Exempt - appel en matière de droit du travail.

Audience publique du quatre février deux mille dix.

Numéro 34234 du rôle

Présents:

Edmond GERARD, président de chambre,
Charles NEU, premier conseiller,
Ria LUTZ, conseiller,
Isabelle HIPPERT, greffier.

E n t r e :

A, ouvrier de l'Etat, demeurant à L-(…),

appelant aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Alec MEYER de Luxembourg des 7 octobre et 9 octobre 2008,

intimé sur appel incident,

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

e t :

1) le syndicat de communes « B », en abrégé « C », ayant son siège social à L-(…), représenté par son bureau actuellement en fonctions, en la personne de son président,

intimé aux fins du susdit exploit MEYER du 7 octobre 2008,

appelant par incident,

comparant par Maître Albert RODESCH, avocat à la Cour à Luxembourg,

2) l'ETAT DU GRAND-DUCHE DE LUXEMBOURG, pris en sa qualité de gestionnaire du Fonds pour l'emploi, représenté par son Ministre d'Etat, établi à L-1352 Luxembourg, 4, rue de la Congrégation,

intimé aux fins du susdit exploit MEYER du 9 octobre 2008,

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

LA COUR D'APPEL:

Vu l'ordonnance de clôture de l'instruction du 29 octobre 2009.

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

Par requête déposée auprès du tribunal du travail de Luxembourg le 1er août 2007, A, au service du B, en abrégé C, en qualité d'ouvrier, critiqua d'abusif le licenciement avec préavis lui notifié par son employeur par courrier du 13 février 2007 ; la motivation du licenciement lui a été communiquée le 13 février 2007 suite à sa demande du 18 janvier 2007 ; les motifs invoqués sont nombreux et l'un de ces reproches a trait à une menace de mort proférée contre son employeur ; il réclama les montants indemnitaires plus amplement repris dans le jugement du 30 juin 2008.

Il contesta tant la précision que la réalité et le sérieux des motifs invoqués à la base du congédiement.

Constatant sur base de neuf attestations testimoniales et des pièces versées aux débats, que la réalité de la majorité des reproches était prouvée, notamment celle de la menace de mort, le tribunal a, par jugement du 30 juin 2008, déclaré le licenciement régulier et débouté A de ses demandes relatives aux préjudices matériel et moral.

Concernant la demande en paiement d'heures supplémentaires, le tribunal a rejeté cette demande au motif que la convention collective des ouvriers de l'ETAT ne lui serait pas applicable et qu'il n'aurait pas prouvé avoir effectué de telles heures supplémentaires ; il a finalement déclaré fondée la demande en paiement d'une indemnité compensatoire pour 10 jours de congé non pris, soit pour la somme de

2.033 euros ; il a encore dit la demande de l'ETAT, pris en sa qualité de gestionnaire du Fonds pour l'emploi, non fondée et l'en a débouté.

De ce jugement, A a régulièrement relevé appel par acte de l'huissier de justice Alec MEYER de Luxembourg des 7 et 9 octobre 2008.

Il demande de réformer la décision a quo et de dire que le licenciement est abusif.

Quant au licenciement

L'appelant reproche aux premiers juges, d'une part d'avoir retenu le caractère régulier du licenciement sur base des pièces et des attestations testimoniales versées par l'employeur, empêchant par là l'appelant de faire la contre-preuve ; il offre en preuve par témoignages « que sa façon de travailler et son comportement au sein de C n'ont jamais été fautifs au point de justifier une mesure de licenciement » ; il verse en ce sens une attestation émanant de sa compagne, Madame D.

L'intimé estime qu'il appartenait à A de rapporter la contre-preuve des faits établis par la production d'attestations testimoniales ; qu'à défaut de l'avoir fait, son moyen serait à rejeter. A toutes fins utiles l'intimé réitère en instance d'appel son offre de preuve par témoins formulée en première instance aux fins d'établir la réalité des motifs invoqués à la base du congédiement.

A cet égard, la Cour constate que l'appelant a eu connaissance en temps utile des 9 attestations testimoniales versées par son ex-employeur aux juges de première instance, de sorte qu'il avait toute possibilité de demander aux premiers juges la prorogation de la mesure d'instruction et l'institution d'une contre-enquête aux fins de faire entendre le témoin D respectivement de verser une attestation émanant d'elle ; en l'absence de toute explication quant à la raison pour laquelle le témoin D, soit sa concubine, dont l'attestation judiciaire est actuellement versée aux débats, n'a pu être entendu en première instance, la nouvelle enquête sollicitée par l'appelant est à rejeter, ce d'autant plus que son contenu porte sur des faits négatifs dont la preuve n'est pas recevable par témoins.

Pour les mêmes motifs, l'attestation judiciaire du témoin D est à rejeter.

L'appelant reproche d'autre part au tribunal du travail d'avoir rejeté l'application au cas d'espèce de la Convention Collective des ouvriers de l'Etat, qui d'après lui, serait applicable dans son intégralité, convention qui prévoit dans ses articles 34 et 37, que le licenciement n'est possible que lorsque le salarié a fait l'objet de 3 sanctions disciplinaires, ce qui ne serait pas le cas pour lui, de sorte que le licenciement serait irrégulier et partant abusif et le jugement à réformer en ce sens.

L'intimé soutient que la Convention collective des ouvriers de l'Etat serait, d'après l'article 4 du contrat de travail signé par les parties, applicable uniquement pour la rémunération de A.

Qu'il y aurait partant lieu de confirmer le jugement en ce qu'il a déclaré le licenciement régulier et débouté ce dernier de ses demandes.

A la lecture de la requête introductive d'instance du 1er août 2007 et du jugement de première instance, la Cour constate que le moyen tiré de l'application dans son intégralité au cas d'espèce de la Convention collective des ouvriers de l'Etat n'a pas été soulevé en première instance si ce n'est uniquement pour la demande relative aux heures supplémentaires réclamées. L'appelant est donc malvenu de reprocher au tribunal du travail de ne pas avoir fait droit à un moyen juridique qui n'avait pas été soulevé pour les autres volets de la requête.

Il s'agit partant d'un moyen nouveau soulevé pour la première fois en instance d'appel dans le cadre de la validité du licenciement et de l'indemnité pour congés non pris réclamée.

Ce moyen nouveau est recevable en instance d'appel dès lors qu'aucun texte de loi ne prohibe, à la différence des demandes nouvelles en appel, la formulation de moyens nouveaux en instance d'appel.

Quant à la question soulevée de l'application dans son intégralité de la Convention collective des ouvriers de l'Etat, il convient de relever que le B n'a pas de convention collective applicable à ses ouvriers communaux ; par ailleurs la Convention collective des ouvriers de l'Etat ne contient aucune disposition selon laquelle elle serait applicable également aux ouvriers communaux, de sorte qu'il laisse d'être prouvé qu'elle s'applique, comme l'affirme le salarié, dans son intégralité aux employés communaux.

Le contrat de travail signé entre parties ne fait pas non plus référence à la prédite convention si ce n'est uniquement pour la rémunération de A.

C'est partant à bon droit que le tribunal du travail a dit que cette convention ne s'appliquait pas à A.

Il suit des considérations qui précèdent que les développements faits par l'appelant en instance d'appel sur base de la prédite Convention, tant à l'égard du licenciement, qu'au niveau de l'indemnité pour congés non pris et des heures supplémentaires, sont à écarter pour ne pas être pertinents.

C'est partant toujours à bon droit que les premiers juges ont analysé la validité et la régularité du licenciement de A sur base des articles afférents du code du travail, seuls applicables au cas d'espèce.

Sur base des déclarations faites par les témoins certificateurs, analysées de façon détaillée par le tribunal, le jugement de première instance est à confirmer en ce qu'il a retenu que la réalité et le sérieux des motifs reprochés au salarié ont été rapportés, déclaré le licenciement régulier et les demandes de A non fondées.
En effet, le seul fait pour le salarié d'avoir proféré des menaces de mort à l'égard de son supérieur hiérarchique et de son épouse suffisait pour justifier son licenciement.

Le jugement déféré est à confirmer sur ces points.

Indemnité compensatoire de congés non pris

L'appelant conclut à la réformation du jugement concernant l'indemnité compensatoire de congés non pris ; il soutient avoir droit, toujours sur base de la Convention Collective des ouvriers de l'ETAT, pour l'année 2007, à 15 jours de congé non pris et pour l'année 2006 à 82 heures, soit au montant de 5.074,24 euros.

L'intimé conclut à l'irrecevabilité de la nouvelle demande augmentée en instance d'appel, alors qu'elle avait été réduite en première instance et était cependant basée sur les mêmes pièces ; il conteste cette demande encore dans son principe et dans son montant ; à titre subsidiaire, il y aurait lieu de confirmer le jugement sur ce point.

Dans sa requête introductive d'instance le salarié réclamait la somme de 3.147,78 euros à titre d'indemnité compensatoire de congé non pris, pour ensuite la réduire en première instance sans autres justificatifs à la somme de 2.524,48 euros, pour finalement l'augmenter en instance d'appel à la somme de 5.074,24 euros.

Une partie au litige peut en tout état de cause modifier le montant de sa demande, dès lors que la seule contrainte légale à cet égard impose ou exige que les demandes soient sinon chiffrées, du moins déterminables dans leur montant, de sorte que l'augmentation de la demande en instance d'appel est recevable.

L'employeur qui prétend, comme en l'espèce, avoir payé à son ancien salarié l'intégralité des congés non pris auxquels il avait droit, respectivement qui prétend que le salarié a pris l'intégralité des congés auxquels il avait droit d'après la loi, doit le prouver.

S'il résulte bien d'une fiche non périodique « fiche d'ordre no.3 » de juillet 2007 versée par l'intimé que A avait droit à un montant de 3.128,74 euros au titre de

« régularisation + sur brut », force est de constater qu'il laisse d'être prouvé que cette somme revient à A au titre du congé non pris et des heures supplémentaires réclamées ; à défaut de preuve que ce montant correspond à l'indemnité compensatoire de congé non pris sollicitée, la demande afférente de A est fondée dans son principe, ce d'autant plus que l'employeur ne prouve pas, à l'aide d'un extrait bancaire, que ce montant a bel et bien été viré au salarié.

La loi oblige finalement l'employeur de tenir livre sur le congé légal des salariés qui sont à son service, de sorte qu'il appartient à l'employeur, en cas de contestations, de prouver, par la production du livre des congés, que le salarié a bénéficié du congé légal de récréation qui lui est dû.

En l'espèce l'employeur se contente de contester la demande de A dans son principe sans cependant produire le livre des congés, de sorte que la demande de A est justifiée.

L'employeur reconnaît encore ne pas avoir pris en considération pour le calcul du congé de son salarié la période de préavis.

Or, il est de principe que lorsque, au courant de l'année de calendrier, le contrat prend fin avant que le travailleur n'ait joui de la totalité du congé qui lui est dû, il a droit à une indemnité correspondant au congé non encore pris ; la période de préavis doit être prise en considération pour la calcul de l'indemnité de congé due au salarié, qu'il ait ou non été dispensé de travailler pendant le préavis.

C'est partant à bon droit que les premiers juges ont décidé que A avait droit à une indemnité compensatoire pour la période de préavis ; ils se sont cependant trompés quant au nombre de jours de congé à allouer au salarié.

En effet, la période de préavis de A, eu égard à son ancienneté de service de plus de 17 années, était de 6 mois et non de 5 mois, de sorte que pour la période allant du premier janvier 2007 au 31 juillet 2007, A, qui n'a pris qu'une journée de congé en mars, a droit à une indemnité pour 13 jours de congé non pris.

La demande de A est partant fondée pour le montant de 13 jours (104 heures) * 25,12 euros = 2.612,48 euros.

Quant aux 82 heures de congé non pris réclamées pour l'année 2006 , il convient de relever que 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. Or, A ne justifie en rien le report de ces 82 heures, de sorte que cette demande n'est pas fondée.

Heures supplémentaires

L'appelant conclut finalement à la réformation de la décision a quo concernant les heures supplémentaires ; il prétend avoir droit au paiement de 29,25 heures supplémentaires, soit, d'après l'article 15 de la Convention Collective, à la somme de 625,88 euros ; que la réalité des ces heures supplémentaires serait prouvée par les pièces versées, notamment le tableau de gestion des heures supplémentaires établi par l'employeur.

L'intimé demande la confirmation du jugement quant aux heures supplémentaires qui sont formellement contestées par lui.

Il résulte effectivement des tableaux de gestion des heures supplémentaires versés en cause, pièces établies par l'employeur, que A comptabilisait pour l'année 2006 un solde de 57,25 heures supplémentaires et pour 2007, 7,5 heures supplémentaires, soit un total de 64,75 dont 35 ont été récupérées, de sorte que sa demande est fondée pour 29,75 heures supplémentaires. L'employeur est malvenu de contester le nombre de 29,75 heures supplémentaires alors qu'il les a lui-même prises en compte dans les tableaux de gestion précités.
A défaut pour l'employeur d'avoir prouvé avoir payé à A les heures supplémentaires dues, la demande de ce dernier est à déclarer justifiée pour la somme réclamée de 625,88 euros.

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

Demande de l'ETAT

L'ETAT DU GRAND-DUCHÉ DE LUXEMBOURG, pris en sa qualité de gestionnaire du Fonds pour l'emploi, sollicite le remboursement des indemnités de chômage avancées pour la période de d'août 2007 à décembre 2007 à concurrence de 18.467 euros de la part soit du salarié soit de l'employeur.

Le jugement de première instance est à confirmer en ce qu'il a, au vu de l'issue du litige, qui reste la même en instance d'appel, déclaré non fondée la demande de l'ETAT.

Demandes basées sur l'article 240 du nouveau code de procédure civile

L'intimé relève appel incident concernant l'indemnité de procédure de 250 euros qu'il a été condamné à payer à A en première instance et demande à en être déchargé.

Le jugement est à confirmer sur ce point par adoption des motifs des premiers juges.

Les deux parties concluent à l'allocation d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel ; ces demandes doivent êtres rejetées, dès lors que les parties n'ont pas établi en quoi il serait inéquitable de laisser lesdits frais à leur charge.

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 les appels,

dit l'appel incident non fondé et en déboute,

dit l'appel principal partiellement fondé,

rejette l'offre de preuve de A,

réformant :

dit l'indemnité compensatoire pour congé non pris fondée et justifiée pour le montant de 2.612,48 €,

dit la demande en paiement des heures supplémentaires fondée et justifiée pour un montant de 625,88 €,

partant condamne le B à payer à A la somme de 625,88 + 2.612,48 = 3.238,36 € avec les intérêts légaux à partir de la demande en justice jusqu'à solde,

pour le surplus, confirme la décision entreprise,

rejette les demandes basées sur l'article 240 du nouveau code de procédure civile,

impose les frais de l'instance pour moitié à A et pour moitié au B avec distraction des frais de l'instance d'appel au profit de Maître Georges PIERRET, de Maître Albert RODESCH et de Maître Fabienne MONDOT qui la demandent, affirmant en avoir fait l'avance.