

Texte pseudonymisé

Avertissement: Ce document pseudonymisé a une valeur purement informative. Le document original seul fait foi.

Arrêt N° 57/20 - VIII - Travail

Exempt – appel en matière de droit du travail

Audience publique du vingt-huit mai deux mille vingt

Numéro CAL-2018-00904 du rôle.

Composition:

MAGISTRAT1.), président de chambre;
MAGISTRAT2.), premier conseiller;
MAGISTRAT3.), premier conseiller;
GREFFIER1.), greffier assumé.

Entre:

PERSONNE1.), demeurant à B-(...),

appelant aux termes d'un acte d'appel de l'huissier de justice HUISSIER DE JUSTICE1.) de (...) du 17 septembre 2018,

comparant par Maître AVOCAT1.), avocat à la Cour, demeurant à (...),

et:

la société anonyme SOCIETE1.), établie et ayant son siège social à L-(...), représentée par son conseil d'administration,

intimée aux fins du prédit acte HUISSIER DE JUSTICE1.),

comparant par Maître AVOCAT2.), avocat à la Cour, demeurant à (...),

LA COUR D'APPEL:

PERSONNE1.) (ci-après « le salarié ») a été engagé par la société anonyme SOCIETE1.) (ci-après « l'employeur ») comme « *chauffeur international CE 5* » par un contrat de travail signé le 3 juillet 2010.

Le 9 mai 2016, le mandataire du salarié a mis en demeure l'employeur de lui communiquer « *l'intégralité des relevés du chronotachygraphe depuis le commencement du service* » afin de procéder à une évaluation des montants dus au salarié. Une copie de cette lettre a été adressée à l'Inspection du Travail et des Mines.

Par courrier recommandé du 27 juin 2016, l'employeur a adressé au salarié un avertissement l'informant du fait qu'il n'utilisait « *pas les dispositifs de commutation de façon correcte* » et lui demandant de les actionner « *selon les groupes de temps mentionnés ci-dessus* » (temps de conduite, autres temps de travail, interruptions de conduite, périodes de repos journalier, temps de disponibilité à savoir temps d'attente, temps passé à côté d'un conducteur pendant la marche du véhicule, temps passé sur une couchette pendant la marche du véhicule).

Les antécédents de procédure

Par requête déposée le 29 août 2016 au greffe de la justice de paix de Diekirch, le salarié, affirmant que l'employeur ne lui paye que le temps de conduite à l'exclusion de quelconques heures supplémentaires, alors que le temps de travail réel ne se limite pas au temps de conduite, a fait convoquer l'employeur devant le tribunal du travail de Diekirch afin de l'entendre condamner à lui communiquer sous peine d'astreinte l'ensemble de ses fiches de salaire et à lui payer le montant de 37.000 euros (soit 500 euros pendant une période de 74 mois) à titre d'arriérés de salaire pour la période du 3 juillet 2010 au 31 août 2016, avec les intérêts au taux légal à partir du jour de la demande en justice jusqu'à solde, subsidiairement, afin de l'entendre condamner à lui communiquer sous peine d'astreinte les disques tachygraphiques portant sur la période en question. Le salarié a également réclamé une indemnité de procédure de 3.000 euros.

Le 28 novembre 2016, le salarié a fait l'objet d'un licenciement avec préavis.

Par un jugement du 29 mai 2017, le tribunal du travail de Diekirch a donné acte au salarié de sa renonciation à la demande de remise des fiches de salaire et a déclaré prescrite l'action en paiement d'arriérés de salaire pour la période antérieure au 29 août 2013. Pour le surplus, il a nommé avant tout autre progrès en cause un consultant afin de déterminer le nombre d'heures de travail prestées pendant la période du 29 octobre 2013 au 1^{er} septembre 2016 inclus, en

application de la loi et de la convention collective de travail pour le secteur des transports et de la logistique (ci-après « la Convention collective »).

Dans son rapport du 6 mars 2018, le consultant PERSONNE2.) a retenu que suivant l'article 18.1.5 de la Convention collective, les heures de chargement et de déchargement du camion d'une durée inférieure à 2 heures ne sont pas considérées comme temps de travail rémunéré ; que les notes manuscrites de chargement du salarié font ressortir des temps de chargement/déchargement inférieurs à 2 heures, donc non « rémunérables », et que le salarié ne justifie pas avoir reçu l'instruction de l'employeur de participer physiquement à ces opérations ; que pour la période du 29 octobre 2013 au 1^{er} septembre 2016, le salarié a presté 338,45 heures qui n'ont pas été rémunérées et qu'il avait droit à la somme de 6.906,52 euros. Le consultant a constaté dans le chef du salarié une utilisation relativement approximative du tachygraphe.

Par un jugement du 9 juillet 2018, le tribunal du travail de Diekirch a déclaré la demande fondée à concurrence du montant de 5.298,34 euros et a condamné l'employeur au paiement de ce montant, avec les intérêts au taux légal à partir du 29 août 2016, jour de la demande en justice, jusqu'à solde. Il a également condamné l'employeur au paiement d'une indemnité de procédure de 300 euros. Ce jugement a été assorti de l'exécution provisoire, nonobstant appel et sans caution.

1. Pour statuer ainsi, le tribunal a retenu que d'après l'article 8 du contrat de travail signé le 3 juillet 2010, les parties ont convenu de se référer pour tout ce qui n'est pas prévu audit contrat aux prescriptions légales et aux prescriptions du contrat collectif en vigueur.

2. Quant au moyen d'annulation de la Convention collective, déclarée d'obligation générale par règlement grand-ducal du 3 août 2010, entrée en vigueur avec effet au 1^{er} février 2010, en ce qu'elle serait moins favorable au salarié que l'article 3 de la directive 2002/15/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mars 2002 relative à l'aménagement du temps de travail des personnes exécutant des activités mobiles de transport routier (directive dite « temps de travail dans le transport routier » et dénommée ci-après « la directive 2002/15 ») en ce qu'elle (la Convention collective) prévoit que les heures de chargement/déchargement des camions dont la durée est inférieure à deux heures ne sont pas considérées comme temps de travail rémunéré alors que l'article 3 de la directive 2002/15 mentionnerait expressément le chargement/déchargement comme étant du temps de travail effectif, le tribunal a retenu que :

- l'article 3 de la directive 2002/15 définit pour les travailleurs mobiles la notion de temps de travail comme la période durant laquelle le travailleur mobile est à son poste de travail, à disposition de l'employeur et dans l'exercice de ses fonctions, c'est-à-dire i) soit à exécuter diverses activités (conduite, chargement, entretien, ...), ii) soit les périodes durant lesquelles le conducteur ne peut disposer librement de son temps et est tenu de se trouver à son poste de travail, prêt à entreprendre son travail normal, assurant certaines tâches associées au service, notamment les périodes d'attente de chargement ou de déchargement, lorsque leur durée prévisible n'est pas connue à l'avance, c'est-à-dire soit avant

le départ ou juste avant le début effectif de la période considérée, soit selon les conditions générales négociées entre les partenaires sociaux et/ou définies par la législation des Etats membres,

- le même article 3 de la directive 2002/15 exclut du temps de travail le temps de disponibilité, qui est défini comme les périodes autres que celles relatives aux temps de pause et aux temps de repos durant lesquelles le travailleur mobile n'est pas tenu de rester à son poste de travail, mais doit être disponible pour répondre à des appels éventuels lui demandant d'entreprendre ou de reprendre la conduite ou de faire d'autres travaux, périodes dont la durée prévisible doit être connue à l'avance par le travailleur mobile, c'est-à-dire soit avant le départ ou juste avant le début effectif de la période considérée, soit selon les conditions générales négociées entre les partenaires sociaux et/ou définies par la législation des Etats membres,

- d'après l'article 3a) de la directive précitée, les Etats membres peuvent eux-mêmes déterminer, par voie législative ou suite à une négociation, quel est le critère par lequel il sera fixé que la durée prévisible n'est pas connue à l'avance,

- les auteurs de la directive 2002/15 offrent ainsi aux partenaires sociaux et au législateur national la possibilité de négocier des aménagements et des forfaits de répartition des temps d'inactivité entre temps de travail et temps de disponibilité,

- cette directive a été transposée dans la législation luxembourgeoise par une loi du 21 décembre 2007 introduisant dans le Code du travail les articles L.214-1 et suivants,

- selon l'article L.214-2 (2) du Code du travail, le temps de travail est défini comme toute période comprise entre le début et la fin du travail, durant laquelle le salarié mobile est à son poste de travail, à la disposition de l'employeur et dans l'exercice de ses fonctions ou de ses activités, c'est-à-dire i) le temps consacré à toutes les activités de transport routier, notamment le chargement et le déchargement, ii) les périodes durant lesquelles le salarié mobile ne peut disposer librement de son temps et est tenu de se trouver à son poste de travail, prêt à entreprendre son travail normal, assurant certaines tâches associées au service, notamment les périodes d'attente de chargement ou de déchargement, lorsque leur durée prévisible n'est pas connue à l'avance, c'est-à-dire soit avant le départ ou juste avant le début effectif de la période considérée, soit selon les conditions générales négociées entre les partenaires sociaux,

- selon l'article L.214-2 (3) du Code du travail, le temps de disponibilité est défini comme les périodes autres que celles relatives aux temps de pause et aux temps de repos durant lesquelles le salarié mobile n'est pas tenu de rester à son poste de travail, mais doit être disponible pour répondre à des appels éventuels lui demandant d'entreprendre ou de reprendre la conduite ou de faire d'autres travaux. Ces périodes doivent être connues à l'avance par le salarié mobile, c'est-à-dire soit avant le départ ou juste avant le début effectif de la période considérée, soit selon les conditions générales négociées entre les partenaires sociaux,

Toutefois, les partenaires sociaux peuvent, par convention collective ou accord interprofessionnel, négocier des forfaits de répartition des temps d'inactivité entre temps de travail et temps de disponibilité sans que le temps de travail et le temps de disponibilité ne puissent dépasser seize heures tel que prévu au règlement CE 561/2006,

- l'article 18.1 de la Convention collective définit le temps de travail comme toute période comprise entre le début et la fin du travail durant laquelle le salarié est à son poste de travail, à la disposition de l'employeur et dans l'exercice de sa fonction, c'est-à-dire, entre autres et selon l'article 18.1.2, « le chargement et le déchargement effectués par le salarié ou si la présence du salarié lors du chargement et du déchargement est nécessaire »,

- selon l'article 18.1.5 de la Convention collective, sont notamment considérées comme temps de travail « *les périodes durant lesquelles le salarié ne peut pas disposer librement de son temps et est tenu de se trouver à son poste de travail, prêt à reprendre son travail normal, assurant certaines tâches associées au service, notamment les périodes d'attente lorsque la durée normalement prévisible de ces périodes n'est pas connue d'avance* ».

La durée normalement prévisible, notamment pour une opération de chargement ou de déchargement de marchandises, durant laquelle le salarié n'exerce aucune activité reprise ci-dessus, est de 2 heures et non sont pas considérées comme heures de travail, sauf si le salarié

- soit a reçu une instruction ou une information autre de la part de son employeur ou, sans préjudice des dispositions du règlement d'ordre interne, de son représentant, du destinataire ou de l'expéditeur des marchandises ou de leur agent, ou de toute autre personne pouvant exercer un pouvoir d'autorité sur le salarié,
- soit peut se référer à des informations normalement disponibles,

- selon l'article 18.1.6 de la Convention collective, les temps de pause visés à l'article 21, les temps de repos visés par le règlement CE561/2006 ainsi que les temps de disponibilité visés à l'article 20 sont exclus du temps de travail.

- l'article 20 de la Convention collective définit le temps de disponibilité notamment comme i) les périodes autres que celles relatives aux temps de pause et aux temps de repos durant lesquelles le salarié n'est pas tenu de rester à son poste de travail, mais doit être disponible pour répondre à des appels éventuels lui demandant d'entreprendre ou de reprendre la conduite ou de faire d'autres travaux (article 20.1.1) et ii) les 2 premières heures d'une période d'attente lors du chargement et du déchargement, sauf si le salarié a reçu une instruction ou une information de la part de son employeur ou, sans préjudice des dispositions du règlement d'ordre interne, de son représentant, du destinataire ou de l'expéditeur des marchandises ou de leur agent, ou de toute autre personne pouvant exercer un pouvoir d'autorité sur le salarié, ou s'il peut se référer à des informations normalement disponibles sur la durée prévisible de l'attente.

- il ressort donc de l'article 18.1.2 de la Convention collective que le chargement/déchargement effectué par le salarié ou le chargement/déchargement lors duquel la présence du salarié est nécessaire sont comptés comme temps de travail,
- cependant, il découle de la Convention collective que les deux premières heures d'une période d'attente des chauffeurs lors des opérations de chargement et de déchargement, durant laquelle le salarié n'exerce aucune des activités prévues à l'article 18.1 à 18.4 de la Convention collective, constituent du temps de disponibilité et non pas du temps de travail, sauf réception par le salarié d'instructions ou d'informations sur la durée prévisible de l'attente,
- selon l'article 33.1.a) de la Convention collective, ces heures ne sont pas prises en compte pour le calcul des heures supplémentaires,
- tel que déjà mentionné, tant la directive 2002/15 que la loi nationale du 21 décembre 2007 donnent aux partenaires sociaux la possibilité de négocier et conclure des accords définissant les modalités d'aménagement de la durée prévisible des périodes d'attente,
- par conséquent, les articles 18 et 20 de la Convention collective ne sont contraires ni à la directive 2002/15 ni au droit national.

3. Le tribunal a rejeté le moyen du salarié selon lequel l'article 20 de la Convention collective serait contraire aux dispositions de la directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail (ci-après « la directive 2003/88 ») ainsi qu'à la jurisprudence de la CJUE en matière de temps de travail selon laquelle le temps de disponibilité serait à considérer comme du temps de travail et, en tant que tel, à rémunérer.

En effet, le tribunal a retenu que :

- l'article 14 de la directive 2003/88 précise qu'elle ne s'applique pas dans la mesure où d'autres instruments communautaires contiennent des prescriptions plus spécifiques en matière d'aménagement du temps de travail concernant certaines occupations ou activités professionnelles,
- tel est le cas en l'espèce, le transport routier étant spécifiquement régi par la directive 2002/15 et l'aménagement du temps de travail en matière de transport routier faisant l'objet d'une réglementation spécifique, à savoir la directive 2002/15 et le règlement CE n°561/2006 du Parlement européen et du Conseil du 15 mars 2006 relatif à l'harmonisation de certaines dispositions de la législation sociale dans le domaine des transports par route (ci-après « le règlement 561/2006 »), réglementation selon laquelle le temps de disponibilité n'est pas rémunéré comme temps de travail.

4. Le tribunal en a conclu que le consultant s'est valablement référé à la Convention collective, prise en ses articles 18.1.5 et 20. Il a également relevé que selon le consultant, le salarié ne justifie pas avoir reçu de l'employeur

l'instruction de participer physiquement aux opérations de chargement et de déchargement.

En conséquence, le tribunal a débouté le salarié de sa demande d'institution d'un complément d'expertise aux fins de voir intégrer dans le nombre d'heures de travail prestées le temps nécessaire au chargement et déchargement.

5. Quant au moyen de l'employeur selon lequel le salarié aurait effectué des manipulations erronées du tachygraphe et aurait notamment enregistré le temps d'attente lors des opérations de chargement et de déchargement comme du temps de travail au lieu de l'enregistrer comme du temps de disponibilité, le tribunal a retenu que :

- le règlement modifié 561/2006 régit le temps de conduite et de repos en matière de transport routier et en assure le respect par l'obligation d'installer un tachygraphe,

- il ne résulte d'aucun élément du dossier que l'employeur ait adressé au salarié avant le 27 juin 2016 une mise en garde quant à une éventuelle fausse manipulation du tachygraphe ou qu'il ait critiqué le temps de travail enregistré sur le tachygraphe et fait savoir au salarié qu'il devait sélectionner « *le carré barré/temps de disponibilité* » lors d'une période d'attente au cours d'une opération de chargement ou déchargement, lors de laquelle il n'exerçait aucune activité reprise à l'article 18.1 de la Convention collective,

- dans sa lettre d'avertissement du 27 juin 2016, l'employeur n'a pas précisé en quoi consistait l'utilisation incorrecte « *des dispositifs de commutation* »,

- d'après l'article 10 du règlement 561/2006, sanctionné par le règlement grand-ducal du 16 juin 2011 portant exécution et fixant les sanctions des infractions au règlement modifié 561/2006, et d'après l'article 33 du règlement UE n°165/2014 du Parlement européen et du Conseil du 4 février 2014 relatif aux tachygraphes, les entreprises sont obligées de donner des instructions appropriées à leurs conducteurs et de procéder à des contrôles réguliers pour s'assurer que les conducteurs utilisent correctement les tachygraphes,

- l'employeur doit assurer une surveillance suffisante et diffuser des informations et instructions nécessaires au respect des règles européennes relatives à la durée de conduite et de travail,

- face à un tachygraphe faisant apparaître des heures non dues par exemple à cause d'une mauvaise sélection au niveau du tachygraphe, l'employeur doit réagir sans attendre et le faire savoir au salarié et, au besoin, lui préciser ce qui est attendu de lui,

- comme l'employeur n'a pas critiqué jusqu'au mois de juin 2016 l'utilisation faite par le salarié du tachygraphe, il ne peut se prévaloir d'une mauvaise utilisation du tachygraphe pendant la période antérieure à l'avertissement pour s'opposer aux conclusions du consultant, qui s'est basé sur les données du tachygraphe,

- en revanche et pour la période postérieure, c'est-à-dire pour les mois de juillet à septembre 2016, il convient de tenir compte des objections de l'employeur et de constater que le salarié ne prouve pas avoir presté à la demande de l'employeur les 74,98 heures supplémentaires que le consultant retient pour les mois de juillet et août 2016 (le rapport du consultant indique pour le mois de septembre 2016 un nombre négatif d'heures supplémentaires prestées),

- par conséquent, il y a lieu de déduire du montant total déterminé par le consultant à titre de rémunération d'heures supplémentaires restant due au salarié (6.906,52 euros) le montant de 1.608,18 heures (74,98 heures x 21,4481 euros),

6. En conclusion, le tribunal a retenu que le salarié peut prétendre au paiement des heures supplémentaires retenues par l'expert pour la période examinée jusqu'au mois de juin 2016 inclus et que l'employeur est à condamner au paiement du montant de 5.298,34 euros (6.906,52 euros -1.608,18 euros).

Les moyens en instance d'appel

Par exploit d'huissier de justice du 17 septembre 2018, le salarié, qui réside en Belgique, a régulièrement relevé appel du jugement du 29 mai 2017 et du jugement du 9 juillet 2018, ce dernier jugement lui ayant été notifié le 2 août 2018.

Il conclut à la réformation des jugements.

Il fait grief au consultant de ne pas avoir considéré les heures de chargement et de déchargement comme temps de travail. Une expertise serait destinée à éclairer le juge sur des points qui échappent à sa compétence, mais le juge ne saurait déléguer ses pouvoirs à l'expert et charger celui-ci de départager les parties.

Le salarié réitère le moyen de nullité de la Convention collective au motif que celle-ci serait plus défavorable au salarié que la directive 2002/15, qui serait d'application immédiate dans l'ordre juridique national.

Cette directive prévoirait expressément en son article 3, sans restriction, que le chargement et le déchargement sont à considérer comme temps de travail. Contrairement à l'article 18 de la Convention collective, l'article 3 précité n'imposerait pas que le chargement et le déchargement, pour pouvoir être considérés comme temps de travail, soient effectués par le salarié ou que la présence du salarié soit nécessaire lors de ces opérations. Par rapport à l'article 3 susmentionné, la Convention collective opérerait une seconde restriction dans le sens où le temps de chargement/déchargement n'y serait considéré comme temps de travail que s'il est supérieur à deux heures.

Il serait incongru de définir le temps de travail par rapport au seul critère de la durée des opérations de chargement/déchargement.

En France, le temps à disposition serait défini comme temps de travail, conformément à la directive précitée.

La directive 2003/88 du 4 novembre 2003 définirait le temps de travail comme toute période durant laquelle le travailleur est au travail, à la **disposition** de l'employeur et dans l'exercice de ses fonctions, conformément aux législations et/ou pratiques nationales.

Selon la jurisprudence de la CJUE, notamment l'arrêt SI. du 3 octobre 2000, le facteur déterminant de la notion de temps de travail résiderait dans la contrainte pour le salarié d'être physiquement présent sur le lieu déterminé par l'employeur et de s'y tenir à la disposition de ce dernier pour pouvoir immédiatement fournir ses services en cas de besoin.

Selon la jurisprudence luxembourgeoise, deux critères définiraient la notion de temps de travail : la **mise à disposition** du salarié et **l'atteinte à sa liberté de choisir ses activités**.

D'après la Convention collective, le temps de travail serait constitué par toute période comprise entre le début et la fin du travail durant laquelle le salarié est à son poste de travail, à la **disposition** de l'employeur et dans l'exercice de sa fonction.

Selon la Convention collective et la jurisprudence précitée, le temps de disponibilité serait du temps de travail.

En effet, lors des opérations de chargement et de déchargement du camion, le salarié ne pourrait pas prendre son repos en toute quiétude et vaquer librement à ses occupations, mais devrait rester disponible en cas de besoin. En tant que chauffeur professionnel, il devrait s'assurer que le Code de la route est respecté et assurer la sécurité des personnes et des biens. En effet, les opérations de chargement/déchargement se dérouleraient souvent à proximité immédiate du domaine public routier et des usagers de la route ou des zones commerciales, à proximité des piétons. Le chauffeur serait civilement et pénalement responsable de son chargement. Il serait également responsable du positionnement du camion sur le lieu de chargement. Il serait donc constamment en alerte afin de prévenir un danger. Il devrait également être en permanence à disposition pour réaliser, en cas de besoin, une manœuvre facilitant le chargement/déchargement. Sa liberté de déplacement en dehors de son camion serait très restreinte.

Le temps de chargement/déchargement serait donc du temps de travail, ce que l'article L.214-2.(2).ii) du Code du travail prévoirait d'ailleurs expressément.

Face à ce constat, les arriérés de salaire redus au titre d'heures de disponibilité non retenues comme temps de travail seraient à évaluer ex aequo et bono à 20.000 euros, par réformation du jugement. Subsidièrement, il y aurait lieu d'instituer un complément d'expertise afin qu'il soit tenu compte du temps de chargement/déchargement au niveau du calcul des arriérés de salaire redus au salarié.

D'autre part et concernant « les heures supplémentaires pour la période postérieure au mois de juin 2016 », ce serait à tort que le tribunal a déduit le montant de 1.608,18 euros du décompte du consultant. Par le courrier du 27 juin 2016, l'employeur aurait uniquement cherché à intimider le salarié en lui adressant un avertissement injustifié, qui aurait été contesté.

L'employeur aurait d'ailleurs reconnu « *les irrégularités en question* » et aurait proposé le paiement d'un montant largement insuffisant.

Dans le domaine des transports routiers, il faudrait admettre que les heures supplémentaires trouvent leur raison d'être dans la nature particulière du travail à accomplir, partiellement tributaire des aléas du trafic routier. L'approbation par l'employeur des missions confiées aux chauffeurs serait incompatible avec un défaut d'accord pour la prestation d'heures supplémentaires effectives requises pour l'accomplissement de la mission.

Le montant de 1.608,18 euros serait à allouer pour la période postérieure au mois de juin 2016.

Enfin, le salarié réclame une indemnité de procédure de 2.500 euros.

L'employeur conclut à la confirmation du jugement du 9 juillet 2018 et au rejet des demandes du salarié. Il réclame pour sa part l'allocation d'une indemnité de procédure de 5.000 euros.

Il estime qu'il n'existe pas de contradiction entre l'article 18 de la Convention collective et l'article 3 de la directive 2002/15.

Il souligne que d'après l'article 3 de la directive 2002/15, le temps de chargement et de déchargement ne serait pas du temps de travail si le travailleur mobile n'est pas à son poste de travail et le salarié serait mal fondé à soutenir que ce temps est nécessairement du temps de travail.

Il serait exact que l'article 20 de la Convention collective exclut du temps de travail le temps de disponibilité et plus particulièrement les deux premières heures d'une période d'attente lors du chargement et du déchargement (sauf si le salarié a reçu une instruction ou une information de la part de son employeur ou, sans préjudice des dispositions du règlement d'ordre interne, de son représentant, du destinataire ou de l'expéditeur des marchandises ou de leur agent, ou de toute autre personne pouvant exercer un pouvoir d'autorité sur le salarié, ou s'il peut se référer à des informations normalement disponibles sur la durée prévisible de l'attente).

Cependant, la directive 2002/15 offrirait en son article 8 aux partenaires sociaux et au législateur national la possibilité de négocier des aménagements et des forfaits de répartition des temps d'inactivité entre temps de travail et temps de disponibilité. Ainsi, le forfait de deux heures tel que fixé par la Convention collective serait le fruit de la négociation des partenaires sociaux au Luxembourg. Il serait donc parfaitement compatible avec la directive.

L'employeur rappelle que l'objet d'une directive est de fixer des objectifs et que chaque Etat membre est libre d'élaborer ses propres règles. Il ne serait pas anormal que les règles françaises diffèrent des règles luxembourgeoises. Le contenu d'autres droits nationaux ne serait pas pertinent.

Le jugement serait à confirmer quant au rejet du moyen de nullité de la Convention collective.

Le consultant se serait valablement fondé sur la Convention collective pour établir son rapport et déterminer si le temps de chargement/déchargement est à considérer comme temps de travail. La demande d'un complément d'expertise serait donc à rejeter.

L'unique moyen permettant de qualifier de temps de travail le temps d'attente lors des chargements et déchargements aurait été de démontrer que le salarié avait été en charge d'effectuer ou de superviser les chargements/déchargements ou qu'il avait reçu de l'employeur, de son représentant, de l'expéditeur ou du destinataire des marchandises des instructions/informations sur la durée prévisible de l'attente.

Une telle preuve ne serait pas rapportée.

Au contraire, l'absence d'intervention ou de supervision du salarié lors des chargements/déchargements ressortirait des lettres de voiture versées en pièce 5, qui porteraient le tampon mentionnant « *le chauffeur n'était pas présent pendant le chargement et le déchargement* ». De plus, tous les chauffeurs de l'employeur auraient reçu une notice d'information expliquant que le chauffeur ne doit pas être présent pendant le chargement et le déchargement. Enfin et d'après le rapport de l'entretien d'évaluation du salarié du 18 juillet 2015 signé par le salarié et versé en pièce 7, il aurait été rappelé au salarié de mentionner dans les lettres de voiture qu'il n'est pas présent pendant le chargement et le déchargement.

Le salarié aurait donc parfaitement été informé qu'il n'avait pas à être présent lors des opérations de chargement et de déchargement.

Quant aux prétendues heures supplémentaires pour la période postérieure au mois de juin 2016, le salarié aurait mal utilisé le tachygraphe, dont les relevés auraient démontré que les temps de disponibilité étaient rarement ou incorrectement enregistrés. Les heures enregistrées ne seraient pas correctes.

Par conséquent, l'employeur aurait rappelé au salarié par un courrier d'avertissement du 27 juin 2016 les règles d'utilisation du tachygraphe en lui demandant de s'y conformer.

La mauvaise utilisation du tachygraphe par le salarié aurait été confirmée par le consultant.

Les relevés tachygraphiques n'étant pas probants, le salarié n'établirait pas que les heures supplémentaires dont il se prévaut ont été prestées. Il serait à débouter de sa demande de rémunération afférente.

L'employeur s'oppose à la demande de paiement d'une indemnité de procédure du salarié, les conditions posées par l'article 240 du Nouveau code de procédure civile n'étant pas remplies.

Le salarié réplique que l'article 8 de la directive 2002/15 dont l'employeur se prévaut ne prévoirait des possibilités de dérogation que pour les articles 4 et 7 de la directive (concernant la durée maximale hebdomadaire du temps de travail et le travail de nuit) mais non pas pour l'article 3 (traitant de l'inclusion du temps de chargement/déchargement en tant que temps de travail).

Il ne serait donc pas pertinent pour l'employeur d'invoquer cette disposition.

De plus, il résulterait de l'article 10 de la directive 2002/15 que seules des dérogations plus favorables aux salariés sont admises de la part des Etats membres.

En ordre subsidiaire, le salarié demande de saisir la CJUE d'une question préjudicielle aux fins de savoir si l'article 8 de la directive 2002/15 offre la possibilité aux partenaires sociaux de déroger à la notion de temps de travail, telle que définie par l'article 3 de la même directive, par des dispositions moins favorables aux salariés.

Le salarié conclut encore dans des conclusions ultérieures à la nullité de la Convention collective au motif qu'elle imposerait aux salariés des conditions moins favorables que la loi et qu'elle contreviendrait, de ce fait, à l'article 162-12 (6) du Code du travail.

Tout d'abord, l'article L.214-2.(2).ii) du Code du travail prévoirait que le temps de chargement/déchargement constitue, sans distinction, du temps de travail. Or, la Convention collective, en ce qu'elle ne considère suivant son article 18.1.2 comme temps de travail que les chargements et les déchargements étant effectués par le salarié ou pour lesquels la présence de celui-ci est nécessaire, ajouterait des conditions non prévues dans la loi, en restreindrait donc l'application.

Ensuite, le salarié effectue la même comparaison entre l'article L.214-2.(2).v) du Code du travail et l'article 18.1.5 de la Convention collective .

En effet, selon l'article L.214-2.(2).v) du Code du travail, feraient partie du temps de travail les périodes durant lesquelles le salarié mobile ne peut disposer librement de son temps et est tenu de se trouver à son poste de travail, prêt à entreprendre son travail normal, assurant certaines tâches associées au service, notamment les périodes d'attente de chargement ou de déchargement, lorsque leur durée prévisible n'est pas connue à l'avance, c'est-à-dire soit avant le départ ou juste avant le début effectif de la période considérée, soit selon les conditions générales négociées entre les partenaires sociaux.

Or, la Convention collective, en stipulant que « *la durée normalement prévisible, notamment pour une opération de chargement/déchargement de marchandises durant laquelle le salarié n'exerce aucune activité reprise ci-dessus est de deux heures et ne sont pas considérées comme temps de travail* », sauf exception tenant au fait que le salarié a reçu des instructions ou peut se référer à des informations sur la durée prévisible de l'attente, aurait pour effet de supprimer la condition de la non-prévisibilité de la durée prévue dans la disposition légale précitée et stipulerait un forfait systématique de durée des opérations de chargement/déchargement s'élevant à deux heures, tout en ajoutant une exception qui n'est pas mentionnée dans la loi.

Les accords des partenaires sociaux ne seraient pas admis pour déroger à la prévisibilité des périodes considérées et pour imposer aux salariés des conditions plus défavorables que celles prévues par la loi.

De plus, il appartiendrait à l'employeur, qui se prévaut d'une exception, de rapporter la preuve qu'il a informé à l'avance le salarié de la durée prévisible des opérations de chargement/déchargement.

En troisième lieu, le salarié fait référence à l'article L.214-2.3 du Code du travail qui définit le temps de disponibilité. L'article 7 de la loi du 28 juillet 2011 portant transposition de la directive 2002/15 prévoirait que toute clause ou accord contraire moins favorable serait réputé nul et non écrit.

Le salarié s'oppose enfin à l'indemnité de procédure réclamée par l'employeur.

L'employeur réplique que le débat relatif à l'article 8 de la directive 2002/15 serait inutile dans la mesure où l'article 3 de la directive 2002/15 instituerait les possibilités de dérogations en question. Il n'y aurait donc pas lieu à renvoi préjudiciel.

Il ajoute que l'arrêt SI. invoqué par le salarié ne s'applique pas en l'espèce car il concernerait les périodes de garde des médecins à l'hôpital.

Il fait enfin valoir que la Convention collective n'est pas moins favorable aux salariés que les dispositions de la loi. Comme cette Convention collective a été déclarée d'obligation générale par le règlement grand-ducal du 3 août 2010, l'employeur n'aurait donc pas eu d'autre choix que de l'appliquer.

L'appréciation de la Cour

- Pour ce qui concerne le moyen de nullité de la Convention collective au motif que celle-ci serait plus défavorable au salarié que la directive 2002/15, le salarié compare l'article 3.a.1).1er tiret, ii) de la directive à l'article 18.1.2 de la Convention collective.

Pour rappel, il estime que selon la disposition précitée de la directive 2002/15, le chargement et le déchargement sont à considérer sans restriction aucune comme temps de travail, tandis que la disposition précitée de la Convention

collective imposerait que pour pouvoir être considérés comme temps de travail, le chargement et le déchargement devraient être effectués par le salarié ou nécessiteraient la présence du salarié.

Le moyen du salarié est non fondé.

En effet et ainsi que le tribunal l'a indiqué, la directive 2002/15 définit en son article 3.a.1). 1^{er} tiret le temps de travail du travailleur mobile, qui se trouve dans l'exercice de ses fonctions et exécute l'activité de transport routier, c'est-à-dire diverses activités qui sont énumérées aux points i) à v), dont l'activité de chargement et de déchargement. Le chargement et déchargement, qui sont visés au point ii), sont donc ceux qui sont exécutés par le travailleur mobile.

L'article 18.1.2 de la Convention collective définit comme temps de travail le chargement et le déchargement effectués par le salarié ou ceux pour lesquels la présence du salarié est nécessaire.

Force est de constater que l'article 18.1.2 de la Convention collective vise exactement la même situation que l'article 3.a.1).1^{er} tiret, ii) de la directive 2002/15 (chargement/déchargement effectué par le salarié).

Le salarié compare ensuite l'article 3.a.1).2^{ème} tiret de la directive 2002/15 à l'article 18.1.5 de la Convention collective.

Pour rappel, il estime que la Convention collective opérerait une restriction par rapport à la directive dans le sens où elle considérerait le temps de chargement/déchargement comme temps de travail uniquement s'il est supérieur à deux heures (sauf exceptions tenant au fait que le salarié a reçu avant le début effectif de la période d'attente des instructions ou qu'il peut se référer à des informations sur la durée prévisible de l'attente). La Convention collective supprimerait donc par rapport à l'article 3.a.1).2^{ème} tiret de la directive la condition de la non-prévisibilité de la durée et elle stipulerait un forfait systématique de durée des opérations de chargement/déchargement de deux heures, tout en ajoutant une exception qui n'est pas prévue.

Le moyen du salarié n'est pas fondé.

En effet et ainsi que le tribunal l'a constaté, la directive 2002/15 définit en son article 3.a.1).2^{ème} tiret comme temps de travail du travailleur mobile notamment les périodes d'attente de chargement et de déchargement lorsque leur durée prévisible n'est pas connue à l'avance. Elle précise que les Etats membres peuvent, par voie législative ou par le biais de négociations entre les partenaires sociaux, déterminer par quel critère il sera fixé que la durée prévisible des chargements/déchargements n'est pas connue à l'avance.

La directive 2002/15 définit en son article 3.b) le temps de disponibilité, qui est exclu du temps de travail. Cette même disposition précise que les périodes qui constituent le temps de disponibilité ainsi que leur durée prévisible doivent être connues à l'avance par le travailleur mobile, c'est-à-dire soit avant le départ ou juste avant le début effectif de la période considérée, soit selon les conditions

générales négociées entre les partenaires sociaux et/ou définies par la législation des Etats membres.

Les Etats membres peuvent donc, par voie législative ou par le biais de négociations entre les partenaires sociaux, déterminer par quel critère il sera fixé que la durée prévisible de la période de disponibilité est connue à l'avance.

L'article 18.1.5 de la Convention collective fixe la durée des opérations de chargement/déchargement (durant lesquelles le salarié n'effectue aucune des activités énumérées) à une durée forfaitaire de deux heures, sauf exceptions tenant au fait que le salarié a reçu avant le début effectif de la période d'attente des instructions ou qu'il peut se référer à des informations sur la durée prévisible de l'attente.

L'article 20.1.5 de la Convention collective définit comme temps de disponibilité notamment les deux premières heures d'une période d'attente lors du chargement et du déchargement, sauf si le salarié a reçu une instruction ou qu'il peut se référer à des informations sur la durée prévisible de l'attente.

Ces deux dispositions de la Convention collective ne constituent ni plus ni moins que l'application de la latitude offerte aux partenaires sociaux par la directive 2002/15 de négocier des aménagements et des forfaits de répartition du temps d'inactivité entre temps de travail et temps de disponibilité.

Le salarié est donc mal fondé à soutenir que la Convention collective est contraire à la directive, respectivement qu'elle est plus défavorable au salarié que la directive.

Par conséquent, il n'est pas pertinent pour le salarié d'invoquer l'article 10 de la directive 2002/15, tout comme il n'est pas pertinent pour l'employeur de se prévaloir de l'article 8 de la directive 2002/15 pour justifier la possibilité pour les partenaires sociaux d'introduire des forfaits de répartition entre temps de travail et temps de disponibilité. Il s'ensuit qu'un renvoi préjudiciel quant à l'interprétation dudit article 8 n'est pas pertinent non plus.

Il n'est enfin pas pertinent pour le salarié de se référer au contenu du droit français ou à la jurisprudence de la CJUE qu'il invoque.

- La référence que le salarié effectue dans son argumentation en appel à la directive 2003/88 n'est pas pertinente étant donné que le tribunal a retenu à juste titre qu'elle ne s'applique pas en l'espèce, vu son article 14 et la circonstance que le transport routier est spécifiquement régi par la directive 2002/15 et que l'aménagement du temps de travail en matière de transport routier fait l'objet d'une réglementation spécifique, à savoir la directive 2002/15 et le règlement 561/2006.

- Pour ce qui concerne le moyen de nullité de la Convention collective au motif qu'elle imposerait aux salariés des conditions moins favorables que la loi et qu'elle contreviendrait, de ce fait, à l'article 162-12 (6) du Code du travail, le

salarié compare en premier lieu l'article L.214-2.(2).1er point ii) du Code du travail à l'article 18.1.2 de la Convention collective.

Pour rappel, il fait valoir que selon l'article L.214-2.(2).1^e point ii) du Code du travail, le temps de chargement/déchargement constitue, sans distinction aucune, du temps de travail alors qu'au contraire, l'article 18.1.2 de la Convention collective ne considère comme temps de travail que les chargements et les déchargements étant effectués par le salarié ou pour lesquels la présence de celui-ci est nécessaire.

Le moyen du salarié n'est pas fondé.

En effet, l'article L.214-2.(2) du Code du travail définit le temps de travail du salarié mobile qui se trouve dans l'exercice de ses fonctions et exécute les activités de transport routier, c'est-à-dire diverses activités qui sont énumérées au 1^{er} point, points i) à v), dont l'activité de chargement et de déchargement. Le chargement et déchargement ainsi visés sont donc ceux qui sont exécutés par le travailleur mobile.

Force est de constater que l'article 18.1.2 de la Convention collective vise exactement la même situation que l'article L.214-2(2).1er point, ii) du Code du travail (chargement/déchargement effectué par le salarié).

Le salarié compare en second lieu l'article L.214-2.(2).2^{ème} point du Code du travail (il le qualifie à tort d'article L.214-2.(2-v) du Code du travail) et l'article 18.1.5 de la Convention collective.

Pour rappel, il fait valoir que selon l'article L.214-2.(2).2^{ème} point du Code du travail, font partie du temps de travail notamment les périodes d'attente de chargement ou de déchargement, lorsque leur durée prévisible n'est pas connue à l'avance, c'est-à-dire soit avant le départ ou juste avant le début effectif de la période considérée, soit selon les conditions générales négociées entre les partenaires sociaux.

Selon lui, l'article 18.1.5 de la Convention collective restreindrait l'article du Code du travail précité car il aurait pour effet de supprimer la condition de la non-prévisibilité de la durée prévue dans la disposition du Code du travail précitée et stipulerait un forfait systématique de durée des opérations de chargement/déchargement de deux heures.

Le moyen du salarié n'est pas fondé.

En effet, l'article L.214-2.(2).2^{ème} point du Code du travail définit comme temps de travail notamment les périodes d'attente de chargement ou de déchargement, lorsque leur durée prévisible n'est pas connue à l'avance. Il précise que les négociations entre les partenaires sociaux peuvent déterminer par quel critère il sera fixé que la durée prévisible des périodes d'attente de chargement ou de déchargement n'est pas connue à l'avance.

Les termes de ce dernier point contredisent l'affirmation du salarié selon laquelle les accords des partenaires sociaux ne sont pas admis pour déroger à la prévisibilité des périodes considérées.

L'article 18.1.5 de la Convention collective ne constitue ni plus ni moins que l'application de la latitude offerte aux partenaires sociaux par l'article du Code du travail précité de négocier des forfaits de répartition du temps d'attente entre temps de travail et temps de disponibilité.

En troisième lieu, le salarié fait référence à l'article L.214-2.(3) du Code du travail qui définit le temps de disponibilité. L'article 7 de la loi du 28 juillet 2011 portant transposition de la directive 2002/15 prévoirait que toute clause ou accord contraire moins favorable serait réputé nul et non écrit.

La Convention collective n'est pas plus défavorable au salarié que l'article L.214-2.(3) du Code du travail.

En effet, l'article L.214-2.(3) du Code du travail définit le temps de disponibilité. Cette même disposition précise que les périodes qui constituent le temps de disponibilité ainsi que leur durée prévisible doivent être connues à l'avance par le salarié mobile, c'est-à-dire soit avant le départ ou juste avant le début effectif de la période considérée, soit selon les conditions générales négociées entre les partenaires sociaux.

Les termes de ce dernier point contredisent l'affirmation du salarié selon laquelle les accords des partenaires sociaux ne sont pas admis pour déroger à la prévisibilité des périodes considérées.

L'article 20.1.5 de la Convention collective définit comme temps de disponibilité notamment les deux premières heures d'une période d'attente lors du chargement et du déchargement, sauf si le salarié a reçu une instruction d'un certain nombre de personnes définies ou qu'il peut se référer à des informations sur la durée prévisible de l'attente.

Cette disposition de la Convention collective ne constitue ni plus ni moins que l'usage de la possibilité offerte aux partenaires sociaux par l'article L.214-2.(3) de négocier des aménagements et des forfaits de répartition du temps d'inactivité entre temps de travail et temps de disponibilité.

En conclusion, le salarié est mal fondé à soutenir que la Convention collective est contraire à l'article L.214-2 du Code du travail, respectivement qu'elle est plus défavorable au salarié que l'article du Code du travail en question, et qu'elle est, partant, nulle.

Aussi le consultant s'est-il valablement fondé, entre autres, sur la Convention collective pour dresser son rapport. Ce faisant, il n'a pas outrepassé ses pouvoirs d'experts mais a nécessité la Convention collective pour établir son rapport. Un complément d'expertise destiné à tenir compte du temps de chargement/déchargement ne se conçoit donc pas.

- Ainsi que l'employeur le fait valoir, l'unique moyen permettant de qualifier de temps de travail le temps d'attente lors des chargements et déchargements aurait été de démontrer que le salarié avait été en charge d'effectuer ou de superviser les chargements/déchargements ou qu'il n'avait pas reçu de l'employeur, de son représentant, de l'expéditeur ou du destinataire des marchandises des instructions/informations sur la durée prévisible de l'attente.

Or, le salarié ne rapporte pas une telle preuve.

En l'occurrence en effet, le consultant constate que les notes manuscrites de chargement du salarié font ressortir des temps de chargement/déchargement inférieurs à deux heures, donc non « rémunérables », et que le salarié ne justifie pas avoir reçu l'instruction de l'employeur de participer physiquement à ces opérations.

De plus, l'absence d'intervention ou de supervision du salarié lors des chargements/déchargements ressort des lettres de voiture versées en pièce 5, qui portent le tampon mentionnant « *le chauffeur n'était pas présent pendant le chargement et le déchargement* ».

Le consultant a donc retenu à juste titre, sur base de l'article 18.1.5 de la Convention collective, que les heures de chargement et de déchargement du camion que le salarié entend faire prendre en compte ne sont pas considérées comme temps de travail rémunéré.

Quant à la contestation de l'employeur selon laquelle le salarié aurait effectué des manipulations erronées du tachygraphe et enregistré le temps d'attente lors des opérations de chargement et de déchargement comme du temps de travail au lieu de l'enregistrer comme du temps de disponibilité, le consultant constate dans le chef du salarié une « utilisation relativement approximative du tachygraphe ».

C'est à bon droit que le tribunal a rappelé que l'employeur doit assurer une surveillance suffisante et diffuser des informations et instructions nécessaires au respect des règles européennes relatives à la durée de conduite et de travail et que face à un tachygraphe faisant apparaître des heures non dues par exemple à cause d'une mauvaise sélection au niveau du tachygraphe, l'employeur doit réagir sans attendre et le faire savoir au salarié et, au besoin, lui préciser ce qui est attendu de lui.

C'est encore à bon droit que le tribunal a constaté qu'il ne résulte d'aucun élément du dossier que l'employeur ait adressé au salarié avant le 27 juin 2016 une mise en garde quant à une éventuelle fausse manipulation du tachygraphe.

Pour la période postérieure au 27 juin 2016 cependant, force est de constater que le courrier d'avertissement du 27 juin 2016, par lequel l'employeur a signalé au salarié sa mauvaise utilisation du tachygraphe et lui a intimé de l'actionner en fonction de différents types de temps, est suffisamment clair. A partir de la date de cet avertissement et vu les contestations de l'employeur, les données du tachygraphe ne suffisent plus à rapporter la preuve que les heures

supplémentaires dont le salarié se prévaut ont réellement été prestées à la demande de l'employeur.

En conséquence, le jugement est à confirmer en ce qu'il en a conclu que le consultant s'est valablement basé sur les données du tachygraphe pour calculer le nombre d'heures dues au salarié jusqu'au 27 juin 2016, contrairement à la période postérieure, et qu'il a considéré qu'il faut déduire du décompte du consultant les 74,98 heures prestées au cours des mois de juillet et août 2016, ces heures correspondant au montant de 1.608,18 euros.

En résumé, le jugement est à confirmer en ce qu'il a alloué au salarié le montant de 5.298,34 euros.

Eu égard à l'issue de l'instance d'appel, les deux parties sont à débouter de leur demande en paiement d'une indemnité de procédure.

PAR CES MOTIFS :

la Cour d'appel, huitième chambre, siégeant en matière de droit du travail, statuant contradictoirement et en application de l'article 2(1) du règlement grand-ducal du 17/4/20 relatif à la tenue d'audiences publiques pendant l'état de crise,

reçoit l'appel en la forme,

le dit non fondé,

confirme le jugement entrepris,

dit non fondées les demandes de PERSONNE1.) et de la société anonyme SOCIETE1.) basées sur l'article 240 du Nouveau code de procédure civile,

condamne PERSONNE1.) aux frais et dépens de l'instance d'appel.

La lecture de cet arrêt a été faite à l'audience publique indiquée ci-dessus par MAGISTRAT1.), président de chambre, en présence du greffier assumé GREFFIER1.).