Exempt - appel en matière de droit du travail.

Audience publique du seize décembre deux mille dix.

Numéro 34836 du rôle

Présents:

Charles NEU, premier conseiller, président,
Ria LUTZ, conseiller,
Pierre CALMES, conseiller,
Isabelle HIPPERT, greffier.

E n t r e :

A, demeurant à L-(…),

appelant aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Jean-Lou THILL de Luxembourg du 5 mai 2009,

comparant par Maître Claude BLESER, 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 THILL,

comparant par Maître Vic KRECKE, avocat à la Cour à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL:

Vu l'ordonnance de clôture de l'instruction du 15 juin 2010.

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

Par requête déposée le 20 décembre 2007 devant le tribunal du travail de Luxembourg, A a fait assigner son ancien employeur, la S.A. B, pour l'entendre condamner à lui payer les montants de respectivement 606,72.- € à titre d'indemnité compensatoire pour les jours de congé non pris de l'année 2006, 485,00.- € à titre de prime d'astreinte pour le mois de décembre 2004, 4.135,00.- € à titre de prime d'astreinte pour l'année 2005 et 1.395.- € à titre de prime d'astreinte pour l'année 2006, ainsi qu'une indemnité de procédure de 1.500.- €.

A l'audience du 23 février 2009, la défenderesse demanda reconventionnellement la condamnation du demandeur au paiement de la somme de 729,22.- €, sinon de la somme de 122,40.- € à titre d'indemnisation pour congé trop pris en 2006 et de la somme de 788,74.- € à titre de remboursement de l'indemnité pour congé non pris indûment payée pour l'année 2007.

Par jugement du 23 mars 2009, le tribunal du travail, après avoir constaté que les parties étaient d'accord pour considérer que le contrat de travail du requérant avait cessé de plein droit le 7 octobre 2006, suite à la décision de l'EVI du 17 juillet 2007 ayant accordé rétroactivement à ce dernier une rente d'invalidité à partir du 7 octobre 2006, a déclaré recevable mais non fondée la demande du requérant en paiement d'une indemnité pour congé non pris en 2006, à déclaré fondée la demande reconventionnelle en remboursement de la somme de 119,65.- € payée indûment au requérant à titre d'indemnité de congé en 2006 et de la somme de 788,74.- € payée indûment à titre d'indemnité de congé non pris pour l'année 2007 et a déclaré recevable mais non fondées les demandes relatives au paiement d'une prime d'astreinte pour les années 2004 à 2006, tout en allouant à la défenderesse la somme de 250.- € à titre d'indemnité de procédure.

Par acte d'appel du 5 mai 2009, A a interjeté appel de ce jugement pour autant qu'il a déclaré non fondée la demande en paiement d'une prime d'astreinte pour les années 2004 à 2006, a réitéré l'offre de preuve formulée en première instance tout en la complétant et il a demandé à la Cour de déclarer par réformation du jugement entrepris la demande reconventionnelle de B irrecevable, sinon non fondée.

La partie intimée demande la confirmation du jugement entrepris.

Quant à la prime d'astreinte

Les premiers juges ont débouté le requérant de sa demande en paiement des primes d'astreinte au motif qu'il n'a pas réussi à établir qu'il existait un système de permanences au niveau des stations service au dépannage desquelles il était affecté, même si son employeur reconnaît qu'il a effectué 5 interventions remplissant les conditions d'octroi de la prime d'astreinte pour les cinq jours pendant lesquels ces interventions ont eu lieu. Les premiers juges ont encore rejeté l'offre de preuve du requérant tendant à établir qu'il assurait un service d'entretien et de dépannage 24/24 heures pour les stations service depuis le mois d'août 1999 jusqu'à la fin de son contrat de travail et que dans le cadre de cette permanence il a effectué pendant les années 2004, 2005 et 2006, notamment 74 interventions en indiquant dans l'offre de preuve pour chaque intervention le numéro de fiche qu'il a établi pour le compte de son employeur, au motif que cette offre de preuve n'était ni pertinente, alors qu'il n'était pas contesté que le requérant était justement affecté au dépannage des stations service, ni suffisamment précise, alors qu'elle ne tendait pas à établir que le requérant a effectué un service de permanence. Ils ont finalement rejeté l'offre de preuve du requérant destinée à établir que les primes d'astreinte étaient accordées aux salariés de B S.A. même si aucun dépannage n'était effectué, conformément à un document intitulé « nouveau système !! », au motif que cette pièce ne prévoit pas le versement d'une prime d'astreinte au profit des salariés n'effectuant pas de permanence.

A l'appui de son recours l'appelant fait valoir qu'il résulte d'un contrat d'entretien conclu entre l'intimée et la société C le 1er mai 2000, d'un courrier de l'intimée adressé le 2 août 2007 au mandataire de l'appelant et finalement d'une note interne datée du 12 mars 2004 relative notamment à l'organisation des permanence en matière d'entretien de « pompes » qu'il existait bien un système de permanence 24h/24h pour le dépannage des stations service. Il ajoute qu'il résulte clairement de la note interne du 12 mars 2004 qu'une prime de permanence était due pour ce type d'activités. Finalement l'appelant rappelle qu'il était le seul à s'occuper de l'entretien technique des stations service. Il conteste n'avoir effectué pendant la période litigieuse que 5 interventions dans le cadre de ses permanences, comme l'admet l'intimée.

L'appelant réitère son offre de preuve en y ajoutant l'alinéa suivant : « les travaux de dépannage ont été effectués par Monsieur A en-dehors de ses heures de travail normales, ceci à la demande soit des clients, soit de son employeur ».

L'appelant offre dès lors en preuve qu'il assurait d'août 1999 jusqu'à sa mise à la retraite en 2006, un service d'entretien et de dépannage 24h/24h pour les stations service D, E, F et C, clients de son employeur et qu'ainsi il a effectué de janvier 2004 à avril 2006, 74 interventions en dehors de ses heures de travail

normales et que chacune de ces interventions a été documentée par une fiche de travail numérotée indiquée pour chacune des interventions dans l'offre de preuve et que par ailleurs des primes d'astreinte étaient accordées au salariés de B S.A. affectés au service de dépannage, même si aucun dépannage n'était effectué et ce conformément au document intitulé « nouveau système !! ».

L'intimée affirme que l'appelant ne travaillait pas dans un secteur d'activité pour lequel un système de permanence avait été mis en place, de sorte qu'il ne pourrait pas bénéficier de primes d'astreinte. Elle soutient plus particulièrement que la note interne du 12 mars 2004 qui traite des rémunérations et des primes de permanence notamment dans le domaine des « pompes élect. SAV » concerne l'entretien des pompes dans le domaine des eaux potables et eaux usés et non pas l'entretien et le dépannage des stations service, pour lequel un tel service de permanence ne se justifiait pas en raison du faible nombre d'interventions.

L'intimée fait plaider par ailleurs que la pièce datée du 19 août 1999 relative à l'entretien et le dépannage 24h/24h assurés par B pour ses clients C-E-G et qui indique comme responsable des travaux d'entretien technique M. A et M. H, signifie uniquement que les agents de permanence pouvaient en cas de besoin se faire conseiller par ces deux collaborateurs et ne signifie nullement que le requérant était lui-même agent de permanence.

L'intimée reconnaît cependant, vérification faite, la disponibilité de l'appelant pour 5 missions qui pourraient s'apparenter à un service de permanence, ce qui prouverait à suffisance que le domaine pétrolier ne nécessitait pas la mise en place d'un service de permanence dans ce domaine et elle ajoute que toutes les autres interventions prestées par le requérant en dehors des heures de travail normales, même pendant les fins de semaine ou jours fériés étaient programmées, respectivement résultaient d'un prolongement de son horaire de travail normal.

L'intimée considère que c'est à juste titre que les premiers juges ont déclaré l'offre de preuve du requérant irrecevable pour défaut de pertinence et pour défaut de précisions.

Il ne peut pas faire de doute que si une prime d'astreinte est due, elle est destinée à rémunérer la disponibilité du salarié, les interventions effectuées pendant le service de permanence étant rémunérées à part, comme cela résulte du reste de la pièce n° 10 de la farde de 11 pièces versée par Maître KRECKE.

Il convient dès lors de vérifier si le requérant, a rapporté la preuve qu'il a assuré un service de permanence pour lequel le paiement d'une prime d'astreinte est ou était prévu, aucune rémunération du chef des interventions proprement dites n'étant par ailleurs réclamée.

Le requérant affirme qu'il a assuré seul un service de permanence pour les stations service depuis l'année 1999 et il réclame pour la première fois le paiement d'une prime d'astreinte le 20 décembre 2007 et ce uniquement pour les années 2004, 2005 et 2006, sans avoir jamais au préalable formulé une revendication en ce sens et sans que l'on sache ce qu'il en est des primes d'astreinte pour les années 1999 jusqu'à fin 2003.

Le contrat de travail du requérant stipule qu'il a pris connaissance que le service après-vente doit être assuré 24 heures sur 24 et 365 jours par an, qu'il s'engage à participer aux permanences éventuellement exigées pour assurer un déroulement optimal du service requis et que la durée normale de travail est de 40 heures par semaine, cet horaire pouvant varier en fonction des besoins de l'entreprise. Le contrat ne prévoit pas le paiement d'une prime d'astreinte.

Il résulte d'une pièce datée du 19 août 1999 à destination interne que B assure l'entretien et le dépannage 24h/24h des stations C-E-G et qu'en cas d'appel d'un de ces clients en dehors des heures de bureau il faut prendre le message et prévenir un des responsables des travaux d'entretien technique, soit le requérant ou M. H.

L'intimée verse deux pièces relatives au nouveau système de rémunération des permanences. Il s'en dégage qu'au sein de B 5 types de services bénéficient d'une prime de permanence. Le requérant affirme que lui-même en assurant la permanence pour les stations service a fait partie de la catégorie "pompes « SAV Electr »". Il résulte cependant de deux attestations de responsables de la gestion des dépannages et du service après-vente de B, versées par l'intimée, que le secteur d'activité "pompes « SAV Electr »" ne concerne pas les stations service.

Si le nom du requérant n'apparaît pas dans le tableau des « permanence froid-ventilation—chauffage-moyenne tension » pour les années 2003/2004, versé par l'intimée, cela n'a rien d'étonnant puisqu'il n'a pas travaillé dans ces domaines d'activités. On ignore cependant si pendant cette période aucun service de permanence n'était prévu dans les autres secteurs d'activités, de sorte que cette pièce est sans aucune pertinence.

La position de l'intimée concernant la participation du requérant aux permanences est pour le moins ambiguë. Dans un courrier adressé 20 juillet 2007 à l'OGBL le directeur des ressources humaines de B, d'une part, affirme que le domaine d'activité principale du requérant, à savoir l'entretien technique des stations service, n'était à aucun moment intégré dans le système des permanences, en raison du faible volume prévisible des interventions et, d'autre part, en admettant la disponibilité du requérant pour l'exécution de 5 interventions pouvant correspondre aux critères applicables au service de permanence, reconnaît qu'il a droit à 25 € par journée donnant lieu à au moins une intervention, soit en tout 125

€. Il faudrait en déduire qu'une prime d'astreinte n'était due que s'il y a eu au moins une intervention par journée de permanence. Or la prime d'astreinte ne rémunère pas l'intervention, mais la disponibilité. Dans son courrier adressé le 20 juillet 2007 à l'OGBL le directeur des ressources humaines de l'intimée et Maître KRECKE à la page 5 de ses conclusions du 9 octobre 2009 affirment que la S.A. B a décidé d'attribuer au requérant rétroactivement une prime de permanence prévue par le règlement de la société pour le cas des activités ne justifiant pas la mise en place d'une permanence et que selon ce règlement une prime de 25 € par journée ayant donné lieu à au moins une intervention est due. Or, aucune trace de ce règlement ne figure au dossier et la partie requérant n'a pas pris position quant à l'existence d'un tel règlement. On a encore du mal à suivre Maître KRECKE lorsqu'il affirme à la page 2 de ses conclusions du 26 février 2010 que « Les interventions effectuées par le personnel affecté aux stations service peuvent être des dépannages d'urgence effectués pendant les heures de travail ou en dehors des heures de travail, mais ordonnées aux technicien à l'avance, ou encore des missions de chantier se déroulant pendant et hors des heures de travail normales et planifiées nécessairement à l'avance. Ces interventions ne se déroulent jamais dans le cadre d'un service de permanence ». La Cour ne voit pas comment un dépannage d'urgence pourrait être ordonné à l'avance.

Malgré les nombreuse incohérences formulées dans les conclusions de part et d'autre, la Cour déduit de tout ce qui précède qu'il ne résulte pas des pièces du dossier qu'un service de permanence a été mis en place pour l'entretien et le dépannage des stations service, mais qu'il est incontestable que des interventions d'urgence ont eu lieu en dehors des heures normales de service et que ces interventions ont nécessairement été effectuées par le personnel de B et le cas échéant par le requérant, ce que l'intimée ne conteste pas même si elle n'admet que 5 interventions de ce genre pendant la période litigieuse.

Reste à savoir, si à côté de la rémunération des interventions proprement dites qui n'est pas en cause dans cette affaire, la disponibilité des ouvriers et plus particulièrement du requérant, le cas échéant en charge de l'entretien et du dépannage des stations service, était rémunérée au moyen d'une prime d'astreinte et plus particulièrement, si le requérant avait droit quasiment quotidiennement pour les années 2004/2006 à une prime d'astreinte. Cette preuve n'étant pas d'ores et déjà rapportée en l'occurrence, le requérant offre notamment de prouver par le témoignage de H, responsable avec le requérant des travaux d'entretien technique des stations service et ayant assuré d'après le requérant la permanence en son absence, ce qui suit :

« Les primes d'astreintes étaient accordées aux salariés de la B s.a. affectés au service de dépannage même si des travaux de dépannage n'étaient pas effectués par les salariés ainsi concernés, conformément au document « nouveau système !! » introduit par B s.a. ».

Si la preuve de simples faits matériels peut être rapportée par témoins, aucune preuve n'est cependant recevable outre ou contre le contenu des actes au vu de l'article 1341 du code civil. Le « nouveau système !! » auquel se réfère l'offre de preuve ne prévoit nullement le paiement d'une prime d'astreinte aux salariés affectés au service de dépannage, même si aucun dépannage n'est effectué, mais la note du comité directeur du 12 décembre 2005 décrivant les changements intervenus avec le nouveau système explique la raison de l'uniformisation des primes de permanence comme suit : « Les contraintes d'être disponibles pour pouvoir intervenir à tout moment sont indépendantes du nombre et de la régularité des interventions potentielles », alors que précédemment la grande disparité des primes de permanence a été source d'insatisfaction. La prime d'astreinte n'est dès lors pas payée à tous les salariés affectés au service de dépannage, comme veut le prouver l'appelant, mais seulement à ceux des dépanneurs qui doivent assurer une permanence. L'offre de preuve est partant irrecevable au regard de l'article 1341 du code civil.

Mais l'offre de preuve est encore dépourvue de toute pertinence dans la mesure où elle ne tend pas à rapporter la preuve que le requérant a assuré un service de permanence alors qu'il est loin d'être établi que pour l'entretien et le dépannage des stations service un système de permanence a été mis en place et que le requérant était dès lors concerné par le « nouveau système ».

L'offre de preuve est également irrecevable pour le surplus pour défaut de pertinence, alors que la question de la fréquence des interventions effectuées par la partie appelante ne se pose pas, mais seulement celle de la réalité d'un service de permanence assuré par cette dernière donnant le cas échéant droit à une prime d'astreinte.

Il aurait en revanche été intéressant de savoir si le témoin H, ayant rempli les mêmes fonctions que le requérant, a ou avait droit au paiement d'une prime d'astreinte, or ce point n'est pas offert en preuve.

Il en résulte que l'appel n'est pas fondé sur ce point.

<u>Quant à la demande reconventionnelle</u>

Il n'est pas contesté qu'au courant de l'année 2006 le requérant est tombé malade et que par décision présidentielle du 17 juillet 2007 EVI a accordé au requérant une pension d'invalidité avec effet au 7 octobre 2006, date à laquelle les parties s'accordent pour dire que le contrat de travail entre parties a cessé de plein droit.

En tenant compte de cette circonstance les premiers juges ont retenu que le requérant avait pris en 2006 168 heures de congé payées bien qu'il n'ait cependant eu droit qu'à 159,91 heures de congé payées jusqu'au 7 octobre 2006, de sorte qu'il devait rembourser à son employeur le montant de 119,65.- € d'indemnités de congé payées en trop par ce dernier.

Les premiers juges ont encore retenu que le requérant a touché en 2007 la somme de 788,74.- € à titre d'indemnité de congé non pris, bien qu'il ait été déclaré invalide par l'EVI à partir du 7 octobre 2006, de sorte qu'aucun congé n'était dû pour l'année 2007 et que partant le requérant était tenu de rembourser ce montant.

L'appelant considère que cette condamnation basée sur la répétition de l'indu, n'était pas justifiée, alors que l'article 1377 du code civil exige à la fois un paiement, un paiement indu et enfin un paiement fait par erreur et non pas à la suite d'une faute. Il considère plus particulièrement que pour les congés trop pris en 2006 il ne s'agit pas d'un paiement, mais de congés pris en nature pour lesquels aucune répétition ne serait possible et que pour les congés non pris en 2007, l'indemnité payée par l'intimée ne serait pas le fruit d'une erreur, mais la conséquence d'une faute, alors qu'au moment où le paiement est intervenu, l'intimée était parfaitement au courant de la décision de l'EVI, et devait nécessairement savoir que plus aucun paiement de ce chef n'était dû pour l'année 2007.

Il est cependant indiscutable que pour l'année 2006 l'intimée a payé des heures de congé qui n'étaient pas dues. Il y a dès lors lieu à répétition.

Même en admettant que l'intimée ait connu au moment de payer l'indemnité de congé non pris pour l'année 2007 la décision avec effet rétroactif de l'EVI et que le paiement puisse alors être considéré comme fautif, il y a lieu de rappeler que « la faute commise par le solvens ne supprime pas son droit d'agir en répétition du paiement indu auquel il a procédé au profit de l'accipiens ». En l'absence d'un quelconque dommage, l'accipiens ne saurait prétendre retenir le trop payé. (Brux. 2° ch., 6.5.1998 ; Rev. dr. com. b. 1999 , p.688 ; CA Versailles, 3° ch. 17.2.1994, D. 1994, Inf. r. p. 177 ; B. Stark, H. Roland, L. Boyer, Droit civil, Les obligations, 3, n° 303) (cf Cour, 23 mai 2001, Pas 32, page 139, c.à.d. la même décision que celle citée par l'appelant dans ses conclusions du 10 novembre 2009).

D'où il suit que l'appel n'est pas fondé sur ce point.

PAR CES MOTIFS :

la Cour d'appel, troisième chambre, siégeant en matière de doit du travail, statuant contradictoirement, et sur le rapport du magistrat de la mise en état,

dit l'appel recevable ;

le déclare non fondé ;

confirme le jugement entrepris ;

condamne A aux frais et dépens de l'instance d'appel.