

Arrêt N° 92/17 - III – TRAV

Exempt - appel en matière de droit du travail.

Audience publique du treize juillet deux mille dix-sept.

Numéro 43243 du rôle

Composition:

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

Entre :

A, demeurant à L-(...),

appelant aux termes d'un exploit de l'huissier de justice suppléant Patrick MULLER de Luxembourg du 12 janvier 2016,

intimé sur appel incident,

comparant par Maître Mathieu GIBELLO, avocat à la Cour à Luxembourg,

et :

1) la société à responsabilité limitée de droit autrichien B AUSTRIA GmbH, établie et ayant son siège social en (...), exploitant au Luxembourg une succursale sous la dénomination B LUXEMBOURG-PERMANENT ESTABLISHMENT OF B AUSTRIA, établie et ayant son siège social à L-(...), représentée par son dirigeant légal,

intimée aux fins du susdit exploit MULLER,

appelante par incident,

comparant par Maître Pierre METZLER, avocat à la Cour à Luxembourg,

2) L'ÉTAT DU GRAND-DUCHÉ DE LUXEMBOURG, pris en sa qualité de gestionnaire du Fonds pour l'emploi, représenté par son Ministre d'État, établi à L-1352 Luxembourg, 4, rue de la Congrégation,

intimé aux fins du susdit exploit MULLER,

comparant par Maître Georges PIERRET, avocat à la Cour à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL:

Vu l'ordonnance de clôture de l'instruction du 23 mai 2017.

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

A a été engagé en qualité de chauffeur par la société B LUXEMBOURG suivant contrat de travail à durée indéterminée du 1^{er} février 2011.

Par courrier recommandé du 5 août 2013, il a été licencié avec un délai de préavis de deux mois couvrant la période du 15 août au 14 septembre 2013.

Suite à la demande du salarié, l'employeur lui a fait parvenir par courrier du 13 septembre 2013, les motifs de licenciement qui sont les suivants : abandons de postes, non-respect de la procédure de demande de congés, absences injustifiées, refus d'ordre répétés, non-respect des règles de sécurité.

Par requête du 9 janvier 2014, A a fait convoquer la société B LUXEMBOURG devant le tribunal de travail de Luxembourg pour la voir condamner à lui payer du chef de son licenciement qu'il estime être abusif les montants de :

- 24.000 euros à titre de dommages et intérêts pour préjudice matériel
- 10.000 euros à titre de dommages et intérêts pour préjudice moral
- 5.000 euros à titre d'indemnisation du chef de licenciement irrégulier en la forme
- 20.000 euros du chef de dommages et intérêts pour harcèlement moral et
- 5.000 euros à titre d'arriérés de salaires.

Le requérant a encore réclamé une indemnité de procédure de 2.500 euros.

Par jugement du 30 novembre 2015, le tribunal de paix a donné acte à la société B AUSTRIA GmbH, exploitant au Luxembourg une succursale sous la dénomination

de B LUXEMBOURG-PERMANENT ESTABLISHMENT OF B AUSTRIA, de sa comparution volontaire, déclaré justifié le licenciement avec préavis intervenu le 5 août 2013 et a, en conséquence, déclaré non fondées les demandes de A en indemnisation des préjudices matériel et moral subis.

Le tribunal a cependant déclaré le licenciement irrégulier en la forme et a alloué de ce chef au salarié le montant de 2.383,02 euros.

Il a ensuite dit non fondées les demandes du salarié en indemnisation d'un préjudice moral du chef de harcèlement moral et en paiement d'arriérés de salaires à titre de régularisation des salaires pour les mois de février à septembre 2011, mais fondées ses demandes en paiement d'arriérés de salaires pour un montant net de 3.786,74 euros correspondant à des retenues irrégulières sur salaire et pour un montant brut de 2.324,92 euros correspondant au salaire du mois de février 2012. Le tribunal a, en conséquence, condamné la société de droit autrichien B AUSTRIA GmbH à payer à A le montant de 8.494,68 euros, sous réserve de déduction des cotisations sociales et de l'impôt sur le revenu en ce qui concerne le montant brut de 2.324,94 euros, a ordonné l'exécution provisoire de la condamnation pour un montant de 6.111,66 euros, a déclaré non fondée la demande du salarié en production de tout document émanant de l'employeur de nature à chiffrer les heures effectuées, a déclaré sans objet la demande de l'ÉTAT pris en sa qualité de gestionnaire du Fonds pour l'Emploi, et a condamné l'employeur à payer à A une indemnité de procédure de 500 euros.

Pour ce faire, le tribunal a d'abord retenu que, mis à part le motif lié au non-respect des règles de sécurité, les motifs sont énoncés avec la précision requise par la loi et par la jurisprudence, que si les attestations de C et de D, produites par l'employeur pour prouver la réalité des motifs de licenciement sont imprécises et non pertinentes, il résulte néanmoins des attestations de E, d'F et d'G que le requérant a quitté son poste de travail avant l'heure à neuf reprises entre janvier et mai 2013 et qu'il a été absent sans justification le 23 avril 2013, que ces faits ont nécessairement perturbé le bon fonctionnement du service auquel le requérant était affecté, qu'ils ont causé une perte de confiance de l'employeur en son salarié et ont rendu impossible le maintien de relations de travail sereines entre parties, de sorte que le licenciement est à déclarer justifié sans qu'il y ait lieu d'ordonner une enquête relative aux autres faits repris dans la lettre de motivation.

Le tribunal de travail a ensuite dit que la succursale B LUXEMBOURG - PERMANENT ESTABLISHMENT OF B AUSTRIA n'a pas de personnalité juridique propre et en a conclu que les effectifs de la maison-mère sont à prendre en considération pour l'application de l'article L.124-2(1) du Code du travail. Comme la société B AUSTRIA n'a pas contesté avoir occupé au moins 150 salariés au moment du licenciement, il a déclaré le licenciement irrégulier en la forme, faute par l'employeur d'avoir convoqué le salarié à un entretien préalable.

Le tribunal de première instance a cependant retenu que l'existence d'un harcèlement moral à l'égard du salarié laisse d'être établi et que l'employeur a payé la différence de salaire d'un montant de 446,74 euros nets pour les mois de février à septembre 2011, pour rejeter les demandes du salarié y relatives.

Il a encore précisé que les éléments du dossier ne permettent pas d'établir que les amendes que l'employeur soutient avoir payées sont en rapport avec des infractions commises par le requérant en Belgique ou ailleurs et en a conclu que l'employeur n'était pas en droit de faire des retenues sur salaires d'un montant total de 2.849 euros. Il a également dit que l'employeur reste en défaut de prouver que les montants de 500 et de 437,74 euros retenus sur les salaires de A ne correspondent pas à des frais professionnels, tout comme il reste en défaut d'établir que la carte conducteur du salarié était expirée en février 2012 et que les parties étaient d'accord pour un congé sans solde pour ce mois, de sorte qu'il a alloué au salarié les montants réclamés.

Faute par le salarié de présenter un élément dont il résulte que l'employeur n'a pas procédé au paiement de la rémunération de toutes les heures prestées par lui, le tribunal a néanmoins déclaré la demande de A en production de tout document émanant de l'employeur de nature à chiffrer les heures effectuées non fondée.

La demande de l'ETAT a été déclarée sans objet au vu du licenciement justifié.

De ce jugement, A a régulièrement relevé appel par exploit d'huissier du 12 janvier 2016.

Par réformation du jugement entrepris, le salarié conclut à l'irrégularité du licenciement en faisant valoir que l'employeur n'a pas répondu à sa demande de motifs dans le délai légal d'un mois. Il y aurait donc lieu de déclarer le licenciement abusif d'office.

En ordre subsidiaire, il demande à la Cour de déclarer le licenciement abusif et de lui allouer le montant de 7.112,59 euros à titre d'indemnisation de son préjudice matériel et le montant de 10.000 euros à titre d'indemnisation de son préjudice moral.

Plus subsidiairement, il demande la confirmation du jugement entrepris en ce qu'il lui a alloué le montant de 2.383,02 euros du fait du caractère irrégulier du licenciement.

Le salarié demande également à la Cour de lui allouer, par réformation, le montant de 20.000 euros, ou toute autre somme même supérieure à arbitrer par la Cour ou à dire d'experts, à titre de dommages et intérêts pour le préjudice moral subi suite au harcèlement moral dont il prétend avoir fait l'objet, et ce, principalement, sur le

fondement de l'article 1134 du code civil et, subsidiairement, sur le fondement de l'article 1382 du même code.

Finalement et quant aux heures prestées et non payées par l'employeur, l'appelant demande à la Cour d'enjoindre à l'employeur la production en justice de tous documents qu'elle jugera utiles, sous peine d'une astreinte de 300 euros par jour de retard et par document manquant.

Il conclut également à l'allocation d'une indemnité de procédure de 2.500 euros.

L'ÉTAT demande acte que pour autant que de besoin il interjette appel incident contre le jugement de première instance et demande la condamnation de la partie intimée B au règlement du montant de 24.523,46 euros avancé par lui au titre d'indemnités de chômage avec les intérêts tels que de droit et ce au cas où l'appel est déclaré fondé, donc en cas de réformation du jugement de première instance quant à la justification du licenciement.

La société B AUSTRIA GmbH, qui se rapporte à prudence de justice quant à la recevabilité de l'appel, demande à la Cour de déclarer la requête introductive de première instance irrecevable pour défaut de qualité dans le chef de la société B LUXEMBOURG-PERMANENT ESTABLISHMENT OF B AUSTRIA.

A titre subsidiaire, elle conclut au rejet de l'appel.

La société B AUSTRIA GmbH demande cependant à voir débouter le salarié de sa demande en paiement du montant de 2.383,02 euros au titre d'indemnisation du chef de licenciement irrégulier en la forme et de la décharger de la condamnation de première instance.

Elle demande également à voir débouter A de sa demande en paiement d'arriérés de salaire, respectivement du montant de 2.735 euros correspondant, d'après le salarié, à des retenues irrégulières sur salaire, du montant de 937,74 euros retenu sur ses salaires du chef de dépassement de frais téléphoniques et du montant de 2.324,92 euros à titre d'arriérés de salaire pour le mois de février 2012 et de la décharger des condamnations y relatives.

Elle conclut finalement à l'octroi d'une indemnité de procédure de 2.500 euros.

- **Quant à la recevabilité de la requête introductive d'instance :**

La société B AUSTRIA GmbH soulève l'irrecevabilité de la requête introductive d'instance du 9 janvier 2014 pour défaut de qualité dans le chef de la partie défenderesse que le salarié a fait convoquer devant le tribunal de travail. En effet, la société B LUXEMBOURG-PERMANENT ESTABLISHMENT OF B AUSTRIA

serait une succursale de la société B AUSTRIA GmbH. Elle ne disposerait donc pas de la personnalité juridique et ne pourrait pas être poursuivie en justice.

La société B AUSTRIA GmbH conteste avoir indiqué en première instance qu'elle intervenait volontairement dans le cadre du litige. Elle aurait seulement indiqué que B LUXEMBOURG-PERMANENT ESTABLISHMENT OF B AUSTRIA est une succursale de la société B AUSTRIA GmbH et ce serait par simple déduction que le tribunal de travail aurait retenu qu'elle serait intervenue volontairement en première instance. Il n'appartiendrait pas au juge de suppléer la carence du mandataire de A de régulariser la procédure.

La société B AUSTRIA GmbH a fait signer au salarié un contrat de travail avec « la société B LUXEMBOURG » et les fiches de salaires remises au salarié reprennent la dénomination « B LUXEMBOURG-PERMANENT ESTABL. ».

Il résulte encore tant des faits et rétroactes du jugement de première instance que de la motivation du jugement que le mandataire de la société à responsabilité limitée de droit autrichien B AUSTRIA, exploitant au Luxembourg la succursale B LUXEMBOURG-PERMANENT ESTABLISHMENT OF B AUSTRIA, a déclaré à l'audience du 9 novembre 2015, après la rupture du délibéré ordonné par le tribunal de travail pour connaître la forme juridique de la « société B LUXEMBOURG » avec laquelle le salarié a conclu en date du 1^{er} février 2011 un contrat de travail, que sa partie intervient volontairement dans le litige.

C'est à tort que la société B AUSTRIA GmbH conteste sa qualité de défenderesse, alors qu'elle a présenté des moyens de défense au fond en première instance et a répondu à la demande de motivation du licenciement adressée à sa succursale « B LUXEMBOURG ».

Elle est dès lors malvenue de contester son intervention volontaire au litige.

Ce moyen de la société B AUSTRIA GmbH est donc à rejeter.

- **Quant à l'irrégularité du licenciement pour défaut d'indiquer les motifs dans le délai légal :**

A conclut à l'irrégularité du licenciement en faisant valoir que l'employeur n'a pas répondu à sa demande de motifs dans le délai légal d'un mois.

En effet, il n'aurait reçu la lettre de motivation que le 16 septembre 2013 alors que l'employeur avait déjà réceptionné le courrier de demande des motifs le 14 août 2013. Il y aurait donc lieu de déclarer d'office le licenciement abusif.

L'employeur, par contre, soutient avoir communiqué les motifs de licenciement dans le délai légal en postant sa lettre de motivation le 13 septembre 2013.

D'après l'article L.124-5.(2) du Code du travail, l'employeur est tenu d'énoncer avec précision les motifs du licenciement au plus tard un mois après la notification de la lettre recommandée du salarié lui demandant les motifs, et ce par un envoi postal de même nature.

En employant le terme « notification », le législateur a entendu faire courir le délai seulement à partir du jour où le destinataire, c'est-à-dire l'employeur a reçu la lettre ou à partir du jour où il a été avisé par la poste de l'envoi de cette correspondance.

Il résulte des éléments du dossier que l'employeur a réceptionné la lettre de demande de motifs du salarié le 14 août 2013. L'article L.124-5 du Code du travail n'exigeant pas dans son deuxième alinéa comme condition de validité la notification telle qu'elle est prévue dans l'alinéa premier, l'employeur, qui a posté la lettre de motivation le 13 septembre 2013, a répondu dans le délai légal.

Le moyen de A est dès lors à rejeter.

- **Quant à la précision des motifs de licenciement :**

A soutient que les motifs énoncés par l'employeur ne répondent pas aux critères de précision prévus par la loi.

Pour l'employeur, la lettre de motivation, qui reprend les dates et heures des faits, ainsi que les noms des supérieurs de A, est suffisamment précise pour permettre au salarié de connaître les faits qui lui sont reprochés et d'assurer sa défense.

Aux termes de l'article L.124-5 du Code du travail, l'employeur, auquel le salarié a demandé les motifs du licenciement avec préavis, est tenu d'énoncer avec précision le ou les motifs du licenciement liés à l'aptitude ou à la conduite du travailleur ou fondés sur la nécessité du fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service, qui doivent être réels et sérieux.

L'indication des motifs doit être fournie avec une précision telle que leur énoncé même en révèle la nature et la portée exacte et permette tant au salarié d'apprécier leur caractère légitime ou non et de faire la preuve de leur fausseté ou de leur inanité, qu'au juge d'apprécier si le congédiement est intervenu pour des motifs valables ou, au contraire, pour des motifs illégitimes, ou s'il constitue un acte économiquement et socialement anormal.

En l'espèce, ces conditions sont remplies pour les quatre premiers motifs invoqués par l'employeur. En effet, tout comme la juridiction de première instance, la Cour constate que l'employeur a indiqué les dates des abandons de poste, il a précisé les

dates des deux non-respects de la procédure de demande de congé ainsi que le nom des superviseurs auxquels A s'est adressé, il a indiqué les dates des deux absences injustifiées et la lettre de motivation décrit de façon circonstanciée deux incidents au cours desquels le requérant aurait commis des refus d'ordre.

Comme l'employeur reste en défaut de préciser de quels équipements de sécurité le salarié ne se serait pas muni, l'ignorance des faits exacts qui lui sont reprochés a pu faire douter A sur les moyens de défense à choisir. Le tribunal de première instance est donc également à confirmer en ce qu'il a rejeté ce motif, faute de précision suffisante.

- **Quant au caractère réel et sérieux des motifs de licenciement :**

A qui reproche à l'employeur d'avoir été relégué en permanence à effectuer des tâches subalternes et ingrates depuis fin octobre 2012, fait plaider que les motifs invoqués ne correspondent pas à la réalité. Il affirme avoir toujours respecté les horaires de travail et avoir toujours réalisé les tâches qu'on lui demandait d'accomplir. Il aurait réclamé à deux reprises contre son traitement par courriels.

L'employeur se réfère aux attestations testimoniales qu'il a versées en cause pour étayer les reproches adressés à A. Il conteste l'affirmation du salarié quant à un changement de poste du jour au lendemain et ajoute que si tel avait été réellement le cas il aurait été loisible à l'appelant de contester la modification en démissionnant puis en introduisant une action devant le tribunal de travail. A l'appui de ses dires, le salarié verserait seulement deux courriels établis unilatéralement par lui-même.

A titre subsidiaire, il réitère son offre de preuve testimoniale formulée en première instance.

A demande à la Cour d'écarter les attestations de l'employeur émanant toutes de salariés de l'entreprise, mais ne mentionnant aucun lien de subordination, pour manque d'objectivité. Il donne à considérer qu'il a cinq enfants à charge, de sorte qu'il ne pouvait pas démissionner de son poste.

La Cour constate d'abord que, mis à part le témoin E qui, au moment de l'établissement de son attestation, a été chômeur, toutes les attestations retiennent que leur auteur occupe un emploi salarié auprès de l'entreprise B.

La Cour ne dispose cependant d'aucun indice pour douter de la crédibilité des auteurs des attestations versées par l'employeur, la seule considération que les témoins C, D, F, et G se trouvent dans un lien de subordination avec la partie intimée ne constitue pas un motif valable pour écarter le témoignage de ceux-ci. Il

reste que les juridictions du travail restent libres d'apprécier la force probante des différents témoignages sur base de tous les éléments du dossier à discuter contradictoirement devant elles.

Il résulte de l'attestation testimoniale de E que A a abandonné son poste de travail à 4.30 heures au lieu de 6.00 heures en date des 22 mars et 26 avril 2013 et à 5.15 heures au lieu de 6.00 heures le 3 mai 2013. E atteste encore que A ne s'est pas du tout présenté à son poste de travail le 23 avril 2013.

F a attesté que le salarié a quitté son poste de travail à 4.30 heures au lieu de 6.00 heures en date des 15 et 17 janvier 2013 ; que le 18 janvier 2013 il est parti à 4 :40 heures au lieu de 6.00 heures et le 7 février à 5.00 heures au lieu de 6 :00 heures.

Ce témoin a ajouté que A partait de son poste de travail quand il voulait.

G a également fait état de deux abandons de poste sans motif du salarié, à savoir en date du 6 février 2013 (à 3 :45 heures) et en date du 20 février 2013 (à 1 :38 heures). Il a également ajouté que le salarié lui a téléphoné le 29 avril 2013 à 21.12 heures pour lui dire qu'il allait prendre congé à 22 heures.

Ces neuf abandons de poste dans un laps de temps de moins de quatre mois ainsi que l'absence injustifiée pendant toute la journée du 23 avril 2013 ont nécessairement perturbé le fonctionnement du service auquel le salarié était affecté et ce abstraction faite de la question de savoir si le salarié, engagé comme chauffeur, a été, comme il l'affirme, relégué à d'autres tâches.

Sans qu'il y ait lieu d'examiner les autres faits repris dans la lettre de motivation à l'appui du licenciement, ce comportement désinvolte de A est de nature à justifier son licenciement avec préavis, tel que l'a retenu à juste titre la juridiction de première instance.

Le tribunal de travail est dès lors à confirmer par adoption de ses motifs en ce qu'il a débouté en conséquence A de ses demandes en indemnisation pour les préjudices matériel et moral subis du fait de son licenciement.

- **Quant à la régularité formelle du licenciement :**

La société B AUSTRIA GmbH soutient que l'appelant reste en défaut de prouver qu'elle emploierait plus de 150 salariés. La succursale à Luxembourg occuperait seulement entre 44 et 46 salariés. Elle conteste, par ailleurs, que ses effectifs, y compris ceux de la succursale, atteignent le seuil légal requis pour l'obligation de convoquer le salarié à un entretien préalable.

Le salarié maintient que la société B AUSTRIA GmbH compte dans son ensemble plus de 150 salariés en renvoyant au site internet officiel de la société.

Il conteste également la validité du certificat de la fiduciaire de la partie B suivant laquelle la succursale ne compterait qu'entre 44 et 46 salariés. Suivant le salarié, il existe une unité économique et sociale entre la société mère B AUSTRIA GmbH et ses succursales, dont la succursale « B LUXEMBOURG ». Cette unité économique et sociale résulterait notamment du fait que la société B AUSTRIA GmbH est intervenue volontairement en première instance. Il y aurait lieu de prendre en compte l'ensemble des salariés de la société B AUSTRIA GmbH et non seulement ceux de la succursale luxembourgeoise.

Subsidiairement, le salarié demande à la Cour de condamner la partie B à produire en justice, les statuts de la société B AUSTRIA GmbH au jour du licenciement, sous peine d'une astreinte à l'égard de l'employeur de 300 euros par jour de retard.

La succursale luxembourgeoise de la société B AUSTRIA GmbH, n'ayant pas de personnalité juridique distincte de celle de la maison-mère, il y a lieu de prendre en compte le nombre des salariés employés par la société B AUSTRIA GmbH.

Le fait que suivant le certificat de la Fiduciaire centrale versé en cause la succursale luxembourgeoise de la société B AUSTRIA GmbH n'emploie que 44-46 salariés est donc sans relevance.

La Cour constate que suivant le site internet de la société B AUSTRIA GmbH, cette dernière a, abstraction faite des nombreux établissements aux Etats-Unis, des « subsidiaries » dans huit pays européens à savoir, en Italie, France Allemagne, Angleterre, Portugal, Luxembourg, Belgique et Tchéquie. Seules les quatre premières sont constituées sous forme d'une personne morale. La succursale luxembourgeoise avait déjà, à elle seule, employé entre 44 et 46 salariés au moment du licenciement de A.

Vu l'ampleur internationale du groupe de sociétés, dont la succursale luxembourgeoise, qui au moment du licenciement de A employait à elle seule entre 44 et 46 salariés, la Cour retient que le nombre de salariés de la société B AUSTRIA GmbH est nécessairement supérieur à 150.

Le tribunal du travail est, dès lors, à confirmer en ce qu'il a condamné la société B AUSTRIA GmbH à payer à A le montant de 2.383,02 euros pour licenciement irrégulier faute par elle d'avoir procédé à un entretien préalable.

Quant à la demande en production de tout document émanant de l'employeur de nature à chiffrer les heures prestées :

A affirme avoir effectué de nombreuses heures de travail qui n'ont pas été rémunérées par l'intimée. Il sollicite de ce fait la production de tous documents (relevés de carte conducteur et planning auprès de S2) émanant de l'employeur de nature à chiffrer les heures effectuées sous peine d'une astreinte de 300 euros par jour de retard et par document manquant.

L'employeur soutient qu'il appartient au salarié de prouver les heures qu'il a prestées. Il n'appartiendrait pas aux juges de pallier la carence d'une partie dans l'administration de la preuve, de sorte que la demande en production de tout document émanant de l'employeur de nature à chiffrer les heures effectuées serait à rejeter.

C'est à bon droit que la juridiction de première instance a retenu que le salarié ne présente aucun élément permettant de retenir que l'employeur n'a pas procédé au paiement de la rémunération de toutes les heures prestées par A.

Comme ce dernier ne formule, par ailleurs, pas de demande en paiement d'heures supplémentaires qui justifierait la production de sa carte conducteur ou de plannings, sa demande tendant à la production de documents a été rejetée à juste titre par le tribunal du travail.

- **Quant au remboursement des amendes :**

La Cour constate que la société B AUSTRIA GmbH n'a pas contesté le remboursement des montants de 65 et 49 euros auquel elle a été condamnée en première instance.

La société B AUSTRIA GmbH demande cependant à voir débouter A de sa demande en paiement d'arriérés de salaires d'un montant de 2.735 euros et d'être déchargée du paiement du montant de 2.735 euros à l'appelant en renvoyant à un procès-verbal des Douanes et accises belges et à la facture émanant de « S1 » du 7 janvier 2011 portant sur le montant de 2.735 euros avec la mention « Geldvorschuss für Geldstrafe ». Il en résulterait qu'une infraction a été commise le 6 janvier 2011. Les références indiquées sur la facture correspondraient au camion conduit par A. Il résulterait encore du tableau reprenant les jours et heures de service de A que le salarié était au volant du camion le jour où l'infraction a été commise, à savoir le 6 janvier 2011.

A conclut à la confirmation du jugement en ce qu'il a fait droit à sa demande en paiement d'arriérés de salaires à hauteur de 2.735 euros. Il conteste que le montant de 2.735 euros soit en rapport avec une infraction qu'il a commise en Belgique « ou ailleurs » et fait valoir que la seule pièce versée à ce sujet par la partie intimée, à

savoir la facture du 7 janvier 2011 ne serait pas de nature à établir l'affirmation de l'employeur.

La Cour constate que la facture « S1 » du 7 janvier 2011 adressée à la société B AUSTRIA GmbH, portant sur un montant de 2.735 euros du chef de « Geldvorschuss für Geldstrafe », n'est pas de nature à prouver qu'il s'agissait du camion conduit par A qui était en cause et que ce dernier l'avait effectivement conduit le jour de la survenance de l'incident ayant entraîné le paiement d'une amende de 2.500 euros. La seule pièce versée à la Cour ne permet pas non plus de déterminer la nature de l'infraction pour laquelle cette amende dû être payée.

L'employeur n'ayant pas établi son allégation, c'est à juste titre que la juridiction de première instance a fait droit à la demande en paiement du salarié à concurrence du montant réclamé, que la partie intimée a déduit des salaires de A.

- **Quant aux frais téléphoniques :**

L'employeur fait grief au tribunal du travail d'avoir fait droit à la demande de A en paiement de 937,74 euros du chef de dépassement de frais téléphoniques. En effet, il serait d'usage dans l'entreprise qu'un téléphone portable soit mis à la disposition des salariés, que l'employeur prenne en charge un forfait à hauteur de 60 euros et que les salariés prennent en charge tous les frais dépassant ce forfait afin d'éviter le paiement par la société B de factures téléphoniques conséquentes pour des communications strictement privées des salariés.

A conteste l'existence de l'usage invoqué par la société B AUSTRIA GmbH.

La Cour constate, à l'instar de la juridiction de première instance, que l'employeur n'établit pas qu'il avait été convenu entre parties que les frais de téléphone dépassant un forfait de 60 euros seraient à charge du salarié. Le contrat de travail signé entre parties est muet à ce sujet.

Les factures de téléphone versées en cause ne permettent pas non plus de constater dans quelle mesure le salarié a utilisé le téléphone à des fins privées ou professionnelles pour autant que le numéro d'appel (...) figurant sous le nom de « H » correspond effectivement au numéro alloué à A.

L'employeur reste, dès lors, en défaut d'établir que le salarié a utilisé son téléphone à des fins non professionnelles.

C'est donc encore à juste titre que le tribunal de travail a alloué à A le montant de 937,74 euros, retenu par l'employeur à titre de frais de téléphone sur son salaire.

- **Quant à la demande en paiement du salaire de février 2012 :**

La société B AUSTRIA GmbH reproche encore au tribunal du travail d'avoir fait droit à la demande du salarié en paiement du salaire du mois de février 2012, en relevant que la juridiction de première instance aurait procédé à un renversement de la charge de la preuve en décidant que c'était à elle de prouver l'expiration de la carte conducteur de A et l'accord entre parties relatif au congé sans solde au mois de février 2012. En effet, conformément à l'article 1315 du code civil, il appartiendrait à la partie appelante de prouver qu'elle a réellement travaillé durant ce mois, preuve qui ferait manifestement défaut.

A conteste que sa « carte conducteur » fût expirée au mois de février 2012. Il conteste également l'existence d'un accord entre parties relatif à un congé sans solde pour le mois de février 2012.

La Cour constate en premier lieu que l'affirmation de l'employeur que la carte conducteur de A était expirée au mois de février 2012 est contredite par la pièce numéro 21) versée par A, suivant laquelle sa carte conducteur était valable pour la période du 7 février 2008 au 7 février 2013.

Le congé sans solde, qui dans des circonstances exceptionnelles peut être accordé au salarié à sa demande, est une mesure exorbitante du droit commun qui ne peut être imposé unilatéralement par un employeur à un salarié. En effet, l'employeur qui a conclu avec le salarié un contrat de travail à durée indéterminée comportant un horaire de 40 heures par semaine doit exécuter le contrat de bonne foi et ne peut donc pas l'obliger de prendre un congé sans solde.

Il appartient dès lors à la société B AUSTRIA GmbH d'établir l'accord du salarié avec le congé sans solde du mois de février 2012.

Cet accord ne résulte cependant pas des pièces soumises à la Cour.

A défaut par l'employeur d'établir ses allégations, c'est encore à juste titre que le tribunal de travail a condamné la société B AUSTRIA GmbH à payer à A le montant brut non autrement contesté de 2.324,92 euros à titre d'arriérés de salaires pour le mois de février 2012.

- **Quant au harcèlement moral :**

L'appelant réclame le montant de 20.000 euros à titre d'indemnisation du préjudice moral subi par suite de harcèlement moral. Il base sa demande, principalement, sur l'article 1134 du code civil aux termes duquel les conventions tiennent lieu de loi entre parties et doivent être exécutées de bonne foi et, subsidiairement, sur l'article 1382 du code civil.

A affirme qu'à partir de novembre 2012 il a été affecté en tant que chauffeur du jour au lendemain, sans écrit et sans notification effectuée en bonne et due forme du poste de chauffeur à des tâches dégradantes et humiliantes et notamment le nettoyage des quais. L'employeur n'aurait donc pas respecté les dispositions énoncées par les articles L.121-4(4), L.121-7 alinéa 1^{er} et L.124-2(1) du Code du travail alors que le poste de travail ou la fonction constituerait une clause essentielle du contrat de travail. Tout en essayant de garder son emploi alors qu'il serait père de 5 enfants, il aurait essayé de remédier à cette situation professionnelle humiliante en adressant deux courriels à la direction en date du 9 mars 2012 et 7 août 2013. A cela s'ajoutait que l'employeur ne lui aurait pas versé l'intégralité de son salaire et aurait opéré des retenues injustifiées. Il aurait subi un acharnement de la part de l'intimée dans le but manifeste de se débarrasser de lui. Le 6 mars 2012, l'employeur l'aurait même informé d'un soi-disant licenciement économique à son égard, licenciement non suivi d'effets.

Ces faits auraient porté atteinte à ses droits et à sa dignité et auraient altéré sa santé physique et mentale. Il aurait donc été victime d'un harcèlement moral. A l'appui de ses dires, il verse une attestation testimoniale de I et deux certificats médicaux desquels résulterait, d'après le salarié, le préjudice qu'il a subi ainsi que le lien causal entre les fautes de l'employeur et le préjudice subi.

L'employeur conteste tout acte de harcèlement et fait valoir que les critères de la convention conclue entre les syndicats OGBL et LCGB, d'une part, et l'UEL, d'autre part, déclarée d'obligation générale par règlement grand-ducal du 15 décembre 2009, ne seraient pas remplies. La société B AUSTRIA GmbH conteste les affirmations du salarié quant à un traitement dégradant et donne à considérer qu'il appartient à chaque chauffeur de balayer le quai qu'il dessert en fin de service. Le salarié n'aurait pas non plus dénoncé ou contesté une prétendue modification de son contrat de travail.

L'attestation de I, compagne du salarié serait à rejeter pour manque d'objectivité. Elle ne ferait, par ailleurs, que retranscrire les dires du salarié. Elle aurait également un intérêt à l'issue du litige alors que les revenus du salarié seraient les revenus du ménage. Le certificat médical du docteur J ne serait pas pertinent étant donné que le médecin ne ferait que reprendre les dires du salarié.

Comme le Luxembourg n'a pas encore légiféré de manière générale sur la matière du harcèlement moral sur le lieu de travail, il a lieu de se référer, à 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 qui 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 1^{er} 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* » et à la définition du règlement grand-ducal du 15 décembre 2009 portant déclaration d'obligation générale de la Convention relative au harcèlement et à la violence au travail conclu entre les syndicats OGBL et LCGB d'une part, et l'UEL, d'autre part, suivant laquelle il y a harcèlement moral : « *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 à 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 et psychique. »*

Le harcèlement moral dans l'entreprise apparaît donc comme une conduite fautive répétée dont le caractère vexatoire, humiliant ou attentatoire à la dignité perturbe l'exécution du contrat de travail de la personne qui en est la victime.

Si la Convention précitée contient des lignes de conduite par rapport à la prévention et à la gestion des actes de harcèlement moral, elle est cependant muette par rapport à d'éventuelles sanctions, de sorte qu'il y a lieu de se référer aux règles générales en matière d'exécution des contrats et notamment au principe de l'article 1134 du code civil aux termes duquel les conventions tiennent lieu de loi entre parties et doivent être exécutées de bonne foi.

Contrairement à la législation française suivant laquelle la charge de la preuve du harcèlement ne pèse pas sur le salarié puisque ce dernier doit simplement "*établir des faits qui permettent de présumer l'existence d'un harcèlement*", la législation luxembourgeoise n'instaure aucune présomption, de sorte que la charge de la preuve des éléments constitutifs du harcèlement moral incombe au demandeur, partant au salarié.

Suivant le contrat de travail signé entre parties, A a été engagé en qualité de chauffeur. L'article 15 dudit contrat prévoit néanmoins que le salarié pourra être occupé de temps à autre en tant que « clarkiste ».

Il résulte de la lettre de motivation du licenciement que A, après avoir été engagé pour faire de longs courriers, a été affecté, sur sa propre demande pour des raisons familiales, au service transport à courte distance.

A a cependant, d'après cette lettre, cumulé des fautes ayant entraîné de nombreuses plaintes de clients pour non-respect des délais de livraison, de sorte que l'employeur l'a affecté dans l'entreposage des marchandises.

A a néanmoins continué à toucher le même salaire.

Aucun élément objectif du dossier ne permet de retenir que les tâches auxquelles le salarié a été affecté ont été dénigrantes ou humiliantes et que l'affectation a été faite dans le but de porter atteinte à sa dignité.

En effet, seuls l'attestation de I et le courriel adressé par le salarié à Herbert B après son licenciement, font état de plaintes du salarié quant à ses conditions de travail.

Si la notion de partie en cause est à interpréter restrictivement, et que l'attestation de la compagne de l'appelant, I, peut en principe être prise en considération, cette dernière n'a pas été le témoin des conditions de travail de A et ses déclarations sont basées sur les seules explications du salarié. Le courriel du 7 août 2013 est une pièce unilatérale émanant de l'appelant que ce dernier n'a adressé à l'employeur qu'après son licenciement.

Il résulte par contre des éléments de la cause que le salarié n'a pas introduit d'action en nullité pour modification unilatérale d'une clause essentielle de son contrat de travail sans le respect de la procédure légale à suivre et qu'il a accepté le changement de ses fonctions en continuant la relation de travail sans protester.

Il est cependant vrai que l'employeur a déduit à tort le montant total de 2.849 euros en relation avec le paiement d'amendes du salaire de A pendant la période d'avril à août 2011, ainsi que sur les salaires des mois de novembre 2011 et mai 2012 ainsi que le montant de 937,74 du chef de frais de téléphone et qu'il ne lui a pas versé de salaire pendant le mois de février 2012.

Il est également vrai que l'employeur a seulement payé la différence entre le salaire prévu à la convention collective de travail pour le secteur des transports et de la logistique et celui perçu par le salarié pour la période de février à septembre 2011, soit la somme nette de 446,74 euros, après l'intervention du salarié auprès de l'ITM, ensemble avec la rémunération du mois d'octobre 2013. A n'a cependant contacté l'ITM que le 11 octobre 2013, soit trois mois après son licenciement.

Si ces agissements de l'employeur sont avérés, il laisse d'être prouvé par le salarié que l'employeur les a commis dans le but de porter atteinte à sa dignité, ou de lui

nuire ou de créer un environnement hostile plutôt qu'ils ne résultent de simples erreurs de perception ou d'appréciation de la part de l'employeur.

Contrairement à l'affirmation du salarié, il ne résulte pas non plus des éléments du dossier que le comportement de l'employeur a altéré sa santé psychique. Le seul fait que le salarié s'est vu prescrire la prise d'un anxiolytique pendant 15 jours à raison d'un demi-comprimé le soir, dose pouvant être augmentée en cas de besoin, ne permet, en effet, pas de retenir que le salarié souffrait effectivement d'une dépression nerveuse à mettre en relation avec le comportement de l'employeur à son égard. Le certificat du docteur J fait uniquement état de « *problèmes de A avec son employeur* » sans plus de précision.

Le médecin ne fait pas état d'une constatation médicale personnelle et se réfère uniquement aux explications lui fournies par le salarié. Le fait que A s'est rendu à un rendez-vous au service de santé au travail multisectoriel n'est pas non plus de nature à établir ses allégations.

L'existence d'un harcèlement moral à l'égard du requérant laisse, par conséquent, d'être prouvée.

Les demandes principale et subsidiaire de A en indemnisation d'un préjudice moral de ce chef sont dès lors à rejeter.

- Quant à la demande de L'ÉTAT DU GRAND-DUCHÉ DE LUXEMBOURG, pris en sa qualité de gestionnaire du Fonds pour l'emploi :

Le licenciement de A ayant été déclaré régulier, la demande de l'ÉTAT est sans objet.

- Quant aux demandes en paiement d'une indemnité de procédure :

C'est à juste titre que la juridiction de première instance a alloué à A une indemnité de procédure de 500 euros en raison du fait que ses demandes ont été déclarées partiellement fondées.

Tant l'appel principal que l'appel incident étant à déclarer non fondés, A et la société B AUSTRIA GmbH ne peuvent pas prétendre à l'octroi d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel.

PAR CES MOTIFS :

la Cour d'appel, troisième section, 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,

les dits non fondés,

confirme le jugement entrepris,

dit non fondées les demandes respectives des parties en allocation d'une indemnité de procédure,

met les frais de l'instance d'appel pour moitié à charge de A et pour moitié à charge de la société B AUSTRIA GmbH.

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.