Exempt – appel en matière de droit du travail

Audience extraordinaire du trente septembre deux mille neuf.

Numéro 32653 du rôle.

Composition:

Marie-Jeanne HAVE, président de chambre;
Astrid MAAS, conseiller;
Roger LINDEN, conseiller;
Paul WAGNER, greffier

Entre:

A, capitaine, demeurant à D-,

appelant aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Guy ENGEL de Luxembourg du 13 juin 2007,

comparant par Maître Joao Nuno PEREIRA, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

et:

la société anonyme B (B) 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 ENGEL,

comparant par Maître André HARPES, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL:

Par requête déposée en date du 7 avril 2003, A, s'estimant abusivement licencié avec effet immédiat pour faute grave le 20 décembre 2002 par son employeur, la société anonyme B S.A., a saisi le tribunal du travail de Luxembourg d'une demande en paiement de 20.000 € à titre de réparation du préjudice matériel et 6.200 € à titre de réparation du préjudice moral subi du fait du licenciement qu'il qualifie d'abusif, 32.043,39 € du chef d'indemnité compensatoire pour congés non pris, 45.259,14 € du chef de remboursement d'avances et de frais exposés en sa qualité de capitaine pour l'approvisionnement et le fonctionnement du bateau « WALLY B. » ainsi qu'une indemnité de procédure de 1.500 €.

Par même requête, il a mis en intervention l'Etat du Grand-Duché de Luxembourg, pris en sa qualité de gestionnaire du Fonds pour l'emploi.

En cours d'instance il a augmenté sa demande en réparation du préjudice matériel à 95.777,72 €, réclamant en outre 3.683,15 € du chef d'indemnité compensatoire de préavis, 24.492,95 € du chef d'heures supplémentaires, 3.061,46 € du chef d'intérêts sur frais avancés pour le compte de la société anonyme B S.A. ainsi que 10.663,92 € respectivement 4.875 € du chef de prêts contractés pour apurer le solde négatif de son compte.

Il a de même modifié sa demande en paiement d'une indemnité compensatoire pour congés non pris réclamant de ce chef 13.995,97 € plus 4.125,13 € du chef de majoration de 70% pour travail de dimanche.

En ordre subsidiaire et pour le cas où le tribunal du travail devrait décider qu'il y aurait lieu à application du droit commun, A a réclamé 15.929,62 € du chef d'indemnité compensatoire de préavis, 95.777,72 € respectivement 6.200,72 € du chef de réparation du préjudice matériel et moral, 13.995,97 € du chef d'indemnité pour congé non pris, 40.588,32 € du chef d'heures supplémentaires, 3.061,46 € du chef de frais avancés, 10.663,92 € respectivement 4.875 € du chef de préjudice matériel subi par le refus de la société anonyme B S.A. de lui rembourser les frais avancés et une indemnité de procédure de 1.500 €.

Par un premier jugement du 30 juin 2005, le tribunal du travail a rejeté les moyens d'irrecevabilité pour libellé obscur, défaut de qualité dans le chef de la partie demanderesse et défaut de base contractuelle soulevés par la société anonyme B S.A. Par même jugement il a mis hors cause l'Etat agissant ès qualités, celui-ci n'ayant pas formulé de revendications.

Par un second jugement du 8 février 2005, le tribunal du travail a renvoyé le dossier aux parties afin de prendre position par rapport au droit applicable à

la relation de travail ayant existé entre parties, compte tenu du travail presté par A, celui-ci se prévalant des dispositions de la loi du 9 novembre 1990 ayant pour objet la création d'un registre public maritime luxembourgeois tandis que la société anonyme B S.A. conclut à l'application du droit commun.

Par un troisième jugement du 13 juillet 2006, la société anonyme B S.A. fut admise à prouver par témoins la fonction exercée par A dans le cadre de son contrat de travail.

Dans un quatrième jugement du 3 mai 2007, le tribunal du travail a constaté que la mesure d'instruction n'a pas pu être exécutée face au refus du témoin de déposer.

Quant au fond de l'affaire, les juges du premier degré ont retenu qu'il y avait lieu à application du droit commun.

Ils ont déclaré régulier le licenciement avec effet immédiat pour faute grave du 20 décembre 2002 et rejeté les demandes de A en paiement d'une indemnité compensatoire de préavis et en réparation de son préjudice matériel et moral subi par le prétendu licenciement abusif, déclaré irrecevable la demande en paiement d'heures supplémentaires, non fondée la demande en paiement d'une indemnité compensatoire pour congé non pris (sans toutefois reprendre cette dernière disposition dans le dispositif) et ordonné une expertise par rapport aux frais prétendument avancés, réservant les demandes pour le surplus.

Contre ce jugement, A a régulièrement interjeté appel par exploit du 13 juin 2007.

Il demande, par réformation du jugement entrepris, à la Cour de dire que le litige est régi par les dispositions de la loi du 9 novembre 1990 ayant pour objet la création d'un registre maritime et réitère l'ensemble des demandes formulées en ordre principal sur base de la loi en question.

En ordre subsidiaire et pour le cas où la décision entreprise serait confirmée en qu'il a décidé que le droit commun serait applicable, il réitère l'ensemble des demandes formulées en ordre subsidiaire sur base du droit commun.

Il soulève l'omission de statuer du tribunal du travail sur la demande en paiement d'une indemnité compensatoire pour congé non pris et demande une indemnité de procédure de 3.000 € pour l'instance d'appel.

La société anonyme B S.A. conclut à la confirmation pure et simple du jugement entrepris et au débouté de A de sa demande en allocation d'une

indemnité de procédure pour l'instance d'appel, demandant à son tour pour l'instance d'appel une indemnité de procédure de 3.000 €.

La loi applicable

A conclut sur base du contrat de travail du 1ier janvier 2001 à l'application de la loi du 9 novembre 1990 ayant pour objet la création d'un registre public maritime luxembourgeois tandis que la société anonyme B S.A. soutient que les relations de travail auraient été régies par le droit commun tel qu'arrêté dans le Code du travail en versant aux débats un contrat de travail du 9 août 2002 aux termes duquel A aurait été engagé en qualité de *« Project-Manager »* pour le yacht commercial « *WALLY B »* dans le cadre de laquelle il n'aurait pas fourni de prestation tombant sous les dispositions du droit maritime.

Suivant contrat de travail à durée indéterminée du 1ier janvier 2001, A fut engagé par la société anonyme B S.A. en qualité de *«captain* » du yacht commercial « WALLY B », l'article 1ier dudit contrat stipulant que cet engagement était soumis à deux conditions, à savoir :

« *Firstly the Employee undertakes to present a medical certificate attesting that he meets the condition required for service at sea and affirming that his signing on presents no danger to his own health or that of the crew"*

et:

"*Secondly he (*A*) undertakes to supply a professional certificate admitted by the Luxembourg maritime authorities"*

ledit article stipulant *in fine* :

"*Upon presentation of these documents, the present contract will entirely and fully come into force. »*

Ce contrat définissant en son article 2 les fonctions de A comme suit :

« *The Employee is responsible for the general and technical maintenance of the ship, of the keeping in good working order, of the sailing and the security of the vessel as well as that of her passengers, of the service on board, of the management and of the discipline »*

stipulait en son article 22 que les relations de travail étaient régies par les dispositions de la loi du 9 novembre 1999 ayant pour objet la création d'un registre public maritime luxembourgeois.

Le 22 avril 2002, soit plus d'un an plus tard, le Commissariat aux Affaires Maritimes refusa la reconnaissance du brevet « *Sporthochsee-Schifferschein »* au motif suivant :

« *Ce brevet n'est pas un brevet délivré selon selon les normes STCW (*Standards of Training, Certification and Watchkeeping*) et ne peut être reconnu par le CAM pour un usage commercial.*

A ne peut pas exercer la fonction de capitaine ou d'officier de pont à bord d'un navire battant pavillon luxembourgeois. »

La même décision refusa encore la reconnaissance de la formation de chef mécanicien « *Schiffsingenieur* », A n'étant de ce fait pas non plus autorisé à exercer la fonction de chef mécanicien ou mécanicien à bord d'un navire battant pavillon luxembourgeois et conclut que A n'était autorisé qu'à exercer la fonction de marin section pont ou machine à bord d'un navire battant pavillon luxembourgeois.

La société anonyme B S.A., s'emparant de ces refus de reconnaissance aux termes desquels A n'était pas autorisé à exercer la fonction de capitaine conclut à la caducité du contrat de travail du 1ier janvier 2001, A ne remplissant pas les conditions prévues en son article premier.

Elle soutient qu'un nouveau contrat de travail aurait été signé entre parties le 9 août 2002 aux termes duquel A aurait été engagé en qualité de *« Project-Manager* » pour le yacht commercial « *WALLY B »* ce travail s'exécutant à bord d'un navire en état de réfection, donc à quai.

Elle se base sur ce second contrat pour soutenir que A n'aurait pas exercé d'activité de marin au sens de la loi du 9 novembre 1990 ayant pour objet la création d'un registre public maritime luxembourgeois de sorte que le droit commun serait applicable.

A conteste formellement d'avoir signé un second contrat de travail prétendant même l'avoir vu pour la première fois lorsqu'il fut versé aux débats en première instance.

Les deux parties reconnaissent cependant que A a travaillé de façon continue pour compte de la société anonyme B S.A. du 5 janvier 2001 jusqu'à son licenciement en date du 20 décembre 2002.

Aux termes de l'article 72 de la loi du 9 novembre 1990 ayant pour objet la création d'un registre public maritime luxembourgeois : « *Tout contrat d'engagement conclu entre un armateur ou son représentant et un marin et ayant pour objet un service à accomplir à bord d'un navire battant pavillon*

maritime luxembourgeois en vue ou en cours d'une expédition maritime, est un contrat de travail régi par les dispositions de la présente loi. »

Le vocabulaire juridique (publié par l'Association Henri Capitant sous la direction de Gérard Cornu, Presses Universitaires de France, 1ière édition mars 1987) définit le marin comme personne qui s'engage envers l'armateur pour servir à bord d'un navire.

Comme il n'y a pas lieu de faire de distinction là où la loi n'en fait pas et dans la mesure où l'article 72 de la loi du 9 novembre 1990 précitée, soumet au droit maritime tout contrat d'engagement entre un armateur et un marin ayant pour objet un service à accomplir à bord d'un navire ***en vue ou en cours d'une expédition maritime,*** ne faisant ainsi aucune distinction selon que la prestation de travail se fait en cours d'une expédition maritime ou en vue de celle-ci, ce qui fut le cas en l'espèce, le « *WALLY B* » étant immobilisé à La Ciotat en France pour travaux de réfection à la coque, le litige est à analyser sur base de la loi du 9 novembre 1990 et cela indépendamment de la question de savoir si les parties étaient liées par le contrat du 1ier janvier 2001 ou par celui du 9 août 2002, ce dernier, en définissant la charge de A comme « *Project-Manager for the commercial yacht S/S Wally B »,* ayant également trait à des prestations de travail en vue d'une expédition maritime .

Le contrat de travail liant les parties

Au vu des contestations de A d'avoir signé et accepté le contrat de travail du 9 août 2002 et nonobstant le refus du Commissariat aux Affaires Maritimes de reconnaître le brevet de A comme donnant accès à la fonction de capitaine ou d'officier de pont, la Cour considère que les parties étaient liées tout au long de la relation de travail par le contrat du 1ier janvier 2001, dans la mesure où l'article 1ier dudit contrat n'imposait à A que de produire « *a professional certificate admitted by the Luxembourg maritime authorities »* sans autre précision aucune et que le Commissariat aux Affaires Maritimes a reconnu le brevet de A comme valant autorisation d'exercer la fonction de marin, la condition du prédit article se trouvant ainsi remplie et le contrat pouvant sortir ses pleins et entiers effets.

Le licenciement

Par lettre recommandée du 20 décembre 2002, A fut licencié avec effet immédiat, l'employeur lui reprochant en premier lieu un refus de travail par le fait de se considérer comme régulièrement en congé depuis le 9 septembre 2002 (« *selbstgenommenen Urlaub* ») alors même que son droit au congé aurait été expiré et d'avoir refusé de réintégrer son poste de travail malgré sommation du 19 novembre 2002.

Il lui reprocha en outre de ne pas avoir remis à l'employeur, malgré sommation du 11 octobre 2002 la « *Projektakte* » de l'élaboration de laquelle il aurait été chargé suivant contrat de travail du 9 août 2002, d'avoir tardé à remettre respectivement de ne pas avoir transmis de façon complète la comptabilité et la correspondance du projet « *WALLY B* » et les décomptes des jours de travail du personnel et finalement d'avoir utilisé la carte de crédit de la société à des fins privés.

A critique la régularité du licenciement en s'emparant de l'article 79 (2) de la loi du 9 novembre 1999 aux termes de laquelle « *le licenciement du capitaine doit être notifié par l'armateur ou par un représentant de l'armateur muni d'un mandat spécial ».* Le licenciement lui ayant été notifié par le mandataire de la société anonyme B S.A., il devrait être déclaré abusif sur base de l'article 80 (2) de la loi en question.

Etant donné que le Commissariat aux Affaires Maritimes n'a pas reconnu le brevet de A comme valant autorisation d'exercer la fonction de capitaine, l'article 79 (2) qui ne prévoit d'ailleurs aucune sanction, n'est pas applicable.

Par rapport au premier motif invoqué par la société anonyme B S.A., A soutient avoir obtenu l'autorisation de l'employeur pour prendre à partir de la fin du mois de juillet le solde de ses jours de congé pour l'année 2002 affirmant que l'employeur aurait même engagé un capitaine pour le remplacer durant son absence.

Selon ses dernières conclusions, A aurait, au jour de son licenciement le 20 décembre 2002, encore eu droit à 38 jours de congé.

Si la société anonyme B S.A. admet avoir cédé, lors d'une réunion de chantier à La Ciotat en date du 22 août 2002, à la demande insistante de A pour obtenir des congés et avoir engagé un suppléant afin d'assurer la continuité du projet de réfection du bateau, il se dégage de la lettre adressée le 3 septembre 2002 à A que cette autorisation ne valait que pour les congés restant encore légitimement dus (*Wie Ihnen schon bei der Besprechung in la Ciotat bestätigt, besteht seitens ihres Arbeitgebers keinesfalls die Absicht* ***berechtigte Urlaubsansprüche*** *zu verweigern).*

Par même lettre A a été invité à transmettre le livre de bord respectivement un décompte des jours effectivement travaillés depuis son entrée en fonction pour permettre à l'employeur de calculer le nombre de jours restants.

Suivant les décomptes communiqués le 6 septembre 2002 par A, il resterait à celui-ci 42 jours de congé pour l'année 2001 et 45 jours pour l'année 2002.

Ces décomptes ont été analysés par le mandataire de la société anonyme B S.A., celui-ci, en partant, comme l'avait fait A, d'un congé mensuel de 7 jours et en se référant aux articles 93 et 104. 16. pour le calcul d'éventuels jours de repos compensatoires pour les dimanches et jours fériés travaillés, est venu à la conclusion que le droit au congé de A était entièrement épuisé et qu'il avait même déjà accumulé 14 jours de congé en surnombre.

Bien que cette vérification des décomptes ne soit pas datée, il se dégage des pièces du dossier (lettre A du 17 octobre 2002) que celle-ci lui a été transmise lors de l'entrevue du 4 octobre 2002 à La Ciotat.

A savait donc pertinemment dès le 4 octobre 2002 que son droit à congé était contesté par l'employeur.

Il se dégage de l'échange de correspondance postérieure au 4 octobre 2002 que le droit à congé de A constituait l'objet principal des divergences entre parties, le mandataire de l'employeur lui adressant un premier avertissement par lettre du 11 octobre 2002 pour refus de travail (page 4 de ladite lettre) et le mettant formellement en demeure par lettre du 19 novembre 2002 de se mettre à disposition de son employeur avant de le licencier par lettre recommandée du 20 décembre 2002 pour refus de réintégrer son poste de travail malgré épuisement total du congé.

Même à supposer que les calculs de l'employeur ne soient pas exacts et que le droit au congé n'ait pas encore été épuisé au moment de la sommation du 19 novembre 2002 de réintégrer son poste, tel que le soutient A pour justifier son refus de travail, il incombait néanmoins à ce dernier, au vu du fait que son droit à un solde de congé était contesté, d'obtempérer à l'ordre de l'employeur de reprendre le travail, sans préjudice de son droit de solliciter ultérieurement le solde de congé qu'il estimait lui rester dû et de le faire, le cas échéant, reconnaître en justice ou d'y agir en obtention d'une indemnité compensatoire afférente l'exception d'inexécution qu'il semble encore invoquer en faisant état d'un prétendu refus de l'employeur de faire droit à ses revendications légitimes par rapport au remboursement des avances faites de se propres deniers dans le cadre des travaux réalisés sur le *WALLY B*, ainsi que par rapport au paiement du salaire du mois d'octobre 2002, ne pouvant valoir, dès lors qu'il se dégage de la correspondance échangée que l'employeur ne s'opposait pas au remboursement des avances et que le non paiement du salaire du mois d'octobre 2002 n'est pas établi. (Cour, 11 mai 2006, numéro 29310 du rôle, VIIIe chambre, B S.A. / Hans BECKER).

Le refus de travail incriminé était dès lors injustifié et à lui seul constitutif d'une faute grave justifiant la résiliation sans préavis du contrat de travail conformément à l'article 82 (1) de la loi du 9 novembre 1990 ayant pour objet la création d'un registre public maritime luxembourgeois et à l'article

19 du contrat de travail du 1ier janvier 2001, de sorte qu'il n'y a plus lieu d'examiner les autres motifs invoqués dans la lettre de licenciement.

Il y a partant lieu à confirmation du jugement entrepris en ce que le licenciement a été déclaré régulier et les demandes en paiement d'une indemnité compensatoire de préavis et en réparation du préjudice matériel et moral non fondées.

L'indemnité compensatoire de congé non pris

1.calcul du nombre de jours de congé dus

S'il est vrai que le tribunal du travail, tout en rejetant la demande en paiement de l'indemnité compensatoire pour congés non pris dans la motivation de son jugement, ne reprend pas ce rejet dans le dispositif, cette omission purement matérielle peut être réparée par la Cour en instance d'appel.

Il résulte des développements que ci-dessus par rapport à la loi applicable que les relations de travail étaient régies par la loi du 9 novembre 1990 ayant pour objet la création d'un registre public maritime luxembourgeois, la société anonyme B S.A., tout en concluant actuellement à l'application du droit commun, s'y étant d'ailleurs aussi référé pour vérifier les décomptes de A.

Il se dégage de ladite vérification opérée par le mandataire de la société anonyme B S.A que celle-ci ne conteste pas le droit de A à un congé mensuel de 7 jours, ni que celui-ci ait travaillé 16 dimanches, 9 jours fériés et 50 samedis au courant des années 2001 et 2002, le droit de reporter les congés non pris en 2001 à l'année 2002 ne faisant pas l'objet des discussions entre parties.

Les parties s'accordent encore pour retenir, sur base d'un congé conventionnel mensuel de 7 jours, que A pouvait prétendre à un congé « de base » de 82 jours en 2001 et en 2002 à 84 jours, ce calcul ne tenant pas compte d'éventuelles journées de repos compensatoires pour dimanches, jours fériés et samedis travaillés.

- ***le travail du dimanche***

Aux termes de l'article 93 de la loi du 9 novembre 1990 :

« *En principe, il ne doit être imposé aux marins les dimanches aucun travail autre que les travaux nécessités par les circonstances de force majeure, la sécurité et la conduite du navire et le service des personnes embarquées ou de la cargaison.*

Sont applicables aux marins servant à bord d'un navire battant pavillon luxembourgeois les dispositions de l'article 7 de la loi du 1ier août 1988 concernant le repos hebdomadaire des employés privés. »

Le paragraphe (1) dudit article, actuellement l'article L.231-7. du code du travail, est libellé comme suit :

« *Les salariés qui, par l'effet des exceptions visées aux articles L.231-2 à L.231-6, sont occupés le dimanche, ont droit à un repos compensatoire (…) le repos compensatoire doit être d'une journée entière si le travail de dimanche a duré plus de quatre heures et d'une demi-journée au moins s'il n'a pas excédé quatre heures… »*

La société anonyme B S.A. ne contestant pas que A a travaillé 16 dimanches, celui-ci a donc droit à 16 jours de repos compensatoire.

Aux termes du paragraphe (2) du même article :

« *Le travail du dimanche ouvre droit pour les salariés visés au paragraphe (1) à une majoration de salaire ou d'indemnité de 70% pour chaque heure travaillée le dimanche.*

En cas de compensation des heures travaillées un dimanche par un repos payé correspondant en semaine conformément au paragraphe (1) qui précède, le seul supplément de 70% est dû… »

La société anonyme B S.A. ne contestant pas que A ait travaillé pendant 16 dimanches au courant des années 2001 à 2002, celui-ci peut prétendre à 16 jours de repos compensatoires ainsi qu'à une majoration de salaire de 70% pour toutes les heures travaillées ces dimanches.

- ***<u>le travail des jours fériés</u>***

Tout en reconnaissant que A a travaillé pendant 9 jours fériés, la société anonyme B S.A. s'oppose néanmoins à lui reconnaître de ce chef des jours de repos compensatoires respectivement une majoration de salaire en se référant aux dispositions dérogatoires de l'article 104 de la loi du 9 novembre 1990 qui en son point 16. exclut expressément l'application de la loi du 10 avril 1976 portant réforme de la réglementation des jours fériés légaux (les actuels articles L.232-1. à L.232-14. du code du travail)l.

Pour justifier sa demande, A se réfère au règlement grand-ducal du 11 novembre 2003 ayant transposé en droit national la directive 1999/95/CE du Parlement Européen et du Conseil du 13 décembre 1999 concernant

l'application des dispositions relatives à la durée du travail des gens de mer à bord de navires faisant escale dans les ports de la Communauté.

Aux termes de l'article 1ier de la directive 1999/95/CE, son objectif consiste à :

« *mettre en place un système de vérification et de mise en conformité des navires faisant escale dans les ports des États membres aux dispositions de la directive 1999/63/CE, en vue d'améliorer la sécurité maritime, les conditions de travail et la santé et la sécurité des gens de mer à bord des navires."*

Aux termes de son article 1ier, la directive 1999/63/CE du 21 juin 1999 vise:

" *à mettre en œuvre l'accord relatif à l'organisation du temps de travail des gens de mer, conclu le 30 septembre 1998 entre les organisations patronales et syndicales du secteur maritime (ECSA (* Association des armateurs de la Communauté européenne) *et FST (*Fédération des syndicats des transports dans l'Union européenne)*, tel qu'il figure à l'annexe."*

La clause 4 dudit accord, qui est inspiré de certaines dispositions de la convention n° 180 de l'Organisation Internationale du Travail concernant la durée du travail des gens de mer et les effectifs des navires, approuvée par la loi modifiée du 9 novembre 1990 portant approbation de certaines conventions internationales en matière maritime, dispose :

"*Sans préjudice de la clause 5, la norme de durée du travail pour les gens de mer, comme pour les autres travailleurs, est en principe de huit heures par jour avec un jour de repos par semaine,* ***plus le repos correspondant aux jours fériés.*** "

Il suit des textes que ci-dessus que la demande de A en reconnaissance de 9 jours de repos compensatoire pour les 9 jours fériés travaillés est fondée.

- ***le travail du samedi***

Ni la loi du 9 novembre 1990 ni les directives européennes ci-avant citées ne prévoyant un jour de repos compensatoire pour le travail du samedi, les 50 samedis travaillés par A bien que non contestés par la société anonyme B S.A. ne donnent pas lieu à reconnaissance de journées de repos compensatoires.

Il suit des développements qui précèdent que le droit à congé total de A pour les années 2001 et 2002, compte tenu des jours de repos compensatoires, s'élevait à 191 jours (166 + 16 + 9).

2. calcul du nombre de jours de congé pris au courant des années 2001 et 2002

Suivant le décompte arrête par A dans son acte d'appel, il reconnaît avoir pris 153 jours de congé au courant des années 2001 et 2002, précisant que ce montant ne comprenait pas le nombre de jours de congé pendant lesquels il aurait été en incapacité de travail dûment attestée par certificat médical, se référant à cet égard à l'article 6 b) de la Convention no 146 concernant les congés payés annuels des gens de mer adoptée par la Conférence générale de l'Organisation internationale du travail, le 29 octobre 1976, dénommée Convention sur les congés payés annuels (gens de mer), approuvée par la loi du 9 novembre 1990 portant approbation de certaines conventions internationales en matière maritime, aux termes duquel:

" Ne seront pas comptés dans le congé payé annuel minimum prescrit au paragraphe 3 de l'article 3 de la présente convention :
…
b) Les périodes d'incapacité de travail résultant de maladies, d'accidents ou de maternité, dans les conditions à déterminer par l'autorité compétente ou par l'organisme approprié dans chaque pays …"

Tout en contestant avoir été en possession des certificats de maladie de A, mise à part la période du 26 août au 30 septembre 2002, la société anonyme B S.A. n'en tire aucune conclusion juridique, se référant dans tous ses corps de conclusions (07.09.07, 13.12.07 et 02.04.08) comme l'a reconnu A à 153 jours de congé pris.

Il s'ensuit A peut prétendre à une indemnité compensatoire de congé non pris de 38 jours (166 + 16 + 9) – 153).

Le contrat de travail du 1ier janvier 2001 ayant fixé le salaire mensuel **NET** à 12.500 DM (soit 6.391,15 €) et le montant mensuel de 7.964,81 € en tant que tel pris par A comme base de calcul de l'indemnité compensatoire pour congés non pris n'ayant pas fait l'objet de contestations de la part de la société anonyme B S.A., la Cour s'y référera pour calculer l'indemnité en question.

Pour les heures à mettre en compte il y a lieu de se référer à l'article 92 (1) de la loi du 9 novembre 1990 fixant le travail du personnel lié par contrat de travail maritime à 8 heures par jour et 40 heures par semaine.

A peut ainsi prétendre à une indemnité compensatoire pour congés non pris de :

38 jours x 8 heures x 7.964,81: 173 = 13.995,97 €

à laquelle il y a lieu d'ajouter la majoration de 70% pour les dimanches travaillés conformément au paragraphe (2) de l'article L.231-7. du code du travail auquel renvoie l'article 93 de la loi du 9 novembre 1990

soit 70% de (16 jours x 8 heures x 7.964,81 € : 173 = 5.893,03 €) = 4.125,12 €.

L'indemnité compensatoire totale pour congés non pris s'élève ainsi à 18.121,09 € (13.995.97 + 4.125,12) outre les intérêts légaux.

Conformément à l'article 15 de la loi modifiée du 18 avril 2004 relative aux délais de paiement et intérêts légaux portant transposition en droit national de la directive 2000/35/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 juin 2002 et portant abrogation de la loi du 22 février 1984 relative au taux de l'intérêt légal, il y a lieu de faire droit à la demande de A en majoration du taux d'intérêt légal de trois points à l'expiration d'un délai de trois mois à compter de la signification de l'arrêt.

Les heures supplémentaires

C'est à bon droit et pour des motifs auxquels la Cour se rallie que la demande en paiement des heures supplémentaires qui ne figuraient pas dans la requête introductive d'instance a été déclarée irrecevable.

Avances de frais d'approvisionnement et de fonctionnement du navire

Suivant les déclarations même de A (page 9 de l'acte d'appel) les parties sont tombées d'accord sur un montant de 37.236 €.

Il résulte des pièces versées en cause que le 30 novembre 2004, la société anonyme B S.A. a crédité le compte ING de A d'un montant de 31.171.91 €, le solde de 6.064,03 € lui ayant été viré le 2 février 2005 de sorte que la demande de A en paiement d'un solde de 3.061,46 € n'est pas fondé.

Les prêts contractés

C'est à bon droit que la société anonyme B S.A. oppose l'irrecevabilité de la demande en paiement de 10.663,92 € respectivement 4.875 € correspondant à deux prêts qu'il soutient avoir dû contracter pour faire face au débit de son compte bancaire suite aux avances de frais par lui faits dans l'intérêt de la réfection du bateau, cette demande ayant été formulée pour la première fois en instance d'appel.

Les indemnités de procédure

Eu égard à l'issue du litige, aucune des parties n'ayant obtenu entièrement gain de cause, les demandes en allocation d'une indemnité pour l'instance d'appel, formulées de part et d'autre, sont à rejeter.

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 l'appel ;

réformant :

condamne la société anonyme B à payer à A à titre d'indemnité compensatoire de congé non pris le montant de 18.121,09 € avec les intérêts légaux à partir de la demande en justice, 7 avril 2003, jusqu'à solde;

dit que ce taux sera majoré de trois points à l'expiration d'un délai de trois mois à compter de la signification de l'arrêt.

confirme pour le surplus ;

déboute les deux parties de leurs demandes respectives basées sur l'article 240 du nouveau code de procédure civile ;

impose les frais et dépens de l'instance d'appel pour moitié à chacune des parties et en ordonne la distraction au profit de Me André HARPES, avocat constitué, sur ses affirmations que de droit.