Arrêt N° 122/16 - III – TRAV

Exempt - appel en matière de droit du travail.

Audience publique du vingt-sept octobre deux mille seize.

Numéro 42303 du rôle

Composition:

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

E n t r e :

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

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Tom NILLES d'Esch-sur-Alzette du 30 mars 2015,

intimée sur appel incident,

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

e t :

B, demeurant à F-(…),

intimé aux fins du susdit exploit NILLES,

appelant par incident,

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

LA COUR D'APPEL:

Vu l'ordonnance de clôture de l'instruction du 28 juin 2016.

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

B ayant été aux services de la société anonyme A S.A. suivant contrat de travail du 2 mai 1997 en qualité de chauffeur routier a été licencié le 29 mai 2013 moyennant un préavis de six mois qui a pris fin le 30 novembre 2013.

La lettre de motivation du 25 juin 2013 est de la teneur suivante :

« Monsieur,
Comme suite à votre demande, nous vous communiquons par la présente les motifs de votre licenciement avec préavis.
La société A S.A. gère un parc propre de 98 véhicules et vous êtes l'un des chauffeurs de ce parc propre.
Or, il s'avère que, sur la période du 1er janvier 2013 au 30 avril 2013, le parc propre en question n'a pas réalisé les budgets prévus.
Ainsi, le chiffre d'affaires total réalisé avec le parc propre sur les quatre premiers mois de l'année 2013 se chiffre à 4.609.487 €, par rapport à un budget fixé à 4.861.271 €, ce qui correspond à un chiffre total non réalisé de 251.784 € et donc un retard sur le budget de plus de 5 %.
Au niveau du résultat d'exploitation réalisé de janvier à avril 2013, nous enregistrons une perte de 63.252 € par rapport à un gain escompté suivant budget sur cette même période de 178.996 € !
Si on ajoute sur cette même période de janvier à avril 2013 au résultat d'exploitation les frais de structure (ex. frais de comptabilité, de ressources humaines et de commerciaux), la perte se chiffre même à 279.985 €, ce qui équivaut à un retard sur budget de plus de 190.000 €.
Dans la mesure où aucune amélioration n'est prévisible à court terme, nous avons décidé de réduire l'exploitation de notre parc propre en termes de véhicules et par voie de conséquence, de réduire le nombre de nos chauffeurs du parc propre, ce qui nous a amené à supprimer votre poste de travail. (...) ».

Par requête du 29 janvier 2014, B a fait convoquer son ancien employeur devant le tribunal du travail d'Esch-sur-Alzette à l'effet de :

- voir condamner la partie défenderesse à lui payer le montant de 2.848,70 euros, sous réserve d'augmentation de la demande de 391,90 euros, à titre de dommages et intérêts pour irrégularité formelle du licenciement, faute de convocation à un entretien préalable;

- voir déclarer abusif le licenciement intervenu par notification en date du 29 mai 2013;
- voir condamner la partie défenderesse à lui payer une indemnité de départ équivalent à trois mois de salaires ainsi que des dommages et intérêts pour préjudice matériel et moral d'un montant total de 57.730,50 euros, sous réserve d'augmentation de la demande de 5.870,50 euros en raison de la nullité d'un avenant au contrat de travail du 15 mai 2013, ou tout autre montant même supérieur à arbitrer par le tribunal ou à dires de consultant ou d'expert, avec les intérêts tels qu'énoncés dans la requête introductive d'instance;
- voir condamner la partie défenderesse à lui payer la somme de 3.135,20 euros correspondant à la différence des salaires mensuels perçus entre le mois d'avril 2013 et le mois de novembre 2013, en raison de la nullité d'un avenant au contrat de travail du 15 mai 2013 ;
- voir condamner la partie défenderesse à lui payer le montant de 33.152,10 euros à titre de rémunération de 200 heures de travail de nuit prestées, évaluées à 4.307,90 euros, et de 1.100 heures supplémentaires et heures prestées le weekend de jour ou les jours fériés de jour, évaluées à 28.844,20 euros, avec les intérêts tels qu'énoncés dans la requête introductive d'instance;
- voir enjoindre à la partie défenderesse de se conformer à l'article 23 de la convention collective transports et logistique sous peine d'une astreinte de 500 euros par jour de retard.

B sollicita encore la condamnation de la société A S.A. à lui payer une indemnité de procédure de 3.500 euros.

A l'audience des plaidoiries, B conclut d'abord à la nullité de l'avenant signé le 15 mai 2013, au motif qu'il avait dû signer, sous contrainte, un avenant à son contrat de travail réduisant son salaire mensuel brut de 391,90 euros et que les dispositions de cet avenant ne lui avaient pas été notifiées conformément à l'article L.121-7 du code du travail. Sur base de l'article L.124-12(3) du code du travail, il réclama dès lors le montant de 3.240,60 euros, soit un mois de salaire, à titre de dommages et intérêts.

Il reprocha ensuite à son employeur de ne pas l'avoir convoqué à un entretien préalable avant de procéder à son licenciement, conformément aux prescriptions de l'article L.124-2 du code du travail.

Il contesta encore tant la précision que le caractère réel et sérieux des motifs de son licenciement. Il fit notamment valoir que les comptes sociaux devraient être appréciés au niveau du groupe des sociétés A, que les difficultés économiques invoquées par l'employeur se trouvaient contredites par l'important projet immobilier, à savoir la réalisation d'une plateforme logistique avec un centre administratif et que son licenciement, comme bien d'autres licenciements intervenus à la même époque, procédait du désir de la société A de remplacer les

chauffeurs-poids lourds de l'entité de droit luxembourgeois par d'autres chauffeurs originaires des pays de l'Europe de l'est où le groupe A était en train de s'implanter dans le but évident de profiter de charges sociales et salariales plus avantageuses. Il soutint enfin que le groupe A, via son site internet, cherchait encore à recruter notamment des chauffeurs routiers. Outre la réparation de ses dommages matériel et moral subis, il fit valoir que l'employeur a omis de lui payer l'intégralité tant des heures de nuit prestées que des heures supplémentaires prestées, des heures prestées le week-end de jour et les heures prestées les jours fériés de jour.

La société A souleva l'irrecevabilité de la demande en nullité de l'avenant du 15 mai 2013 pour constituer une demande nouvelle. Elle se rapporta à la sagesse quant à la demande en paiement de dommages et intérêts pour irrégularité formelle du licenciement. Elle souligna tant le caractère réel et sérieux que précis des motifs du licenciement.

Elle fit valoir qu'il ressort des documents comptables que l'exploitation de la branche d'activité à laquelle était affectée B était non seulement en retard par rapport aux prévisions budgétaires, mais était encore déficitaire. Elle expliqua que cette activité déficitaire l'avait amenée à prendre des mesures de restructuration, à savoir la réduction de son parc roulant et, en parallèle, la réduction du nombre des chauffeurs. Elle soutint qu'elle n'était pas obligée d'attendre que l'ensemble de son activité soit déficitaire avant de prendre les mesures de restructuration qui s'imposaient. En se prévalant d'une jurisprudence de la Cour, elle fit valoir qu'il n'y a pas lieu de prendre en considération les résultats réalisés au niveau d'un éventuel groupe pour apprécier la réalité des motifs économiques invoqués. Elle versa encore une attestation testimoniale afin d'établir la réalité des données chiffrées versées et elle formula une offre de preuve par témoins.
Elle souleva l'irrecevabilité de la demande en nullité portant sur une clause essentielle du contrat de travail pour constituer une demande nouvelle et contesta toute contrainte dans le chef d'B lors de la signature de l'avenant.

En ce qui concerne les heures de travail supplémentaires, la société A souleva la prescription triennale des arriérés de salaires pour la période antérieure au 29 janvier 2011. Elle contesta pour le surplus les heures supplémentaires invoquées au motif notamment que toutes les heures réellement prestées par celui-ci avaient été rémunérées au tarif applicable en vigueur selon la Convention collective du secteur.

Elle demanda enfin l'allocation d'une indemnité de procédure de 2.500 euros.

Par jugement contradictoire du 12 février 2015, le tribunal a :

- donné acte à B qu'il renonce à sa demande en paiement d'une indemnité de départ ;

- déclaré irrecevable la demande d'B à voir déclarer nul l'avenant au contrat du travail signé en date du 15 mai 2013;
- déclaré nulle et de nul effet la réduction de salaire opérée par la société A à partir du mois d'avril 2013 ;
- déclaré prescrits les arriérés de salaires réclamés antérieurs au 30 janvier 2011;
- dit abusif le licenciement intervenu par courrier du 29 mai 2013;
- dit fondée la demande en paiement de dommages et intérêts en réparation du préjudice moral subi à concurrence de 7.500 euros;
- dit non fondée la demande en paiement de dommages et intérêts en réparation du préjudice matériel subi ;
- dit fondée la demande en paiement d'arriérés de salaire pour le montant de 3.125,20 euros à titre de différence entre les salaires de base redus et ceux effectivement payés, partant,
- condamné la société A à payer à B le montant de 10.635,20 euros, ce montant à allouer avec les intérêts au taux légal à partir de la demande en justice, soit le 29 janvier 2014, jusqu'à solde;
- ordonné l'exécution provisoire du jugement nonobstant toute voie de recours en ce qui concerne la condamnation au paiement des arriérés de salaire ;
- pour le surplus :
- condamné la société A à remettre à B au plus tard dans les quinze jours qui suivent la notification du jugement une version imprimée du registre des temps de travail ainsi que des feuilles d'enregistrement et des données téléchargées à partir de l'unité embarquée ou de la carte conducteur pour la période allant du 30 janvier 2011 au 30 novembre 2014 sous peine d'une astreinte de 200 euros par jour de retard;
- dit que cette condamnation à une astreinte cessera tout effet au-delà de la somme totale de 5.000 euros;
- avant tout autre progrès en cause,
- nommé consultant Monsieur C,
avec la mission de concilier les parties si faire se peut sinon, dans un rapport écrit et motivé,
- 1) déterminer et de chiffrer, sur base des données de la carte-chauffeur d'B (ou de l'unité embarquée), des disques tachygraphiques, des feuilles de route et des fiches de salaire de B et de toutes autres pièces à produire, le cas échéant, par les parties, le nombre d'heures supplémentaires et d'heures de nuit, de dimanche et de jours fériés prestées par B au cours de la période du 30 janvier 2011 au 30 novembre 2013 et de calculer les arriérés de salaire dus, s'il y a lieu, de ce chef au requérant, en tenant compte des dispositions de la convention collective pour les chauffeurs professionnels de marchandises par route ;
- 2) de dresser le décompte entre parties et plus particulièrement le solde devant revenir de ces chefs à B.
Le tribunal a enfin réservé la demande d'B en paiement d'arriérés de salaire du chef d'heures de nuit, d'heures supplémentaires, de travail dominical et de travail les

jours fériés ainsi que les demandes respectives des parties en allocation d'une indemnité de procédure et a refixé l'affaire à une audience ultérieure.

Pour statuer comme il l'a fait, le tribunal a déclaré recevable, mais non fondée la demande en nullité de l'avenant, implicitement exprimée dans le dispositif de la requête introductive au motif que l'article L.121-7 du code du travail vise une modification unilatérale de la part de l'employeur, ce qui n'est pas le cas en l'espèce où l'avenant a été signé d'un commun accord des parties. Le tribunal a encore constaté qu'B ne rapportait pas la preuve que son consentement ait été vicié, respectivement qu'il ait été victime d'une violence de la part de son employeur. Le tribunal a cependant constaté que les fiches de salaires du salarié à partir du 1er avril 2012 n'ont pas tenu compte du forfait convenu correspondant à 180 heures et que le taux horaire est passé de 16,92 euros en mars 2013 à 16,47 euros à partir d'avril 2013.

Quant au bien-fondé du licenciement, le tribunal a relevé que la société A a uniquement fourni des données chiffrées quant à deux entités de la société de droit luxembourgeois, « X » et « Y », passant sous silence la situation tant de la société que du groupe et que la société A se réfère uniquement au chiffre d'affaires et au(x) résultat(s) réalisé(s) par les entités « X » et « Y » et que les chiffres invoqués par la société A afin d'étayer les motifs économiques se trouvent infirmés par le rapport du réviseur d'entreprise.

Quant à l'indemnisation, le tribunal a constaté qu'B avait renoncé en cours de délibéré à sa demande en obtention d'une indemnité de départ. Compte tenu de la longue durée des relations de travail et de l'âge du requérant, le tribunal a fixé le dommage moral à 7.500 euros. Au motif qu'B n'établit pas avoir activement cherché un nouvel emploi dès la fin de son contrat de travail, le tribunal a dit non fondée sa demande en réparation d'un dommage matériel. Au vu du caractère abusif du licenciement, le tribunal a rejeté la demande en indemnisation pour irrégularité formelle.

Le tribunal a fait droit à la demande en paiement d'arriérés de salaires pour le montant de 3.135,20 correspondant à la différence de salaires entre les salaires redus et les salaires payés à partir d'avril 2013.

En ce qui concerne les heures supplémentaires, de nuit, dominicales et prestées les jours fériés, le tribunal a constaté que la demande était prescrite pour tous les arriérés de salaires jusqu'au 29 septembre 2011. Le tribunal a encore relevé que la société A, en communiquant au salarié successivement un décompte imprimé de ses heures de travail entre novembre 2011 et le 31 octobre 2013, puis les feuilles récapitulatives quotidiennes imprimées pour la période allant du 1er novembre 2011 au 31 décembre 2013 n'avait pas suffi à ses obligations légales.

Le tribunal a partant enjoint à la société A de fournir à B une version imprimée du registre des temps de travail ainsi que des feuilles d'enregistrement et des données téléchargées à partir de l'unité embarquée ou de la carte conducteur pour la période allant du 30 janvier 2011 au 30 novembre 2013. Retenant que les prétentions du salarié n'étaient pas dénuées de tout fondement, il a nommé un consultant pour déterminer le nombre d'heures supplémentaires, d'heures de nuit et d'heures de travail et de jours fériés prestés et pour en évaluer la rémunération.

De ce jugement, lui notifié le 18 février 2015, la société A a régulièrement relevé appel par exploit d'huissier du 30 mars 2015.

L'appelante conclut, par réformation, à voir déclarer le licenciement intervenu le 29 mai 2013 régulier en la forme et justifié quant au fond, partant, à voir débouter B de toutes ses prétentions formulées en première instance, à titre subsidiaire, à voir admettre la partie appelante à prouver par toutes voies de droit et notamment par l'audition de témoins les faits suivants :
« qu'B était l'un des chauffeurs poids lourd du parc propre de 98 véhicules de la société A suivant contrat de travail du 2 mai 1997.
Il s'est avéré que sur la période du 1er janvier 2013 au 30 avril 2013, le parc propre en question n'avait pas réalisé les budgets prévus.
Ainsi, le chiffre d'affaires total réalisé avec le parc propre sur les quatre premiers mois de l'année 2013 se chiffrait à 4.609.487 € par rapport à un budget fixé à 4.861.271 €, ce qui correspondait à un chiffre d'affaires total non réalisé de 251.784 € et donc un retard sur le budget de plus de 5 %.
Au niveau du résultat d'exploitation réalisé de janvier à avril 2013, la société A avait enregistré une perte de 63.252 € par rapport à un gain escompté suivant budget sur cette même période de 178.996 €.
En ajoutant sur cette même période de janvier à avril 2013 au résultat d'exploitation les frais de structure (par exemple les frais de comptabilité, de ressources humaines et de commerciaux), la perte se chiffrait même à 279.985 €, ce qui équivalait à un retard sur budget de plus de 190.000 €.
Dans la mesure où aucune amélioration n'était prévisible à court terme, la société A a décidé de réduire l'exploitation de son parc propre en termes de véhicules et par voie de conséquence, de réduire le nombre de ses chauffeurs, ce qui l'a amenée à supprimer le poste de travail de Monsieur B. »

A titre plus subsidiaire, l'appelante demande à :
- se voir admettre à prouver ces faits et chiffres par voie d'expertise ;
- à titre plus subsidiaire, et pour autant que le licenciement serait retenu comme étant abusif,
- voir confirmer le jugement entrepris en ce que la demande du chef de dommage matériel a été déclarée non fondée,
- voir dire que l'intimé n'a pas droit à l'indemnisation d'un préjudice moral ;

- à titre encore plus subsidiaire, voir réduire le montant alloué par les premiers juges à titre de préjudice moral à l'intimé,
- voir déclarer qu'il n'y a pas eu modification sur le salaire et qu'il n'y a pas eu violation de l'article L.121-7 du code du travail,
- partant, déclarer non fondée la demande de l'intimé de se voir allouer le montant de 3.135,20 euros ;
- lui donner acte que toutes les heures prestées par l'intimé ont été rémunérées par l'appelante au tarif applicable en vigueur selon la Convention collective transports et logistique,
- partant voir débouter l'intimé de sa demande en paiement des heures supplémentaires, des heures de nuit, des heures de jour le dimanche et des heures de jour les jours fériés concernant la période non prescrite du 30 janvier 2011 au 30 novembre 2013,
- lui donner acte qu'elle a d'ores et déjà répondu à l'obligation prescrite par l'article 23, point 2, de la Convention transports et logistiques,
partant voir débouter l'intimé de sa demande visant à obtenir les documents à se voir communiquer les documents visés par l'article 23, point 2, sous peine d'astreinte,
- à titre subsidiaire, voir limiter cette demande à une période de deux années courant soit à commencer du prononcé de l'arrêt à intervenir, sinon du prononcé du jugement entrepris, sinon du jour de l'introduction de la demande en justice,
- à titre encore plus subsidiaire, et pour le surplus, lui donner acte qu'elle se rapporte à la sagesse de la Cour quant à la décision des premiers juges ayant fait droit à la demande adverse de voir nommer un expert afin de dresser un décompte entre parties,
- en tout état de cause, acter que l'avance des frais d'expertise sera à effectuer par l'intimé.

L'appelante conclut enfin à l'allocation d'une indemnité de procédure de 2.500 euros.

B interjette appel incident en ce qui concerne le montant du préjudice moral attribué par les premiers juges et demande par réformation à voir fixer le préjudice moral à 15.000 euros.
Au cas où le licenciement devait être considéré comme justifié, il demande de se voir allouer le montant de 3.240,60 euros à titre de dommages-intérêts pour irrégularité formelle du licenciement.
Il conclut pour le surplus à la confirmation du jugement entrepris.

- **<u>quant à la précision des motifs du licenciement :</u>**

B réitère son moyen titré de l'imprécision des motifs de son licenciement.

Il fait valoir que les motifs économiques sont imprécis en ce qu'ils ne font pas référence à la situation du groupe, la société A se concentrant sur les seules activités « X » et « Y » en passant sous silence les activités de transport au niveau du groupe.

B soutient encore que la société A ne précise pas dans sa lettre de motivation la raison d'être de la subite baisse du chiffre d'affaires et qu'elle ne fournit pas de précisions relatives au budget prévisionnel et au bénéfice escompté.

La société A explique que pour faciliter l'établissement de la comptabilité et la gestion de ses activités, celles-ci sont regroupées administrativement en deux principales activités, la première, consistant dans l'activité de transport proprement dite au moyen d'un parc propre et de conducteurs pouvant effectuer les transports, décrite dans la lettre de motivation comme «un parc propre de 98 véhicules » dont B faisait partie et qui regroupe les activités dites « X » et Y » et la seconde activité tendant à organiser le transport et l'affrètement de marchandises par le biais de sociétés de sous-traitance, appelée activité « Z » dont le personnel est sédentaire et non mobile.

Elle fait valoir qu'il résulte clairement de la lettre de communication des motifs que le chiffre d'affaires réalisé pour l'activité de transport proprement dite accusait fin avril 2013 un important retard sur les prévisions budgétaires et que le résultat d'exploitation fin avril pour cette activité faisait apparaître une perte de 63.252 euros, perte qui se serait d'ailleurs confirmée en atteignant fin décembre 2013 un montant de 581.320 euros.

Aux termes de l'article L.124-5 (2) du code du travail, l'employeur est en droit de licencier pour des *« motifs fondés sur les nécessités de fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service »* qui doivent être réels et sérieux.

La loi n'exige donc pas l'existence de difficultés économiques pour justifier le licenciement, mais prend en considération les seules nécessités du fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service.

Il ne peut partant pas être reproché à la société A de ne pas avoir précisé dans la lettre de motivation la situation du groupe en entier et de s'être limitée à la description des difficultés économiques rencontrées au niveau de l'activité du parc propre ayant conduit à la suppression du poste du salarié.

En disant dans la lettre de motivation que le licenciement se justifie au vu de la baisse du chiffre d'affaires réalisé dans le parc propre sur les quatre premiers mois de l'année 2013 et au niveau du résultat d'exploitation pour cette même période, même en ajoutant au résultat d'exploitation les frais de structure et en fournissant des données chiffrées quant au chiffre d'affaires réalisé, le budget fixé et les

résultats d'exploitation mentionnés, la société A a suffisamment précisé sa lettre de licenciement, sans qu'il n'eût été nécessaire qu'elle explique encore les raisons qui, d'après elle, ont pu provoquer la baisse du chiffre d'affaire et/ou la perte d'exploitation alléguée ou encore les bases de son budget prévisionnel.

- **<u>quant au caractère réel et sérieux des motifs du licenciement :</u>**

B conteste le caractère réel et sérieux des motifs de son licenciement au motif d'abord que les documents comptables versés par l'appelante sont imprécis, incomplets et partiaux. Ainsi les activités de transport proprement dites effectuées par la société A au moyen de véhicules propres, désignées par « Y » et « X » ne seraient pas confirmées par pièces avec indication de la période pendant laquelle ces désignations s'appliquent ; que la pièce no 3) intitulée « relevé de données en relation avec le chiffre d'affaires » serait une annexe sans entête ou signature d'un réviseur d'entreprise et ne comporterait aucune indication quant aux frais fixes.

Il soutient encore que, conformément à la motivation du jugement entrepris, il y a lieu de constater que le rapport du réviseur d'entreprise ne constitue ni un audit, selon les normes internationales d'audit, ni un examen selon les normes internationales relatives aux missions d'examen de l'information financière, de sorte qu'il n'y aurait aucune assurance sur les annexes 1 à 4. Par ailleurs, le rapport aurait été réservé à toutes fins utiles, jugées nécessaires par le conseil d'administration de la société A, de sorte qu'il n'aurait été rédigé que pour les seuls besoins spécifiques de celui-ci.

La société A au contraire fait valoir que ses pièces sont suffisamment précises, qu'elle a donné la situation financière de la société mois par mois et que, contrairement à ce qui a été retenu par les premiers juges, la remarque figurant dans le rapport des réviseurs d'entreprises n'est pas à comprendre dans le sens que les relevés qu'elle a fournis sont inexacts. En ordre subsidiaire, elle demande l'institution d'une expertise comptable.
L'examen des pièces versées par l'appelante permet de constater que les différentes activités relevées par la société A résultent du rapport du réviseur d'entreprise et que la pièce no 3 ne constitue qu'un tableau de synthèse des données comptables figurant sur les annexes jointes et dont les intitulés permettent de retracer tant l'activité concernée que la période en cause, mois par mois pour la période de janvier à avril 2013, et même jusqu'à décembre 2013.

La Cour n'a pas de raisons de mettre en doute la véracité des chiffres y détaillés.

Il en résulte que si les deux activités « Y » et « X » faisaient déjà apparaître à la fin du mois d'avril 2013, soit au moment du licenciement, une perte d'exploitation totale de (-55.598 + -7.654 =) -63.252 euros, cette perte s'est encore fortement

accentuée à partir d'avril 2013 jusqu'en décembre 2013 où elle s'élevait à (-547.160 + -34.160 =) -581.320 euros.

Ces données ne sont pas contredites par le rapport du réviseur d'entreprise du 19 décembre 2014 dont la mission était en ce qui concerne les activités « Y » et « X » de comparer les chiffres repris dans le tableau de synthèse au 31 décembre 2013, respectivement au 30 avril 2013 (annexe 3 du rapport) avec le résultat opérationnel indiqué dans « les résultats des activités » au 31 décembre 2013, respectivement au 30 avril 2013 (annexe 2 du rapport).

Le fait que le rapport a été établi à la demande du conseil d'administration de la société A, qu'il se base sur les données comptables fournies par l'employeur ou qu'il émet la réserve qu'il ne constitue pas un audit selon les normes internationales n'est pas de nature à ébranler sa force probante dans la mesure où il s'agissait d'une mission de contrôle des résultats des activités « X » et « Y ».

Ledit rapport ne dément pas les chiffres avancés par la société A à l'appui du licenciement. En effet, il résulte du rapport que les différences relevées par les auditeurs sous le point 1) de leur rapport n'affectent pas les données communiquées à l'annexe 3 du rapport. Si au point 2), les auditeurs ont constaté au 31 décembre 2013 pour l'activité « X » une différence entre les documents analysés quant à l'indication du chiffre d'affaires réalisé et du nombre de kilomètres parcourus, il résulte cependant de l'attestation testimoniale d'D que cette différence provient d'une erreur matérielle, en l'occurrence d'une inversion entre les chiffres des deux postes en question.

En ce qui concerne le point 3) la différence de 71 euros, respectivement de 61 euros relevés par les auditeurs au 30 avril 2013 pour l'activité « Y », respectivement pour l'activité « X », en relation avec le résultat opérationnel indiqué dans la situation au 30 avril 2013 (annexe 3) et le résultat opérationnel indiqué dans « les résultats des activités » au 30 avril 2013 (annexe 2), force est de constater que ces différences sont très faibles et ne sont pas de nature à démentir le résultat opérationnel global des activités « Y » et « X » au 30 avril 2013.

B fait encore valoir que si les activités au moyen de véhicules propres sont déficitaires, elles le sont volontairement puisque la société A sous-traiterait ses activités afin de pouvoir justifier les licenciements et réduire ainsi le parc de véhicules propres. De cette façon, les activités dites « X » et « Y » diminueraient forcément et celle dite « Z » gérée au moyen de véhicules appartenant à des sociétés sous-traitantes du même groupe établies en Hongrie ou en Pologne augmenterait. Selon l'intimée, la société A recourt ainsi à tout moyen pour augmenter ses bénéfices en profitant de l'absence d'harmonisation de règles sociales ou fiscales à travers l'Europe, qu'elle a investi des millions d'euros dans A LOGISTICS dont le

chantier a démarré en mars 2013 et qu'elle ne connaît pas de pertes ou d'insolvabilités et qu'il ne s'est jamais vu offert de façon concrète un reclassement. Selon l'intimé, une simple visite des lieux permettrait de s'apercevoir que les chauffeurs ne sont en effet plus des chauffeurs régionaux, mais des chauffeurs des payés de l'est moins onéreux.

L'appelante résiste au motif que, et contrairement à l'avis des premiers juges, il n'est pas nécessaire d'analyser la situation du groupe de sociétés auxquelles elle appartient et qu'il n'appartient pas aux juges de se substituer à l'employeur dans l'appréciation des mesures à prendre et de remettre en cause les choix stratégiques de l'employeur.

Elle explique qu'après avoir constaté un résultat d'exploitation négatif et un retard conséquent sur le budget prévisionnel en relation avec une diminution du chiffre d'affaires des activités de transport proprement dite, elle aurait décidé de réduire le nombre de véhicules du parc propre et partant le nombre de chauffeurs, pour diminuer ainsi les coûts d'exploitation et que cette décision visant à réorganiser l'entreprise aurait conduit à la suppression des postes d'B et de son collègue de travail E.

Elle fait valoir que l'employeur peut légitimement prendre les mesures qu'il juge opportunes pour assainir une branche d'activité déficitaire qui pèse sur le résultat global de son entreprise, respectivement qu'il ne doit pas attendre que sa situation devienne catastrophique avant de pouvoir agir.

Il appartient au chef d'entreprise qui est seul responsable des risques assumés et qui bénéficie du pouvoir de prendre les mesures que paraît commander la situation donnée de l'entreprise, de faire le choix des personnes touchées par les mesures, sauf à la personne licenciée de prouver qu'elle a été victime d'un abus de droit et que le motif invoqué n'était qu'un prétexte pour se défaire d'elle.

Il n'appartient pas au juge de se substituer à l'employeur dans l'appréciation des mesures à prendre. Or, l'intérêt de l'entreprise justifie que l'employeur prenne des mesures et le cas échéant des mesures de licenciement en cas de dégradation de ses activités.

Il n'existe pas d'obligation pour l'employeur de prendre des mesures de réduction des autres coûts avant de réduire les coûts salariaux.

L'employeur est d'ailleurs en droit d'agir sur les coûts salariaux non seulement lorsque la survie de l'entreprise en dépend, mais également lorsque cette réduction lui permet d'augmenter la rentabilité économique de l'entreprise.

Conformément aux conclusions de l'appelante, les considérations de l'intimé en rapport avec le choix de la société A d'investir dans une plate-forme logistique et de sous-traiter le transport pour les activités dites « Z », avec le remplacement de véhicules ou encore en relation avec le nombre des salariés licenciés sont à rejeter pour défaut de pertinence.

B conclut encore au caractère abusif du licenciement au motif qu'il ne s'est jamais vu offert de façon concrète un reclassement, ni de formation continue au travers de « A Académie », ce pour l'unique raison que son salaire fut trop élevé. Il ajoute que bien qu'habitant en France, il ne s'est pas non plus vu proposer de travailler dans un autre centre d'exploitation que celui de Luxembourg, alors que la société A indiquerait sur son site internet que le poste de chauffeur routier reste le premier profil le plus fréquemment recherché et qu'elle compte 60 centres d'exploitations de proximité.

La société A au contraire fait valoir que bien qu'aucune obligation de reclassement ne pèse sur l'employeur vis-vis-vis des salariés licenciés pour motifs économiques, elle s'était quand même assurée qu'aucune réaffectation d'B n'était envisageable avant de procéder à son licenciement. Elle renvoie à sa lettre du 27 juin 2013 par laquelle elle avait, à toutes fins utiles, informé B qu'il n'a pas été possible de le reclasser en interne, alors qu'aucun poste de travail *« adapté à vos qualifications professionnelles et à votre niveau de rémunération »* n'était disponible.

Elle explique qu'B ne pouvait être réaffecté à l'activité dite « Z » qui est purement logistique et pas non plus à un poste administratif pour lequel il n'a suivi aucune formation. L'extrait du site internet relatif à l'entreprise A daté du 30 novembre 2015 ne prouverait pas non plus qu'en 2013 elle cherchait de nouveaux conducteurs.

Il y a d'abord lieu de relever que la loi ne prévoit pas, en cas de licenciement fondé sur les nécessités de fonctionnement de l'entreprise, une obligation de reclasser le salarié à un autre emploi.

Les dires de la société A selon lesquels elle avait informé le salarié que tout reclassement était impossible ne sont pas contredits par d'autres éléments de la cause.

En effet, les extraits versés par B en relation avec le site internet de la société A qui sont datés du 24 mars 2015 ne permettent pas de retenir qu'au moment du licenciement du salarié en mai 2013, la société A aurait recruté parallèlement de nouveaux chauffeurs routiers pour son parc propre. Les extraits intitulés « profils recherchés» qui ne sont pas datés et qui figurent à la suite d'un extrait d'octobre 2012 ne sont pas davantage pertinents.

Il suit des développements qui précèdent et sans qu'il n'y ait lieu de procéder à une mesure d'instruction complémentaire, que la société A a rapporté la preuve du caractère réel et sérieux des motifs économiques invoqués à l'appui du licenciement. Le licenciement est donc justifié.

En l'absence d'un licenciement abusif, les demandes d'B en réparation des dommages moral et matériel ne sont pas fondées.

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

- **quant au caractère régulier du licenciement :**

Au cas où le licenciement devait être déclaré justifié, B maintient sa demande en dommages et intérêts pour irrégularité formelle du licenciement, à défaut par l'employeur d'avoir procédé à son entretien préalable conformément à l'article L.124-2 du code du travail.

La société A n'ayant pas contesté le bien-fondé de cette demande, le licenciement est dès lors à déclarer irrégulier pour vice de forme.

B a dès lors droit à titre de dommages et intérêts à un mois de salaire brut, soit la somme réclamée de 3.240,60 euros.

- **quant à la modification unilatérale d'une clause essentielle du contrat et aux arriérés de salaires :**

La société A reproche aux premiers juges d'avoir relevé une baisse du salaire horaire ainsi qu'une réduction des heures incluses en comparant les fiches de salaire antérieures à l'avenant et les fiches de salaire postérieures à l'avenant. Ce faisant les premiers juges auraient fait une lecture erronée des fiches de salaire. Elle affirme que le taux horaire est resté identique et que seul le forfait d'heures supplémentaires allouées au salarié chaque mois a été modifié ce à quoi le salarié a valablement consenti.

Elle conclut dès lors, par réformation du jugement entrepris, à voir constater qu'il n'y a pas eu modification d'une clause essentielle du contrat de travail en ce qui concerne le salaire payé à B à partir d'avril 2013, mais une application correcte de l'avenant au contrat de travail conclu entre parties.

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

Il fait valoir que même s'il a signé l'avenant au contrat de travail, il n'a pas pour autant donné son accord avec le contenu de cet avenant, étant donné qu'il a été menacé de licenciement s'il ne signait pas et à son âge, il n'aurait pas voulu courir un risque. Il soutient qu'il faut lire les fiches de salaire ligne par ligne et qu'il y a lieu de calculer le nombre d'heures correspondant au salaire de base sans rajouter de quelconques autres heures. Il y aurait dès lors lieu de maintenir l'ancienne rémunération brute, alors que selon la Convention collective le salaire des travailleurs mobiles ne pourrait être diminué.

L'avenant au contrat du travail signé le 15 mai 2013 par B est de la teneur suivante :

« 1.1 A compter du 1er avril 2013, la rémunération allouée à Monsieur B correspondra à un forfait mensuel égal à 180 heures.
1.2 s'y ajoutera les sommes dues au titre des heures supplémentaires accomplies au-delà de cette durée sur instruction du service exploitation (...) »

C'est à juste titre et pour les motifs que la Cour adopte que les premiers juges ont retenu qu'en l'espèce B n'établit pas qu'il a signé l'avenant sous l'effet d'une contrainte ou de menaces et qu'ils ont partant retenu que l'avenant était valable.

Il résulte des fiches de salaires versées en cause qu'à partir du mois d'avril 2013, la société A a payé à B un salaire mensuel correspondant à 173 heures. Les explications fournies par la société A d'après lesquelles les fiches de salaire émises à partir d'avril 2013 feraient cependant apparaître que le montant global des heures payées est bien de (173 + 7=) 180 heures s'avèrent infondées, dans la mesure où ce ne sont pas tous les mois qui font état de 7 heures supplémentaires au taux majoré.

Il y a partant lieu de confirmer le jugement entrepris en ce qu'il a retenu qu'en l'espèce, la diminution du salaire d'B constitue une modification unilatérale d'une clause essentielle du contrat de travail qui doit être considérée comme nulle pour ne pas avoir été notifiée à B dans les forme et délai prescrits par l'article L.127 du code du travail et qu'ils ont partant fait droit à sa demande pour le montant réclamé de 3.135,20 euros.

- **<u>quant à la demande en paiement d'heures supplémentaires :</u>**

En ce qui concerne la demande du chef d'heures supplémentaires, B maintient que la société A ne s'est pas conformée à l'article 23.2 de la Convention collective.
Il invoque les mauvaises relations de travail et la pression constante de gagner du temps et d'économiser du carburant depuis que F et G sont au département des ressources humaines.

Il soutient encore qu'il ne pouvait pas calculer le nombre exact des heures supplémentaires non rémunérées, car l'employeur dispose de toutes les informations, de sorte qu'il avait même dû agir en référé pour obtenir les documents visés à l'article 23.2 de la Convention collective de travail pour le secteur des transports.

La société A conclut à la réformation du jugement entrepris au motif qu'B n'a jamais contesté les fiches de salaires. Elle conteste les allégations de l'intimé au sujet de relations de travail tendues entre les salariés et les deux supérieurs hiérarchiques F et G. Elle soutient que l'intimé n'a jamais formulé une demande tendant à obtenir des renseignements. Au vu du nombre d'heures réclamées, elle maintient qu'B confond manifestement le temps de travail rémunéré avec l'amplitude totale qui inclut le temps de repos ainsi que le temps de disponibilité, qui ne constituent pas, en droit luxembourgeois, du temps de travail effectif rémunéré.

C'est à bon droit et pour les motifs que la Cour adopte, que les premiers juges ont relevé que le défaut de contestation des fiches de salaires invoqué par la société A ne saurait à lui seul valoir reconnaissance par B de leur régularité.
A l'appui de sa demande en paiement d'heures supplémentaires, B verse sa carte conducteur et ses fiches de salaires, desquelles il résulte qu'un certain nombre d'heures supplémentaires ont été payées par l'employeur.

A l'instar des premiers juges, la Cour constate que le nombre des heures réellement prestées par B ne ressort pas dès à présent des éléments dont la Cour peut avoir égard.

Il y a partant lieu de confirmer le jugement entrepris en ce qu'il a nommé un homme de l'art aux fins de déterminer le nombre d'heures supplémentaires et d'heures de nuit, de dimanche et de jours fériées prestées par B à partir du 30 janvier 2011 jusqu'au 30 novembre 2013

La société A conclut encore à la réformation du jugement entrepris en ce qui concerne la demande de remise sous peine d'astreinte des documents réclamés par B au motif que ces documents lui ont déjà été remis sous forme de CD-ROM et sous format papier et qu'il n'a pas précisé quels documents il entendait encore recevoir. Elle critique encore le jugement entrepris en ce que le tribunal lui a enjoint de fournir les documents visés à l'article 23 de la Convention collective pour la période allant du 30 janvier 2011 au 30 septembre 2014, alors qu'B aurait déjà quitté l'entreprise le 30 novembre 2013 et que l'obligation pesant sur

l'employeur de conserver les prédits documents est limitée à une période de deux ans.

En vertu de l'article 23.2 de la Convention collective transports et logistique, « *les registres des temps de travail ainsi que les feuilles d'enregistrement, les données téléchargées à partir de l'unité embarquée ou de carte de conducteur ainsi que leur version imprimée et, le cas échéant, les sorties imprimées, les tableaux de service et les feuilles de route sont conservés au moins deux ans après la période écoulée.*
Sur demande, l'employeur est tenu de remettre aux travailleurs mobiles une copie de ces pièces. »

Il se dégage des pièces que, suite aux demandes réitérées d'B des 24 septembre et 7 octobre 2013, et à une requête en référé du 8 novembre 2013 tendant à se voir remettre les documents visés par la Convention collective, la société A a fait parvenir à B le 15 novembre 2013 un CD ROM comprenant les données électroniques en provenance du tachygraphe et de la carte conducteur. Par ses courriers des 5 et 12 décembre 2013, elle lui a fait parvenir la « feuille récapitulative » et « le détail quotidien ». Par sa lettre du 13 mars 2014, la société A lui a encore fait parvenir les relevés de la carte tachygraphique concernant les heures de nuit.

Suite à cette communication, le mandataire d'B a, par lettre du 7 avril 2014, fait rayer l'affaire « sous toutes réserves ».

B maintient actuellement sa demande au motif qu'il n'a pas reçu communication d'une version imprimée du registre des temps de travail, les feuilles d'enregistrement et les données téléchargées à partir de l'unité embarquée ou de la carte de conducteur pour la période du 30 janvier 2011 au 30 novembre 2013.

La société A restant en défaut de justifier qu'elle a communiqué à B l'ensemble des documents prévus par l'article 23.2 de la Convention collective, il y a lieu de confirmer le jugement entrepris en ce qu'il a ordonné, sous peine d'astreinte, la communication forcée des documents réclamés par le salarié, sauf qu'il y a lieu de rectifier l'erreur matérielle survenue dans la désignation de la période concernée et de lire « pour la période allant du 30 janvier 2011 au 30 novembre 2013 », le contrat de travail ayant en effet pris fin le 30 novembre 2013, et non pas le 30 novembre 2014.

Il y a cependant lieu de refixer la date du point de départ de l'astreinte à un mois à partir de la signification du présent arrêt.

La société A demande encore de limiter *« cette demande à une période de deux années de conservation courant, soit à commencer du prononcé de l'arrêt à*

intervenir, sinon du prononcé du jugement entrepris, sinon du jour de l'introduction de la demande en justice ».

B s'y oppose en se prévalant de l'article 23.2 de la Convention collective.

Conformément à l'article 23.2, les documents ci-avant en cause doivent être conservés au moins deux ans après la période écoulée.

Au vu de la décision de confirmation à intervenir de la consultation, le délai de conservation des documents ne saurait être limité dans le temps, de sorte que la demande subsidiaire de la société A n'est pas fondée.

B et la société A n'ayant pas justifié en quoi il serait inéquitable de laisser à leur charge l'entièreté des frais par eux exposés et non compris dans les dépens, leurs demandes respectives en obtention d'une indemnité de procédure ne sont pas 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,

reçoit les appels principal et incident ;

dit l'appel incident non fondé ;

dit l'appel principal partiellement fondé :

réformant :

dit que le licenciement avec préavis du 29 mai 2013 n'est pas abusif;

déclare non fondées les demandes d'B en paiement de dommages et intérêts du chef de préjudices moral et matériel ;

déclare le licenciement avec préavis du 29 mai 2013 irrégulier en la forme ;

partant, condamne la société anonyme A à payer à B la somme de 3.240,60 euros avec les intérêts légaux à partir du 29 janvier 2014, jour de la demande en justice, jusqu'à solde ;

confirme le jugement entrepris pour le surplus, sauf qu'il y a lieu de fixer le point de départ de l'astreinte à un mois à partir de la signification du présent arrêt et de lire, concernant la communication forcée des documents réclamés par le salarié, « pour la période allant du 30 janvier 2011 au 30 novembre 2013 » au lieu de « pour la période allant du 30 janvier 2011 au 30 novembre 2014 » ;

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

fait masse des frais et dépens de l'instance et les impose pour moitié à chacune des deux parties et en ordonne la distraction des dépens au profit de Maître James JUNKER 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.