

Arrêt N° 85/18 - III – TRAV

Exempt - appel en matière de droit du travail.

Audience publique du sept juin deux mille dix-huit.

Numéro 45229 du rôle

Composition:

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

Entre :

A, demeurant à D-(...),

appelant aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Georges WEBER de Diekirch du 10 août 2017,

comparant par Maître Ferdinand BURG, avocat à la Cour à Luxembourg,

et :

la société à responsabilité limitée S1 s.à r.l., anciennement la société anonyme S2 S.A., établie et ayant son siège social à L-(...), représentée par son gérant actuellement en fonctions,

intimée aux fins du susdit exploit WEBER,

comparant par Maître Yann BADEN, avocat à la Cour à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL:

Vu l'ordonnance de clôture de l'instruction du 24 avril 2018.

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

A a été au service de la société S2 Systems S.A. suivant contrat de travail à durée indéterminée du 29 juillet 2011 en tant que « Abteilungsleiter » du département « SPS », à partir du 16 août 2011.

Par courrier reçu en mains propres le 16 juillet 2015, A a été licencié avec préavis prenant cours le 1^{er} août 2015 et se terminant le 30 septembre 2015.

Dans la lettre de motivation du licenciement du 21 août 2015, il est reproché à A en sa qualité de spécialiste « SPS » (*« Siemens programmierbare Steuerung »*) et participant depuis 2013 au projet S3 X en Russie, d'avoir refusé de s'y rendre le 13 juillet 2015 pour reprendre la surveillance du chantier, alors que la date de la mission avait déjà été reportée une première fois, le 2 juillet 2015, à sa demande pour des raisons médicales et familiales. Il lui est reproché son manque d'engagement et de loyauté envers l'entreprise et le fait qu'il ne s'est pas impliqué suffisamment dans son travail.

Suivant la société employeuse, à cause de l'inexécution par A de sa mission pourtant acceptée, elle n'aurait pas pu assurer le suivi technique sur le chantier durant deux journées et aurait dû se mettre d'urgence à la recherche d'un spécialiste en remplacement. Le changement, puis l'annulation des billets d'avion aurait coûté le montant cumulé de 831,85 euros. La violation par A de ses obligations contractuelles aurait entraîné un dysfonctionnement inattendu et onéreux, voire une profonde désorganisation de l'entreprise, de nature à faire perdre à l'employeur tout espoir dans une collaboration future et efficace ainsi que toute confiance en son salarié.

Par requête du 26 février 2016, A a fait convoquer la société S2, actuellement la société S1 s.à r.l. (ci-après : la société S1) devant le tribunal du travail de Diekirch pour entendre condamner son ancien employeur à lui payer du chef de son licenciement, qu'il qualifia d'abusif, les montants suivants :

- 29.721,96 euros à titre de dommages et intérêts pour le préjudice matériel,
- 10.000,00 euros à titre de dommages et intérêts pour préjudice moral,
- 75.942,65 euros, sinon 70.879,81 euros à titre d'heures supplémentaires non rémunérées,
- 1.092,95 euros à titre de majorations de salaire non payées pour travail de nuit,

- 6.543,39 euros à titre de majorations de salaire non payées pour travail de dimanche,
- p.m. à titre de salaire pour les heures prestées les jours fériés légaux, majoré de 100 %,
- 4.466,28 euros à titre d'indemnité de congé non pris,
- 8.879,07 euros à titre de primes non payées,
- 14.666,20 euros à titre de forfaits pour frais professionnels non payés,
- 556,00 euros en contrepartie de la voiture de service pour les mois d'août et septembre 2015, sinon le montant correspondant aux impôts et cotisations payées en trop pour la voiture de service.

Il demanda également une indemnité de procédure.

A l'audience des plaidoiries, il réduisit sa demande du chef de préjudice matériel au montant de 5.971,96 euros.

Il contesta tant la précision que le caractère réel et précieux des motifs du licenciement, et notamment la nécessité de sa mission en Russie.

La société S1 conclut au caractère régulier du licenciement. Elle se référa à ses pièces pour établir le caractère réel du licenciement. Elle souleva la prescription triennale des revendications du salarié, respectivement conclut à leur caractère non fondé. Concernant plus particulièrement les heures supplémentaires, elle fit valoir que A était cadre supérieur, alors qu'il aurait fait partie du conseil d'administration élargi, aurait revêtu un poste à responsabilité et perçu un salaire de 13,5 % plus élevé que celui d'un salarié « ordinaire ».

Par jugement du 14 juillet 2017, le tribunal du travail a :

- dit que le licenciement avec préavis de A est régulier et justifié,
- déclaré non fondées ses demandes en indemnisation des préjudices matériel et moral,
- déclaré non fondées toutes les autres revendications de A, à l'exception du montant de 278 euros figurant sur la fiche de salaire du mois d'août 2015 et sur lequel les charges sociales et impôts ont été calculés et qui sont à restituer à A,
- débouté A de sa demande en obtention d'une indemnité de procédure.

Pour statuer comme il l'a fait, le tribunal du travail a considéré que les motifs du licenciement étaient suffisamment précis et qu'au vu des pièces soumises à son appréciation et notamment la correspondance entre parties, le refus de A de se rendre le 6 juillet 2015 en Russie pour y surveiller un chantier d'un client important a constitué un acte d'insubordination grave de nature à justifier un licenciement.

Le tribunal a, par ailleurs, constaté qu'il résulte des éléments du dossier que A n'était pas motivé pour exécuter les missions qui lui étaient demandées par son employeur et que cette attitude négative a créé de multiples tracas pour l'employeur et le client en Russie.

Le tribunal a encore retenu au vu de l'organigramme versé, des fonctions exercées par A et de l'import de son salaire, qu'il avait occupé un poste de direction effective, de sorte que les dispositions légales relatives aux heures supplémentaires ne s'appliquaient pas. En ce qui concerne les prétentions de salaire relatives au travail de nuit, de dimanche et des jours fériés légaux, le tribunal a relevé leur prescription pour les années 2011 à février 2013, respectivement leur caractère non fondé eu égard à la fonction de cadre supérieur exercée par A.

En ce qui concerne l'indemnité pour congé non pris, le tribunal a retenu que A avait signé le 16 juillet 2015 un écrit comme quoi il était d'accord pour prendre les 19,25 jours de congé du 17 juillet au 14 août 2015, soit pendant son préavis.

Quant au paiement des primes pour les années 2013, 2014 et 2015, le tribunal a retenu qu'il résulte du contrat de travail que les primes de rendement doivent être consenties par la direction, et qu'en l'absence de ce consentement, cette prétention n'était pas fondée.

En ce qui concerne la voiture de fonction qui avait été restituée le 27 juin 2015 par le salarié, le tribunal a relevé que le montant brut de 278 euros figurait sur la fiche d'août 2015 et que A avait droit à la restitution des charges sociales et impôts calculées sur les 278 euros. En l'absence d'une mention de l'avantage en nature figurant sur la fiche de salaire de septembre 2015, le tribunal a rejeté la demande afférente à ce mois.

Le tribunal a finalement rejeté la demande de A du chef de frais professionnels au motif que cette demande n'était établie par aucune pièce, ni facture.

Par exploit d'huissier du 10 août 2017, A a régulièrement interjeté appel contre ce jugement.

L'appelant demande, par réformation, à voir déclarer son licenciement abusif et à voir déclarer l'ensemble de ses demandes fondées pour les montants repris dans le dispositif de son acte d'appel. Il demande également une indemnité de procédure.

L'intimée conclut à la confirmation du jugement entrepris et à l'allocation d'une indemnité de procédure de 5.000 euros.

- Quant au bien-fondé du licenciement:

A l'appui de son appel, A fait valoir qu'il n'a pas commis de faute d'une gravité suffisante pour justifier son licenciement.

A explique qu'au retour de son congé de maladie, le 1^{er} juillet 2016, son employeur lui annonçait qu'il devait se rendre sur le site du client S3 à X dans la « pampa » russe ; qu'il l'a informé qu'il ne lui était pas possible de se rendre en Russie pour des raisons privées, notamment des rendez-vous médicaux importants et que, de surcroît, il n'y avait aucune nécessité de s'y rendre, alors que le site fonctionnait sans problèmes, qu'il y avait des programmeurs russes présents sur le site et qu'il ne s'agissait que d'une simple intervention de « *Wachtungs und Fehleranalyse* » ne faisant pas partie de ses tâches en tant que chef du département « SPS ».

L'appelant est également d'avis que la mission chez S3 en Russie s'inscrivait dans une série d'actes de chicanerie à son encontre, alors que depuis le mois de novembre 2013, il n'aurait plus été invité à participer aux réunions du conseil d'administration élargi et que depuis mai 2014, il n'aurait plus eu en charge la planification du département « SPS » et n'aurait plus fait partie du conseil d'administration élargi. Avant la décision de l'envoyer en Russie, l'employeur aurait voulu qu'il signe un avenant au contrat de travail prévoyant avec effet rétroactif sa dégradation en tant que simple « *applications engineer* ». Il aurait refusé cette modification substantielle du contrat de travail en sa défaveur. La possibilité pour l'employeur de l'affecter à d'autres tâches serait en effet strictement encadrée. Or depuis 2013, ses missions à l'étranger auraient fortement augmenté et il aurait dû faire plus d'interventions à l'étranger que d'autres collègues de travail sans la moindre justification objective.

Il s'y ajouterait que l'intervention initialement prévue pour le 6 juillet 2015, avait, entre autres, été reportée alors qu'il n'y avait pas de chambres d'hôtel disponibles à X.

Finalement, l'employeur ne saurait lui reprocher une grave désorganisation de l'entreprise à la suite de son refus de se rendre en Russie, alors qu'il avait prévu dès le début B comme « *back-up* ».

En ordre subsidiaire, A formule une offre de preuve par témoins tendant à établir les faits suivants :

*« que A devait faire plus d'interventions à l'étranger que d'autres salariés de l'entreprise sans la moindre justification objective,
que l'intervention chez S3 en Russie au mois de juillet 2015 ne faisait pas partie des tâches de A en tant que chef du département SPS,
que sa présence au site S3 en Russie n'était pas requise. »*

La société S1, au contraire, renvoie au contrat de travail prévoyant la disponibilité du salarié en fonction des besoins de l'entreprise afin d'intervenir ponctuellement sur des chantiers sous forme de missions spéciales.

Elle fait valoir que les parties s'étaient mises d'accord sur la période d'intervention de A sur le chantier en Russie, à savoir du 13 au 30 juillet 2015 et que ce dernier avait signé en date du 8 juillet 2015 un ordre de mission confirmant sa présence sur le chantier à compter du 13 juillet 2015. A défaut par A d'avoir contesté le prédit ordre de mission du 8 juillet 2015, contrairement au premier ordre de mission du 1^{er} juillet 2015 qui avait été modifié à sa demande, et en l'absence par lui d'avoir pris position concernant l'avenant au contrat de travail daté du 8 juillet 2015, elle en aurait conclu qu'il serait présent sur le chantier.

Or, A ne se serait pas rendu sur le chantier en Russie, contrairement à son engagement, de sorte qu'elle se serait trouvée en défaut de respecter des obligations contractuelles prises auprès du client final.

La société S1 explique être spécialisée dans la mise en place de solutions innovantes pour l'automatisation des processus et des installations complexes dans le domaine de l'industrie et dans le domaine aéronautique. En raison du caractère innovant de chaque commande, des aspects de précisions inhérents au domaine d'intervention et des nombreuses règles de sécurité à suivre, elle s'engagerait après l'installation du processus de production automatisé, à l'améliorer et de procéder, via son département « *Process Control PLC* », aux réglages nécessaires sur le lieu d'installation et au fur et à mesure de la mise en production.

Il résulte, par ailleurs, des explications de la société S1 qu'en l'espèce, le client final russe avait commandé un processus automatisé de production de wagons qui fut installé sur un site industriel en Russie au cours du printemps 2014; que les parties avaient convenu d'une période de 24 mois à compter de la livraison durant laquelle la société S1 s'était engagée à faire les opérations nécessaires pour assurer le fonctionnement conforme du processus de production automatisé et l'optimisation de la chaîne de production et que la société S1 avait assuré la présence sur place d'une personne qualifiée du service « *SPS* » en adéquation avec le degré de difficulté de développement du chantier.

L'intimée en conclut que c'est à tort que A argue, sans pièce justificative à l'appui, que sa présence sur le chantier S3 n'était pas « *requise pour des opérations de surveillance et de maintenance* ».

Elle conteste également l'argumentation de A qu'il aurait dû faire plus d'interventions à l'étranger que d'autres salariés de l'entreprise

Elle souligne le caractère normal de l'augmentation du nombre d'interventions à l'étranger de A après sa première année de service au sein de l'entreprise, en raison de sa plus grande expérience, ce qui n'aurait pas été le cas de B qui venait de terminer sa formation universitaire et avait le statut de travailleur intérimaire. C aurait été affecté à un autre chantier auprès du client S4 et D aurait aussi été affecté à un chantier en Russie.

Ce serait encore à tort que A ferait croire que le planning des semaines 28 à 31 de 2015 indique qu'elle avait prévu une autre solution en cas de son absence. Ledit planning renseignerait seulement la date de son impression le 8 décembre 2016 et non pas le moment où son image avait été figée.

Ce serait enfin à tort que A arguerait que E aurait dû intervenir à sa place, alors que l'intimité confondrait l'ancienneté au sein de l'entreprise et l'expérience professionnelle et ne prendrait pas en compte l'aspect de la gestion du personnel au sein du département « PLC ».

Il y a lieu d'abord de relever que s'il appartient à l'employeur qui est seul responsable des risques assumés par son entreprise et qui bénéficie en corollaire du pouvoir de prendre les mesures que paraît commander l'intérêt de cette dernière, de faire le choix des personnes devant intervenir sur un chantier, il faut cependant que ce choix ne soit pas arbitraire et qu'il soit exercé en conformité avec les prévisions contractuelles des deux parties.

En l'espèce, il résulte du contrat de travail que A a été engagé dans le département « SPS » en tant que « *Abteilungsleiter* » et qu'en sa qualité de « *SPS Manager* », il lui incombaît une série de devoirs plus amplement décrits à l'article 3 paragraphes 1 et 2 du contrat de travail.

Suivant l'article 3 paragraphe 5 du contrat de travail, A s'était engagé: « (...) neben der oben aufgeführten Aufgaben, auf Weisung des Vorgesetzten zeitweise Sonderaufträge auszuführen, die dem Wesen nach zu seiner Tätigkeit gehören oder sich aus betrieblichen Notwendigkeiten ergeben. Im Rahmen eventueller Inbetriebnahme- und Servicetätigkeiten müssen auch nicht ingenieurmässige Arbeiten bei Bedarf durchgeführt werden. Durch die weltweite Tätigkeit der Gesellschaft beinhaltet das Aufgabengebiet weltweite Reisetätigkeiten. »

Il résulte de la mission conférée le 8 juillet 2015 par la société S1 à A que celle-ci se rapportait au projet S3 et qu'elle consistait dans « die weitere Ausführung von Wartungs-und Optimierungsaufgaben beim bestehenden Projekt welches Sie seit dem 10/06/2013 vor Ort betreuen. Des Weiteren werden Sie hiermit schriftlich aufgefordert, die Aufstellung und Auswertung der Fehleranalyse bei obigem Projekt an den Manager der Abteilung SPS, Herrn F, weiter zu leiten ».

L'écrit précise que: « *Diese Weiterleitung ist zwingend vor Beginn der KW 32, d.h. vor dem 01.08.2015, notwendig* » et que le contrat de travail entre parties du 29 juillet 2011 s'applique non seulement pour « *das Aufgabengebiet* » mais encore pour « *der Verantwortungsbereich* ».

Contrairement aux conclusions de A, il n'en résulte pas que la mission ayant pour objet des travaux de maintenance et d'optimisation sur le chantier S3 ait dépassé le cadre de ses attributions contractuelles.

Au contraire, il en appert que cette mission s'inscrivait dans la continuité du projet S3 que A accompagnait déjà depuis le 10 juin 2013.

S'il ressort du tableau des missions à l'étranger retracé par A que depuis 2011, le nombre de ses missions spéciales avait sensiblement augmenté en 2013 et en 2014, il n'en demeure pas moins qu'il s'agissait en l'espèce d'une mission limitée sur trois semaines (du 13 au 30 juillet 2015) qui ne dépassait pas les limites de « *zeitweise Sonderaufträge* ».

Il en suit que les contestations de A en rapport avec la nature et la durée de la mission lui confiée ne sont pas fondées.

En ce qui concerne les critiques que A avaient adressées à son employeur à la suite du premier ordre de mission qu'il avait reçu le 1^{er} juillet 2015 pour la période du 6 juillet au 21 juillet 2015, force est de constater que l'employeur en a tenu compte dans la mesure où il a modifié les dates de départ et de retour du voyage en Russie de façon à tenir compte des dates des deux rendez-vous médicaux de A prévus pour les 9 et 31 juillet 2015. Il devient dès lors sans pertinence de savoir s'il n'y avait plus de chambre disponible en Russie pendant la période du 6 au 10 juillet 2015.

Par un courriel lui adressé le 10 juillet 2015, l'employeur avait également pris position de façon circonstanciée sur la nécessité d'intervenir sur le chantier S3, en exposant les problèmes soulevés par le client en rapport avec les « *Ausfallzeiten bei Störungen* » ainsi que les corrections qu'il souhaitait y voir apporter.

Il appert finalement de deux courriels du 13 juillet 2015 que, suite au non départ de A le 13 juillet 2015, la société S1 était confrontée à de sérieux problèmes de manque d'un spécialiste "PLC" sur place « *we have at the moment at S3 a new untrained replacement for Mr. G (WK staff) with no back with PLC person at all, which means that minimum from 13-15 JUL or even more we are not covered and in case of serious failure at the facility CTI cannot fulfill its function for fast recovery of installation from shut down(..). Also please inform the customer when Mr B will arrive on site* ».

Il devient dès lors sans incidence d'examiner si la société S1 avait déjà prévu le remplacement par B pour le cas où A n'allait pas partir sur le chantier S3, ou si E, chef du département «PLC» ou H, chef du département «*process automation*», auraient également pu partir en Russie pour y accomplir la mission litigieuse.

Les éléments de la cause ne permettent dès lors pas de retenir le caractère fallacieux de la mission confiée à A.

Au contraire, il découle des considérations qui précèdent, et sans qu'il n'y ait lieu de procéder encore à une mesure d'instruction supplémentaire, que le refus de A de se rendre à X en Russie le 13 juillet 2015 pour y surveiller le chantier d'un client important, outre son caractère d'acte d'insubordination, a constitué une gêne importante pour le fonctionnement de l'entreprise, de nature à justifier, nonobstant son ancienneté relative, son licenciement avec préavis.

Il y a partant lieu de confirmer le jugement entrepris en ce qu'il a déclaré régulier le licenciement du 16 juillet 2015 et déclaré en conséquence non fondées les demandes de A en indemnisation de ses préjudices matériel et moral.

- **Quant aux heures supplémentaires et les majorations pour travail de nuit, de dimanche et durant les jours fériés légaux.**

A conteste avoir été cadre supérieur et avoir eu un pouvoir de direction effectif.

A l'appui de ses demandes en paiement d'heures supplémentaires et de majorations de salaire non payées, A fait valoir que durant toute la durée de son engagement auprès de la société S1, il a presté des heures supplémentaires qui n'ont pas été rémunérées.

Il fait grief aux premiers juges de s'être fondés sur les stipulations du contrat de travail et de n'avoir pas analysé *in concreto* ses arguments et pièces prouvant à suffisance qu'il n'avait pas la qualité de cadre supérieur.

Il soutient que son salaire n'était pas nettement supérieur à celui d'autres salariés en tant que contrepartie de l'exercice d'un véritable pouvoir de direction et d'une large indépendance dans l'organisation de son travail ; que s'il avait eu un véritable pouvoir de direction, il aurait pu refuser d'aller en Russie et aurait pu y envoyer un des salariés de son département et il n'aurait pas non plus reçu un avertissement en mars 2015 pour avoir quitté son poste de travail à 15.11 heures.

L'appelant rappelle que depuis novembre 2013, il n'était plus invité à participer aux réunions du conseil d'administration élargi ; que depuis mai 2014, il n'était plus en charge de la planification du département « SPS », qu'il a dû s'installer dans un autre bureau, qu'il ne faisait plus partie du conseil d'administration élargi et que dans les annuaires internes, il n'était plus listé comme « *manager* », mais uniquement comme « *supervisor* ». Par email du 25 mai 2014, I « *chief executive officer* », lui aurait rappelé que E et J allaient assurer la coordination du département « SPS ».

Il se réfère à la Convention collective conclue entre S2 Systems S.A. et LCGB pour dire qu'il a droit à la rémunération des heures supplémentaires à hauteur de 150 % du salaire horaire et à des majorations de 30 % du salaire par heure de travail prestée pendant la nuit, de 70% pour chaque heure de travail prestée le dimanche et de 100 % pour les heures de travail prestées les jours fériés légaux. En ordre subsidiaire, il réclame le paiement des heures supplémentaires, sur base de l'article L.211-27(3) du code du travail.

La société S1, au contraire, se prévaut du titre liminaire du contrat de travail et de l'article 15 du contrat de travail qui excluent l'application de la convention collective aux relations entre parties.

Aux termes des articles L. 162-8(3) et L.211-27(5) du code du travail, « *Sont considérés comme cadres supérieurs « les salariés disposant d'un salaire nettement plus élevé que celui des salariés couverts par la convention collective ou barémisés par un autre biais, tenant compte du temps nécessaire à l'accomplissement des fonctions, si ce salaire est la contrepartie de l'exercice d'un véritable pouvoir de direction effectif ou dont la nature des tâches comporte une autorité bien définie, une large indépendance dans l'organisation du travail et une large liberté des horaires de travail et notamment l'absence de contraintes dans les horaires*

 ».

En vertu de ces dispositions légales, sont nulles toutes les clauses d'une convention collective et d'un contrat de travail individuel prétendant soustraire aux effets de la convention applicable des salariés qui ne remplissent pas l'ensemble de ces conditions.

En l'espèce, il résulte du titre liminaire du contrat de travail signé entre parties le 29 juillet 2011, que « *wurde folgender individueller unbefristeter Ausserkollektivvertraglicher Anstellungsvertrag einvernehmlich verhandelt und abgeschlossen* ».

L'article 15 infine du contrat de travail stipule que « *Dieser Vertrag fällt nicht unter die kollektivvertraglichen Bestimmungen* ».

En ce qui concerne plus particulièrement les heures supplémentaires, l'article 7 du contrat de travail prévoit que : « *Beide Parteien sind sich einig, dass der Angestellte als aussertariflicher Angestellter Überstunden und Mehrarbeit nach den Erfordernissen des Betriebes leistet. Wenn ausserhalb der Arbeitszeit Betriebstörungen oder Unfälle auftreten, so kann der Angestelle an den Störort gerufen werden. Die geleisteten Arbeitsstunden werden anhand der wöchentlichen Tätigkeitsberichte vollständig erfasst und kostentechnisch auf Kostenstelle resp. Projekte verbucht. Mehrstunden werden am Monatsende gekappt und nicht vergütet.* (...) »

Les éléments de la cause ne contredisent pas la qualité de cadre supérieur de A.

En effet, il résulte des renseignements fournis et des pièces versées en cause que A touchait un salaire mensuel de 4.600 euros (indice 719,84), qu'il disposait d'un véhicule de fonction qu'il pouvait utiliser à titre privé avec une carte d'essence et qu'il pouvait bénéficier d'une prime annuelle en fonction des résultats de la société. Sa rémunération mensuelle s'élevait au jour de son licenciement à 4.953,66 euros brut, soit 13,60 % plus élevé que celle prévue par la Convention collective si elle avait été applicable.

En ce qui concerne l'existence d'un pouvoir de direction effectif, il appert des différents organigrammes versés que A occupait un poste de « *manager PLC* » au même niveau que E et qu'il ne rendait compte à aucun supérieur hiérarchique de son activité. Il n'est pas établi, ni allégué que A ait dû faire un rapport au CEO (Chief Executive Officer), au CTO (Chief Technology Officer), au COO (Chief Operating Officer) ou au CFO (Chief Financing Officer) qui formaient l'équipe de direction de la société. Le seul fait qu'à partir d'un certain moment A n'était plus invité à participer aux réunions du conseil d'administration élargi, respectivement n'en faisait plus partie, ne saurait dénier son pouvoir de direction au sein du département.

Quant au message envoyé le 25 mai 2014 par I (CEO) à A suivant lequel E et J allaient coordonner la gestion du département « SPS », les explications fournies par la société S1 qu'il s'agissait en l'occurrence d'une réorganisation ponctuelle du service « SPS », nécessaire en raison du fait que A se trouvait à ce moment sur un chantier à l'étranger, ne sont pas démenties par d'autres éléments de la cause.

C'est finalement à tort que A fait valoir que s'il avait eu une large indépendance dans l'organisation de son travail et une absence de contraintes dans les horaires de travail, il aurait pu refuser d'aller en Russie et envoyer un autre membre de son département et il n'aurait pas eu un avertissement pour avoir quitté son poste de travail trop tôt.

Ce faisant, A omet de tenir compte du fait que les grandes libertés dont il bénéficiait dans l'organisation de son service ne pouvaient cependant s'exercer que dans les limites du lien de subordination qui le liait à son employeur. Par ailleurs, et si A en tant que cadre supérieur n'était pas soumis à un horaire strict, il lui appartenait cependant de prévenir son employeur en cas de départ de son poste de travail.

En ordre subsidiaire, l'appelant formule une offre de preuve par témoins tendant à établir les faits suivants :

« que A ne disposait pas d'un pouvoir de direction effectif, d'une large indépendance dans l'organisation du travail et d'une absence de contraintes dans les horaires,
que sa présence n'était pas indispensable pour assurer le fonctionnement et la surveillance de l'entreprise »,

Cette offre de preuve formulée de façon générale et vague est cependant à rejeter pour défaut de précision et de pertinence.

Il suit des considérations qui précèdent que la demande de A en paiement d'heures supplémentaires n'est pas fondée ni sur sa base principale, ni sur sa base subsidiaire.

Compte tenu du fait que A occupait un poste de cadre supérieur lui conférant un pouvoir de direction effectif, c'est également à juste titre que le tribunal du travail a déclaré inapplicables les règles sur la durée du travail.

Il y a partant lieu de confirmer le jugement entrepris en ce qu'il a déclaré non fondées les demandes de A en paiement d'heures supplémentaires et de majorations de salaires pour heures de travail prestées, la nuit, le dimanche et les jours fériés.

- **Quant aux congés non pris :**

A fait grief aux premiers juges d'avoir retenu qu'il avait été d'accord à prendre son congé pendant le préavis avec dispense de travail.

Il fait valoir que par courrier du 16 juillet 2015, il a été licencié avec une dispense de travail pendant le préavis. Or, le même jour, l'employeur l'aurait forcé à signer une demande de congé.

L'intimée conclut à la confirmation du jugement entrepris par adoption de ses motifs en ce qu'il a rejeté la prétention de l'appelant.

Il résulte du courrier de licenciement du 16 juillet 2015 avec dispense de préavis que « *Die Resturlaubs und Gleitzeitansprüche werden vollständig in Freizeit genommen* ».

La demande de congé datée du même jour signée par A porte sur 19,25 jours de congé du 17 juillet 2015 au 14 août 2015.

Aux termes de l'article L.233-18 du code du travail, « *il est interdit au salarié de faire abandon de congé auquel il a droit, fût-ce même contre une indemnisation compensatoire, sauf accord des parties de remplacer le congé par une indemnité de compensation en cas de cessation de la relation de travail, conformément aux dispositions de l'article L.233-12 alinéa 3* ».

Conformément encore à l'article L.124-9 du code du travail, « *Jusqu'à l'expiration du délai de préavis, la dispense visée à l'alinéa qui précède ne doit entraîner pour le salarié aucune diminution des salaires, indemnités et autres avantages auxquels il aurait pu prétendre s'il avait accompli son travail(...)* ».

Il suit des dispositions qui précèdent que c'est à tort que l'employeur a fait signer à A une demande pour les jours de congés restants pour la période du 17 juillet 2015 au 14 août 2015, soit durant la période de préavis.

La demande de A en paiement du montant de 4.466,28 euros, non autrement contestée dans son montant, est partant fondée.

Il s'en suit qu'il y a lieu de réformer sur ce point le jugement entrepris.

- **Quant aux primes :**

A l'appui de son appel, A se prévaut du contrat de travail, de la Convention collective et de sa prestation de travail exemplaire et de la prestation de nombreuses heures supplémentaires pour dire qu'il a droit à des primes « *Ergebnisprämie* » pour les années 2011, 2013, 2014 et 2015.

L'intimée conclut à la confirmation du jugement entrepris par adoption de ses motifs.

S'agissant de la prime réclamée pour l'année 2011, c'est à bon droit et pour le motif que le tribunal du travail a retenu que cette demande tombe sous l'article 2277 du code civil et est partant prescrite.

En ce qui concerne les primes réclamées pour les années 2013, 2014 et 2015, il résulte des développements qui précèdent que la Convention collective n'est pas applicable à la relation de travail entre parties.

C'est également à bon droit et pour les motifs que la Cour adopte que le tribunal du travail a rejeté la demande de A en paiement des primes pour les années 2013, 2014 et 2015, pour autant que celles-ci étaient basées sur l'article 6 du contrat de travail, au vu notamment des rapports d'évaluation sur les performances plutôt médiocres du salarié.

- **Quant aux frais professionnels :**

A se prévaut de l'article 4.5 de la Convention collective suivant lequel il aurait droit au paiement d'un forfait pour frais professionnels.

L'intimée conclut au rejet de la demande basée sur la Convention collective non applicable en l'espèce à la rémunération du travail de A.

Pour le surplus, elle fait valoir que tous les frais réels de A lui ont été remboursés sur base de ses notes de frais.

Il résulte des développements qui précèdent que la Convention collective n'est pas applicable à la relation de travail entre parties.

Pour autant que la demande de A est basée sur l'article 12 du contrat de travail prévoyant le remboursement des frais professionnels contre production de pièces justificatives, c'est à bon droit que le tribunal du travail a constaté, d'une part, la prescription de la demande pour les frais réclamés pour les années 2011 et 2012 et, d'autre part, le caractère injustifié de la demande pour les années 2013 à 2015, à défaut de toutes pièces justificatives.

- **Quant à la voiture de service :**

A soutient à l'appui de son appel qu'il a droit au maintien des avantages en nature pendant toute la période de préavis.

Il est constant en cause que A a remis la voiture de service le 27 juillet 2015 à son employeur.

Conformément à l'article L.124-9 précité du code du travail, la dispense de travail ne doit cependant entraîner pour le salarié aucune diminution des salaires,

indemnités et autres avantages auxquels il aurait pu prétendre s'il avait accompli son travail.

Il en suit que A a droit au montant brut de 278 euros à titre d'avantage en nature pour la voiture de service qu'il pouvait utiliser à titre professionnel et privé pour les mois d'août et de septembre 2015.

Comme la fiche de salaire du mois d'août 2015 tient compte du montant brut de 278 euros, la demande de A de ce chef n'est pas fondée.

C'est dès lors à tort que le tribunal du travail a décidé que A avait droit à la restitution des charges sociales et impôts calculées sur les 278 euros.

Comme la fiche de salaire de septembre 2015 ne mentionne pas l'avantage en nature d'un montant brut de 278 euros, A a encore droit au montant en question.

Il y a partant lieu de réformer en ce sens le jugement entrepris.

A succombant dans son appel, sa demande en paiement d'une indemnité de procédure de 3.500 euros n'est pas fondée.

La société S1 ne justifiant pas l'iniquité requise par l'article 240 du NCPC, sa demande en paiement d'une indemnité de procédure de 5.000 euros n'est pas non plus fondée.

PAR CES MOTIFS :

la Cour d'appel, troisième chambre, siégeant en matière de droit du travail, statuant contradictoirement, sur le rapport oral du magistrat de la mise en état,

reçoit l'appel ;

le dit partiellement fondée ;

par réformation :

dit fondée la demande de A en paiement d'une indemnité pour congé non pris ;

partant, condamne la société à responsabilité limitée S1 à payer à A le montant de 4.466,28 avec les intérêts légaux à partir du jour de la demande en justice jusqu'à solde ;

dit la demande en paiement du montant de 278 euros en contrepartie de la voiture de service pour le mois d'août 2015 non fondée ;

décharge la société à responsabilité limitée S1 de la condamnation intervenue en première instance de restituer à A les charges sociales et impôts calculées sur ledit montant ;

dit la demande en paiement du montant de 278 euros en contrepartie de la voiture de service pour le mois de septembre 2015 fondée ;

partant, condamne la société à responsabilité limitée S1 à payer à A le montant brut de 278 euros avec les intérêts légaux à partir du jour de la demande en justice jusqu'à solde ;

confirme le jugement entrepris pour le surplus ;

dit non fondées les demandes respectives des parties sur base de l'article 240 du NCPC ;

fait masse des frais et dépens des deux instances et les impose pour $\frac{1}{4}$ à la société à responsabilité limitée S1 et pour $\frac{3}{4}$ à A et en ordonne la distraction des dépens de l'appel à Maître Ferdinand BURG qui la demande affirmant en avoir fait l'avance.

La lecture du présent arrêt a été faite en la susdite audience publique par Madame la présidente de chambre Ria LUTZ, en présence du greffier Isabelle HIPPERT.