

Audience publique extraordinaire du 15 septembre 2010

Ordonnance de référé

Par requête régulièrement déposée au greffe de la Justice de Paix de et à Esch-sur-Alzette en date du 17 mai 2010, laquelle requête demeure annexée à la minute de la présente ordonnance de référé

dans la cause entre

A.), salarié, demeurant à F-(...) (France), (...),

- *partie demanderesse* - , comparant par Maître Déborah SUTTER, en remplacement de Maître Jean-Marie BAULER, tous les deux avocats à la Cour à Luxembourg,

et

SOCI.) S.A., représentée par son conseil d'administration, inscrite au registre de commerce et des sociétés à Luxembourg sous le numéro B (...), établie et ayant son siège social à L-(...), (...),

- *partie défenderesse* - , comparant par Maître Nicolas BAUER, avocat à la Cour à Esch-sur-Alzette, en remplacement de Maître Georges PIERRET, avocat à la Cour à Luxembourg,

la partie requérante demanda la convocation de son employeuse **SOCI.) S.A.** devant le président du tribunal du travail d'ici, siégeant en matière de référé conformément aux articles 941 et suivants du Nouveau Code de Procédure Civile, aux fins de l'y entendre condamner à lui payer par provision les montants de 1.385,92.- € à titre de salaire arriéré des mois d'octobre, de novembre et de décembre 2009, ce montant avec les intérêts légaux à partir du 22 février 2010, date d'envoi d'une mise en demeure par lettre recommandée, jusqu'à solde, et de 750.- € à titre d'indemnité de procès sur la base de l'article 240 du Nouveau Code de Procédure Civile.

Conformément à l'article 943 du Nouveau Code de Procédure Civile les parties furent convoquées par la voie du greffe à l'audience publique du 08 juin 2010.

A cette audience publique les deux parties comparurent par mandataires.

A leur demande l'affaire fut reportée à l'audience publique du 13 juillet 2010.

A cette audience publique les mandataires des deux parties furent entendus en leurs explications et moyens.

Le mandataire d'**SOCI.)** S.A. donna lecture des conclusions écrites que voici:

« **NOTE D E PLAIDOIRIES**

POUR:

la société anonyme **SOCI.) S.A.**, établie et ayant son siège social à L-(...), (...), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro B(...);

partie défenderesse,

comparant par Maître Georges PIERRET, avocat la Cour, demeurant Luxembourg;

CONTRE:

Monsieur **A.)**, demeurant à F-(...), (...);

partie demanderesse,

comparant par Maître Jean-Marie BAULER, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

Outre les autres moyens de défense développés oralement à l'encontre de la demande adverse, la partie **SOCI.)** entend insister dans cette note sur l'irrecevabilité de la demande adverse ;

L'art. 942 alinéa 2 du NCPC dispose que "Dans les cas où l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable, il (le président du tribunal du travail) peut accorder une provision au créancier."

En l'espèce, **SOCI.)** estime qu'il existe de nombreuses contestations sérieuses qui rendent la demande adverse irrecevable ;

La loi du 13 mai 2008 portant introduction d'un statut unique a modifié l'ancien art. 10 CAS devenu depuis l'art. 10 CSS ;

Auparavant, dans l'ancien art. 10 CAS, l'indemnité pécuniaire était "calculée par référence à la rémunération brute que l'assuré aurait gagné en cas de continuation du travail pendant le congé de maladie". Il résulte des travaux parlementaires et notamment de l'exposé des motifs (N°5750) que le législateur avait souhaité abandonné cette formulation qui rendait délicate le calcul de l'indemnité pécuniaire de maladie. En effet, en raison des mesures de réorganisation que l'entreprise devait prendre pour pallier à l'absence de son salarié, l'opération de calcul du salaire qu'il aurait gagné en cas de continuation du travail devenait totalement fictive au fur et à mesure que son absence se prolongeait...

De même, auparavant, s'agissant des ouvriers, les heures supplémentaires entraient dans le calcul de leur indemnité pécuniaire de maladie à la double condition que des heures supplémentaires aient été prestées pendant chacun des trois mois précédant l'incapacité de travail et que l'horaire de travail pour la période d'incapacité de travail ait comporté la prestation d'heures supplémentaires.

Suite à un consensus entre partenaires sociaux, les heures supplémentaires ont été spécialement (!) écartées du mode de calcul de l'indemnité pécuniaire de maladie.

Dorénavant, l'art. 10 CSS prévoit que "l'indemnité pécuniaire de maladie est calculée sur la base de l'assiette cotisable définie aux articles 34 et 39 (...)."

L'art. 34 CSS dispose à ce propos que le revenu professionnel (l'assiette de cotisation) "correspond à la rémunération de base ainsi qu'aux compléments et accessoires, à condition qu'ils soient payables mensuellement en espèces, à l'exception de la rémunération des heures supplémentaires. (...) Un règlement grand-ducal peut préciser les éléments de l'assiette de cotisation."

Il est constant qu'**SOC1.)** a payé à **A.)** la rémunération de base au sens de la convention collective et de l'art 34 CSS. A l'exception de la "Prime chèque repas" qui a été prise en compte mensuellement pendant sa maladie, elle estime qu'elle n'était pas tenue d'y adjoindre d'autres "compléments et accessoires" en l'espèce totalement inexistantes

Tout d'abord, il faut relever que la charge de la preuve incombe au demandeur. Or, il n'est pas prouvé par **A.)** que les éventuels suppléments pour le travail de nuit ainsi que les éventuels suppléments pour le travail dominical réclamés fassent partie de la rémunération de base ou qu'il s'agisse de "complément et accessoires" au sens de la loi. A ce propos, il convient d'insister sur le fait qu'aucun règlement grand-ducal n'est à ce jour intervenu pour préciser positivement les éléments de l'assiette de cotisation.

De l'avis d'**SOC1.)**, le juge des référés ne saurait se substituer au pouvoir réglementaire en donnant une interprétation à la loi que même le juge du fond ne serait pas en droit de lui donner !

Pour le surplus, il résulte ici aussi des travaux parlementaires que ces "compléments et accessoires" peuvent être des "indemnités, allocations ou primes, etc. ." payables mensuellement, peu importe la dénomination donnée par les parties.

Au contraire, ces "compléments et accessoires" ne peuvent être une rémunération en nature, un 13e mois, une gratification, une participation ou un avantage qui ne sont pas payés chaque mois.

Sont également spécialement exclus de l'assiette de cotisation, les heures supplémentaires "qu'il serait aléatoire de déterminer" selon la formulation utilisée dans l'exposé des motifs.

De l'avis de **SOC1.)** , sont de même exclus de l'assiette de cotisation tous les autres suppléments de salaire qui ne sont que la contrepartie légale d'un travail qui aurait été presté dans des conditions particulières et qu'il serait aléatoire de déterminer en l'absence de toute prestation effective de travail par le salarié malade (heures supplémentaires, heures de dimanche et de jour férié, heures de nuit, etc.).

SOC1.) s'appuie dans cette interprétation sur l'avis du Conseil d'Etat du 19 février 2008 (N°57505):

"L'accord trouvé avec les partenaires sociaux paraît être **clair** feront partie de la base de calcul le salaire de base ainsi que les avantages et compléments résultant de son contrat de travail et qui ne sont pas liés à une prestation effective de la part du salarié".

A noter encore que dans l'ancien régime, les suppléments pour heures de nuit et de dimanche n'étaient jamais pris en compte dans le calcul du maintien de la rémunération des employés privés...

Il convient encore de donner acte à **SOC1.)** de ses autres contestations

Les pièces versées par la partie requérante (farde de 6 pièces communiquées le 10 juin 2010) ne sont absolument pas probantes.

Notamment, les pièces rassemblées sous la pièce n°2 "plans de travail" sont datées d'octobre 2003, de novembre 2003 et de décembre 2009. Il n'existe donc aucun prétendu plan de travail versé pour les mois d'octobre 2009 et de novembre 2009.

Outre ce "petit problème" ces pièces contredisent totalement l'argumentation adverse.

Premièrement, les mentions informatiques de l'édition de ces documents (inscrites en bas à gauche sur chaque feuille) démontrent que ces pièces ont toutes été éditées informatiquement le 18 février 2010. Il ne s'agit donc pas des plans de travail qui selon la requête avaient été "établis et communiqués au requérant longtemps avant la période de son incapacité de travail (pièce 2)". L'existence de tels plans de travail antérieurs aux incapacités de travail et prévoyant pour **A.)** la prestation d'heures de dimanche et de nuit est formellement contestée. Il en est de même de l'allégation selon laquelle ces plans de travail auraient été communiqués au requérant "longtemps avant" les incapacités de travail en question.

Deuxièmement, sur ces documents **A.)** n'est pas désigné comme présent au travail (indication selon laquelle il aurait presté (8) huit heures) mais comme malade (M). Ces documents ne sont donc pas des plannings prévisionnels qui auraient été remis aux salariés avant la prestation de leur travail mais des feuilles de pointage établies postérieurement.

En aucun cas, ces feuilles de pointage ne prouvent donc l'allégation adverse selon laquelle "une planification de travail arrêtée au préalable" existait, de même

que la circonstance selon laquelle A.) aurait normalement presté des heures le dimanche ainsi que des heures de nuit s'il n'avait pas été incapable de travailler.

A.) ayant été déclaré incapable de travailler sans interruption du 15 octobre 2009 au 20 décembre 2009, le fait de lire sur une feuille de pointage qu'il était notamment malade en date du dimanche 6 décembre 2009, ne fait pas supposer qu'il était censé venir travailler le jour en question ... Il est par contre constant qu'il était malade le jour en question.

Les montants réclamés sont par ailleurs contestés et ne sont justifiés par aucune pièce, ni décompte pertinent.

PAR CES MOTIFS, PLAISE AU PRESIDENT DU TRIBUNAL
DU TRAVAIL D'ESCH-SUR-ALZETTE

dire que l'existence des obligations alléguées à charge d'(SOC1.) est sérieusement contestable et fait échec à l'attribution d'une provision,

déclarer la demande irrecevable, sinon non fondée,

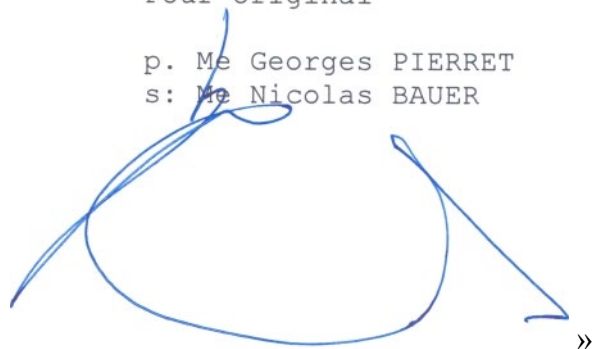
condamner la partie demanderesse à payer à la partie de Maître Georges PIERRET une partie des sommes exposées par elle et non comprises dans les dépens, pour les frais et honoraires d'avocat ainsi que les frais de déplacement et les faux frais exposés (copies, taxes, timbres, téléphone, etc.) qu'il serait injuste de laisser à l'unique charge de la partie de Maître Georges PIERRET compte tenu de l'attitude adverse ayant conduit au litige, évaluée à 500 euros, au voeu de l'article 240 du Nouveau Code de Procédure Civile,

réserver à la partie de Maître Georges PIERRET, tous autres droits, dus, moyens et actions,

Luxembourg, le 13 juillet 2010

Pour original

p. Me Georges PIERRET
s: Me Nicolas BAUER



»

Aux termes de l'article 942, alinéa 2, du Nouveau Code de Procédure Civile le président du tribunal du travail siégeant comme juge des référés peut accorder une

provision au créancier dans le cas où l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable.

La contestation sérieuse est celle que le juge ne peut sans hésitation rejeter en quelques mots. Il y a contestation sérieuse si l'un des moyens de défense opposé à la prétention du demandeur n'est pas manifestement vain, dès lors qu'il existe une incertitude, si faible soit-elle, sur le sens dans lequel trancherait le juge du fond (cf. Cour d'Appel Luxembourg, deuxième chambre, 20 janvier 1986, Met B. c/ E., Pasicrisie Luxembourgeoise tome 26, p. 368).

1) Quant à la demande en paiement des salaires arriérés des mois d'octobre, de novembre et de décembre 2009.

Il est constant en cause que **A.)** est au service de la partie défenderesse depuis le 12 mars 1990 en qualité d'ouvrier, travail qui lui procure un salaire mensuel brut de 3.115,43.- €.

Il était en congé de maladie pendant la période du 15 octobre au 20 décembre 2009.

Il soutient que pendant cette période il aurait normalement dû travailler pendant certaines nuits et certains dimanches, travail qui lui aurait normalement procuré conformément à la convention collective liant les parties un supplément de salaire s'élevant d'après ses calculs à la somme réclamée de 1.385,92.- €.

SOC1.) S.A. estime que **A.)** n'ayant pas effectivement travaillé les nuits et les dimanches en question du fait de sa maladie, elle ne serait pas tenue de payer les suppléments visés par **A.)** dans sa requête.

Pour justifier son refus **SOC1.)** S.A. se rapporte à la loi du 13 mai 2008 portant introduction d'un statut unique.

Il convient de souligner que suivant ses dernières conclusions **SOC1.)** S.A. ne conteste plus que les plans de travail versés par **A.)** pour établir qu'il aurait normalement dû travailler certaines nuits et certains dimanches pendant la période du 15 octobre au 20 décembre 2009 émanent de la part de ses services, se bornant à contester que ces plans aient été communiqués au requérant « longtemps avant la période de son incapacité de travail ».

La date à laquelle ces plans étaient communiqués au requérant est sans importance du moment qu'il est constant en cause qu'ils émanent des services de la partie défenderesse et qu'il en ressort que, s'il n'avait pas été malade, **A.)** aurait dû travailler les nuits et dimanches y renseignés.

L'article 1^{er}, 2^o, a) de la loi du 13 mai 2008 portant introduction d'un statut unique dispose ce qui suit:

« Le salarié incapable de travailler a droit **au maintien intégral de son salaire et des autres avantages** résultant de son contrat de travail jusqu'à la fin du mois de

calendrier au cours duquel se situe le soixante-dix-septième jour d'incapacité de travail pendant une période de référence de douze mois de calendrier successifs. Un nouveau droit à la conservation du salaire n'est ouvert qu'au début du mois suivant celui pour lequel cette limite n'est plus atteinte. »

Comme A.) réclame le paiement d'un salaire et non pas le paiement d'une indemnité pécuniaire de maladie, les développements de la partie défenderesse quant à la détermination de l'indemnité pécuniaire de maladie sont sans intérêt pour la solution du litige et ne sauraient valoir contestation sérieuse de la demande de A.) .

Le droit du salarié au maintien intégral de son salaire pendant son congé de maladie fut mentionné pour la première fois à l'article 8 de la loi du 31 octobre 1919 portant règlement légal du louage de service des employés privés et repris à l'article 35 de la loi du 24 mai 1989 sur le contrat de travail.

Si la loi précitée du 13 mai 2008 portant introduction d'un statut unique a étendu le bénéfice du maintien intégral du salaire et des autres avantages résultant du contrat de travail aux ouvriers qui en étaient privés auparavant et a par contre réduit la durée de la période donnant droit à la conservation du salaire, elle n'a absolument rien changé quant au principe même du maintien intégral du salaire et des autres avantages résultant du contrat de travail, principe qui d'après la doctrine et la jurisprudence signifie que le salarié malade doit toucher exactement le même salaire au sens le plus large que s'il n'était pas malade.

« Pour établir le montant du traitement mensuel, on doit tenir compte bien entendu de la rémunération accessoire: tantièmes, commissions, prestations en nature, etc. (Voir compte-rendu 1929-30 a. page 207.) Le traitement du voyageur de commerce qui est payé à la commission doit être établi d'après son chiffre d'affaires normal. » (Le Contrat de Travail des Employés dans le Grand-Duché de Luxembourg par Tony PEMMERS, IIe édition revue, adaptée à la législation nouvelle et augmentée par Paul ELVINGER, Imprimerie BOURG-BOURGER 1952, n°257, page 110).

« Il en découle (de l'article 35.(3) de la loi du 24 mai 1989 sur le contrat de travail) qu'au cas où, comme en l'espèce, l'employé privé a presté régulièrement des heures supplémentaires, son salaire pendant le congé de maladie doit être calculé en fonction du salaire majoré dû habituellement. » (Tribunal du Travail Esch-sur-Alzette, 3 octobre 1995, M.-J. C. c./ la s.à r.l. V. L. K., répertoire n°1744/95).

Ce jugement fut confirmé par la Cour d'Appel du Grand-Duché de Luxembourg en ces termes:

« L'appelante fait encore valoir, en ordre subsidiaire, que la rémunération pour heures supplémentaires ne serait pas due pour les périodes d'incapacité de travail et de congé de récréation.

C'est cependant pour de justes motifs que la Cour adopte et qui répondent aux conclusions prises en appel que les premiers juges ont décidé qu'en raison du caractère régulier des heures supplémentaires prestées par l'intimée, celle-ci avait

droit également pendant ses congés de maladie et de récréation, en vertu des articles 35(3) de la loi du 24 mai 1989 sur le contrat de travail et 14 de la loi modifiée du 22 avril 1966 portant réglementation uniforme du congé annuel des salariés du secteur privé, au salaire majoré dû habituellement.

L'appel n'est donc pas fondé. » (Cour d'Appel Luxembourg, 29 mai 1997, la société à responsabilité limitée V. L. K. c./ M. D. N. G., épouse R. C. C., n°18754 du rôle).

Il en suit que les contestations en droit opposées par la partie défenderesse à la demande provisionnelle de A.) ne sont point sérieuses.

Les calculs opérés par celui-ci n'ayant pas été contestés de façon circonstanciée par la partie défenderesse, sa demande provisionnelle est recevable, fondée et justifiée pour le montant réclamé de 1.385,92.- €.

Les intérêts au taux légal sur ce montant sont dus à partir du 22 février 2010, date de l'envoi d'une mise en demeure par lettre recommandée.

2) Quant à la demande de A.) en paiement d'une indemnité de procès.

A.) ne fait pas valoir d'autres frais non compris dans les dépens que les honoraires de son avocat.

Etant donné que la partie qui demande le bénéfice des dispositions de l'article 240 du Nouveau Code de Procédure Civile n'a pas à fournir de justificatif du montant dont elle demande l'allocation à titre d'honoraires d'avocat, il en suit qu'il appartient au juge d'allouer au titre de ces frais non compris dans les dépens le montant qu'il estime convenir, compte tenu de tous les éléments d'appréciation dont il dispose (cf. Cour d'Appel Luxembourg, septième chambre, 20 novembre 1990, P N. c./ S. W., n°12711 du rôle; Cour d'Appel Luxembourg, huitième chambre, 05 mars 1998, E M. L. c./ la société anonyme S n°s 19339 + 19598 du rôle; Cour d'Appel Luxembourg, huitième chambre, 16 décembre 1999, M. c./ 1. la société à responsabilité limitée MR., 2. l'ETAT DU GRAND-DUCHE DE LUXEMBOURG, n°23070 du rôle; Cour d'Appel Luxembourg, troisième chambre, 19 juin 2003, la société à responsabilité limitée C & S. s.à r.l. c./ 1) A. F. P., 2) l'ETAT DU GRAND-DUCHE DE LUXEMBOURG, n°27083 du rôle).

Eu égard à la situation financière modeste de A.) , à la nature et au résultat du litige, le président du tribunal du travail possède les éléments d'appréciation suffisants pour fixer à 500.- € la part des frais non compris dans les dépens qu'il serait inéquitable de laisser à charge de A.) .

3) Quant à la demande d'SOC1.) S.A. en paiement d'une indemnité de procès.

Faute par elle d'avoir établi l'iniquité requise par l'article 240 du Nouveau Code de Procédure Civile, la demande afférente d'SOC1.) S.A. est mal fondée et requiert un rejet.

Par ces motifs,

Nous Jean-Marie HENGEN, Conseiller Honoraire à la Cour d'Appel et Juge de Paix Directeur, siégeant en tant que Président du Tribunal de Travail de et à Esch-sur-Alzette comme juge des référés, assisté de Alain JUNG, Adjoint au Greffier en Chef, statuant contradictoirement à l'égard de toutes les parties et en **dernier ressort**,

au principal renvoyons les parties à se pourvoir devant qui de droit mais dès à présent et par provision,

recevons la requête de **A.)** en la pure forme;

disons la demande provisionnelle de **A.)** recevable, fondée et justifiée pour le montant de 1.385,92.- € à titre de salaire arriéré des mois d'octobre, de novembre et de décembre 2009 avec les intérêts légaux sur ce montant à partir du 22 février 2010 jusqu'à solde;

condamnons **SOC1.) S.A.** à payer à **A.)** la somme de 1.385,92.- €, sous réserve de déduction des retenues légales, avec les intérêts légaux sur cette somme à partir du 22 février 2010 jusqu'à solde, et ce à titre de provision;

disons la demande de **A.)** en obtention d'une indemnité de procès sur base de l'article 240 du Nouveau Code de Procédure Civile fondée et justifiée pour le montant de 500.- €;

condamnons **SOC1.) S.A.** à payer à **A.)** de ce chef la somme de 500.- €;

disons la demande de **SOC1.) S.A.** en paiement d'une indemnité de procès mal fondée et la rejetons;

condamnons **SOC1.) S.A.** à tous les dépens, ceux échus à ce jour étant liquidés à 0.- €;

ordonnons l'exécution provisoire de la présente ordonnance, nonobstant appel, sans caution et au seul vu de la minute.

Ainsi décidé et prononcé en l'audience publique extraordinaire, fixée par Nous conformément aux pouvoirs Nous conférés par l'article 142, dernier alinéa, de la loi modifiée du 07 mars 1980 sur l'organisation judiciaire, à aujourd'hui, 15 septembre 2010, à 15.00 heures, salle d'audience n°14 au premier étage, et Nous avons signé avec le greffier.