Exempt - appel en matière de droit du travail.

Audience publique du vingt-huit juin deux mille sept.

Numéro 30994 du rôle

Présents:

Edmond GERARD, président de chambre,
Eliane EICHER, premier conseiller,
Charles NEU, conseiller,
Isabelle HIPPERT, greffier.

E n t r e :

**la société anonyme L.) 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 Guy ENGEL de Luxembourg du 27 février 2006,

comparant par Maître Marco NOSBUSCH, avocat à la Cour à Luxembourg,

e t :

**S.)**, demeurant à **L- (…)** ,

intimé aux fins du susdit exploit ENGEL,

comparant par Maître Christiane GABBANA, avocat à la Cour à Luxembourg.

**LA COUR D'APPEL:**

Vu l'ordonnance de clôture de l'instruction du 9 janvier 2007.

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

Par requête du 30 mars 2005, **S.)** a fait convoquer la société anonyme **L.)**S.A. devant le tribunal du travail de Luxembourg aux fins de s'entendre condamner au paiement du montant de 75.000.- € à titre de dommages et intérêts.

Un jugement du tribunal du travail de Luxembourg du 16 janvier 2006 a déclaré la demande de **S.)** recevable et fondée en principe et fixé la continuation des débats à une audience ultérieure.

Par exploit d'huissier du 27 février 2006 **L.)**S.A. a régulièrement relevé appel du jugement du tribunal du travail de Luxembourg du 16 janvier 2006.

**S.)** a été au service de **L.)**S.A. à partir du mois de novembre 1987.

Il a fait l'objet d'un reclassement externe par décision de la Commission mixte du 15 décembre 2004, ayant été déclaré inapte à exercer son poste de travail auprès de son employeur **L.)**S.A.

**S.)** estime qu'il a fait l'objet d'un harcèlement moral de la part de **L.)**S.A.

Dans ses conclusions du 19 septembre 2006, **L.)**S.A. oppose l'irrecevabilité de la demande de **S.)** en invoquant l'article 115 du codes des assurances sociales.

L'intimé réclamerait des dommages et intérêts à titre de réparation du préjudice subi du fait du harcèlement moral qui aurait été exercé sur lui pendant des années par **L.)**S.A., et invoquerait comme préjudice un arrêt de maladie à compter du 23 février 2004, puis une invalidité reconnue par décision de la commission mixte du 15 décembre 2004, trouvant leur origine dans le travail effectué auprès de **L.)**S.A.

Le tribunal de première instance aurait retenu que **S.)** est tombé gravement malade en février 2004 et fait état du reclassement externe pour conclure que le salarié avait rapporté la preuve d'avoir subi un dommage en relation causale avec les faits de harcèlement moral.

Il conviendrait de constater que les dommages et intérêts réclamés par l'intimé le sont à titre de réparation d'un prétendu dommage constitué par une invalidité et qu'il invoquerait la réparation d'une invalidité provoquée par son activité professionnelle. En conséquence, le droit social serait manifestement impliqué et l'article 115 du Code des Assurances Sociales s'opposerait à ce qu'il agisse judiciairement en dommages et intérêts contre **L.)**S.A. Sa demande serait partant irrecevable.

**S.)**, fait valoir qu'avant ses conclusions du 18 septembre 2006, la partie adverse n'a à aucun moment soulevé l'irrecevabilité de la demande, ni en première instance, ni dans son acte d'appel, de sorte qu'elle serait actuellement forclose de ce faire.

A titre subsidiaire, l'article 115 du Code des Assurances Sociales, invoqué par la partie

adverse, serait inapplicable en l'espèce.

Le champ d'application de cet article serait celui de l'accident professionnel.

L'article 92 du Code des Assurances Sociales définirait l'accident professionnel comme *« celui qui est survenu à un assuré par le fait du travail ou à l'occasion de son travail »* .

Selon une doctrine constante, *« un tel accident est caractérisé par l'action violente et soudaine d'une cause extérieure provoquant au cours du travail une lésion de l'organisme humain; la notion générale d'accident est par ailleurs définie comme « événement fortuit, imprévisible ».*

Dans le cas d'espèce, on ne saurait parler d'accident à défaut d'événement accidentel violent instantané, imprévu et extérieur par rapport à la personne de l'employeur, mais au contraire, tel qu'il résulterait des faits à la base de la présente demande, la maladie de **S.)** aurait été provoquée exclusivement par le propre fait de **L.)**S.A., à savoir par son comportement et son attitude intentionnellement abusifs et discriminatoires à répétition envers le salarié. L'argumentation adverse devrait partant être écartée et la demande de l'intimé déclarée recevable.

La question de l'existence ou non d'un accident du travail ayant trait à la compétence des juridictions du travail, le moyen d'irrecevabilité de la demande opposé par **L.)**S.A. est en réalité un moyen d'incompétence des juridictions du travail et, en conséquence un moyen qui est d'ordre public. Il peut dès lors être opposé en tout état de cause, de sorte qu'il n'y a pas forclusion.

L'article 115 du Code des Assurances Sociales est de la teneur suivante :
*« Les personnes visées aux articles 85, 86 et 90, leurs ayants droit et leurs héritiers, même s'ils n'ont aucun droit à prestation, ne peuvent, en raison de l'accident, agir judiciairement en dommages intérêts contre leur employeur ou la personne pour compte de laquelle ils exercent une activité, ni dans le cas d'un travail connexe ou d'un travail non connexe exercé en même temps et sur le même lieu, contre tout autre employeur ou toute autre personne visée aux articles précitées, à moins qu'un jugement pénal n'ait déclaré les défendeurs coupables d'avoir provoqué intentionnellement l'accident. Dans ce cas, les assurés et ayants droit ne peuvent agir que pour le montant des dommages qui n'est pas couvert par la présente assurance ; toutefois, il n'y aura pas lieu à la responsabilité des maîtres et commettants et des artisans telle qu'elle est prévue par l'article 1384 du code civil.*

*Les conducteurs ou propriétaires de véhicules assujettis à l'assurance prescrite par les règlements de la circulation sur toutes les voies publiques, ainsi que leurs assureurs ou cautions sont responsables, sans les restrictions qui précèdent, toutes les fois qu'il s'agit d'un accident de trajet, ou que le conducteur ou le propriétaire du véhicule n'a pas la qualité d'employeur de la victime de l'accident » ;*

La Cour constate que les faits invoqués par **S.)** à la base de sa demande en paiement de dommages et intérêts sont des faits répétés pendant une certaine durée et non pas la survenance d'un évènement soudain à l'origine d'une lésion corporelle, de sorte que la qualification d'accident professionnel ne saurait être retenue.

Le moyen d'incompétence opposé par **L.)**S.A. devra dès lors être écarté.

La demande de **S.)** sur fondement de l'article l'article 1134 du Code Civil en revanche, est à déclarer recevable.

Les juges de première instance ont constaté dans leur jugement du 16 janvier 2006 que :

« Le tribunal note que les faits repris ci-avant, prouvés par les pièces au dossier, constituent des actes d'harcèlement moral. En effet, il y a atteinte aux conditions de travail par l'imposition d'innombrables heures supplémentaires en dehors des limites prévues par la loi. La nécessité de prester des heures supplémentaires de 95 heures par mois témoigne de la surcharge de travail. En effet, la constatation qu'un ouvrier doit prester 95 heures supplémentaires par mois indique la nécessité d'embaucher du personnel supplémentaire tel que requis par **S.)** dans son courrier du 7 mai 2002.

La société anonyme **L.)**ne peut pas prétendre ne pas avoir été au courant du fait que cette surcharge de travail pesait sur **S.)**. En effet, ce dernier dénonce ses conditions de travail dans la lettre du 7 mai 2002.

Le Tribunal considère que dans ces circonstances, le fait d'adresser trois lettres d'avertissement dans le laps de temps de deux années pour des prétendues fautes contre lesquelles **S.)** s'est défendu, sans annuler par la suite ces avertissements ou sans faire des investigations plus poussées en cas de désaccord avec les explications du salarié, constituent des atteintes à la dignité du salarié. En effet, le salarié est ainsi maintenu dans le vague total quant aux éventuelles suites des avertissements et doit vivre dans la crainte permanente d'un licenciement étant donné qu'il est d'usage de faire précéder les actes de licenciement d'avertissements écrits. Le tribunal souligne que **S.)** ne s'était auparavant vu adresser aucun reproche pendant 15 années.

Il est évident que **S.)**, âgé de 47 ans en 2004 et travaillant depuis 15 ans pour la société anonyme **L.)** , était plus susceptible et très touché moralement par de tels avertissements au vu de son âge et au vu des craintes pour son avenir professionnel. »

…

Les juges de première instance ont dit que :

« Le tribunal note que l'article 122-52 du code de travail français opère en matière d'harcèlement moral un renversement de la charge de la preuve. En effet, il est précisé

*« que le salarié concerné présente des éléments de fait laissant supposer l'existence d'un harcèlement; il incombe à la partie défenderesse de prouver que ses agissements ne sont pas constitutifs d'un tel harcèlement et que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à tout harcèlement».*

Le tribunal tient à relever que la société anonyme **L.)**s'est bornée à contester que les faits invoqués puissent constituer des actes d'harcèlement moral, mais n'a pas donné d'autres explications quant à la nécessité de la prestation d'innombrables heures supplémentaires par **S.)** et quant au bien-fondé des trois avertissements écrits. Elle n'a pas pris position quant aux faits dénoncés dans les

courriers émis par la délégation du personnel.

Il suit de tout ce qui précède que **S.)** a rapporté la preuve d'avoir subi des agissements répétés ayant eu pour effet une dégradation des conditions de travail susceptible de porter atteinte à ses droits et sa dignité ainsi que d'altérer sa santé physique et morale et avoir compromis son avenir professionnel.
…
En outre, la commission mixte de reclassement a, par décision du 15 décembre 2004, prononcé un reclassement externe de **S.)**. Il y avait dès lors inaptitude de **S.)** à son dernier poste de travail constatée par le médecin de travail. Il ne résulte d'aucun élément du dossier que cette inaptitude résulterait d'une autre cause que celle retenue par le psychiatre traitant de **S.)**, c'est-à-dire un état dépressif grave et prolongé.
…
Il ne résulte dès lors d'aucun élément du dossier qu'il y a lieu de douter de la véracité du diagnostic établi par le psychiatre traitant.

Il ressort de tout ce qui précède que **S.)** a également rapporté la preuve d'avoir subi un dommage en relation causale avec les faits *d'«harcèlement moral»* perpétrés à son égard.

Quant au montant à allouer à titre de dommage, le tribunal doit constater que **S.)** réclame un montant de 75.000.-euros et que la société anonyme **L.)**se borne à contester le montant. Le tribunal décide de refixer les débats des parties à ce sujet afin de leur permettre de lui fournir de plus amples précisions à ce sujet.»

**L.)**S.A. demande la réformation du jugement entrepris et estime que le tribunal du travail a à tort retenu que **S.)** avait rapporté la preuve d'avoir subi un dommage en relation causale avec les faits de harcèlement moral prétendument perpétrés à son égard.

L'appelante estime que s'il est vrai que la notion de harcèlement moral se développe dans l'environnement judiciaire luxembourgeois, il n'empêche que le harcèlement moral en tant que tel n'est pas sanctionné légalement au Luxembourg et qu'une condamnation ne peut partant se fonder sur des faits de harcèlement moral pour mettre en cause la responsabilité de l'employeur.

L'intimé aurait basé sa demande sur l'article 1134 du Code Civil qui prévoit que les conventions légalement formées doivent être exécutées de bonne foi et l'article 15 de la Convention Collective des Ouvriers de **L.)**S.A. qui prévoit que l'employeur est obligé de prendre, en observation des dispositions légales afférentes, toutes les mesures nécessaires pour la protection de la vie et de la santé des ouvriers.

Pour faire reconnaître le bien fondé de sa demande, **S.)** devrait premièrement établir une faute de **L.)**S.A. constituée par la violation par celle-ci d'une d'obligation lui imposée par les dispositions invoquées à la base de la demande, et deuxièmement établir encore que cette violation est en relation causale directe avec le préjudice allégué, ce qui, en l'espèce, ne serait pas le cas ni en fait ni en droit.

En cas de comportement «irrégulier » de l'employeur ou de l'existence de conditions de travail inacceptables, le salarié bénéficierait de moyens légaux qui

lui permettraient de faire imposer à son employeur le respect des obligations incombant à ce dernier. De même le salarié aurait pu légitimement refuser d'exécuter des prestations non conformes aux dispositions légales et susceptibles de nuire à sa santé, sans qu'on puisse lui reprocher une quelconque faute, et il aurait été loisible au salarié qui jugerait les conditions de travail néfastes et nocives pour sa santé de démissionner et de rendre le cas échéant l'employeur responsable de la rupture des relations d'emploi et de rechercher une indemnisation.

Dès lors, le salarié se sentant victime d'un comportement de son employeur de nature à mettre en cause sa santé, et qui ne prend pas des dispositions pour faire cesser ce comportement, ni ne démissionne, mais continue à subir le comportement au fil des années sans même protester, ne peut après la cessation du contrat, se saisir des conditions de travail déplorables prétendument imposées par son employeur, mais librement acceptées par lui, pour rendre ce dernier responsable de son état de santé défaillant.

En droit et en fait, la cause de l'état de santé défaillant allégué de **S.)** serait sans relation causale directe avec une faute établie contre **L.)**S.A.

**L.)**S.A. examine encore les différents éléments que **S.)** invoque comme harcèlement moral :

- heures supplémentaires,
- avertissements,
- inégalité de traitement par rapport à d'autres salariés.

**L.)**S.A. conteste formellement que la cause du prétendu état de santé défaillant du salarié soit imputable à son activité professionnelle.

**S.)** n'aurait par conséquent pas rapporté la preuve ni d'un dommage déterminé, ni d'une relation causale d'un éventuel dommage avec un prétendu comportement de **L.)**S.A.

En l'occurrence, **S.)** invoquerait à la base de sa demande les articles 1134 du Code Civil, l'article 15 de la Convention collective des Ouvriers de **L.)**S.A. et les articles 4 et 5 de la loi du 17 juin 1994 sur la sécurité et la santé des travailleurs. Cependant, le harcèlement moral ne relèverait pas non plus de l'article 15 de la Convention collective des Ouvriers de **L.)**S.A., qui opère un renvoi aux dispositions légales en matière de prévention des accidents et de protection de la santé. Il s'en suivrait que l'intimé devrait prouver la faute de **L.)**S.A., constituée par la violation de l'article 1134 du code civil.

Par ailleurs, en droit luxembourgeois il n'existe pas, à l'instar du droit français un article 122-52 du code du travail qui dispose que si « l*e salarié concerné présente des éléments de fait laissant supposer l'existence d'un harcèlement, il incombe à la partie défenderesse de prouver que ses agissements ne sont pas constitutifs d'un tel harcèlement et que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à tout harcèlement».*

Il ne suffirait dès lors pas que **S.)** établisse des éléments laissant supposer l'existence d'un harcèlement mais au contraire, il devrait établir des agissements précis constitutifs d'une faute de **L.)**S.A.

Plus particulièrement, les juges de première instance auraient considéré comme étant constitutive de harcèlement la prestation d'heures supplémentaires, mais il ne faudrait pas oublier que **S.)** a été rémunéré royalement pour la prestation des heures supplémentaires, qu'il les a effectuées sans protester et que **L.)**S.A. ne pouvait deviner que **S.)** pouvait éventuellement ne pas vouloir en prester.

Quant à l'offre de preuve formulée par **S.)**, l'appelante conteste les faits offerts en preuve. A les supposer établis, ils ne sauraient servir de base à une demande en condamnation pour harcèlement moral et ne constitueraient pas une violation de l'article 1134 du Code Civil. L'offre de preuve serait non précise, non pertinente et non concluante et devrait être rejetée.

Dans ses conclusions du 18 août 2006, **S.)** se rallie à la motivation en droit des juges de première instance concernant le harcèlement moral et reprend les faits tels que retenus par le tribunal du travail, demandant la confirmation du jugement entrepris.

Dans sa requête introductive d'instance ainsi que dans ses conclusions du 18 août 2006, **S.)** fait valoir, à l'appui de sa demande, un certain nombre de faits et offre une partie de ces faits en preuve par témoins, estimant que la plupart sont établis par pièces.

Parmi ces faits, la Cour constate que les affirmations suivantes sont établies par pièces :

*« que pendant le premier trimestre de l'année 2002, sans préjudice quant à la date exacte, le sieur **S.)** a dénoncé à plusieurs reprises à son employeur et notamment à Monsieur **D.)**, responsable du service personnel Catering, les conditions de travail insoutenables au sein de son service dues à une surcharge de travail plus supportable en raison d'un sous-effectif crucial ;*

*Qu'ainsi, pendant l'année 2001, le requérant a effectué au total 629,50 heures supplémentaires avec des pics de 82,25 heures supplémentaires au mois d'avril 2001, 99,75 heures supplémentaires au mois de mai 2001, 72,25 heures supplémentaires au mois de septembre 2001 et 82,25 heures supplémentaires au mois de décembre 2001 (pièce n°3) ;*

*Qu'au mois de janvier 2002, le sieur **S.)** a presté 78,25 heures supplémentaires (pièce n°4),*

*Que ... la convention collective des ouvriers prévoit qu' « il peut être travaillé plus que 40 heures par semaine, toutefois la durée de travail maximale ne pourra dépasser 10 heures par jour ni 48 heures par semaine » (pièce n°5);*

*Qu'il n'était pas question non plus d'interrompre toute période de travail continue d'au moins six heures par un temps de repos d'une demi-heure, tel que*

*le stipule la convention collective (pièce n°5) ;*
*……*

*Qu'en date du 30 avril 2002, et après avoir effectué 95,25 heures supplémentaires pour le mois d'avril 2002, le sieur* ***S.)*** *s'est vu adresser un premier avertissement par son employeur, au motif que « l'équilibre alimentaire des produits servis n'est absolument pas respecté » (pièces n°4 et 8) ;*

*Que ce reproche, sans aucun fondement, a été contesté par courrier daté du 6 mai 2002 adressé à* ***L.)****S.A. par le LCGB, agissant pour compte du sieur* ***S.)****, ainsi que par lettre du sieur* ***S.)*** *lui-même du 7 mai 2002 (pièces n°9 et 10);*

*Que* ***L.)****S.A. n'a jamais répliqué à ces courriers … ;*

*Que pendant le mois de mai 2002, le sieur* ***S.)*** *a dû effectuer 95,50 heures supplémentaires et pendant le mois de juin 2002, 70 heures supplémentaires (pièce n°4);*
*… … …*

*Qu'à cet égard, l'attitude inacceptable de* ***L.)****S.A. envers les salariés du service Catering, dont notamment le sieur* ***S.)****, à savoir les menaces et le chantage en cas de refus de prestation d'heures supplémentaires ou de travail pendant les jours «Off», le harcèlement moral de certains supérieurs et le stress insupportable en cuisine du à un manque d'effectifs, ressort à suffisance d'un écrit de la délégation des ouvriers de* ***L.)****S.A. du 26 novembre 2002, d'un communiqué de la délégation des ouvriers du 20 décembre 2002 ainsi que de l'article paru au journal «LE QUOTIDIEN» en date du 20 février 2003 (pièces n° 12,13 et 14);*

*Que l'employeur poursuivant sa politique, l'exposant s'est vu convoquer en date du 9 juillet 2003 dans le bureau de Monsieur* ***C.),*** *responsable du service Catering, pour se faire reprocher de ne pas avoir suivi une instruction de son supérieur lui demandant de préparer 148 casseroles chaudes au lieu des 100 casseroles initialement prévues avec la conséquence que les plats manquants auraient dû être achetés ailleurs engendrant des frais supplémentaires de Catering, un manque à gagner pour* ***L.)****S.A. et une atteinte à l'image de marque de* ***L.)****S.A. ;*

*Que le requérant s'est expliqué par rapport à l'incident en question en informant Monsieur* ***C.)*** *qu'il n'avait jamais reçu d'instruction de préparer plus que 100 casseroles chaudes;*

*Que malgré les explications du requérant quant à son innocence et sans la moindre investigation au sein du service, le reproche a été confirmé par un second avertissement adressé au sieur* ***S.)*** *le lendemain 10 juillet 2003 (pièce N° 15);*

*Que cet avertissement a été contesté par lettre du 15 juillet 2003 émanant du LCGB agissant pour compte du sieur* ***S.)*** *(pièce N° 16);*

*Que* ***L.)****S.A. n'a pas démenti la contestation lui adressée ;*

*Que par courrier du 2 février 2004, un troisième avertissement a été*

*adressé à l'exposant pour lui reprocher qu'il avait produit en date du 6 janvier 2004 des barquettes «petit-déjeuner chaud » pour le vol aller LG 919, au lieu de repas chauds (pièce n°17) ;*

*Que dès le lendemain 3 février 2004, Monsieur* ***X.),*** *cuisinier travaillant avec le sieur* ***S.)****, a informé Monsieur* ***Y.)*** *que l'erreur effectivement commise était due à sa faute alors qu'il avait donné une mauvaise information au requérant;*

*Que par lettre du 27 février 2004, le LCGB, agissant toujours pour compte du requérant, a encore pris position par rapport à l'avertissement en question en rappelant notamment à* ***L.)****S.A. que l'erreur avait été redressée en temps utile largement avant le départ du vol et qu'il n'y avait donc eu ni pertes financières au service Catering, ni dégradation de l'image de marque de* ***L.)****S.A. comme cette dernière le prétendait (pièce n°18) ;*

*Que tandis que l'avertissement identique à celui dont était destinataire le sieur* ***S.)*** *et portant sur les mêmes faits, qui avait été adressé à Monsieur* ***M.)*** *, a été annulé, l'avertissement du requérant a été maintenu;*

*Qu'ainsi, l'annulation par* ***L.)****S.A. de l'avertissement adressé au sieur* ***M.)*** *était rédigée dans les termes suivants (pièce n°19)*

"Les reproches qui vous ont été adressés dans notre lettre d'avertissement du 2 février 2004 se basaient sur des informations malheureusement incomplètes de la part de votre hiérarchie et avaient comme seul but de vous faire (re)prendre conscience de l'importance de votre tâche dans le déroulement des opérations.

Il nous est apparu à la lecture de votre courrier, que vous êtes pleinement conscient de l'importance de votre mission et avez efficacement contribué à corriger ce contretemps qui aurait pu engendrer une dégradation de l'image de marque de notre service auprès de nos passagers**.**

Faisant suite à vos explications et votre indignation justifiée, nous ne pouvons que vous informer que nous procédons à l'annulation pure et simple de notre avertissement du 2 février 2004 ".

*... ... ...*

*Que le sieur* ***S.)****, usé et épuisé par les humiliations et le harcèlement moral continu et intense exercé sur lui, est tombé en arrêt de maladie à partir du 23 février 2004 pour cause d'état anxio-dépressif sévère (pièce n°20) ;*

*Qu'il a dû être hospitalisé dans le service de psychiatrie du Centre Hospitalier de Luxembourg du 20 juin 2004 au 4 juillet 2004 suite à une tentative de suicide intentée le 20 juin 2004 (pièces n°21-28) ;*

*Qu'en raison des répercussions profondes des agissements de l'employeur sur l'état de santé du requérant, souffrant d'autodépréciation et de perte de confiance totale en soi et à l'égard des structure de la société, il a été déclaré inapte à exercer son*

*dernier poste de travail conformément à la loi du 25 juillet 2002 concernant l'incapacité de travail et la réinsertion professionnelle et a par décision de la commission mixte du 15 décembre 2004 fait l'objet d'un reclassement externe (pièce n°29) ;*

*Qu'il est actuellement inscrit comme demandeur d'emploi auprès du service des travailleurs à capacité de travail réduite (pièce n°30) ;*

*Que son état de santé est toujours extrêmement précaire ; qu'il est traité par prise de médicaments ; que le médecin traitant lui a prescrit une cure dans un Centre de médecine psychosomatique et comportementale à l'étranger spécialisé dans le traitement des maladies dues au harcèlement professionnel (mobbing), laquelle il effectuera pendant le mois d'avril 2005 (pièce n°31) ;*

*Que même pendant sa période de maladie,* ***L.)****S.A. a continué son harcèlement à l'égard du sieur* ***S.)*** *;*

*Que malgré d'innombrables demandes, les indemnités pécuniaires de maladie pour le mois de septembre 2004 ont seulement été payées au sieur* ***S.)*** *en février 2005 après sommation adressée par la Caisse de maladie des ouvriers à l'encontre de* ***L.)****S.A. (pièce n°32);*

*Que le comité directeur de la Caisse de maladie des ouvriers s'est même vu obligé d'infliger, par décision du 11 février 2005, une amende d'ordre de 500 € à* ***L.)****S.A. pour son comportement inqualifiable envers le sieur* ***S.)*** *(pièce N° 33). »*

Sont seulement établis en partie les faits suivants :

*« Que le requérant a dû à plusieurs reprises changer ou annuler ses vacances pour être à la disposition de* ***L.)****S.A. ;*

*Qu'ainsi, le 8 septembre 2001, sans préjudice quant à la date exacte, alors que le requérant se trouvait en vacances, il a dû venir travailler suite à la demande de Monsieur* ***Y.)*** *, responsable des cuisines, afin de préparer un banquet (pièce n°6) ;*

*Que le même cas s'est reproduit au mois de février 2002, sans préjudice quant à la date exacte, où le sieur* ***S.)*** *est revenu prématurément de ses vacances à Nice et a travaillé à partir du jeudi 28 février 2002 au lieu de poursuivre ses vacances jusqu'au dimanche 3 mars 2002 suite à un appel sur son téléphone portable de la part de Monsieur* ***Y.)*** *, qui disait au requérant qu'on avait besoin de lui et «qu'il s'était assez reposé » (pièce n°7. »*

Il résulte des pièces versées en cause que **S.)** était en congé jusqu'aux dates de respectivement 8 septembre 2001 et 28 février 2002 et qu'il a travaillé après ces deux dates. Il n'est pas établi qu'il ait été rappelé par son supérieur hiérarchique.

Ne sont pas établis les faits suivants :

*« Que suite à sa demande auprès de son employeur d'embaucher d'urgence du*

*personnel, le requérant a eu comme seule réponse de la part de* ***L. )*** *S.A. et notamment de Messieurs* ***Y.)*** *et* ***F.)*** *« Tu n'as qu'à courir plus vite et faire 15 heures par jour ! » ;*

*Qu'à partir du mois d'août 2002, sans préjudice quant à la date exacte, le sieur* ***S.)*** *a été dégradé de sa fonction de chef cuisinier en simple cuisinier, sans aucune explication de la part de* ***L.)****S.A., sans aucun motif à l'appui, et sans réduction de salaire ;*

*Qu'il a exprimé son incompréhension quant à cette dégradation, qui constitue d'après la convention collective une mesure disciplinaire grave se situant juste avant le licenciement du salarié, auprès de Monsieur* ***D.)****, qui a complètement ignoré les réclamations du requérant (pièce n°5) ;*

*Que les congés prioritaires d'hiver 2002 fixés par* ***L.)****S.A. par groupe de salariés et demandés le 27 avril 2002 par le sieur* ***S.)****, qui faisait partie du groupe 3 bénéficiant d'un congé du 21 décembre 2002 au 6 janvier 2003, lui ont été refusés en date du 6 mai 2002 par Monsieur* ***F.)*** *au motif de « période de forte activité pour les fêtes de fin d'année » (pièce n °11);*

*Que cependant, le 31 décembre 2002, Monsieur* ***Y.)*** *a demandé au requérant de quitter le travail à 10.00 heures du matin pour cause de manque de travail ;*

*Qu'ayant annulé ses vacances en famille suite au refus de congé préalable, le sieur* ***S.)*** *est quand même resté au travail et a lavé les réfrigérateurs, tâche incombant en principe à la femme de charge ;*

… … …

*Qu'à part les avertissements injustifiés et comportements inqualifiables précités de* ***L.)****S.A., le requérant se voyait confronté sans cesse à des manœuvres de la part de son employeur pour lui rendre la vie difficile sur le lieu de travail ;*

*Qu'ainsi, au mois d'août 2002, sans préjudice quant à la date exacte, lorsque le sieur* ***S.)*** *a entamé son service, il a dû constater que tous les programmes et notamment le fichier qu'il avait créé contenant tous les menus qu'il avait préparé avaient été effacés sur l'ordinateur de son poste de travail ;*

*Qu'au courant du mois de janvier 2003, sans préjudice quant à la date exacte, Messieurs* ***Y.)*** *et* ***P.)*** *ont procédé à un contrôle des poubelles à la cuisine en prenant des photos du contenu des poubelles afin de vérifier si les cuisiniers ne faisaient pas trop de chutes de nourriture en travaillant les produits ;*

*Qu'au mois de juillet 2003, sans préjudice quant à la date exacte, Monsieur* ***P.)*** *L a déclaré au sieur* ***S.)*** *devant témoins que « s'il en avait envie, il pouvait rester assis en commandant le personnel et en le faisant courir comme il le voulait» ; que Monsieur* ***C.)*** *responsable du service Catering et supérieur hiérarchique, qui était également présent lors de cette déclaration, a simplement souri, sans intervenir ;*

*Que lors d'une réunion de travail au mois de février 2004, sans préjudice quant à la date exacte, Monsieur* ***P.)*** *s'est encore adressé d'un ton moqueur au requérant devant*

*témoins en lui disant « On est trop bien pavé, alors on doit travailler plus vite; … ».*

La Cour retient qu'en ce qui concerne la notion de harcèlement moral il convient de se référer à 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 a dans « Chapitre 1$^{er}$ : DISPOSITIONS GENERALES », article 2 « Concept de discrimination » 3. défini le harcèlement comme suit :
*« Le harcèlement est constitué comme une forme de discrimination au sens du paragraphe 1 lorsqu'un comportement indésirable lié à 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. Dans ce contexte, la notion de harcèlement peut être définie conformément aux législations et pratiques nationales des Etats membres. »*
Article 10 : Charge de la preuve :
*« Les Etats membres prennent les mesures nécessaires, conformément à leur système judiciaire, afin que, dès lors qu'une personne s'estimé lésée par le non-respect à son égard du principe de l'égalité de traitement et établit, devant une juridiction ou une autre instance compétente, des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte, il incombe à la partie défenderesse de prouver qu'il n'y a pas violation du principe de l'égalité de traitement. »*

Jusqu'à ce jour, le législateur luxembourgeois a négligé de mettre en pratique cette directive par des mesures législatives appropriées. Il faut toutefois admettre que la notion de harcèlement moral fait actuellement partie intégrante du système juridique luxembourgeois.

A défaut de texte de loi précis, il convient dès lors de se référer aux principes généraux établis par les juridictions étrangères en application de la directive européenne, notamment par les juridictions françaises. Il convient de préciser dans ce contexte que la France dispose d'un texte de loi daté du 17 janvier 2002.

Le code du travail français, article L. 122-49 dit que : *« Aucun salarié ne doit subir les agissements répétés de harcèlement moral qui ont pour objet ou pour effet une dégradation des conditions de travail susceptible de porter atteinte à ses droits et à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel »* reprenant dans une large mesure les termes du texte de la directive.

La Cour se réfère dans le présent arrêt sur les publications du Répertoire Dalloz Travail, verbo « harcèlement moral » et retient les principes qui vont être détaillés ci-après tout en évitant les particularités dues aux textes de lois précis français.

Le texte français requiert « des agissements répétés ».

Il paraît évident que pour qu'il y ait harcèlement, il existe des actes répétés.

*« Le harcèlement moral ne peut ainsi se saisir, se découvrir, que dans une succession d'actes qui, pris isolément, peuvent être ni dégradants ni humiliants et ne rien dévoiler de leur malignité. … En pratique, ces agissements sont susceptibles de*

*recouvrir aussi bien des comportements, des attitudes, des paroles (apparemment anodines ou explicitement humiliantes), des gestes, etc. (53) Encore faut-il préciser qu'il n'est en rien nécessaire que les actes de harcèlement qui se succèdent dans le temps soient de même nature. (54)*

*Il apparaît clairement que le harcèlement moral est un « processus » entendu dans son sens commun d'« enchaînement de faits correspondant à un certain schéma et aboutissant à un résultat déterminé ».(56)*

*Reste que le processus de harcèlement moral s'inscrit nécessairement dans le temps, dans la durée. Cette durée, nécessaire à la caractérisation d'un harcèlement moral, va dépendre des circonstances de fait, et principalement de la nature des actes accomplis, de leur fréquence, de leur virulence, du contexte dans lequel ils interviennent. ... En effet, la souffrance ressentie par une victime de harcèlement est certes liée aux agissements qu'elle a vécus dans le passé et qu'elle continue de subir dans le présent, mais aussi, souvent, à la perspective de devoir encore les subir à l'avenir.(56) »*

La jurisprudence française admet que la conjonction et la répétition de faits constitutifs d'un harcèlement moral relève de l'appréciation souveraine des juges du fond (26).

Quant à la personne du harceleur, ce peut être l'employeur ou son remplaçant, mais également un salarié ou un supérieur hiérarchique de la victime (40).

Les éléments constitutifs de harcèlement moral décrits ci-avant sont donnés dans la présente affaire, alors que nous sommes en présence d'actes répétés dans le temps, qui ne sont pas toutes de la même nature et qui émanent de l'employeur ou d'un de ses représentants et qui dans le chef de **S.)** peuvent paraître dégradants ou humiliants.

Ces actes répétés constitutifs de harcèlement ont été analysés par les juges de première instance, description qu'il convient d'adopter dans la mesure où elle a été reproduite ci-avant dans le présent arrêt.

Il convient de préciser que la jurisprudence française retient des contraintes professionnelles se traduisant dans un nombre important d'heures supplémentaires, *« d'une durée de travail quotidienne en moyenne supérieure à 10 heures »* ne laissant que peu de repos au travailleur de nature à altérer sa santé physique ou morale comme constituant des actes de harcèlement moral de même que l'usage abusif du pouvoir disciplinaire ou une procédure disciplinaire manifestement infondée. (106, 118)

Pour être complet et pour bien situer le contexte du harcèlement moral, il convient de faire la distinction entre une situation constituant un harcèlement moral et *« une situation de tension, voire de stress, même intense, qui est liée à un contexte professionnel difficile, à la nature de la tâche du salarié, ou à l'étendue de ses responsabilités, voire à une surcharge de travail ».* Ainsi, *« pour qu'un comportement soit qualifié de harcèlement moral, les faits n'en doivent pas moins avoir été, par leur nature, répétition et conséquence, constitutifs d'un abus. Ils ne doivent pas avoir tenu à de simples circonstances, à tort ou à raison mal ressenties par le salarié, liées aux impératifs et aléas de gestion inhérents à la vie de l'entreprise et conduisant souvent*

*à la mise en cause de situations acquises. De plus, l'abus ne saurait se confondre avec des dysfonctionnements ponctuels, procédant notamment d'atermoiements ou laisser-aller dans la gestion, voire le spectacle d'une dégradation réelle ou supposée de la situation de l'entreprise ».* (102, 105)

Ces cas de figure ne sont pas donnés en l'occurrence, mais bien les éléments constitutifs d'un harcèlement moral.

La jurisprudence et la doctrine française discutent la question s'il faut un élément intentionnel de la part de l'employeur.

Ainsi il a été décidé que l'élément intentionnel, une intention malveillante de l'agresseur, *« reste néanmoins essentiel dans la caractérisation judiciaire du harcèlement moral ». (66) « C'est donc en général comme révélateur d'une intention de nuire que le mobile de l'agresseur est invoqué dans le discours des juges ».*

La jurisprudence française, dans sa majorité, exige « la preuve d'un dol spécial », bien que le texte de la loi française tende plutôt vers l'exigence d'un dol général.

Dans le contexte luxembourgeois, il faut cependant souligner que suivant le texte de loi français, la charge de la preuve appartient au « harceleur » qui doit prouver qu'il n'a pas agi intentionnellement, preuve difficile.

Au Luxembourg, au contraire, faute de texte de loi, les principes généraux de la charge de la preuve sont applicables selon lesquelles cette charge appartient au demandeur, en l'occurrence celui qui invoque le harcèlement.

Il convient de relever à cet endroit que dans la présente affaire, le problème de la charge de la preuve ne se pose pas, étant donné que la majeure partie des faits sont établis par pièces. Toutefois faut-il admettre que la preuve appartient au demandeur.

En l'espèce, la demande est, faute de texte spécifique quant au harcèlement moral, fondée sur l'article 1134 du code civil qui exige que les conventions légalement formées soient exécutées de bonne foi.

Il faudra donc établir que l'employeur n'a pas suffi à ses obligations découlant du contrat de travail et qu'il a commis une faute engageant sa responsabilité contractuelle.

Dans les circonstances spéciales de l'espèce, eu égard aux dégradations significatives des conditions de travail de **S.)** dues à un nombre impressionnant d'heures supplémentaires qu'il a dû prester en violation de la convention collective applicable, situation à laquelle il a rendu attentif par sa lettre du 7 mai 2002 et qui était de notoriété publique suite aux interventions de syndicats et à la publication d'un article dans un journal quotidien, il y a eu manifestement inexécution des obligations contractuelles de l'employeur et un comportement fautif engageant sa responsabilité contractuelle .

S'il ne peut être admis un élément intentionnel dans la direction de **L.)**S.A., bien qu'elle ait été nécessairement au courant du mauvais fonctionnement de son secteur

catering pendant une très longue période et n'a pas pris les mesures nécessaires pour y remédier, le management du service catering, par son incompétence caractérisée devenue de notoriété publique et son mismanagement évident, non seulement a provoqué le dysfonctionnement permanent de ce service catering, mais n'a pas été en mesure de remédier à une situation flagrante de dégradation importante et insupportable des conditions de travail de **S.)**.

Par la suite, ce même management a encore inutilement harcelé **S.)** par des avertissements manifestement non justifiés, tout en étant conscient, en raison du nombre impressionnant d'heures de travail prestés, que les conditions de travail étaient loin d'être normales.

Il y a lieu de relever, et cela est significatif, qu'une amende d'ordre a été infligée à **L.)**S.A. par le comité directeur de la Caisse de maladie des ouvriers pour non-paiement des indemnités pécuniaires de maladie.

De tous ces éléments établis par pièces, une intention malveillante, du moins de la part du mangement du service catering ne peut être exclue, bien que le dol spécial ne soit pas requis dans le cadre de l'article 1134 du code civil.

Ces faits constituent cependant un comportement éminemment fautif de la part de l'employeur engageant sa responsabilité contractuelle au regard de l'article 1134 du code civil.

La partie appelante affirme erronément que **S.)** aurait accepté de plein gré la prestation d'heures supplémentaires et la dégradation de ses conditions de travail et aurait dû recourir aux voies qui lui étaient ouvertes par la législation sur le droit du travail, voire démissionner de son poste de travail. L'employeur ne tire par ailleurs pas de conséquences juridiques de ces affirmations.

A cet égard il convient de réaffirmer que la notion de harcèlement moral est bien ancrée dans le système juridique luxembourgeois et que le salarié était fondé de rechercher l'indemnisation de son dommage sur base de la responsabilité contractuelle.

Finalement, il est prouvé par les certificats et rapports médicaux versés en cause que la maladie de **S.)** qui a conduit au reclassement est due aux conditions de travail et au harcèlement dont il a fait l'objet de la part de son employeur.

Il existe manifestement un rapport de cause à effet entre le harcèlement dont l'intimé a fait l'objet et sa maladie. Du fait de sa maladie et du reclassement il a subi un dommage évident.

Bien qu'il faille admettre que quant aux caractéristiques de la personnalité de la victime il convient de se rattacher à une appréciation in abstracto, il y a lieu, en l'espèce, de prendre en considération que **S.)** a été au service de **L.)**S.A. depuis le mois de novembre 1987 sans aucun problème connu, ni avertissement, ni mesure disciplinaire, donc à la pleine satisfaction de son employeur.

En conséquence de tous les développements qui précèdent, il y a lieu de dire que le harcèlement moral de **S.)** de la part de son employeur est établi et il convient, sauf en ce qui concerne la question de la charge de la preuve, de confirmer le jugement de première instance.

Pour être complet, il y a lieu de rejeter l'offre de preuve par témoins de **S.)** comme étant superfétatoire.

L'intimé demande acte qu'il sollicite la nomination d'un expert avec la mission d'évaluer le préjudice moral subi par lui du fait du harcèlement moral exercé par **L.)**S.A.

**L.)**S.A. estime qu'il y absence de preuve d'un dommage et **S.)**, qui invoquet une invalidité, ne préciserait néanmoins pas lequel des maux invoqués, dont il réclame actuellement réparation, serait imputable à **L.)**S.A. Le préjudice allégué ne serait pas déterminable et **S.)** serait à débouter de sa demande.

Les juges de première instance ont sursis à statuer sur la question de l'indemnisation.

Afin de garantir les droits des parties et plus particulièrement les droits de la défense à un double degré de juridiction, il convient de renvoyer l'affaire devant les juges de première instance en continuation des débats.

**L.)**S.A. réclame une indemnité de procédure de 1.500.- € sur base de l'article 240 du nouveau code de procédure civile.

La demande de la partie appelante en allocation d'une indemnité de procédure n'est pas fondée, étant donné que la partie déboutée de son action et devant assumer tous les dépens ne peut bénéficier des dispositions de l'article 240 du nouveau code de procédure civile.

**S.)** réclame une indemnité de procédure de 3.000.- €.

Il paraît équitable d'allouer à l'intimé une indemnité de procédure de 1.000.- € pour l'instance d'appel, afin de couvrir les sommes déboursées non comprises dans les dépens.

**PAR CES MOTIFS :**

la Cour d'appel, troisième chambre, siégeant en matière de droit du travail, statuant contradictoirement, sur le rapport oral du magistrat de la mise en état,

reçoit l'appel ;

le dit non fondé et en déboute ;

**confirme** le jugement du 16 janvier 2006 ;

rejette la demande de **L.)**S.A. basée sur l'article 240 du nouveau code de procédure civile ;

condamne **L.)**S.A. à payer à **S.)** une indemnité de procédure de 1.000.- € pour l'instance d'appel ;

renvoie l'affaire pour continuation des débats devant les juges de première instance ;

condamne **L.)**S.A. aux frais et dépens de l'instance d'appel avec distraction au profit de Maître Christiane GABBANA sur son affirmation de droit.