Arrêt N° 124/17 - III – TRAV

Exempt - appel en matière de droit du travail.

Audience publique du vingt-trois novembre deux mille dix-sept.

Numéros 43948 et 43949 du rôle

Composition:

Ria LUTZ, présidente de chambre,
Théa HARLES-WALCH, premier conseiller,
Mireille HARTMANN, premier conseiller,
Isabelle HIPPERT, greffier.

Entre :

A, demeurant à L-(…),

appelant aux termes d'exploits de l'huissier de justice suppléant Luc KONSBRUCK de Luxembourg des 14 juillet 2016 et 19 juillet 2016,

intimé sur appels incidents,

comparant par Maître Andrée BRAUN, avocat à la Cour à Luxembourg,

et :

1) la société anonyme S1 S.A., établie et ayant son siège social à L-(…), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

intimée aux fins des susdits exploits KONSBRUCK,

appelante par incident,

intimée sur appel incident,

comparant par Maître Agathe SEKROUN, avocat à la Cour à Luxembourg,

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

intimé aux fins du susdit exploit KONSBRUCK du 19 juillet 2016,

intimé sur appel incident,

appelant par incident,

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

LA COUR D'APPEL:

Vu l'ordonnance de clôture de l'instruction du 26 septembre 2017.

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

Au service de la société S2 depuis le 1er janvier 1995, en tant que consultant bancaire, A continua à travailler dans cette même qualité durant les premières années suivant l'absorption de la société S2 par la société S1 SA en janvier 2001. Il fut, par la suite, affecté au service Hotline/support Helpdesk et ceci afin de conserver son poste. Lors de l'absorption de la société S2 par la société S1, il fut encore proposé à A de bénéficier du même contrat que les autres employés de la société S1 qui disposaient d'un revenu fixe (légèrement moins élevé que le salaire fixe de A) et d'une part variable. Il refusa de signer un tel contrat préférant disposer d'un revenu fixe plus élevé sans prendre le risque de la part variable attribuée en fonction des résultats de la société, mais aussi des objectifs personnels à réaliser. En date du 14 septembre 2012, un avenant au contrat de travail de A fut signé, le faisant passer d'un travail à temps plein à un travail à temps partiel de 4/5e et il fut convenu que le temps partiel annuel serait en principe appliqué essentiellement pendant la période du 01/04/n au 31/10/n, période privilégiée pour permettre au salarié la récupération de ses heures. A avait donc droit à un crédit de 51 jours de récupération, qu'il décida de prendre sur la période du 01/04/n au 31/10/n.

En date du 1er août 2014, A fut licencié avec un préavis de six mois ayant pris effet le 15 août 2014 pour se terminer le 14 février 2015, pour motifs économiques ; par lettre recommandée du 20 août 2014, il demanda la communication des motifs à la

base de son licenciement, et par lettre recommandée du 18 septembre 2014, la société S1 les lui a communiqués.

Par une première requête déposée au greffe du tribunal du travail de Luxembourg le 4 septembre 2014, A réclama à la société S1 SA le paiement d'heures supplémentaires, de primes ainsi que des frais de route.

L'employeur souleva la prescription des demandes et les contesta dans leur principe et montant.

Par un jugement rendu contradictoirement le 9 juin 2016, le tribunal du travail a déclaré prescrite la demande relative à la prime 2011 et non fondées les autres demandes du salarié et l'en a débouté.

A a régulièrement relevé appel du susdit jugement par exploit d'assignation du 14 juillet 2016.

Il critique le jugement en ce qu'il ne lui a pas alloué les montants réclamés et réitère ses moyens de première instance, tandis que l'employeur conclut à la confirmation du jugement entrepris par adoption de ses motifs.

Par une deuxième requête déposée au greffe du tribunal du travail de Luxembourg le 2 juillet 2015, A réclama à son employeur suite à son licenciement avec préavis de six mois du 1er août 2014, les montants plus amplement repris dans la susdite requête.

Il contesta tant la précision que la réalité et le sérieux des motifs économiques invoqués, à savoir une perte significative de clientèle de 2001 à 2014 et la restructuration de ses services pour conclure au caractère abusif de son licenciement.

Il réclama encore le solde de l'indemnité de départ, des arriérés de salaire, une indemnité pour congé non pris et finalement une indemnité pour non-respect de la priorité d'embauche.

Par un jugement rendu contradictoirement le 16 juin 2016, le tribunal du travail a déclaré le licenciement régulier et légitime et a débouté le salarié de ses demandes à l'exception du solde de l'indemnité de départ et des arriérés de salaire.

A a régulièrement interjeté appel du susdit jugement par exploit d'huissier du 19 juillet 2016.

Il demande à la Cour, par réformation du jugement entrepris, de déclarer son licenciement économique abusif et de lui allouer les montants indemnitaires

réclamés, notamment de faire droit à sa demande en indemnisation pour non-respect de la priorité de réembauchage.

L'intimée conclut à la confirmation du jugement entrepris. Elle conteste les montants réclamés par le salarié en leur principe et montant.

Elle relève appel incident de la décision relative à l'indemnité de départ qu'elle voudrait voir réduite en raison du fait que A a travaillé pendant certaines périodes à temps partiel.

Par une ordonnance de jonction du 23 septembre 2016, les deux appels ont été joints.

L'ETAT DU GRAND-DUCHE DE LUXEMBOURG, pris en sa qualité de gestionnaire du Fonds pour l'emploi, a relevé appel de la décision du 16 juin 2016 ayant rejeté sa demande.

Il réitère sa demande en remboursement et réclame à la partie mal-fondée le paiement de la somme de 13.460,72 euros correspondant aux indemnités de chômage avancées au salarié pendant la période de février 2015 à mai 2015 sur base de l'article L.521-4 du code du travail.

Les parties prennent encore des conclusions relatives à la prime pour non-respect de la priorité de réembauche réclamée par le salarié.

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

I) JUGEMENT DU 16 JUIN 2016

- *Quant au licenciement :*

L'appelant fait tout d'abord grief à la juridiction de première instance d'avoir retenu que la lettre de motivation du 18 septembre 2014 était suffisamment précise.

Il reproche notamment à l'employeur de ne pas avoir indiqué dans la motivation le chiffre d'affaires global de la société, les pertes subies par l'entreprise et le nombre de contrats actuellement conclus par l'employeur, chiffres et documents comptables à l'appui.
Il soutient qu'en l'absence de ces précisions, la situation économique de la société serait tenue sciemment dans le vague par l'employeur et ne permettrait pas à la juridiction du travail de vérifier s'il s'agit de motifs valables et légitimes.

L'employeur quant à lui conclut à la confirmation du jugement sur ce point.

En décrivant dans son courrier de motivation du 18 septembre 2014 avec précision le contexte d'embauche du salarié, les missions qui lui étaient affectées et les difficultés économiques de la société à savoir :

- une perte significative de la clientèle de 2001 à 2014
- la restructuration de ses services

avec la date de chaque perte de clients, tout en donnant le nom de tous les clients ayant résilié leur contrat avec la société, en ayant fait état des comptes de la société en indiquant systématiquement pour chaque client perdu le chiffre d'affaire perdu, en ayant détaillé très précisément la restructuration opérée au sein des différents services, et précisé le nom des employés concernés ainsi que les postes qu'ils occupaient ;

après avoir encore détaillé :

- les personnes concernées par des départs naturels (retraites),
- les personnes non remplacées ayant quitté la société de leur plein gré,
- les personnes licenciées de 2005 à 2014,

et encore indiqué le type de restructuration imposée à savoir :

- une restructuration en temps horaire avec passage à 4/5^{e} pour certains salariés,
- une affectation à d'autres postes pour d'autres salariés, nommément désignés ;

finalement, en expliquant à A les considérations qui ont fait porter le choix du licenciement sur lui, à savoir :

- une absence de compétences nécessaires à sa réaffectation sur un autre poste
- un aménagement de son temps de travail qui ne facilite pas le fonctionnement du service
- des appels de moins en moins nombreux des clients S2 dont il était en charge,

la société S1 a suffi aux exigences de précision de l'article L.124-5 du code du travail et à son obligation de révéler les mesures de restructuration et de rationalisation justifiant le licenciement de A, lequel n'a partant pas pu se méprendre sur la nature des motifs invoqués, de sorte que le jugement a quo est à confirmer sur ce point.

L'appelant fait ensuite grief aux juges de première instance d'avoir considéré les motifs invoqués comme réels et sérieux.

Il conteste que les documents versés par l'employeur à l'appui des motifs établissent la soi-disante perte de clients, dans la mesure où il prétend qu'après la

résiliation des contrats, de nouveaux contrats sont régulièrement renégociés avec ces mêmes clients; que les documents versés n'attesteraient pas non plus d'une baisse du chiffre d'affaires et les attestations testimoniales ne seraient pas pertinentes alors qu'imprécises.

L'appelant conteste encore avoir été affecté uniquement au Help desk et avoir travaillé seulement pour les clients S2.

Il précise avoir eu pour activités l'analyse, le conseil et le support de la clientèle également sous contrats « S3 ».

Il conteste finalement la perte d'activités rendant nécessaire la suppression de poste alors que l'employeur aurait continué à recruter et augmenté ses investissements.

D'après l'appelant son licenciement ne serait que la réaction de l'employeur face à ses réclamations reprises dans son courrier du 4 mars 2014.

L'intimée conclut à la confirmation du jugement déféré en ce qu'il a décidé du caractère régulier et légitime du licenciement de A.

Elle formule à titre subsidiaire une offre de preuve par témoins aux fins d'établir la réalité et le sérieux des motifs économiques invoqués.

A l'instar du tribunal du travail, la Cour relève que la réalité et le sérieux des motifs libellés résultent tant des déclarations de sortie de dix salariés licenciés qui figurent sur la liste reprise dans la lettre de motivation, que des lettres des clients qui ont résilié les contrats « S2 » des années 2006 à janvier 2015 et des cinq avenants à des contrats de travail de salariés dont le temps de travail, respectivement la rémunération, ont été réduits.

En outre, l'employeur a communiqué des attestations testimoniales établies par T1, T2 et T3 qui déclarent tous avoir été réaffectés à d'autres postes dans le cadre de la restructuration de la société employeuse suite à la perte des contrats du logiciel « S2 » ; lesdites attestations testimoniales versées par l'employeur confirment encore que la clientèle « S2 » a considérablement été réduite, que des postes de travail ont en conséquence dû être supprimés et n'ont jamais été remplacés, que les compétences de A ne permettaient pas de le réaffecter à d'autres postes au sein de la société et finalement, que le salarié n'a pas établi que l'employeur a recruté des salariés après son départ pour des postes qu'il aurait pu lui-même pourvoir.

L'appelant soutient finalement que son licenciement serait abusif alors que vu sa formation d'expert-comptable, il aurait pu être affecté à un autre poste au sein de la société ; que ses collègues travaillant sur les seuls dossiers S2 ont été réaffectés à d'autres postes pour d'autres produits ; qu'il avait les compétences pour être affecté

au poste qui a finalement été attribué au sieur B ; que l'employeur qui ne lui a proposé aucune alternative à son congédiement l'exposant au risque de ne pas retrouver d'emploi, a exercé son droit de licenciement de manière intempestive partant fautive.

A cet égard la Cour relève que l'employeur dont la situation économique et financière est obérée et qui doit procéder à une restructuration économique pour éviter la faillite, n'est pas tenu de proposer aux salariés qu'il envisage de licencier un autre emploi s'il n'en dispose pas, ni d'en créer de nouveaux pour éviter le licenciement.

C'est dès lors à bon escient que le tribunal du travail a décidé que la société S1 SA a rapporté la preuve de la réalité et du sérieux des motifs du licenciement de A et déclaré ce dernier régulier et justifié.

C'est partant encore à bon droit qu'il a débouté le salarié de ses demandes indemnitaires.

Concernant le recours de l'ETAT et au vu de la décision de confirmation du jugement entrepris quant au licenciement régulier et justifié et en l'absence donc d'un licenciement abusif, sa demande est à rejeter.

II) <u>Quant aux autres demandes :</u>

Dans sa requête du 6 juillet 2015, A avait encore réclamé :

- une indemnité de départ (solde) 7.162,98 euros
- une indemnité pour jours de congé non pris 467,40 euros
- une retenue sur salaire 192,86 euros
- une indemnité pour non-respect de la priorité d'embauche 20.000,00 euros

a) <u>l'indemnité pour congé non pris</u>

A maintient en instance d'appel la demande en paiement de l'indemnité de congé non pris correspondant à 1 jour de congé non pris en 2014 et à 0,5 jour en 2015.

Il reproche aux juges de première instance de l'avoir débouté de cette demande au motif qu'il restait en défaut de justifier ce montant.

Or, il soutient que l'employeur a, par note du 23 janvier 2002, accordé à ses salariés au total 30 jours de congé, de sorte qu'il incomberait non pas au salarié, mais à l'employeur de prouver que le salarié a pris tous ses congés, sinon qu'il l'a indemnisé pour ceux non pris.

L'employeur soutient qu'il résulte des pièces versées que A a pris l'intégralité du congé lui dû.

En présence des documents pour solde de tous congés pour les années 2014 et 2015 signés par A ainsi que des calendriers des congés annuels 2013 et 2015 précisant qu'aucun solde de congés n'est dû au salarié, c'est à bon droit que le tribunal du travail a retenu qu'il aurait appartenu à A, pour prospérer dans sa demande, de justifier sa demande.

Ne l'ayant toujours pas fait en instance d'appel, le jugement a quo est à confirmer en ce qu'il a rejeté la demande afférente.

b) <u>l'indemnité pour non-respect de la priorité de réembauchage :</u>

A réitère sa demande en paiement d'une indemnité de réembauchage basée sur l'article L.125-9 du code du travail d'un montant de 20.000 euros, précisant qu'après son licenciement, il a fait valoir par courrier recommandé du 22 avril 2015 sa priorité de réembauche, mais que la société S1 n'a cependant pas respecté son obligation d'information, dès lors qu'elle ne lui a pas proposé les postes à pourvoir pour lesquels elle a cependant recruté d'autres salariés, tel que le poste d'analyste « senior » ainsi que le poste de développeur « JAVA ».

Il indique encore que ses compétences et formations sont prouvées à suffisance de droit par son curriculum vitae.

L'appelant reproche en conséquence au tribunal du travail d'avoir considéré qu'il était resté en défaut de prouver que son ancien employeur ait engagé d'autres salariés correspondant à sa qualification après sa demande de réembauchage, pour le débouter de sa demande.

L'employeur conclut à la confirmation du jugement entrepris et maintient que le poste occupé par A a été supprimé et qu'aucune personne du même profil que A n'a été embauchée à la suite de son licenciement, aucun poste correspondant à celui occupé par le salarié n'a été pourvu, et que les embauches depuis son licenciement sont sans rapport avec sa fonction ou avec la société « S2 », mais concernent d'autres lignes de produits ou solutions, ce d'autant plus que la société, qui n'a pratiquement plus de clients « S2 » a dû développer son activité dans d'autres directions pour lesquelles A n'était pas compétent.

Il est de principe que le salarié licencié pour des motifs fondés sur les nécessités du fonctionnement de l'entreprise, soit des motifs économiques, dispose d'une priorité de réembauchage (L.125-9) qui perdure pendant un an à partir de la date où le

salarié quitte l'entreprise et devient disponible pour le marché de l'emploi, salarié qui doit se manifester par écrit auprès de son ancien employeur et exprimer son souhait d'user de cette priorité, de sorte qu'à partir de cette date l'employeur sera tenu d'informer le salarié de tout emploi devenu disponible dans sa qualification.

Or, si A établit que des postes auprès de son ancien employeur ont été pourvus après son licenciement par d'autres salariés, il reste en défaut de prouver que ces postes correspondaient effectivement à sa qualification ou sa formation. Le seul fait de verser un CV retraçant ses qualifications et formations ne suffit pas à établir qu'il avait réellement les qualifications professionnelles requises pour les postes annoncés.

Il en suit que le jugement est encore à confirmer sur ce point.

A n'a pas querellé le jugement a quo sur les demandes relatives à l'indemnité de départ et à la retenue sur salaire effectué par l'employeur.

c) <u>le solde de l'indemnité de départ :</u>

La société S1 SA relève, par contre, appel incident de la décision ayant alloué à A une indemnité de départ de 7.162,98 euros soutenant que cette indemnité devrait être réduite au montant de 6.577,68 euros.

C'est à bon droit que le tribunal du travail a calculé le solde de l'indemnité de départ revenant à A conformément aux dispositions de l'article L.123-7 du code du travail proportionnellement aux périodes d'emploi effectuées à temps complet et à temps partiel par le salarié et en tenant compte des salaires perçus pendant les douze mois précédents le licenciement.

La Cour relève que ce n'est pas tant le mode de calcul préconisé par l'employeur que celui retenu par le tribunal du travail qui pose problème, mais plutôt la période de travail prise en compte ainsi que le calcul arithmétique effectué de part et d'autre.

La Cour constate dans un premier temps que l'employeur ne prend en considération que la période de travail allant de janvier 2001, date à laquelle A a été repris par la société employeuse, suite à l'absorption, jusqu'à mi-février 2015, fin du délai de préavis.

Or, l'ancienneté de service de A comme l'a à bon droit retenu le tribunal du travail, remonte au 1er janvier 1995 lorsqu'il a commencé à travailler pour la société S2 laquelle a été absorbée en 2001 par la société S1 SA.

Il en suit que c'est à bon droit que le tribunal du travail a pris en compte pour le calcul 229,5 mois, contrairement à l'employeur, qui n'a pris en compte que 168,5 mois.

C'est encore à bon droit que le tribunal du travail a retenu, au vu du texte de l'article L.124.7(4) du code du travail que l'indemnité de départ est calculée non sur la moyenne des salaires touchés pendant toute la durée de l'engagement, mais sur base des salaires des douze derniers mois qui précèdent la résiliation, pour retenir un salaire brut de 6.738,62 euros pour un temps plein et un salaire brut de 5.578,22 euros pour un temps partiel, et non comme indiqué par l'employeur de 5.414,27 euros.

Ces précisions étant faites, la Cour fait sien le calcul effectué par la juridiction de première instance, tout en relevant une erreur purement matérielle commise par le tribunal du travail dans son calcul final et de dire que A a droit à un solde d'indemnité de départ de 39.808,02 euros et non de 37.867,26 euros – 32.485,67 euros déjà payés, soit un montant de 7.322,40 euros.

Le jugement est partant à confirmer en ce qu'il a alloué à A le montant réclamé dans son décompte et qui s'élevait à 7.162,98 euros.

II) JUGEMENT DU 9 JUIN 2016

Dans sa requête du 4 septembre 2014, A réclama le paiement d'heures supplémentaires, de primes pour les années 2011 à 2014, ainsi que des frais de route, demandes qui ont été déclarées non fondées par le jugement a quo.

a) Les heures supplémentaires prestées depuis le mois d'octobre 2012 jusqu'en avril 2014.

A reproche au tribunal du travail de l'avoir débouté de sa demande afférente au motif qu'il est resté en défaut de rapporter la preuve non seulement de la prestation d'heures supplémentaires dépassant la durée journalière respectivement hebdomadaire de travail qualifiables d'heures supplémentaires et de leur quantum, mais encore de son droit à majoration.

L'intimée réitère en premier lieu le moyen selon lequel A aurait eu le statut de cadre supérieur l'excluant du bénéfice de la législation sur les heures supplémentaires.

Elle fait notamment valoir que A remplissait les conditions pour être considéré comme cadre supérieur, à savoir disposer d'un salaire nettement plus élevé que celui des autres salariés, disposer d'une autonomie dans son domaine de

responsabilité ou d'un département, et qu'il avait des personnes sous ses ordres et finalement, qu'il effectuait des fonctions impliquant une large indépendance dans l'organisation de son travail ainsi qu'une flexibilité importante au niveau des horaires de travail.

Elle précise que A travaillait seul et de façon autonome dans son domaine, qu'il gérait lui-même son emploi du temps sans avoir besoin de l'aval d'un supérieur hiérarchique, donc avec une très grande indépendance au niveau de l'organisation de son travail et enfin, qu'il disposait d'une grande flexibilité dans son travail puisque l'avenant du 14 septembre 2012 lui permettait de moduler ses horaires en fonction de ses besoins personnels.

A conteste son statut de cadre supérieur.

Il indique que l'employeur, auquel incombe la charge de la preuve, resterait en défaut de prouver que son salaire était nettement supérieur à celui de ses collègues, qu'il disposait d'un pouvoir de direction et exécutait des tâches comprenant une autorité bien définie, travaillant de manière autonome avec une large indépendance.

Au contraire, il prétend avoir travaillé sous les ordres et instructions de son employeur et qu'il devait pointer ses heures de travail dans le système informatique, que son horaire journalier était très précis et conventionnellement déterminé.
Il en conclut que l'employeur n'a pas établi qu'il ne pouvait bénéficier de la législation sur les heures supplémentaires.

Sont considérés comme cadres supérieurs les salariés disposant d'un salaire nettement plus élevé que celui des salariés couverts par la convention collective ou baremisés par un autre biais, tenant compte du temps nécessaire à l'accomplissement des fonctions, si ce salaire est la contrepartie de l'exercice d'un véritable pourvoir de direction effectif ou dont la nature des tâches comporte une autorité bien définie, une large indépendance dans l'organisation du travail et une large liberté des horaires de travail et notamment l'absence de contraintes dans les horaires de travail (articles L.162-8(3) et L.211-27(5)).
Cette définition restrictive de la notion de cadre supérieur implique que ce dernier se distingue réellement des salariés ordinaires tant par sa rémunération que par ses libertés et responsabilités.
D'après l'article L.211-3 point 6, il s'agit de personnes occupant un poste de direction effective et les cadres supérieurs dont la présence dans l'entreprise est indispensable pour en assurer le fonctionnement et la surveillance.

Or, en l'espèce l'employeur reste en défaut de prouver l'une quelconque de ces caractéristiques dans le chef de A.

Le simple fait pour le salarié de bénéficier, d'après son avenant, d'un temps de travail de 32 heures par semaine qu'il pouvait répartir sur différents mois de l'année ne porte pas à conséquence dans la détermination du statut de cadre supérieur, au contraire, ce temps de travail limité milite plutôt dans le sens contraire.

Il en découle que le salarié peut en principe faire valoir son droit au paiement des heures supplémentaires prestées.

L'intimée conteste ensuite la prestation d'heures supplémentaires par le salarié.

Sont des heures supplémentaires toutes celles qui sont effectuées au-delà des limites de la durée normale de travail et qui n'ont pas pu être déplacées ou compensées par un mécanisme de flexibilité prévu par le code du travail (article L.211-22).

Il incombe au salarié qui revendique le paiement d'heures supplémentaires de prouver qu'il les a effectivement prestées à la demande de son employeur ou avec son autorisation.

Depuis le 1er octobre 2012, A est passé d'un temps plein de 173 heures à un temps de travail de 4/5e, soit de 139 heures par mois en vertu d'un avenant signé entre parties le 14 septembre 2012. Il n'est pas contesté par le salarié que son temps de travail était annualisé, de sorte qu'il bénéficiait de 51 jours de récupération annuels, ce qui correspond à un jour par semaine, qu'il pouvait essentiellement poser sur la période allant du 1er avril au 31 octobre.

A verse à l'appui de ses prétentions les fiches de pointages des périodes concernées.

A la différence du tribunal du travail, la Cour considère qu'il doit nécessairement s'agir des fiches de pointage du salarié, dès lors qu'il est improbable qu'un employeur verse des fiches de pointage appartenant à un autre salarié.
Ces fiches de pointage valent également comme preuve tant des heures prestées y indiquées que de l'accord de l'employeur pour la prestation des heures supplémentaires, dans la mesure où le système informatique de pointage installé par un employeur a justement pour finalité de vérifier le temps de travail exact de ses salariés. Les attestations judiciaires versées par l'employeur pour établir le contraire sont dès lors à rejeter, ce d'autant plus qu'elles ne visent pas la situation personnelle de A.

Il résulte des fiches de pointage que :

- A a travaillé pendant les mois de novembre et décembre 2012 74 au-delà des 32 heures de durée hebdomadaire normale de travail en raison d'un surcroît important de travail ; qu'il a également travaillé 40,5 heures

supplémentaires au cours des années 2013 et 2014 lors des interventions en clientèle et de permanence help desk pour le compte de son employeur ;

- A a travaillé en 2012 :
- en octobre 2012 : 156 heures
- en novembre 2012 : 176 heures
- en décembre 2012 : 160 heures

- en 2013, A a travaillé les heures supplémentaires suivantes qui n'ont pas été rémunérées ou récupérées :

- en février 2013 : 2 heures 30
- en mars 2013 : 3 heures 30
- en avril 2013 : 2 heures 30
- en mai 2013 : 3 heures
- en juin 2013 : 11 heures
- en juillet 2013 : 3 heures 30
- en août 2013 : 2 heures
- en septembre 2013 : 1 heure
- en octobre 2013 : 2 heures
- en novembre 2013 : 0 heure 30
- en décembre 2013 : 1 heure 30
  total 2013 : 33 heures

- en 2014, A a travaillé les heures supplémentaires suivantes qui n'ont pas été rémunérées ou récupérées :

- en janvier 2014 : 2 heures 30
- en février 2014 : 2 heures
- en mars 2014 : 1 heure 30
- en avril 2014 : 0 heure 30
- en mai 2014 : 1 heure
  total 2014 : 7 heures 30

S'il résulte bien de ces fiches de pointage que A a effectué des heures de travail au-delà des 139 heures prévues par son avenant du 14 septembre 2012, et ce à partir du 1er octobre 2012, force est cependant de constater qu'il ne s'en dégage effectivement pas, compte tenu du temps de travail 4/5e du salarié avec 51 jours de récupération sur une période bien déterminée, que les heures qualifiées par lui d'heures supplémentaires excédentaires constituent réellement des heures supplémentaires. Même si les pièces indiquent un dépassement de la durée journalière respectivement de la durée hebdomadaire de travail, elles ne permettent cependant pas de retenir qu'un tel dépassement constitue nécessairement un dépassement à considérer comme heures supplémentaires.

En présence du nouveau temps de travail de A indiqué dans l'avenant signé le 14 septembre 2012 prévoyant un temps partiel de 32 heures par semaine à prendre entre le 1er avril et le 31 octobre de chaque année, soit 51 jours de récupération, il est impossible, en l'absence d'un décompte ventilé comparatif reprenant, d'une part les prétendues heures supplémentaires (fiches de pointage) pour les trois années concernées, d'autre part, les fiches annuelles des congés faisant état de CRTP (crédit récupération temps partiel) et de RTP (récupération temps partiel) de déterminer si A a presté des heures supplémentaires.

C'est partant à bon droit que le tribunal du travail a retenu que le salarié restait en défaut de prouver la prestation d'heures supplémentaires et son droit à majoration.

b) Quant aux primes annuelles pour les années 2011, 2102, 2013 et 2014

A reproche en premier lieu à la juridiction du travail d'avoir déclaré sa demande relative à la prime de l'année 2011 prescrite.

C'est en effet à tort que le tribunal du travail, en présence d'une prime exigible qu'en fin d'année 2011et qui ne fait courir le délai de prescription qu'à partir du 1er janvier 2012, a déclaré la demande prescrite alors que la requête du salarié, qui a été déposée le 4 septembre 2014, a valablement interrompu le délai de prescription de 3 ans.

Le jugement est à réformer en ce sens.

A prétend en deuxième lieu avoir droit aux primes litigieuses qui correspondent à 2,4 mois de salaire mensuel brut, soit d'un montant total de 41.981,18 euros.

Pour le salarié, ces primes font partie intégrante de son revenu en tant que part variable de son salaire, dont les modalités de calcul ont été fixées dans l'avenant du 14 septembre 2012.

Il reproche partant au tribunal du travail d'avoir retenu que les primes ne constituaient pas un élément de salaire, mais une libéralité laissée à la discrétion de l'employeur, dans la mesure où il a perçu des primes de façon régulière et ininterrompue de 2009 à 2012.

L'intimée conteste ces demandes dans leur principe et montant.

C'est à bon droit, en l'absence de stipulations contractuelles non équivoques sur le paiement de la prime litigieuse comme élément de salaire et sur son mode de calcul,

que le tribunal du travail a retenu que pour pouvoir prétendre au paiement de ces primes, le salarié était tenu d'établir le caractère de fixité, de généralité et de constance de ces primes.

Il ne résulte en effet ni du contrat de travail initial de A, ni de l'avenant subséquent, ni des fiches de salaire que A avait droit à une prime annuelle de 2,4 fois le salaire mensuel brut, constituant de surcroît, d'après lui, une partie variable de son salaire.

C'est encore à bon escient et pour des motifs corrects que le tribunal du travail a décidé que cette preuve n'était pas rapportée et qu'il a en conséquence débouté A de ses demandes.

c) Quant aux frais de route

L'appelant reproche au tribunal du travail de l'avoir débouté de sa demande en paiement de frais de route d'un montant de 139,60 euros correspondant à 349 kilomètres.

Il prétend avoir toujours reçu paiement des frais de route exposés pour les trajets professionnels effectués en raison de 0,40 euros par kilomètre parcouru, ce qui est formellement contesté par l'intimée.

Par adoption des motifs du tribunal du travail qui a correctement apprécié tant les pièces lui fournies que les éléments de la cause, le jugement est à confirmer en ce qu'il a décidé que le salarié n'avait pas rapporté la preuve du bien-fondé de ses demandes.

- ***Quant aux indemnités de procédure***

A réclame, par réformation des jugements a quo, une indemnité de procédure pour la première instance de 1.000 euros.

Il réclame une indemnité de procédure de 3.000 euros pour l'instance d'appel.

La société S1 SA réclame également une indemnité de procédure de 3.000 euros pour les deux instances.

Faute d'avoir établi en quoi il serait inéquitable de laisser à leur charge une partie des frais non compris dans les dépens, les demandes respectives des parties pour les deux instances sont à rejeter, de sorte que les jugements a quo sont à confirmer en ce sens.

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 principaux et les appels incidents recevables,

dit l'appel principal de A et les appels incidents de la société S1 SA et de l'ETAT DU GRAND-DUCHE DE LUXEMBOURG contre le jugement du 16 juin 2016 non fondés,

partant confirme le jugement entrepris du 16 juin 2016,

dit l'appel principal de A contre le jugement du 9 juin 2016 partiellement fondé,

par réformation,

dit que la demande de A en paiement d'une prime pour l'année 2011 est recevable, mais non fondée,

confirme pour le surplus le jugement entrepris du 9 juin 2016,

rejette les demandes respectives des parties basées sur l'article 240 du NCPC,

condamne A aux frais et dépens de l'instance avec distraction au profit de Maître Agathe SEKROUN qui la demande affirmant en avoir fait l'avance.

La lecture du présent arrêt a été faite en la susdite audience publique par Madame la présidente de chambre Ria LUTZ, en présence du greffier Isabelle HIPPERT.