Exempt – appel en matière de droit du travail

Audience publique du six décembre deux mille douze

Numéro 37427 du rôle.

Composition:

Romain LUDOVICY, président de chambre;
Roger LINDEN, premier conseiller;
Elisabeth WEYRICH, conseiller ;
Alain BERNARD, greffier.

Entre:

la société à responsabilité limitée SOC1.) SARL, établie et ayant son siège social à L-(…), représentée par son conseil de gérance actuellement en fonctions,

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Nadine TAPELLA d'Esch-sur-Alzette du 4 avril 2011,

comparant par Maître Guy CASTEGNARO, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

et:

1) **M.,** consultant indépendant, demeurant en Chine à (…),

intimé aux fins du prédit exploit TAPELLA,

comparant par Maître Tom FELGEN, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

2) **l'ETAT DU GRAND-DUCHE DE LUXEMBOURG,** représenté par le Ministre d'Etat, dont les bureaux sont établis à L-1352 Luxembourg, 4, rue de la Congrégation, sinon par le Ministre du Travail et de l'Emploi, dont les bureaux sont établis à L-2763 Luxembourg, 26, rue Zithe, ayant dans ses attributions le Fonds pour l'emploi,

intimé aux fins du prédit exploit TAPELLA,

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

LA COUR D'APPEL:

M. a été licencié le 7 mai 2009 avec effet immédiat par son employeur, la société à responsabilité limitée SOC1.).

Par jugement du 22 février 2011, le tribunal du travail de Luxembourg a déclaré régulier le licenciement et débouté le salarié de sa demande en indemnisation du chef de la résiliation abusive du contrat de travail. Il a fait droit à la demande du requérant en paiement d'heures supplémentaires prestées à hauteur de la somme de 28.367,47 € et à celle en restitution du montant de 455,22 € retenu par l'employeur sur le salaire pour perte d'un ordinateur portable mis à la disposition du salarié. Il a rejeté les demandes du salarié relatives au paiement d'une prime, de frais de déménagement et de formation professionnelle. Il a condamné le salarié à rembourser à l'ETAT DU GRAND-DUCHE DE LUXEMBOURG, agissant en sa qualité de gestionnaire du Fonds pour l'emploi, la somme de 39.992,70 € du chef d'indemnités de chômage lui versées par provision. Il a mis les frais et dépens de l'instance pour moitié à charge du requérant et de la défenderesse.

Par exploit d'huissier du 4 avril 2011, la société SOC1.) a régulièrement interjeté un appel partiel contre le jugement du 22 février 2011. Elle conclut, par réformation, à voir dire non fondées les demandes du salarié accueillies en première instance et fondée sa demande en allocation d'une indemnité de procédure pour la première instance rejetée par le tribunal du travail. Elle demande encore à ce que les frais et dépens de première instance soient intégralement mis à charge de l'intimé et conclut à la condamnation de ce dernier à lui verser une indemnité de procédure de 1.500 € pour l'instance d'appel.

M. relève appel incident et demande à voir adjuger toutes ses demandes présentées en première instance. Il conclut à se voir décharger des condamnations prononcées à sa charge et demande à ce que la société appelante soit condamnée aux frais et dépens des deux instances.

L'Etat du Grand-Duché de Luxembourg conclut à la confirmation du jugement et en ordre subsidiaire à ce que l'employeur soit condamné à lui rembourser les indemnités de chômage versées au salarié.

I. Le licenciement

Le tribunal du travail retenant que le salarié s'était absenté de son lieu de travail en janvier 2009 pendant cinq jours, malgré le refus justifié de l'employeur, et pendant six jours en février 2009 sans même avoir demandé l'autorisation préalable de ce dernier, et avait été sans justification absent de son lieu de travail du 30 avril au 4 mai 2009, a déclaré régulier le licenciement avec effet immédiat pour motif grave.

Il a à cet effet retenu que le salarié avait à deux reprises été absent de son poste de travail sans avoir au préalable obtenu l'accord de l'employeur pour se rendre à l'étranger afin de suivre une formation (janvier et février 2009) ni n'avait présenté de justification médicale concernant son absence du 30 avril au 4 mai 2009.

S'il n'est pas contesté que l'appelant voulait suivre une formation MBA à HEC à Paris et qu'il en avait informé son supérieur hiérarchique vers la fin de l'année 2008 - cette formation devait durer dix-huit mois à raison d'une semaine une fois par mois - l'accord de principe de ce dernier, même à le supposer établi, à voir le salarié suivre cette formation payante - c'est l'appelant qui l'a payée - ne dispensait cependant pas M. d'obtenir à chaque fois l'autorisation préalable de s'absenter de son lieu de travail pour suivre ladite formation. La Cour renvoie plus spécifiquement au courriel du 20 décembre 2008 du directeur exécutif de SOC1.) qui rappelle au salarié, après avoir pris connaissance des durée et fréquence des cours à suivre, que *« you are free to do what you want during weekends, taking time out during the work days will have to be requested every time, and will be subject to the CFO's approval every time..* » et que la société *« cannot commit in advance to this timetable »*. (pièce 40 de l'appelante) L'employeur prend partant acte de la volonté du salarié de suivre une telle formation, mais l'informe de ce que s'il lui est loisible de suivre les cours durant les fins de semaine, leur fréquentation durant les heures de travail nécessitera cependant un examen au cas par cas, partant une demande du salarié et une réponse de l'employeur.

M. était partant tenu d'obtenir l'accord préalable de l'employeur qui restait libre, sous réserve d'un abus de droit que le salarié allègue, mais n'établit pas, de refuser de lui accorder, eu égard aux contraintes liées au bon fonctionnement de l'entreprise. L'allégation du salarié que l'employeur aurait abusivement refusé ses demandes de congé le privant ainsi en fait de son droit de suivre ladite formation ne repose sur aucun élément tangible du dossier.

Le moyen de l'intimé qui soutient qu'à défaut par la société d'établir que son absence lui aurait été préjudiciable, le congé aurait dû lui être accordé et que le refus opposé par la direction le 16 janvier 2009 à sa demande de congé du 12 janvier 2009 serait de ce seul fait arbitraire, voire fautif, est à écarter : il n'appartient en effet pas au salarié, sous peine de commettre un acte d'insubordination manifeste, de passer outre au refus de l'employeur de lui accorder du congé au motif que ce dernier ne justifierait pas d'une désorganisation de l'entreprise. Cautionner un tel raisonnement reviendrait à miner toute autorité de l'employeur qui se verrait à chaque fois soumis à d'interminables discussions. Le salarié doit partant prendre acte du refus de l'employeur et s'y conformer. Il sera en droit d'établir par la suite que le refus de

l'employeur ne reposait pas sur de justes motifs, preuve qu'il lui incombe de rapporter. Les motifs invoqués par la société à la base du refus ne se trouvent contredits par aucun élément du dossier, la prise de position écrite du salarié contenue dans le courriel du 22 janvier 2009 n'établissant pas la fausseté de la motivation à la base du refus du congé.

C'est partant à bon droit que le tribunal du travail a retenu - aux termes d'une motivation que la Cour adopte - que le directeur général avait par courriel du 16 janvier 2009 répondu par la négative au courriel du 12 janvier 2009 du salarié qui demandait à pouvoir s'absenter durant la semaine du 19 au 23 janvier 2009 pour suivre ladite formation. Le directeur y indique de manière expresse *"so taking next week off now is not possible"* et *"the work will always come as priority vs. taking time off for your MBA"*. Le fait même que l'organisation de la société a été perturbée par l'absence du salarié - il a passé outre et s'est rendu à Paris - ressort des courriels adressés durant la semaine litigieuse par le supérieur hiérarchique au salarié dans lesquels il le somme de se présenter immédiatement à son lieu de travail, sommation restée sans effet.(courriels du 22 janvier 2009, pièce 40 de l'appelante)

Le salarié ne saurait par ailleurs raisonnablement soutenir avoir sollicité en temps utile l'autorisation de prendre du congé durant la semaine du 16 au 21 février 2009 dès lors qu'il n'a informé son supérieur que le 16 février 2009 à 07.30 heures de ce qu'il allait être absent durant ladite semaine et qu'il ne serait de retour à son poste de travail que le 24 février 2009, le tribunal du travail ayant à juste raison retenu qu'il avait de la sorte mis l'employeur devant le fait accompli, ce dernier lui ayant d'ailleurs rappelé par courriel du 18 février 2009 qu'il aurait dû demander l'autorisation avant de partir, ce rappel *« you should have asked me for formal approval for holiday before leaving »* n'étant pas à comprendre, tel que le fait valoir le salarié, comme étant une suggestion de l'employeur, mais bien un rappel à l'ordre. Ce fait est d'autant plus grave qu'il fait suite à celui du mois de janvier 2009.

En ce qui concerne la troisième période d'absence : il est vrai que l'employeur a fait état dans la lettre de licenciement du 7 mai 2009 de ce que le salarié n'avait pas produit de certificat médical couvrant la période postérieure au 30 avril 2009 (dernier jour couvert par un certificat médical d'incapacité de travail du salarié) et lui reprochait partant une absence injustifiée de quatre jours (4 au 7 mai 2009).

Le salarié n'a cependant jamais soutenu avoir été incapable de travailler pour raisons médicales après le 30 avril 2009, mais il ressort bien plus des pièces du dossier (pièce 2 du salarié) qu'il a adressé le 4 mai 2009 à 13.51 heures un courriel à la société l'informant de ce que *« I plan to take the vacation days still owed to me and accrued between January and April during this week.I will be at work starting next Monday morning. »*

Dès lors que l'employeur savait que le salarié était absent de son lieu de travail non pas pour des raisons médicales, mais pour des raisons de convenance personnelle tenant au fait qu'il avait décidé de s'octroyer une semaine de congé, le reproche fait au salarié de ne pas avoir soumis de certificat médical

justifiant son absence est non pertinent. Le reproche est cependant fondé en ce que l'employeur fait grief à M. d'être absent sans justification du lieu de travail.

La Cour renvoie dans ce contexte aux développements faits ci-dessus en ce qui concerne l'absence du mois de février 2009, le salarié ne pouvant, de sa propre initiative et sans en référer auparavant à l'employeur, s'octroyer du congé, l'information n'étant parvenue à ce dernier que le premier jour d'absence à un moment où le salarié aurait déjà dû avoir repris son travail après son congé de maladie. Il s'y ajoute que M. aurait dû se douter de ce que du fait de son absence pour raisons de maladie de plus de deux mois, le retour à son lieu de travail primait toute autre considération. Les développements de M. qui soutient qu'à défaut de réponse de l'employeur à son courriel du 4 mai 2009, ce dernier aurait implicitement accepté sa demande de congé, sont à écarter dès lors qu'eu égard à la teneur dudit courriel, l'employeur qui avait recouvré la liberté de sanctionner notamment les fautes commises par le salarié au courant des mois de janvier et février 2009 - il était médicalement incapable de travailler durant la période du 26 février au 30 avril 2009 et tombait partant sous la protection de l'article L.121-6. du Code du travail - a réagi dans un délai adéquat en le licenciant avec effet immédiat, un des motifs à la base de la résiliation consistant notamment en l'absence non autorisée du 4 au 7 mai 2009.

A l'instar du tribunal du travail, la Cour se dispense de l'examen des autres faits reprochés au salarié dans la lettre de licenciement étant donné que ceux établis à charge de M. étaient d'une gravité suffisante pour rendre immédiatement et définitivement impossible le maintien des relations de travail de sorte que le jugement est à confirmer de ce chef.

Il en est de même du volet du jugement du tribunal qui a condamné M. à rembourser à l'Etat agissant ès qualités les indemnités de chômage de l'ordre de 39.992,70 € que le Fonds pour l'emploi lui avait avancées à titre provisionnel, cette condamnation étant justifiée sur base de l'article L.521-4. (6) du code du travail.

L'appel incident de M. est partant à rejeter.

II. Les heures supplémentaires

La demande en paiement de 56.821 € (M. en réclame en instance d'appel 61.333,52 €) portait sur la prestation de 759 heures supplémentaires effectuées (il en réclame actuellement 848) de janvier à décembre 2008. Le tribunal a dit la demande fondée à hauteur de 242,25 heures, soit la somme de 28.367,47 €.

Il a retenu sur base de l'attestation testimoniale de la salariée I. que le salarié avait effectué des heures supplémentaires à la demande de son supérieur hiérarchique. Il s'est basé sur un décompte annexé à ladite attestation et en a retranché toutes les heures prestées qui dépassaient le seuil légal prévu à l'article L.211-12.(1) du code du travail.

L'intimé produit à l'appui de sa demande les déclarations écrites du témoin I.. Son attestation testimoniale datée erronément au 24 janvier 2009 (il doit s'agir du 24 janvier 2010 étant donné que le témoin se réfère notamment à soutient la société, recevable au regard des dispositions des articles 402 et suivants du NCPC, l'omission d'indiquer son année de naissance et sa profession actuelle n'étant pas de nature à induire en erreur la société sur l'identité de l'attestateur, ce d'autant plus qu'une copie de la carte d'identité du témoin y est annexée. Le fait que le témoin a également été licencié par la société au mois de juin 2009, qu'elle se trouverait depuis lors en litige avec cette dernière et qu'elle a accordé un prêt à l'intimé pour financer sa formation HEC créant de ce fait, selon l'appelante, une communauté d'intérêts entre ce témoin et M. étant donné qu'une issue favorable du litige permettrait à ce dernier de la rembourser, ne le rend ni incapable de témoigner, ni ne rend son témoignage suspect.

Une deuxième attestation testimoniale rédigée par le même témoin le 8 août 2011 ne sera mentionnée que pour autant qu'elle apporte des éléments nouveaux par rapport à ceux déjà relatés dans la première attestation. (pièces du salarié numéro 26). Elle est, contrairement à ce que soutient la société, également recevable dès lors que s'il est vrai que le témoin prend position par rapport à des moyens qui semblent avoir été développés par la société en première instance, il s'exprime sur des faits qui relèvent de sa connaissance personnelle, ses appréciations quant à des questions juridiques n'étant de toute façon pas prises en compte par la Cour. Il s'y ajoute que les développements de la société quant à une éventuelle subornation dudit témoin respectivement la tentative perpétrée par le salarié relèvent d'affirmations qui ne sont étayées par aucun indice concret permettant de mettre en doute la sincérité des déclarations du témoin.

La Cour adopte la motivation du jugement qui a amené le tribunal du travail à retenir que le salarié avait à la demande de son employeur exécuté des heures supplémentaires. Cette demande ne doit pas être expresse, mais peut résulter des circonstances telles que celles relatées par le témoin I. dans son attestation testimoniale du 24 janvier 2010. En effet, la charge de travail dévolue au salarié, épaulé dans sa tâche par le témoin, à une période où il devait à côté de ses fonctions de contrôleur financier également assumer par intérim celles de directeur financier ont amené ce dernier à devoir prester des heures supplémentaires, le témoin précisant qu'elle avait conscience de ce que leur nombre dépassait de loin le taux légal autorisé à telle enseigne qu'elle craignait que l'employeur ne les leur payât pas. L'affirmation de l'employeur qui soutient que la société a engagé durant le laps de temps litigieux durant lequel ces heures ont été prestées trois employés censés décharger le salarié de ses activités de contrôleur financier n'est, quant à la réalité de la décharge alléguée, pas établie dès lors qu'il ressort de la deuxième attestation du témoin I. que deux des trois nouvelles recrues devaient d'abord être introduites dans leurs nouvelles fonctions, avant d'atteindre un rendement normal, d'où une décharge toute relative.

Les déclarations du témoin I. sont d'ailleurs confirmées par le témoin L., un des trois comptables engagés durant l'année 2008 et qui a rédigé une attestation testimoniale le 15 août 2011. (pièce 25 du salarié). La Cour renvoie à son

contenu censé reproduit dans le corps de l'arrêt et en retient que le témoin confirme qu'il a pu observer à partir de son entrée en fonctions au mois de septembre 2008 que tant M. que le témoin I. passaient de très nombreuses heures au bureau, bien au-delà de 18.00 heures, aux fins de venir à bout des tâches dont ils avaient à s'occuper.

C'est cependant à bon droit que la société fait valoir en ordre subsidiaire que la comparaison des fiches horaires de M. (annexe à la première attestation du témoin I. ; pièce 1 de la société) avec celles du témoin (pièce 7 de la société) fait apparaître que jusqu'au 5 mai 2008, ledit témoin n'a pas pu observer le salarié effectuer des heures supplémentaires, étant donné que le témoin n'a été engagé que le 23 mars 2008 et n'a effectué aucune heure supplémentaire jusqu'au 5 mai 2008. La Cour retient partant qu'il ne saurait résulter de la connaissance directe du témoin que le salarié a effectué de telles heures durant la période concernée. Il n'y a partant pas lieu de tenir compte des 324 heures que le salarié dit avoir prestées de janvier au 5 mai 2008.

C'est toujours à raison que la société soutient que durant la période subséquente, le témoin n'a pas pu observer M. effectuer de telles heures supplémentaires lorsqu'il se trouvait en déplacement à l'étranger, le témoin ne l'y ayant pas accompagné. La Cour renvoie aux pièces 19 à 28 de la société relatives au nombre et à la durée des déplacements à l'étranger. La Cour retient partant qu'il ne saurait résulter de la connaissance directe du témoin que le salarié a effectué des heures supplémentaires durant les périodes du 5 au 6 mai, 27 mai au 5 juin, 4 au 15 juillet, 1er au 17 août, 8 au 16 septembre, 3 octobre, 9 au 13 octobre, 28 au 31 octobre, 10 au 16 novembre et 24 au 26 novembre 2008. Le salarié réclame pour ces périodes le paiement de 175 heures supplémentaires dont il n'y a pas lieu de tenir compte.

Il convient encore de faire abstraction des trois heures supplémentaires que le salarié soutient avoir prestées le 19 juin 2008 dès lors qu'il est établi qu'il se trouvait durant ladite période dans un restaurant à des fins privées, son assertion selon laquelle il y aurait emmené son ordinateur portable et travaillé pour le compte de l'employeur, contestée par ce dernier, n'étant étayée par aucun élément du dossier.

Le total des heures supplémentaires se réduit partant de 848 à (324 + 175 + 3) 346 heures.

C'est à bon droit et par une motivation que la Cour adopte que le tribunal du travail a fait application de l'article L.211-12. du Code du travail aux termes duquel *la durée de travail maximale ne peut dépasser dix heures par jour, ni quarante-huit heures par semaine.* Cette disposition trouve à s'appliquer aux 346 heures restantes.

Il convient par application de l'article L.211-12 pris en sa première branche (*i.e.* il n'est retenu qu'un maximum de 10 heures par jour, soit deux heures supplémentaires) de réduire le nombre d'heures supplémentaires à rétribuer de 346 à 197 heures (le total des heures retranchées se chiffre à 149).

La mise en œuvre de l'article L.211-12 en sa deuxième branche (étant donné qu'il y a déjà eu réduction à un maximum de deux heures supplémentaires par jour, il ne saurait y avoir réduction maximale que de 2 heures par semaine pour le cas où la limite de 48 heures était dépassée) amène la Cour à retrancher 10,25 heures des 197 heures à rétribuer (les semaines concernées sont celles du 21 au 25 juillet, 18 au 22 août, 22 au 26 septembre, 20 au 24 octobre et 17 au 21 novembre 2008) de sorte que subsiste un solde de 186,75 heures. [*exemple* : la semaine du 22 au 26 septembre 2008 : le total des heures réclamées se chiffre à 18,25 heures. Etant donné que le salarié a presté durant les quatre premiers jours plus d'heures supplémentaires que celles légalement autorisées, il convient dans un premier temps *(première branche)* de fixer leur nombre à deux heures par jour (4j x2h) et d'ajouter 1,75 heure prestée le 25 septembre 2008, soit 9,75 heures supplémentaires effectuées durant cette semaine. Au vu du nombre maximal hebdomadaire de 48 heures autorisé*,(deuxième branche)* il y a lieu de ramener le total hebdomadaire des heures supplémentaires à rétribuer à huit heures, d'où une réduction de 10,25 heures pour ladite semaine par rapport à celles prestées].

Le taux horaire majoré appliqué par le tribunal du travail n'étant pas discuté par les parties, il convient de fixer, par réformation du jugement entrepris, la créance de M. à la somme de (186,75 x 117,1 €) 21.868,4 €.

III. Les autres demandes

A. La prime annuelle pour 2007- 2009

La demande du salarié portait sur le versement d'une prime annuelle de 21.010,30 € pour la période du 21 août 2007 au 21 août 2008 et de 14.006,9 € pour celle subséquente jusqu'à la fin des relations de travail. Il soutenait que le bonus lui était dû en cas d'atteinte d'objectifs à réaliser, que l'employeur, pourtant requis par le salarié de ce faire, aurait négligé de lui communiquer.

Le tribunal du travail a rejeté la demande au vu de l'article 2.2 du contrat de travail, censé reproduit dans le corps de l'arrêt, qui prévoit que l'attribution d'un tel bonus est laissée à la discrétion de l'employeur, d'où son caractère non obligatoire.

Dès lors que le salarié reproche certes à l'employeur d'avoir omis de fixer des objectifs de sorte qu'il lui aurait été impossible de les atteindre et que la clause qu'il soutient être arbitraire est en soi contradictoire en ce que sa formulation a pour conséquence, même pour le cas où lesdits objectifs une fois communiqués au salarié seraient atteints, de ne pas rendre obligatoire le versement d'un bonus et que M. continue de réclamer le paiement d'un bonus et non pas de dommages-intérêts pour la perte éventuelle d'une chance en raison de l'impossibilité au moins théorique pour lui d'atteindre les objectifs lui assignés, quitte pour l'employeur à faire usage de son pouvoir discrétionnaire, il convient de confirmer le jugement en ce que la demande a été rejetée.

B. Les frais de déménagement

La demande porte sur l'équivalent en euros de 5.000 US $. Le tribunal a rejeté la demande au vu de l'article 2.6 du contrat de travail étant donné que le salarié n'a pas quitté le Luxembourg, après la fin des relations de travail, en direction de Moscou ou d'une autre ville située à une distance à peu près équivalente à celle séparant Moscou de Luxembourg.

La société soutient que le salarié n'avait toujours pas déménagé deux ans après la fin des relations de travail de sorte qu'elle ne saurait être tenue de prendre à sa charge d'éventuels frais de déplacement encore à venir.

Le moyen de l'appelant qui fait valoir que l'allocation de cette somme serait forfaitaire et ne serait conditionnée par aucune remise de document (facture, devis) est à rejeter au vu de la teneur de la disposition contractuelle » *the company shall provide up to $5.000 in relocation assistance for the employee and his wife to relocate from Moscow, Russia to Luxembourg.In the event of termination, Company wil pay the cost to relocate back to the same city or equivalent distance for the employee and his wife »* dès lors que la société s'engage à payer le coût effectif *(up to)* de la relocation, cette condition préalable n'étant pas établie.

A noter d'un côté que la société a pris en charge en 2007 les frais de déplacement de Moscou vers Luxembourg à hauteur de 3.183,78 € (pièce 51 de la société) et que le salarié qui est actuellement domicilié en Chine ne réclame pas l'application de la clause contractuelle audit déménagement.

Le jugement est à confirmer.

C. Les frais d'inscription et de déplacement à un séminaire professionnel à Vienne

La demande du salarié porte sur le remboursement de 2.764,26 € (frais d'inscription à un séminaire à Vienne et frais de logement) et 1.113,55 € (billet d'avion Moscou-Vienne-Luxembourg).

C'est tout d'abord à bon droit que le tribunal du travail a toisé la demande portant sur la somme de 2.764,26 €. La société fait actuellement valoir que cette demande était certes contenue dans la motivation de la requête, mais non pas dans son dispositif de sorte que le tribunal n'en était pas saisi. Il ressort de la requête que le salarié réclamait le remboursement de trois retenues opérées, selon lui, illégalement par l'employeur, le fait de ne réclamer au dispositif que le remboursement de deux des trois retenues ainsi opérées relève en effet d'une simple omission matérielle qui n'avait pas pour conséquence de restreindre la saisine de la juridiction de première instance.

La société fait valoir que le salarié a volontairement remboursé les deux montants « dans le cadre d'un accord entre les parties ». Elle conclut reconventionnellement, pour le cas où les retenues sur salaire devaient être qualifiées d'illégales, à la condamnation du salarié à lui rembourser les montants de 2.764,26 € et 1.113,55 €.

La société admet avoir opéré des retenues sur les salaires de novembre 2008 (2.764,26 €, soit 3.947 USD) et février 2009 (1.113,55 €, soit 1.590 USD). Le salarié verse la copie de la fiche de rémunération de février 2009. (pièce 7 du salarié). La retenue litigieuse n'y est pas mentionnée. La fiche de salaire de novembre 2008 n'est pas versée.

Dès lors cependant que la société admet avoir opéré une retenue sur les salaires en question, il y a lieu de la déclarer illégale comme ne rentrant dans aucun des cas de figure de l'article L.224-3. du Code du travail. L'appel incident du salarié est partant fondé et la société est à condamner à lui restituer ces montants.

Le salarié conclut au rejet, sans autrement le motiver, de la demande subsidiaire de la société en remboursement des deux sommes en question sur base de la répétition de l'indu.

Il ne soutient et n'établit pas que la société se fût engagée à prendre en charge les frais d'inscription, de logement et de déplacement et qu'il eût sollicité l'accord préalable de l'employeur à pouvoir se rendre et participer au séminaire en question.

C'est partant à bon droit que la société soutient qu'elle n'était pas tenue de supporter lesdits frais, payés pour partie directement par le salarié au moyen de la carte bancaire mise à sa disposition par la société (frais d'inscription et de logement) et pour partie par la société (billet d'avion).

M. est tenu de rembourser ces montants à la société. La demande reconventionnelle de celle-ci est fondée.

Il y a lieu à compensation judiciaire entre les montants respectifs, sauf à préciser que les intérêts légaux de la condamnation prononcée à charge de la société courent à partir du 23 septembre 2009, jour du dépôt de la requête, et celle prononcée à charge du salarié courent à partir du 22 novembre 2011, date de notification des conclusions contenant la demande reconventionnelle.

<u>D. La retenue opérée par l'employeur sur le salaire de février 2009 d'un montant de 650 USD</u>

Le tribunal a déclaré fondée la demande en remboursement du salarié au motif que l'employeur n'était pas en droit de retenir ce montant, les faits à la base, à savoir le vol d'un ordinateur portable de la société mis à la disposition du salarié, perpétré à bord d'un TGV le 24 janvier 2009 sur le trajet Paris-Luxembourg, n'étant pas dû à la négligence grave de M..

La société fait état de la négligence grave du salarié au sens de l'article L.121-9. du code du travail qui lui aurait permis, par application de l'article L.224-3. du même code, d'opérer la retenue sur le salaire du mois de février 2009.

L'article L.224-3. autorise l'employeur à faire une retenue sur la rémunération du chef de la réparation du dommage causé par la faute du salarié, cette faute

étant à assimiler à un acte volontaire ou la négligence grave au sens de l'article L.121-9.

Le procès-verbal dressé par la police grand-ducale ne permet pas de connaître les circonstances exactes ayant mené au vol de sorte que la Cour n'est pas à même d'apprécier si le comportement du salarié a contribué à sa perpétration, le fait du vol en soi n'étant pas suffisant pour retenir dans le chef du salarié un acte volontaire ou une négligence grave constitutifs d'une faute permettant à l'employeur d'opérer une retenue sur salaire.

Le jugement est à confirmer de ce chef.

IV. Les indemnités de procédure et les frais et dépens

Les demandes respectives du salarié et de la société ont été rejetées par le tribunal du travail.

L'appel de la société pour autant qu'elle demande par réformation à se voir allouer une indemnité de procédure pour la première instance est à rejeter étant donné que la demande de M. a été déclarée partiellement fondée et que ce volet est confirmé en instance d'appel.

Le jugement est encore à confirmer en ce que le tribunal du travail a imposé les frais et dépens pour moitié à charge du salarié et de l'employeur.

Au vu du sort réservé aux appels principal et incident, il y a lieu de rejeter la demande de la société en indemnité de procédure.

PAR CES MOTIFS:

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

reçoit les appels principal et incident,

les dit partiellement fondés,

réformant:

condamne la société à responsabilité limitée SOC1.) à payer à M. du chef d'heures supplémentaires la somme de 21.868,4 € avec les intérêts légaux à courir à partir du 23 septembre 2009,

la condamne encore à payer à M. du chef de retenues sur salaire illégalement opérées la somme de (2.764,26 + 1.113,55) 3.877,81 € avec les intérêts légaux à courir à partir du 23 septembre 2009,

dit fondée la demande reconventionnelle de la société en remboursement de la somme de 3.877,81 € et condamne M. au paiement dudit montant avec les intérêts légaux à courir à partir du 22 novembre 2011,

ordonne la compensation judiciaire entre ces deux derniers montants à concurrence de la somme la moins élevée, compte tenu des intérêts légaux déjà échus,

confirme le jugement entrepris pour le surplus,

rejette la demande de la société basée sur l'article 240 NCPC,

condamne la société à responsabilité limitée SOC1.) et M. à supporter chacun la moitié des frais et dépens de l'instance et en ordonne la distraction au profit de Maîtres Guy Castegnaro, Tom Felgen et Georges Pierret, avocats constitués, sur leurs affirmations de droit.