Exempt - appel en matière de droit du travail.

Audience publique du dix-huit octobre deux mille douze.

Numéro 37413 du rôle

Présents:

Carlo HEYARD, président de chambre,
Ria LUTZ, premier conseiller,
Théa HARLES-WALCH, conseiller,
Isabelle HIPPERT, greffier.

E n t r e :

A, demeurant à F-(…),

appelant aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Martine LISÉ d'Esch-sur-Alzette du 27 mai 2011,

intimé sur appel incident,

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

e t :

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

intimée aux fins du susdit exploit LISÉ,

appelante par incident,

comparant par Maître Georges PIERRET, avocat à la Cour à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL:

Vu l'ordonnance de clôture de l'instruction du 23 avril 2012.

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

A a été engagé par la société anonyme **X.)** s.a. (ci-après : **X.)**) en qualité d'opérateur à partir du 12 mars 1990. Il a été en congé de maladie du 15 octobre 2009 au 20 décembre 2009. Durant cette période, A a bénéficié du maintien légal de son salaire.

Soutenant que son employeur lui redoit encore la somme de 1.385,92 euros à titre d'arriérés de salaires pour travail de nuit, respectivement pour travail de dimanche pendant la période du 15 octobre 2009 au 20 décembre 2009 au cours de laquelle il était incapable de travailler pour cause de maladie, A a, par requête déposée au greffe de la justice de paix d'Esch-sur-Alzette le 17 mai 2010, fait convoquer **X.)** devant le tribunal du travail pour l'entendre condamner à lui payer les montants suivants :

- 463,90 euros au titre des majorations pour travail de nuit, s'élevant à 23 % du taux horaire brut,
- 115,25 euros au titre des majorations pour travail de nuit, s'élevant à 40 % du taux horaire brut et,
- 806,77 euros au titre des majorations pour travail de dimanche, s'élevant à 70% du taux horaire brut,

soit au total le montant de 1.385,92 euros, majoré des intérêts légaux.

Il a demandé encore une indemnité de procédure de 750 euros.

A l'audience des plaidoiries, **X.)** a formulé une demande reconventionnelle tendant au remboursement du montant de 1.917,28 euros au motif qu'elle a viré cette somme à A le 7 octobre 2010 en exécution d'une ordonnance de référé du président du tribunal du travail du 15 septembre 2010 l'ayant condamnée à payer à A à titre provisionnel du chef de salaire pour travail de nuit, respectivement pour travail de dimanche pendant la période du 15 octobre 2009 au 20 décembre 2009, le montant de 1.385,92 euros avec les intérêts légaux et le montant de 500 euros à titre d'indemnité de procédure.

X.) a également demandé le remboursement du montant de 2.917,61 euros correspondant au salaire qu'elle a versé à A pour le mois d'octobre 2009, au motif qu'elle conteste toute prestation de travail de A au courant dudit mois.

Elle a enfin demandé une indemnité de procédure de 1.500 euros.

Par jugement contradictoire du 31 mars 2011, le tribunal du travail, tout en admettant que l'article L.121-6.(3) du code du travail prévoit en principe que les arriérés tels que réclamés sont dus, a dit la demande principale non fondée au motif que A n'a pas rapporté la preuve de ses prétentions, à défaut d'avoir produit les plans de travail préétablis pour les mois d'octobre à décembre 2009.

Corrélativement, le tribunal de travail a dit la demande reconventionnelle en remboursement du montant de 1.917,28 viré en exécution de l'ordonnance de référé du 15 septembre 2009 fondée pour le montant 1.385,92 euros, majoré des intérêts légaux et non compris l'indemnité de procédure, soit au total pour le montant de 1.417,28 euros.

Il a encore dit non fondée la demande reconventionnelle de **X.)** en remboursement du montant de 2.917,61 euros versé à titre de salaire pour le mois d'octobre 2009.

Il a rejeté les demandes respectives en obtention d'indemnités de procédure.

Par exploit d'huissier du 27 mai 2011, A a régulièrement interjeté appel de ce jugement lui notifié le 12 avril 2011.

L'appelant conclut principalement à entendre déclarer la demande reconventionnelle irrecevable au motif que la demande principale était irrecevable pour défaut d'intérêt à agir, étant donné qu'elle était devenue sans objet suite au paiement effectué par l'intimée.

Subsidiairement, A demande à entendre dire fondée la demande principale pour le montant réclamé de 1.385,92 euros et à dire non fondée la demande reconventionnelle en remboursement dudit montant. A titre plus subsidiaire, il formule une offre de preuve par voie de consultation.

Il demande encore une indemnité de procédure de 750 euros pour la première instance et de 1.500 euros pour l'instance d'appel.

L'intimée conclut à la confirmation du jugement entrepris.

Elle interjette appel incident contre l'interprétation donnée par les juges de première instance de l'article L.121-6.(3) alinéa 2 du code du travail en rapport avec le mode de calcul de la rémunération du salarié pendant la période d'une incapacité temporaire de travail pour cause de maladie.

En ordre subsidiaire, **X.)** conclut au rejet de l'offre de preuve formulée par l'appelant.

Elle demande enfin une indemnité de procédure de 750 euros.

La recevabilité de l'appel incident

A soulève l'irrecevabilité de l'appel incident pour défaut d'intérêt dans le chef de l'intimée qui a obtenu gain de cause en première instance.

X.) résiste au motif qu'elle a un intérêt juridique à ce que le jugement de première instance soit confirmé mais pour d'autres motifs. L'interprétation donnée à l'article L.121-6.(3) alinéa 2 du code du travail aurait des conséquences financières très importantes pour l'employeur qui devrait payer des majorations de salaire à des salariés n'ayant pas presté de manière effective un travail. En outre, le tribunal du travail se serait référé à l'article L.121-6.(3) alinéa 2 du code du travail pour rejeter sa demande reconventionnelle en remboursement du montant de 2.917,61 euros versé à A à titre de salaire pour le mois d'octobre 2009.

L'intérêt étant la mesure des actions, celui qui a obtenu gain de cause dans un procès ne peut recourir contre la décision, alors même que les motifs qui en forment le soutien contiendraient des appréciations défavorables à son égard ou inexactes en fait ou en droit.

Ces principes sont applicables à l'appel incident au même titre qu'à l'appel principal (cf. Cour 24 mai 1978, Pas. 24, p.136 ; Cour 3 juin 199, Pas.31, p.211).

L'appel incident de l'intimée est dès lors irrecevable.

Cependant dans le cadre de l'appel principal, l'intimée peut reproduire tous les moyens qu'elle juge aptes pour repousser la demande principale.

Le bien-fondé de l'appel principal

L'appelant fait d'abord grief aux premiers juges de ne pas avoir déclaré la demande reconventionnelle irrecevable pour défaut d'intérêt à agir dans le chef d'**X.)**, alors que la demande principale était devenue sans objet, étant donné que l'intimée avait payé le 7 octobre 2010 le montant réclamé de 1.385,92 euros en exécution de l'ordonnance de référé du 15 septembre 2010.

X.) conclut au rejet du moyen au motif qu'il ne ressort pas du jugement entrepris que A ait soulevé le défaut d'intérêt à agir dans le chef de la demanderesse sur

reconvention et qu'il ait conclu à l'irrecevabilité de la demande reconventionnelle. Dès lors, la demande formulée en instance d'appel par A devrait être qualifiée de « nouvelle ». En ordre subsidiaire, **X.)** fait valoir que le fait par elle d'avoir réglé le montant de la condamnation du référé provision serait sans incidence sur son intérêt à agir reconventionnellement.

Contrairement aux conclusions de **X.)**, il ne s'agit pas en l'espèce d'une demande nouvelle, mais d'un moyen nouveau qui peut être soulevé pour la première fois en instance d'appel.

Il résulte de l'ordonnance de référé du 15 septembre 2010 que **X.)** a été condamnée à titre provisionnel à payer à A le montant de 1.385,92 euros, outre les intérêts légaux et une indemnité de procédure 500 euros. Le fait qu'elle ait réglé ce montant le 7 octobre 2010 ne saurait influer sur le bien-fondé de la demande principale, étant donné que l'ordonnance de référé n'a pas, au principal, l'autorité de chose jugée et qu'elle n'est exécutoire qu'à titre provisoire en attendant la décision quant au bien-fondé de la créance alléguée.

Le moyen n'est dès lors pas fondé.

A conclut ensuite au bien-fondé de sa demande principale.

Il ne critique pas la décision entreprise ayant admis le principe suivant lequel il avait droit au paiement des suppléments pour travail de nuit et des suppléments pour travail de dimanche conformément à l'article L.121-6 du code du travail pendant la durée de son incapacité de travailler pour cause de maladie.
Il critique la décision entreprise en ce que le tribunal du travail a décidé qu'il ne rapportait pas la preuve de ses prétentions. Ce faisant le tribunal de première instance aurait fait une mauvaise appréciation des faits lui soumis.

X.), au contraire, fait valoir que les majorations pour heures de travail de nuit et de dimanche ne devraient pas être payées par l'employeur lorsque le salarié se trouve en période de maladie.

Elle reprend son argumentation développée en première instance quant à l'interprétation à donner à l'article L.121-6.(3) alinéa 2 du code du travail.

Elle soutient qu'en vertu des articles 10, 34 et 39 du code de la sécurité sociale l'assiette cotisable pour calculer l'indemnité pécuniaire « *correspond à la rémunération de base ainsi qu'aux compléments et accessoires, à condition qu'ils soient payables mensuellement en espèces, à l'exception des heures supplémentaires.* »

Il y aurait lieu d'appliquer ces mêmes principes à la détermination du salaire à charge de l'employeur en cas de continuation du salaire par celui-ci.

Le but recherché par le législateur aurait été d'harmoniser, de simplifier et de supprimer les discriminations entre les différentes catégories de salariés. Admettre deux modes de calcul de la *« rémunération »* du salarié en incapacité de travailler suivant qu'il se trouve en période de maintien du salaire ou en période de prise en charge par la Caisse nationale de santé n'aurait aucun sens et se heurterait à la philosophie même de la réforme.

En outre, les majorations de salaire pour travail de nuit, de dimanche et de jour férié, ne résulteraient pas du contrat de travail, mais de dispositions légales relatives à l'exécution du contrat de travail, voire d'une convention collective de travail et ne devraient être payées qu'à la condition que la prestation de travail ouvrant droit à ces majorations ait été effective.

Au contraire, l'interprétation donnée à l'article L.121-6.(3) alinéa 2 du code du travail par les premiers juges aurait des répercussions financières très importantes pour l'employeur qui devrait payer des majorations de salaire alors que ses salariés n'auraient pas presté de manière effective un travail.

La juridiction de première instance a répondu de façon minutieuse à l'ensemble de cette argumentation par des motifs tirés notamment des travaux préparatoires de la loi du 13 mai 2008 portant introduction d'un statut unique et ayant introduit l'article 121-6. (3) alinéa 2 au code du travail ainsi que des dispositions prévues par la convention collective de travail pour les salariés de **X.)**.

La Cour fait sienne cette motivation exhaustive pour retenir que les suppléments de salaire pour travail de nuit et de dimanche prévus doivent être considérés comme des éléments de salaire dont il y lieu de tenir compte pour la détermination du montant du salaire maintenu pendant la période légale de conservation, conformément à l'article L.121.-6.(3) alinéa 2 du code du travail.

Il appartient dès lors à A d'établir que pour la période allant du 15 octobre 2009 au 20 décembre 2009 il aurait eu droit aux majorations de salaire pour travail de nuit et de dimanche.

L'appelant verse à ce titre trois plans de travail établis pour les mois d'octobre, novembre et décembre 2009. Ces trois relevés portant la date d'émission informatique du 31 mai 2011 font référence à une *« réunion sécurité du 6 octobre 2010 ».* Ils sont corroborés par les attestations testimoniales de dix collègues de travail de A qui témoignent que ce dernier devait travailler les jours d'octobre, novembre et décembre 2009 comme indiqués sur le planning de l'équipe qu'ils ont

contresigné au verso. Il se dégage en outre des fiches de salaires versés en cause que A a régulièrement bénéficié dans le passé de majorations de son salaire à titre de travail de nuit et du dimanche.

Conformément aux conclusions de A et sans qu'il n'y ait lieu de procéder à une mesure d'instruction supplémentaire, il est dès lors établi qu'une planification de travail arrêté au préalable existait et que A aurait normalement presté des heures de dimanche et de nuit aux jours y indiqués s'il n'avait pas été incapable de travailler.

Les montants réclamés par l'appelant à titre de majoration pour travail de nuit et de dimanche pour les mois d'octobre, novembre et décembre 2009 tels que réclamés dans la requête introductive n'ayant pas été autrement critiqués, il y a partant lieu de faire droit à la demande pour le montant total réclamé de 1.385,92 euros.

Il résulte des renseignements fournis qu'en date du 7 octobre 2009, **X.)** a payé à A le susdit montant de 1.385,92 euros en exécution de l'ordonnance de référé du 15 septembre 2009. Il n'y a dès lors plus lieu à une décision de condamnation.

Eu égard au bien-fondé de la demande principale, la demande reconventionnelle de **X.)** en remboursement du même montant n'est pas fondée.

Il y a lieu de réformer en ce sens le jugement entrepris.

A demande encore une indemnité de procédure de 750 euros pour la première instance et de 1.500 euros par l'instance d'appel.

A ayant succombé en première instance dans l'administration de la preuve, c'est à juste titre que le tribunal de travail a rejeté cette demande.

Il paraît cependant inéquitable de laisser à charge de A les frais irrépétibles en instance d'appel. Eu égard aux devoirs requis, il y a lieu de lui allouer une indemnité de procédure de 1.000 euros.

Au vu de l'issue du litige, la demande de **X.)** en obtention d'une indemnité de procédure n'est pas fondée.

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,

dit l'appel incident irrecevable ;

dit l'appel principal recevable ;

le dit partiellement fondé :

par réformation :

dit la demande principale fondée pour le montant de 1.385,92 euros avec les intérêts légaux à partir du 22 février 2010 jusqu'à solde ;

constate que le paiement a été fait le 7 octobre 2010 ;

dit non fondée la demande reconventionnelle en remboursement du montant de 1.917,28 euros ;

confirme le jugement pour le surplus ;

dit non fondée la demande de la société anonyme **X.)** S.A. en obtention d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel ;

dit fondée la demande de A en obtention d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel ;

condamne la S.A. **X.)** à payer à A une indemnité de procédure de 1.000 € ;

fait masse des frais et dépens des deux instances et les impose pour moitié à A et pour moitié à la société anonyme **X.)** S.A. avec distraction des dépens de l'instance d'appel à Maître Jean-Marie BAULER et à Maître Georges PIERRET qui la demandent, affirmant en avoir fait l'avance.