Assistance judiciaire a été accordée à Sophie André par le délégué du Bâtonnier en date du 16 décembre 2010

Exempt- appel en matière de droit du travail

Audience publique du douze janvier deux mille douze

Numéro 36828 du rôle.

Composition:

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

Entre:

M.), commerçante, demeurant à L-(…),

la société à responsabilité limitée SOC.1.) s.à r.l., établie et ayant son siège social à L-(…), représentée par son liquidateur M.), demeurant à L-(…),

appelantes aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Yves TAPELLA de Luxembourg du 7 décembre 2010,

sub 1 à 2) comparant par Maître Aurélia FELTZ, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

et:

A.), demeurant à F-(…),

intimée aux fins du prédit exploit TAPELLA,

comparant par Maître Sandra CORTINOVIS, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL:

Par requête déposée en date du 14 octobre 2009, A.) a fait convoquer M.) et la société à responsabilité limitée SOC.1.) devant le tribunal du travail de Luxembourg aux fins de s'y entendre déclarer abusif son licenciement et condamner à lui payer une indemnité compensatoire de préavis de 3.140,53 €, un préjudice matériel de 15.000 € réduit par la suite à 11.113,78 € , un préjudice moral de 5.000 € et une indemnité compensatoire pour congés non pris de 756,39 €. Elle a de même réclamé la remise des fiches de salaire des mois de septembre 2007 à août 2008, le certificat de travail et le formulaire E 301.

Par jugement du 26 octobre 2010, la demande a été déclarée irrecevable en tant que dirigée contre la société SOC.1.) mais recevable et fondée à l'encontre de M.) qui a été condamnée à payer à A.) une indemnité compensatoire de préavis de 3.140,53 €, un dommage moral de 3.500 € et une indemnité compensatoire pour congés non pris de 755,18 €. La demande en réparation du dommage matériel a été rejetée. L'employeur a encore été condamné à la remise, sous peine d'astreinte, des fiches de salaire des mois d'octobre 2007 à août 2008, du certificat de travail et du formulaire E301.

Contre ce jugement M.) et la société SOC.1.) ont interjeté appel par exploit du 7 septembre 2010, demandant par réformation à la Cour, de déclarer la demande non fondée, de rejeter les demandes en indemnisation et de leur allouer une indemnité de procédure de 1.000 € pour l'instance d'appel.

A.) demande la confirmation du jugement en ce que le licenciement a été déclaré abusif mais interjette appel incident par rapport au dommage matériel, demandant à la Cour, de déclarer cette demande fondée jusqu'à concurrence du montant de 11.113,78 €.

Dans la mesure où la demande dirigée contre la société SOC.1.) a été déclarée irrecevable, l'appel interjeté par celle-ci contre le jugement du 26 octobre 2010 est à déclarer irrecevable pour défaut d'intérêt.

Les faits

A.) a été engagée en qualité d'aide magasin par M.) suivant contrat de travail à durée indéterminée du 6 juillet 2006 avec un horaire normal de travail de 40 heures par semaine réparties comme suit :

- le mardi : 5,5 à 14.00 heures
- le mercredi : 5,5 à 14.00 heures
- le jeudi : 10.30 à 18.00 heures
- le vendredi : 11.00 à 18.00 heures
- le samedi : 5,5 à 14.00 heures

Elle a été en congé parental jusqu'au 13 février 2009 et par la suite en congé de maladie jusqu'au 18 février 2009 et devait reprendre son travail le 19 février 2009.

Le 10 février 2009, l'employeur lui a communiqué par lettre recommandée son planning pour le mois de février 2009 qui se lit comme suit :

- vendredi, 13 février 2009 : 04.45 heures à 13.15 heures
- jeudi, 19 février 2009 : 04.45 heures à 13.15 heures
- vendredi, 20 février 2009 : 04.45 heures à 13.15 heures
- samedi, 21 février 2009 : 04.45 heures à 14.15 heures
- dimanche, 22 février 2009 : 04.45 heures à 14.15 heures
- lundi, 23 février 2009 : 04.45 heures à 14.15 heures
- mercredi, 25 février 2009 : 04.45 heures à 14.15 heures
- jeudi, 26 février 2009 : 04.45 heures à 14.15 heures
- vendredi, 27 février 2009 : 04.45 heures à 14.15 heures
- samedi, 28 février 2009 : 04.45 heures à 14.15 heures

A.) a répondu par courrier recommandé du 11 février 2009 en observant qu'elle aurait signé un contrat de travail sur une base de 40 heures par semaine avec des jours et des heures établies. Or, selon le nouveau planning, la semaine du 19 au 22 février 2009 ne comporterait que 36 heures tandis que celle du 23 au 28 février 2009 en comporterait 47 et demie. Par ailleurs elle n'aurait plus de pause. Si elle admettait que ses horaires pourraient varier en fonction des besoins de l'entreprise, tel ne serait pas le cas pour le total des heures par semaine. Ayant un enfant, elle souhaiterait que ses 40 heures par semaine soient respectées. Elle a demandé à l'employeur de lui communiquer par retour de courrier ses horaires de travail.

L'employeur n'ayant pas répondu à cette lettre, A.) n'a pas repris le travail le 19 février 2009.

Elle est d'avis que le planning du mois de février 2009 a apporté une modification substantielle à ses conditions de travail. La résiliation de la relation de travail découlant de son refus d'accepter cette modification constituerait un licenciement qui serait abusif parce que non fondée sur des motifs réels et sérieux liés au nécessités du fonctionnement de l'entreprise.

M.) conteste avoir procédé à une modification substantielle du contrat du travail en soutenant avoir simplement envoyé à A.) son planning pour le mois de février 2009.

La disposition de l'article L.121-7. alinéa 3 du code du travail selon laquelle la résiliation du contrat de travail découlant du refus du salarié d'accepter la modification lui notifiée constitue un licenciement susceptible du recours judiciaire visé à l'article L.124-11. du même code, ne vise que la modification en défaveur du salarié qui porte sur un clause essentielle du contrat de travail.

Il faut donc en premier lieu que la modification porte sur un élément du contrat de travail qui a été considéré par les parties comme essentiel lors de sa conclusion, c'est-à-dire sur un élément qui a pu les déterminer à contracter.

S'il est bien vrai que le contrat de travail stipule un horaire déterminé, il stipule aussi que cet horaire pouvait varier en fonction des besoins de l'entreprise. Dans la mesure où la possibilité d'une modification ultérieure était d'emblée prévue par le contrat, l'horaire défini dans le contrat de travail ne saurait donc être considéré comme élément essentiel qui aurait déterminé A.) à signer le contrat de travail, celle-ci ne disposant d'aucune garantie par rapport au maintien de ces horaires.

La Cour constate d'ailleurs que dans sa lettre du 11 février 2009, A.) n'a pas autrement mis en question la variation des horaires écrivant à ce sujet : « *J'admets que mes horaires peuvent varier en fonction des besoins de l'entreprise… »*

A cela s'ajoute qu'elle n'a ni prouvé ni offert en preuve ni même soutenu si et en quoi ce changement d'horaire lui serait défavorable - deuxième condition de l'article L. 121-7. du code du travail - de sorte que la Cour estime pouvoir passer outre ses affirmations actuelles selon lesquelles le changement d'horaire n'aurait pas été dicté par un besoin légitime de l'employeur mais par un esprit de chicane à son égard.

A.) soutient ensuite qu'il y aurait eu modification de son temps de travail dans la mesure où la première semaine elle devrait travailler 36 heures tandis que durant la deuxième semaine elle devrait travailler 47 heures et demie alors que le contrat de travail aurait stipulé un temps de travail de 40 heures par semaine.

Si le temps de travail constitue un élément essentiel du contrat de travail, la Cour constate qu'ici encore le contrat de travail ne fait que stipuler un horaire « *normal* » du travail de 40 heures par semaine ce qui n'exclut pas que le temps de travail puisse varier d'une semaine à l'autre pour arriver à une moyenne mensuelle de 40 heures par semaine soit 173 heures par mois.

Il ne saurait du reste être affirmé sur base d'un planning qui ne concerne même pas un mois entier, ne débutant que le 13 février 2009, date de la reprise présumée de travail de A.) après son congé parental, que l'employeur entendait imposer à sa salariée une modification définitive de la durée de son travail pour l'avenir.

Les conditions de l'article L.121-7. du code du travail n'étant pas remplies en l'espèce, il y a lieu, par réformation, de déclarer non fondées les demandes en indemnisation de A.).

Au vu de l'issue du litige il serait inéquitable de laisser à la charge exclusive de M.) les frais non compris dans les dépens qu'elle a dû exposer pour l'instance d'appel et il convient de lui allouer une indemnité de procédure de 750 €.

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 fondé l'appel principal :

réformant:

rejette la demande de A.) et décharge M.), de l'ensemble des condamnations prononcées à son encontre par le jugement du tribunal du travail de Luxembourg du 26 octobre 2010 ;

condamne A.) à payer à M.), une indemnité de procédure de 750 € pour l'instance d'appel ;

dit sans objet d'appel incident ;

condamne A.) aux frais et dépens de l'instance d'appel avec distraction au profit de Maître Aurélia FELTZ, avocat constitué, sur ses affirmations de droit.