Exempt - appel en matière de droit du travail.

Audience publique du vingt-deux octobre deux mille quinze.

Numéro 38029 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 :

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

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice suppléant Nadine TAPELLA d'Esch-sur-Alzette du 10 novembre 2011,

comparant par Maître Martine LAUER, avocat à la Cour à Luxembourg,

e t :

B, demeurant à F-(…),

intimé aux fins du susdit exploit TAPELLA,

comparant par Maître Sandra CORTINOVIS, avocat à la Cour à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL:

Vu l'ordonnance de clôture de l'instruction du 30 juin 2015.

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

Revu l'arrêt rendu par la Cour d'appel du 24 avril 2014 ayant, par réformation du jugement entrepris du 18 octobre 2011, déclaré irrecevable pour cause de forclusion la demande de B pour autant qu'elle tend à voir déclarer le licenciement abusif et à s'entendre indemniser du chef de licenciement abusif et ayant déclaré non fondée la demande reconventionnelle de la société à responsabilité limitée A s.à r.l. en dommages et intérêts du chef de procédure abusive et vexatoire.

Par ce même arrêt la Cour a déclaré recevable la demande de B en ce qu'elle tend à s'entendre indemniser du chef d'un harcèlement moral et en ce qu'elle tend au paiement d'une indemnité de départ et d'une indemnité compensatoire de congés non pris.

Il y a lieu actuellement de statuer sur bien-fondé de ces demandes.

- **quant au harcèlement moral :**

La société A demande, par réformation du jugement entrepris, à déclarer cette demande non fondée au motif que B ne rapporte pas la preuve de prétendus actes de harcèlement moral et qu'aucune pièce ne lui a été communiquée en ce sens. Elle conteste tout acte humiliant ou dégradant perpétré à l'encontre de son ancien salarié

B de son côté conclut à la confirmation du jugement entrepris par adoption de ses motifs.

C'est à bon droit que le tribunal du travail a cité, en l'absence de définition légale, la définition du harcèlement moral, reprise dans la directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail (article 2 alinéa 3), à savoir *« tout comportement qui a pour objet ou pour effet de porter atteinte à la dignité de la personne et de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant ».*

La preuve des éléments constitutifs du harcèlement moral incombe au salarié.

B fait valoir que les éléments constitutifs de harcèlement moral sont donnés, étant donné qu'il y a eu répétition dans le temps d'actes humiliants ou dégradants émanant de la société A, en la personne de ses gérants.

Il se réfère en particulier aux attestations testimoniales versées en cause, au courrier de C, ancien salarié auprès de l'appelante, et aux caméras de vidéo surveillance installées au sein de l'entreprise au mépris des règles et dispositions applicables en la matière.

Il y a lieu d'abord de relever que l'attestation testimoniale émanant de B lui-même ne saurait valoir en tant qu'élément de preuve, étant donné que B ne saurait être témoin dans sa propre cause.

En ce qui concerne le reproche relatif au comportant irrespectueux de l'employeur à l'égard de son salarié, il résulte du courrier de réclamation envoyé le 23 septembre 2005 par C à l'Inspection du travail ainsi que de son attestation testimoniale du 30 avril 2010 que le personnel de la société A a subi de la part du responsable de la société A, Mr. D, des insultes et des menaces « permanentes » lorsqu'il ne travaillait pas assez vite (*i.e « espèces de bourriquets, bandes de chèvres, connards, vous êtes incapables de réfléchir, vous êtes des bons à rien, je vais vous tuer à la kalachnikov ou au lance-flamme… etc »)*. Or, il se dégage de l'attestation testimoniale que les constatations du témoin remontent aux années 2000 à 2005 pendant lesquelles celui-ci travaillait encore auprès de la société A. Ces constatations sont dès lors trop éloignées dans le temps et de surcroît trop générales et imprécises pour établir une atteinte actuelle, personnelle et répétée à la dignité de B. Il en est de même de l'affirmation que Mr. D *« faisait faire des heures supplémentaires au personnel sans rémunération ni récupération et si le personnel refusait, il menaçait de fermer la société ».*

Quant à l'affirmation que B devait réparer les photocopieuses avec des pièces récupérées sur d'autres machines et que lorsqu'il y avait un problème chez le client c'était la faute du technicien *« c'était un bon à rien ou un c.. »,* cette déclaration non autrement circonstanciée ne saurait suffire pour faire preuve du comportement hostile et intimidant de la part de l'employeur à l'égard de son salarié.

En ce qui concerne l'attestation testimoniale de E, celle-ci manque également de pertinence dans la mesure où son auteur ne fait état que d'observations de nature générale, à savoir que lorsque des machines tombaient en panne les techniciens se faisaient insulter *de « bourriquet de l'atelier ou de bon à rien ».*

Quant au reproche relatif à l'installation de caméras de vidéo surveillance *« au mépris des règles et dispositions applicables en la matière »*, s'il résulte d'un échange de courrier entre le mandataire de B et la Commission Nationale pour la protection des données qu'une prise de position avait été demandée à la société A

en rapport avec la finalité et la nécessité de la vidéo-caméra et qu'il avait été demandé à la société A d'introduire, le cas échéant, une demande d'autorisation, il n'est pas pour autant établi que B ait fait l'objet d'actes de surveillance illégaux. La même conclusion s'impose au vu des deux photos versées par B, dont l'appelant s'est lui-même prévalu dans le cadre de son contrôle médical.

Il en découle que B n'établit pas qu'il a fait l'objet d'actes précis de harcèlement moral de la part de son employeur.

Sa demande en dommages et intérêts du chef d'harcèlement moral n'est dès lors pas fondée et il y a lieu de réformer sur ce point le jugement entrepris.

- **quant à l'indemnité de départ :**

A l'appui de son appel incident, B fait valoir qu'il a été engagé avec effet au 1er mars 2000 et que s'il a été licencié le 26 novembre 2009, son licenciement a pris effet seulement le 31 mars 2010, de sorte qu'il bénéficiait d'une ancienneté de 10 ans et d'un mois au moment où le licenciement a pris effet.

La société A conclut à la confirmation du jugement entrepris en ce qu'il a débouté le salarié de sa demande au motif qu'il ne pouvait se prévaloir que d'une ancienneté inférieure à 10 ans au jour de son licenciement.

Aux termes de l'article L.124-7 du code du travail, l'ancienneté de service pour calculer l'indemnité de départ est appréciée à la date d'expiration du délai de préavis, même si le salarié a bénéficié de la dispense de travail.

En l'espèce, B qui a été engagé par contrat de travail avec effet au 1er mars 2000 a été licencié le 26 novembre 2009 avec un préavis légal de quatre mois prenant fin le 31 mars 2010, de sorte qu'il justifie au regard de l'article L.124-7 précité d'une ancienneté de 10 ans.

Il a dès lors droit à une indemnité de départ de 2 mois, soit le montant réclamé de 7.092,58 euros.

Le jugement entrepris est partant à réformer sur ce point.

- **quant à l'indemnité de congés non pris.**

B conclut à la réformation du jugement entrepris au motif que l'employeur lui restait redevoir non seulement 4 jours de congé à l'issue de son préavis tels que réclamés dans le cadre de la requête introductive d'instance, mais en réalité 232 heures de congé, suivant le décompte ci-après :

- report 2007 :	16 heures
- congé 2008 :	200 heures
- congé 2009 :	200 heures
- congé au 31 mars 2010 :	50 heures
- paiement indemnité au 31 mars 2010 :	- 234 heures
- solde redû :	232 heures

Il soutient avoir cumulé sur les années 2008, 2009 et 2010, 466 heures de congé dont 234 ont été réglées par l'employeur au mois de mars 2010, de sorte que celui-ci lui reste redevoir 232 heures de congé, soit (232 x 20,4948 euros=) 4.755,72 euros.

Il se prévaut de la fiche de salaire du 1er décembre 2008 renseignant un report de 16 heures de congé de 2007 à 2008. Etant donné qu'il n'avait pris aucun congé en 2008, il aurait encore eu droit à 216 heures en décembre 2008. Or, il aurait été malade du 1er janvier 2009 au 31 août 2009, de sorte que le report du solde de congés au 31 décembre 2008 devait être reporté au delà du 31 mars 2009. Par ailleurs, il aurait fait l'objet d'un licenciement le 26 novembre 2009, de sorte qu'il n'avait pas pu prendre l'intégralité de ses congés. Au 31 décembre 2010, il aurait ainsi pu prétendre non seulement aux 200 heures de 2009 mais également aux 216 heures de 2008, soit un total de 416 heures. Il aurait, en outre, droit pour la période du 1er janvier 2010 au 31 mars 2010 à 50 heures de congé supplémentaires dont il n'y aurait pas lieu de déduire les jours ou demi-jours de congés spéciaux qui lui avaient été accordés en vue de la recherche d'un nouvel emploi.

Il se réfère à l'arrêt rendu par la CJUE le 20 janvier 2009 pour qu'il soit retenu que la maladie constitue un motif valable pour reporter le congé de l'année en cours jusqu'au 31 mars de l'année suivante et même au-delà si le salarié était dans l'impossibilité de prendre son congé jusqu'à la fin de la période de report, si le congé n'a pas pu être repris ultérieurement en raison du fait que le contrat de travail a pris fin.

La société A, en revanche, conclut à la confirmation du jugement entrepris en invoquant les dispositions de l'article L.223-9 du code du travail prévoyant que *« Le congé doit être accordé et pris au courant de l'année du calendrier »*. Elle conteste qu'il y ait eu un quelconque report sur les fiches de salaire et soutient que cette preuve n'est pas rapportée en l'espèce. Elle invoque encore ses virements des 30 mars et 31 décembre 2012 pour dire que le montant de 5.124,70 euros brut avait été réglé à l'époque à titre des soldes de congés non pris.

Aux termes de l'article L.233-1, tous les salariés ont droit, chaque année, à un congé payé de récréation. Ce congé a pour objet de lui permettre de se reposer et de compenser la fatigue du travail.

Ainsi que l'ont retenu à juste titre les premiers juges sur base de l'article L.223-9 du code du travail, le congé doit être accordé et pris au courant de l'année du calendrier.

Il se dégage encore de la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union Européenne et de l'article L.233-12 alinéa 3 du code du travail que lorsque le salarié a été en congé de maladie et que son incapacité de travail a perduré jusqu'à la fin de sa relation de travail, raison pour laquelle il n'a pas pu exercer son droit au congé annuel payé, il a droit au moment de son licenciement à une indemnité correspondant au congé non pris.

En l'espèce, il résulte de la fiche de salaire de décembre 2008, qu'à cette date B bénéficiait d'un report de 16 heures de congé, qu'il n'avait pas encore pris ses congés légaux de 200 heures et que le solde total de ses congés s'élevait à 216 heures.

Il résulte, par ailleurs, des fiches de salaires versées à partir de décembre 2008 que B était malade du 1er décembre 2008 au 31 décembre 2008, puis du 1er janvier 2009 au 31 août 2009, ensuite du 16 novembre au 21 novembre 2009 et enfin du 17 décembre 2009 au 31 décembre 2009.

Ayant été malade du 1er décembre 2008 au 31 août 2009, B n'a dès lors pas pu prendre le solde de ses jours de congé de 2007 et de 2008 pendant la durée de son incapacité de travail. Il aurait cependant pu le faire à partir du 1er septembre 2009 jusqu'au jour de son licenciement, étant donné que son incapacité de travail n'a pas perduré jusqu'à la fin de sa relation de travail.

B ne saurait dès lors plus prétendre à une indemnité correspondant au congé non pris pour les années 2007 et 2008.

En ce qui concerne l'année 2009 et les trois premiers mois de 2010, il résulte de la fiche de salaire de janvier 2010 que B bénéficiait à cette date d'un report de congés pour l'année 2009, qu'il avait droit à 50 heures de congé et qu'il avait pris 16 heures de congé, de sorte que le solde s'éleva à 234 heures.

La fiche de salaire de mars 2010 versée par B renseigne en effet une indemnité de congé non pris correspondant à un solde de 234 heures de congé, soit la somme de 4.796,72 euros brut.

B fait encore valoir qu'il n'y a pas lieu de déduire des 50 heures de congés légaux les jours de congés pris qui lui avaient été accordés au titre de la recherche d'un nouveau travail.

Or, il résulte de la fiche de salaire rectifiée de mars 2010 versée par la société A que B a bénéficié d'une indemnité pour congé non pris correspondant à un total de 250 heures, soit la somme de 5.124,70 euros brut. Le paiement du montant net y afférant résulte de la pièce intitulée historique des comptes généraux versés par la société A.

Il en suit que c'est à juste titre, bien que partiellement pour d'autres motifs, que le tribunal du travail a dit non fondée cette demande.

Il y a partant lieu de confirmer le jugement entrepris sur ce point.

La société A réclame encore un montant de 5.000 euros à titre de dommages et intérêts du chef de procédure abusive et vexatoire Or, cette demande a déjà été toisée par l'arrêt du 24 avril 2014, de sorte qu'il n'y a pas lieu d'y revenir.

Au vu de l'issue du litige, il n'est pas inéquitable de laisser à charge de B l'ensemble des frais de la première instance, de sorte qu'il y a lieu encore de réformer sur ce point le jugement entrepris.

Aucune des deux parties ne justifiant l'iniquité requise par l'article 240 du NCPC, leurs demandes respectives en obtention d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel sont à déclarer non fondées.

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,

statuant en continuation de l'arrêt du 24 avril 2014 ;

réformant :

dit la demande du chef de harcèlement moral non fondée ;

dit la demande du chef d'indemnité de départ fondée pour le montant de 7.092,58 euros ;

partant condamne la société à responsabilité limitée A s.à r.l. à payer la somme de 7.092,58 euros à titre d'indemnité de départ avec les intérêts légaux à partir du 4 mai 2011, jour de la demande en justice jusqu'à solde ;

dit non fondée la demande de B sur base de l'article 240 du NCPC,

confirme le jugement entrepris pour le surplus ;

dit non fondées les demandes respectives des parties en obtention d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel;

fait masse des frais et dépens des deux instances et les impose pour trois quarts à B et pour un quart à la société A s.à r.l. et en ordonne la distraction des dépens de l'appel à Maitre Martine LAUER et à Maître Sandra CORTINOVIS qui la demandent affirmant en avoir fait l'avance.