Exempt - appel en matière de droit du travail.

Audience publique du douze mars deux mille quinze.

Numéro 40325 du rôle

Composition:

Carlo HEYARD, président de chambre,
Ria LUTZ, premier conseiller,
Théa HARLES-WALCH, premier conseiller,
Isabelle HIPPERT, greffier.

E n t r e :

A, demeurant à F-(…),

appelant aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Frank SCHAAL de Luxembourg du 24 juillet 2013,

comparant par Maître Laurent BACKES, avocat à la Cour à Luxembourg,

e t :

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

intimée aux fins du susdit exploit SCHAAL,

comparant par Maître James JUNKER, avocat à la Cour à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL:

Vu l'ordonnance de clôture de l'instruction du 25 novembre 2015.

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

A au service de la société anonyme B S.A. en qualité de chauffeur depuis le 17 juin 2011, a été licencié avec effet immédiat le 17 juin 2011.

Dans sa lettre de licenciement, la société B reprocha à A les faits suivants :

« (...) En effet, il s'avère que vous êtes absent de votre lieu de travail sans justification depuis le 10 juin 2011 au soir.

Le vendredi 10 juin 2011 au soir, vous avez informé, par message transic votre exploitante chez B, Madame C, que vous alliez rentrer chez vous parce que vous ne vous sentiez pas bien.

Alors que vous aviez l'obligation de remettre dès lors au plus tard le 12 juin 2011 un certificat d'incapacité de travail à votre employeur, force est de constater qu'à ce jour, la société B SA n'est toujours pas en possession d'un tel certificat d'incapacité de travail.

Ceci constitue une violation flagrante de l'article L.121-6. du Code du Travail luxembourgeois.

A cela s'ajoute que la présence sur le lieu de travail est une obligation de résultat pour tout salarié.

En arrêtant votre travail le vendredi soir 10 juin 2011, vous avez par ailleurs mis en grave danger l'organisation du travail auprès de B SA concernant la chaîne de production du gros client D.

Vous n'êtes pas sans savoir que c'est un client avec lequel B SA travaille en flux continu, à savoir que quatre livraisons sont effectuées par jour chez ce client D pour la chaîne de production de tapis de voitures FORD de celui-ci (chargements à Y et déchargements à Z).

Votre arrêt de travail a ainsi interrompu momentanément ce flux continu et ce n'est que par le plus grand des hasards que votre exploitante chez B SA, à savoir Madame C, a pu mobiliser votre collègue de travail E, qui était en congé suite au

décès de son beau-père et qui a bien voulu interrompre son congé pour venir travailler pour terminer cette livraison chez le client D que vous aviez entamée.

La livraison en cours a finalement pu être livrée chez le client D le samedi 11 juin 2011 au matin.

Comme cependant vous aviez par ailleurs accumulé un retard d'une livraison complète pour le client D au cours des jours précédents, cette livraison en retard n'a finalement pu être effectuée, en raison du week-end et du lundi de pentecôte, que le mardi matin par votre autre collègue, Monsieur F, chez le client D qui n'était, évidemment, pas enchanté par ce retard dans les livraisons.

Votre retard sans justification aucune concernant cette livraison a mis en danger le gros marché que votre employeur a avec le client D.

Enfin vous avez l'obligation de vider chaque fin de semaine votre carte conducteur en vue du contrôle de vos heures prestées et des heures de pause et de l'amplitude. Là encore vous ne vous êtes pas exécuté le vendredi 10 juin 2011 au soir.

En raison de tous ces agissements, votre employeur a perdu toute confiance en vous, de sorte que le licenciement avec effet immédiat est devenu inéluctable. (...)»

Par requête du 14 octobre 2011, A fit convoquer son ancien employeur devant le tribunal du travail d'Esch-sur-Alzette pour entendre déclarer abusif le licenciement du 17 juin 2011 et pour entendre condamner la société B à lui payer différents montants à titre d'indemnité compensatoire de préavis, de dommages et intérêts du chef de préjudices matériel et moral, d'arriérés de salaires du chef d'heures de travail prestées la nuit ainsi que de dommages et intérêts du chef de harcèlement moral. Il demanda également de nommer un expert aux fins de vérifier la rémunération de toutes les heures de travail prestées de juin 2009 à 2011, y compris le weekend et les jours fériés et de les chiffrer.

A contesta tant la régularité au fond que la régularité en la forme de son congédiement du 17 juin 2011.

La société B conclut au caractère non fondé de la demande du chef d'un licenciement abusif ou irrégulier, opposa la prescription triennale des heures supplémentaires invoquées et contesta la demande du chef de harcèlement moral.

Par jugement contradictoire du 6 juin 2013, le tribunal du travail a déclaré prescrite la demande en paiement d'arriérés de salaire pour la période antérieure au 14 octobre 2008 ;

a dit irrecevable la demande en paiement d'arriérés de salaires pour heures supplémentaires, heures prestées le week-end de jour et heures prestées les jours fériés de jour;
a dit irrecevable le moyen tiré de l'irrégularité formelle du licenciement avec effet immédiat du 17 juin 2011;
a rejeté les offres de preuve par voie d'enquête;
a dit que le licenciement avec effet immédiat du 17 juin 2011 est régulier;
a dit non fondée la demande en paiement d'une indemnité compensatoire de préavis et de dommages et intérêts pour préjudice moral et matériel;
avant tout autre progrès en cause :
a nommé un expert avec pour mission de concilier les parties si faire se peut, sinon, dans un rapport détaillé, écrit et motivé :
de déterminer sur base des relevés de carte de conducteur/disques tachygraphiques, des tableaux de synthèse des amplitudes et des absences, des relevés journaliers et des rapports hebdomadaires des heures de travail et kilomètres parcourus, le nombre total d'heures de nuit prestées par A pour le compte de la société anonyme B SA pendant la période du 1er juin 2009 au 17 juin 2011,
de dresser le décompte entre parties et plus particulièrement de déterminer le solde devant revenir de ce chef à A en tenant compte, sur base des fiches de salaire versées, des montants et majorations d'ores-et-déjà payés de ce chef par l'employeur, tenant de même compte des adaptations indiciaires du salaire échues entre le 1er juin 2009 et le 17 juin 2011.

Pour statuer comme il l'a fait le tribunal a retenu qu'A n'a pas rapporté la preuve qu'il a rempli la double obligation prévue à l'article L.121-6 du code du travail, à savoir d'avoir informé l'employeur le jour même de l'empêchement et de lui avoir soumis un certificat médical attestant son incapacité de travail et sa durée prévisible au plus tard le troisième jour de son absence. En l'espèce, le certificat médical d'incapacité de travail établi le 11 juin 2011, avait été remis à la poste par pli recommandé du 14 juin 2011 et remis à l'employeur seulement le 20 juin 2011, dès lors après l'envoi de la lettre de licenciement. Le tribunal a encore retenu que le délai de trois jours est un délai préfix non susceptible de prorogation.

Quant à l'appréciation de la gravité de la faute, le tribunal a encore retenu que la société B qui, après 8 jours, n'était toujours pas en possession d'un certificat attestant de l'incapacité de travail d'A était en droit de douter sérieusement de la fiabilité de son salarié et qu'une absence injustifiée ou non excusée de 8 jours consécutifs fait présumer la désorganisation de l'entreprise et constitue une faute grave justifiant un licenciement avec effet immédiat.

Le tribunal a encore écarté le moyen tiré de l'irrégularité formelle du licenciement au motif que le requérant a omis de tirer une conclusion juridique de la prétendue irrégularité.

En ce qui concerne les heures supplémentaires, le tribunal a retenu que la demande était prescrite pour autant qu'elle tend au paiement d'heures prestées pour la période antérieure au 14 octobre 2008. Pour le surplus, il a déclaré la demande irrecevable pour être indéterminée en ce qu'elle tend au paiement d'heures supplémentaire prestées ou d'heures de travail prestées le week-end de jour et les jours fériés de jour sans avoir été payées.

Le tribunal a par contre fait droit à l'offre de preuve par voie d'expertise en ce qui concerne la demande de prestation d'heures de nuit pendant la période allant de juin 2009 à juin 2011.

En ce qui concerne la demande du chef de harcèlement moral, le tribunal a écarté l'offre de preuve du requérant au motif qu'elle ne fait état d'aucun fait précis; que les ordres stricts sur un ton austère ne témoignant pas, à défaut d'autres précisions d'un manque de respect de l'employeur, qu'A n'a pas précisé à quelle heure et à quelle fréquence il a reçu des messages de son employeur par le biais de l'ordinateur de bord, ni quelles auraient été les manipulations frauduleuses que l'employeur l'aurait obligé de commettre, ni quand et de quelle manière l'employeur l'aurait forcé à manipuler l'unité embarquée.

Par exploit d'huissier du 24 juillet 2013, A a régulièrement interjeté appel de ce jugement.

Il conclut, par réformation :

-à dire recevable sa demande en paiement d'arriérés de salaires pour heures supplémentaires, heures prestées le weekend de jour et heures prestées les jours fériés de jour, partant condamner la société B à lui payer 1.253,58 heures de travail, soit la somme de 16.772,90 euros brut, sinon de voir nommer aux frais de la société B un expert avec pour mission de déterminer le nombre d'heures prestées le weekend de jour et heures prestées les jours fériés de jour pendant la période du mois de juin 2009 au mois de juin 2011 et de déterminer le solde devant lui revenir ;
- à dire recevable le moyen tiré de l'irrégularité formelle du licenciement, partant condamner la société B à lui payer une indemnité, à savoir un mois de salaire, soit la somme de 2.753,52 euros ;
- dire le licenciement avec effet immédiat du 17 juin 2011 abusif et dire fondées sa demande en paiement d'une indemnité compensatoire de préavis et de dommages et intérêts pour préjudice moral et matériel, partant condamner la société B à lui payer du chef de licenciement abusif :
- une indemnité compensatoire de préavis non respecté de 2 mois, soit la moyenne des 3 derniers mois de salaire brut (mars, avril et mai 2011), càd (2.632,79 + 2.788,23 + 2.839,53 /3 x 2 =) 5.507,03 euros,

- un préjudice moral de 7.500 euros,
- et un préjudice matériel (pertes de revenus, durée prévisible de recherche de travail dans le même secteur : 12 mois de salaire sur base de la moyenne des 3 derniers mois de salaire brut (mars, avril et mai 2011), soit (2.632,79 + 2.788,23 + 2.839,53 /3 x 12 =) 33.042,20 euros;
- dire fondée sa demande pour harcèlement moral, sinon de recevoir ses offres de preuve par voie d'enquête, partant condamner la société B à lui payer des dommages et intérêts, à savoir la somme de 10.000 euros, sinon de les fixer ex aequo et bono par le tribunal.

La société B conclut à la confirmation du jugement entrepris et à l'allocation d'une indemnité de procédure de 2.500 euros.

- ***quant au licenciement abusif:***

A reproche aux premiers juges de ne pas avoir retenu le caractère abusif du licenciement eu égard aux circonstances particulières de l'espèce.

En ce qui concerne le premier grief tiré de son absence injustifiée à partir du 10 juin 2011 au soir, A soutient qu'il avait informé le vendredi soir 10 juin 2011 son employeur vers 19.45 heures qu'il se sentait mal et lui avait écrit au moyen de l'ordinateur de bord « transics » qu'il aurait un mot du médecin le mardi, à savoir le 14 juin 2011 ;
-qu'il avait passé toute sa matinée du 11 juin 2011 à compter de huit heures au cabinet médical en raison de la file d'attente des patients; qu'il habitait en juin 2011 à Nancy et que la levée du courrier au guichet de la Poste de X ne se fait le samedi que jusqu'à midi ;
-que même s'il avait expédié le courrier avec le certificat médical par voie recommandée ou par voie normale encore l'après-midi du samedi 11 juin 2011, celui-ci n'aurait pu arriver à destination le dimanche, soit le troisième jour de son absence ; qu'en outre, le dimanche et le lundi de la Pentecôte la société B était fermée ;
-qu'il avait encore pris la précaution d'appeler son employeur le mardi matin 14 juin 2011, à 8.53 heures, premier jour d'ouverture de la société après le week-end prolongé, de son incapacité de travail ;
que l'employeur savait donc qu'il s'était senti mal le vendredi soir pour aller chez son médecin, qu'il habite loin de son lieu de travail et que le mardi 14 juin 2011, il était encore en maladie, mais que néanmoins il l' a licencié pour absentéisme.

L'appelant reproche dès lors aux premiers juges de ne pas avoir tenu compte de son appel le vendredi soir vers 19.54 heures, ni de celui du mardi 14 juin 2011, à 8.53 heures; ni du fait qu'il s'agissait du week-end prolongé de la Pentecôte, ni même de l'éloignement de son domicile.

Il conteste par ailleurs le caractère réel et sérieux de l'absence lui reprochée en faisant valoir que lors de son appel le mardi 14 juin 2011, G n'avait pas fait état du moindre problème d'organisation de travail ou d'une nouvelle obligation d'effectuer le trajet Y-Z, mais aurait accepté sa situation médicale. L'employeur ne lui aurait pas non plus téléphoné ni le samedi 11 juin 2011, ni même le dimanche 12 juin 2011, ni même le lundi de Pentecôte pour lui faire état de la prétendue mise en danger grave de l'organisation du travail et aucun préjudice ne serait prouvé ni au niveau de la société B, ni au niveau du client D.

En ce qui concerne le deuxième motif du licenciement tiré du fait qu'il avait déjà accumulé un retard d'une livraison complète pour le client D au cours des jours précédents, A conteste encore le fait lui reproché pour défaut de précision et comme n'étant nullement prouvé.

La société B au contraire conclut à la confirmation du jugement entrepris en ce que les premiers juges ont qualifié de faute grave l'absence non excusée du salarié pendant huit jours consécutifs. Elle fait valoir que le délai de trois jours endéans lequel l'employeur doit soumettre le certificat de maladie attestant de son incapacité de travail est un délai préfixe, que plusieurs bureaux de postes de X étaient ouverts jusqu'à 16.00 heures et que le numéro de téléphone vers lequel l'appel du mardi 14 juin 2011 avait prétendument été passé ne correspond ni au numéro standard, ni à une extension connue de son entreprise. Elle soutient encore qu'une absence de huit jours a nécessairement perturbé le bon fonctionnement de l'entreprise et a mis en danger la relation commerciale avec son client D, ce d'autant plus qu'A avait déjà accumulé du retard dans les livraisons précédant le 10 juin 2011, de sorte que malgré son remplacement par E, la dernière livraison n'avait pu être effectuée que le mardi matin par un autre salarié F.
En ordre subsidiaire, elle formule une offre de preuve par témoins tendant à établir la réalité des faits à la base du licenciement.

Pour pouvoir se prévaloir comme le fait A de la protection contre le licenciement prévue à l'article L.121-6 du code du travail, le salarié a l'obligation d'une part, d'informer son employeur le premier jour de son absence et d'autre part, de lui remettre le troisième jour de son absence au plus tard le certificat d'incapacité de travail.

En l'espèce, il résulte des relevés des messages « transics » du 10 juin 2011 que vers 19.54 heures, A a informé C que *« d'ailleurs, je me sens mal je rentre vous aurez un mot du médecin mardi, merci ».*

Il appert encore d'une facture reprenant le relevé de ses appels téléphoniques du mois de juin 2011 que le mardi matin 14 juin 2011, à 8.53 heures, A a appelé le

numéro 00352 51 22 32 46 et qu'il a recomposé ce numéro le 20 juin 2011, à 8.34 heures. Contrairement aux conclusions de la société B, ce numéro correspond bien au numéro standard de la société B Dudelange (51 22 32-1), appelé avec un numéro de sélection interne direct (-46), numéro qui a l'époque ne comprenait que deux chiffres et qui actuellement se compose de trois chiffres. Il appert en effet de différents messages électroniques versés en cause par l'intimée que tous les numéros d'extension interne sont actuellement précédés du chiffre 1 et qu'H, Responsable Ressources Humaines, peut être appelée sous le numéro direct de : 00 352 51 22 32 146.

Il résulte du message du 10 juin 2011 ensemble l'appel téléphonique du 14 juin 2011 que la société B ne saurait raisonnablement nier que le mardi matin le 14 juin 2011, premier jour d'absence de A, après le week-end prolongé de la Pentecôte, celui-ci avait appelé son employeur pour l'informer qu'il avait été voir un médecin et qu'il n'allait pas pouvoir venir travailler.

En ce qui concerne la justification de son incapacité de travail, il se dégage des renseignements fournis et des pièces versées que le certificat médical du samedi 11 juin 2011, posté par A le mardi 14 juin 2011 et parvenu à l'employeur seulement le lundi 20 juin 2011, n'a pas respecté le délai légal de trois jours prévu à l'article L121-6(2) du code du travail quelle que soit la date à retenir comme premier jour d'absence, que ce soit le samedi 11 juin 2011 ou seulement le mardi 14 juin 2011, premier jour ouvrable après la Pentecôte, de sorte qu'il est oiseux d'examiner si A aurait normalement dû travailler le samedi 11 juin 2011 et si dans ce cas il justifierait d'une impossibilité matérielle absolue pour soumettre à son employeur un certificat médical avant la fin du week-end prolongé de la Pentecôte.

Il en suit, que faute par A d'avoir rempli les deux obligations découlant de l'article L.121-6 du code du travail, il n'était pas protégé contre le licenciement et l'employeur était autorisé en principe à le licencier, de sorte que le jugement est à confirmer sur ce point.

Cependant, l'inexécution par le salarié de son obligation d'informer l'employeur le jour même de l'empêchement ou de lui soumettre le troisième jour de son absence au plus tard un certificat médical, ne constitue pas automatiquement un fait ou une faute autorisant le renvoi immédiat du salarié, le juge devant examiner l'existence d'un motif grave suivant les critères prévus par la loi.

Constitue aux termes de l'article L.124-10 du contrat de travail un motif grave de licenciement tout fait ou toute faute qui rend immédiatement et définitivement impossible le maintien des relations de travail.

Les juges doivent tenir compte dans l'appréciation des faits ou fautes procédant de la conduite professionnelle du salarié de différents éléments, en particulier de ses

antécédents professionnels et en général de tous les éléments pouvant influer sur sa responsabilité ainsi que des conséquences du licenciement.

La Cour constate qu'A, loin d'être resté inactif, a utilement averti son employeur d'abord le vendredi 10 juin 2011 soir de ce qu'il se sentait mal et allait consulter un médecin, qu'il a consulté le lendemain un médecin, que dès le mardi 14 juin 2011, il a posté son certificat médical et a téléphoné à son employeur pour l'informer de son absence, de sorte qu'il a pu légitimement croire que son employeur avait été régulièrement averti et qu'il a partant fait les diligences pour informer son employeur de son incapacité de travailler.

Il s'y ajoute que le certificat médical que l'employeur a reçu le 20 juin 2011 atteste la réalité de la maladie du salarié et justifie son absence.

En ce qui concerne la désorganisation de l'entreprise invoquée par la société B, la Cour donne à considérer que la perturbation que l'absence entraîne dans l'organisation du travail est un risque que l'employeur est appelé à prévoir et à gérer et qu'en l'espèce la société B a prévu et géré ce risque.

Il résulte en effet des pièces qu'un autre salarié E qui avait été en congé du fait du décès de son beau-père a assuré la livraison chez le client D le samedi matin, de sorte qu'il n'est pas établi que l'absence d'A a « fortement » désorganisé l'entreprise.

En ce qui concerne le deuxième grief tiré du fait qu'A avait déjà accumulé du retard par rapport à une livraison complète au cours des jours précédant le 10 juin 2011, que la dernière livraison n'a pu être effectuée que le mardi matin par un autre salarié F et que le client D était mécontent de ces retards de livraison, s'il résulte d'un message électronique du 20 juin 2011 que le client s'est effectivement plaint du fait que les camions de la société B venaient souvent « out of their windows » et que « sometimes they arrived two hours too early, and sometimes very late », il n'est pas pour autant établi que ces prétendus retards aient été imputables à A.

Or, à défaut par la société B d'avoir plus amplement précisé ledit reproche dans sa lettre de licenciement par rapport aux jours concernés et/ou aux autres chauffeurs, il devient oiseux d'examiner tous les plannings versés en cause pour déterminer quels avaient été en réalité les prétendus retards précédant le 10 juin 2014 et de rechercher si ces retards étaient, comme le soutient l'intimée, dus à un refus d'A de se conformer aux instructions lui données ou s'ils étaient, comme le prétend l'appelant dus à la mauvaise stratégie de la société D d'avoir recours au transport par route plutôt que sur rail, respectivement au fait que la société B interdisait l'accès à l'autoroute pour économiser du carburant ou encore au fait, que de toute façon, il n'aurait plus pu effectuer le trajet « Y-Z » le week-end du 11 et du 12 juin 2011 sans dépasser la limite d'une durée hebdomadaire de travail de 60 heures,

étant donné que pendant la semaine du 6 au 12 juin 2011, il avait déjà effectué 59,50 heures de service.

En ce qui concerne enfin le troisième grief tiré du manquement d'A à son obligation de vider sa carte conducteur , *« en vue du contrôle de vos heures prestées et des heures de pause et de l'amplitude»*, s'il résulte des propres déclarations d'A qu'il avait omis de ce faire le vendredi 10 juin 2011, ce grief n'est cependant pas non plus d'une gravité suffisante pour justifier un licenciement avec effet immédiat.

Il en découle et sans qu'il n'y ait lieu à procéder à une mesure d'instruction supplémentaire, que les fautes reprochées par la société B à A n'étaient pas d'une gravité suffisante pour justifier un licenciement avec effet immédiat.

Le jugement est partant à réformer en ce qu'il a déclaré le licenciement justifié.

- ***quant aux montants indemnitaires :***

La demande d'A en paiement d'une indemnité compensatoire de préavis de deux mois est partant fondée et justifiée pour le montant réclamé et non autrement contesté de 5.507,03 euros.

A titre de dommages et intérêts du chef de préjudice matériel pour licenciement abusif, A demande un montant de 33.042,20 euros pour des pertes de revenus, sur base d'une période de référence de 12 mois.

La société B conteste les dommages matériel et moral invoqués, au motif qu'A ne rapporte pas la preuve de la réalité et du quantum du préjudice qu'il invoque. Elle fait valoir que le simple fait d'être inscrit auprès de Pôle Emploi en France comme demandeur d'emploi et d'être indemnisé à ce titre ne suffit pas à rapporter la preuve de la recherche active d'un emploi. En ordre subsidiaire, elle demande de réduire la période de référence.

Si l'indemnisation du dommage matériel du salarié doit être aussi complète que possible, les juridictions du travail en statuant sur l'allocation des dommages et intérêts pour sanctionner l'usage abusif du droit de résilier le contrat de travail ne prennent en considération que le préjudice se trouvant en relation causale directe avec le congédiement. A cet égard, les pertes subies ne sont à prendre en considération que pour autant qu'elles se rapportent à une période qui aurait dû raisonnablement suffire pour permettre au salarié licencié de trouver un nouvel emploi, le salarié étant obligé de faire tous les efforts pour trouver un emploi de remplacement. La simple inscription comme chômeur ne le dispense pas de prendre des initiatives personnelles pour rechercher un nouvel emploi. Comme il lui appartient d'établir qu'il a subi un dommage, il lui appartient également de prouver

avoir fait les efforts nécessaires pour réduire dans la mesure du possible son préjudice et pour trouver rapidement un nouvel emploi.

Il résulte des pièces versées qu'A s'est inscrit le 13 juillet 2012 en tant que demandeur d'emploi auprès de Pôle Emploi et qu'il a été convoqué à une réunion d'information pour son entrée en « FCO ». Il n'est pas établi quelles suites ont été réservées à ce projet professionnel. Il appert encore des pièces qu'A s'est fait inscrire auprès de quatre agences interim, mais qu'il n'a assumé qu'une seule mission du 29 août 2011 au 3 septembre 2009. Il en résulte enfin que depuis 2011, sans préjudice de la date exacte, A a exercé une activité indépendante de coutellerie avec vente de produits de rasage.

Puisque A n'a pas soumis à la Cour d'éléments permettant de retenir qu'il a, à côté de son inscription auprès de l'organisme de chômage en France et d'agences d'interim, fait de quelconques démarches personnelles, les pertes de salaires allégués ne peuvent pas se trouver en relation causale avec le licenciement abusif. Il s'y ajoute qu'A a pris la décision d'exercer une activité professionnelle indépendante, de sorte que la perte de salaire actuellement invoquée est, du fait de cette décision, sans relation causale avec son licenciement.

La demande du chef de dommage matériel n'est dès lors pas fondée.

A réclame 7.500 euros de dommages-intérêts du chef de dommage moral.

La société B conteste l'existence de ce préjudice au motif qu'A n'établit pas qu'il s'est fait des soucis quant à son avenir professionnel.

Au regard de l'atteinte portée à la dignité d'A par les circonstances du licenciement, il y a lieu d'allouer à A un montant de 1.500 euros à titre de dommages-intérêts du chef de préjudice moral.

- ***<u>quant à l'irrégularité formelle du licenciement :</u>***

A réclame la somme de 2.753,52 euros, soit un mois de salaire à titre de dommages et intérêts pour irrégularité formelle du licenciement en ce que la société B occupant plus de 150 salariés a omis de le convoquer à un entretien préalable avant de procéder à son licenciement.

La société B conclut à la confirmation du jugement entrepris au motif que le demandeur avait dans les motifs de sa requête exposé en des termes assez généraux la problématique de l'irrégularité formelle pour défaut d'entretien préalable, sans en avoir tiré aucune conclusion ni formulé une demande chiffrée. La demande actuelle

d'A tendant au paiement d'un montant de 2.753,52 euros constituerait dès lors une demande nouvelle en instance d'appel.

La Cour constate que dans sa requête introductive d'instance A avait déjà formulé une demande pour inobservation de la formalité de l'entretien préalable prévu à l'article L.124-2 du code du travail, sans pourtant l'avoir chiffrée et sans en avoir requis à ce titre une condamnation de l'employeur au paiement de dommages et intérêts.

A a réparé cette omission en instance d'appel, de sorte que sa demande ne saurait être qualifiée de demande nouvelle en instance d'appel.

En vertu de l'article L.124-12 (3) du code du travail, l'indemnité prévue en cas d'irrégularité formelle du licenciement ne peut être accordée lorsque la juridiction du travail juge le licenciement abusif au fond.

La demande d'A tendant au paiement d'une indemnité égale à un mois de salaire en raison d'une irrégularité formelle du licenciement est, au vu des développements qui précèdent quant au caractère abusif du licenciement, irrecevable, de sorte qu'il y a lieu de confirmer, bien que pour d'autres motifs, le jugement entrepris sur ce point.

- ***quant aux heures supplémentaires :***

Aux termes de l'article 18 de la convention collective du travail pour le secteur du transport et de la logistique : *« Par temps de travail, on comprend 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 :*
18.1.1. la conduite ;
18.2.2. le chargement et le déchargement effectués par le salarié ou si la présence du salarié lors du chargement et déchargement est nécessaire ;
18.1.3. le nettoyage et l'entretien technique du véhicule sous condition que ces travaux soient utiles et nécessaires ;
18.1.4. les autres travaux visant à
- assurer la sécurité du véhicule ;
- assurer la sécurité du chargement, y compris le contrôle des opérations de chargement et de déchargement ;
- remplir les obligations légales ou réglementaires, y compris les formalités administratives ;
- à préparer et à consigner le véhicule ;

- assurer des travaux administratifs tels que par exemple les travaux de comptabilité et de décompte, la remise de recettes, les signatures des registres du véhicule et la remise des documents de service.
18.1.5. 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 ne sont pas considérées comme heures de travail, sauf si juste avant le début effectif de la période d'attente, le salarié

- *soit a reçu une instruction ou 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.*

18.1.6. Sont exclus du temps de travail, les temps de pause visés à l'article 21, les temps de repos visés par le règlement CE 561/2006, ainsi que les temps de disponibilité visés à l'article 20. »

Suivant l'article 32.1 : *« L'amplitude est la période de temps entre le début et la fin du travail. »*

A précise et chiffre en instance d'appel sa demande en paiement d'heures supplémentaires, heures prestées le week-end de jour et d'heures prestées les jours fériés de jour pendant la période de juin 2009 à juin 2011 à un montant total de (1.253,58 x 13,38 euros/heure=) 6.772,90 euros brut.

En ordre subsidiaire, il demande à voir nommer un expert avec la mission de déterminer le nombre d'heures prestées le week-end de jour et d'heures prestées les jours fériés de jour pendant la période de juin 2009 à juin 2011 et de déterminer le solde devant lui revenir.

Son calcul se base sur le tableau de synthèse des amplitudes et des absences établi mensuellement par la société B.

A l'appui de sa demande, A fait encore valoir que la société B ne s'est jamais conformée à l'article 23 de la convention collective, de sorte qu'il ne dispose pas de tous les registres de temps de travail ; que suivant le tableau de synthèse, les heures de repos figurent parmi les heures de mise à disposition lesquelles sont à rémunérer suivant les articles 18.1 et 20 de la convention collective, en dehors des heures dont le salarié peut disposer librement; que le total de temps de travail rémunéré ne

correspond pas forcément au temps de travail presté, ce d'autant plus que les fiches de travail ne reflèteraient pas les heures supplémentaires et les heures de nuit réelles et que le tableau des amplitudes n'est qu'une synthèse et n'indique pas si la durée minimale de repos journalier de 9 heures consécutives par période de 24 heures est respectée ou si la durée de conduite de 4.30 heures est respectée.

L'intimée conclut au rejet de la demande en paiement d'arriérés de salaires au titre d'heures supplémentaires au motif qu'A se base pour chiffrer sa demande sur les tableaux de synthèses des amplitudes et des absences pour les mois de juin 2009 à mai 2011 en déduisant du montant des amplitudes mensuelles le montant des heures rémunérées suivant les fiches de salaires mensuelles.

Selon l'intimée, ce calcul est erroné dans la mesure où il ne tient pas compte du fait que selon la Convention collective de travail pour le secteur des transports, le temps de repos ne constitue pas du temps de travail rémunéré. Elle soutient encore qu'il résulte du tableau des synthèses que le temps de travail hebdomadaire autorisé est respecté.

Elle soutient enfin qu'A a sollicité le 29 août 2013 pour la première fois les registres et feuilles d'enregistrement prévues à l'article 23-2 de la Convention collective, de sorte qu'elle ne pouvait plus réserver une suite favorable à cette demande étant donné que le délai de deux ans pour la conservation des feuilles de route était écoulé.

Subsidiairement, l'intimée se rapporte à prudence quant à la nomination d'un expert dont l'avance des frais serait à faire par l'appelant qui sollicite la mesure d'instruction.

En l'espèce, le fait que le tableau relatif aux amplitudes et aux absences, indique, sous l'intitulé « mise à disposition » entre autres une colonne dénommée « repos », ne saurait porter à conséquence, dès lors que d'après l'article 18.1 - 6 de la convention collective les temps de repos, tel que visés par le règlement CE 561/2006, de même que les temps de disponibilité visés à l'article 20, sont exclus du temps de travail de sorte que le décompte tel que présenté par A ne saurait être entériné, étant donné qu'il se fonde sur de fausses prémisses.

A défaut d'autres éléments de preuve, les allégations faites de part et d'autre de la barre ne sauraient être vérifiées et une expertise comptable s'avère dès lors d'ores et déjà vouée à l'échec.

Il en suit qu'il y a lieu de confirmer, bien que pour d'autres motifs, le jugement entrepris en ce qu'il a rejeté cette demande.

Le jugement n'étant pas entrepris en que le tribunal a ordonné une expertise en ce qui concerne le volet de la demande concernant la prestation d'heures de nuit pendant la période allant de juin 2009 à juin 2011, il n'y a pas lieu d'y revenir.

-quant au harcèlement moral :

En ce qui concerne enfin la demande du chef de harcèlement moral, A cite différents exemples et verse des attestations testimoniales et des extraits de conversations provenant de l'ordinateur de bord « transics » pour établir qu'il a été dénigré et mis sous pression psychique et morale en vue de manipuler, par des coupures non permises, l'enregistrement du temps de conduite. Il demande enfin d'enjoindre à l'employeur de verser comme pièce tout document retraçant son parcours le 31 janvier et le 1er février 2011 lors de son retour de son service militaire obligatoire en Turquie.

La société B conteste les faits lui reprochés, en particulier les allégations de l'appelant concernant la manipulation frauduleuse du chronotachygraphe. Elle explique que le chronotachygraphe est un outil indispensable des conducteurs et des exploitants qui permet de veiller au respect des temps des repos quotidiens et hebdomadaires prescrits par les textes législatifs ainsi qu'au respect des temps de conduite maximaux ; qu'au vu des anomalies constatées sur les relevés du chronotachygraphe d'A, il aurait fallu lui rappeler en quoi consistaient les activités exercées et dans quelles catégories il convenait de les classer ; qu'A aurait cependant persisté dans son refus de se conformer à l'utilisation correcte qui devait être faite du chronotachygraphe. Elle cite comme exemple le temps de travail effectif sélectionné par A pour la semaine du 5 au 11 juin 2011 en comparaison avec celui de deux autres salariés qui étaient également affectés au client D.

Elle fait valoir que les attestations testimoniales versées en cause ne sont pas pertinentes et concluantes ; que le relevé des messages « transics » démontre à suffisance qu'il fallait systématiquement rappeler à l'ordre A pour qu'il suive les consignes données par son exploitante, alors qu'il entendait prendre des pauses à sa convenance et qu'il indiquait régulièrement des temps de travail lorsqu'il était en réalité en temps de repos, de même qu'il débutait son travail plusieurs heures avant ou après l'heure prévue.

L'intimée soutient encore qu'il n'y a pas de relation causale entre le prétendu syndrome anxiodépressif du salarié et ses conditions de travail. Au contraire, les rapports d'activité du service de Santé au Travail ainsi que la fiche d'examen médical du salarié contrediraient ses allégations sur les prétendues conditions dégradantes de travail. En outre, A n'aurait jamais dénoncé à la hiérarchie les faits dont il se prétend victime et qui auraient été prétendument commis par G, de sorte

qu'elle ne saurait être rendue responsable d'un prétendu harcèlement moral sur base de l'article 1134 du code civil.

La jurisprudence considère que l'obligation de l'employeur d'exécuter de bonne foi le contrat de travail résultant de l'article 1134 du code civil constitue, en l'absence d'une législation spécifique, la base légale de l'action en dommages et intérêts du salarié pour harcèlement moral sur le lieu de travail.

La directive 2000/78/CE du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail dispose en son article 2, point 3 que *« le harcèlement est considéré comme une forme de discrimination au sens du paragraphe 1 lorsqu'un comportement indésirable lié à l'un des motifs visés à l'article 1er se manifeste, qui a pour objet ou pour effet de porter atteinte à la dignité d'une personne et de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant. »*

Compte tenu du cadre tracé par la prédite directive, il y a lieu de dire que le harcèlement moral se produit lorsqu'une personne relevant de l'entreprise commet envers un travailleur ou un dirigeant des agissements fautifs, répétés et délibérés qui ont pour objet ou pour effet :

- soit de porter atteinte à ses droits ou sa dignité ;
- soit d'altérer ses conditions de travail ou de compromettre son avenir professionnel en créant un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant ;
- soit d'altérer sa santé physique ou psychique.

La charge de la preuve du harcèlement moral incombe, à défaut de texte spécial, au demandeur qui invoque le harcèlement moral.

C'est d'abord à bon droit et pour les motifs que la Cour adopte que les premiers juges ont retenu que l'analyse des messages obtenus ou retournés par le biais de l'ordinateur de bord ne permet pas de déceler des faits de harcèlement moral.

C'est encore à bon escient que les premiers juges ont retenu que les trois attestations testimoniales versées en cause ne sont pas pertinentes pour la solution du litige en ce qu'elles n'ont pas trait aux faits survenus dans le cadre de la relation contractuelle ayant existé entre les parties au litige.

La demande d'A tendant à voir enjoindre à l'employeur de verser comme pièce « tout document retraçant son parcours le 31 janvier 2011 et le 1er février 2011 », après son retour du service militaire en Turquie, doit être rejetée à défaut par l'appelant de préciser le type de pièces réclamées.

En ordre subsidiaire, A réitère son offre de preuve par témoins tendant à prouver les faits suivants :

« Les représentants de la société B S.A., dont G arrivé en octobre 2010 au sein de la société B S.A., ont créé un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant pour les chauffeurs routiers, ainsi que pour A.
Les représentants de la société B S.A. dont notamment M. G, exerçaient des pressions psychiques et morales à l'encontre des chauffeurs routiers, dont A.
A était en dépression en raison de cette ambiance de travail.
M. G n'avait pas de respect pour A en lui donnant des ordres stricts sur un ton austère.
A était même durant son sommeil harcelé de messages de son employeur par ordinateur de bord « transic » afin de lui faire pression comme par exemple en lui demandant d'indiquer sa position géographique.
A a été forcé par son employeur à manipuler son chronotachygraphe pour diminuer son temps de travail et de se mettre en coupure de travail pendant 30 à 45 minutes par jour et de ne pas comptabiliser les temps de chargement et de déchargement.
La société B S.A. demandait régulièrement à A de dépasser les heures de travail et de travailler pendant les coupures journalières.
A a été convoqué par M. G à de nombreuses reprises, à savoir le mardi, 8 février 2011 à 9 heures en présence de Mme H, puis le lundi 21 mars en présence de Mme H, puis le 16 mai 2011 également en sa présence et enfin le vendredi 3 juin 2011 en présence de Mme H et de Melle C, afin que A manipule son chronotachygraphe. »

La société B conclut à l'irrecevabilité de cette offre de preuve au motif que les accusations formulées à son encontre sont vagues, imprécises, totalement infondées et calomnieuses.

La Cour rejoint les premiers juges en ce qu'ils ont écarté cette offre de preuve au motif qu'elle ne fait état d'aucun fait précis et circonstancié de harcèlement moral, qu'elle manque encore de précision quant à l'heure et la fréquence des messages reçus ou quant aux prétendues manipulations qui lui auraient été demandées par l'employeur.

Il s'y ajoute que l'offre de preuve quant aux demandes de manipulation n'est pas crédible au regard des pièces versées, notamment celles relatives à la semaine du 9 au 11 juin 2011, sur base desquelles on peut présumer que les entrevues avaient pour objet le fait que A avait, suivant les données de son chronotachygraphe nécessité, pour le même site de livraison, un temps de travail de loin plus élevé que ses collègues de travail.

Il s'ensuit qu'il y a lieu de confirmer encore sur ce point le jugement entrepris.

Il n'y a pas d'éléments faisant paraître inéquitable de laisser à charge de l'intimée les frais irrépétibles. Elle est par conséquent à débouter de sa demande en obtention d'une indemnité de procédure.

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 fondé ;

par réformation :

dit le licenciement du 17 juin 2011 abusif ;

dit fondée la demande du chef d'indemnité compensatoire de préavis pour le montant de 5.507,03 euros ;

dit fondée la demande du chef de dommage moral pour le montant de 1.500 euros ;

partant condamne la société anonyme B S.A à payer à A la somme totale de (5.507,03 + 1.500 =) 7.007.03 euros avec les intérêts légaux à partir du jour de la demande en justice jusqu'à solde ;

dit non fondée la demande du chef de dommage matériel ;

confirme le jugement entrepris pour le surplus ;

dit non fondée la demande de la société B S.A. sur base de l'article 240 du NCPC ;

fait masse des frais et dépens des deux instances et les impose pour moitié à chacune des deux parties et ordonne la distraction des dépens de l'instance d'appel au profit de Maître James JUNKER qui la demande affirmant en avoir fait l'avance.