Exempt – appel en matière de droit du travail

Audience publique du vingt-cinq mars deux mille dix

Numéro 34406 du rôle.

Composition:

Monique BETZ, président de chambre;
Astrid MAAS, conseiller;
Roger LINDEN, conseiller;
Paul WAGNER, greffier;

Entre:

A, demeurant à L-,

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Carlos CALVO de Luxembourg du 10 décembre 2008,

comparant par Maître Alexandra CORRE, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

et:

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

intimé aux fins du prédit exploit CALVO,

comparant par Maître Michel MOLITOR, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL:

A avait fait convoquer son ancien employeur, la société anonyme B s. a., devant le tribunal du travail de Luxembourg aux fins de le voir condamner à lui payer, selon le dernier état de sa demande, du chef d'heures supplémentaires la somme de 2.867,87 €, d'indemnité compensatoire pour jours de congé non pris le montant de 1.580,88 € et d'indemnité pécuniaire de maladie celui de 7.901,75 €, soit au total 12.350,74 €.

Par jugement du 3 novembre 2008, le tribunal du travail a retenu *quant aux heures supplémentaires* que la salariée, dont le contrat de travail avait débuté le 15 février 2006 et expiré le 5 novembre 2006, avait presté de février à juin 2006 un total de 343 heures supplémentaires, jours fériés et dimanches compris, que l'employeur lui en avait réglé, sur base des pièces, 351 heures de sorte que ce volet de la demande a été rejeté. Quant à la *demande en indemnité compensatoire de préavis portant sur 144 heures de congé non pris*, la juridiction du premier degré a retenu que la salariée avait droit à 133,36 heures de congé non pris, et l'employeur lui en ayant réglé 133 heures, a été condamné à lui payer la somme de 4,48 €. Le tribunal a rejeté la demande de la salariée tendant à voir prendre comme base de calcul le salaire horaire moyen de 22,47 € au regard de la prestation des heures supplémentaires prestées, mais a appliqué le salaire horaire de base stipulé au contrat de travail au motif qu'elle n'avait pas presté de telles heures supplémentaires durant les mois d'août à octobre 2006 pour avoir été en incapacité de travail depuis fin juin 2006. Quant à *l'indemnité pécuniaire de maladie*: le tribunal s'est déclaré incompétent par application de l'article 293 du CAS pour connaître de la demande de la salariée tendant à voir réévaluer l'indemnité pécuniaire lui versée par l'employeur en raison des heures supplémentaires prestées.

Par exploit d'huissier du 10 décembre 2008, A a régulièrement interjeté un appel *limité* contre le jugement du 3 novembre 2008 et elle conclut, par réformation, à se voir allouer à titre d'heures supplémentaires principalement le montant de 2.867,87 € et subsidiairement celui de 12,45 € et du chef d'indemnité compensatoire pour jours de congé non pris principalement la somme 1.580,88 € et subsidiairement celle de 1.341,80 €. Elle sollicite une indemnité de procédure de 1.500 €.

La partie intimée conclut à la confirmation du jugement dont appel et réclame une indemnité de procédure de 1.500 €.

I. Les heures supplémentaires.

1. Le nombre.

L'appelante soutient qu'elle a presté 349,5 heures supplémentaires. Le moyen de A qui consiste à soutenir que le tribunal en prenant comme base de calcul par mois un total forfaitaire de 173 heures alors pourtant que le mois de février 2006 ne comporte que 28 jours est à rejeter, le forfait ayant été introduit pour tenir compte des variations dues au nombre variable de journées et heures à prester durant un mois. Ayant travaillé 89,5 heures durant la deuxième moitié du mois de février, c'est à bon droit que le tribunal a partant retenu qu'elle avait presté trois heures supplémentaires [89,5- (173 :2)=3] de sorte que l'appel n'est pas fondé de ce chef.

2. Le paiement.

Les heures supplémentaires de l'employé privé sont rémunérées moyennant une majoration de 50% (article L.211-25. (1) du Code du travail applicable en 2006), les jours fériés sont rémunérés moyennant une majoration de 100% (article L.232-7. (2) du même code applicable en 2006) tandis qu'aux termes de l'article L. 231-7. (2) alinéa 3, le travail de dimanche dans les restaurants, cantines, débits de boissons et autres établissements où sont servies des consommations, ne donne pas droit à une majoration de rémunération. Dans ces entreprises, le travail du dimanche ouvre droit à deux journées de congé payé lorsque le salarié est occupé au moins vingt dimanches au cours de l'année.

L'appelante ne contestant pas l'application de cette disposition légale au cas d'espèce, ses revendications à voir majorées ses prestations du dimanche de 100% -la majoration applicable serait de 70% - n'est pas fondée. Pour autant que pour l'exécution dudit travail de dimanche, le salarié se voit allouer sous la condition d'avoir été occupé au moins 20 dimanches au cours de l'année deux journées de congé supplémentaire, demande non formulée par l'appelante dans le cadre de sa demande en allocation d'une indemnité compensatoire pour congé non pris, il n'y a lieu de ne prendre spécifiquement en compte le travail dominical que pour autant que la salariée a presté ce faisant des heures supplémentaires.

Il n'y a pas lieu non plus de tenir compte d'un salaire majoré tel que le fait valoir l'appelante qui consisterait à majorer le salaire de base en raison des heures supplémentaires prestées d'un certain pourcentage - l'appelante n'explique pas à la Cour à quoi correspond le salaire majoré rectifié de 22,47 € qu'elle revendique, le salaire de base étant de 12,442 € -, salaire majoré à majorer une deuxième fois du supplément de 50 ou 100%, - cette méthode équivalant à une double majoration - étant donné que la

majoration prévue par la loi s'applique sur le salaire de base. (article L.211-25. (1) alinéa 2 du Code du travail).

Au regard des fiches de salaire versées et notamment de celles des mois d'avril, mai, juin et novembre 2006 (pièces 2 et 3 de la première farde et pièce 1 de la seconde farde de pièces de Maître Michel Molitor) et des explications fournies, il ressort que A a presté 53 heures durant quatre jours fériés, rémunérées à hauteur de 200% (salaire normal augmenté de 100%), ces heures ayant en outre été rémunérées au titre des heures supplémentaires (voir la fiche de salaire du mois de novembre 2006, les 53 heures étant comprises dans les 227,5 heures supplémentaires y mentionnées).

Quant aux 343 heures supplémentaires: outre les 53 heures dont question ci-dessus, l'employeur a procédé au paiement des 290 heures restantes à raison de 120 heures au mois de mai 2006 et 174,5 heures au mois de novembre 2006.

L'appel n'est dès lors pas fondé de ce chef.

II. L'indemnité compensatoire pour jours de congé non pris.

1. Le nombre.

Le tribunal du travail a retenu, par application des articles L.233-4. et L.233-12. du Code du travail que la salariée avait droit à 133,36 heures de congé, que 133 heures lui avaient été payées de sorte que la demande a été déclarée fondée pour 0,36 heure restante à payer, soit 4,48 €.

L'appelante fait valoir avoir eu droit à 144 heures de congé non payé.

Aux termes de l'article L. 233-12. du Code du travail, *lorsque le contrat de travail prend fin dans le courant de l'année, le salarié a droit à un douzième de son congé annuel par mois de travail entier. Les fractions de mois de travail dépassant quinze jours de calendrier sont comptées comme mois de travail entier.*

Ayant commencé à travailler le 15 février 2006 et arrêté le 5 novembre 2006, A a travaillé huit mois entiers d'affilée (15 février -15 octobre 2006) de même qu'une période restante de plus de quinze jours de calendrier de sorte qu'elle a droit à une indemnité compensatoire de congé non pris correspondant à neuf mois entiers de travail.

A aurait partant droit en principe à une indemnité compensatoire de (9 mois x 2,08 jours x 8 heures) 149,76 heures de congé non pris. N'en réclamant

que 144 heures, elle a droit à se voir régler un solde de 11 heures, étant entendu que l'employeur en a déjà réglé 133 heures.

2. La rémunération de base.

C'est à bon droit que le tribunal du travail, constatant que la salariée en incapacité de travail n'avait pas effectué d'heures supplémentaires durant les trois mois précédant la fin des relations de travail, s'est basé, non pas tel que soutenu par la salariée sur un salaire horaire rectifié réévalué en tenant compte des heures supplémentaires prestées durant l'intégralité des relations de travail, mais sur le salaire horaire de base convenu entre parties pour calculer l'indemnité compensatoire pour jours de congé non pris, l'indemnité compensatoire n'étant due par l'employeur aux termes de l'article L.233-12. dernier alinéa du Code du travail qu'à la fin des relations de travail.

A a partant droit, compte tenu d'un paiement déjà effectué portant sur 133 heures, à (11 x 12,4420) 136,86 €.

Au vu du sort général réservé à l'appel, les demandes respectives des parties en allocation d'une indemnité de procédure sont à rejeter, aucune d'elles n'établissant l'iniquité requise par l'article 240 du NCPC.

PAR CES MOTIFS:

la Cour d'appel, huitième chambre, siégeant en matière de droit du travail, statuant contradictoirement, sur le rapport du magistrat chargé de la mise en état,

reçoit l'appel,

le dit partiellement fondé,

réformant :

condamne la société anonyme B s. a. à payer à A la somme de 136,86 € avec les intérêts légaux du jour de la demande en justice jusqu'à solde,

confirme le jugement entrepris pour le surplus,

rejette les demandes en allocation d'une indemnité de procédure,

condamne A à supporter les trois quarts et la société anonyme B s. a. un quart des frais et dépens de l'instance d'appel avec distraction au profit de Maître Michel Molitor, avocat constitué, sur ses affirmations de droit.