Exempt - appel en matière de droit du travail.

Audience publique du cinq juin deux mille quatorze.

Numéro 40085 du rôle

Composition:

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

E n t r e :

la société à responsabilité limitée A s.à r.l. en faillite, ayant été établie et ayant eu son siège social à L-(…), représentée par Maître Nathalie HENGEN en sa qualité de curateur,

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Georges WEBER de Diekirch du 18 juin 2013,

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

e t :

B, demeurant à L-(…),

intimé aux fins du susdit exploit WEBER,

comparant par Maître Marisa ROBERTO, avocat à la Cour à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL:

Vu l'ordonnance de clôture de l'instruction du 11 février 2014.

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

Par requête du 27 décembre 2012 B a fait convoquer son ancien employeur la société à responsabilité limitée A devant le tribunal du travail de Diekirch pour l'entendre condamner à lui payer les montants plus amplement détaillés dans la requête introductive d'instance.

Il réclama également une indemnité de procédure.

Il exposa à l'appui de sa demande qu'il a été engagé par la société A en qualité de cuisinier à partir du 15 septembre 2010; que le 13 avril 2012, il a démissionné de son poste avec effet au 31 mai 2012 au motif que son employeur est resté en défaut de lui payer régulièrement son salaire depuis son entrée en service et que son employeur lui redoit les montants de 17.268,19 euros brut, soit 9.062,85 euros net à titre d'arriérés de salaire, 4.162,70 euros à titre d'indemnité pour jours de congé non pris ainsi que 7.789,28 euros à titre de majoration pour avoir travaillé tous les dimanches depuis son entrée en service.

Par jugement du 6 mai 2013 réputé contradictoire à l'égard de la société A, le tribunal a déclaré la demande partiellement fondée. Il a condamné la société A à payer à B la somme de 9.062,85 euros à titre d'arriérés de salaire, la somme de 4.162,70 euros à titre d'indemnité de congé non pris et une indemnité de procédure de 250 euros. Il a déclaré la demande pour le surplus non fondée et a ordonné l'exécution provisoire du jugement nonobstant appel et sans caution.

Par exploit d'huissier du 18 juin 2013 la société A a régulièrement relevé appel de ce jugement. Elle demande à s'entendre décharger de toutes les condamnations intervenues à son encontre. Elle conteste redevoir encore des arriérés de salaire à hauteur de 9.062,85 euros à B, voire qu'elle lui ait donné son accord pour un report de jours de congés non pris d'année en année. Elle soutient qu'il a pris tous ses congés et que pendant son absence, un autre cuisinier l'a régulièrement remplacé. Elle demande également une indemnité de procédure de 1.000 euros.

B interjette appel incident contre le jugement en ce que le tribunal l'a débouté de sa demande en paiement d'un montant de 7.789,28 euros du chef de majoration pour le travail de dimanche et en que le tribunal lui a accordé seulement 250 euros à titre d'indemnité de procédure. Il demande pour le surplus la confirmation du jugement entrepris.

Le 5 février 2014, la société A a été déclarée en état de faillite.

Suite à la faillite, la société A est représentée par le curateur Maître Nathalie HENGEN.

- **<u>les arriérés de salaire :</u>**

La société A conteste redevoir des arriérés à B au motif que tous les salaires ont été payés en fonction de la liquidité de la société, même si parfois avec un retard. Une grande partie des salaires aurait été remise en mains propres à B qui aurait eu des liens étroits avec la gérante de l'époque de la société, C.

La société A explique que toutes les parts sociales avaient été souscrites par des membres de la famille d'B, à savoir C, sa belle-mère, D, son ex-épouse, E, sa belle-sœur et l'intimé lui-même. Le 7 février 2012, D aurait cédé ses parts sociales à l'intimé et C aurait cédé ses parts sociales à sa fille aînée E. Le 4 avril 2012 B aurait à son tour cédé ses parts à sa belle-sœur E. Ce ne serait qu'après avoir cédé toutes ses parts sociales à sa belle-sœur, que l'intimé soudainement aurait fait parvenir ses revendications salariales. Elle ajoute qu'E n'aurait jamais repris les parts sociales de sa mère et de son beau-frère si elle avait connu les dettes de la société envers l'un des associés.

B soutient que sa créance résulte d'un décompte détaillé communiqué à l'appelante le 17 octobre 2012 après la cession de ses parts sociales. Tous les paiements obtenus y seraient fidèlement repris. Contrairement au soutènement de l'appelante, il n'aurait jamais obtenu des acomptes de la part de sa belle-mère qui à l'époque remplissait la fonction de gérante. Sa belle-sœur aurait aussi été parfaitement au courant du fait que des arriérés de salaire, des jours de congé non pris et des heures supplémentaires lui restaient redus. Son employeur l'aurait également su, étant donné qu'à la fin de son préavis prolongé jusqu'au 31 mai 2012, il aurait continué à lui verser des acomptes en liquide et lui aurait même fait des virements.

Pour contredire le paiement de la main à la main allégué par la société A, B verse une attestation testimoniale de C. Or, conformément aux conclusions de la société A, il ne saurait en être tenu compte dans la mesure où il s'en dégage que C a seulement signé l'attestation, mais qu'elle ne l'a pas écrite de sa main.

Conformément à l'article 1315 du code civil celui qui réclame l'exécution d'une obligation, doit la prouver. Réciproquement, celui qui se prétend libéré, doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation.

Or, à part deux virements de 1.500 euros et de 2.263,77 euros, la société A ne verse pas d'autres éléments probants pour établir le paiement des arriérés de salaires allégués. Les dires de l'appelante selon lesquels B se faisait payer de la main à la main par sa belle-mère C, que sa belle-sœur et associée actuelle n'aurait pas connu la situation financière de la société au moment où elle l'a reprise, voire que l'associée actuelle et le gérant actuel ne disposeraient pas de toute la comptabilité, respectivement qu'il serait inconcevable qu'B pendant le temps qu'il était associé de la société n'ait pas reçu régulièrement ses salaires, ne permettent pas d'accréditer sa thèse selon laquelle tout a été payé.

Au contraire, il se dégage du décompte détaillé versé par B que pendant toute la durée de son engagement auprès de la société A celle-ci a payé son salaire moyennant des acomptes partiels et que ces paiements partiels ont perduré même après la fin de la relation de travail entre parties.

En ce qui concerne les deux extraits de paiements versés par l'appelante dont un de 1.500 euros fait le 18 juillet 2011 à titre d'acompte pour le mois de juin 2011 et un de 2.263,77 euros fait le 25 novembre 2010 à titre de paiement de salaire pour le mois d'octobre 2010, il résulte du décompte versé en cause que celui-ci tient seulement compte du paiement de 1.500 euros, mais ne mentionne pas celui de 2.263,77 euros.

Il en suit que la demande d'B est fondée pour le montant de (9.062,85 – 2.263,77=) 6.799,08 euros.

Il y a dès lors lieu par réformation à fixer à 6.799,08 euros la créance d'B du chef d'arriérés de salaire.

- **<u>l'indemnité pour jours de congés non pris</u>**

La société A conteste qu'B ait eu l'accord de son employeur pour un report de congé non pris d'année en année. B comme tous les autres membres de la famille serait parti en vacances avec son épouse et aurait refusé d'inscrire son congé dans le livre des congés. Il aurait pris tous ses congés.

B soutient que cette affirmation est d'ores et déjà contredite par les pièces émises par l'appelante elle-même.

En effet, il résulte du décompte de rémunération pour janvier 2012 qu'B bénéficiait d'un report de congé non pris de 255 heures.

En ordre subsidiaire, la société A fait valoir qu'il résulte du décompte de salaire pour le mois de mai 2012 qu'B a pris 104 heures de congé en mai 2012 et non pas 88 heures comme allégué par lui.

Elle conteste également qu'B ait travaillé au moins 20 dimanches pendant la période de janvier 2012 à mai 2012 lui donnant droit selon l'article L.231-7 (2) du code de travail à deux jours de congés supplémentaires.

Aux dires de l'appelante, B aurait tout au plus droit à une indemnité pour congé non pris de 234 heures.

Or, eu égard aux contestations d'B, il appartient à la société A d'établir la preuve du nombre d'heures de congé effectivement pris en 2012, preuve non rapportée en l'espèce.

Il se dégage encore de l'attestation testimoniale d'D que pendant toute la période de service de son mari auprès du restaurant A, il leur avait été impossible de partir en vacances pour des périodes supérieures à 3-4 jours et qu'ils étaient de toute manière obligés de rentrer pour le week-end, étant donné que son mari, devait reprendre le travail au plus tard le samedi pour pouvoir assurer le service du week-end.

Il découle de ces considérations que c'est à bon droit que le tribunal du travail a fait droit à la demande d'B en paiement d'une indemnité pour congé non pris pour le montant total réclamé de 4.162,70 euros.

Il s'ensuit qu'il y a lieu de confirmer le jugement entrepris sur ce point.

- **<u>les majorations pour travail du dimanche :</u>**

B de son côté reproche au tribunal du travail de l'avoir débouté de sa demande en paiement d'une majoration de 70 % des heures travaillées le dimanche au motif qu'il n'a pas établi que le travail effectué par lui était un travail supplémentaire.

Il affirme avoir travaillé tous les dimanches depuis son entrée au service de la société A, soit au total 89 dimanches et qu'il n'a pas bénéficié de jours de congé compensatoire.

La société A conclut à la confirmation du jugement entrepris. Elle soutient qu'B reste en défaut de prouver d'avoir travaillé les dimanches et jours fériés.

Or, il se dégage de l'attestation testimoniale d'D, qu'B devait toujours assurer le service du week-end étant donné qu'il était le chef de cuisine et le beau-fils et qu'*« il n'y avait jamais eu quelqu'un d'assez compétent pour le remplacer ».*

En vertu des articles L.231-6(1) et L.231-7 (2) du code du travail, le travail de dimanche ouvre droit pour les salariés qui sont occupés dans les restaurants à une majoration de salaire de 70% pour chaque heure travaillée le dimanche.

La société A ne rapportant pas la preuve qu'elle s'est acquittée de cette obligation, la demande d'B du chef de majoration de 70 % des heures travaillées le dimanche est fondée pour le montant réclamé de (89 dimanches x 8 (heures) x 10,94 euros (majoration) = 7.789,28.- euros brut.

Il y a partant lieu, par réformation, de fixer à 7.789,28 euros la créance d'B du chef de majoration pour les heures travaillées le dimanche.

B fait encore grief au tribunal du travail d'avoir limité le montant de l'indemnité de procédure à 250 euros.

La Cour estime qu'au vu des éléments de la cause, le tribunal du travail a adéquatement fixé le montant de l'indemnité de procédure à 250 euros.

Pour le même motif, la demande d'B en allocation d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel est à déclarer fondée pour le montant de 500 euros.

La société A succombant dans son appel, sa demande en allocation d'une indemnité de procédure n'est pas fondée.

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,

reçoit les appels principal et incident;

déclare l'appel principal partiellement fondé;

déclare l'appel incident fondé;

par réformation :

fixe la créance du chef d'arriérés de salaire d'B contre la société A s.à r.l. en état de faillite au montant de 6.799,08 euros avec les intérêts légaux à partir du 27 décembre 2012, jour de la demande en justice jusqu'à solde;

fixe la créance du chef de majoration pour heures de travail le dimanche d'B contre la société A s.à r.l. en état de faillite au montant de 7.789,28 euros avec les intérêts légaux à partir du 27 décembre 2012, jour de la demande en justice jusqu'à solde;

confirme le jugement entrepris pour le surplus;

dit la demande d'B en obtention d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel fondée;

fixe la créance d'B sur base de l'article 240 du NCPC à 500 euros;

dit non fondée la demande de la société A sur base de l'article 240 du NCPC;

met les frais des deux instances à charge de la masse de la faillite de la société A s.àrl. et en ordonne la distraction au profit de Maître Marisa ROBERTO, avocat constitué qui la demande, affirmant en avoir fait l'avance.