous en informer.

La fiduciaire fera votre décompte définitif.

Je vous prie d'agréer, Madame, l'expression de mes sentiments distingués.

(...). »

La motivation précitée n'a rien à voir avec les capacités professionnelles d'A, respectivement avec le travail de garde-malade pour lequel elle a été engagée, mais tient au fait qu'elle contestait le salaire qui lui était versé par son employeur.

Au vu du bien-fondé de la demande d'A en paiement d'arriérés de salaire, ses contestations, respectivement ses doléances étaient partant légitimes et le licenciement intervenu de ce chef est nécessairement abusif.

Il résulte d'ailleurs d'un courrier de l'ITM du 29 mars 2016 que la personne en charge du dossier d'A a pris contact avec le fils de l'employeur pour lui faire part des revendications d'A et du fait que le salaire lui payé n'était pas légal, ce à quoi ce dernier a répondu « *qu'il allait alors résilier le contrat de travail conclu avec A avec le préavis légal* ».

Il échet encore de préciser qu'en présence d'un licenciement prononcé le 2 octobre 2015 mettant fin à l'essai avec effet au 18 octobre 2015, le « sms » envoyé à l'employeur le 30 septembre 2015, par lequel A entendait prétendument mettre fin à la relation de travail avec effet au 1^{er} octobre 2015, ainsi que l'avenant signé par les parties le 1^{er} octobre 2015, soit toujours avant le licenciement du 2 octobre 2015,

mettant fin d'un commun accord au contrat à l'essai au 1^{er} novembre 2015, ne portent pas à conséquences.

Abusivement licenciée, la salariée a droit en principe à être indemnisée des préjudices tant matériel que moral subis, à la condition qu'ils soient avérés et en relation causale direct avec le licenciement.

Dans la mesure où un salarié engagé à l'essai n'a aucune certitude, ni aucun droit à la continuation future des relations de travail qui reste donc hypothétique, continuation des relations qui en l'espèce, au vu des circonstances était improbable et vouée à l'échec, le préjudice matériel invoqué par A n'est pas donné.

Quant au préjudice moral invoqué, la Cour constate qu'A a correctement exécuté le travail pour lequel elle a été engagée, qu'elle s'est même investie personnellement alors qu'elle travaillait tous les week-ends 24 h sur 24 h et dormait dans la même chambre que la personne malade, de sorte que son préjudice moral, suite à ce licenciement abusif est certain et doit être indemnisé par des dommages et intérêts à hauteur du 500 euros, compte tenu de la faible ancienneté de service d'A.

La demande de l'ÉTAT, pris en sa qualité de gestionnaire du fonds pour l'emploi, est par adoption des motifs du tribunal du travail à rejeter.

A réclame par réformation de la décision de rejet de première instance une indemnité de procédure de 1.500 euros.

Elle réclame également pour l'instance d'appel une indemnité de procédure de 3.000 euros.

Au vu du résultat positif pour A de son action, ses demandes sur base de l'article 240 du NCPC sont fondées pour la somme de 1.000 euros pour la première instance et de 1.500 euros pour l'instance d'appel.

B réclame également une indemnité de procédure de 3.500 euros.

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 est à rejeter.

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,

dit l'appel incident non fondé,

dit l'appel principal partiellement fondé,

partant,

réformant :

- dit la demande d'A en paiement des majorations pour les heures supplémentaires prestées fondée pour la somme brute de 8.284,16 euros,
- dit la demande d'A en paiement des majorations pour travail dominical fondée pour la somme brute de 1.108,33 euros,
- partant condamne B à payer à A la somme brute de [8.284,16 + 1.108,33 euros = 9.392,49 euros bruts moins le montant net payé de 3.564,68 =] 5.827,81 euros bruts, cette somme avec les intérêts légaux à partir du jour de la demande en justice jusqu'à solde,
- dit que le licenciement intervenu le 2 octobre 2015 est abusif,
- dit la demande d'A en paiement de dommages et intérêts pour le préjudice moral subi suite au licenciement abusif fondée pour la somme de 500 euros,
- partant, condamne B à payer à A la somme de 500 euros avec les intérêts légaux à partir de la demande en justice jusqu'à solde,

confirme pour le surplus le jugement entrepris,

condamne B à payer à A une indemnité de procédure de 1.000 euros pour la première instance et de 1.500 euros pour l'instance d'appel,

rejette la demande d'B basée sur l'article 240 du NCPC,

condamne B aux frais et dépens de l'instance.

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.