Exempt - appel en matière de droit du travail.

Audience publique du vingt-sept octobre deux mille onze.

Numéro 36207 du rôle

Présents:

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

E n t r e :

A, demeurant à L-(…),

appelant aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Yves TAPELLA d'Esch-sur-Alzette du 31 mai 2010,

intimé sur appel incident,

comparant par Maître Nathalie NIMESGERN, avocat à la Cour à Luxembourg,

e t :

la société à responsabilité limitée B s.à r.l., établie et ayant son siège social à L-(…), représentée par son gérant actuellement en fonctions,

intimée aux fins du susdit exploit TAPELLA,

appelante par incident,

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

LA COUR D'APPEL:

Vu l'ordonnance de clôture de l'instruction du 28 juin 2011.

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

Par requête du 26 novembre 2007, A, engagé par la société B SARL à partir du 18 août 2004 comme serveur et qui résilia son contrat de travail avec le préavis légal d'un mois à compter du 15 novembre 2007, réclama à son ancien employeur la somme de 62.144,79 euros du chef de majoration de salaire pour qualification professionnelle (18.533,38 euros), d'heures supplémentaires (54.416,28 euros) et finalement des salaires pour jours fériés prestés (4.902 euros).

Le salarié prétendit à une majoration de salaire comme travailleur qualifié du fait qu'il est détenteur d'une carte professionnelle délivrée par une autorité portugaise ; il soutint encore avoir travaillé 10 heures tous les jours de la semaine sauf le mardi ainsi que tous les jours fériés légaux pendant toute la durée du contrat de travail sans avoir obtenu une quelconque compensation financière.

La société employeuse contesta ces demandes tant dans leur principe que dans leur montant

Par un jugement du 27 octobre 2009 le tribunal du travail a dit que A n'est pas travailleur qualifié au sens de l'article L.222-4 du code du travail, partant déclaré non fondée la prétention du salarié à une majoration de salaire comme travailleur qualifié, dit que l'action en paiement des rémunérations antérieures au 26 novembre 2004 est prescrite, pour le surplus, avant tout autre progrès en cause, admis A à prouver par un témoin que :

> « [L'employeur] l'obligeait, […] être présent chaque jour d'ouverture hebdomadaire du restaurant, le matin à l'ouverture à 10.00 heures jusqu'à la fermeture à 15.00 heures, puis le soir depuis l'ouverture à 18.00 heures jusqu'à la fermeture à 23.00 heures ; l'employeur a toujours refusé catégoriquement que [le salarié] se présente à des horaires plus tardifs respectivement qu'il quitte plus tôt son travail ;
> [Le salarié] travaillait également durant les jours fériés légaux […] de 10.00 heures à 15.00 heures puis de 18.00 heures à 23.00 heures. ».

Suite à l'exécution de la mesure d'instruction, le tribunal du travail a, dans un jugement du 27 avril 2010, déclaré non fondée la demande d'A en paiement d'heures supplémentaires,déclaré fondée sa demande en paiement des jours fériés légaux, déclaré non fondée la demande reconventionnelle de la s.à r.l. B, pour le surplus et avant tout autre progrès en cause : nommé expert Monsieur E, avec la

mission de déterminer dans un rapport écrit, détaillé et motivé, en se basant notamment sur le prédit jugement du 27 octobre 2009, la rémunération à laquelle peut encore prétendre le requérant à titre des jours fériés prestés pour la période allant du 26 novembre 2004 au 26 novembre 2007.

A a régulièrement relevé appel du jugement du 27 avril 2010 par acte de l'huissier de justice Yves TAPELLA du 31 mai 2010, limitant son appel à la partie du jugement qui a déclaré non fondée sa demande relative aux heures supplémentaires prestées

Il persiste à affirmer qu'il a été contraint par son employeur de travailler tous les jours de 10 heures à 15 heures puis de 18 heures à 23 heures, et ce 6 jours sur 7 pendant la période du 26 novembre 2004 au 30 novembre 2007.

Le salarié soutient que le tribunal du travail a fait une appréciation erronée des déclarations des témoins entendus en première instance et il demande à ce que la déposition du témoin C soit écartée, ce dernier ayant un intérêt financier et personnel à l'issue du procès.

Il conclut partant à la réformation du jugement de première instance et demande à la Cour de dire fondée sa demande en paiement des heures supplémentaires d'un montant de 36.330,37 euros et de condamner l'employeur au paiement de ce montant.

La société intimée, qui analyse les dépositions des témoins comme l'ont fait les juges de première instance, conclut à la confirmation pure et simple du jugement dont appel.

A titre subsidiaire, elle soulève la prescription annale de l'article 17 de la loi du 9 décembre 1970 portant réduction et réglementation de la durée du travail des ouvriers occupés dans les secteurs publics et privé de l'économie selon lequel : « l'action de l'ouvrier pour le supplément de salaire prévu à l'article 16 se prescrit par un an à partir du premier décompte qui suit la prestation des heures supplémentaires pour lesquelles le salaire es dû » et précise que cette demande serait prescrite pour la période antérieure au 1er décembre 2006.

Elle invoque encore les articles L-212-1 et suivants du code du travail qui portent dérogation aux maxima journaliers et hebdomadaires des ouvriers occupés dans l'hôtellerie et la restauration pour conclure au rejet de la demande du salarié.

Elle interjette finalement appel incident en ce que les premiers juges ont rejeté sa demande reconventionnelle en remboursement du montant de 726,14 euros relative à l'indemnité compensatoire pour congés non pris payée en trop.

Elle soutient que pour 23 jours fériés légaux travaillés, elle aurait accordé en compensation le paiement de 448 heures de congés, soit 56 jours ; que le salarié n'avait cependant droit, pour la période concernée, qu'à 46 jours de congés, de sorte qu'il y aurait eu un trop payé de 10 jours et le jugement devrait être réformé sur ce point.

Concernant la prescription invoquée par l'intimée, l'appelant soutient que la partie du jugement a quo qui a analysé la prescription de la demande n'a fait l'objet ni d'un appel principal ni d'un appel reconventionnel, de sorte que ce moyen devrait être rejeté ; finalement, la disposition invoquée par l'intimée concernant la loi du 20 décembre 2002 ne concernerait pas la situation litigieuse, mais concernerait le cas où le travail hebdomadaire est inférieur à 5 jours, ce qui ne serait pas le cas en l'espèce.

La Cour constate en premier lieu et à l'instar du salarié que la société intimée, qui invoque en appel à titre subsidiaire deux moyens juridiques qu'elle a déjà développés en première instance, est forclose à le faire alors que le tribunal du travail y a statué de façon exhaustive et que ces décisions n'ont fait l'objet ni d'un appel principal ni d'un appel incident.

Les décisions du tribunal concernant d'une part la prescription triennale de l'action en paiement des heures supplémentaires et les dispositions légales et dérogatoires en matière de durée de travail dans les secteurs de l'hôtellerie et de la restauration (article 212-4 du code du travail) ont partant acquises autorité de chose jugée.

Quant à l'existence des heures supplémentaires et au contenu des dépositions des deux témoins entendus par le tribunal du travail, la Cour considère que c'est à bon droit que les juges de première instance ont retenu que le salarié n'avait pas réussi à prouver qu'il a presté des heures supplémentaires alors que le témoin D n'a pas su se prononcer avec certitude sur l'heure de départ du salarié. Il s'ensuit dès lors qu'il est superfétatoire d'analyser la capacité de témoigner du témoin C, sa déposition ne portant pas à conséquences, en présence de la déposition du témoin D, concernant la réalité des heures supplémentaires.

Le jugement est partant à confirmer en ce qu'il a rejeté la demande en paiement des heures supplémentaires de A.

Le jugement est finalement à confirmer par rapport à la demande reconventionnelle de la société employeuse relative au remboursement de l'indemnité pour congés non pris payés en trop, en ce qu'il a retenu que la partie défenderesse est restée en défaut de prouver cette demande, et l'a déclarée non fondée.

En effet les pièces versées en cause ne sont pas de nature à permettre à la Cour de vérifier l'exactitude du calcul fait par l'employeur dans ses conclusions notifiées le 8 novembre 2010 et partant de se prononcer sur le bien fondé de la demande reconventionnelle.

Chacune des parties réclame une indemnité de procédure sur base de l'article 240 du nouveau code de procédure civile.

N'ayant pas établi en quoi il serait inéquitable de laisser à leur charge les frais non compris dans les dépens, les demandes respectives des parties sont à rejeter.

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,

Déclare les appels principal et incident recevables,

Les déclare non fondés et en déboute,

Partant **confirme** le jugement du 27 avril 2010,

Renvoie l'affaire devant le tribunal du travail pour continuation des débats,

Rejette les demandes des parties basées sur l'article 240 du nouveau code de procédure civile,

Impose un partage par moitié des frais et dépens de l'instance d'appel.