Exempt – appel en matière de droit du travail

Audience publique du vingt-six février deux mille quinze

Numéro 40118 du rôle.

Composition:

M. Étienne SCHMIT, président de chambre;
Mme Astrid MAAS, premier conseiller;
Mme Carole KERSCHEN, conseiller;
M. Alain BERNARD, greffier.

Entre:

Mme A.), demeurant à F-(…),

appelante aux termes d'un acte de l'huissier de justice Frank SCHAAL de Luxembourg du 24 avril 2013,

comparant par Maître Fabienne MONDOT, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

et:

la société anonyme SOC1.) S.A., établie et ayant son siège social à L-(…), représentée par son conseil d'administration,

intimée aux fins du prédit acte SCHAAL,

comparant par Maître Victor GILLEN, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL:

Les avocats ont marqué leur accord à ce que Mme le premier conseiller Astrid MAAS, chargée de faire rapport, tienne seule l'audience pour entendre les plaidoiries. Elle a indiqué la composition de la Cour et a fait son rapport oral.

Le conseiller rapporteur a rendu compte de l'audience à la Cour dans son délibéré.

Antécédents de procédure

Par requête déposée le 6 août 2012, A.) a fait convoquer son ancien employeur, la société anonyme SOC1.), devant le tribunal du travail de Luxembourg aux fins de s'y entendre condamner à lui payer 4.323,56 € à titre d'indemnité de départ, 787,23 € à titre d'arriérés de salaire pour heures supplémentaires, 2.998,99 € à titre d'indemnité compensatoire pour congés non pris et 3.153,76 € à titre d'arriérés de salaire et d'indemnités pécuniaires de maladie.

Par jugement du 26 février 2013, le tribunal du travail a déclaré fondée la demande en paiement d'une indemnité de départ et a condamné la SOC1.) à payer de ce chef la somme de 4.062,18 € à A.). Les autres demandes ont été déclarées non fondées.

Par exploit d'huissier de justice du 24 avril 2013, A.) a régulièrement interjeté appel contre le jugement, demandant, par réformation, à la Cour de condamner la SOC1.) à lui payer une indemnité de départ de 4.323,56 € ainsi que 3.153,76 € à titre d'arriérés de salaire et d'indemnités pécuniaires de maladie, 787,23 € sinon 739,65 € à titre d'arriérés de salaire pour heures supplémentaires et 2.998,99 € sinon 2.817,70 € à titre d'indemnité compensatoire pour congés non pris.

La SOC1.) conclut à la confirmation du jugement et demande une indemnité de procédure de 1.000 € pour l'instance d'appel.

La majoration du salaire social minimum du fait d'une qualification professionnelle

Entrée aux services de la SOC1.) suivant contrat de travail à durée indéterminée du 7 décembre 2001, A.) a été licenciée par lettre recommandée du 4 octobre 2011 moyennant un délai de préavis de six mois expirant le 15 avril 2012.

En réponse à sa demande des motifs, l'employeur a justifié le licenciement par la maladie continue de A.) depuis le 14 février 2011 ce qui engendrerait une grave perturbation dans le bon fonctionnement de l'entreprise.

A.) n'a pas contesté les motifs du licenciement.

Il découle par ailleurs d'un courrier que la Caisse Nationale de Santé lui a adressé le 5 janvier 2012 qu'en application des articles 14, alinéa 2 du Code de la sécurité sociale et 186 des statuts de la Caisse nationale de santé son droit au paiement des indemnités pécuniaires de maladie viendrait à expiration le 31 janvier 2012.

Conformément à l'article L.125-4 (2) du code du travail, le contrat de travail a dès lors cessé de plein droit le 31 janvier 2012.

A.) soutient qu'en application de l'article L. 222-4 du code du travail, elle aurait droit, à partir du 1er janvier 2010 au salaire social minimum qualifié en raison d'une pratique professionnelle de dix années acquises dans la profession de serveuse et elle réclame de ce chef des arriérés de salaire.

Le texte applicable

L'article L. 222-4. du code du travail est ainsi libellé :

« *(1) Le niveau du salaire social minimum des salariés justifiant d'une qualification professionnelle est majoré de 20 %.*

(2) Est à considérer comme salarié qualifié au sens des dispositions du présent chapitre, le salarié qui exerce une profession comportant une qualification professionnelle usuellement acquise par un enseignement ou une formation sanctionnée par un certificat officiel.

Sont à considérer comme certificats officiels au sens de l'alinéa qui précède, les certificats reconnus par l'Etat luxembourgeois et qui sont au moins au niveau du certificat d'aptitude technique et professionnelle (CATP) de l'enseignement secondaire technique. L'équivalence des certificats qui sont au moins du niveau du certificat d'aptitude technique et professionnelle au sens des dispositions du précédent alinéa est reconnue par le ministre ayant l'Education nationale dans ses attributions, sur avis du ministre ayant le Travail dans ses attributions. »

Le détenteur du certificat de capacité manuelle (CCM) doit être considéré comme salarié qualifié au sens des dispositions de l'alinéa 1 du présent paragraphe après une pratique d'au moins deux années dans le métier dans lequel le certificat a été délivré.

Le détenteur du certificat d'initiation technique et professionnelle (CITP) doit être considéré comme salarié qualifié au sens des dispositions de l'alinéa 1 du présent paragraphe après une pratique d'au moins cinq années dans le métier ou la profession dans lesquels le certificat a été délivré.

(3) Le salarié qui exerce une profession aux critères énoncés au paragraphe (2) sans être détenteur des certificats prévus à l'alinéa 2 de ce même paragraphe, doit justifier d'une pratique professionnelle d'au moins dix années dans ladite profession pour être reconnu comme salarié qualifié.

(4) Dans les professions où la formation n'est pas établie par un certificat officiel, le salarié peut être considéré comme salarié qualifié lorsqu'il a acquis une formation pratique résultant de l'exercice pendant au moins six années de métiers nécessitant une capacité technique progressivement croissante. »

<u>Les faits de l'espèce</u>

Aux termes du contrat de travail du 7 décembre 2001, A.) a été engagée en qualité de serveuse, le contrat stipulant qu'elle aura également à charge le nettoyage du magasin.

Elle n'est pas titulaire d'un CATP - actuellement DAP - pour la profession de serveuse.

Elle fait valoir qu'avant son engagement comme serveuse par la SOC1.), elle aurait déjà travaillé en cette même qualité pour d'autres employeurs de sorte qu'elle aurait accompli en janvier 2010 dix années de pratique professionnelle dans la profession de serveuse et devrait à partir de ce moment être reconnue comme salariée qualifiée et bénéficier de la majoration de salaire de 20%.

La SOC1.) conteste en premier lieu qu'au moment de son engagement A.) ait fait état de sa prétendue expérience professionnelle comme serveuse auprès de différents autres employeurs de sorte qu'il ne devrait pas être tenu compte, pour le calcul des dix années, de ses prétendues prestations de travail de serveuse auprès de ces employeurs.

La Cour retient que la législation sur le salaire social minimum est obligatoire pour les employeurs et pour les salariés qui ne peuvent pas, par accord individuel, convenir d'une rémunération en-dessous du minimum légal.

Aux termes de l'article L. 233-20 du code du travail, l'employeur qui verse une rémunération inférieure au salaire minimum prévu par la loi, compte tenu de la nature de la profession exercée, de la formation professionnelle documentée par l'un des certificats visés, de la pratique professionnelle acquise par le salarié qui n'a pas la formation professionnelle initiale, et de l'âge du salarié, commet un délit punissable d'une amende de 251 € à 25.000 €.

Comme l'employeur a l'obligation légale de payer au salarié une rémunération qui ne peut en aucun cas être inférieure au salaire minimum prescrit par la loi au regard de l'activité professionnelle exercée et de l'âge, de la formation et de l'expérience professionnelle du salarié, il doit déterminer la situation du salarié afin de connaître le taux minimal de la rémunération due.

Au cas où l'activité pour laquelle le salarié est engagé sera rémunérée par le salaire social minimum, l'employeur doit partant examiner si le salarié dispose d'un certificat de formation professionnelle ou d'une pratique professionnelle et, le cas échéant, quelle en est la durée.

L'employeur satisfait à cette obligation notamment en examinant si le *curriculum vitae* ou d'autres documents présentés par le salarié contiennent des

informations pertinentes quant à la formation et à l'expérience professionnelle par rapport à l'activité à exercer.

A.) affirme qu'en vue de l'embauche elle aurait remis à la SOC1.) son *curriculum vitae* qui renseignait ses différents emplois antérieurs ce que la SOC1.) conteste.

Dès lors que l'employeur a l'obligation légale de payer le salaire social minimum et qu'il n'est pas établi que la SOC1.) ait demandé, lors de l'embauche, à A.) des renseignements par rapport à une éventuelle formation respectivement expérience professionnelle antérieure et que celle-ci ait omis d'en faire état, la Cour retient qu'il y a lieu de tenir compte du parcours professionnel de A.) avant son entrée en service auprès de la SOC1.) et il y a lieu de vérifier s'il en résulte une pratique professionnelle de serveuse de dix années.

En ce qui concerne la période durant laquelle A.) était aux services de la société anonyme SOC2.), la SOC1.) conteste que A.) ait effectivement travaillé comme serveuse en s'emparant de l'article 3 du contrat de travail aux termes duquel : « *Le salarié est occupé en qualité de serveur(se) sans préjudice d'une nouvelle affectation ultérieure tenant compte des aptitudes professionnelles du salarié ou des besoins de l'employeur.* »

A.) réplique que l'article 3 en ce qu'il prévoirait la possibilité d'une nouvelle affectation ultérieure ne constituerait qu'une clause de style insérée dans tout contrat de travail et affirme qu'elle était toujours principalement occupée à la fonction de serveuse.

La charge de la preuve d'avoir accompli une pratique professionnelle incombant au salarié qui s'en prévaut, il appartient à A.) de rapporter la preuve qu'elle a travaillé comme serveuse auprès de la société SOC2.).

Faute de production de certificat de travail ou de tout autre élément de preuve, il n'est pas établi qu'elle ait travaillé comme serveuse durant la période où elle était aux services de la société SOC2.).

Il en est de même de la période durant laquelle elle soutient avoir travaillé pour SOC3.) en qualité de serveuse chez SOC.4) à Luxembourg, aucune pièce n'étant versée à cet égard.

En ce qui concerne la période durant laquelle elle a travaillé pour compte de la Brasserie SOC5.), A.) verse comme seule pièce le certificat de rémunération et de retenue d'impôt qui ne renseigne pas en quelle qualité elle a été occupée. Face aux contestations de la SOC1.) et en considération du fait que les fonctions dans un Café/Restaurant peuvent être multiples, elle reste en défaut de prouver qu'elle a travaillé comme serveuse.

Reste alors la période durant laquelle elle a travaillé auprès de SOC6.).

Aux termes du certificat de travail émis par la société SOC6.), elle y a occupé les fonctions de « *service clientèle, vente et service, tenue de caisse ».*

Il en suit qu'elle a cumulé ces diverses fonctions de sorte qu'il sera tenu compte de la période du 22 mai 2000 au 30 novembre 2001 pour le calcul des dix années de pratique professionnelle.

A.) a été engagée le 7 décembre 2001 en qualité de serveuse par la SOC1.).

En tenant compte de la pratique professionnelle de 18 mois et quelques jours accomplie auprès de SOC6.), elle aura donc normalement acquis la qualité de salarié qualifié le 1er juin 2010.

La SOC1.) s'oppose cependant à ce qu'il soit tenu compte de l'ensemble de la période durant laquelle elle était en ses propres services au motif que pour pouvoir acquérir une pratique professionnelle, il faudrait prester un travail effectif. Il ne devrait dès lors pas être tenu compte des périodes durant lesquelles la salariée était en congé de maladie, congé récréatif, congé de maternité et congé parental.

La SOC1.) a dressé un listing complet des absences de A.) depuis le 23 avril 2002 jusqu'au 31 décembre 2012.

Les absences en tant que telles ne sont pas contestées.

A.) s'oppose cependant à ce qu'il ne soit pas tenu compte des périodes en question dans le calcul des dix années de pratique professionnelle en renvoyant à diverses dispositions légales aux termes desquelles les absences pour cause de maladie, congé légal, congé de maternité ou congé parental ne constitueraient pas des périodes d'inactivité et seraient assimilées à des journées de travail effectif.

Afin de départager les parties, il convient de se référer à l'esprit de la loi.

Le paragraphe (3) de l'article L. 222-4 du code du travail permet aux salariés non titulaires d'un certificat reconnaissant officiellement leurs capacités professionnelles dans un domaine déterminé de bénéficier du salaire social minimum qualifié à condition d'établir avoir travaillé dans le domaine concerné pendant dix années.

Le législateur admet donc qu'après avoir travaillé pendant dix années dans le même métier, le salarié a acquis, du fait de la pratique professionnelle, des capacités professionnelles équivalentes à celui qui a appris la profession par un enseignement ou une formation.

S'il s'agit d'un travail effectif sur le terrain, l'article en question ne saurait cependant être interprété en ce sens que le salarié doive rapporter la preuve d'avoir travaillé pendant exactement 10 années x 365 jours x 8760 heures dans la profession concernée.

En ce qui concerne en premier lieu le congé de récréation, la loi dispose que chaque salarié a droit, chaque année, à un congé payé de récréation qui est d'au moins vingt-cinq jours ouvrables. L'article L. 233-18 du code du travail

interdit au salarié de faire abandon du congé auquel il a droit, fût-ce même contre une indemnisation compensatoire et l'article L. 233-20 du même code punit d'une amende de 251 € à 5.000 € et d'un emprisonnement de huit jours à un mois ou d'une de ces peines seulement les infractions aux dispositions relatives au congé annuel payé des salariés.

La législation sur les congés payés a un caractère d'ordre public et elle s'impose aussi bien à l'employeur qu'au salarié.

Le salarié a non seulement le droit mais également l'obligation de prendre ses congés.

La loi obligeant le salarié de prendre ses congés et lui interdisant d'en faire abandon, le fait de prendre ses congés ne saurait dès lors lui être préjudiciable au regard de l'article L. 222-4. (3) du code du travail de sorte qu'il n'y a pas lieu d'exclure du calcul des dix années de pratique professionnelle les jours durant lesquels A.) était en congé légal de récréation.

En ce qui concerne le congé de maternité, les articles L. 332-1 et L. 332-2 du code du travail disposent que la femme enceinte ne peut être occupée pendant les huit semaines précédant la date présumée de l'accouchement et que la femme ayant accouchée ne peut être occupée pendant les huit semaines qui suivent l'accouchement. La durée du congé postnatal est portée à douze semaines en cas d'accouchement prématuré ou multiple ainsi que pour la mère allaitant son enfant.

Selon le listing de la SOC1.), A.) était absente pour cause de congé de maternité durant quatre mois et un jour.

Contrairement à ce qui est le cas pour le congé de récréation, c'est le salarié qui décide de vouloir un enfant ou non.

Sous peine de créer une discrimination fondée sur le sexe, ce qui est interdit aux termes de l'article L. 241-1 (1) du code du travail, la durée des congés prénatal et postnatal ne doit pas pour autant être exclue du calcul des dix années de pratique professionnelle.

Il en va différemment du congé parental qui peut être à plein temps durant six mois ou à temps partiel durant douze mois.

Selon le listing de la SOC1.), A.) était absente pour cause de congé parental durant six mois. Il en suit qu'elle a pris un congé parental à plein temps.

Aux termes de l'article L. 234-48 (1) du code du travail, le contrat de travail est suspendu intégralement pendant la durée du congé parental à plein temps.

Il en suit que pendant cette période, le salarié ne peut légalement acquérir une pratique professionnelle de sorte qu'il y a lieu de faire abstraction, dans le calcul des dix années de pratique professionnelle, des six mois durant lesquels A.) était en congé parental.

Aucune discrimination fondée sur le sexe n'en résulte alors que chacun des parents peut prétendre à ce congé.

Restent alors les absences pour cause de maladie.

Il est vrai que de nombreuses dispositions du code du travail assimilent les absences pour cause de maladie à des journées de travail effectif notamment au regard des dispositions sur le congé légal de récréation ou en vue de la détermination de l'ancienneté d'un salarié.

Il ne faut cependant pas oublier que si l'article L. 222-4 (3) permet aux salariés non titulaires d'un certificat reconnaissant officiellement leurs capacités professionnelles dans un domaine déterminé de bénéficier du salaire social minimum qualifié à condition d'établir avoir travaillé dans le domaine concerné pendant dix années, c'est parce que le législateur admet qu'après avoir travaillé pendant dix années dans le même métier, le salarié a acquis, du fait de la pratique professionnelle, des capacités professionnelles équivalentes à celui qui a appris la profession par un enseignement ou une formation.

Or, pour acquérir une pratique professionnelle, il faut prester du travail.

Selon le listing dressé par la SOC1.), non contesté par A.), ses absences pour cause de maladie étaient les suivantes :

- année 2002 : 4, 1, 2, 5, 17, 2, 2 jours soit au total 35 jours dont 25 jours d'hospitalisation en continu du 31 juillet au 2 septembre 2002,
- année 2003 : 2, 1, 3 jours soit au total 4 jours,
- année 2004 : 4, 5, 4 jours soit au total 13 jours,
- année 2005 : 1, 2 jours soit au total 3 jours,
- année 2006 : 2, 2 jours soit au total 4 jours,
- aucune absence pour cause de maladie durant les années 2007, 2008 et 2009, il y a seulement eu absence du 10.11.2008 au 29.03.2009 pour cause de congé de maternité et du 30.03.2009 au 29.09.2009 pour cause de congé parental,
- année 2010 : 5, 4 et 2 jours soit au total 11 jours.

A.) a été engagée le 7 décembre 2001.

La Cour juge que 70 jours de maladie au total sur une période s'étendant sur huit années entières ne sont pas de nature à empêcher un salarié d'acquérir une pratique professionnelle.

Il n'y a dès lors pas lieu de déduire ces absences dans le calcul des dix années de pratique professionnelle.

Dès lors, et compte tenu du congé parental, la pratique professionnelle était acquise le 1er décembre 2010.

La SOC1.) fait ensuite valoir que le salaire social minimum majoré ne serait dû qu'à partir du jour où le salarié a informé l'employeur de son statut de salarié

qualifié et réclamé la majoration en question. En aucun cas, la reconnaissance de la pratique professionnelle durant dix années pourrait avoir un effet rétroactif. Or, A.) n'aurait jamais informé son employeur qu'elle avait droit au salaire social minimum qualifié mais n'aurait fait valoir cette revendication que postérieurement au licenciement de sorte que sa demande devrait être rejetée.

Dans la mesure où la Cour a constaté ci-avant que les dispositions légales relatives au paiement du salaire social minimum respectivement salaire social minimum qualifié doivent obligatoirement être respectées par l'employeur sous peine de l'exposer à des poursuites pénales, le salarié a droit au salaire minimum social qualifié à partir du jour où il remplit la condition de l'article L. 222-4 (3) du code du travail.

A.) a donc droit au paiement du salaire social minimum qualifié à partir du 1er décembre 2010.

Quant aux montants réclamés

Les arriérés de salaire et d'indemnités pécuniaires de maladie

A.) réclame 3.153,76 € à titre d'arriérés de salaire et d'indemnités pécuniaires de maladie pour la période comprise entre janvier 2010 et janvier 2012.

Si la SOC1.) a contesté le principe de devoir payer le salaire social minimum pour salarié qualifié, les montants en tant que tels réclamés de ce chef n'ont fait l'objet d'aucune contestation.

Il n'en reste pas moins que la Cour a fixé la date à partir de laquelle A.) avait droit au salaire social minimum qualifié au 1er décembre 2010 de sorte que les arriérés ne seront alloués qu'à partir de cette date.

Aucun arriéré n'est donc dû pour les mois de janvier 2010 à novembre 2010 de sorte que le décompte présenté dans la requête introductive d'instance doit être diminué de 11 x 122,10 = 1.343,10 €.

La demande est dès lors fondée pour le montant de 1.810,66 € (3.153,76 – 1.343,10).

Les arriérés de salaire du chef d'heures supplémentaires et l'indemnité compensatoire pour congés non pris

A.) soutient qu'au vu de deux décomptes de rémunération non périodiques établis au mois de janvier 2012, elle aurait encore droit au paiement de 45 heures supplémentaires, soit 787,23 € et 240 heures de congé non pris, soit 2.998,99 €.

La SOC1.) conteste cette demande au motif d'avoir tout payé de ce chef.

Elle verse à l'appui de ses affirmations une attestation de la Banque (…) accompagnée d'un extrait de compte attestant le paiement, le 25 avril 2012, d'un montant de 2.439,03 € à A.).

En se référant aux deux décomptes de rémunération, il s'avère que le montant de 2.439,03 € se compose d'un montant de 719,10 € et d'un montant de 1.719,93 € et correspond au paiement du montant net après déduction des charges sociales et des impôts, redu entre autres du chef de prestations d'heures supplémentaires et d'indemnité compensatoire pour congé non pris.

Il n'en reste pas moins que l'employeur a payé ces heures au taux de 11,7404 € tandis que le taux horaire du salarié qualifié était, selon les affirmations non contestées de A.), à l'époque de 12,4958 €.

Il en suit que celle-ci a droit au paiement de la différence entre le taux horaire pour salarié non qualifié et le taux horaire du salarié qualifié.

Elle aurait dû toucher un montant brut de 2.998,99 € (240 x 12,4958) à titre d'indemnité compensatoire pour congés non pris et n'en a touché qu'un montant brut de 2.817,70 € (240 x 11,7404) de sorte qu'elle a droit au paiement d'un solde brut de 181,29 € (2.998,99 - 2.817,70).

Elle aurait dû toucher un montant brut de 562,31 € (45 x 12,4958) à titre de paiement des heures supplémentaires et n'en a touché qu'un montant brut de 528,32 € (45 x 11,7404) de sorte qu'elle a droit au paiement d'un solde brut de 33,99 € (562,31- 528,32).

Elle a partant encore droit à 215,28 € (181,29 + 33,99) du chef de ces deux postes.

L'indemnité de départ

La SOC1.) a accepté la décision du tribunal du travail par rapport au droit de A.) au paiement d'une indemnité de départ et a versé copie du virement attestant le paiement de 4.315,93 € à A.) ce qui correspond au montant de 4.062,18 € retenu par le tribunal du travail augmenté des intérêts légaux à partir du 6 août 2012, en l'occurrence 253,75 €.

C'est à juste titre que A.) fait valoir que la majoration de 20% s'applique également sur l'indemnité de départ.

Selon les déclarations de A.), non contestées à cet égard par la SOC1.), le salaire social minimum pour salarié qualifié s'élevait le 31 janvier 2012, date de la cessation du contrat de travail, à 2.167,78 €.

A.) a partant encore droit à un solde brut de 273,38 € [(2 x 2.167,78 = 4.335,56) - 4.062,18], ce montant avec les intérêts au taux légal à partir du 6 août 2012.

Par réformation, il y a donc lieu de condamner la SOC1.) au paiement d'un montant brut total de 2.299,322 € (1.810,66 € + 215,28 + 273,38).

L'indemnité de procédure

La SOC1.) réclame une indemnité de procédure de 1.000 € pour l'instance d'appel. Au vue de l'issue du litige, cette demande est à déclarer non fondée, seule la partie obtenant gain cause pouvant en bénéficier.

PAR CES MOTIFS:

la Cour d'appel, huitième chambre, siégeant en matière de droit du travail, statuant contradictoirement, sur le rapport de Madame Astrid MAAS, premier conseiller,

reçoit l'appel,

le dit fondé ;

réformant :

condamne la société anonyme SOC1.) à payer à Mme A.) la somme de 2.299,32 €, avec les intérêts au taux légal à partir du jour de la demande, 6 août 2012, jusqu'à solde ;

dit non fondée la demande de la société anonyme SOC1.) au paiement d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel et la condamne aux frais et dépens des deux instances avec distraction au profit de Me Fabienne MONDOT, avocat constitué, sur ses affirmations de droit.

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