

Arrêt N° 1/18 - III – TRAV

Exempt - appel en matière de droit du travail.

Audience publique du onze janvier deux mille dix-huit.

Numéro 44841 du rôle

Composition:

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

Entre :

la société à responsabilité limitée S1 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 de justice Georges WEBER de
Diekirch du 8 mai 2017,

intimée sur appel incident,

comparant par Maître Daniel BAULISCH, avocat à la Cour, demeurant à Diekirch.

et :

A, demeurant à L-(...),

intimé aux fins du susdit exploit WEBER,

appelant par incident,

comparant par Maître Claude SPEICHER, avocat à la Cour, demeurant à Diekirch.

LA COUR D'APPEL:

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

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

A a été au service de la sàrl S1 à partir du 1^{er} juin 2015 en qualité de cuisinier.

Il a été licencié avec un préavis de deux mois par courrier du 29 janvier 2016.

Par requête du 20 juillet 2016, A a fait convoquer la sàrl S1 devant le tribunal de travail de Diekirch pour lui réclamer le montant de 3.055,80 euros à titre d'indemnité compensatoire pour 167 heures de congé non pris pour les années 2015 et 2016, (soit 117 heures reportées de 2015 et 3 x 16,66 heures pour les mois de janvier à mars 2016).

Il a encore réclaté l'allocation d'une indemnité de procédure de 500 euros.

Par jugement du 23 janvier 2017, le tribunal de travail a, avant tout autre progrès en cause, ordonné la comparution personnelle des parties et, par jugement du 20 mars 2017, il a dit la demande de A fondée. Le tribunal a, en outre, rejeté les demandes respectives des parties sur base de l'article 240 du NCPC.

Pour rejeter les offres de preuves formulées par l'employeur et faire droit à la demande en paiement du salarié, le tribunal de travail a retenu que si, en cours d'exécution du contrat, les parties peuvent toujours modifier d'un commun accord leur convention originaire et que ces modifications peuvent même se faire en défaveur du salarié, du moment qu'elles sont acceptées par ce dernier, l'employeur reste cependant dans l'administration de la preuve des accords modificatifs intervenus soumis, conformément à l'article L.121-4(4) du Code du travail, à l'obligation de produire un écrit ; qu'à défaut d'une confirmation écrite du prétendu accord par le salarié, que ce dernier conteste, l'employeur ne saurait établir le changement allégué par aucun autre mode de preuve ; qu'il aurait donc appartenu à l'employeur de suivre la procédure spéciale prévue par l'article L.127-7 du Code du travail ce qu'il n'a pas fait ; qu'il appartient en outre à l'employeur de rapporter la preuve de l'absence qu'il entend imputer au salarié soit effectivement un congé par la production du livre de congé ou par des fiches de salaires sur lesquelles sont renseignées les congés pris.

De ce jugement, la sàrl S1 a régulièrement relevé appel par exploit d'huissier du 8 mai 2017.

Par réformation du jugement entrepris, l'appelante demande à être déchargée de la condamnation intervenue. Elle requiert encore une indemnité de procédure de 1.000 euros pour la première instance et une indemnité de procédure de 1.250 euros pour l'instance d'appel.

La sàrl S1 explique qu'elle exploite une brasserie. Lors d'une entrevue avec le personnel en automne 2015, elle aurait convenu avec A que la brasserie resterait fermée le lundi et le mardi à partir du 15 novembre 2015. Afin que le salarié ne subisse pas de perte de revenu, ce dernier se serait déclaré d'accord à prendre congé ces jours, soit les lundis à raison de 4 heures et les mardis à raison de 8 heures jusqu'au mois de mars 2016 inclus. A l'appui de ses dires, l'employeur se réfère à différentes attestations testimoniales. Conformément à cet accord, A n'aurait donc pas travaillé les lundis et mardis à partir du 15 novembre 2016.

La sàrl S1 ajoute que le salarié n'aurait pas non plus travaillé entre 10 et 14 heures du mercredi au dimanche pendant cette période et qu'il n'aurait partant pas travaillé 40 heures hebdomadaires.

Au cours des mois de novembre et de décembre 2015, A aurait pris 28, respectivement 36 heures de congé non reprises sur les fiches de salaire. Il aurait également été en congé du 4 au 8 janvier 2016, et au mois de février 2016 il aurait pris 16 heures de congé.

Pendant la période de référence, le salarié aurait en fait pris 5 heures de congé en trop.

Le comptable se serait trompé dans un premier temps en établissant les fiches de salaires. Il y aurait lieu de se référer aux fiches de salaire rectifiées versées en cause.

Pour autant que de besoin, elle offre de prouver ces faits par l'audition de témoins, sinon elle demande à la Cour de déférer à A le serment litisdécisoire suivant:

*« s'il n'est pas vrai que lors d'une entrevue avec le personnel qui s'est tenue au siège social de la société en automne 2015, sans préjudice quant à la date exacte, il a été convenu entre Monsieur A et son employeur que la brasserie resterait fermée le lundi et le mardi à partir du 15 novembre 2015,
s'il n'est pas vrai que Monsieur A se déclara d'accord à prendre congé ces jours/heures, soit le lundi 4 heures et le mardi, 8 heures, ce jusqu'au mois de mars 2016 inclus,
s'il n'est pas vrai que conformément avec cet accord, Monsieur A n'a pas travaillé les lundis et mardis à partir du 15 novembre 2015,
s'il n'est pas vrai qu'au mois de novembre 2015, Monsieur A a pris 28 heures de congé non reprises sur la fiche de salaire.*

*s'il n'est pas vrai qu'au mois de décembre 2015, le salarié a pris 36 heures de congé et qu'il fût pour le surplus, en congé entre le 4 et 8 janvier 2016.
s'il n'est pas vrai qu'en février 2016, Monsieur A a pris 16 heures de congé.
s'il n'est pas vrai qu'au total, le salarié a pris 172 heures de congé, soit 5 heures de trop. »*

A interjette appel incident contre le jugement entrepris en ce que le tribunal de travail a refusé de faire droit à sa demande en allocation d'une indemnité de procédure et réclame une indemnité de 1.000 euros pour la première instance.

Pour le surplus, il conclut à la confirmation du jugement.

L'intimé conteste avoir été d'accord à voir imputer les heures non travaillées les lundis et mardis sur ses heures de congé. Ces jours constituaient ses jours de repos. A l'appui de ses dires, il se base sur les fiches de salaires qu'il a versées en cause et notamment la fiche de salaire du mois de janvier 2016 qui fait état d'un report de congé de 117 heures. Ce ne serait qu'en cours d'instance que l'employeur aurait versé de nouvelles fiches de salaires qui auraient été fabriquées pour les besoins de la cause.

L'employeur n'aurait réagi à aucune de ses quatre mises en demeure des 20.4.2016, 10.5.2016, 25.5.2016 et 4.7.2016 et ne verserait ni le livre de congé ni le registre reprenant l'horaire journalier et hebdomadaire de travail.

Le caractère d'ordre public des articles L.121-4 (4), L121-7, L.233-17 et L.212-4(4) du Code du travail s'opposerait à ce que l'employeur soit admis à procéder par voie d'audition de témoins ou de serment litisdécisoire.

Les offres de preuves formulées par la sàrl S1 seraient donc irrecevables.

Suivant le contrat de travail signé entre parties le 5 juin 2015, l'horaire de travail normal de A qui a été engagé à plein temps, était de 10 à 14 heures le lundi, de 10 à 14 et de 18 à 22 heures du mardi au vendredi et de 18 à 22 heures le samedi.

D'après B, ayant représenté la sàrl S1 lors de la comparution personnelle des parties en première instance, l'horaire aurait été modifié comme suit à partir du 15 novembre 2015 : du mercredi au dimanche de 18 à 22 heures et parfois également les dimanches à midi.

Selon A, son horaire de travail hebdomadaire à partir du 15 novembre 2015 aurait été le suivant : du mercredi au dimanche de 10 à 14 heures et de 18 à 22 heures.

La Cour constate que si les parties sont donc d'accord pour dire qu'à partir du mois de novembre 2015 A n'a plus travaillé les lundis et mardis et que le restaurant était ouvert du mercredi au dimanche, A conteste cependant avoir été d'accord avec une

réduction de son temps de travail hebdomadaire et à voir imputer les 12 heures non travaillées les lundis et mardis de son congé légal. Il affirme avoir toujours travaillé 40 heures par semaine pour la période postérieure au 15 novembre 2015 du mercredi au dimanche inclus.

En cas de contestation sur le congé redû au salarié, la charge de la preuve incombe à l'employeur.

S'il est vrai que l'employeur peut fournir cette preuve soit par la production du livre de congé légal qu'il est obligé de tenir en vertu des dispositions de l'article L.233-17 du code du travail, soit par d'autres moyens de preuve, toujours est-il qu'en l'espèce, les parties ne sont pas seulement en désaccord quant aux nombres d'heures de congé pris, mais elle sont en désaccord sur l'existence ou non d'une modification du contrat de travail de A ayant, d'après l'employeur, entraîné une réduction de l'horaire de travail hebdomadaire du salarié et l'imputation de 12 heures prétendument travaillées en moins sur le congé légal du salarié, à condition que le salaire soit maintenue.

Il y a donc lieu de se rapporter à l'article L.121-4 paragraphe 4 qui dispose que :
« ... toute modification des éléments visés au paragraphe 2, (dont l'horaire normal du travail et les modalités d'attribution et de détermination du congé), fera l'objet d'une modification écrite du contrat de travail. Le document modificatif signé par les deux parties sera établi en deux exemplaires, dont l'un sera remis au salarié, l'autre étant remis à l'employeur, au plus tard au moment de la prise d'effet des modifications concernées ».

A défaut d'une confirmation écrite du prétendu accord verbal contresigné par le salarié, telle que visée à l'article L.121-4 (4) du code du travail et à défaut d'exception prévue par le législateur, l'employeur ne saurait établir la réduction du temps de travail et l'imputation des 12 heures hebdomadaires prétendument travaillées en moins du congé légal par aucun autre mode de preuve.

Il suit des considérations qui précèdent que les attestations testimoniales produites en cause par l'employeur sont à rejeter, sans qu'il n'y ait lieu d'analyser plus amplement leur recevabilité et leur contenu.

Pour les mêmes raisons, l'offre de preuve testimoniale formulée par l'appelante est à rejeter.

-

A cela s'ajoute que tant les fiches de salaires produites en cause par le salarié que les fiches « rectifiées » versées par l'employeur retiennent un horaire de travail à temps plein pour A, ce qui est incompatible avec la version défendue par la sàrl S1.

Finally, in what concerns the litisdecisory oath, it is of principle that this is destined to corroborate in solemn form what has been affirmed by the one to whom it is deferred. In consequence, the oath must be libelled in such a way that the adversary, to the conscience of whom it is made, be able to swear on his version (cf. C.S.J., 24 mai 2000, rôle no 18466 et 20290). This requirement appears to be logical, since one cannot require of someone a sworn statement attesting the veracity of certain facts, if those facts do not correspond to the facts which he has previously affirmed to be real (Thierry HOSCHEIT : Le droit judiciaire privé au Grand-Duché de Luxembourg, n° 771, page 404).

Or, the litisdecisory oath that the sàrl S1 understands to be deferred to A does not correspond to the version that the employee has always defended, namely that on Mondays and Tuesdays were his days of rest and that he was not in agreement to reduce his working hours or to take his leave days in 2015 and to which he could claim in 2016 the days of Monday and Tuesday, but to the version which she herself has maintained.

It is therefore to be declared inadmissible.

It follows from the considerations which precede that the labour court is to confirm in what it has done, taking account of the documents filed in the case, to grant to A the amount claimed of $167 \times 18,2982 = 3.055,80$ euros.

In view of the issue of the dispute, it is still in law that the labour court has rejected the claim of the sàrl S1 for an indemnity of procedure for the first instance. For the same reason, the sàrl S1 cannot now claim the award of an indemnity of procedure in the instance of appeal.

On the other hand, it appears inequitable to leave to the charge of the defendant the entirety of the costs incurred by him which are not included in the expenses.

By reforming the judgment entered, his claim based on article 240 of the NCPC is, taking account of the elements of the case, to be declared founded for the amount of 500 euros for the first instance and there is to be awarded to him the amount of 750 euros for the instance of appeal.

PAR CES MOTIFS :

the Court of appeal, third chamber, sitting in matters of labour law, ruling in contradictory manner, on the oral report of the magistrate in the state,

declares the principal appeal and the incidental appeal admissible,

dit l'appel principal non fondé,

dit l'appel incident partiellement fondé,

réformant :

condamne la sàrl S1 à payer à A une indemnité de procédure de 500 euros pour la première instance,

pour le surplus confirme le jugement entrepris,

condamne la sàrl S1 à payer à A une indemnité de procédure de 750 euros pour l'instance d'appel,

rejette la demande de la sàrl S1 basée sur l'article 240 du NCPC,

condamne la sàrl S1 aux frais et dépens de l'instance.

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.