Exempt - appel en matière de droit du travail.

Audience publique du onze novembre deux mille dix.

Numéros 33441 et 33940 du rôle

Présents :

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

I.

E n t r e :

A, demeurant à F-(…),

appelant aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Carlos CALVO de Luxembourg du 11 janvier 2008,

comparant par Maître Sabrina MARTIN, avocat à la Cour à Luxembourg,

e t :

la société anonyme B 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 CALVO,

comparant par Maître Nicolas BAUER, avocat à la Cour à Luxembourg.

II.

E n t r e :

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

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice suppléant Josiane GLODEN, en remplacement de l'huissier de justice Jean-Claude STEFFEN d'Esch-sur-Alzette, du 17 juillet 2008,

comparant par Maître Nicolas BAUER, avocat à la Cour à Luxembourg,

e t :

A, demeurant à F-(…),

intimé aux fins du susdit exploit GLODEN,

comparant par Maître Sabrina MARTIN, avocat à la Cour à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL:

Vu l'ordonnance de clôture de l'instruction du 5 octobre 2010.

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

Par requête du 21 août 2006, A a fait convoquer la société B S.A. devant le tribunal du travail d'Esch-sur-Alzette pour voir déclarer abusif son licenciement avec effet immédiat du 28 juin 2006 et s'entendre condamner à lui payer 4 110 € à titre d'indemnité compensatoire de préavis, 1 615,50 € et 1 330,40 € à titre d'indemnités pour congés non pris et 5 000 € à titre de dommage moral.

Un jugement du tribunal du travail d'Esch-sur-Alzette du 8 novembre 2007 a admis B S.A. à prouver un certain nombre de faits relatifs au licenciement de A et a dit la

demande en paiement d'arriérés de salaire pour heures supplémentaires présentée en cours d'instance non fondée et en a débouté.

A la suite de l'exécution de cette mesure d'instruction, un jugement du tribunal du travail d'Esch-sur-Alzette du 5 juin 2008 a déclaré le licenciement de A du 27 juin 2006 abusif et condamné B S.A. à payer à A 4 110 € à titre d'indemnité compensatoire de préavis et 2 500 € à titre de préjudice moral, déclarée non fondée la demande en paiement d'une indemnité pour 17 jours de congés non pris et ordonné une expertise afin de déterminer les heures de travail prestées le dimanche et les jours fériés ainsi que les heures de travail prestées la nuit.

Par exploit du 11 janvier 2008, A a régulièrement relevé appel du jugement du 8 novembre 2007 et par exploit du 17 juillet 2008 B S.A. a régulièrement relevé appel du jugement du 5 juin 2008 et les deux parties demandent de réformer les deux jugements dans la mesure où ils n'ont pas obtenu gain de cause en première instance.

Par ordonnance du magistrat de la mise en état du 17 septembre 2009, la jonction des appels du 11 janvier 2008, numéro du rôle 33441 et du 17 juillet 2008, numéro du rôle 33940 a été prononcée et la Cour statuera sur ces deux appels par un seul et même arrêt.

Quant à l'appel du 17 juillet 2008, B S.A. a relevé appel du seul jugement du 5 juin 2008.

Elle demande de déclarer régulier le licenciement de A et de se voir décharger des condamnations intervenues à son encontre en première instance en raison du licenciement déclaré abusif ; elle demande de déclarer d'ores et déjà non fondée la demande en paiement d'arriérés de salaire, conteste la mission d'expertise telle que formulée par les juges de première instance et demande, en ordre subsidiaire de modifier la mission confiée à l'expert.

Quant à la question du licenciement qui a fait l'objet du jugement du 5 juin 2008, A affirme avoir été licencié en période d'arrêt de maladie et invoque la protection de l'article 121-6 du code du travail.

Il invoque une attestation testimoniale de son épouse C du 7 février 2007, qui témoigne que *« le 26 juin 2006, vers 9.30 heures, je me trouvais auprès de mon mari au dépôt de (...) alors qu'il souffrait d'un sérieux malaise. D était présent et était parfaitement informé que mon mari souffrait d'un sérieux malaise et devait se rendre obligatoirement chez le médecin le même jour, alors qu'il avait une forte tension artérielle.*
J'ai remis moi-même à E en mains propres le bon d'hospitalisation ainsi que le bon de maladie au siège à (...) vers 9.30 heures le 28 juin 2006. »

A titre subsidiaire, A demande la confirmation du jugement du 17 juillet 2008 dans la mesure où il a constaté qu'il n'y avait pas abandon de poste du salarié, a déclaré le licenciement abusif et condamné B S.A. à lui payer une indemnité compensatoire de préavis et des dommages et intérêts pour préjudice moral.

B S.A. demande de déclarer irrecevable l'appel incident de A du 15 janvier 2010 contre le jugement du 8 novembre 2007, étant donné que A a déjà relevé appel contre ce jugement par exploit du 11 janvier 2008. Aucun appel n'aurait été valablement interjeté concernant la décision des juges de première instance du 8 novembre 2007 relative à la question du licenciement en période de maladie.

L'employeur conteste que le licenciement soit intervenu en période de maladie et demande en instance d'appel de déclarer le licenciement régulier sur base des dépositions des témoins.

Il est constant en cause que B S.A. a relevé appel contre le seul jugement du 5 juin 2008 et que A a limité son appel contre le jugement du 8 novembre 2007 quant à la seule question des heures supplémentaires.

Le jugement du 8 novembre 2007, déclarant la demande de A en paiement d'heures supplémentaires non fondée et ordonnant des enquêtes quant aux motifs du licenciement, s'est prononcé dans le corps du jugement sur la question de la protection de A, qui affirme avoir été en arrêt de maladie au moment du licenciement.

Cependant aucune mention ne figure au dispositif dudit jugement que A était ou non protégé par l'article L.121-6 du code du travail au moment du licenciement.

A peut dès lors toujours en instance d'appel, et sans avoir fait appel contre le jugement du 8 novembre 2007 qui n'a rien décidé quant à la question de la protection du salarié en cas de maladie dans son dispositif, invoquer la protection de l'article 121-6 du code du travail qui est un moyen de droit et peut être invoqué en instance d'appel sans qu'il y ait lieu à appel incident.

En l'espèce cependant, malgré les termes de l'attestation testimoniale de C, il ne résulte pas des éléments de la cause que l'employeur ait été informé oralement, avant le licenciement, du fait que A a consulté un médecin qui l'a hospitalisé, et le certificat médical a seulement été remis à l'employeur le 28 juin 2006, après l'envoi de la lettre de licenciement qui date du 27 juin 2006.

A n'était dès lors pas protégé par l'article 121-6 du code du travail au moment de son licenciement.

Quand au fond, l'employeur reproche au salarié dans la lettre de licenciement du 28 juin 2006 « un abandon de poste le lundi, 26 juin 2006 ».

Il est cependant un fait que A était en arrêt de maladie du 26 au 28 juin 2006 et a même été hospitalisé le 27 juin 2006 suivant certificat du docteur F de Rombas du 4 juillet 2006.

S'il peut être admis que A a quitté son travail le 26 juin 2006 tel que cela résulte du témoignage de G, cela ne peut, eu égard aux éléments de la cause et plus particulièrement à l'état de maladie grave nécessitant une hospitalisation du salarié, être qualifié d'un abandon délibéré de poste de travail par celui-ci justifiant un licenciement avec effet immédiat.

Les points de l'offre de preuve admise par jugement du 8 novembre 2007, qui ne résultent par ailleurs pas de la lettre de licenciement qui parle laconiquement d'un abandon de poste le 26 juin 2006, n'ont pas été établies par l'enquête.

Il convient dès lors de confirmer le jugement entrepris du 5 juin 2008 dans la mesure où il a déclaré le licenciement du 27 juin 2006 abusif et alloué à A une indemnité compensatoire de préavis de 4.110 €.

En ordre subsidiaire, B S.A. demande de voir réduire le dommage moral alloué au salarié en première instance à de plus justes proportions.

Les juges de première instance ont fait une correcte appréciation des dommages et intérêts pour préjudice moral subi et condamné à juste titre B S.A. à payer à A la somme 2 500 €.

B S.A., dans son acte d'appel du 17 juillet 2008 contre le jugement du 5 juin 2008, demande encore de déclarer d'ores et déjà non fondée la demande en paiement d'arriérés de salaire, conteste la mission d'expertise telle que formulée par les juges de première instance et demande, en ordre subsidiaire, de modifier la mission confiée à l'expert.

Ce volet de l'appel est cependant irrecevable, les juges de première instance s'étant bornés à instituer une expertise sans rien décider au fond quant à la question du bien-fondé ou non des heures de travail la nuit, les dimanches ou les jours fériés.

Quant à l'appel du 11 janvier 2008 contre le jugement du 8 novembre 2007, A réclame en instance d'appel le montant de 2 227,25 € à titre d'heures supplémentaires prestées pendant la période du 1er juillet 2005 au 25 juin 2006 et en ordre subsidiaire, formule une offre de preuve par voie d'expertise.

B S.A. en demande la confirmation dans la mesure où A a été débouté de sa demande en paiement d'heures supplémentaires en insistant sur le fait que l'employeur s'est toujours énergiquement opposé à la prestation d'heures supplémentaires et que A n'a pas rapporté la preuve d'une quelconque prestation d'heures supplémentaires. En ordre subsidiaire elle formule une offre de preuve relative à des infractions commises par A à la sécurité routière en matière de temps de conduite.

A demande le rejet de cette offre de preuve. Il réaffirme sa demande en paiement du montant de 2 227,25 € à titre d'heures supplémentaires qui résulteraient des disques tachygraphiques et des feuilles de route. A aucun moment B S.A. ne lui aurait reproché ni le non-respect des heures de repos ni d'avoir effectué des heures supplémentaires non demandées ou d'avoir roulé à des fins personnelles.

La Cour relève qu'il est de principe que le salarié qui réclame le paiement d'heures supplémentaires doit fournir la preuve de la prestation de la matérialité de ces heures supplémentaires d'une part, et d'autre part que ces heures supplémentaires ont été prestées à la demande et de l'accord de l'employeur.

Si dans certaines professions ou cas particuliers une atténuation à cette règle peut être admise, comme en l'espèce où le temps de conduite est documenté par des disques tachygraphiques remises régulièrement au patron selon lesquelles celui-ci calcule la rémunération du salarié, toujours est-il que ces disques peuvent être manipulés et renseigner des infractions de conduite commises par le salarié.

En l'espèce, nous ne sommes pas en présence d'un employeur qui, pendant des années prend connaissance des disques tachygraphiques remis par son chauffeur sans aucun commentaire, mais bien au contraire, il résulte des pièces versées en cause que B S.A. a averti A par lettres des nombreuses infractions à la législation commises concernant le temps de conduite et le repos journalier ainsi que quant à des manipulations du chrono tachygraphe. Pour ces raisons il y a même eu résiliation du contrat de travail le 23 juin 2006, résiliation qui ensuite a été annulée d'un commun accord.

Dans les conditions données, il appartient au salarié de prouver le nombre heures supplémentaires qu'il réclame ainsi que la prestation de ces heures supplémentaires sur ordre et accord de l'employeur, ce qu'il est en défaut de faire. Une offre de preuve par voie d'expertise n'est pas de nature à prouver que les heures supplémentaires réclamées ont été prestées sur ordre et de l'accord de l'employeur.

Les offres de preuve par témoins présentées par B S.A. et celle de A par expertise comptable sont à écarter comme ni pertinentes ni concluantes.

Il convient dès lors de confirmer le jugement du 8 novembre 2008 dans la mesure où A a été débouté de sa demande en paiement d'heures supplémentaires.

A réclame une indemnité de procédure de 500 € et B S.A. une indemnité de procédure de 1 000 € basées sur l'article 240 du nouveau code de procédure civile.

Ces demandes sont à déclarer non fondées, les parties appelante et intimée ne justifiant pas en quoi il serait inéquitable de laisser à leur charge les frais par elles exposés non compris 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 les appels du 11 janvier 2008, numéro du rôle 33441 et du 17 juillet 2008, numéro du rôle 33940, les joint et y statue par un seul et même arrêt.

dit l'appel du 17 juillet 2008 de B S.A. non fondé en ce qui concerne la question du licenciement et des dommages et intérêts pour licenciement abusif et confirme le jugement du 5 juin 2008 dans la mesure où il a déclaré le licenciement du 27 juin 2006 abusif et alloué à A une indemnité compensatoire de préavis de 4.110 € et des dommages et intérêts pour préjudice moral à concurrence de la somme 2 500 € ;

dit l'appel du 17 juillet 2008 irrecevable pour le surplus ;

dit l'appel du 11 janvier 2008 de A contre le jugement du 8 novembre 2007 non fondé et en déboute et confirme le jugement du 8 novembre 2007 en ce qu'il a débouté A de sa demande en paiement d'heures supplémentaires ;

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

fait masse des frais et dépens de l'instance et les impose pour moitié à chacune des deux parties.