Arrêt N° 130/18 - III – TRAV

Exempt - appel en matière de droit du travail.

Audience publique du huit novembre deux mille dix-huit.

Numéro 45143 du rôle

Composition:

Ria LUTZ, présidente de chambre,
Marie-Laure MEYER, premier conseiller,
Carole KERSCHEN, conseiller,
Isabelle HIPPERT, greffier.

Entre :

la L1, association reconnue d'utilité publique, ayant son siège social à L-(…), représentée par sa présidente, son secrétaire et son trésorier actuellement en fonctions,

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Gilbert RUKAVINA de Diekirch du 26 juin 2017,

comparant par LOYENS & LOEFF LUXEMBOURG s.à r.l., établie et ayant son siège social à L-2540 Luxembourg, 18-20, rue Edward Steichen, inscrite à la liste V du Tableau de l'ordre des avocats du Barreau de Luxembourg, représentée aux fins de la présente procédure par Maître Véronique HOFFELD, avocat à la Cour à Luxembourg,

et :

A, demeurant à L-(…),

intimé aux fins du susdit exploit RUKAVINA,

comparant par Maître Joëlle CHRISTEN, avocat à la Cour à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL:

Vu l'ordonnance de clôture de l'instruction du 18 septembre 2018.

Ouï le magistrat de la mise en état en son rapport oral à l'audience.

Par requête déposée le 29 juin 2016 au greffe du tribunal du travail, A a fait convoquer son ancien employeur, l'association L1, (ci-après la L1), devant le tribunal du travail de Luxembourg pour l'entendre condamner à lui payer, à titre d'indemnité compensatoire pour jours de congé non pris la somme de 63.186,26 euros et à titre d'indemnité de départ la somme de 80.418,69 euros, chaque fois avec les intérêts au taux légal à partir de la demande en justice, jusqu'à solde.

Il réclamait également une indemnité de procédure de 2.500 euros et l'exécution provisoire du jugement.

A exposa que par contrat de travail à durée indéterminée du 25 avril 2001, la L1 avait repris, à partir du 1er mai 2001, le contrat de travail conclu le 1er juillet 1990 entre lui et la C.

Par courrier recommandé du 11 décembre 2015, A a été licencié avec préavis de six mois, venant à échéance le 14 juin 2016.

Le 7 janvier 2016, A a demandé à son ancien employeur la communication des motifs du licenciement et il l'avait rendu attentif au fait qu'il avait droit, compte tenu de son ancienneté, à une indemnité de départ de neuf mois (article L.124-7 du code du travail) et à une indemnité compensatoire pour congés non pris (article L.233-12 du code du travail). Il rappelait qu'il avait été absent de son poste, de manière ininterrompue, pour cause de maladie, depuis le 7 juillet 2011 et qu'il avait de ce fait été dans l'impossibilité de bénéficier de ses jours de congé avant la fin de la relation de travail.

Par décision de la Commission des pensions du 29 janvier 2016, la mise à la pension d'invalidité de A a été prononcée.

Par courrier du 12 février 2016, le mandataire de la L1 conclut, sur base de la décision de la Commission des pensions, que l'employeur n'aurait plus d'obligations pécuniaires envers son salarié licencié.

Devant les juges de première instance, la L1 s'était principalement opposée à la demande en paiement d'une indemnité pour congé non pris. A titre subsidiaire, elle contestait le quantum des jours de congé réclamés ; elle s'opposait à « *la prise en*

compte pour le calcul de cette indemnité d'une période de référence remontant à l'époque à partir de laquelle commença le congé de maladie de A » soit de juillet 2011 à fin janvier 2016 comprenant un total de 152,92 jours de congé et elle contestait la prise en compte des jours de congé conventionnels (4 jours par an).

Quant à la demande relative à l'indemnité de départ, la L1 affirmait qu'il ne résulterait pas de la décision de la Commission des pensions que A avait été mis en pension pour cause d'invalidité. Elle fit valoir que la mise à la retraite, entraînant une cessation de plein droit du contrat de travail, équivaudrait à une rétractation du licenciement de sorte que le salarié ne saurait bénéficier d'une indemnité de départ.

La L1 réclamait à son tour, une indemnité de procédure de 2.500 euros.

Par jugement du 11 mai 2017, le tribunal du travail a :

- reçu la demande en la pure forme,
- s'est déclaré compétent pour en connaître,
- déclaré fondée la demande de A en paiement d'une indemnité de départ pour un montant de 80.418,69 euros,
- en conséquence, condamné la L1 à payer à A la somme de 80.418,69 euros avec les intérêts légaux à partir de la demande en justice jusqu'à solde,
- déclarée fondée en principe la demande en paiement d'une indemnité pour jours de congés non pris ;
- pour le surplus,
- renvoyé le dossier aux parties pour instruction complémentaire,
- sursis à statuer pour le surplus, et
- réservé les droits des parties et les frais et dépens.

Pour statuer ainsi, le tribunal a d'abord retenu que A avait le statut d'employé privé, mais qu'il était soumis au régime des fonctionnaires communaux en ce qui concerne l'affiliation aux institutions de sécurité sociale. Les juges de première instance ont ensuite constaté que par décision de la L1 du 7 avril 2016, démission avait été accordée à A et la L1 avait entériné la décision de la Commission des pensions accordant une pension d'invalidité à A.

Ils ont retenu que la décision de mise à la retraite ne constitue pas une rétractation du licenciement et qu'elle n'a pas pour effet de se substituer au licenciement prononcé. En application des dispositions de l'article L.124-7 du code du travail, ils ont retenu que A avait droit à une indemnité de départ, motif pris qu'il ne se trouvait dans aucun des deux cas qui excluent l'octroi d'une telle indemnité, à savoir le licenciement pour faute grave et la mise en pension de vieillesse respectivement la préretraite.

Le tribunal a rappelé que le droit à l'indemnité de départ prend naissance à la date du licenciement avec préavis et que ce droit ne peut être perdu en cas de cessation du contrat de travail pour cause d'invalidité, postérieure au licenciement.

Sur base du constat que le salarié licencié avait une ancienneté, non contestée, supérieure à 25 années, le tribunal a fixé l'indemnité redue de ce chef à A à neuf mois de salaire (9 x 8.935,41=) 80.418,69 euros.

Quant à l'indemnité compensatoire, à hauteur de 63.186,26 euros pour 152,92 jours de congé non pris réclamée par A, le tribunal a rappelé les dispositions des articles L.233-9 et suivants du code du travail ainsi que la jurisprudence communautaire selon laquelle le droit au congé ne s'éteint pas en raison d'un congé de maladie (arrêts CJCE, 20 janvier 2009, C-350/06 et C-520/06). Les juges de première instance ont ensuite constaté que A n'a pas pu exercer, depuis juillet 2011, son droit au congé annuel payé pour avoir été en congé de maladie et ils ont retenu qu'il a droit pour les années 2011, 2012, 2013, 2014 et 2015 … (il y a lieu de lire : à une indemnité).

Comme le nombre des jours de congé auquel A a droit ne ressortait d'aucune pièce, le tribunal a invité le requérant à verser un décompte documenté par pièces.

De ce jugement, qui lui avait été notifié en date du 16 mai 2017, la L1 a régulièrement relevé appel limité par exploit d'huissier du 26 juin 2017.

L'appelante conclut, par réformation, du jugement:

- principalement, à voir dire non fondée la demande de A en paiement d'une indemnité pour jours de congé non pris et de l'en débouter
- subsidiairement, à voir fixer la période de report du droit au congé annuel de A à de plus justes proportions et en tout état de cause à une période ne pouvant dépasser un délai de dix-huit mois à compter de la fin de l'année ouvrant droit au congé.

Elle réclame une indemnité de procédure de 1.000 euros pour la première instance et de 1.500 euros pour l'instance d'appel.

A l'appui de son appel, la L1 fait valoir qu'en application de l'arrêt du 20 janvier 2009 de la CJCE (X e.a.) un salarié en incapacité de travail pendant plusieurs périodes de référence consécutives n'a pas le droit de cumuler de manière illimitée les droits au congé annuel durant la période de son absence au travail.

Comme en l'espèce, les juges de première instance avaient retenu une période de report de 48 mois et 29 jours (correspondant au solde de congé non pris depuis 2011 jusqu'à la date de cessation définitive du contrat de travail, à savoir le 29

janvier 2016), la L1 expose qu'il y aurait lieu à réduction de cette période à de plus justes proportions (3 mois, sinon 18 mois).

L'intimé B rappelle, qu'en application de l'article L.233-12 du code du travail, la jurisprudence admet que le salarié ne perd pas son droit au congé annuel payé, qu'il n'a pas pu prendre pour cause de maladie. Il expose encore que les dispositions prévoyant l'extinction des congés non pris, à l'expiration d'une certaine période de référence, lorsque l'incapacité de travail se prolonge au-delà de la période de référence, sont contraires au droit communautaire.

A conteste que l'arrêt D AG c/ E (C-214/10) du 22 novembre 2011, dans lequel la CJUE a admis qu'au regard de la finalité même du droit au congé annuel payé, il ne saurait y avoir de droit à un cumul illimité de droits au congé annuel payé, lui soit applicable en raison du régime dérogatoire au droit commun convenu entre lui et son employeur.

Chacune des parties conclut à la condamnation de l'autre au paiement des frais et dépens des deux instances.

Appréciation

Il est établi que A a été engagé par la L1 en tant qu'assistant d'hygiène sociale sous le statut de salarié du secteur privé. En application de la loi modifiée du 7 août 1912 et de l'article 79 (2) de la loi modifiée du 25 mars 2015, il a bénéficié d'une affiliation au régime de sécurité sociale des fonctionnaires et employés communaux, en raison du fait qu'il avait, auprès de son précédant employeur, la C, le statut d'un travailleur social « *agréé par le Ministère de la Santé Publique* ».

A l'exception du régime de pension des fonctionnaires et employés communaux qui lui était applicable sur base des textes précités, il relevait du secteur privé.

La L1 soutient que le tribunal a, à tort, déclaré fondée en principe la demande en paiement d'une indemnité pour jours de congé non pris et que le tribunal a, également à tort, retenu dans la motivation du jugement, que « *A ... a ... droit pour les années 2011 (solde des jours de congé non pris jusqu'au début du congé de maladie), 2012, 2013, 2014, 2015 jusqu'à la date de la cessation définitive de son contrat de travail pour cause d'attribution de la pension d'invalidité*..... » [à une indemnité pour congé non pris].

Même si cette dernière décision n'est pas reprise au dispositif du jugement déféré, les parties ont longuement conclu en instance d'appel sur la question du cumul des indemnités pour congé non pris et elles ont demandé à la Cour de statuer sur ce problème.

La Cour est donc amenée, par l'effet dévolutif de l'appel, à examiner d'abord si A a droit à une indemnité pour congé non pris et à déterminer ensuite l'étendue de ce droit.

a) l'indemnité compensatoire pour jours de congé non pris

Conformément aux articles L.233-9 et L.233-10 du code du travail, le congé payé de recréation doit être accordé et pris au cours de l'année de calendrier et ce n'est qu'à titre exceptionnel qu'il peut y avoir lieu à report jusqu'au 31 mars de l'année suivante.

L'article L. 233-12 du code du travail dispose que le salarié a droit au paiement d'une indemnité pour les jours de congé qu'il n'a pas encore pris au moment de la cessation de son contrat de travail (cf. CA 31 mars 2011, n° 35911 ; CA 23 nov. 2011, Pas. 35, 720). Il en est a fortiori ainsi, pour le salarié qui a été empêché d'exercer son droit au congé alors qu'il se trouvait en congé de maladie.

Indépendamment du statut spécial de A, il y a lieu de noter que l'article 1er paragraphe 3 de la directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003, concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail (tout comme l'article 2 de la directive 89/391/CEE auquel le premier renvoie) dispose que « *la présente directive s'applique à tous les secteurs d'activité, privés ou publics…* ». Il s'ensuit que le moyen de la partie appelante que la jurisprudence de la CJUE rendue sur base de la directive 2003/88/CE ne serait pas applicable au cas d'espèce, n'est pas fondé.

A s'est prévalu de la jurisprudence de la CJCE (notamment de l'arrêt F c/ G Ltd, (C-214/16) du 29 novembre 2017) pour établir que le salarié a droit à une indemnité pour plusieurs périodes de référence consécutives. Il fait valoir que par cet arrêt, la CJCE aurait « relativisé » sa jurisprudence D AG c/ E du 22 novembre 2011 (C-214/10), dans lequel elle avait dit pour droit que:

« *L'article 7, paragraphe 1, de la directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil, du 4 novembre 2003, concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail, doit être interprété en ce sens qu'il ne s'oppose pas à des dispositions ou à des pratiques nationales, telles que des conventions collectives, limitant, par une période de report de quinze mois à l'expiration de laquelle le droit au congé annuel payé s'éteint, le cumul des droits à un tel congé d'un travailleur en incapacité de travail pendant plusieurs périodes de référence consécutives* ».

Dans l'arrêt précité F c/ G Ltd, la Cour (cinquième chambre) a en effet dit pour droit que :

« *L'article 7 de la directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil, du 4 novembre 2003, concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail, ainsi que le droit à un recours effectif, consacré à l'article 47 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, doivent être interprétés en ce sens que, dans l'hypothèse d'un litige entre un travailleur et son employeur quant au point de savoir si le travailleur a droit à un congé annuel payé conformément au premier de ces articles, ils s'opposent à ce que le travailleur doive d'abord prendre son congé avant de savoir s'il a droit à être rémunéré au titre de ce congé.*
L'article 7 de la directive 2003/88 doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à des dispositions ou à des pratiques nationales selon lesquelles un travailleur est empêché de reporter et, le cas échéant, de cumuler, jusqu'au moment où sa relation de travail prend fin, des droits au congé annuel payé non exercés au titre de plusieurs périodes de référence consécutives, en raison du refus de l'employeur de rémunérer ces congés ».

Il y a encore lieu de citer l'arrêt de la CJCE (grande chambre) du 20 janvier 2009 dans les affaires X c/ H (C-350/06) et I e. a. c/ J (C-520/06).

Dans cet arrêt, la CJCE a interprété le droit au congé annuel payé consacré par la directive communautaire relative au temps de travail[i] dans des affaires concernant des travailleurs qui se trouvaient en congé de maladie. La Cour a rappelé que les Etats membres définissent les conditions d'exercice et de mise en œuvre du droit au congé annuel payé. Elle a dit que les modalités du report d'un congé non pris sont subordonnées à certaines limites. Elle conclut que le droit au congé annuel payé ne doit pas s'éteindre à l'expiration de la période de référence et/ou d'une période de report fixée par le droit national, lorsque le travailleur a été en congé de maladie pendant tout ou partie de la période de référence et que son incapacité de travail a perduré jusqu'à la fin de sa relation de travail, raison pour laquelle il n'a pas pu exercer son droit au congé annuel payé.

Il se dégage de la jurisprudence, tant communautaire que nationale, et de l'article L.233-12 alinéa 3 du code du travail que lorsque le salarié a été en congé de maladie et que son incapacité de travail a perduré jusqu'à la fin de sa relation de travail, raison pour laquelle il n'a pas pu exercer son droit au congé annuel payé, il a droit à une indemnité correspondant au congé non encore pris (cf. CA, 18 juin 2015, rôle 41334 ; CA 22 octobre 2015, rôle 38029).

[i] Art. 7 de la directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil, du 4 novembre 2003, concernant certains aspects de l'aménagement du temps du travail (JO L 299, p.9).

Le contrat de travail de A ayant pris fin le 29 janvier 2016 et A ayant été en congé de maladie depuis le 7 juillet 2011 jusqu'à sa mise en pension d'invalidité, il n'a pas été en mesure d'exercer son droit au congé annuel payé et il a donc droit, en principe, à une indemnité compensatoire pour congé non pris.

Le jugement entrepris est donc à confirmer en ce qu'il a déclaré fondée en principe la demande de A en paiement d'une indemnité pour jours de congé non pris.

L'appel n'est pas fondé sur ce point.

b) <u>détermination du quantum</u>

La Cour se doit de relever que, contrairement aux affirmations de A, il n'a pas droit, en raison de son statut spécial, au cumul des périodes de référence pour congé non pris de 2011 à 2016, étant donné qu'aucune disposition légale, relative à son statut, ne prévoit un tel cumul.

Comme l'article L.233-9 du code du travail dispose que le congé doit être accordé et pris au cours de l'année du calendrier, le report du congé est en principe interdit par la loi, sauf dans quelques cas très exceptionnels, tels que:

- le report du congé proportionnel de la première année lequel n'a pas pu être acquis dans sa totalité durant l'année en cours (article L.233-9)
- le report exceptionnel du congé jusqu'au 31 mars de l'année subséquente si, pour les besoins du service et les désirs justifiés d'autres salariés de l'entreprise, le congé n'a pas pu être pris dans son intégralité durant l'année du calendrier (article L.233-10), ou
- le report du congé non encore pris au début du congé de maternité (article L.332-3(3).

Cependant, le report du congé non pris pour cause de maladie n'est prévu par aucun texte (cf. CA, 31 mars 2011, 3591 ; CA, 8 février 2012, rôle 37508).

Face au moyen de la L1, tiré de ce que A ne saurait avoir droit au cumul des jours de congé non pris depuis 2011, moyen que la Cour qualifie de moyen de prescription, il échet d'examiner l'incidence de la Convention OIT (n° 132) sur les congés payés et la jurisprudence communautaire invoquées par l'intimé pour s'opposer à la prescription.

La L1 se base notamment sur l'article 9.1 de la Convention OIT qui dispose que « *la partie ininterrompue du congé annuel payé mentionnée au paragraphe 2 de l'article 8 de la présente convention devra être accordée et prise dans un délai*

d'une année au plus, et le reste du congé annuel payé dans un délai de dix-huit mois au plus à compter de la fin de l'année ouvrant droit au congé ». Elle expose que si la Cour ne devait pas considérer que le congé non pris est prescrit au plus tard le 31 mars de l'année qui suit celle pour lequel il est dû (article L. 233-10 du code du travail), la Cour devrait fixer la période de report du droit au congé annuel à un délai de dix-huit mois au maximum à compter de l'année ouvrant droit au congé (article 9 de la Convention OIT).

La Convention OIT, qui ne prévoit aucune disposition spéciale relative au report du congé du salarié, incapable de travailler pour cause de maladie, laisse à ses membres, qui l'ont ratifié, le choix de prévoir dans leur droit interne un délai plus court que celui fixé dans l'article 9.1 (cf. CA 14 avril 2005, rôle 28034).

Contrairement au moyen soulevé par A, les dispositions de l'article L.233-10 du code du travail ne sont partant contraires ni au droit communautaire, ni à l'article 9.1 de la Convention précitée (cf. CA 27 juin 1996 rôle 18043; CA 15 juin 2000, rôle 23725 ; CA 31 janvier 2008, rôle 32101).

La directive 2003/88/CE du 4 novembre 2003 invoquée par chacune des deux parties, dispose en son article 7 que :

« *1. Les États membres prennent les mesures nécessaires pour que tout travailleur bénéficie d'un congé annuel payé d'au moins quatre semaines, conformément aux conditions d'obtention et d'octroi prévues par les législations et/ou pratiques nationales.*
2. La période minimale de congé annuel payé ne peut être remplacée par une indemnité financière, sauf en cas de fin de relation de travail ».

Cette directive, dont les dispositions correspondent à celles du code du travail, ne se prononce pas sur une éventuelle prescription du droit au congé.

Il convient de rappeler la finalité du droit au congé annuel payé. Le congé annuel payé est en effet accordé aux salariés afin de leur permettre de se reposer et de compenser la fatigue du travail. Il poursuit donc la finalité d'assurer la protection de la sécurité et de la santé des salariés, raison pour laquelle il leur est interdit d'exercer pendant leur congé un quelconque travail rémunéré tout comme il leur est interdit de renoncer à leur congé. Il en découle que l'obligation pour le salarié de prendre son congé dans l'année du calendrier ou endéans des délais rapprochés, constitue une disposition objectivement en faveur du salarié.

Par ailleurs, au vu de la finalité du droit au congé annuel payé, il tombe sous le sens que le droit au congé ne peut s'accumuler indéfiniment, mais doit se limiter à une période définie qui, en l'occurrence est l'année du calendrier avec possibilité d'un report de trois mois suivant accord des parties (cf. CA, 31 janvier 2008, précité).

D'ailleurs, la jurisprudence communautaire va dans le même sens. Dans l'arrêt D AG c/ E précité, la CJUE avait dans son considérant 30 précisé qu'un « *droit à un tel cumul illimité de droits au congé annuel payé, acquis durant une telle période d'incapacité de travail, ne répondrait plus à la finalité même du droit au congé annuel payé* » pour dire pour droit que l'article 7, paragraphe 1, de la directive 2003/88/CE (…) doit être interprété en ce sens qu'il ne s'oppose pas à des dispositions ou à des pratiques nationales, telles que des conventions collectives, limitant, par une période de report de quinze mois à l'expiration de laquelle le droit au congé annuel payé s'éteint, le cumul des droits à un tel congé d'un travailleur en incapacité de travail pendant plusieurs périodes de référence consécutives.

Au vu de ce qui précède, A - qui n'a pas pu exercer en 2015 son droit au congé annuel payé et qui n'a pas pu bénéficier d'un report jusqu'au 31 mars 2016, pour avoir été en congé de maladie jusqu'à la fin de ses relations de travail en date du 29 janvier 2016 - a , en principe, droit à une indemnité pour congé non pris pour la période du 1er janvier 2015 au 29 janvier 2016.

Par contre il ne saurait avoir droit au report de ses jours de congé non pris depuis le 7 juillet 2011 (début de la période de congé de maladie) au 31 décembre 2014 inclus, ces congés étant prescrits conformément aux dispositions de l'article L.233-10 du code du travail.

Il convient donc de réformer sur ce point le jugement entrepris, conformément au dispositif ci-dessous.

L'appel est donc partiellement fondé.

C'est à bon droit que le tribunal a retenu que c'est à la date de la fin du contrat de travail qu'il convient d'apprécier le droit au congé du salarié donnant lieu à indemnité alors que c'est à cette date et non pas à celle du licenciement qu'il faut se placer pour déterminer le quantum des jours de congé non pris. Toutefois, comme le tribunal ne s'est pas encore prononcé sur une éventuelle prise en compte des jours de congé conventionnels, la Cour n'est pas saisie d'un appel y relatif. Elle ne saurait donc statuer sur la demande de A relative aux jours de congé conventionnels.

La L1 réclame une indemnité de procédure de 1.000 euros pour la première instance.

Chacune des parties demande également la condamnation de l'autre aux frais et dépens des deux instances.

Comme les juges de première instance n'ont pas statué sur les demandes respectives des parties sur base de l'article 240 du NCPC et qu'ils ont, également, réservé les frais, la Cour n'est pas valablement saisie pour connaître de ces demandes.

Tant la L1, que A réclament une indemnité de procédure pour l'instance d'appel.

Au vu du sort réservé à l'appel et du fait que A est à condamner aux frais et dépens de la présente instance, il ne saurait prospérer dans sa demande sur base de l'article 240 du NCPC.

La L1 reste en défaut d'établir la condition d'iniquité requise par l'article 240 du NCPC de sorte que sa demande, en allocation d'une indemnité de procédure pour la présente instance, requiert un rejet.

PAR CES MOTIFS :

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

reçoit l'appel en la forme,

le déclare partiellement non fondé,

dit que la demande de A en indemnité pour congé non pris est fondée en principe uniquement pour la période du 1er janvier 2015 au 29 janvier 2016 ;

dit que les congés non pris pour les années 2011, 2012, 2013 et 2014 sont prescrits ;

confirme pour le surplus le jugement du 11 mai 2017,

renvoie l'affaire en prosécution de cause devant le tribunal, autrement composé,

condamne A aux frais et dépens de l'instance d'appel avec distraction au profit de la société LOYENS & LOEFF LUXEMBOURG s.à r.l. sur ses affirmations de droit.

La lecture du présent arrêt a été faite en la susdite audience publique par Madame la présidente de chambre Ria LUTZ, en présence du greffier Isabelle HIPPERT.