

Arrêt N° 29/17 - III – TRAV

Exempt - appel en matière de droit du travail.

Audience publique du seize février deux mille dix-sept.

Numéro 43242 du rôle

Composition:

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

E n t r e :

A, demeurant à L-(...),

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice suppléant Laura GEIGER
de Luxembourg du 26 janvier 2016,

intimée sur appel incident,

comparant par Maître Pierre REUTER, avocat à la Cour à Luxembourg,

e t :

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

intimée aux fins du susdit exploit GEIGER,

appelante par incident,

comparant par Maître Christian JUNGERS, avocat à la Cour à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL:

Vu l'ordonnance de clôture de l'instruction du 17 janvier 2017.

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

Par une requête déposée au greffe du tribunal du travail de Luxembourg le 15 septembre 2014, A, au service de la société anonyme B SA depuis le 1^{er} avril 2012 en qualité de « *Relationship Manager* » réclama à son ancien employeur, suite à son licenciement avec effet immédiat intervenu en date du 20 août 2014, qu'elle qualifia d'abusif, les indemnités du chef de licenciement abusif, le paiement des heures supplémentaires et une indemnité pour congé non pris.

L'employeur formula une demande reconventionnelle sur base de l'article L.121-9 du code du travail d'un montant de 1.355,85 euros et l'Etat a fait une intervention volontaire aux fins d'obtenir le remboursement des indemnités de chômage avancées à la salariée.

L'employeur reprocha à A de s'être rendue en date du dimanche 29 juin 2014, avec C, à 7h10 dans les locaux de la banque, bien qu'ils furent tous les deux en congé de maladie et être restés pendant deux heures dans les bureaux, être repartis avec une pile de documents et un carton, que pendant les deux heures de présence dans les bureaux, A aurait passé un certain temps auprès d'une photocopieuse ; qu'il a appris le lendemain la disparition de certains documents du bureau de C et que les bureaux des deux salariés semblaient avoir été vidés, de sorte qu'il a fait procéder à une enquête interne qui aurait révélé des activités suspectes sur le matériel et les serveurs de la banque, qu'A a consulté un nombre très élevé de fichiers de la banque sans rapport direct avec sa fonction et qu'elle a envoyé en date du 29 juin 2014 des courriers électroniques contenant des fichiers de la banque vers son adresse électronique privée et finalement qu'elle a en outre effacé un certain nombre de fichiers.

L'employeur reprocha enfin à A d'avoir simulé son incapacité de travail et il indique les indices qui lui ont fait douter de la réalité de sa maladie.

La société employeuse indiqua les raisons pour lesquelles elle considère que ces faits constituent à son sens des fautes graves de nature à ébranler toute confiance.

La salariée contesta tant la précision que la réalité et la gravité des faits lui reprochés.

L'employeur conclut à un sursis à statuer concernant le volet du licenciement en attendant le résultat de la plainte pénale déposée contre la salariée concernant les mêmes faits que ceux gisant à la base du licenciement.

Par un jugement contradictoire du 3 décembre 2015, le tribunal du travail a :

- reçu la demande de A en la pure forme;
- s'est déclaré compétent pour en connaître;
- limité les débats aux points suivants : précision de la lettre de licenciement du 20 août 2014, question de savoir si le tribunal du travail doit surseoir à statuer sur la demande d'A au motif qu'une instruction pénale est pendante, la demande en paiement des heures supplémentaires prestées, la demande en paiement d'une indemnité pour jours de congé non pris et la demande reconventionnelle;
- donné acte à la société anonyme B de sa demande reconventionnelle ;
- donné acte à l'ETAT DU GRAND-DUCHE DE LUXEMBOURG de son recours exercé en vertu de l'article L. 521-4 du Code de travail;
- déclaré non fondées les demandes d'A en paiement des heures supplémentaires et à la demande en paiement d'une indemnité pour jours de congés non pris ;
- déclaré non fondée la demande reconventionnelle de la société anonyme B :

Pour le surplus des demandes d'A et la demande de l'ETAT DU GRAND-DUCHE DE LUXEMBOURG le tribunal a:

- sursis à y statuer en attendant la décision définitive à intervenir dans l'affaire pénale engagée par la plainte déposée par la société B contre A du chef d'infractions qualifiées dans la plainte de vol domestique, sinon vol simple, le cas échéant avec fausses clés et association de malfaiteurs ainsi que du chef de violation du secret professionnel et de violation du secret bancaire ;
- fixé la continuation des débats à une audience ultérieure ;
- réservé les demandes pour le surplus ainsi que les frais.

Pour rejeter la demande de la salariée en paiement des heures supplémentaires d'un montant de 60.209,64 correspondant aux 1.130 heures supplémentaires réclamées pour les années 2012, 2013 et 2014 à raison de 10 heures supplémentaires par semaine, le tribunal a relevé qu'elle n'a versé aucune pièce pour en établir la réalité.

Pour rejeter la demande de la salariée tendant au paiement d'une indemnité pour 22,33 jours de congés non pris en 2014 d'un montant de 6.798,82 euros, le tribunal du travail a constaté sur base de la fiche non périodique du mois d'août 2014 que l'employeur lui a payé une indemnité de 6.682,62 euros et que le solde net restant dû qui était de 3.829,34 euros lui a été payé suivant un extrait de virement versé en cause.

Concernant la demande reconventionnelle de l'employeur, dont le montant réclamé de 1.355,85 euros porte sur les dégâts occasionnés par la salariée sur le véhicule de fonction mis à sa disposition, le tribunal l'a rejetée dès lors que l'employeur ne

versait aucune pièce relative aux circonstances exactes qui ont conduit à ces dégâts, de sorte que la preuve qu'elle a commis un acte volontaire ou une négligence grave au sens de l'article L.121-9 du code du travail n'est pas établie.

De ce jugement, A a interjeté appel par exploit d'huissier du 26 janvier 2016.

L'appelante conclut in limine litis à la recevabilité de son appel sur base des articles 579 et 150 du NCPC, dès lors que le tribunal a définitivement statué tant dans sa motivation que dans son dispositif sur les heures supplémentaires et l'indemnité pour congé non pris.

Concernant la demande reconventionnelle de l'employeur basée sur l'article L.121-9 du code du travail, elle conclut à la confirmation du jugement déféré en ce qu'il a déclaré cette demande non fondée ; néanmoins et dans la mesure où l'employeur a retenu sur son salaire du mois d'août 2014 la somme de 648,56 euros du chef des prétendues dégradations matérielles au véhicule de service, elle sollicite la restitution de cette retenue illégale.

L'intimée se rapporte à sagesse de la Cour quant à la recevabilité de l'acte d'appel en la pure forme.

Elle interjette appel incident du jugement en ce qu'il a déclaré sa demande reconventionnelle basée sur l'article L.121-9 du code du travail non fondée et demande à la Cour de constater que les dégâts au véhicule de fonction relèvent d'une négligence grave équipollente au dol, partant de condamner reconventionnellement la partie appelante au paiement d'un montant de 707,29 euros à titre de dommages et intérêts pour l'ensemble des frais occasionnés au véhicule de service utilisé par A.

Quant aux prétendues heures supplémentaires, l'intimée demande à la Cour de constater que la partie appelante reste en défaut de prouver et la prestation d'heures supplémentaires et l'accord de l'employeur y relatif, de lui donner acte que l'excédent d'heures de travail constaté à la date de sortie de l'appelante a été dûment réglé, de rejeter l'offre de preuve formulée par l'appelante alors qu'elle n'est ni suffisamment précise, ni suffisamment objective pour être recevable, de rejeter la demande de l'appelante tendant à voir nommer un expert alors qu'elle reste en défaut de produire la moindre preuve permettant d'étayer sa demande en paiement d'heures supplémentaires, partant de la débouter de ses revendications en ce qui concerne le paiement à titre d'heures supplémentaires.

Quant à l'indemnité pour jours de congé non pris et à titre principal, l'intimée demande à la Cour de dire que la demande de l'appelante est irrecevable alors qu'il s'agit d'une demande nouvelle, à titre subsidiaire, de constater que la demande de

l'appelante heurte le principe de « l'estoppel », partant de déclarer la demande irrecevable ; en tout état de cause, de constater qu'elle s'est déjà acquittée du solde de congé dû au mois août 2014, de rejeter la demande de l'appelante tendant à voir nommer un expert alors qu'elle reste en défaut de produire la moindre preuve permettant d'étayer sa demande en paiement d'une indemnité supplémentaire pour congés non pris, de dire en conséquence que la demande de l'appelante est dénuée de tout fondement, partant de l'en débouter.

Elle conclut encore à l'irrecevabilité de la demande de la salariée en remboursement du montant de 648,56 euros indument retenu sur son salaire d'août 2014 pour constituer une demande nouvelle.

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

Concernant l'appel interjeté par A en date du 26 janvier 2016, il est à déclarer recevable sur base des articles 579 et 580 du NCPC, dès lors qu'il porte exclusivement sur une partie du principal qui a été tranchée par le jugement dont appel, à savoir sur la demande en paiement d'heures supplémentaires et sur l'indemnité pour congés non pris.

L'appel est encore recevable dès lors qu'il a été introduit dans les formes et délai de la loi.

Les faits et rétroactes de l'affaire, les moyens de fait et de droit dont chacune des parties litigantes s'empare pour obtenir gain de cause sont exhaustivement reproduits dans les conclusions auxquelles il est renvoyé.

L'appelante fait tout d'abord grief au tribunal du travail d'avoir rejeté sa demande en paiement des heures supplémentaires au motif qu'elle n'aurait pas versé de pièces justificatives.

Elle réitère sa demande tendant au paiement de 60.209,64 euros correspondant à 1.130 heures supplémentaires prestées sur les trois années 2012, 2013 et 2014 à raison de 10 heures par semaine, demande qui reste contestée par l'employeur.

C'est à bon droit que le tribunal du travail a rappelé que pour prospérer dans sa demande la salariée devait non seulement prouver avoir effectivement prestées les heures supplémentaires réclamées, mais encore l'accord de l'employeur pour cet accomplissement.

A offre à cet égard de prouver par témoin les faits suivants :

« A a été régulièrement amenée dans le cadre de l'exécution de son contrat de travail, et sur demande de la partie défenderesse, à prêter des heures supplémentaires s'élevant en moyenne à 10 heures par semaine.

Elle travaillait tard le soir, elle voyageait souvent dans l'intérêt de la banque et venait souvent au bureau les fins de semaine.

A a ainsi presté un total de 1.130 heures supplémentaires durant l'exécution de son contrat de travail.

Ce chiffre résulte des calculs suivants :

- *pour l'année 2012, la requérante a effectué 39 semaines de travail, soit 390 heures supplémentaires sur l'année 2012,*
- *pour l'année 2013, la requérante a effectué 52 semaines de travail, soit 520 heures supplémentaires sur l'année 2013,*
- *pour l'année 2014, la requérante a effectué 34 semaines de travail, soit 340 heures supplémentaires sur l'année 2014 ».*

Pour être recevable une offre de preuve doit non seulement être précise, mais également pertinente.

Or, dans la mesure où le libellé de la susdite offre de preuve est général et se réfère à une moyenne d'heures supplémentaires prétendument prestées par elle sur une période très longue de trois années, sans cependant indiquer les dates précises auxquelles elles furent prestées ainsi que le nombre exact de ces heures supplémentaires accomplies par rapport aux dates concernées, l'offre de preuve ne suffit pas au caractère de précision requis.

Il vient s'y ajouter qu'un tel libellé général et vague ne permet pas à l'employeur d'en rapporter la preuve contraire.

L'offre de preuve n'est pas non plus pertinente dans la mesure où la salariée, qui précise certes qu'elle aurait presté ces heures supplémentaires à la demande de l'employeur, reste cependant en défaut d'indiquer qui au sein de la banque lui a donné l'ordre ou l'autorisation d'effectuer les heures supplémentaires litigieuses.

L'offre de preuve n'est partant pas recevable.

A sollicite ensuite la communication sur base de l'article 288 du NCPC de tous les relevés de pointage depuis son entrée en service à la banque ainsi que de tous ses relevés de connexion informatique.

D'après l'article 60 du NCPC *« les parties sont tenues d'apporter leur concours aux mesures d'instruction sauf au juge de tirer les conséquences d'une abstention ou d'un refus. Si une partie détient un élément de preuve, le juge peut, à la requête*

de l'autre partie, lui enjoindre de le produire, au besoin à peine d'astreinte. Il peut, à la requête de l'une des parties, demander ou ordonner, au besoin, sous la même peine, la production de tous documents détenus par des tiers s'il n'existe pas d'empêchement légitime ».

Pour pouvoir faire droit à une demande de communication de pièces, quatre conditions doivent être réunies, à savoir que la pièce sollicitée doit être déterminée avec précision, l'existence de la pièce doit être vraisemblable, la détention de la pièce par le défendeur doit être vraisemblable et finalement, la pièce sollicitée doit être pertinente pour la solution du litige.

Or, le même raisonnement que celui fait par la Cour au sujet de l'offre de preuve s'impose à ce niveau dans la mesure où la salariée ne demande pas une ou plusieurs pièces bien précises, mais la communication en bloc de tous les relevés de pointage et de connexion informatique sur une période de trois ans, en indiquant très clairement que *« la communication de ces pièces lui permettra, à n'en pas douter, d'établir avec précision ses heures supplémentaires ».*

Or, c'est le contraire qui doit prévaloir dès lors qu'en vertu de l'article 1315 du code civil, c'est à la salariée qui réclame l'exécution d'une obligation, d'en établir la réalité et non au défendeur de verser toutes les pièces permettant ultérieurement à la salariée de ce faire.

En fait, la salariée tente de pallier sa carence dans l'administration de la preuve par la communication par son employeur des pièces, qu'elle devrait par ailleurs du moins en ce qui concerne les relevés de pointage, détenir elle-même.

Cette demande n'est partant, eu égard aux considérations faites ci-devant, pas fondée.

Quant à l'expertise sollicitée par la salariée pour établir la prestation par elle d'heures supplémentaires, la Cour relève qu'en vertu de l'article 351 alinéa 2 du NCPC *« en aucun cas une mesure d'instruction ne peut être ordonnée en vue de suppléer la carence de la partie dans l'administration de la preuve »*, ce qui est le cas en l'espèce.

Cette demande doit partant également être rejetée pour être irrecevable, de sorte que l'appel de la salariée n'est pas fondé et le jugement a quo est à confirmer en ce qu'il a déclaré la demande afférente de A non fondée.

L'appelante fait encore grief à la juridiction du travail d'avoir considéré que l'indemnité pour jours de congé non pris d'un montant de 6.798,82 euros lui avait été intégralement payée par son ancien employeur.

Elle soutient que la banque lui redoit encore un solde de 624,47 euros correspondant à la partie de la gratification annuelle lui allouée par son employeur, mais qui n'a pas été prise en compte dans sa rémunération brute pour le calcul de l'indemnité sollicitée.

L'employeur soulève l'irrecevabilité de cette demande pour être une demande nouvelle en instance d'appel.

Conformément à l'article L.221-1 du code du travail, le salaire s'entend comme étant « *la rétribution globale du salarié comprenant, en dehors du taux en numéraire, les autres avantages et rétributions accessoires éventuels tels que notamment les gratifications, tantièmes, remises, primes, logement gratuit, et autres valeurs quelconques de même nature* ».

Il résulte des pièces soumises à l'appréciation de la Cour, plus précisément de la fiche non périodique du mois d'août 2014, que la banque n'a pas pris en compte dans la rémunération brute de la salariée pour le calcul de son indemnité pour congé non pris de la gratification, qui constituait cependant d'après l'article 4.1 du contrat de travail un élément du salaire ayant un caractère obligatoire.

Il s'en dégage que la demande actuelle de la salariée ne constitue par une demande nouvelle au sens de l'article 592 du NCPC, mais une augmentation de sa demande initiale suite à la constatation d'une erreur matérielle commise par l'employeur dans le calcul de son indemnité pour congés non pris, de sorte qu'elle est à déclarer fondée pour la somme réclamée de 624,47 euros.

Le moyen soulevé par l'intimée tenant à la violation du principe de l'« *estoppel* » tombe également à faux dans la mesure où la salariée ne s'est jamais contredite par rapport à sa demande en paiement d'une indemnité pour congé non pris laquelle figurait déjà en première instance dans sa requête initiale et qu'elle a maintenue par après, de sorte que l'intimée ne pouvait raisonnablement pas pâtir d'une contradiction inexistante.

L'intimée interjette appel de la décision de première instance l'ayant débouté de sa demande basée sur l'article L.121-9, demande qui reste contestée par l'appelante.

La Cour relève dans un premier temps que la demande initiale de l'intimée formulée en première instance était de 1.355,85 euros alors qu'en instance d'appel elle ne porte plus que sur la somme 707, 29 euros dès lors que l'employeur a effectué une retenue sur le salaire du mois d'août 2014 de la salariée d'un montant de 648,56 euros.

Se prévalant de l'illégalité de cette retenue sur salaire, l'appelante réclame la restitution de la somme de 648,56 euros.

En revanche, l'intimée soutient que la demande en restitution constitue une demande nouvelle irrecevable en appel.

Concernant le bien-fondé de la demande de l'employeur basée sur l'article L.121-9 du code du travail, la Cour adopte la motivation du jugement attaqué qui répond de manière correcte tant aux moyens de première instance qu'aux conclusions prises en instance d'appel pour arriver à la conclusion qu'« *il incombe à l'employeur d'établir non seulement la réalité des dégâts qu'il entend faire supporter par son salarié, mais encore de rapporter la preuve que ceux-ci sont imputables à un acte volontaire ou à la négligence grave de ce dernier (Cour 06.07.2006, n°30229).* Aucune pièce du dossier ne fait cependant état des circonstances exactes qui ont conduit aux dégâts relevés dans les pièces.

Le seul fait pour A d'avoir remis une voiture ayant certains dégâts n'est pas de nature à engager sa responsabilité sur base de l'article L.121-9 du code du travail alors que la partie reste en défaut de rapporter la preuve que son ancienne salariée a commis un acte volontaire ou une négligence grave en relation causale avec ces dégâts.

Dès lors, au vu de ce qui précède, la demande reconventionnelle est à rejeter. »

Si l'employeur est autorisé en vertu de l'article 224-3 point 2 du code du travail à faire une retenue sur le salaire de sa salariée du chef de réparation du dommage causé par la faute de cette dernière, il faut toutefois, comme il vient d'être rappelé, que la salariée soit responsable envers son employeur en raison de sa faute lourde ou volontaire.

Or, en l'espèce l'employeur est resté en défaut de prouver une telle faute dans le chef de sa salariée, de sorte que la retenue effectuée est illégale et la salariée a droit à la restitution de la somme illégalement retenue.

La demande de la salariée en restitution de la somme illégalement retenue par l'employeur ne constitue partant pas une demande nouvelle irrecevable, mais, comme il vient d'être analysé, une défense à l'action principale de son employeur, partant une demande recevable en vertu de l'article 592 du NCPC.

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

N'ayant pas établi en quoi il serait inéquitable de laisser à leur charge l'intégralité des frais et dépens, les demandes respectives des parties sont à rejeter.

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,

dit les appels principal et incident recevables,

dit l'appel incident non fondé,

partant, en déboute,

dit l'appel principal partiellement fondé,

réformant :

dit la demande de A en paiement d'une indemnité pour congés non pris fondée pour un montant de 624,47 euros,

partant condamne la société anonyme B SA à payer à A la somme de 624,47 euros avec les intérêts légaux à partir de l'acte d'appel jusqu'à solde,

dit la demande de A en restitution de la somme de 648,56 euros recevable et fondée,

partant condamne la société anonyme B SA à payer à A la somme de 648,56 euros avec les intérêts légaux à partir de l'acte d'appel jusqu'à solde,

confirme pour le surplus le jugement entrepris,

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

condamne les parties, chacune pour moitié, aux frais et dépens de l'instance avec distraction au profit de Maître Pierre REUTER 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.

