Exempt- appel en matière de droit du travail

Audience publique du vingt-huit octobre deux mille dix

Numéro 34935 du rôle.

Composition:

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

Entre:

la A, établissement d'utilité publique, représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, exploitant, établie et ayant son siège social à L-,

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Jean-Lou THILL de Luxembourg du 18 décembre 2008,

comparant par Maître Romain ADAM, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

et:

B, enseignante, demeurant à B-,

intimée aux fins du prédit exploit THILL,

comparant par Maître Fabienne MONDOT, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL:

Par jugement du 7 novembre 2008, le tribunal du travail de Luxembourg, saisi d'une demande en condamnation dirigée par B contre son ancien employeur, la A (ci-après : la A) a déclaré abusif le licenciement du 28 juin 2007 et condamné cette dernière à payer à la requérante la somme de 15.533,59 €, à savoir 3.500 € du chef de réparation du préjudice moral, 3.602,84 € à titre d'indemnité compensatoire de préavis et la somme de 8.430,75 € du chef d'indemnité compensatoire pour jours de congé non pris du 18 juin au 15 septembre 2007. Il a rejeté la demande de la requérante en indemnisation du préjudice matériel et condamné la défenderesse aux frais et dépens de l'instance.

Pour statuer ainsi, le tribunal du travail a retenu, pour déclarer abusif le licenciement, que l'employeur avait contrevenu à l'article L.121-6. du Code du travail en ce qu'en possession depuis le 21 juin 2007 d'un certificat de maladie de la salariée couvrant la période du 18 juin au 15 juillet 2007, il avait procédé le 28 juin 2007 à son licenciement.

Par exploit d'huissier du 18 décembre 2008, la A a régulièrement interjeté appel contre deux volets du jugement relatifs à l'indemnité compensatoire de préavis et à celle pour jours de congé non pris. Elle conclut, par réformation, à être déchargée des condamnations prononcées et à se voir allouer une indemnité de procédure de 1.500 €.

L'intimée relève appel incident en ce que le tribunal du travail l'a déboutée de sa demande en allocation de dommages-intérêts pour préjudice matériel. Elle réclame de ce chef le montant de 15.649,83 €. Elle conclut pour le surplus à la confirmation du jugement relatif aux deux volets entrepris par l'appel principal, sauf à augmenter sa demande en allocation d'une indemnité compensatoire pour jours de congé non pris à la somme de 14.643 €. Elle sollicite une indemnité de procédure de 1.500 €.

I. L'indemnité compensatoire de préavis.

Le tribunal du travail a, en application des articles L.124-9. et L.233-14. du Code du travail, eu égard au fait que la rémunération globale des heures supplémentaires doit être prise en compte pour le calcul de l'indemnité compensatoire pour jours de congé non pris déduit que lesdites heures supplémentaires sont également à prendre en compte pour le calcul de l'indemnité compensatoire de préavis, indépendamment de la question de savoir si la salariée avait été dispensée de prester le préavis ou non. Il a partant fait droit à la demande portant sur la somme de 3.602,84 € couvrant les mois d'août à décembre 2007.

L'appelante fait grief au tribunal d'avoir statué de la sorte étant donné que B qui bénéficiait au début de l'année scolaire 2006-2007 d'une tâche complète de 20 heures par semaine s'était vu attribuer à partir du mois de février 2007 une tâche de 22,5 heures de leçons, ces 2,5 heures supplémentaires n'étant

rémunérées que si elles sont effectivement prestées, ce qui ne serait pas le cas durant les vacances scolaires, ni durant la dispense de travail pendant la période du préavis ayant couru du 15 septembre au 31 décembre 2007. Elle ajoute qu'il n'est pas établi que l'intimée se serait vu assigner une tâche à la rentrée scolaire 2007-2008 de 22,5 heures et non pas une tâche normale de 20 heures. Elle conclut subsidiairement à voir ramener l'indemnité à la somme de 1.395,46 €.

B fait valoir qu'elle a touché à partir du mois de février 2007 la somme brute de 7.306,75 €, qu'elle devrait partant continuer à toucher durant l'intégralité du préavis. Elle souligne qu'elle a encore touché ce montant durant le mois de juillet 2007, mais non pas durant les mois d'août et septembre (vacances scolaires) ni durant les mois d'octobre à décembre (dispense de préavis) et réfute l'argument de l'employeur tenant à l'impossibilité de prester des heures supplémentaires durant les vacances scolaires.

Dès lors qu'il ressort des pièces versées ainsi que de l'attestation testimoniale de la comptable de l'appelante, Petra (farde de 9 pièces de Maître Romain Adam, numéro 1) que la tâche hebdomadaire normale des enseignants s'élève à vingt heures et que la salariée a accompli à partir du mois de février 2007 une tâche hebdomadaire de 22,5 heures, il y a lieu de déterminer l'assiette du calcul de l'indemnité de préavis, en d'autres termes de rechercher si l'indemnité compensatoire de préavis est à calculer en fonction du nombre d'heures effectivement prestées avant le prononcé du licenciement (22,5 heures) ou au regard d'une tâche hebdomadaire normale de 20 heures.

L'article L. 124-9. (1) deuxième alinéa du Code du travail qui règle la situation du salarié qui, licencié avec préavis et qui a été, tel qu'en l'occurence, dispensé par son employeur de prester ledit préavis jusqu'au terme du contrat, soit jusqu'au 31 décembre 2007, dispose que *« jusqu'à l'expiration du délai de préavis, la dispense....ne doit entraîner pour le salarié aucune diminution des salaires, indemnités et autres avantages auxquels il aurait pu prétendre s'il avait accompli son travail ».*

La finalité de cette disposition est d'une part de permettre au salarié, dispensé de prester le préavis, de continuer à bénéficier de la rémunération au sens large qu'il aurait touchée s'il avait presté le préavis, ce maintien ne devant cependant d'autre part pas aboutir à ce qu'il touche une rémunération supérieure à celle qu'il aurait touchée s'il avait presté le préavis.

La Cour se doit en l'espèce de tenir compte de la situation particulière de la salariée qui accomplissait un travail d'enseignante dans l'établissement de l'appelante.

Les parties ne contestent pas que l'intimée devait profiter du 15 juillet au 15 septembre 2007 des vacances scolaires d'été, partant d'une période durant laquelle elle se trouvait en congé de récréation pendant lequel elle n'aurait pas été amenée à prester des heures de cours ni normales, ni à plus forte raison supplémentaires. L'appelante soutient encore à raison que le plan des heures confiées à un enseignant est en principe établi pour chaque nouvelle année à la

rentrée scolaire et qu'il n'était à tout le moins pas certain que la salariée eût bénéficié durant l'année scolaire 2007-2008 d'une tâche hebdomadaire supérieure à la tâche normale de 20 heures. La Cour relève d'ailleurs à ce propos que ce n'est qu'au milieu de l'année scolaire 2006-2007 que cette dernière s'est vue assigner une tâche de 22,5 heures de cours. Cette dernière ne soutient d'ailleurs pas, ni ne l'établit, que du fait de l'assignation d'une tâche supérieure à la moyenne, elle bénéficierait d'un droit de se voir assigner un nombre d'heures au moins équivalent à la prochaine rentrée scolaire.

Il n'y a pas lieu, tel que l'a fait le tribunal du travail, de raisonner par analogie au regard des dispositions réglementant l'indemnité compensatoire pour jours de congé non pris, cette disposition spécifique ne pouvant telle quelle être transposée à d'autres indemnités redues, ni de tenir compte des développements de l'intimée qui soutient que ladite indemnité devrait être calculée en fonction, outre du salaire de base, des indemnités pour heures supplémentaires perçues de manière régulière durant les six mois précédant le licenciement, au regard de la situation spécifique de l'intimée telle que relevée ci-dessus.

Il convient partant, par réformation de ce chef du jugement attaqué, de tenir compte dans le calcul de l'indemnité de préavis d'un salaire mensuel brut équivalant à la prestation d'une tâche hebdomadaire de 20 heures, soit le montant brut de 6.609,02 € et non de celui de 7.306,75 € (voir la requête introductive d'instance dans laquelle est mentionnée et ventilée l'indemnité compensatoire de préavis dont le montant a été tel quel accordé par le tribunal du travail qui a pris implicitement comme salaire de base la somme de 7.306,75).

Etant donné que l'employeur a encore tenu compte dans la fixation du salaire du mois de juillet du montant brut de 7.306,75 € alors pourtant que la seconde moitié était à calculer sur base d'un salaire moindre, il convient tant pour le mois d'août que pour l'intégralité du mois de septembre de s'en tenir au montant mensuel brut de 6.609,02 €.

B a droit, par application de l'article L.124-9.(1) dernier alinéa du Code du travail au complément différentiel entre le salaire qu'elle aurait dû continuer à toucher durant les trois derniers mois de l'année 2007 et celui effectivement touché auprès de son nouvel employeur.

Selon le contrat de travail à durée déterminée portant sur une année conclu le 15 septembre 2007 avec le ministère de l'éducation nationale et de la formation professionnelle, B était rémunérée pour une tâche hebdomadaire de 14 heures à raison de la somme brute de 2.090,14 €. (pièces numéros 8 et 10 versées par Maître Fabienne Mondot) Il convient de tenir compte de ce montant pour le calcul afférent relatif aux mois d'octobre à décembre 2007 et ce alors même que la pièce versée par B ne renseigne que les salaires de septembre à novembre 2007, aucun élément soumis à la Cour ne permettant de conclure à ce que la salariée eût touché au mois de décembre une rémunération plus importante.

Elle a touché de la part de son nouvel employeur la somme de (3x 2.090,14) 6.270,42 € et de la part de l'appelante le différentiel de (6.609,02 + 1.314 + 4518,88) 12.441,9 €, soit au total 18.712,32 €. Elle aurait dû toucher durant les trois derniers mois de préavis auprès de l'établissement Sainte Sophie la somme de (3x 6.609,02) 19.827,06 €, de sorte que le solde en sa faveur s'élève à 1.114,74 €.

L'appel principal est partiellement fondé de ce chef et le jugement à réformer en conséquence.

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

Faisant application de l'article L. 233. du Code du travail, le tribunal du travail a dit fondée la demande portant sur la somme de 8.430,75 € correspondant aux jours de congé non pris durant la période du 18 juin au 15 septembre 2007. Il a rejeté l'offre de preuve de l'employeur qui entendait établir que les salariés doivent prendre leur congé durant les vacances scolaires.

L'appelante fait valoir que l'intimée était enseignante et ne tombait pas sous le régime « normal » de l'employé privé étant donné qu'elle disposait d'un congé de récréation dérogatoire à celui issu de la loi du 22 avril 1966 portant réglementation uniforme du congé annuel payé des salariés du secteur privé, système dérogatoire selon lequel les congés doivent exclusivement être pris durant les vacances scolaires. Elle fait valoir que le règlement grand-ducal fixant les vacances scolaires lui est applicable et que B avait déjà bénéficié de jours de congé en 2007 durant les vacances de carnaval, de Pâques et de la Pentecôte. Elle soutient partant qu'il n'est pas nécessaire de spécifier ce régime dérogatoire dans le contrat de travail, étant donné qu'il « coule de source ». Elle conclut partant à l'inapplicabilité des dispositions de l'article L. 233. du Code du travail au corps enseignant. Elle demande subsidiairement à voir fixer l'indemnité compensatoire à un montant tenant compte du fait que la relation de travail n'a pas cessé le 31 décembre 2007, mais le 15 septembre 2007, date où elle a repris un nouvel emploi.

L'intimée fait valoir que la loi de 1966 prévoit une protection minimale et que le contrat de travail ne spécifie pas le régime applicable au personnel enseignant.

A défaut de dispositions contraires, celles issues de ladite loi sont applicables au personnel enseignant auprès de l'appelante, l'intimée y ayant été engagée sous le statut d'employée privée.

Aux termes de leurs dernières conclusions, les deux parties s'accordent pour dire que le personnel enseignant jouit d'un régime dérogatoire au droit commun en ce qu'il bénéficie de jours de congé correspondant en principe à la durée des vacances scolaires, partant d'un nombre plus élevé que celui légalement prévu.

Il est toujours loisible aux parties d'instituer un régime dérogatoire au droit commun plus favorable au salarié.

L'appelante fait valoir qu'en contre – partie du nombre plus élevé de jours de congé, le personnel enseignant ne serait pas en droit de prendre le congé en-dehors des périodes correspondant aux vacances scolaires, ce qui serait le cas en l'espèce s'il devait être fait application des articles retenus par le tribunal de première instance. Cette interdiction serait tellement évidente qu'elle n'aurait pas besoin d'être insérée dans le contrat de travail.

S'il est certes vrai que le congé doit être pris selon les disponibilités du salarié et les besoins du service, il n'en reste pas moins qu'un salarié qui comme en l'espèce était incapable de travailler durant le congé qui lui est dû, est censé avoir, par application de l'article L. 233-6. point 1. du Code du travail, effectué une journée de travail effectif. L'article L. 233-11. du Code du travail dispose que les absences prévues à l'article L. 233-6. ne peuvent être imputées sur la durée du congé auquel le salarié a droit et que si pendant le congé de récréation le salarié tombe malade de façon à ne plus pouvoir jouir de ce congé, les journées de maladie reconnues comme telles par certificat médical ne sont pas considérées comme jours de congé. La nouvelle fixation du congé doit être convenue d'un commun accord entre l'employeur et le salarié.

Si partant, ainsi que le soutient l'appelante, le congé du personnel enseignant doit obligatoirement coïncider avec la durée des vacances scolaires, il n'en demeure pas moins que le salarié licencié n'a pour autant pas expressément renoncé - abstraction faite de la validité d'une telle renonciation - à faire valoir ses droits découlant de l'article L.233-11 ci-dessus mentionné.

Aux termes de l'article L.233-12. du Code du travail, si après la résiliation du contrat de travail, le salarié quitte son emploi avant d'avoir joui de la totalité du congé qui lui est dû, l'indemnité correspondant au congé non encore pris lui est versée au moment de son départ, sans préjudice de ses droits au préavis de licenciement.

Dès lors que les parties limitent la question de l'indemnisation du congé non pris à la période du 15 juillet au 15 septembre 2007, période durant laquelle la salariée était incapable de travailler, il n'y a pas lieu ainsi que soutenu en ordre subsidiaire par l'appelante d'examiner l'incidence sur le montant de l'indemnité compensatoire à accorder du fait du nouvel emploi exercé par la salariée avec effet à partir du 15 septembre 2007, partant après la période litigieuse à laquelle les débats sont circonscrits.

Aux termes de ses dernières conclusions, B, s'emparant des dispositions de l'article 233-14. du Code du travail, soutient avoir droit à une rémunération journalière de 325,40 € qui au regard de la période concernée comportant 45 jours ouvrés correspond au montant de 14.643 €.

Cette demande n'est, contrairement à ce que soutient l'appelante, pas nouvelle au sens de l'article 592 du NCPC étant donné que s'il est vrai qu'elle n'a réclamé et obtenu de ce chef en première instance que la somme de 8.430,75 € selon un mode de calcul différent de celui actuellement adopté en appel, elle reste en droit d'augmenter sa demande qui ne diffère ni par son objet ni par sa cause de celle présentée devant le tribunal du travail.

Le montant réclamé est à allouer en ce que l'intimée n'allègue ni n'établit la fausseté des différents paramètres retenus pour le calcul de l'indemnité susdite.

III. Le préjudice matériel.

L'intimée interjette appel incident et réclame à titre de réparation du préjudice matériel SUBI durant les trois mois postérieurs à l'échéance du contrat de travail, soit de janvier à mars 2008, la somme de 15.649,83 €.

Etant donné que la résiliation a été prononcée moyennant un préavis de six mois et que l'intimée a réussi, malgré le fait qu'elle était, selon certificat médical incapable de travailler jusqu'au 30 septembre 2007, à décrocher un emploi portant sur 14 heures hebdomadaires, avec effet à partir du 15 septembre 2007, la Cour estime que ledit délai de préavis aurait dû lui permettre de retrouver un emploi à peu près équivalent à celui qu'elle occupait auprès de l'appelante.

L'appel incident n'est partant pas fondé.

Aucune des parties n'a droit à une indemnité de procédure au vu du sort réservé aux appels respectifs.

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 les appels principal et incident ;

dit l'appel incident non fondé ;

dit l'appel principal partiellement fondé ;

donne acte à B de l'augmentation de sa demande en ce qui concerne l'indemnité compensatoire pour jours de congé non pris ;

réformant:

condamne la A à payer à B du chef d'indemnité compensatoire de préavis la somme de 1.114,74 € avec les intérêts légaux à partir de la demande en justice jusqu'à solde ;

la condamne encore à payer à B du chef d'indemnité compensatoire pour jours de congé non pris la somme de 14.643 € avec les intérêts légaux sur le montant de 8.430,75 € à partir de la demande en justice et sur le solde à partir du 19 novembre 2009 jusqu'à solde;

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

condamne chaque partie à supporter la moitié des frais et dépens de l'instance d'appel et en ordonne la distraction au profit de Maîtres Romain Adam et Fabienne Mondot, avocats constitués, sur leurs affirmations de droit.

Lecture du présent arrêt a été faite à la susdite audience par Madame le conseiller Astrid MAAS, en présence de Monsieur le greffier Paul WAGNER.