Exempt - appel en matière de droit du travail.

Audience publique du quatre juillet deux mille treize.

Numéro 37306 du rôle

Présents:

Carlo HEYARD, président de chambre,
Ria LUTZ, premier conseiller,
Théa HARLES-WALCH, conseiller,
Isabelle HIPPERT, greffier.

E n t r e :

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

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier suppléant Véronique REYTER, en remplacement de l'huissier de justice Jean-Claude STEFFEN d'Esch-sur-Alzette, du 25 mars 2011,

intimée sur appel incident,

comparant par Maître François COLLOT, avocat à la Cour à Luxembourg,

e t :

1) B, demeurant à L-(…),

intimé aux fins du susdit exploit REYTER,

appelant par incident,

comparant par Maître Mathias PONCIN, avocat à la Cour à Luxembourg,

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

intimé aux fins du susdit exploit REYTER,

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

LA COUR D'APPEL:

Vu l'ordonnance de clôture de l'instruction du 1er décembre 2011.

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

Par arrêt du 16 février 2012 la Cour a déclaré l'appel principal de la société A s.à r.l. fondé et par réformation déclaré le licenciement intervenu le 17 janvier 2007 à l'égard de B régulier et justifié et a débouté ce dernier de ses demandes en paiement d'une indemnité compensatoire de préavis et en paiement de dommages et intérêts pour les préjudices matériel et moral subis ; la Cour a encore déclaré l'appel incident fondé et par réformation quant aux heures supplémentaires admis le salarié a prouver par témoins les faits suivants :

« que pendant toute la période d'occupation auprès de l'employeur A, B a travaillé sur ordre de l' employeur tous les jours de 10.30 heures et de 17.30 heures à 24 heures en étant précisé que le requérant n'a pas travaillé le lundi et mardi matin. »

Suite à l'audition des deux témoins cités, l'employeur conclut au rejet de leurs dépositions.

Les parties analysent encore de façon différente et contraire le contenu des déclarations des témoins entendus, pour l'employeur arriver à la conclusion que la réalité des heures supplémentaires n'a pas été rapportée et, pour le salarié arriver à la conclusion contraire.

Quant à la validité du témoignage des deux témoins entendus en instance d'appel

L'employeur soulève l'incapacité de témoigner des deux témoins entendus en instance d'appel au motif que le témoin C serait l'oncle de la partie B et le témoin D, un ancien salarié avec lequel il serait en litige également en raison du non paiement des heures supplémentaires et dont l'objectivité s'avèrerait partant discutable.

Le salarié, quant à lui, soutient que suite à l'abolition du reproche par le règlement grand- ducal du 22 août 1985 chacun peut être entendu comme témoin à l'exception des personnes frappées d'une incapacité de témoigner en justice, ce qui ne serait pas le cas en l'espèce.

La règle que nul ne peut être entendu comme témoin dans sa propre cause est en principe fondamentale, bien que non reproduite formellement dans la législation sur la procédure civile.

La notion de partie en cause doit être interprétée restrictivement comme ne visant, en principe, que les personnes directement engagées dans l'instance judiciaire, les nouvelles dispositions sur les mesures d'instruction tendant à la simplification et à la libération des modes de preuve ayant élargi le plus possible les moyens susceptibles de conduire à la manifestation de la vérité et ayant aboli de façon significative la possibilité de reproche de témoins.

Il suit des considérations qui précèdent que dès lors que les deux témoins entendus ne sont pas parties en cause, les déclarations faites sous la foi du serment sont recevables.

Quant au résultat des enquêtes

Concernant les faits offerts en preuve, le témoin C qui a travaillé avec le salarié dans le même restaurant pendant une période de 2 à 3 mois, confirme qu'ils travaillaient tous les jours sur ordres de l'employeur de 10h30 à 15 heures et de 17 h30 à 24 heures sans être payés pour ces heures supplémentaires raison pour laquelle il a quitté son emploi.

Il précise encore que *« la cuisine fermait le soir seulement à 11 heures et qu'il arrivait que les serveurs ne quittent le restaurant, en raison des soirées musicales organisées qu'à 1.00heure respectivement à 2.00h du matin »* ; le témoin de continuer que *« si les salariés formulaient des contestations par rapport à ces heures supplémentaires, l'employeur menaçaient avec des renvois immédiats ».*

Le témoin D qui précise avoir travaillé pour la sàrl A pendant trois ans à l'époque où le salarié y travaillait aussi précise :
« Nous étions tous logés à la même enseigne, càd. nous devions faire sur ordre de l'employeur, càd. de M. E, des heures supplémentaires. Nous travaillions effectivement tous les jours de 10.30 à 15.00 heures et de 17.30 heures à la fermeture du restaurant, ce qui pouvait être 24.00 heures ou même 1.00 heure du matin. Il est vrai que nous avions un jour et demi de congé par semaine. »

Sur question de Maître CHELY, je précise que « *M. B faisait comme moi partie d'une équipe de 10 serveurs et devait rester dans le restaurant jusqu'à ce que tous ses clients soient partis et c'est rare que le restaurant A ferme ses portes à 22.00 heures.*
Personne ne partait avant les quatre heures de service le soir. »

Le témoin a finalement déclaré que *« les heures travaillées pendant les jours fériés légaux étaient payées selon le salaire horaire normal et que les salariés avaient droit à 5 jours de congé de récréation que l'employeur comptait comme 51/2 jours de congé pris ».*

Il suit des déclarations testimoniales qui précèdent que le salarié, ayant travaillé de 10h30 à 15h00 et 17h30 à 24h00, partant trois heures supplémentaires par jour, a rapporté la preuve de la réalité des trois heures supplémentaires par jour prestées sur ordre de son employeur.

Les allégations de l'employeur selon lesquelles les serveurs travaillaient par équipes de trois sont contredites par ses propres pièces, plus précisément par ses plans de travail.

Le salarié évalue les heures supplémentaires prestées à un montant de 10.000 euros, sans cependant indiquer la méthode de calcul retenue pour arriver à ce montant.

Il échet dès lors et avant tout autre progrès en cause d'instituer une expertise comptable et de nommer expert Maître Cathy ARENDT, avocat, avec la mission de déterminer dans un rapport écrit et motivé le montant qui doit revenir à B du chef des heures supplémentaires effectuées pendant sa période d'occupation auprès de la société A s.à r.l. en tenant compte du fait que trois heures supplémentaires ont été effectuées par jour de travail et de tous les éléments pouvant avoir une influence sur le montant dû, tels les jours de récupération, la période des congés de récréation, des jours fériés légaux.

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,

vu le résultat des enquêtes des 14 mars et 6 juin 2012,

vidant l'arrêt du 16 février 2012, dit la demande de B fondée en principe,

ordonne une expertise et commet pour y procéder Maître Cathy ARENDT, avocat, avec la mission de déterminer dans un rapport écrit et motivé le montant qui doit revenir à B du chef des heures supplémentaires effectuées pendant sa période d'occupation auprès de la société A s.à r.l. en tenant compte du fait que trois heures supplémentaires ont été effectuées par jour de travail et de tous les éléments pouvant avoir une influence sur le montant dû, tels les jours de récupération, la période des congés de récréation, des jours fériés légaux ;

ordonne à B de payer à l'expert la somme de 750 € **au plus tard le 1er août 2013** à titre de provision à faire valoir sur la rémunération de l'expert et d'en justifier au greffe de la Cour,

dit que l'expert devra déposer son rapport pour le 25 octobre 2013,

charge Madame le premier conseiller Ria LUTZ du contrôle de l'expertise ordonnée,

surseoit à statuer pour le surplus.