Exempt- appel en matière de droit du travail

Audience publique du deux février deux mille douze

Numéro 35549 du rôle.

Composition:

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

Entre:

M.), demeurant à F-(…),

appelant aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Patrick KURDYBAN de Luxembourg du 2 décembre 2009,

comparant par Maître Pascal PEUVREL, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

et:

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

intimée aux fins du prédit exploit KURDYBAN,

comparant par Maître Joëlle CHOUCROUN, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL:

Par jugement du 24 septembre 2009, le tribunal du travail d'Esch-sur-Alzette a déclaré abusif le licenciement avec préavis de M.) prononcé le 22 février 2007 par la société anonyme SOC.1.), condamné la société à indemniser le requérant à hauteur de 2.000 € du chef de préjudice moral et de 654,21 € du chef d'arriérés de salaire, ordonné l'exécution provisoire quant à cette dernière condamnation, et rejeté les autres demandes du salarié. Il a encore condamné la société à payer au requérant une indemnité de procédure de 750 € et à supporter les frais et dépens de l'instance.

Par exploit d'huissier du 2 décembre 2009, M.) a régulièrement relevé appel du jugement lui notifié le 9 octobre 2009. Il conclut, par réformation, à se voir allouer plusieurs montants du chef de préjudice matériel et moral, de jours de congé non pris, d'arriérés de salaire, d'heures supplémentaires et d'indemnité de procédure. Il réclame une indemnité de procédure de 2.500 €.

La société intimée relève appel incident et demande à la Cour de déclarer régulier le licenciement avec préavis. Elle conclut encore à voir dire non fondées celles des demandes que le tribunal du travail a accueillies. Elle conclut à la confirmation de ceux des volets du jugement dans lesquels le salarié a été débouté de ses demandes. Elle conclut à se voir allouer une indemnité de procédure de 2.500 €.

<u>Le jugement et les moyens des parties</u>

M.) a été licencié avec préavis par lettre du 22 février 2007. Il a demandé les motifs par courrier du 28 mars 2007 et l'employeur les lui a communiqués par lettre du 30 avril 2007.

La juridiction du premier degré a retenu que le salarié n'avait pas sollicité la communication des motifs dans le délai légal d'un mois, mais que l'employeur les lui avait pourtant communiqués nonobstant la demande tardive. Il a retenu qu'il serait de jurisprudence constante que le salarié qui n'a pas demandé dans le délai légal des précisions supplémentaires ne saurait critiquer le manque de précision de motifs contenus dans la lettre de licenciement avec préavis. Ce cas de figure ne serait pas donné en l'espèce étant donné que l'employeur en fournissant de tels motifs suite à une demande tardive se serait volontairement soumis à l'obligation de précision inscrite à l'article L.124-5 (2) du Code du travail de sorte que le salarié retrouverait son droit d'en contester la précision et le caractère réel et sérieux.
Le tribunal du travail a retenu que certains griefs étaient énoncés de manière imprécise. Il a rejeté l'offre de preuve de la société aux fins d'établir

que le salarié avait été absent du lieu de travail le 20 février 2007 et relevé qu'elle avait, le lendemain de la lettre de licenciement avec préavis, adressé un 3ème avertissement suivi d'un licenciement avec préavis au salarié de sorte que le tribunal en a conclu que les absences des 21 et 22 février 2007 méritaient tout au plus un avertissement.

La société qui a interjeté appel incident fait valoir que la lettre de communication des motifs répond aux critères de précision légaux et formule à titre subsidiaire une offre de preuve par l'audition de quatre témoins. Dans un corps de conclusions ultérieur, elle soutient qu'en raison de la tardiveté de la demande de motifs, la charge de la preuve du caractère abusif du licenciement repose sur le salarié et non plus sur l'employeur.

L'intimé qui conclut au rejet de l'appel incident conteste tant la précision que le caractère réel et sérieux des faits gisant à la base du licenciement. Il formule en ordre subsidiaire une offre de preuve par l'audition de témoins.

I. Le licenciement.

La Cour relève dès l'ingrès que le salarié a fait l'objet non pas d'un, mais de deux licenciements avec préavis.

En effet, la lettre de résiliation avec préavis du 22 février 2007 rédigée par l'avocat de la société et informant le salarié de ce que le préavis légal prendra cours le 1er mars 2007 a été suivie le 23 février 2007 d'une lettre que lui a adressée la société intitulée *« troisième avertissement suivi d'une mesure de licenciement avec préavis légal »* de la teneur suivante :

Monsieur,

Depuis le 20/02/2007, vous êtes absent de votre poste de travail, sans raison valable, sans prévenir l'entreprise, soit 4 jours non justifiés.

A ce titre nous vous infligeons un 3ème avertissement et nous vous informons que nous avons pris la décision de mettre fin à votre contrat de travail à compter de ce jour le 23/02/2007.

Votre préavis prendra effet le 26 /02/2007.

Il ressort en outre des pièces versées par l'appelante (farde de quatre pièces) qu'elle a rédigé le 20 février 2007 un premier avertissement ayant pour objet de sanctionner certains manquements mentionnés dans la lettre de motivation que le tribunal du travail a déclaré imprécis de même que certaines remarques désobligeantes qu'il aurait faites au courant du mois de février 2007. L'employeur a émis le 21 février un deuxième

avertissement qui a trait à la journée du 20 février 2007, journée au cours de laquelle le salarié se serait présenté à 07.08 heures à son lieu de travail au lieu de neuf heures, ce sur quoi le salarié aurait quitté l'entreprise et serait resté absent pendant toute la journée. Le troisième avertissement est prononcé le 23 février 2007 par la société, le contenu étant transcrit ci-dessus.

L'intimé conteste s'être vu notifier les deux premiers avertissements, la société se réservant le droit d'établir les lui avoir fait parvenir. L'envoi n'en étant dans ces conditions pas établi, la Cour est amenée à faire abstraction des deux premiers avertissements. La lettre de la société du 23 février 2007 avertit le salarié une « troisième fois » et le licencie eu égard aux faits faisant l'objet de cet avertissement.

L'essence même de l'avertissement est de rendre le salarié attentif au fait que son comportement n'est pas accepté par l'employeur, qu'il est invité à l'améliorer et que l'employeur se réserve tous droits à son égard, même sans que cette réserve ne soit expressément exprimée dans la lettre d'avertissement, et notamment celui de recourir en cas de nouvel écart de comportement à des mesures plus radicales telle que la résiliation du contrat de travail.

L'employeur ne saurait partant, dans un même courrier, avertir le salarié et le licencier en même temps. Il doit donner la possibilité au salarié d'être informé de l'avertissement prononcé et éventuellement d'adapter son comportement en conséquence. Le recours à l'avertissement épuise le droit de réaction de l'employeur face au comportement du salarié.

En l'espèce, cependant, le salarié a été licencié tant par courrier de l'avocat daté au 22 février 2007, que par courrier du 23 février 2007 de la société. La société admet que la lettre de licenciement du 22 février 2007 a été envoyée le 25 février 2007 (conclusions du 10 octobre 2010, page 6/13). Il n'est pas établi à quelle date l'avertissement du 23 février 2007 a été remis à la poste.

C'est cependant la date d'envoi du courrier contenant l'avertissement respectivement le licenciement qui est déterminante et non pas la date figurant sur la lettre. Ce n'est en effet que par l'envoi de la lettre que l'employeur donne irrévocablement effet à sa décision de licenciement, qui, tant qu'elle n'est pas envoyée, ne saurait valoir que comme intention de l'employeur non encore suivie d'effet.

En présence de deux licenciements prononcés pour les mêmes motifs, seul le premier produit les effets légaux attachés à toute résiliation du contrat de travail, le second étant inopérant.

S'il devait être établi que l'envoi effectué le 25 février 2007 de la lettre de l'avocat contenant le licenciement avec préavis du 22 février 2007 est antérieur à celui de la lettre rédigée le 23 février 2007 par la société, le licenciement du 22 février non seulement primerait celui du 23 février 2007, mais le rendrait ensemble avec l'avertissement y contenu inopérants.

La date d'envoi du courrier de la société du 23 février 2007 ne ressort ni des pièces, ni des développements des parties.

Il convient d'en conclure qu'il n'est pas établi que l'envoi du 25 février 2007 de la lettre de licenciement avec préavis du 22 février 2007 ait été précédé de celui de la lettre de résiliation du 23 février 2007.

La Cour doit partant examiner la régularité du licenciement au regard de la seule lettre de licenciement du 22 février 2007, celle du 23 février étant sans effet.

Les parties s'accordent pour dire que le salarié n'a pas demandé les motifs du licenciement endéans le mois de la réception de la lettre de résiliation avec préavis du contrat de travail. La Cour prend acte de cet accord, même si elle relève qu'il n'est pas établi à quelle date le salarié est entré en possession de la lettre de résiliation envoyée le 25 février 2007.

La question de l'incidence de l'omission pour le salarié de solliciter la communication des motifs dans le délai légal d'un mois est à solutionner différemment selon que l'employeur n'a pas respectivement a spontanément communiqué les motifs dans la lettre de résiliation avec préavis, alors pourtant qu'il n'y était pas obligé, ou selon qu'il les a communiqués au salarié sur sa demande tardive.

Si l'employeur résilie le contrat de travail avec préavis sans indiquer de motifs - il s'agit du cas classique prévu par la loi - et que le salarié ne demande pas les motifs en - déans le délai légal d'un mois, il appartiendra à ce dernier, en application de l'article L.124-5. (3) du Code du travail, d'établir par tous les moyens que le licenciement est abusif. (Cour 18 décembre 2008, 33093)

Si l'employeur résilie le contrat de travail avec préavis en indiquant spontanément des motifs et que le salarié ne fait pas de demande de communication de motifs dans le délai légal, ce dernier est présumé être suffisamment informé par ceux lui communiqués. C'est partant au regard desdits motifs que sera appréciée la régularité du licenciement. L'omission pour le salarié de demander les motifs dans le délai légal d'un mois privant éventuellement l'employeur d'amplifier les motifs respectivement de les préciser, a amené les juridictions à décider que le salarié ne sera plus en droit de contester la précision des motifs invoqués. (Cour 29338 du 16 juin

2005 ; Cour 29512 du 1er décembre 2005). Il pourra cependant en contester le caractère réel et sérieux et dans ce cas, la charge de la preuve des faits reposera sur l'employeur. (Cassation 15 février 2001, P.32, 4 ; Cour 30416 du 6 juillet 2006)

Si l'employeur répond, sans formuler aucune réserve quant à l'application de l'article L. 124-5. (3) du Code du travail, à une demande de communication des motifs tardive du salarié, tel qu'en l'espèce, et alors même qu'il lui suffirait d'invoquer cette tardiveté pour refuser de répondre, il renonce, en pleine connaissance de cause, à opposer au salarié lesdites dispositions érigées en sa faveur.

Le tribunal du travail a partant retenu à bon droit que le salarié pourra contester tant la précision que la réalité des motifs invoqués, l'employeur ayant la charge de les établir.

La Cour renvoie à la lettre de motivation du licenciement du 30 avril 2007 entièrement reproduite dans la motivation du jugement attaqué.

L'historique y contenu sur les deux premières pages relatifs aux différents chantiers confiés au salarié en qualité de chef de chantier au Luxembourg et à l'étranger et qui selon l'employeur dénote dans le chef de l'appelant une insuffisance professionnelle caractérisée n'est pas de nature à permettre au salarié et à la juridiction du travail d'apprécier la nature et le degré de gravité des fautes reprochées à ce dernier. L'employeur a par ailleurs à chaque fois réagi face à ces manquements constatés soit en adjoignant au salarié du personne supplémentaire devant le seconder soit en lui confiant des chantiers d'une envergure moindre.

La lettre de motivation gagne quelque peu en précision à partir du moment où il est fait état du comportement du salarié sur le chantier CH.3.), soit à partir du mois de janvier 2007.

Les premiers reproches faits, à savoir d'être systématiquement arrivé en retard sur le chantier entre 08.00 et 08.30 heures au lieu de 07.30 heures, d'avoir passé des commandes injustifiées de brides au lieu de raccords et d'avoir monté des purges après la pose du tube, d'où l'impossibilité de les positionner correctement, manquent de la précision requise en ce que l'employeur se cantonne à émettre des griefs de façon générale au lieu de les détailler ne serait - ce que par l'adjonction de dates, des circonstances ayant mené aux commandes erronées (appartient-il à un chef de chantier de passer ces commandes ou ne relèvent-elles pas plutôt de la mission du concepteur respectivement de celui qui a établi le cahier des charges, la responsabilité du salarié est-elle recherchée pour avoir procédé lui- même ou pour avoir laissé procéder à un montage non conforme des purges ?). Il en est de même des reproches imprécis formulés dans le paragraphe ayant

trait au non- respect par le salarié de la qualité et des spécifications techniques des travaux réalisés sur ledit chantier CH.3.) du 15 janvier au 19 février 2007. La Cour ne tient pas compte de ces griefs pour manque de précision.

Le tribunal du travail a retenu à bon droit que la société se contredit en reprochant au salarié l'absence du 20 février 2007 alors que dans le paragraphe précédent, elle soutient qu'il s'est présenté à son lieu de travail le 20 février à 07.08 heures, ajoutant que *« le chef d'atelier vous signifie qu'il n'avait pas dû regarder le planning affiché sur le tableau d'entrée du vestiaire qui est affiché le 19/02/2007 »*. Cet ajout est totalement incompréhensible de sorte que la Cour fait abstraction du reproche concernant l'absence du 20 février 2007.

Il est vrai que l'avertissement du 21 février 2007 dont question ci-dessus fournit des détails quant à l'incident du 20 février 2007. La Cour a cependant retenu que cet avertissement n'était pas à prendre en considération pour ne pas avoir été envoyé. Dans la lettre de motivation, la société ne se réfère pas non plus à cet avertissement qui, même non envoyé, aurait de cette façon pu être pris en considération quant aux faits y relatés. L'offre de preuve de la société qui entend établir les faits tels qui se sont déroulés le 20 février 2007 est à rejeter, ceux offerts en preuve (point 5 de l'offre de preuve contenue dans les conclusions du 4 janvier 2010) ne dénotant aucune faute dans le chef du salarié.

Quant aux remarques désobligeantes qu'il aurait proférées dans la semaine du 12 février 2007 de même que le 16 février 2007, la société offre de les établir (point 6 de l'offre de preuve) par l'audition de témoins. Il n'est pas nécessaire, tel que le tribunal du travail l'a retenu, que l'employeur précise de plus les circonstances dans lesquelles elles ont été prononcées. En effet, les remarques sont en elles-mêmes désobligeantes et il appartiendra le cas échéant au salarié de les relativiser en les replaçant dans leur contexte. L'offre de preuve est à admettre.

La société reproche enfin au salarié une absence de deux jours (21 et 22 février 2007) que le tribunal du travail n'a pas estimée suffisamment grave pour justifier un licenciement avec préavis étant donné que la société a fait parvenir au salarié le 23 février 2007 un *« troisième avertissement suivi d'une mesure de licenciement avec préavis légal ».* Cet avertissement suivi d'un licenciement ne sont pas à prendre en considération pour les raisons invoquées ci-dessus.

Le salarié ne conteste pas avoir été absent durant ces deux journées. Il offre cependant de prouver les faits suivants :

- que Monsieur M.) s'est présenté au travail en date du 20 février 2007 à 7 heures, et Monsieur B.) lui a dit qu'il devait commencer à 10 heures à CH.4.) au lieu de 7 heures comme d'habitude ;

- qu'il est donc retourné chez lui en attendant 10 heures ;

- que l'après-midi même, il a reçu un appel téléphonique de Monsieur L.) lui disant qu'il le mettrait en congé pour toute la semaine, et qu'il lui téléphonerait pour lui dire sur quel chantier aller, soit pour la période courant du 20 février 2007 au 26 février 2007 ;

(conclusions du 28 octobre 2010, point 10 alinéas 1-3) de sorte qu'il soutient que son absence aurait été autorisée par le responsable de la société.

A supposer que le salarié eût prononcé les remarques désobligeantes envers le supérieur C.) et ait été sans justification absent du lieu de travail les 21 et 22 février 2007, l'employeur aurait été en droit de procéder à son licenciement avec préavis, son attitude dénotant dans le chef du salarié un manque de motivation, d'irrespect à l'égard de l'employeur et une violation de son obligation de se présenter sur le lieu de travail.

Etant donné que la matérialité de l'absence n'est pas contestée, il appartient au salarié d'établir les faits justificatifs dont question ci-dessus.

Il convient partant avant tout autre progrès en cause de faire droit aux deux offres de preuve respectives et de réserver les demandes liées au caractère abusif du licenciement.

III. Les autres demandes.

A. Les indemnités compensatoires pour jours de congé non pris en 2006 et 2007.

Le tribunal du travail a rejeté la demande portant sur un solde de 40 heures non prises au titre de l'année 2006 dès lors que la société avait certes accepté ce report jusqu'au 31 mars 2007 en le faisant encore figurer sur la fiche de rémunération du mois de mars 2007, mais non plus sur celles postérieures d'avril à juin 2007 de sorte que l'accord de la société de voir reporter le congé au-delà du 31 mars 2007 n'était pas rapporté.

La charge de prouver l'accord afférent de l'employeur incombe au salarié. Il fait valoir qu'il ressort des fiches de salaire de l'année 2004 que l'employeur aurait été d'accord à voir reporter le solde des congés de l'année écoulée au-delà du 31 mars 2004 et en conclut qu'il aurait établi l'usage existant au sein de la société à voir reporter les congés au-delà du terme légal.

A supposer exact le raisonnement de l'appelant qui ferait obligation à l'employeur de voir reporter le solde des congés au-delà du 31 mars de l'exercice suivant en vertu « d'un usage », ce dernier devrait être général et constant. La production des fiches de salaire de 2004 est cependant insuffisante pour démontrer l'existence d'un usage qui devrait à tout le moins s'étendre sur plusieurs exercices.

Le tribunal du travail a rejeté la demande portant sur 2.433 ,01 € relative au congé non pris en 2007 en retenant que l'employeur avait réglé au salarié la somme de 4.131,68 € au mois de juillet 2007, ce montant étant composé du salaire net de juin 2007(2.390,85 €) et de l'indemnité compensatoire nette de 1.740,83 €.

L'appelant se contente de soutenir que le montant de 1.740,83 € ne correspondrait pas à l'indemnité compensatoire redue. Il n'explique cependant ni à quoi correspondrait cette somme, ni en quoi le raisonnement du tribunal du travail serait erroné.

Ce volet du jugement est à confirmer.

B. Les arriérés de salaire.

1. Le tribunal du travail a déclaré fondée la demande du salarié portant sur les arriérés de salaire du mois de février 2007 en retenant qu'il devait le rémunérer pour la période du 23 au 28 février 2007 à hauteur de 654,21 €.

L'appelant soutient avoir droit à la somme de 1.356,88 € et offre de prouver

- que Monsieur M.) s'est présenté au travail en date du 20 février 2007 à 7 heures, et Monsieur B.) lui a dit qu'il devait commencer à 10 heures à CH.4.) au lieu de 7 heures comme d'habitude ;

- qu'il est donc retourné chez lui en attendant 10 heures ;

- que l'après-midi même, il a reçu un appel téléphonique de Monsieur L.) lui disant qu'il le mettrait en congé pout toute la semaine, et qu'il lui téléphonerait pour lui dire sur quel chantier aller, soit pour la période courant du 20 février 2007 au 26 février 2007 ;

- qu'en date du 26 février 2007, Monsieur M.) s'est rendu sur son lieu de travail à 7 heures pour travailler ;

- que le chef d'atelier, Monsieur B.) lui a dit qu'il n'était pas prévu sur le planning et qu'il pensait qu'il était en congé ;

- que partant Monsieur M.) a attendu l'heure d'ouverture des bureaux à 8 heures ;

- que le fils de Monsieur L.) lui a alors dit qu'il était en congé pour toute la semaine ;

- que Monsieur M.) a donc sollicité une feuille de congé pour la période courant du 26 février 2007 au 2 mars 2007 ;

- que la feuille de congés a été remplie par Monsieur Q.), comptable de la société, en présence de Madame Z.) et de Monsieur I.) »,

Les trois premiers alinéas déjà admis dans le cadre de l'offre de preuve relative à l'absence injustifiée du salarié sont également pertinents pour ce volet du litige. Les autres alinéas ne sont pas pertinents dès lors que le tribunal a alloué au salarié les arriérés correspondant à la période du 23 au 28 février 2007 et que la société ne relève pas appel incident de ce chef.

2. Le tribunal du travail a débouté le salarié de sa demande en condamnation de l'employeur à lui payer la somme de 726,90 € pour avoir travaillé les jours fériés des 23 juin 2004 et 2006 de même que le 15 août 2006.

Il ne produit cependant en instance d'appel ni les fiches de salaire des mois de juin en question ni ne prend-il position par rapport aux développements de la société qui soutient l'avoir rémunéré à raison de huit heures pour le travail effectué le 15 août 2006.

L'appel est à rejeter.

C. Les heures supplémentaires.

La demande de l'appelant tendant à se voir allouer pour la prestation de telles heures supplémentaires de 2000 à 2007 la somme de 94.473,60 €, sinon à tout le moins de voir nommer un expert a été rejetée par le tribunal du travail, motif pris de ce que s'il résultait d'attestations testimoniales versées que le personnel de la SOC.1.) effectuait sur certains chantiers des heures supplémentaires durant les années écoulées, elles n'établissaient ni que le demandeur en avait effectuées, ni le quantum revendiqué durant la période concernée, à savoir deux heures par jour durant l'intégralité de la relation de travail.

L'appelant qui réclame en instance d'appel la somme de 18.899,40 € soutient qu'il ressort des attestations qu'il a presté lesdites heures supplémentaires de l'accord de l'employeur.

Il convient tout d'abord de suivre la société qui fait valoir que la demande est prescrite pour les heures prestées plus de trois ans avant le dépôt de la requête, soit avant le 28 avril 2005, ce par application de l'article 2277 du Code civil. La période litigieuse s'étend partant du 28 avril 2005 au 20 février 2007.

L'appelant qui dit avoir commis une erreur en réclamant en première instance la somme de 94.473,60 € ne précise cependant pas le montant actuellement réclamé de 18.899,40 €.

Il produit les fiches de travail qu'il a établies lui-même pour soutenir qu'elles valent preuve à l'encontre de l'employeur. Ce raisonnement est à écarter étant donné que ces pièces ne sont pas contre- signées par l'employeur.

Il soutient que ces fiches ont été utilisées par le service comptabilité pour établir les fiches de salaire. Il renvoie à l'attestation testimoniale du témoin TEM.1.) du 13 janvier 2010.

Ce témoignage n'a aucune valeur probante dès lors que le témoin déclare avoir travaillé pour la société à partir du 21 octobre 1999, mais ne précise pas la date de son départ - les parties admettent qu'elle ne fait plus partie de la société et se trouve en litige avec cette dernière - seule la période postérieure au 28 avril 2005 étant d'importance. Elle y déclare certes que les fiches établies par le salarié servaient de base à l'établissement des fiches de salaire, mais ajoute que ces fiches étaient d'abord transmises au gérant administrateur L.) qui *« revoyait les pointages et surtout les heures supplémentaires qu'il modifiait sur certains calculs »*.

En réclamant le paiement d'heures supplémentaires, le salarié conteste forcément le nombre d'heures de travail renseignées sur les fiches de salaire établies sur base des fiches de travail revues et corrigées par l'administrateur gérant de la société. Il ne précise cependant pas en quoi ces fiches ne correspondent pas à la réalité.

A noter que durant la période de janvier 2006 à février 2007, l'appelant n'aurait, selon les fiches de rémunération, presté aucune heure supplémentaire. (pièces 19 à 31)

Les attestations testimoniales versées (farde de 52 pièces de l'appelant, numéros 7-18) par l'appelant établissent que le salarié travaillait en sa qualité de chef de chantier sur plusieurs chantiers à l'étranger, les travaux ayant pour la plupart été sous-traités par des entreprises générales à la SOC.1.). Il est fait état de l'excellence du travail de l'appelant et du nombre restreint de salariés de la SOC.1.) qui, en des temps serrés, devaient terminer les travaux. Il est encore relevé que l'appelant était l'interlocuteur direct des autres corps de métier sur place respectivement de l'entreprise

générale et que l'administrateur gérant L.) ne venait que très sporadiquement sur place, l'appelant devant seul s'occuper de tout ce qui concernait l'exécution des travaux confiés à la SOC.1.). (voir les déclarations G.), H.), D.), P.), T.))

Certains des attestateurs font état de ce que le personnel de la SOC.1.) devait, pour terminer les travaux et en raison de la mise à disposition d'un nombre insuffisant de salariés pour mener à bien les travaux dans les délais contractuels impartis, travailler en moyenne quelque 50 heures par semaine. Ces déclarations ressortent notamment des attestations établies par O.) (qui parle certes d'une période antérieure à celle dont examen), K.), W.) et T.). Ces heures supplémentaires ont notamment été effectuées sur les chantiers CH.1.) et CH.2.) qui, au vu du contenu de la lettre de motivation du licenciement, ont été réalisés au cours de la période litigieuse d'avril 2005 à février 2007.

Ces attestations établissent que le personnel de la SOC.1.), partant forcément également l'appelant qui en faisait partie, travaillait souvent en nombre insuffisant sur des chantiers à l'étranger et devait effectuer des heures supplémentaires pour mener à bien les travaux dans les délais convenus.

La responsabilité des travaux effectués par la SOC.1.) incombait au jour le jour à l'appelant. C'était partant à lui de prendre ses responsabilités et de faire effectuer au besoin des heures supplémentaires. Il ne saurait dans ces conditions être exigé de ce dernier qu'il sollicitât au préalable l'autorisation du responsable L.) qui n'était pas impliqué dans la gestion quotidienne des travaux. Le moyen de la société qui soutient que même si des heures supplémentaires ont été prestées, il ne serait toujours pas établi qu'elles l'auraient été dans le cadre de l'exécution du travail et pour le compte de l'employeur est à écarter pour manque de pertinence.

L'offre de preuve de l'appelant par l'audition de certains des témoins qui ont déjà rédigé une attestation testimoniale est superflue.

Au vu des éléments en possession de la Cour, il y a lieu d'allouer à M.) ex aequo et bono une indemnité forfaitaire de 4.000 € du chef d'heures supplémentaires prestées durant la période non prescrite d'avril 2005 à février 2007.

L'appel est partiellement fondé de ce chef.

L'appel du salarié tendant à voir augmenter l'indemnité de procédure lui accordée en première instance n'est pas fondé, le tribunal l'ayant adéquatement fixée à 750 €. Il en résulte que l'appel de la société qui entend se voir décharger de cette condamnation n'est pas fondé non plus.

La demande des deux parties en allocation d'une indemnité de procédure est réservée dans l'attente de l'arrêt définitif.

PAR CES MOTIFS:

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

reçoit les appels principal et incident,

dit l'appel principal d'ores et déjà partiellement fondé,

réformant partiellement:

condamne la société anonyme SOC.1.) à payer à M.) du chef d'heures supplémentaires le montant de 4.000 € avec les intérêts du jour de la demande en justice jusqu'à solde,

pour le surplus :

avant tout autre progrès en cause :

admet la société SOC.1.) à établir par l'audition des témoins les faits suivants :

« Il a déclaré à son supérieur hiérarchique ; Monsieur C.) :

a) Dans la semaine du 12 février 2007, sans préjudice quant aux dates exactes :

- « Je m'en fous du boulot » ;

- « Si quelqu'un n'est pas content, il n'a qu'à le faire à ma place ».

b) Le 16 février 2007 (suite aux remarques faites par son supérieur - Monsieur C.) – concernant la mauvaise réalisation de son travail) :

- « Si la direction n'est pas contente, je vais leur parler en espagnol, ils comprendront que je m'en tape ».

admet M.) à établir par l'audition des témoins les faits suivants :

- que Monsieur M.) s'est présenté au travail en date du 20 février 2007 à 7 heures, et Monsieur B.) lui a dit qu'il devait commencer à 10 heures à CH.4.) au lieu de 7 heures comme d'habitude ;

- qu'il est donc retourné chez lui en attendant 10 heures ;

- que l'après-midi même, il a reçu un appel téléphonique de Monsieur L.) lui disant qu'il le mettrait en congé pout toute la semaine, et qu'il lui téléphonerait pour lui dire sur quel chantier aller, soit pour la période courant du 20 février 2007 au 26 février 2007 ;

ordonne à la société SOC.1.) et M.) d'informer le greffe de la Cour jusqu'au **15 février 2012** du nom de ceux des témoins qu'ils veulent faire entendre ;

fixe **l'enquête et la contre-enquête** au **mardi, 13 mars 2012 à 09.00 heures**, pour entendre les témoins;

chaque fois dans la **salle des enquêtes numéro CR.4.28**, dans les locaux de la Cour supérieure de justice à Luxembourg, Cité judiciaire, Bâtiment CR, Plateau du Saint Esprit à L-2080 Luxembourg;

commet de ce devoir d'instruction Monsieur le conseiller Roger LINDEN;

confirme le jugement pour le surplus**,**

réserve les volets relatifs au caractère abusif ou non du licenciement, aux demandes en dommages- intérêts et en arriérés de salaire ainsi que les demandes en indemnités de procédure, les frais et les dépens.