Exempt – appel en matière de droit du travail

Audience publique du dix-neuf janvier deux mille douze

Numéro 35093 du rôle.

Composition:

Monique BETZ, président de chambre;
Astrid MAAS, premier conseiller;
Roger LINDEN, conseiller;
Paul WAGNER, greffier.

Entre:

B.), demeurant à L-(…),

appelant aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Jean-Lou THILL de Luxembourg du 23 avril 2009,

comparant par Maître Nicolas BANNASCH, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

et:

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

intimée aux fins du prédit exploit THILL,

comparant par Maître François WARKEN, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

2) L'ETAT DU GRAND-DUCHE DE LUXEMBOURG, représenté par le Ministre du Travail et de l'Emploi, dont les bureaux sont établis à L-2763 Luxembourg, 26, rue Zithe, ayant dans ses attributions le Fonds pour l'emploi, et pour autant que de besoin par le Ministre d'Etat, dont les bureaux sont établis à Luxembourg, 4, rue de la Congrégation,

intimée aux fins du prédit exploit THILL,

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

LA COUR D'APPEL:

Faits et rétroactes

Engagé en qualité de pilote suivant contrat de travail à durée indéterminée du 31 juillet 2001 par la société anonyme SOC.1.), B.) a été licencié par lettre recommandée du 29 avril 2005 avec préavis courant du 1ier mai au 30 juin 2005 avec dispense de travail pendant la durée du préavis.

Par requête déposée le 22 septembre 2005, B.) a fait convoquer la société SOC.1.) devant le tribunal du travail de Luxembourg pour s'y entendre déclarer abusif son licenciement avec préavis du 29 avril 2005 et s'entendre condamner à lui payer un dommage matériel de 23.100 € et un dommage moral de 5.000 €, une indemnité compensatoire pour congés non pris de 4.271,19 € ainsi que 78.170,48 € du chef d'arriérés de salaire. Par même requête il a mis en intervention l'Etat du Grand-duché de Luxembourg, pris en sa qualité de gestionnaire du Fonds pour l'emploi.

Par un premier jugement du 13 juin 2007, le tribunal du travail a donné acte aux parties de ce qu'elles ont entendu limiter les débats à la question du caractère abusif du licenciement et réserver la demande pour le surplus. Par le même jugement, le tribunal du travail a ordonné une enquête.

Par jugement subséquent du 5 mars 2009, le tribunal du travail a donné acte aux parties de ce qu'elles entendaient limiter les débats à la demande relative aux arriérés de salaire résultant du travail que B.) aurait presté les dimanches, les nuits et les jours fériés ainsi que les heures de « *stand-by »,* les parties ayant demandé à voir réserver le surplus de la demande en raison d'une plainte pénale déposée à l'encontre d'un témoin entendu dans le cadre de l'enquête ordonnée par le jugement précité.

Le tribunal du travail a déclaré irrecevables les demandes pour cause de prescription pour autant qu'elles avaient trait au paiement d'arriérés de salaire échus avant le 22 septembre 2002. Il a encore déclaré irrecevables les demandes en paiement d'heures supplémentaires et en paiement d'heures « *duty sans mission* » et non fondées les demandes en paiement de majorations pour heures « *duty dimanche nuit* », « *duty férié nuit* » ainsi que les demandes en paiement des heures de « *stand-by semaine* », « *stand-by dimanche* » et « *stand-by férié* ». Il a de même rejeté la demande en paiement d'une indemnité compensatoire pour jours de congé non pris.

La demande en paiement d'arriérés de salaire relative aux majorations pour heures de travail prestées les dimanches et les jours fériés pendant la période postérieure au 22 septembre 2002 jusqu'au 30 juin 2005 a été déclarée fondée en principe et le tribunal a chargé un consultant pour déterminer le montant redû de ce chef.

La demande reconventionnelle de la société SOC.1.) en remboursement des salaires trop payés depuis 2002 jusqu'en 2005 a été rejetée et les demandes en paiement d'une indemnité de procédure ont été réservées.

L'appel

Contre ce jugement B.) a régulièrement interjeté appel par exploit du 23 avril 2009, demandant en ordre principal la nullité du jugement entrepris sinon la réformation en ce que ses demandes en paiement des heures supplémentaires et de *« stand-by »* ont été rejetées et plus généralement sur tous les points pour lesquels les premiers juges n'ont pas fait droit à sa demande, réclamant une indemnité de procédure de 2.000 € pour l'instance d'appel.

La société SOC.1.) a interjeté appel incident, critiquant les premiers juges en ce qu'ils ont institué une expertise aux fins de déterminer les montants redus du chef d'heures prestées les dimanches et les jours fériés en demandant à la Cour d'allouer de ce chef à B.) les montants de 3.296,58 € et 2.766,03 €. Pour le surplus elle conclut à la confirmation du jugement entrepris, réclamant une indemnité de procédure de 2.000 € pour l'instance d'appel.

B.) conclut en ordre principal à l'annulation du jugement entrepris reprochant aux premiers juges de ne pas avoir statué sur tous les moyens présentés en première instance violant en cela l'article 89 de la Constitution.

L'omission de statuer par un tribunal de première instance est réparée par la réformation de la décision incomplète.

Il n'y a donc pas lieu à annulation du jugement entrepris. (Cour, 27.10.1999, P. 31, 222).

Suivant contrat de travail à durée indéterminée du 31 juillet 2001, B.) a été engagé par la société SOC.1.) en qualité de « *fixed wing pilot* ».

B.) expose qu'il n'aurait pas travaillé selon un horaire fixe mais en fonction des besoins de l'entreprise qui effectue des vols d'ambulance. Sur base des « *duty rosters* » et « *duty sheets* » il réclame à son ancien employeur d'une part des majorations de salaire pour les heures prestées les dimanches, jours fériés et de nuit en semaine ainsi que pour les heures qualifiées de *« duty dimanche nuit* » et « *Duty férié nuit* », le paiement d'heures supplémentaires et d'heures « *duty sans mission* » et finalement le paiement des heures de « *stand-by semaine* » « *stand-by dimanche »* et « *stand-by férié* ».

Les parties s'accordent que les *« duty rosters* » sont des plans prévisionnels établis chaque mois à l'avance tandis que les « *duty sheets* » renseignent sur le temps de travail effectivement presté.

Il convient d'expliquer les différentes abréviations se trouvant sur lesdits documents.

ON : le pilote est en service

OFF : le pilote n'est pas en service
SBY : le pilote est en stand-by
H : congé
T : entraînement
G : Ground ce qui veut dire que le pilote effectue des tâches administratives

Les heures prestées les dimanches, les jours fériés et la nuit en semaine ainsi que les heures « duty dimanche nuit* » et « *duty férié nuit »

Il convient de préciser au préalable que si des majorations de salaire sont prévues pour les heures de travail prestées les dimanches et jours fériés, à savoir 75 % selon l'article L. 231-7. (2) du code du travail pour les heures de travail prestées le dimanche et 100% selon l'article L. 232-7. (1) du code de travail pour les heures de travail prestées les jours fériés, les premiers juges ont correctement retenu qu'il n'existe aucun texte légal qui prévoit de façon générale une majoration de salaire pour le travail presté la nuit, la seule hypothèse prévue par le code du travail étant celle de l'article L. 212-8. pour le travail de nuit dans l'hôtellerie et la restauration.

C'est dès lors à bon droit que les demandes en majoration de paiement pour les heures de nuit prestées au courant de la semaine ainsi que pour les heures « *duty dimanche nuit* » et « *duty férié nuit »* ont été rejetées.

Il se dégage tant du jugement de première instance que des conclusions prises en instance d'appel que la société SOC.1.) admet qu'il a pu y avoir des heures de travail effectif prestées les dimanches ou les jours fériés pour lesquelles les majorations prévues par la loi n'auraient pas été payées.

SOC.1.) relève à juste titre que pour effectuer le calcul des heures travaillées le cas échéant un dimanche ou un jour férié, il convient de se référer aux seules « *duty sheets* » qui renseignent le temps de travail effectif par opposition aux « *duty rosters* » qui n'étaient que des plannings prévisionnels.

Dans la mesure où il n'est pas contesté que les « *duty sheets* » sont établies par les pilotes eux-mêmes et contrôlées en fin de mois par SOC.1.) et qu'elles reprennent jour par jour les heures travaillées avec indication tant des heures d'arrivée que de départ dans l'enceinte de SOC.1.) ainsi que des heures de décollage respectivement d'atterrissage d'un avion, elles donnent une image exacte du temps de travail effectif.

Sur base des « *duty sheets* » la société SOC.1.) a dressé un décompte du nombre d'heures travaillées les dimanches et les jours fériés et en tenant compte d'une majoration de 70% pour les heures de dimanche et de 100% pour les jours fériés et elle reconnaît redevoir de ce chef 3.926,58 € et 2.766,03 € soit un total de 6.692,61 €.

Comme ces décomptes sont contestés par B.) et que ses propres décomptes ne sont pas détaillés en ce sens qu'ils ne reprennent pas les dates auxquelles ces prestations auraient eu lieu, le jugement est à confirmer en ce qu'il a institué une consultation écrite aux fins de calculer les montants redus.

Néanmoins, et dans la mesure où les « *duty rosters* » ne sont que des plans provisionnels tandis que les « *duty sheets* » renseignent sur le temps de travail réellement presté, le consultant ne devra tenir compte que des seuls « *duty sheets ».*

Les heures supplémentaires

La société SOC.1.) critique les premiers juges en ce qu'ils ont déclaré recevable en son principe pour ne pas constituer une demande nouvelle la demande en paiement des heures supplémentaires.

Pour justifier leur décision les premiers juges ont retenu qu'en demandant dans la requête introductive d'instance le « *paiement des innombrables heures travaillées mais non payées les dimanches et jours fériés ainsi que les heures de « stand-by » telles que reprises ci-après »* et en précisant dans des conclusions subséquentes que « *les heures de travail en semaine, que ce soit à titre de duty ou stand-by dont M. B.) réclame le paiement sont bien évidemment des heures supplémentaires, alors que si tel n'était pas le cas, elle seraient incluses dans le salaire mensuel de M. B.) de sorte qu'il y a lieu de leur appliquer la majoration de 50% faisant défaut dans le décompte précédent »* et en *« marquant dans le décompte versé à l'audience du 8 janvier 2009 divers postes de sa demande par un astérisque suivi de la mention « majorations éventuelles pour heures supplémentaires* » la demande de B.) en paiement des majorations éventuelles pour heures supplémentaires se rattacherait aux prétentions originaires par un lien suffisant.

La Cour ne saurait suivre ce raisonnement.

Une demande est à qualifier de nouvelle lorsqu'elle saisit le juge d'une prétention qui n'était pas déjà soit expressément soit implicitement exprimée dans l'acte introductif d'instance qui délimite l'étendue du litige.

La requête introductive d'instance déposée le 22 septembre 2005 contient un décompte aux termes duquel les montants réclamés par B.) à titre d'arriérés de salaire visent des heures prestées du chef de « *duty dimanche, duty dimanche nuit, duty nuit semaine ainsi que du chef de duty férié, duty férié nuit et enfin du chef de stand-by jour, stand by dimanche, stand-by férié et stand-by nuit »*

Aucun poste du décompte ne vise des heures supplémentaires, celles-ci étant réclamées pour la première fois dans le cadre d'un décompte produit à l'audience du tribunal du travail du 8 janvier 2009.

Les demandes en paiement de majorations de salaire pour des heures prestées un dimanche, un jour férié ou durant la nuit respectivement le paiement d'heures « *stand by* » pendant lesquelles le salarié, bien que non présent à son poste de travail, aurait été à la disposition de l'employeur diffèrent de par leur objet et leur cause d'une demande en paiement d'heures supplémentaires, les unes étant des majorations de salaire pour des heures normales, les autres étant des primes d'astreinte de sorte que c'est à tort que les premiers juges ont

retenu que la demande en paiement des heures supplémentaires serait implicitement exprimée dans l'acte introductif d'instance du seul fait que B.) a demandé paiement des *« innombrables heures travaillées mais non payées* ».

A noter par ailleurs que B.) n'a à aucun moment individualisé les montants qu'il réclame à titre de paiement d'heures supplémentaires, le poste « *majorations éventuelles pour heures supplémentaires »* ne figurant dans le décompte qu'à titre de « *p.m* » et se confondant avec les autres postes sans qu'aucune ventilation n'ait été opérée, raison pour laquelle les premiers juges ont, après l'avoir d'abord reçue comme n'étant pas nouvelle, néanmoins déclaré la demande irrecevable pour défaut de précision alors que telle que formulée elle ne permettait pas à la société SOC.1.) de prendre position et de présenter ses moyens de défense.

Il suit de ce qui précède qu'il y a lieu, bien que pour d'autres motifs, à confirmation de ce volet du jugement.

Les heures « duty sans mission »

C'est à tort que B.) critique les premiers juges en ce qu'ils ont déclaré irrecevable comme constituant une demande nouvelle, la demande en paiement des majorations pour les heures « *duty sans mission* » .

La Cour constate que la requête introductive d'instance est muette par rapport à ces heures « *duty sans mission* » et renvoie aux développements qui précèdent pour confirmer les premiers juges en ce que cette demande formulée en cours d'instance seulement a été déclarée irrecevable.

Dans la mesure où l'article 3 dudit contrat de travail qui définit le « *duty time* » stipule que : *« During any such time where no missions are to be flown, the Employee, if on duty, shall remain under the orders of DUCAIR Operations Manager or his deputy, whose written or oral orders shall be observed »,* les premiers juges ont d'ailleurs ajouté à juste titre que les heures « *duty sans mission »* c'est-à-dire les heures durant lesquelles le pilote se trouve dans l'enceinte de la société SOC.1.) sans cependant exécuter une mission de vol, sont comprises dans les heures « *duty »* et en tant que telles rémunérées par le salaire de base de sorte que B.) ne saurait prétendre à une quelconque rémunération supplémentaire de ce chef.

Les heures de « stand-by »

Selon B.) les heures en « *stand-by* » c'est-à-dire les heures durant lequel le salarié sans être à la disposition permanente et immédiate de l'employeur, a l'obligation de demeurer à son domicile ou à proximité afin d'être en mesure d'intervenir pour effectuer un travail au service de l'entreprise doivent être considérées comme temps de travail effectif et rémunérées en tant que tel tandis que la société SOC.1.) soutient que le « *stand by »* serait à assimiler à un service d'astreinte *« Rufbereitschaft* » et non pas à un service de garde « *Bereitschaftsdienst* » dans la mesure où B.), équipé d'un sémaphone, aurait pu vaquer à ses occupations personnelles comme dans son temps libre. Il

aurait suffi qu'il soit joignable et cela seulement en cas d'urgence, ce qui aurait été assez rare. Contrairement à ce qui serait le cas dans l'hypothèse d'un véritable service de garde, il n'aurait pas été confiné dans les locaux de la société SOC.1.). Elle s'oppose dès lors à la rémunération des heures de « *stand by* ».

Le contrat de travail de B.) étant muet par rapport à la rémunération des heures de « *stand-by* » et en l'absence de convention collective dans le secteur en question, la question doit être examinée par application des règles du droit commun en matière de contrat de travail.

L'article L. 211-4. du code du travail en ce qu'il dispose :« *On entend par durée de travail le temps pendant lequel le salarié est à la disposition de son ou ses employeurs ; sont exclues les périodes de repos pendant lesquelles le salarié n'est pas à la disposition de son ou de ses employeurs. »* ne fournit pas de réponse à la question de savoir ce qu'il faut entendre par temps de travail effectif.

C'est dès lors à bon escient que la société SOC.1.) se réfère à la jurisprudence européenne qui s'est forgée à propos de l'article 2 de la directive européenne 2003/ 88/CE du Parlement Européen et du Conseil du 4 novembre 2003 aux termes duquel « *on entend par temps de travail toute période durant laquelle le travailleur est au travail, à la disposition de l'employeur et dans l'exercice de son activité ou de ses fonctions, conformément aux législations et/ou pratiques nationales. »*

C'est à tort que B.) s'oppose à la prise en considération de ces décisions en objectant que la directive en question exclurait de son champ d'application les transports aériens. Si tel a effectivement été le cas au début, la directive a été modifiée par la directive 2000/34/CE du 22 juin 2000 ayant précisément pour objectif de couvrir les secteurs et activités exclues de la première directive. Celle-ci a été suivie par la suite par la directive 2003/88 /CE du 4 novembre 2003.

La définition ci-avant citée du temps de travail est d'ailleurs restée invariablement la même à travers les différentes modifications.

La Cour peut dès lors se référer pour départager les parties aux principes qui ont été arrêtés dans l'arrêt de la Cour de Justice des Communautés Européennes (arrêt C-303/98 du 3 octobre 2000).

Bien que l'affaire ait trait au service de garde de médecins, les principes retenus sont transposables dans la présente affaire.

La question posée à la Cour de Justice des Communautés Européennes était celle de savoir si le temps de garde qu'effectuent les médecins des équipes de premiers soins soit selon le régime de la présence physique dans les établissements de santé, soit selon le système dit de l'accessibilité doit être considéré comme temps de travail.

La Cour a retenu que les éléments caractéristiques de la notion de temps de travail sont présents dans les périodes de garde effectuées selon un régime de présence physique dans l'établissement de santé en retenant que durant ces périodes les deux conditions de l'article 2 de la directive à savoir être à la disposition de l'employeur et être dans l'exercice de son activité étaient remplies. Nonobstant le fait que l'activité effectivement déployée durant ces périodes pouvait varier selon les circonstances, l'obligation faite à ces médecins d'être présents et disponibles sur les lieux de travail en vue de la prestation de leurs services professionnels devait être considérée comme relevant de l'exercice de leurs fonctions.

Elle a ensuite retenu qu'il en va différemment de la situation dans laquelle les médecins des équipes de premiers soins effectuent les gardes selon le système qui veut qu'ils soient accessibles en permanence sans pour autant être obligés d'être présents dans l'établissement de santé. Même s'ils sont à la disposition de leur employeur dans la mesure où ils doivent pouvoir être joints, dans cette situation, les médecins peuvent gérer leur temps avec moins de contraintes et se consacrer à leurs propres intérêts. La Cour de Justice des Communautés Européennes a retenu que dans cette hypothèse, seul le temps lié à la prestation effective de services de premiers soins doit être considéré comme du temps du travail au sens de la directive 93/104.

Une solution analogue a été retenue par la Cour d'appel luxembourgeoise (Cour, n° du rôle 26440, 4 mai 2006, S/ asbl Soc.2.)) dans une affaire en tous points similaire à la présente espèce dans la mesure où le pilote était également aux services d'une entreprise d'ambulance par avion et qui demandait le paiement des heures de « *stand-by* » à titre d'heures supplémentaires. Dans cette espèce il a été décidé que « *les heures de « stand by » ne peuvent être considérées comme temps de travail effectif alors que le pilote effectue un service d'astreinte appelé en allemand « Rufbereitschaft » qui n'exige pas qu'il soit à la disposition de son employeur et ne peuvent être qualifiées d'heures supplémentaires stricto senso et rémunérées comme telles. »*

Des solutions similaires ont encore été retenues par la Cour de cassation française dans deux décisions (Chambre sociale, 4 mai 1999, pourvoi n° 96-43037, D.)/Sàrl SOC.3.), 10 mars 2004, pourvoi n° 01-46369), qui a retenu dans les deux espèces que « *les périodes d'astreinte qui sont des périodes pendant lesquelles le salarié tenu de rester à son domicile ou a proximité, doit se tenir prêt à répondre à un éventuel appel de son employeur, ne constituent ni un travail effectif ni une période de repos ; que le salarié tenu de demeurer dans l'entreprise pour répondre à un appel de l'employeur et qui ne peut, de ce fait, vaquer librement à ses occupations personnelles, n'est pas d'astreinte, mais en période de travail… »*

Il est à noter que, contrairement à la législation luxembourgeoise qui ne parle que de la durée du travail, la législation française fait une distinction très nette entre le travail effectif et le temps d'astreinte.

Ainsi l'article L. 3121-1 du code du travail français définit le temps de travail effectif comme « *temps pendant lequel le salarié est à la disposition de*

l'employeur et doit se conformer à ses directives sans pouvoir vaquer librement à ses occupations personnelles » tandis que l'article L.3121-5 du code du travail français définit la période d'astreinte comme « *période pendant laquelle le salarié sans être à la disposition permanente et immédiate de l'employeur, a l'obligation de demeurer à son domicile ou a proximité afin d'être en mesure d'intervenir pour effectuer un travail au service de l'entreprise, la durée de cette intervention étant considérée comme un temps de travail effectif »*.

La Cour conclut de l'ensemble des textes et décisions examinées que ci-dessus que la notion de temps de travail effectif se définit à l'aide de deux critères à savoir la mise à disposition du salarié et l'atteinte à sa liberté de choisir ses activités.

Dans la mesure où il n'est pas contesté par B.) qu'il n'avait pas l'obligation de rester durant les heures de « *stand-by* » dans l'enceinte de la société SOC.1.) mais pouvait rester à la maison et vaquer à ses obligations personnelles, ces heures ne sauraient être considérées comme temps de travail effectif.

Le fait qu'aux termes de son contrat de travail il devait habiter dans un périmètre de 60 km de son lieu de travail et ne pouvait dès lors pas non plus s'éloigner davantage durant les heures de « *stand-by* » le but de cette clause étant qu'il puisse rapidement joindre son lieu de travail en cas d'appel d'urgence et la considération qu'il devait veiller à ne pas trop se fatiguer ou encore pas boire de l'alcool durant le « *stand-by* », si cela constitue certes une contrainte, n'est cependant pas de nature à conférer à ces heures le caractère d'un véritable travail effectif.

C'est encore à tort que B.) se réfère au point A.7.2.3. du Flight Operation Manuel selon lequel le temps de « *stand-by* » est compté à concurrence de 50% comme temps de travail effectif, à l'exception des quatre premières heures effectués par le salarié à domicile, pour en déduire que les heures de « *stand by* » seraient donc bien à qualifier de temps de travail effectif, les premiers juges ayant correctement retenu que ces dispositions ne concernent le temps de travail qu'au seul point de vue des « *flight time limits* » mais non pas au point de vue de la rémunération.

Sont encore sans pertinence les attestations testimoniales de TEM.1.) et TE M.2.) selon lesquelles les pilotes auraient été en « *stand-by* » pendant 24 heures et parfois même plusieurs jours de suite, la Cour n'étant pas saisie de la question de savoir s'il y a eu en l'espèce violation de la règlementation concernant les limitations des temps de vol et de service et exigences en matière de repos applicable aux membres de conduite des aéronefs exploités sous licence d'exploitation mais de la seule question de savoir si les heures de « *stand-by* » sont à considérer comme heures de travail effectif au point de vue de leur rémunération.

Pour les mêmes raisons, l'offre de preuve tendant à établir les mêmes faits, à savoir que les pilotes devaient être prêts à tout moment de prendre les commandes d'un avion de sorte qu'ils auraient été à la disposition de leur employeur 24 heures sur 24, est à déclarer irrecevable.

La Cour rajoute que les affirmations des témoins attestateurs respectivement les faits offerts en preuve et notamment les affirmations selon lesquelles les pilotes auraient été en « *stand-by »* quasi continu sont contredites à l'examen tant des « *duty rosters* » que des « *duty sheets* ». En se référant par ailleurs aux colonnes réservées pour les horaires des « *check-in UTC*» et « *check-out UTC*» respectivement « *Block off UTC* » et « *Block on UTC*» on constate que pour les jours où B.) était en « *stand-by* », celles-ci sont vides de sorte qu'il faut en conclure que durant ses « *stand-by* » B.) n'a en fait pas été appelé à son poste de travail.

Il résulte de l'ensemble des développements qui précèdent que les premiers juges sont à confirmer en ce qu'ils ont retenu que les heures de « *stand-by* » ne sauraient être considérées comme temps de travail effectif et en ce qu'ils ont, en l'absence d'une clause du contrat de travail respectivement à défaut de convention collective par rapport à la rémunération de ces heures consistant dans le paiement d'une prime d'astreinte, rejeté la demande de B.).

La question préjudicielle

Pour le cas où la Cour viendrait à la conclusion que les heures de « *stand-by* » ne seraient pas à rémunérer au même titre que les heures de travail effectif, B.) soutient qu'il y aurait alors une discrimination entre le secteur privé et le secteur public dans la mesure où les fonctionnaires d'Etat se verraient indemniser l'astreinte, même à domicile et hors intervention sur base du règlement grand-ducal du 25 octobre 1990 concernant la prestation d'heures de travail supplémentaires par les fonctionnaires ainsi que leur prime d'astreinte et il demande à la Cour de saisir la Cour Constitutionnelle de la question préjudicielle suivante :

« *l'article L.211-4. du code du travail en n'envisageant pas le paiement des heures d'astreinte effectués par les salariés du secteur privé ne porte-t-il pas atteinte à l'article 10 bis de la Constitution assurant l'égalité entre les luxembourgeois et à l'article 111 de la Constitution en créant une discrimination entre les employés et ouvriers du secteur privé par rapport à la fonction publique. »*

Aux termes de l'article 6 b) de la loi du 27 juillet 1997 portant création d'une Cour Constitutionnelle, une juridiction est dispensée de saisir la Cour Constitutionnelle lorsqu'elle estime que la question de constitutionnalité est dénuée de tout fondement.

Dans la mesure où l'article L. 211-4. du code du travail ne fait que définir de façon générale la durée du travail comme temps pendant lequel le salarié est à la disposition de son employeur mais qu'il ne s'en dégage aucune interdiction ni expresse ni implicite pour les parties ou les partenaires sociaux de prévoir soit dans le cadre du contrat de travail individuel soit dans le cadre d'une convention collective des modes de rémunération spécifiques pour les différentes catégories de prestations de travail et notamment pour les périodes d'astreinte, le texte en lui-même ne saurait violer un quelconque principe d'égalité.

Il n'y a dès lors pas lieu de poser la question préjudicielle.

L'indemnité compensatoire pour congés non pris

Les premiers juges ayant correctement apprécié cette demande et aucun moyen nouveau n'ayant été présenté pour B.) pour les contredire, il y a lieu à confirmation du jugement en ce que cette demande a été rejetée.

Les indemnités de procédure

Aucune des parties n'ayant justifié de l'iniquité requise pour pouvoir bénéficier d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel, leurs demandes tendant à ces fins doivent être rejetées.

PAR CES MOTIFS:

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

reçoit les appels principal et incident ;

les dit non fondés :

confirme le jugement du tribunal du travail de Luxembourg du 5 mars 2009 sauf que la mission de consultance se lit comme suit :

« *de déterminer sur base des « duty sheets » le montant exact des arriérés de salaire redus du chef de majorations des heures prestées les dimanches et jours fériés pour la période du 22 septembre 2002 au 30 juin 2005*. »

dit qu'il n'y a pas lieu de saisir la Cour Constitutionnelle d'une question préjudicielle ;

rejette les demandes formulées par B.) et la société anonyme SOC.1.) S.A. en paiement d'une indemnité de procédure pour l'instance ce d'appel ;

renvoie l'affaire pour continuation devant le tribunal du travail de Luxembourg ;

déclare l'arrêt commun à l'Etat du Grand-Duché de Luxembourg, pris en sa qualité de gestionnaire du Fonds pour l'emploi.