

Texte pseudonymisé

Avertissement: Ce document pseudonymisé a une valeur purement informative. Le document original seul fait foi.

Arrêt N°8/24 - VIII - TRAV

Exempt - appel en matière de droit du travail.

Audience publique du dix-huit janvier deux mille vingt-quatre

Numéro CAL-2022-01135 du rôle

Composition:

Elisabeth WEYRICH, président de chambre,
Françoise ROSEN, premier conseiller,
Yola SCHMIT, premier conseiller
Amra ADROVIC, greffier.

Entre :

la société anonyme SOCIETE1.), établie et ayant son siège social à L-ADRESSE1.), inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro NUMERO1.), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Patrick KURDYBAN, en remplacement de l'huissier de justice Catherine NILLES de Luxembourg, du 5 décembre 2022,

comparant par Maître Vânia FERNANDES, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

et :

PERSONNE1.), demeurant à F-ADRESSE2.),

intimé aux fins du susdit exploit KURDYBAN,

comparant par Maître Nicolas BAUER, avocat à la Cour, demeurant à Sanem.

LA COUR D'APPEL:

Suivant un contrat de travail à durée indéterminée signé le 1^{er} septembre 2017, PERSONNE1.) a été engagé par la société anonyme SOCIETE1.) (ci-après la société SOCIETE1.) en qualité de « *technico-commercial* », l'article 3 du contrat prévoyant une fonction de « *chargé d'affaires, relation clientèle, gestion site d'exploitation et équipe* ».

PERSONNE1.) était en arrêt de maladie de fin février 2019 jusqu'à la décision de reclassement de la Commission mixte de reclassement des travailleurs incapables à exercer leur dernier poste de travail du 3 juin 2020.

Une décision du 3 juin 2020 de cette commission décidant du reclassement professionnel externe d'PERSONNE1.), a mis fin aux relations de travail entre parties.

Par requête déposée le 11 septembre 2020 devant le tribunal du travail de Luxembourg, PERSONNE1.) a demandé à voir condamner la société SOCIETE1.) à lui payer la somme totale de 15.426,33 € (au titre d'indemnité pour jours de congés non pris de 1.353,05 €, d'arriérés de salaire de 3.669,19 €, d'absence non rémunérée de 321,96 € et de treizième mois de 10.082,13 €), outre les intérêts légaux majorés, ainsi qu'une indemnité de procédure de 2.500 €.

A l'audience des plaidoiries du 29 septembre 2022, la société SOCIETE1.) a sollicité reconventionnellement la condamnation d'PERSONNE1.) à lui payer le montant de 3.341,34 € au titre de au remboursement de frais de carburant.

Par jugement du 27 octobre 2022, le tribunal du travail, après avoir donné acte à la société SOCIETE1.) de sa demande reconventionnelle et s'être déclarée compétent pour connaître des demandes, a condamné la société SOCIETE1.) à payer à PERSONNE1.), outre les intérêts légaux majorés, la somme de 5.099,39 € (1.353,05 + 3.424,38 + 321,96) au titre d'indemnité pour jours de congés non pris, de solde d'arriérés de salaire et d'une absence injustifiée (non rémunérée). Le tribunal du travail a débouté la société SOCIETE1.) de sa demande reconventionnelle et a rejeté la demande d'PERSONNE1.) sur base de l'article 240 du Nouveau code de procédure civile.

Suivant exploit d'huissier de justice du 5 décembre 2022, la société SOCIETE1.) a régulièrement relevé appel du jugement du 27 octobre 2022.

Elle demande, par réformation, à se voir décharger de toutes les condamnations prononcées à son encontre et à voir condamner PERSONNE1.) à lui payer la somme de 3.341,34 € avec les intérêts légaux

majorés, au titre d'un décompte de carburant ainsi qu'une indemnité de procédure de 1.000 € pour la première instance ainsi que de 2.000 € pour l'instance d'appel.

PERSONNE1.) demande, par réformation, à se voir allouer 4.344,19 € au titre de solde d'arriérés de salaire indexés de septembre 2017 à avril 2019, sinon de 3.669,19 € au titre de solde d'arriérés de salaire non indexés, chaque fois avec les intérêts légaux à compter de l'échéance de chaque salaire, sinon de la demande en justice, jusqu'à solde. Il réclame une indemnité de procédure de 3.500 € pour l'instance d'appel.

Il conclut à la confirmation du jugement déféré pour le surplus.

DISCUSSION

I. En ce qui concerne la compétence ratione loci du tribunal du travail de Luxembourg

Arguant qu'PERSONNE1.), affecté au site à ADRESSE3.), aurait été en arrêt de maladie les 18 mois précédant la fin de la relation de travail et que la société serait établie à ADRESSE4.), la société SOCIETE1.) fait grief au tribunal du travail de Luxembourg d'avoir retenu sa compétence *ratione loci* au détriment des juridictions du travail d'Esch/Alzette.

Maintenant ses moyens soulevés en première instance, la société SOCIETE1.) soutient que les fonctions de technicien d'PERSONNE1.), effectuées au bureau, seraient prépondérantes, de sorte qu'il faudrait prendre en compte le lieu du travail à la fin de la relation contractuelle, soit le lieu du siège social de la société SOCIETE1.) situé dans le ressort du tribunal du travail de Luxembourg. Elle affirme que le siège social serait déterminant pour fixer la compétence territoriale au regard de la jurisprudence luxembourgeoise.

Soutenant qu'PERSONNE1.) aurait passé la majeure partie de son temps du bureau et que sa tâche aurait consisté essentiellement à l'établissement de devis, de facturations et de courriers, la société SOCIETE1.) conclut au rejet de la pièce unilatérale d'PERSONNE1.) intitulée « *déplacements* » pour établir la compétence *ratione loci*.

Se prévalant des relevés de déplacement versés par le précédent mandataire de la société SOCIETE1.) en première instance, PERSONNE1.) soutient qu'il a effectué des déplacements professionnels dans tout le pays du début jusqu'à la fin de la relation de travail, excepté les périodes de congé et de maladie, et conclut à la confirmation de la compétence *ratione loci* du tribunal du travail de Luxembourg.

PERSONNE1.) justifie la compétence de la juridiction de travail de Luxembourg au regard des stipulations du contrat de travail et du montant total de 23.017 € (suivant indemnité kilométrique de 0,3 €) perçu au titre de frais de route pour la période de septembre 2017 à janvier 2019 et indiqué sur ses fiches de salaire. Il soutient avoir traversé le pays du nord au sud ainsi que de l'est à l'ouest pour se rendre à ses rendez-vous professionnels

et qu'en l'indemnisant de ces frais de route, l'employeur aurait reconnu l'exercice de sa profession sur tout le territoire du Grand-Duché.

C'est à bon droit que le tribunal du travail a énoncé les dispositions applicables de l'article 47 du Nouveau Code de procédure civile stipulant qu' « *en matière de contestations relatives aux contrats de travail, aux contrats d'apprentissage, aux régimes complémentaires de pension et à l'assurance insolvabilité, la juridiction compétente est celle du lieu de travail.*

Lorsque celui-ci s'étend sur le ressort de plusieurs juridictions, est compétente la juridiction du lieu de travail principal.

Lorsque le lieu de travail s'étend sur tout le territoire du Grand-Duché, est compétente la juridiction siégeant à Luxembourg ».

La Cour approuve la juridiction de première instance en ce qu'elle a retenu qu'il appartient à PERSONNE1.) d'établir que le tribunal du travail de Luxembourg saisi est territorialement compétent pour connaître de sa demande au vu du déclinatoire de compétence soulevé par la société SOCIETE1.).

A l'instar du tribunal du travail, la Cour constate, qu'au regard de l'article 4 du contrat de travail conclu entre parties, disposant que le lieu d'exécution du travail est fixé au Grand-Duché de Luxembourg et « *périphérie* », et des plannings versés par le précédent mandataire de la société SOCIETE1.), les chantiers de la société se sont trouvés sur tout le territoire du pays.

Contrairement aux affirmations de la société SOCIETE1.), les missions de « chargé d'affaires, relation clientèle, gestion site d'exploitation et équipe » confiées à PERSONNE1.) impliquent des déplacements professionnels fréquents, établis par les frais de déplacements figurant sur les fiches de salaire et l'indemnité kilométrique prévue l'article 6 du contrat de travail pour les déplacements professionnels en véhicule privé d'PERSONNE1.).

Au regard des stipulations claires figurant au contrat de travail, la société SOCIETE1.) ne saurait se prévaloir de ce que l'arrêt de maladie pendant une période prolongée impliquerait que le lieu de travail à prendre en considération devienne le siège social de la société, d'autant plus qu'PERSONNE1.) est domicilié en France et n'a pas travaillé du tout (au Luxembourg).

L'affirmation de la société SOCIETE1.) selon laquelle PERSONNE1.) aurait passé la plupart de son temps au bureau est également contredite par les dispositions au contrat de travail et les déplacements du salarié sur l'ensemble du territoire.

Au vu des développements ci-avant, la prise en compte des plannings établis par PERSONNE1.) n'est pas nécessaire pour corroborer la compétence *ratione loci* du tribunal du travail de Luxembourg, d'ors et déjà établie.

Les jurisprudences citées par la société SOCIETE1.) ne sont pas transposables au présent cas d'espèce pour avoir été rendues dans des situations non prévues contractuellement.

Le jugement entrepris est dès lors à confirmer pour avoir écarté le moyen d'incompétence territoriale soulevé par la société SOCIETE1.) et l'appel n'est pas fondé de ce chef.

II. En ce qui concerne l'indemnité compensatoire de congés non pris

La société SOCIETE1.) fait grief au tribunal d'avoir accordé le montant de 1.353,05 € brut à titre de solde de congés non pris pour 361,68 heures (correspondant à 7.646,42 € bruts), tandis que suivant la fiche de salaire rectifiée du mois de juin 2020 le solde de congés non pris était de 352,76 heures (correspondant à 6.293,37 € brut). Elle soutient que la différence au niveau des heures de congés s'expliquerait par une erreur survenue dans la fiche de salaire et qu'il y aurait lieu de déduire 16,65 heures d'absences injustifiées du mois de novembre 2017.

Dès lors PERSONNE1.) ne pourrait prétendre qu'à 1.164,98 € (7.457,35 – 6.293,37) à titre de solde d'arriérés de congés non pris.

En déduisant les 16,65 heures d'absences injustifiées du mois de novembre 2017, que le mandataire d'PERSONNE1.) aurait qualifié d'heures de congés, le solde de l'indemnité de congé non pris serait de 843,02 € bruts (1.164,98 -321,9).

PERSONNE1.), conteste toute absence non justifiée et tout congé pris en novembre 2017. Il conclut à la confirmation du jugement déferé sur ce point, sauf à condamner l'employeur à lui payer la somme de 1.187,98 € nets.

Suivant les dispositions de l'article L.233-12 alinéa 3 du Code du travail, si après la résiliation du contrat de travail le salarié quitte son emploi avant d'avoir joui de la totalité du congé qui lui est dû, l'indemnité correspondant au congé non encore pris lui est versée au moment de son départ.

C'est à bon droit que le tribunal du travail a retenu qu'il appartient à la société SOCIETE1.) de prouver soit qu'PERSONNE1.) a pris tout le congé auquel il pouvait prétendre, soit que l'indemnité pour le congé non encore pris lui a été payée intégralement.

La Cour approuve le tribunal pour avoir écarté la version rectifiée de la fiche de salaire versée par la société SOCIETE1.), établie en date du 16 juillet 2020 et faisant état d'un solde inférieur de 297,68 heures de congé, fautes d'explications plausibles sur la différence entre les fiches de salaire.

En instance d'appel, la société SOCIETE1.) reste en défaut d'établir ses allégations et ne prouve pas avoir réglé à PERSONNE1.) l'entièreté des jours de congés non pris à la fin de la relation de travail.

Au regard de la version de la fiche de salaire établie à la fin de la relation de travail et versée en cause par PERSONNE1.), le solde des heures de congés se serait élevé à 361,68 heures équivalant à 7.646,42 € bruts. L'employeur ayant versé 6.293,37 € (correspondant à 5.525,58 € net), c'est à juste titre

que la société SOCIETE1.) a été condamnée en première instance à payer à PERSONNE1.) le solde de 1.353,05 € bruts (7.646,42 - 6.293,37).

Faute par PERSONNE1.) de justifier les raisons de requérir en instance d'appel une condamnation à un montant net, il y a lieu de maintenir la condamnation au montant brut.

En ce qui concerne, les 16,65 heures pour absences injustifiées, il y a lieu de l'examiner sous le paragraphe suivant.

III. Quant à l'absence non rémunérée en novembre 2017

La société SOCIETE1.) reproche à la juridiction de première instance d'avoir accordé une indemnité pour 16,65 heures de congé non pris en novembre 2017 de 321,96 €.

Elle demande, par réformation, à se voir décharger de cette condamnation, qui constituerait en fait une absence injustifiée d'PERSONNE1.) pendant deux jours, étant donné que ce dernier n'aurait pas eu droit à des congés en novembre 2007.

Se référant à une phrase de la requête introductive d'instance, selon laquelle « le nombre d'heures retranchées correspond étrangement au nombre d'heures de congé pris par le requérant en novembre 2017 (16,65 h) », la société SOCIETE1.) soutient qu'PERSONNE1.) serait en aveu d'avoir pris 16,65 heures de congé et qu'il serait incohérent en affirmant le contraire en instance d'appel.

Admettant une formulation erronée de la phrase litigieuse dans la requête introductive d'instance, PERSONNE1.) soutient que le rédacteur du texte a confondu les congés légaux crédités (figurant sur toutes les fiches de salaire) aux congés légaux pris. Il conteste avoir pris congé au mois de novembre 2017 ainsi que toute absence non justifiée.

En l'espèce, le tribunal a condamné la société SOCIETE1.) à payer à PERSONNE1.) la somme de 321,96 € déduite de son salaire de novembre 2017 pour absence injustifiée et non pour congé non pris tel qu'affirmé erronément par la société SOCIETE1.).

Il résulte également du jugement déféré qu'PERSONNE1.), qui admet une erreur de rédaction, a déjà contesté en première instance d'avoir pris congé, respectivement d'avoir été absent, de sorte qu'il n'y a pas d'aveu de sa part.

La société SOCIETE1.) se prévaut de la théorie de l'estoppel en reprochant à PERSONNE1.) de réclamer d'abord une indemnité d'abord pour congés non pris et contester une absence injustifiée par la suite.

La règle de l'estoppel selon laquelle nul ne peut se contredire au détriment d'autrui, est le corollaire du principe de loyauté qui doit présider aux débats judiciaires et le droit pour une partie d'invoquer un moyen nouveau ne l'autorise cependant pas à se contredire.

Un plaideur ne peut pas soutenir successivement deux positions incompatibles, sinon son action en justice sera rejetée. Pour que la théorie de l'estoppel s'applique, le comportement critiqué doit être de nature à tromper les attentes légitimes de l'adversaire, partant l'induire en erreur.

En l'espèce, la société SOCIETE1.) ne saurait se prévaloir de la théorie de l'estoppel pour empêcher toutes les initiatives d'une partie et porter atteinte au principe de la liberté de la défense, ni affecter la substance même des droits réclamés par un plaideur, en demandant au juge de devenir censeur de tous les moyens et arguments des parties (Cour d'appel, 8 juin 2021, P.40, p.304).

En l'absence de tromperie de la part d'PERSONNE1.), le moyen tiré de l'estoppel est en conséquence à rejeter.

Quant au salaire réclamé pour absence non rémunérée, c'est à bon droit que le tribunal du travail a retenu l'obligation de l'employeur de payer le salaire, sauf s'il établit que l'absence de travail résulte du fait du préposé ou de la force majeure (Cour, arrêt du 2 décembre 2004, numéroNUMERO2.) du rôle), que le salarié est présumé avoir presté son travail et qu'il appartient à l'employeur qui le conteste d'en rapporter la preuve.

En effet, le salarié a, en principe, droit à la rémunération correspondant à la durée normale de travail telle que prévue au contrat de travail et qu'il est présumé avoir prestée, sauf à l'employeur qui entend payer un salaire moindre à établir les absences du salarié.

Il appartient certes à l'employeur de prouver que le salarié n'a pas travaillé durant l'horaire conventionnellement fixé entre parties et il existe une présomption de prestation de travail par le salarié.

Face aux contestations d'PERSONNE1.) d'avoir été absent de manière injustifiée et d'avoir pris congé, la société SOCIETE1.), qui n'est même pas en mesure de préciser les dates exactes de ces absences prétendument injustifiées, n'a pas établi l'absence d'PERSONNE1.).

L'appel principal de la société SOCIETE1.) n'est dès lors pas fondé et le jugement déféré est à confirmer pour l'avoir condamné à payer à PERSONNE1.) le montant réclamé de 321,96 €.

IV. En ce qui concerne le solde des arriérés de salaire de septembre 2017 à avril 2019

Le tribunal du travail a condamné la société SOCIETE1.) à payer à PERSONNE1.) 3.424,38 € bruts correspondant à des arriérés de salaire de septembre 2017 à avril 2020, soit à la différence entre le montant net convenu dans le contrat de travail et les montants nets payés.

La société SOCIETE1.) fait grief au tribunal du travail de s'être déclarée compétent pour connaître de la demande en paiement des retenues à la source faites sur les arriérés de salaire suite à un changement de la classe d'impôt.

PERSONNE1.) n'ayant pas versé ses bulletins d'impôt, elle estime qu'il n'aurait pas établi le versement d'un salaire inférieur à celui convenu et soutient que le fisc aurait remboursé directement des retenues prélevées en trop. La société SOCIETE1.) demande d'enjoindre à PERSONNE1.) de verser les bulletins d'imposition de 2018 et 2019.

Pour le surplus, elle conteste le quantum du montant réclamé, motif pris que « le salarié aurait bénéficié d'autres avantages qui ont augmenté son revenu mensuel net », tel que le carburant de la citerne de ADRESSE3.) utilisé à des fins privées.

Arguant que suivant contrat de travail, il aurait droit à un salaire indexé de 3.000 € net, PERSONNE1.) réclame principalement un solde de 4.344,19 € au titre d'arriérés de salaire de septembre 2017 à avril 2019, subsidiairement de 3.669,19 €, chaque fois avec les intérêts légaux à partir de l'échéance de chaque salaire jusqu'à solde.

1) la recevabilité de l' « appel incident »

La société SOCIETE1.) conclut à l'irrecevabilité de « l'appel incident visant à augmenter les montants réclamés » en première instance en ce qui concerne les arriérés de salaire, la demande se heurtant à la prohibition des demandes nouvelles en appel au regard des dispositions de l'article 592 du Nouveau code de procédure civile. Elle conteste encore l'intérêt à agir d'PERSONNE1.), qui aurait obtenu gain de cause en première instance sur ce point.

L'appel incident consiste pour la partie intimée par un appel principal à relever aussi appel de la même décision par voie de conclusions prises en cours d'instance. Il est défini comme étant celui qui est formé par la partie intimée, par voie de simples conclusions, contre le jugement qui est attaqué par son adversaire, l'appelant principal, en vue de la réformation dans son intérêt propre (Th. Hoscheit, le droit judiciaire privé au Grand-Duché de Luxembourg, 2^{ème} édition n°1461).

Contrairement aux affirmations de la société SOCIETE1.), la demande d'PERSONNE1.) tendant à se voir allouer principalement le solde indexé des arriérés de salaire de septembre 2017 à avril 2019, ne constitue pas un appel incident, étant donné que l'indexation n'a pas été demandée en première instance.

Cette demande augmentée aux arriérés d'indexation ne constitue pas non plus une demande nouvelle en appel pour être virtuellement comprise dans la demande originaire, et se rattacher par un lien suffisant à celle-ci, de sorte qu'elle est encore recevable à ce titre. Il en va de même de la demande des intérêts légaux à partir de l'échéance de chaque salaire jusqu'à solde.

Les revendications subsidiaires d'PERSONNE1.) relatives aux arriérés de salaire non indexés de septembre 2017 à avril 2019 ont été débattus et tranchés en première instance et fait l'objet d'un appel principal de la société SOCIETE1.). Les moyens soulevés par PERSONNE1.) constituent dès lors une défense au fond sur les prétentions de son adversaire.

Même, si le jugement de première instance a fait droit à la demande d'PERSONNE1.) en obtention des arriérés de salaire réclamés, il a forcément intérêt à réclamer en instance d'appel le bénéfice des arriérés d'indexation qu'il a négligé de faire valoir devant le tribunal du travail.

Les moyens d'irrecevabilité de la société SOCIETE1.) sont dès lors à rejeter.

2) Quant à la compétence ratione materiae du tribunal du travail pour connaître de la demande en remboursement de retenues à la source

Suivant les dispositions de l'article 25 du Nouveau Code de procédure civile, le tribunal du travail est compétent pour connaître des contestations relatives aux contrats de travail qui s'élèvent entre les employeurs d'une part et leurs salariés d'autre part, y compris celles survenant après que l'engagement a pris fin.

C'est à bon droit que le tribunal a retenu qu'en l'occurrence la question à toiser se posant entre l'employeur et le salarié porte sur la rémunération convenue entre les parties dans le contrat de travail et non pas sur l'impôt sur le revenu et les retenues fiscales auxquelles l'employeur est légalement obligé de procéder au titre de l'impôt sur le revenu.

Cette demande prend sa source dans les relations de travail entre parties, de sorte qu'elle rentre dans la compétence d'attribution des juridictions du travail.

La jurisprudence de la Cour d'appel de Luxembourg du 17.10.2019 (CAL-2018-00618) citée par la société SOCIETE1.), qui précise que la compétence d'attribution des juridictions du travail n'est pas exclusive, est inapplicable au présent cas d'espèce.

C'est dès lors à juste titre que le tribunal a rejeté le moyen d'incompétence opposé par la société SOCIETE1.).

L'appel principal n'est dès lors pas fondé de ce chef.

3) Quant au fond

L'article 6 relative au salaire du contrat de travail conclu entre parties précise que « *Le salaire initial brut est fixé à 3.000 € à l'indice 794,54. Il sera payé à la fin du mois.* » et la mention « *déduction faite des charges sociales et fiscales prévues par la loi* », a été biffée.

Le montant de la rémunération de 3.000 € nets et l'indice 794,54 ont été ajoutés à la main et aucune explication n'a été fournie sur cette mention, alors que le salaire s'exprime généralement en brut, mention manuscrite non contestée par l'employeur.

En outre, la société SOCIETE1.) a admis l'indexation lors de ses plaidoiries, reprises à la page 5 in fine du jugement déféré, de la teneur suivante « suite à une réforme fiscale de 2018 PERSONNE1.) serait passé de la classe 2 à la classe 1 et que son salaire aurait été augmenté en fonction de l'indice

applicable, mais comme un changement de la classe d'impôt serait intervenu, le salaire net aurait été inférieur à 3.000 € ».

Au vu des stipulations du contrat de travail, le changement de la classe d'impôt d'PERSONNE1.) en 2018 n'a aucune incidence sur le salaire convenu, le salaire net à payer par l'employeur ne dépendant pas d'un remboursement éventuel.

Il n'y a partant pas lieu de faire droit à la demande de la société SOCIETE1.) tendant à la communication des bulletins d'imposition de 2018 et 2019 d'PERSONNE1.).

Les frais de route liés aux déplacements professionnels d'PERSONNE1.) ne sont pas un élément de la rémunération.

Les moyens de la société SOCIETE1.) tendant à affirmer qu'PERSONNE1.) aurait bénéficié d'avantages en nature sont dès lors à rejeter.

Au vu des développements ci-avant, le tribunal est à confirmer, en ce qu'il a retenu que les parties ont convenu un salaire mensuel fixé à 3.000 € nets.

C'est partant à juste titre que le tribunal du travail a déclaré fondée la demande en paiement du solde des arriérés de salaire de septembre 2017 à avril 2019.

En instance d'appel, PERSONNE1.) réclame l'indexation des arriérés de salaire de septembre 2017 à avril 2019.

Il résulte des développements ci-avant que les parties ont convenu d'un salaire indexé.

Les parties ayant convenu un salaire net indexé, la jurisprudence de la Cour d'appel de Luxembourg du 4.2.2016 (n°42099) citée par la société SOCIETE1.) n'est pas transposable au présent cas d'espèce.

Au regard des dispositions de l'article 1134 du Code civil, la demande d'PERSONNE1.) en obtention d'un solde de 4.344,19 € au titre d'arriérés de salaire indexés de septembre 2017 à avril 2019 est à déclarer fondée pour le montant augmenté des arriérés d'indexation et non autrement contestés.

L'employeur ne justifiant pas qu'il s'est libéré de son obligation de payer le salaire indexé convenu au vu des dispositions de l'article 1315 du Code civil, il y a lieu de condamner la société SOCIETE1.) à payer à PERSONNE1.) la somme de 4.344,19 au titre de solde d'arriérés de salaire indexés de septembre 2017 à avril 2019, chaque fois avec les intérêts légaux à partir de l'échéance de chaque salaire jusqu'à solde.

V. Quant à la demande de la société SOCIETE1.) tendant au remboursement des frais de carburant du 1.9.2017 au 11.12.2018

Soutenant aux termes de ses dernières conclusions qu'PERSONNE1.), qui ne disposait pas d'une voiture de fonction, a pris du carburant pour son

véhicule privé, la société SOCIETE1.) reproche au tribunal d'avoir rejeté sa demande en remboursement des frais de carburant.

Elle affirme, attestation testimoniale et offre de preuve à l'appui, que ce dernier aurait en moyenne pris du carburant à concurrence de 200 €/mois sans le payer, qu'il aurait été autorisé dès son embauche à prendre du diesel dans la citerne de ADRESSE3.) pour son véhicule privé utilisé à des fins professionnelles, mais qu'il « devait rembourser l'employeur du carburant prélevé au prix d'achat », motif pris que les frais de route auraient déjà été remboursés par l'employeur.

Par réformation, elle demande à voir condamner PERSONNE1.) à lui payer le montant de 3.341,34 €, correspondant au décompte des frais de carburant suivant un décompte versé en pièce.

Elle demande encore la compensation judiciaire des éventuelles condamnations à intervenir.

Affirmant avoir utilisé son véhicule privé pour ses déplacements professionnels, PERSONNE1.) conteste redevoir les montants réclamés. S'il a pris du carburant, il l'aurait utilisé pour l'exercice de son travail.

L'article 6 du contrat de travail conclu entre parties prévoit que le salarié a droit à un véhicule de fonction ou la voiture privée payée au kilomètre à convenir en tant que complément ou accessoire au salaire. Les fiches de salaire, prévoyant uniquement des frais de route, ne font pas état d'un véhicule de fonction, imposé en tant qu'avantage en nature.

Afin d'établir le bien-fondé de sa demande, la société SOCIETE1.) a versé une attestation testimoniale établie par PERSONNE2.) et a formulé une offre de preuve pour faire entendre ce dernier comme témoin.

L'offre de preuve est rédigée comme suit :

« La société SOCIETE1.) disposait d'une citerne de diesel sur le site de ADRESSE5.).

En effet, elle avait conclu un contrat avec SOCIETE2.) par lequel elles se fournissait en diesel en grande quantité lui permettant ainsi d'alimenter les véhicules de société à un prix avantageux.

La société SOCIETE3.), qui partage avec la société SOCIETE1.) les bureaux sis à ADRESSE4.), bénéficie également de cette possibilité contre refacturation.

Pour cela, les salariés des sociétés SOCIETE1.) et SOCIETE3.) devaient remplir une feuille comprenant les rubriques : date, nom, n° de plaque, nombre de litres, compteur totalisateur et km véhicule, compris Monsieur PERSONNE1.).

L'administrateur-délégué de la société SOCIETE1.) a autorisé Monsieur PERSONNE1.) dès son embauche à prendre du diesel à la citerne pour alimenter son véhicule puisqu'il utilisait son véhicule personnel pour ses

déplacements professionnels mais il devait rembourser l'employeur du carburant prélevé au prix d'achat, ce que Monsieur PERSONNE3.) a confirmé. »

Dans son attestation testimoniale, PERSONNE4.), salarié auprès de la société SOCIETE4.) déclare qu'PERSONNE1.) aurait utilisé sa voiture privée pour tous ses déplacements privés et professionnels. Il confirme ensuite qu'à chaque remplissage à la citerne sise à ADRESSE3.), les salariés devaient remplir une feuille avec les informations suivantes : date, nom, immatriculation, km, totalisateur de la citerne et la date.

Il déclare ensuite que lors d'une discussion avec PERSONNE1.), celui-ci aurait dit « *qu'il avait un accord avec la direction pour ses consommations de carburant* » et il ajoute encore ce qui suit : « *il doit les payer* ».

Il y a lieu de noter que le décompte de carburant versé par la société SOCIETE1.) ne permet pas d'établir qu'PERSONNE1.) aurait prélevé le carburant dont l'indemnisation est réclamée trois ans plus tard.

A l'instar du tribunal, la Cour constate que ni l'attestation testimoniale ni l'offre de preuve ne permettent d'établir qu'PERSONNE1.) se soit servi indument en carburant dans cette citerne pour un montant total de 3.341,34 €. De même, il ne ressort pas des éléments du dossier qu'PERSONNE1.) ait utilisé du carburant à concurrence de 200 €/mois en moyenne, respectivement qu'il ait pris du carburant utilisé à des fins privées.

Dès lors, l'offre de preuve et l'attestation testimoniale, qui manquent de la précision suffisante pour établir qu'PERSONNE1.) redonne les consommations alléguées de carburant, sont à écarter pour défaut de pertinence.

L'appel de la société SOCIETE1.) n'est dès lors pas fondé et le jugement déféré est à confirmer sur ce point.

VI. Quant au treizième mois réclamé par d'PERSONNE1.)

Le tribunal du travail a débouté PERSONNE1.) de sa demande, motif pris qu'il n'existe pas d'engagement formel de l'employeur à payer une telle prime ou gratification et qu'PERSONNE1.) n'a pas prouvé que le treizième mois constituait pour lui un droit acquis.

Se prévalant de l'article 6 de son contrat de travail, PERSONNE1.) interjette appel incident au motif que le treizième mois serait prévu par le contrat et demande à se voir allouer la somme de 10.082,13 € pour les années 2017 à 2020.

Il fait grief au tribunal d'avoir retenu qu'il n'était pas établi que la prime était payée à l'ensemble du personnel, alors qu'il était le seul salarié sous contrat au Luxembourg.

La société SOCIETE1.), qui affirme, pièce à l'appui, n'avoir payé de treizième mois à aucun de ses salariés, conclut à la confirmation du jugement entrepris.

Il y a lieu d'observer que la recevabilité de l'appel incident d'PERSONNE1.) relatif au treizième mois pour lequel il a été débouté en première instance, n'est pas discutée. Au regard des principes ci-avant énoncés, cet appel est recevable.

L'article 6 du contrat de travail conclu entre parties qui est conçu comme suit :

« Le salarié a droit aux compléments ou accessoires de salaire suivants : [Exemples : 13^{ème} mois, chèque-repas, véhicule de fonction etc. », suivi de la mention manuscrite « à convenir ou voiture privé-payé au km ». La mention « chèque repas » est biffée, la mention véhicule de fonction est soulignée, tandis que la mention « treizième mois » est laissée inchangée.

La Cour rappelle que toute prime ou gratification constitue en principe une libéralité laissée à la discrétion de l'employeur, à moins qu'elle ne soit due en vertu d'un engagement exprès contenu dans un contrat de travail ou dans une convention collective ou que l'obligation de la payer résulte d'un usage constant (versements répétés), fixe (détermination du montant au moyen d'un mode de calcul invariable indépendant de la volonté de l'employeur) et général (attribution à l'ensemble du personnel ou au moins à une catégorie de personnel bien déterminée).

Contrairement aux affirmations d'PERSONNE1.), l'article 6 du contrat de travail ne prévoit pas explicitement le paiement d'un treizième mois en sa faveur.

PERSONNE1.) admettant ne jamais avoir reçu de 13^{ème} mois et ne prouvant pas que le versement d'un treizième mois constitue pour lui un droit acquis, c'est à bon droit que le tribunal l'a débouté de sa demande.

L'appel incident n'est dès lors pas fondé et le jugement entrepris est à confirmer sur ce point.

VII. Demandes accessoires

Aucune des parties n'ayant établi l'iniquité requise par l'article 240 du Nouveau code de procédure civile, les demandes respectives des parties en allocation d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel sont à rejeter.

PAR CES MOTIFS

la Cour d'appel, huitième chambre, siégeant en matière de droit du travail, statuant contradictoirement,

dit les appels principal et incident recevables,

les dit non fondés,

reçoit la demande d' PERSONNE1.) relative au paiement des arriérés d'indexation,

la dit fondée,

confirme le jugement entrepris, sauf à préciser que la condamnation aux arriérés de salaire indexés de septembre 2017 à avril 2019 porte sur 4.344,19 €, chaque fois avec les intérêts légaux à partir de l'échéance de chaque salaire jusqu'à solde, fondée,

rejette les demandes respectives des parties en allocation d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel,

fait masse des frais et dépens de l'instance d'appel et les impose pour moitié à chacune des parties, avec distraction au profit de Maîtres Nicolas BAUER et Vania FERNANDES, avocats concluant, sur leurs affirmations de droit.