Assistance judiciaire a été accordée à B par le délégué du Bâtonnier en date du 20 août 2009

Exempt – appel en matière de droit du travail

Audience publique du huit décembre deux mille onze

Numéro 36386 du rôle.

Composition:

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

Entre:

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

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Yves TAPELLA de Luxembourg du 27 mai 2010,

comparant par Maître Charles KAUFHOLD, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

et:

B, demeurant à D-,

intimée aux fins du prédit exploit TAPELLA,

comparant par Maître Yuri AUFFINGER, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL:

Par jugement du 16 avril 2010, le tribunal du travail de Luxembourg a condamné la société anonyme A (actuellement A) à payer à son ancienne salariée B la somme de 4.667,53 € du chef d'arriérés de salaire couvrant la période du 15 juin 2008 au 12 février 2009, avec les intérêts légaux du jour de la demande en justice jusqu'à solde. Il a ordonné l'exécution provisoire de sa décision et débouté la requérante du surplus de sa demande. Il a rejeté celle de la société en allocation d'une indemnité de procédure et condamné cette dernière aux frais et dépens de l'instance.

Pour statuer ainsi, le tribunal du travail a retenu que les parties étaient liées par un contrat de travail qui avait pris effet le 15 juin 2008 de sorte que la salariée avait droit au versement du salaire durant la période du 15 juin au 1er août 2008, alors même qu'il y aurait eu fermeture temporaire de l'établissement jusqu'à cette date. Quant à la période subséquente du 1er août 2008 au 12 février 2009, le tribunal a retenu que l'employeur ne pouvait unilatéralement modifier la durée de travail hebdomadaire convenue de 30 heures de sorte qu'il a fait droit à ce volet de la demande. Quant à la dernière période du 12 février au 31 mars 2009, le tribunal a retenu que la salariée avait démissionné le 12 février 2009 et n'avait plus presté de travail à partir de cette date de sorte que ce volet a été rejeté. Il en est de même de la demande de la salariée en allocation de dommages- intérêts censés couvrir le dommage subi suite au non-paiement des salaires.

Par exploit d'huissier du 27 mai 2010, la société A a régulièrement interjeté appel contre le jugement lui notifié le 30 avril 2010.Elle conclut, par réformation, à se voir décharger des condamnations prononcées contre elle en première instance et se voir allouer une indemnité de procédure de 1.000 €.

L'intimée conclut à la confirmation du jugement quant aux condamnations prononcées à charge de l'employeur, mais relève appel incident en ce que le tribunal n'a pas fait droit à ses demandes en paiement des arriérés de salaire couvrant la période du 12 février au 31 mars 2009 et en dommages - intérêts. Elle réclame à ce titre le montant total de 7.856 €, de même qu'une indemnité de procédure de 1.500 €.

<u>I. La période du 15 juin au 1er août 2008.</u>

La société fait valoir, attestations testimoniales à l'appui, que le restaurant n'a ouvert ses portes que le premier août 2008 de sorte que la salariée qui n'a effectué aucune prestation du 15 juin 2008 au premier août n'a pas droit au salaire convenu.

C'est cependant à bon droit que l'intimée qui soutient avoir travaillé durant ladite période fait valoir que l'employeur aurait dans ce cas dû, dès la conclusion du contrat de travail, fixer la date de prise d'effet au premier août 2008, s'il savait dès l'ingrès que le restaurant n'ouvrait qu'à cette date.

Il n'appartient pas au salarié d'établir avoir travaillé durant ladite période tout comme il n'appartient pas non plus à la société d'établir l'absence de prestations de travail du salarié. Ce dernier, lié à l'employeur par un contrat de travail ayant pris effet le 15 juin 2008 se voit garantir son salaire à partir de cette date, l'employeur ayant pour obligation de lui fournir du travail.

Cette obligation de résultat à charge de l'employeur disparaît s'il justifie que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part.

L'appelante reste cependant en défaut d'établir la raison pour laquelle elle a conclu un contrat de travail avec l'intimée avec date de prise d'effet au 15 juin 2008, ni surtout, si elle a été empêchée d'ouvrir son restaurant plus tôt, les raisons à la base de ce report.

Le tribunal du travail est partant à confirmer en ce qu'il a fixé la créance salariale de B à la somme de (605+1.210) 1.815 €.

II. La période du 1er août 2008 au 12 février 2009.

Le tribunal du travail a alloué de ce chef à l'intimée la somme de (4.667,53 - 1.815) 2.852,53 € au motif que la salariée disposait d'un contrat de travail prévoyant une durée hebdomadaire minimale de 30 heures de sorte que l'employeur ne saurait invoquer « le fait qu'il y ait eu prestation en dessous de 30 heures par semaine convenues)

L'appelante fait valoir que selon le contrat de travail *« die Dauer der Arbeitszeit kann nach den Bedürfnissen des Arbeitgebers angepasst werden »* et soutient que la salariée a souhaité travailler du lundi au vendredi que de 11.00 à 15.00 heures, soit (5 x 4) 20 heures par semaine. Elle formule une offre de preuve par l'audition des deux témoins qui ont déjà établi une attestation testimoniale.

L'intimée fait valoir que l'employeur ne fournit aucun décompte des heures prestées, que la clause contractuelle *« die Dauer der Arbeitszeit kann*

nach den Bedürfnissen des Arbeitgebers angepasst werden n'entre pas dans le cadre d'un plan d'organisation du travail au sens de la loi du 12 février 1999 et n'est motivée que par les besoins de l'employeur, la salariée y ayant été contrainte, et que sa volonté de prester moins d'heures que celle convenue n'est pas établie.

S'il est certes vrai que le contrat de travail prévoit que la salariée prestera trente heures par semaine, rien n'empêche cependant les parties en cours d'exécution du contrat de s'accorder à modifier ce quantum.

Cet accord ne serait pas, ainsi que l'intimée le fait valoir à tort, contraire à la loi du 12 février 1999 en ce que cette adaptation du quota horaire n'entrerait pas dans le cadre d'un plan d'organisation du travail. Pour autant que l'intimée vise la loi du 12 février 1999 concernant la mise en oeuvre du plan d'action national en faveur de l'emploi 1998, et notamment ses articles VI. respectivement VII., elle ne précise pas, pour autant que l'entreprise soit soumise à l'obligation de dresser un tel plan, en quoi cette modification ne serait pas compatible avec ce dernier.

Il convient dans un premier temps à l'employeur d'établir l'accord des parties.

Dans son attestation du 18 mars 2010 (farde de l'appelante, pièce 2), le témoin Vincenzo Polito déclare notamment *»Frau B trat ihren Dienst ab dem 01.08.2008,von 11.00 Uhr bis 15.00 Uhr von montags bis freitags an, da sie zwei kleine Kinder hat, konnte sie den Abenddienst nicht annehmen*. » Cette déclaration se trouve en partie en contradiction avec celle du témoin Sylvia du 26 février 2011(pièce 16 de l'intimée) qui déclare que *« dass Frau B ab der Eröffnung morgens ab 10 Uhr (anfangs) und abends ab 18.00 Uhr ihren Dienst angetreten hat. Nachdem der Betrieb im Restaurant nachliess, sollte Frau B erst um 11. Uhr anfangen. Die Endzeiten hingen immer zusammen mit dem Kundenbetrieb. Dadurch verringerten sich Frau Bs Arbeitsstunden. Herr U begründete das oft mit den Worten :"lass das mal meine Sorge sein" »*

Il ne ressort pas de la juxtaposition de ces deux attestations que la salariée ait clairement manifesté son intention de voir réduit son horaire de travail à cause de ses enfants, cette réduction pouvant tout aussi bien avoir été due à une réduction de l'activité du restaurant.

Il n'y a pas lieu de faire droit à l'offre de preuve par témoins de l'appelante par l'audition du témoin P ni à celle de l'intimée qui cite comme témoin Sylvia, étant donné qu'ils ont déjà fait des déclarations écrites sur le fait litigieux et qu'il n'est pas à prévoir que leur témoignage diffèrera de celui que la Cour a analysé ci-dessus.

L'employeur n'ayant pas établi l'accord de la salariée, cette dernière est en droit de réclamer les arriérés de salaire tels que lui alloués par le tribunal du travail.

L'appel n'est pas fondé de ce chef.

III. La période du 12 février au 31 mars 2009.

L'intimée soutient dans le cadre de son appel incident avoir démissionné en raison du harcèlement moral dont elle aurait fait l'objet de la part de son employeur, raison pour laquelle elle n'a pas presté le préavis qu'elle avait donné avec échéance au 1er avril 2011. Elle réclame pour cette période principalement la somme de 1.936 €, sinon celle de 1.286,43 € si elle avait pu prester le délai de préavis légal d'un mois, sinon celle de 1.210 € (un mois de salaire) pour le cas où il devait être retenu qu'elle a démissionné en raison de la faute grave de l'employeur. Elle réclame à titre de réparation du préjudice matériel la somme de 2.420 € et du préjudice moral celle de 3.500 €.

La salariée a démissionné de son poste de travail par lettre du 26 février 2009 avec effet au premier avril suivant. (pièce 2 de l'intimée). Il ressort des éléments du dossier qu'elle a cependant déjà arrêté de travailler le 12 février 2009.

Elle fait valoir, sans cependant l'établir, qu'elle s'est vue contrainte de démissionner en raison du harcèlement moral dont elle aurait fait l'objet de la part de son employeur.

Aucune faute n'étant établie à la charge de ce dernier, les revendications indemnitaires de la salariée sont à rejeter.

L'appel incident de B n'est pas fondé.

La société conclut pour sa part à se voir allouer du chef de la non-prestation du préavis par la salariée la somme de 1.210 € correspondant à un mois de salaire. (conclusions du 23 novembre 2010, page 4)

Cette demande, non critiquée par l'intimée quant à sa recevabilité et son bien-fondé, est à accueillir étant donné que la salariée n'établit aucun évènement extérieur qui l'eût légitimement empêchée d'exécuter cette obligation de faire.

Aucune des parties n'a droit à une indemnité de procédure étant donné qu'elles restent en défaut d'établir l'iniquité requise pour les faire bénéficier des dispositions de 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 les appels principal et incident ;

dit l'appel incident non fondé ;

dit l'appel principal partiellement fondé ;

réformant :

condamne B à payer à la société anonyme A (anciennement : société anonyme A S.A.) la somme de 1.210 € avec les intérêts légaux à partir du 23 novembre 2010 ;

confirme le jugement pour le surplus ;

ordonne la compensation des créances respectives à hauteur de la moins élevée ;

rejette les demandes en indemnité de procédure ;

fait masse des frais et dépens des deux instances et les impose pour un tiers à B et pour deux tiers à la société anonyme A avec distraction de ceux exposés en instance d'appel au profit de Maîtres Charles Kaufhold et Yuri Auffinger, avocats constitués, sur leurs affirmations de droit.