

Arrêt N° 110/18 - VIII - Travail

Exempt – appel en matière de droit du travail

Audience publique du douze juillet deux mille dix-huit

Numéro 38954 du rôle.

Composition:

Lotty PRUSSEN, président de chambre;
Agnès ZAGO, premier conseiller;
Jeanne GUILLAUME, premier conseiller;
Alain BERNARD, greffier.

Entre:

A.), demeurant à L-(...), *admise au bénéfice de l'assistance judiciaire,*

appelante aux termes d'un acte de l'huissier de justice Roland FUNK de Luxembourg du 6 août 2012,

comparant par Maître Barbara KOOPS, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

et:

la société à responsabilité limitée SOC1.), établie et ayant son siège social à L-(...), représentée par son gérant,

intimée aux fins du prédit acte FUNK,

comparant par Maître James JUNKER, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL:

Revu l'arrêt de la Cour d'appel du 8 mai 2014.

Il convient de rappeler que, par requête du 1^{er} mars 2011, A.) avait fait convoquer la société à responsabilité limitée SOC1.) S.A.R.L devant le tribunal du travail d'Esch/Alzette et elle a demandé à ce qu'il soit fait droit à ses revendications suivant décompte rectificatif présenté à l'audience pour un montant de 290,46 EUR du chef d'indemnité pour congé non pris ; un montant de 44.294,08 EUR du chef d'heures supplémentaires, de majoration de 40% pour les heures supplémentaires, de majoration de 70% pour le travail effectué le dimanche et d'indemnité pour repos compensatoire non pris pour le travail les dimanches ; pour un montant 1.272,41 EUR du chef de congé supplémentaire de six jours et pour un montant 1.532,73 EUR du chef de majoration de 100% pour le travail les jours fériés.

Par jugement du 9 juillet 2012, le tribunal du travail d'Esch-sur-Alzette a déclaré fondée la demande de A.) tendant au paiement d'une indemnité compensatoire pour congé non pris en 2010 à concurrence d'un montant de 290,46 EUR.

Le tribunal du travail a rejeté les autres demandes de la salariée en paiement d'heures supplémentaires, en paiement d'heures travaillées les jours fériés légaux, ainsi qu'en paiement d'indemnités pour congé supplémentaire de six jours ouvrables par an dont elle aurait dû bénéficier du fait que ses horaires ne lui auraient pas permis de bénéficier d'un repos hebdomadaire ininterrompu de 44 heures par semaine. Selon le tribunal, la salariée n'avait pas établi ses revendications.

Le 6 août 2012, A.) a régulièrement formé appel contre ce jugement.

Dans son acte d'appel, elle reprend les montants de 44.294,08 EUR, de 1.272,41 EUR et de 1.532,73 EUR réclamés suivant son décompte rectificatif (détaillé ci-avant). Elle conclut à la condamnation de la société SOC1.) au paiement desdits montants, ainsi qu'à l'exécution provisoire.

Par arrêt du 8 mai 2014, la Cour d'appel a rejeté les moyens d'irrecevabilité soulevés par la partie intimée ; invité la SOC1.) à déposer au greffe de la chambre au plus tard le 20 mai 2014 l'original du registre prescrit par l'article L.211-29 du Code du travail tenu pour la période du 1^{er} décembre 2007 au 31 décembre 2010, et à en communiquer une copie à l'avocat de A.) ; réservé la demande de A.) tendant à la communication forcée du registre et sa demande tendant à cette communication sous peine d'astreinte ; ordonné la comparution personnelle des parties et réservé les dépens.

A la suite de la comparution des parties, qui s'est tenue le 16 juin 2014, A.) a maintenu ses prétentions qui seraient établies par les attestations testimoniales versées en cause et elle demande, à titre subsidiaire, à voir entendre les auteurs de ces attestations en tant que témoins.

La prescription

La SOC1.) soulève, en premier lieu, la prescription triennale de l'article L.221-2 du Code du travail pour les arriérés de salaires antérieurs au 1^{er} mars 2008, la prescription n'ayant été interrompue qu'à partir de la requête en justice du 1^{er} mars 2011.

Selon la SOC1.) la prescription peut, en vertu de l'article 2224 du Code civil, être opposée en tout état de cause et même en instance d'appel, à moins que la partie, qui n'a pas opposé le moyen de la prescription ne doive, par les circonstances, être présumée y avoir renoncé, la renonciation ne pouvant résulter que d'un acte accompli en pleine connaissance de cause et sans équivoque possible par le renonçant (CA 15.03.1978, PAS. 24, p. 106).

A.) demande le rejet du moyen tiré de la prescription triennale, l'intimé étant forclos à le soulever pour la première fois en instance d'appel.

En vertu des articles L.221-2 du Code du travail et 2277 du Code civil, l'action en paiement des rémunérations de toute nature se prescrit par trois ans.

En vertu de l'article 2224 du Code civil, la prescription peut être opposée en tout état de cause, même devant la Cour d'appel, à moins que la partie qui n'aurait pas opposé le moyen de la prescription ne doive, par les circonstances être présumée y avoir renoncé.

Aux termes de l'article 2221 du Code civil, la renonciation à la prescription est expresse ou tacite. La renonciation tacite résulte d'un fait qui suppose l'abandon du droit acquis. La renonciation ne peut se présumer, mais elle s'induit des circonstances de la cause, lorsqu'elles ne présentent pas de caractère équivoque. La renonciation tacite résulte de tout fait, postérieur à l'expiration du délai de prescription, supposant nécessairement et sans équivoque, la volonté du renonçant, en pleine connaissance de cause, de ne pas se prévaloir de la prescription (Encyclopédie DALLOZ Vo, Prescription civile N° 788 et suivants).

En l'espèce, il ne saurait être déduit de la seule participation du gérant de la société SOC1.) à la comparution des parties, sans qu'aucun autre acte ait été accompli volontairement de la part de l'employeur, que ce dernier a renoncé à la prescription.

Il s'ensuit que la demande de A.) tendant au paiement des arriérés de salaires antérieurs au 1^{er} mars 2008 est prescrite.

Les demandes en paiement d'heures supplémentaires, d'heures travaillées les dimanches et les jours fériés légaux et l'indemnité pour le repos compensatoire

A.) demande, sur base d'un décompte spécifié dans ses conclusions du 13 juin 2017, la somme de 44.294,08 EUR du chef d'heures supplémentaires, ainsi que de majoration pour travail du dimanche pour la période allant du 1^{er} décembre 2007 au 13 octobre 2010, la somme de 1.532,73 EUR du chef de

travail presté des jours fériés légaux au cours des années 2007 à 2010 et la somme de 1,272,41 EUR sur base de l'article L.233-44 du Code du travail.

Suivant conclusions du 18 décembre 2017, A.) a précisé sa demande relative au travail dominical et elle demande le montant de 18.767,97 EUR pour la période allant du 1 décembre 2007 au 13 octobre 2010, le montant en question comprenant les majorations de 70% pour le travail du dimanche sur base de l'article L.231-7 (2) du Code du travail et l'indemnité pour repos compensatoire sur base de l'article L.231-7 (1) du même code.

Elle se base notamment sur les témoignages d'B.) et de C.), qui établiraient qu'elle a travaillé du mardi au dimanche de 9.30 heures à 14.00 heures et de 18.00 heures à 22.00 heures.

L'employeur serait de mauvaise foi en contestant les déclarations des témoins, dès lors qu'ils auraient travaillé avec l'appelante et l'employeur n'aurait pas manqué de déposer plainte pour faux témoignage si les témoignages ne correspondaient pas à la vérité.

A.) conteste encore les attestations testimoniales fournies par l'employeur, dès lors que ces salariés auraient fait des déclarations favorables à l'employeur par peur de perdre leur emploi. En outre, il serait peu crédible que l'employeur paie 40 heures de travail par semaine pour 39 heures prestées.

Quant au travail dominical, la salariée soutient avoir travaillé du 1^{er} décembre 2007 au 13 octobre 2010 tous les dimanches de 9.30 heures à 14.00 heures et de 18.00 heures à 22.00 heures, soit 8 heures et demi.

Quant aux heures travaillées pendant les jours fériés légaux, A.) fait valoir qu'elle a établi les heures de travail effectuées pendant les jours fériés et elle demande à se voir allouer le montant 1.532,73 EUR du chef de majoration de 100% pour le travail de ces jours fériés.

L'intimée maintient les déclarations du gérant de la société faites lors de la comparution des parties selon lesquelles la salariée avait été engagée, suivant contrat de travail du 1^{er} décembre 2007, pour un travail hebdomadaire de 40 heures et que son travail de travail réel était de 39 heures du mardi au dimanche selon un horaire journalier allant de 11.00 heures à 14.00 heures et de 18.30 heures à 22.00 heures, soit 6X6,5 heures. La différence avec les quarante heures, qui étaient payées, devait permettre une certaine flexibilité quant à l'horaire en cas de surcharge de travail.

Selon la SOC1.), il appartient au salarié d'établir la prestation, de l'accord de l'employeur, des heures supplémentaires. Les attestations testimoniales fournies en cause seraient à rejeter dès lors, d'une part, qu'elles émaneraient de témoins qui n'auraient pas pu constater les horaires de travail de la salariée et, d'autre part, qu'elles seraient imprécises.

Quant au grief tiré de l'absence d'un registre relatant les heures supplémentaires conformément à l'article L.211-9 du Code du travail,

l'employeur fait valoir qu'il estimait ne pas devoir tenir un tel registre, dès lors que A.) n'aurait pas presté d'heures supplémentaires (voir comparution des parties, déclaration gérant, p.2).

En tout état de cause, il serait de jurisprudence constante que le défaut de tenue d'un tel registre n'emporterait pas renversement de la charge de la preuve, l'article L.211-9 du Code du travail ne prévoyant pas de sanction (Cour d'appel 12 décembre 2013, rôle 38752 et Cour d'appel 07 janvier 2016, rôle 41657).

La SOC1.) demande enfin acte qu'elle ne dispose pas du registre spécial prévu à l'article L.211-29 du Code du travail.

Quant au travail dominical, l'employeur relève que si A.) a travaillé tous les dimanches pendant 6 heures et demi et si, en principe, le travail du dimanche ouvre, sur base de l'article L.231-7, paragraphes 1 et 2, alinéas 1 et 2 du Code du travail, droit à une majoration de 70% du salaire horaire et à un repos compensatoire équivalant à 170% du salaire, l'article L.231-6 (1) alinéa 1 ferait une exception pour certaines entreprises, dont les hôtels et restaurants. En tout état de cause, le montant réclamé par la salariée du chef de majoration pour les dimanches serait largement surfait et il y aurait lieu de tenir compte, à cet égard, de la prescription et des congés annuels pris par A.).

Quant au travail durant les jours fériés, la salariée resterait encore en défaut d'établir avoir travaillé des jours fériés et la SOC1.) conteste tout travail de la part de A.). Elle relève, à cet égard, que le restaurant était toujours fermé à la fin de l'année (Noël et Nouvel an) et que les attestations testimoniales n'établissent pas les affirmations de la salariée.

En ordre subsidiaire, l'employeur fait valoir qu'en vertu de l'article L.232-1 (1) du Code du travail relatif aux jours fériés et en vertu du règlement d'exécution du 8 octobre 1976, concernant la rémunération du travail des jours fériés dans les entreprises à caractère saisonnier, en l'occurrence les entreprises de restauration et débits de boisson, seule une demie journée de repos par semaine serait due pour l'ensemble des jours fériés légaux travaillés et il n'y aurait pas lieu à application de l'article L.231-7 du Code du travail, de sorte que la demande de majoration à 100% serait à rejeter.

Les heures supplémentaires

La Cour d'appel prend acte d'abord de ce que l'employeur reconnaît ne pas avoir tenu de registre pour l'inscription des heures supplémentaires, de sorte que la demande de A.) tendant à la communication forcée du registre sous peine d'astreinte devient sans objet.

Conformément à l'article 1315 du Code civil, il incombe au salarié qui soutient avoir presté des heures supplémentaires en dehors de son horaire hebdomadaire normal de prouver la réalité de ces heures de travail et le fait qu'elles ont été prestées à la demande de l'employeur et de son accord.

Si à cet égard, la tenue par l'employeur d'un registre spécial des heures de travail renseignant toutes les prolongations de la durée normale de travail et/ou les heures prestées les dimanches supplémentaires est certes de nature à alléger la charge de la preuve du salarié, l'absence de la tenue d'un tel registre ou encore l'absence d'un décompte détaillé quant au mode de calcul de son salaire n'a pas d'incidence au niveau de la charge de la preuve et n'est pas de nature à rendre impossible la preuve du salarié quant au bien-fondé de ses prétentions relatives à la rémunération d'heures de travail supplémentaires.

Il est constant en cause que, suivant contrat de travail à durée indéterminée du 1^{er} décembre 2007, A.) a été engagée en qualité d'aide-cuisinière, la durée de travail stipulée ayant été de 40 heures par semaine avec un horaire de 11.00 heures à 14.00 heures et de 18.00 heures à 22.00 heures.

Lors de la comparution personnelle des parties D.) a déclaré que « *Mme A.) travaillait de 11 à 14 heures et de 18.30 à 22 heures, 39 heures par semaine du mardi au dimanche inclus* ».

A.) se base sur deux attestations testimoniales pour établir qu'elle aurait travaillé du mardi au dimanche de 9.30 heures à 14.00 heures et de 18.00 heures à 22.00 heures.

La Cour rejoint la juridiction de première instance en ce qu'elle a retenu que les attestations testimoniales fournies par la salariée n'établissaient pas les heures de travail alléguées par A.), l'attestation de C.) n'étant pas pertinente, dès lors que le témoin n'a pas pu constater les allées et venues, ni le travail presté de la salariée et l'attestation d'B.) étant trop imprécise, la seule indication que le témoin aurait souvent vu A.) travailler étant insuffisante pour établir qu'elle a toujours travaillé de 9.30 heures à 14.00 heures et de 18.00 heures à 22.00 heures, les deux témoins n'ayant, en outre, pu donner une quelconque indication quant à la demande et l'accord de l'employeur relatifs aux heures supplémentaires alléguées.

Le gérant de la SOC1.) ayant maintenu ses déclarations selon lesquelles A.) travaillait 39 heures par semaine, mais se voyait payer 40 heures par semaine et dans la mesure où le contrat de travail stipule 40 heures de travail par semaine et où les fiches de salaires versées en cause indiquent la prestation de 173 heures par mois ce qui n'a jamais été contesté par la salariée au cours de son travail, il y a lieu de confirmer le jugement entrepris en ce qu'il a retenu que la prestation d'heures supplémentaires alléguée par la salariée laisse d'être prouvée.

Les jours fériés légaux

La Cour constate que, pas plus qu'en première instance, A.) n'établit avoir travaillé les jours fériés légaux et l'employeur a maintenu ses contestations à cet égard.

Or, tant l'attestation testimoniale d'B.) que celle de C.) sont trop imprécises pour établir le travail allégué au cours des jours fériés légaux, la seule indication que

le témoin est allé de nombreuses fois au restaurant et voyait A.) travailler étant insuffisante pour établir si et quels jours fériés la salariée aurait travaillé.

A l'instar des juges de première instance, la Cour retient qu'il n'y a pas lieu d'admettre l'offre de preuve formulée par la salariée eu égard au temps passé, à l'absence de réaction de la salariée au cours du contrat de travail et à l'imprécision de l'attestation du témoin proposé.

Le travail dominical

Par conclusions du 18 décembre 2017, A.) a requis la condamnation de la SOC1.) au paiement du montant de 18.767,97 EUR du chef de majoration de 70% pour travail le dimanche et d'indemnité compensatoire de congé non pris pour les dimanches travaillés sur base des articles L.231-7 (2) et L.231-7 (1) du Code du travail.

Il ressort des déclarations du gérant de la SOC1.), D.), lors de la comparution des parties qu'il ne conteste pas que A.) a travaillé les dimanches. Ainsi, il a indiqué que le jour de repos était le lundi et il a précisé qu'il n'inscrivait pas le travail du dimanche sur un registre, ignorant qu'il fallait avoir un tel registre.

L'interdiction faite aux employeurs du secteur public et du secteur privé, en vertu de l'article L.231-1 du Code du travail d'occuper au travail, les jours de dimanche de minuit à minuit ne s'applique pas, en vertu de l'article L.231-6 (1) « *1.aux hôtels, restaurants, cantines, débits de boissons et autres établissements où sont servies des consommations* ».

Aux termes de l'article L.231-7 (2) du Code du travail : « *Le travail de dimanche ouvre droit pour les salariés visés au paragraphe (1) à une majoration de salaire ou d'indemnité de soixante-dix pour cent pour chaque heure travaillée le dimanche* ».

Aux termes de l'article L. 231-7 (1), « *Les salariés qui, par l'effet d'une des exceptions visées aux articles L.231-2 à L.231-6, sont occupés le dimanche, ont droit à un repos compensatoire. Il ne doit pas être nécessairement fixé le dimanche ni au même jour pour tous les salariés d'une même entreprise. Le repos compensatoire doit être d'une journée entière si le travail de dimanche a duré plus de quatre heures et d'une demi-journée au moins s'il n'a pas excédé quatre heures. Dans ce dernier cas, le repos compensatoire doit être accordé avant ou après 13.00 heures et ce jour-là la durée de travail ne peut excéder cinq heures* ».

L'article L.231-7(2) alinéa 3 prévoit une dérogation à l'article L. 231-7 (1) en matière de restauration : « *Par dérogation aux dispositions de l'alinéa 1 du présent paragraphe, le travail de dimanche dans une des entreprises visées aux points 1 et 4 du paragraphe (1) de l'article L. 231-6 ouvre droit pour le salarié totalisant au cours de l'année de calendrier vingt dimanches d'occupation au moins à deux journées de congé payé venant s'ajouter au congé annuel de récréation*».

L'article L.231-11 du Code du travail dispose en son alinéa premier :

« Sans préjudice de l'alinéa 3 du présent article et indépendamment de toute constatation notamment de la part de l'Inspection du travail et des mines, tout travailleur bénéficie, au cours de chaque période de 7 jours, d'une période minimale de repos sans interruption de 44 heures »

L'alinéa 3 du même article est libellé comme suit :

«Les salariés dont le service ne permet pas le repos ininterrompu de 44 heures par semaine, d'après constatation de l'Inspection du travail et des mines, ont droit à un congé supplémentaire de 6 jours ouvrables par an. »

Il est constant en cause que, durant son occupation auprès de l'intimé, A.) a travaillé les dimanches.

La SOC1.) tombe dans le champ d'application de l'article L.231-6 (1) 1 du Code du travail, prévoyant une exception à l'interdiction du travail de dimanche au profit des établissements où sont servies des consommations, de sorte que la dérogation de l'article L.231-7(2) alinéa 3 du même code s'applique.

En application de l'article L.231-7 in fine du Code du travail, A.) a droit à 2 jours de congés payés venant s'ajouter au congé annuel de récréation, dès lors qu'en tenant compte de la prescription et de la fin de la relation de travail le 13 octobre 2010, les 20 dimanches d'occupation sont atteints pour la salariée pour chacune des années concernées, 2008, 2009 et 2010.

Il s'ensuit que A.) a droit au paiement de 2 jours de congé pour chaque année, soit pour l'année 2008, le montant de $2 \times 6,5 \times 9,30 = 81,90$ EUR, pour l'année 2009, le montant de $2 \times 6,5 \times 9,72 = 126,36$ EUR et pour l'année 2010, le montant de $2 \times 6,5 \times 9,97 = 129,61$ EUR, soit le montant total de 337,87 EUR.

En application de l'article L.231-7 (2) du Code du travail A.) a encore droit à une majoration de salaire ou d'indemnité de soixante-dix pour cent pour chaque heure travaillée le dimanche.

En tenant compte des congés légaux, la salariée a droit pour l'année 2008 à la majoration pour 43 dimanches moins 6 dimanches de congés légaux, soit 37 dimanches $\times 6,5$ heures $\times 9,30 \times 70\% = 1.565,65$ EUR ; pour l'année 2009, elle a droit à 47 dimanches $\times 6,5$ heures $\times 9,72 \times 70\% = 2.078,62$ EUR ; pour l'année 2010 jusqu'au 31 octobre 2010, elle a droit à 36 dimanches $\times 6,5$ heures $\times 9,97 \times 70\% = 1.633,09$ EUR, soit un total de 5.277,36 EUR.

Eu égard aux déclarations du gérant SOC1.) lors de la comparution des parties, il est encore constant en cause que A.) a travaillé du mardi au dimanche inclus et qu'elle ne bénéficiait que du lundi comme jour de repos, de sorte que son temps de repos entre le dimanche 22.00 heures et le mardi 11.00 heures n'était que de 37 heures, de sorte qu'il y a lieu à l'application de l'alinéa 3 de l'article L.231-11 du Code du travail.

A.) a partant encore droit à 6 jours de congé par année de travail.

En tenant compte de la prescription et au vu de ce qui précède, cela fait 4,5 jours de congé pour l'année 2008, 6 jours de congé pour l'année 2009 et 4,5 jours de congé pour l'année 2010, soit les montants de $4,5 \times 6,5 \times 9,30 = 272,02$ EUR, de $6 \times 6,5 \times 9,72 = 379,08$ EUR et de $4,5 \times 6,5 \times 9,97 = 291,62$ EUR, soit au total 942,72 EUR.

Par réformation de la décision entreprise, il y a donc lieu de condamner l'employeur aux montants de $337,87 + 5.277,36 + 942,72$, soit le montant total de 6.557,95 EUR, augmenté des intérêts légaux à partir du jour de la demande en justice jusqu'à solde.

S'agissant d'arriérés de salaires, il convient de faire droit à la demande de la salariée en ce qui concerne l'exécution provisoire pour la condamnation en question.

Les indemnités de procédure

La SOC1.) demande une indemnité de procédure de 2.500,- EUR pour l'instance d'appel et le rejet des demandes de A.) basées sur l'article 240 du Nouveau code de procédure civile. Ne justifiant pas de l'iniquité requise par l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile, la demande de l'intimée basée sur l'article 240 du Nouveau code de procédure civile pour l'instance d'appel n'est pas fondée.

A.) demande une indemnité de procédure de 1.000,- EUR pour la première instance et de 2.000,- EUR pour l'instance d'appel. S'il y a lieu de confirmer le jugement entrepris en ce qu'il a débouté la salariée de sa demande en allocation d'une indemnité de procédure pour la première instance, il serait inéquitable de laisser l'entière des frais les frais non compris dans les dépens qu'elle était tenue d'exposer pour l'instance d'appel et il convient de lui allouer une indemnité de procédure de 1.000,- EUR.

PAR CES MOTIFS:

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

statuant en continuation de l'arrêt du 8 mai 2014;

dit l'appel de A.) partiellement fondé;

réformant :

dit la demande de A.) fondée à hauteur des montants de 337,87 EUR + 5.277,36 EUR + 942,72 EUR, soit le montant total de 6.557,95 EUR;

condamne la société à responsabilité limitée SOC1.) à payer à A.) le montant de 6.557,95 EUR avec les intérêts légaux à partir de la demande en justice jusqu'à solde;

ordonne l'exécution provisoire de l'arrêt en ce qui concerne la condamnation au montant de 6.557,95 EUR;

confirme pour le surplus le jugement entrepris;

rejette la demande de la société à responsabilité limitée SOC1.) basée sur l'article 240 du Nouveau code de procédure civile pour l'instance d'appel;

dit la demande de A.) basée sur l'article 240 du Nouveau code de procédure civile fondée à hauteur de 1.000,- EUR pour l'instance d'appel;

condamne la société à responsabilité limitée SOC1.) à payer à A.) le montant de 1.000,- EUR ;

condamne la société à responsabilité limitée SOC1.) aux frais et dépens de l'instance d'appel.

La lecture de cet arrêt a été faite à l'audience publique indiquée ci-dessus par Lotty PRUSSEN, président de chambre, en présence du greffier Alain BERNARD.