Exempt - appel en matière de droit du travail.

Audience publique du dix mai deux mille sept.

Numéro 31052 du rôle

Présents:

Eliane EICHER, premier conseiller, président,
Charles NEU, conseiller,
Jean-Paul HOFFMANN, conseiller,
Isabelle HIPPERT, greffier.

E n t r e :

X., (...), demeurant à I (...),

appelant aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Guy ENGEL de Luxembourg du 15 février 2006,

comparant par Maître Anne-Marie SCHMIT, avocat à la Cour à Luxembourg,

e t :

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

intimée aux fins du susdit exploit ENGEL,

comparant par Maître Jeanne FELTGEN, avocat à la Cour à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL:

Vu l'ordonnance de clôture de l'instruction du 1er mars 2007.

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

Par acte de l'huissier de justice Guy ENGEL de Luxembourg du 15 février 2006, **X.** a régulièrement relevé appel d'un jugement rendu contradictoirement par le tribunal du travail de Luxembourg le 23 décembre 2005 entre lui et la société anonyme Y., et qui l'a débouté de sa demande en paiement d'heures supplémentaires ainsi que d'une indemnité pour congé non pris et l'a condamné à payer à la société **Y.** une indemnité de procédure de 1.000 €.

X. demande de réformer le jugement de première instance et d'adjuger ses demandes.

<u>Quant aux heures supplémentaires</u>

X. réclame 184.999,22 € à titre d'heures supplémentaires et samedis et dimanches travaillés entre le 7 janvier 2002 et le 17 juin 2003, outre les intérêts.

Il explique, pour justifier de sa demande, les fonctions de capitaine, ainsi que les caractéristiques et usages du yacht dont il était le capitaine.

L'intimée conclut au débouté de l'appel, qualifiant de purement fantaisistes et d'irréalistes les prétentions de l'appelant.

Les parties sont en désaccord quant à la réalité des heures supplémentaires invoquées, quant au décompte des heures supplémentaires, à la question de savoir s'il y a eu accord de l'employeur, c'est-à-dire de l'armateur, avec la prestation d'heures supplémentaires, à la date de l'embauche d'**X.**, à l'incidence de l'interdiction du travail le dimanche, à la définition du temps de repos, au montant du salaire horaire d'**X.**.

L'appelant et l'intimée se réfèrent à l'article 92 de la loi du 9 novembre 1990 ayant pour objet la création d'un registre maritime.

Aux fins d'établir la prestation des heures supplémentaires par lui invoquée, l'appelant verse des attestations testimoniales.

En ordre subsidiaire uniquement, il offre de prouver par l'audition de témoins les faits suivants :

« que le capitaine X. a régulièrement presté des heures supplémentaires sur le Yacht, et ce, quelle que soit la position et l'activité du Yacht, à quai, en navigation, lors des charters, et pendant les chantiers ;
que l'armateur M. **G.** était bel et bien informé de la prestation des heures supplémentaires de la part de son personnel naviguant et de son capitaine en particulier ;
qu'il recevait régulièrement un décompte de ces heures, et était à même de les comparer avec les décomptes précédents et d'en demander des explications ;
que M. **G.** était bien conscient du fait que son personnel prestait des heures supplémentaires, et travaillait encore les samedis et les dimanches, sans temps de repos ;
que M. **G.** était encore bien au courant du fait que, pendant les charters, et surtout lors de ses propres visites sur le Yacht, la capitaine **X.** n'avait ni cabine à disposition, ni accès au bureau qui lui servait de cabine de fortune pendant la journée et la soirée. »

L'appelant demande encore d'enjoindre à la société **Y.** de verser le livre de bord dans les huit jours du prononcé de l'arrêt à intervenir sous peine d'une astreinte de 100 € par jour de retard, et il sollicite la nomination d'un expert calculateur ayant pour mission de :
« déterminer le quantum des heures supplémentaires fournies par le capitaine **X.** par une évaluation de ces heures sur base du journal de bord et sur base du décompte fourni par le capitaine **X.** afin de comparer les lieux et dates et périodes d'activité (navigation, charter, visite de l'armateur, chantier, bateau à quai, festival de Cannes etc….) afin de dresser un décompte des heures supplémentaires et de dresser encore la liste des activités du capitaine ayant eu lieu les samedis et dimanches des périodes à chaque fois concernées ;
et sur base de ces décomptes, estimer le montant correspondant au paiement des heures supplémentaires soit sur base du gage réel (déclaré et au black), soit sur base du gage seulement déclaré. »

L'intimée fait valoir qu'eu égard aux rubriques figurant dans le livre de bord, la production de celui-ci est sans utilité.

Elle demande de déclarer irrecevable pour imprécision la demande en nomination d'un expert comptable.

Elle verse également des attestations testimoniales.

Les attestations testimoniales produites au dossier sont contestées de part et d'autre.

D'après les pièces au dossier, **X.** fut engagé par la S.A. **Y.**à partir du 1er avril 2002 pour servir de rang de capitaine sur le navire dénommé « Montrevel « , battant pavillon luxembourgeois.

Ce contrat est un contrat de travail maritime, régi par les dispositions de la loi du 9 novembre 1990 ayant pour objet la création d'un registre public maritime luxembourgeois.

X. souligne qu'en sa qualité de capitaine du yacht « Montrevel » il avait le commandement du navire et, sur quiconque se trouvant à bord, l'autorité que comportent le maintien, la sécurité du navire, des personnes et de la cargaison ainsi que la bonne fin de l'expédition, mais en plus toute une série d'obligations relatives soit à la représentation de l'armateur avec de multiples devoirs à accomplir, telles que les formalités administratives, douanières, de surveillance des travaux et du personnel, et les fonctions relatives à l'intendance du navire et celles relatives à la gestion journalière du yacht, avec les missions d'accueil et de réception des personnes invitées ou des personnes ayant loué le navire.

Il précise que le « Montrevel » est un yacht de haut luxe, doté d'un équipage de six personnes, servant surtout à la location pour des croisières.

X. y ajoute que le capitaine supervise les travaux lors des placements en chantier ainsi que leur facturation, s'occupe de recruter des day workers et travaille avec l'équipage et avec les ouvriers après les heures de fermeture du chantier.

Il déclare encore que la présence de l'armateur à bord, et des clients lors des charters, avait pour conséquence qu'aucun temps de repos n'était possible dans la journée, le studio où il avait sa couchette étant occupé.

X. fait valoir que la rémunération brute qu'il touchait était de 6.367,87 € et qu'il y a lieu d'y ajouter 3.764,10 € qu'il touchait « au noir » en moyenne.

X. demande « tout comme en première instance, (…) une expertise comptable afin de déterminer en fonction des périodes d'activité de navire et du calendrier, le décompte des heures supplémentaires ; l'expertise devrait, le cas échéant, s'appuyer sur le livre de bord. »

Par rapport aux conditions de travail, l'article 32 de la loi du 9 novembre 1990 prévoit que :
« (1) Le travail du personnel lié par contrat de travail maritime est organisé sur la base de 8 heures par jour et de 40 heures par semaine.
Est considéré comme temps de travail effectif, le temps pendant lequel le personnel embarqué est, par suite d'un ordre donné, à la disposition du capitaine, hors des locaux qui lui servent d'habitation à bord.
Est considéré comme temps de repos, le temps pendant lequel le personnel embarqué est en droit de séjourner dans les locaux qui lui servent d'habitation à bord. (…)

(3) La durée maximale journalière du travail peut être dépassé sans majoration de rémunération pour les travaux ci-après :
a) les travaux que le capitaine estime nécessaires et urgents en vue de sauvegarder la sécurité du navire, de la cargaison ou des personnes embarquées ;
b) les travaux requis par le capitaine en vue de porter secours à d'autres navires ou à d'autres personnes en détresse ;
c) les appels, exercices d'incendie ou d'embarcation et exercices similaires ;
d) les travaux supplémentaires requis par les formalités douanières, la quarantaine ou d'autres formalités sanitaires ;
e) les travaux normaux et indispensables auxquels doivent procéder les officiers pour la détermination de la position du navire et pour les observations météorologiques ;
f) le temps supplémentaire qu'exige la relève normale des quarts.
(4) Tout travail autre que ceux visés au paragraphe (3) fourni en dehors de la durée normale du travail est considéré comme heures supplémentaires et rémunéré comme telles suivant le taux fixé par le contrat.
Le taux de majoration pour heures supplémentaires ne peut être inférieur à 25 %. »

L'article 93 dispose qu':« En principe, il ne doit être imposé aux marins les dimanches aucun travail autre que les travaux nécessités par les circonstances de force majeure, la sécurité ou la conduite du navire et le service des personnes embarquées ou de la cargaison.
Sont applicables aux marins servant à bord d'un navire battant pavillon luxembourgeois les dispositions de l'article 7 de la loi du 1er août 1988 concernant le repos hebdomadaire des employés et ouvriers. »

Au vœu de l'article 102.1, ces dispositions sont applicables au capitaine.

X. verse, parmi ses pièces, un décompte indiquant chronologiquement le nombre d'heures supplémentaires invoquées avec les tâches correspondantes.

Le listing est contesté par **Y.**

Il appartient au salarié qui réclame le paiement d'heures supplémentaires d'en rapporter la preuve, en cas de contestation, ce d'abord en ce qui concerne la réalité de la prestation desdites heures.

Tel que le fait relever l'intimée, les attestations testimoniales versées par l'appelant n'établissent pas la prestation d'un nombre d'heures déterminé, certains auteurs d'attestations ne parlant tout au plus que d'une moyenne.

Or, concernant la réalité du travail supplémentaire allégué, des indications approximatives sont insuffisantes à l'appui d'une demande en paiement.

A défaut de toute précision, l'offre de preuve par audition de témoins, présentée en ordre subsidiaire par **X.**, est à rejeter pour être dénuée de pertinence ; en effet, le recours à la mesure d'instruction sollicitée, ne visant que la prestation régulière d'heures supplémentaires, n'est pas susceptible de mener à un résultat utile, étant donné qu'elle ne permet pas de vérifier s'il y a eu prestation d'un nombre précis d'heures supplémentaires.

A ceci s'ajoute qu'eu égard au système d'horaire flottant convenu, seule la connaissance de l'emploi du temps de travail entier du capitaine permettrait de savoir s'il y a eu prestation d'heures de travail en sus des 8 heures de travail journalières retenues dans la convention de travail entre parties.

Abstraction faite de la question de savoir si le livre de bord contient toutes les inscription relatives au temps de travail entier de l'équipage, et plus particulièrement à celui du capitaine, les indications afférentes ne sauraient avoir la force probante requise, étant donné qu'elles émaneraient du moins en partie de la partie requérante elle-même.

Une expertise n'aurait pu, le cas échéant, être ordonnée sur base de la preuve dûment rapportée quant à la réalité d'heures supplémentaires, qu'aux seules fins d'une évaluation en termes de calcul.

Sans devoir examiner les autres moyens et arguments développés, en particulier le moyen tiré du défaut de l'accord de **Y.** avec la prestation d'heures supplémentaires, il s'impose de constater en conclusion de ce qui précède que les offres de preuve et l'appel d'**X.** sont à rejeter pour autant que la demande en paiement d'heures supplémentaires est visée.

<u>Quant à l'indemnité compensatoire pour congé non pris</u>

X. réclame de ce chef 1.405,68 €, outre les intérêts, alors que l'intimée conclut également à la confirmation du premier jugement sur ce point.

L'appelant déclare que 35 jours de congé ont été payés, alors qu'il aurait eu droit à 38 jours de congé payés.

Il renvoie encore à la loi du 9 novembre 1990 sur le registre maritime.

Il y a désaccord des parties quant à la prescription du congé non pris de 2002.

S'il est exact que d'après l'article 104.4 de la loi du 9 novembre 1990, la loi modifiée du 22 avril 1966 portant réglementation uniforme du congé annuel payé

des salariés du secteur privé n'est pas applicable aux salariés couverts par contrat de travail maritime, il y a toutefois lieu de retenir que dans le contrat de travail, les parties, après avoir adopté le nombre de congé de trois jours par mois tel que prévu par la loi de 1990, ont cependant dérogé à cette loi en ce sens qu'elles ont convenu que : « Pour les modalités d'attribution et de détermination de ce congé, les parties déclarent se référer aux dispositions légales, réglementaires, administratives ou statutaires en vigueur au Grand-Duché de Luxembourg. »

Il résulte des conclusions de l'appelant que les jours faisant l'objet du litige concernent l'année 2002, **X.** reprochant à **Y.** d'avoir reporté seulement 8 x 3 = 24 jours, au lieu de 9 x 3 = 27 jours.

Aux termes de l'article L.233-10, alinéa 1er, phrase 2 du Code du travail (article 10, alinéa 1er, phrase 2 de la loi du 22 avril 1966), le congé non encore pris à la fin de l'année de calendrier peut être reporté exceptionnellement jusqu'au 31 mars de l'année qui suit.

Conformément aux conclusions de l'intimée, il y a lieu de constater qu'au jour de la présentation de la demande – le 8 juillet 2004 – le droit d'**X.** au congé de l'année 2002 était éteint.

L'appel est dès lors, sans qu'il y ait lieu d'examiner les autres moyens et arguments présentés sur ce point, également à rejeter quant à ce chef de la demande d'**X.**.

<u>Quant aux demandes présentées sur base de l'article 240 du nouveau code de procédure civile</u>

X. requiert une indemnité de procédure de 1.500 € pour chacune des deux instances.

La société **Y.** sollicite une indemnité de procédure de 2.500 € pour l'instance d'appel.

L'appel d'**X.** sur ce point de même que sa demande présentée en instance d'appel sont à rejeter comme non fondés ; ayant succombé dans ses revendications, il ne saurait prétendre au bénéfice des dispositions de l'article 240 du nouveau code de procédure civile.

La demande de **Y.** est à son tour à déclarer non fondée, faute par elle de justifier en quoi il serait inéquitable de laisser à sa charge des sommes par elle exposées, non comprises dans les dépens.

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,

rejette les offres de preuve présentées par **X.**,

dit l'appel non fondé,

en déboute,

confirme le jugement de première instance,

dit non fondées les demandes présentées par les deux parties en instance d'appel sur base de l'article 240 du nouveau code de procédure civile,

en déboute,

condamne **X.** aux frais et dépens de l'instance d'appel et en ordonne la distraction au profit de Maître Jeanne FELTGEN, avocat constitué qui la demande, affirmant en avoir fait l'avance.