



# INFOS JURIDIQUES

Flash sur le Droit social

## NEWSLETTER

N° 01/2015 janvier 2015

**1. Appréciation de la faute du salarié : prise en compte de ses antécédents professionnels, de tous les éléments pouvant influencer sur sa responsabilité et des conséquences du licenciement.** p.1

**2. Résiliation d'un commun accord du contrat de travail : Erreur ou violence du consentement soulevées par le salarié au moment de la signature.** p.3

**3. Capacité à témoigner : Ni le gérant d'une SARL, ni l'associé majoritaire ne peuvent être témoins dans un litige opposant la société à l'un de ses salariés.** p.5

**4. Mise à pied d'un délégué du personnel auquel son employeur reproche une faute grave: le juge des référés apprécie souverainement s'il y a une apparence de régularité de la mise à pied.** p.5

**5. Non-discrimination : l'obésité peut constituer un handicap au sens de la directive relative à l'égalité de traitement en matière d'emploi.** p.7

- 1. Les juges doivent tenir compte dans l'appréciation des faits ou fautes procédant de la conduite professionnelle du salarié de différents éléments, en particulier ses antécédents professionnels et en général de tous les éléments pouvant influencer sur sa responsabilité ainsi que des conséquences du licenciement. Le fait pour le salarié d'omettre d'informer son employeur le jour même de l'empêchement et de remettre tardivement le certificat médical, constitue certes une négligence fautive, mais ne constitue pas, en l'absence d'autres circonstances et en tant que fait unique et isolé, une faute d'une gravité telle qu'elle puisse justifier un licenciement avec effet immédiat**

Arrêt de la Cour d'appel du 15 janvier 2015, n° 40301 du rôle

### Faits

Au service de la société B SA depuis le 15 octobre 2010, A, qui a été licenciée avec effet immédiat le 25 juillet 2012 en raison d'une absence injustifiée depuis le 23 juillet 2012, réclame à son ancien employeur par requête du 2 octobre 2012 une indemnité compensatoire de préavis de deux mois ainsi que des dommages et intérêts pour le préjudice tant matériel que moral subi suite à ce congédiement qu'elle qualifie d'abusif.

La salariée soutient d'une part que ce licenciement est intervenu en période de maladie dûment portée à la connaissance de l'employeur, et donc en violation de l'article L.121-6 du Code du travail.

D'autre part, la salariée conteste la gravité des faits lui reprochés.

### Première instance

Par jugement du 4 juin 2013, le Tribunal du travail a déclaré le licenciement fondé.



La présente publication constitue un résumé d'un certain nombre de décisions de justice qui, d'un point de vue formel, ont été simplifiées et vulgarisées de sorte qu'en cas de divergences d'interprétation, seul le texte original fait foi.

Pour statuer comme il l'a fait, le Tribunal a constaté que la salariée n'avait pas rapporté la preuve d'avoir informé son employeur le 23 juillet 2012, ni que son certificat médical, qui avait certes été envoyé à l'employeur le 20 juillet 2012, lui soit parvenu le troisième jour de l'absence et non après le prononcé du licenciement. Le Tribunal en a conclu que la salariée n'était pas protégée contre le licenciement et que l'employeur était autorisé à la licencier.

La juridiction de première instance a encore considéré qu'une absence de trois jours dans ces circonstances constitue une faute grave justifiant un congédiement sans préavis.

### **Instance d'appel**

La salariée A a relevé appel de ce jugement et demande par réformation de voir dire ses demandes fondées.

Elle demande principalement à voir déclarer le licenciement avec effet immédiat intervenu en date du 25 juillet 2012 abusif et sollicite la condamnation de l'employeur B à lui payer le montant de 19.872,23 euros avec les intérêts légaux à partir de la demande en justice jusqu'à solde au titre de l'indemnité de préavis non respecté, ainsi qu'en réparation de ses préjudices moral et matériel subis du fait du licenciement.

La salariée réitère ses moyens de première instance, notamment qu'elle a été licenciée en violation de l'article L.121-6 du Code du travail et qu'une absence de 3 jours suite à une longue période de maladie ne serait pas constitutive d'une faute d'une gravité suffisante pour justifier un congédiement sans préavis d'une salariée bénéficiant d'une ancienneté de service de 2 ans et dont l'exécution du travail n'a jamais donné lieu à critiques.

Elle précise, relativement aux montants indemnitaires réclamés, avoir subi un préjudice considérable, dans la mesure où elle était enceinte, mère célibataire de deux enfants et partant sans chance de retrouver un emploi, de sorte que sa situation financière fut catastrophique ; qu'elle ne vécut pendant un certain temps que des allocations familiales et d'une pension alimentaire pour ses

enfants, jusqu'au 1<sup>er</sup> novembre 2013, où elle bénéficia du RMG.

L'employeur conclut au contraire à la confirmation du jugement déferé par adoption de ses motifs.

L'employeur réitère ses contestations quant à la protection contre le licenciement invoquée par la salariée. Il maintient qu'il n'a pas été informé le premier jour de la prolongation de sa maladie et dit avoir réceptionné le certificat médical seulement le 26 juillet 2013. L'employeur est encore d'avis qu'une absence injustifiée de trois jours entraîne nécessairement une perturbation dans l'organisation de la société, laquelle n'est qu'une petite société de 11 personnes, dans laquelle le poste de réceptionniste et de secrétaire, responsable du standard téléphonique, de l'accueil client et fournisseurs de A était stratégique pour la bonne marche de l'entreprise.

L'employeur conteste les montants indemnitaires réclamés par la salariée tant dans leur principe que dans leur montant.

### **Analyse de la Cour d'appel**

Il est constant en cause que la salariée A, qui était en congé de maladie continu depuis le 4 juin 2012, aurait dû reprendre son service le lundi 23 juillet 2012, ce qu'elle n'a pas fait, raison pour laquelle l'employeur, non informé de la cause de l'absence de sa salariée, a procédé à son licenciement avec effet immédiat en date du 25 juillet 2012.

La Cour rappelle que pour pouvoir bénéficier de la protection contre le licenciement prévue à l'article L.121-6 du Code du travail, la salariée a l'obligation d'une part, d'informer son employeur le premier jour de son absence et d'autre part, de lui remettre le troisième jour au plus tard le certificat d'incapacité de travail.

Or, en l'espèce, la salariée affirme sans cependant le prouver, en présence des contestations de son employeur à cet égard, avoir informé celui-ci le premier jour de la prolongation de son congé de maladie, soit le lundi 23 juillet 2012.

S'il est encore établi qu'elle a mis à la poste le certificat de prolongation de

la maladie le 20 juillet 2012, force est de constater que ce certificat de maladie n'est parvenu à l'employeur que le 26 juillet 2012, soit en dehors du délai légal de 3 jours et après le licenciement prononcé le 25 juillet 2012.

S'il est un fait que le certificat médical de prolongation a mis six jours pour parvenir à l'employeur en raison des lenteurs des services postaux et qu'en principe ce retard n'est pas imputable à la salariée, il ne l'est pas non plus à l'employeur qui jusqu'au 26 juillet 2012 restait dans l'ignorance de la raison de l'absence de sa salariée qui aurait dû reprendre son service le 23 juillet 2012.

Selon la Cour, il en suit que faute par A d'avoir prouvé avoir rempli les deux obligations découlant de l'article L.121-6 du Code du travail, elle n'était pas protégée contre le licenciement et l'employeur était autorisé en principe à la licencier, de sorte que le jugement de première instance est à confirmer sur ce point.

Cependant, l'inexécution par la salariée de son obligation d'informer l'employeur le jour même de l'empêchement ou de lui soumettre le troisième jour de son absence au plus tard un certificat médical, ne constitue pas automatiquement un fait ou une faute autorisant le renvoi immédiat du salarié, le juge devant examiner l'existence d'un motif grave suivant les critères prévus par la loi.

Constitue aux termes de l'article L.124-10 du contrat de travail un motif grave de licenciement tout fait ou toute faute qui rend immédiatement et définitivement impossible le maintien des relations de travail et la jurisprudence d'ajouter un fait ou une faute qui compromet définitivement la confiance réciproque indispensable entre l'employeur et le salarié.

Les juges doivent tenir compte dans l'appréciation des faits ou fautes procédant de la conduite professionnelle du salarié de différents éléments, en particulier ses antécédents professionnels et en général de tous les éléments pouvant influencer sur sa responsabilité ainsi que des conséquences du licenciement.

**La Cour constate que la salariée, loin d'être restée inerte, a posté un certificat de maladie en temps utile, lequel est cependant, en raison de la défail-**

**lance des services postaux, parvenu en dehors du délai légal à l'employeur, dès lors également à l'insu de la salariée quicependant, pouvait légitimement croire que son employeur avait été régulièrement averti et a partant fait les diligences pour informer son employeur de son incapacité de travailler.**

Finalement, le certificat médical que l'employeur reconnaît avoir reçu, atteste la réalité de la maladie de la salariée dont l'absence n'était partant pas de complaisance.

**Il suit de l'ensemble de ces considérations que le fait pour A d'omettre d'informer son employeur le jour même de l'empêchement et de remettre tardivement le certificat médical, constitue certes une négligence fautive, mais ne constitue pas, en l'absence d'autres circonstances et en tant que fait unique et isolé, une faute d'une gravité telle qu'elle puisse justifier un licenciement avec effet immédiat et dès lors priver la salariée du préavis légal et des indemnités légales afférentes.**

La Cour arrive à la conclusion que le jugement est partant à réformer en ce qu'il a déclaré le licenciement justifié.

La demande de A en paiement d'une indemnité compensatoire de préavis de deux mois est partant fondée et justifiée pour le montant réclamé de 2 x 2.161,78 euros, soit pour la somme de 4.323,56 euros.

Le salarié abusivement licencié a en principe droit à la réparation des préjudices matériel et moral en résultant, à condition qu'il prouve la réalité d'un dommage et la relation causale entre ce dommage et la faute commise par l'employeur.

De même, il est de principe que les pertes subies par le salarié ne sont à prendre en considération que pour autant qu'elles se rapportent à une période qui aurait raisonnablement dû suffire pour lui permettre de trouver un nouvel emploi, le salarié étant obligé de faire tous les efforts nécessaires pour trouver un emploi de remplacement le plus rapidement possible.

A fixe son préjudice matériel par rapport à une période de référence allant du 25 juillet 2012 au 28 février 2013 et sollicite la somme de 5.548,67 euros correspondant à la différence entre les salaires qu'elle aurait perçus auprès de son ancien employeur, si elle n'avait pas été licenciée et les indemnités de

chômages perçues pendant la même période.

La Cour estime qu'une période de 6 mois aurait raisonnablement dû suffire pour permettre à A de trouver un nouvel emploi.

Pendant ladite période, la salariée a fait, comme il résulte des pièces du dossier, les efforts nécessaires en vue de se réinsérer dans la vie professionnelle.

Compte tenu de l'indemnité de préavis de deux mois lui allouée, le préjudice matériel se chiffre à (4 x 2.215,77 euros) 8.863,08 euros, somme de laquelle il échet de soustraire 6.701,80 correspondant aux indemnités de chômage perçues pendant la période de 4 mois, de sorte que A a droit à une indemnisation du préjudice matériel de 2.261,28 euros.

Compte tenu de l'atteinte portée à la dignité de A par ce licenciement abusif et des soucis qu'elle a dû se faire en tant que mère célibataire de deux enfants en bas âges et enceinte au moment du licenciement, pour son avenir professionnel, ainsi que de sa faible ancienneté de service, le préjudice moral invoqué par elle est justifié et la Cour estime qu'il est indemnisé de façon adéquate par un montant de 1.000 euros.

## **2. Erreur ou violence du consentement soulevées par le salarié au moment de la signature de la résiliation d'un commun accord (non) – validité de la résiliation d'un commun accord (oui)**

**Arrêt de la Cour d'appel du 4 décembre 2014, n° 40478 du rôle**

### **Faits**

Au service de la société B, depuis le 21 mars 2005 en qualité d'aide-ménagère et d'aide socio-familiale, la salariée A fut convoquée à un entretien préalable au licenciement pour le 9 novembre 2010 par lettre du 4 novembre 2010. La lettre de convocation indiquait qu'elle pouvait se faire assister par une personne de son choix. Lors du prédit entretien préalable elle signa avec son employeur une résiliation d'un commun accord avec effet immédiat du contrat de travail, dont elle contesta par après la validité, prétendant que son consentement n'a pas été libre.

La salariée A demanda au Tribunal du travail de déclarer nulle la résiliation d'un commun accord intervenue le 9 novembre 2010, de requalifier la cessation de la relation de travail en licenciement avec effet immédiat, de déclarer ce licenciement abusif, partant de lui allouer une indemnité compensatoire de préavis de 9.805,40 euros, une indemnité de départ de 2.451,35 euros, ainsi que des dommages et intérêts d'un montant de 35.000 euros.

### **Le jugement du Tribunal du travail**

#### **a. Les arguments de la salariée**

La salariée fit exposer que lors de l'entretien préalable, l'employeur lui reprocha d'avoir hurlé après un patient âgé, aveugle et dément, en précisant que cette attitude constituait dans son chef une récidive et lui proposa en raison de cette faute qu'il qualifia de grave, soit un licenciement avec effet immédiat, soit une résiliation d'un commun accord. Elle soutint que son consentement a été vicié par l'énorme pression, voire les violences psychologiques, auxquelles elle a été soumise lors de l'entretien préalable.

## b. Les arguments de l'employeur

L'employeur contesta formellement avoir mis la salariée sous pression. Il reconnaît lui avoir donné le choix entre les deux possibilités de mettre un terme à leur relation de travail, qui ne pouvait plus perdurer en raison de son comportement gravissime, alors qu'elle avait pour la deuxième fois eu une attitude totalement inadéquate à l'égard d'un patient sénile, comportement qu'elle a reconnu. Il exposa encore lui avoir donné un temps de réflexion pour en parler avec sa collègue et amie qui l'assistait et précisa, qu'elle est revenue bien avant le temps lui laissé pour réfléchir et qu'elle a déclaré opter pour la résiliation d'un commun accord.

Il en conclut que le consentement de la salariée a partant été donné librement.

## c. Le raisonnement des juges

Le Tribunal du travail a dit qu'il n'y avait pas lieu à annulation de la résiliation d'un commun accord du 9 novembre 2010 et dit les demandes de la salariée non fondées.

Se basant sur l'article 1109 du Code civil, le Tribunal du travail a retenu qu'il incombait à la salariée de prouver le vice du consentement, ce dernier n'étant pas présumé ; il a ensuite constaté que la salariée reconnaissait avoir parfaitement compris l'objet du document signé. Même à supposer que la salariée n'ait pas compris la portée de son acte, n'en ait pas mesuré l'envergure, les conséquences, il n'en resterait pas moins qu'un tel acte juridique reste valable, même si son auteur n'a pas conscience de ses conséquences.

Le Tribunal du travail a encore relevé que, s'il était établi que la salariée se trouvait dans une situation de stress, cette pression ressentie par elle ne constitue toutefois pas, à défaut de preuve de violences morales concrètes et graves exercées, un vice de consentement de nature à entraîner l'annulation de son accord.

Il en a conclu qu'aucune erreur ou violence, ni vice du consentement, ne résulte des éléments du dossier, le seul

fait que la salariée regrette, par après, son choix, n'étant pas constitutif d'un tel vice.

A n'ayant pas obtenu gain de cause a interjeté appel contre le jugement du Tribunal du travail pour dire que la résiliation d'un commun accord du 9 novembre 2010 est entachée de nullité dans la mesure où son consentement a été vicié.

### L'arrêt de la Cour d'appel

La Cour constate, à l'instar du Tribunal du travail, que les allégations de l'appelante laissent non seulement d'être prouvées, mais sont contredites par ses propres affirmations faites dans ses conclusions, de sorte à les rendre peu crédibles, dans la mesure où elle admet dans un premier temps, comme devant le juge de première instance, avoir compris l'objet du document qu'elle signait pour, par après, le nier.

Il est avéré par les dépositions des témoins D, E et F ayant chacun rédigé une attestation testimoniale, témoins qui par ailleurs ne sont pas en raison de leur proximité à l'employeur frappés d'une incapacité de témoigner, que l'appelante était assistée pendant l'entretien préalable d'une amie, la dame F, que le directeur de la fondation lui a expliqué les raisons de l'entretien en faisant un rappel des faits et en pointant la faute grave commise par elle en date du 29 octobre 2010 qui a consisté en une agression verbale d'un pensionnaire sénile, en rappelant qu'elle avait déjà fait l'objet d'une réprimande pour un fait similaire, qu'il considérait ce comportement comme suffisamment grave pour la licencier sans préavis, tout en lui proposant une alternative au licenciement immédiat, en l'occurrence la résiliation d'un commun accord, en lui expliquant les conséquences de ces deux actes, notamment le fait qu'elle ne pourrait en principe pas prétendre à des indemnités de chômage.

Il résulte encore des attestations judiciaires, que la salariée a reconnu sa faute, a eu un temps de réflexion pour en discuter avec son amie avant de prendre sa décision et qu'elle a, avant le terme

de son délai de réflexion, signalé qu'elle souhaitait signer la résiliation d'un commun accord.

La Cour ne peut dès lors tirer de ces attestations aucune preuve d'une violence morale, d'une pression exercée par l'employeur sur son ex-salariée, de nature à vicier le consentement de cette dernière.

La Cour constate encore que la seule personne qui aurait pu donner des informations sur le déroulement de l'entretien allant dans le sens des allégations de la salariée, à savoir le témoin F, soit l'amie de A, qui l'a assistée lors du prédit entretien, n'a pas confirmé la version des faits de A, mais bien celle de l'employeur.

Il y a lieu finalement de relever que la véracité du certificat médical, partant la réalité de la dépression de la salariée au moment de l'entretien préalable, certificat rédigé d'une façon pour partie incompréhensible par le docteur G le 16 décembre 2010, soit un mois après l'entretien préalable, est à lire avec circonspection dans la mesure où il certifie rétroactivement un trouble anxio-dépressif invalidant.

**C'est partant à juste titre, après avoir analysé les dispositions de l'article 1109 du Code civil applicable au cas d'espèce, après avoir à bon droit rappelé que la charge de la preuve du vice du consentement incombe à la salariée et après avoir analysé tant l'erreur sur la portée du document litigieux, que les éventuelles violences psychiques et les prétendues pressions morales subies par elle au moment de la signature de l'acte litigieux, que le Tribunal du travail a décidé qu'« aucune erreur ou violence du consentement ne résulte dès lors des éléments du dossier, le seul fait que la requérante regrette par après, son choix, n'étant pas constitutif d'un tel vice ».**

Il suit des considérations qui précèdent, que le jugement est à confirmer par adoption de ses motifs, en ce qu'il a retenu que le contrat de travail a valablement pris fin d'un commun accord entre parties, pour déclarer la demande de A non fondée.

### 3. Capacité à témoigner : Ni le gérant d'une SARL, ni l'associé majoritaire ne peuvent être témoins dans un litige opposant la société à l'un de ses salariés

Arrêt de la Cour d'appel du 8 janvier 2015, n° 37946 du rôle

#### Faits

Par arrêt du 30 janvier 2014, la Cour a admis la société B s.à r.l. à établir par voie d'enquête (audition de témoins) des faits de nature à justifier la motivation fournie à l'appui du licenciement avec préavis de son salarié A.

Lors de l'enquête principale du 10 mars 2014, A s'est opposé à l'audition du témoin C pour être partie en cause.

Le magistrat-commissaire a renvoyé la question de la capacité de témoigner de C devant la Cour siégeant en composition collégiale.

#### Position des parties

Le salarié A soutient que C est à considérer comme partie en cause dès lors qu'il est gérant de la société B s.à r.l. et qu'en tant qu'associé possédant 74,2 % des parts sociales il est le seul et vrai maître de la société.

La société B s.à r.l. soutient que C n'a été gérant qu'à durée déterminée, qu'il a une personnalité distincte de la société et qu'il n'y a pas d'identité de personne entre C et la société en raison de ses fonctions exercées au sein de la société et de sa participation dans les parts sociales de la société.

#### Appréciation de la Cour

Il résulte des pièces versées que C possède bien 74,2 % des parts sociales de la société, que le mandat de D, nommé gérant administratif le 3 octobre 2011, est un mandat à durée indéterminée mais que le mandat de C, nommé gérant technique le 1er août 2003, devait expirer le 1er août 2009.

Le mandat de gérant ne prend toutefois pas automatiquement fin au terme du mandat.

Le gérant reste en place, avec ses droits et devoirs, jusqu'à la désignation de son successeur.

Cette solution s'impose d'autant plus en l'occurrence qu'il est prévu que l'engagement de la société exige la signature des deux gérants.

A défaut de nomination d'un nouveau gérant en remplacement de C, C et D représentent dans le présent litige la société B s.à r.l. en justice.

**Nul ne peut être témoin dans sa propre cause. Dès lors que de par la loi les gérants sont dans la société à responsabilité limitée les personnes physiques incarnant la personne morale en justice, la preuve testimoniale d'une personne dans un litige dans lequel est impliquée la société à responsabilité limitée dont il est le gérant, n'est pas admissible (cf. Cass. 30 juin 2005, Pas. 33, p. 58).**

C, représentant la société B s.à r.l. en justice, est donc incapable de témoigner.

**Il est encore incapable de témoigner pour être, en raison de sa possession de 74,2 % des parts sociales, le seul et vrai maître de la société B s.à r.l. et pour se confondre ainsi avec la personne morale.**

### 4. Mise à pied d'un délégué du personnel auquel son employeur reproche une faute grave : Le président du Tribunal du travail doit déterminer s'il existe une apparence de régularité de la mise à pied. Il doit uniquement se prononcer sur le maintien ou la suspension de la rémunération en attendant la solution définitive du litige au fond relatif à la demande de résiliation judiciaire du contrat de travail.

Arrêt de la Cour d'appel du 8 janvier 2015, n° 39911 du rôle.

#### Faits

Le salarié B était au service de la société A en qualité de chef de chantier depuis le 15 février 2005.

Le 12 décembre 2007, il a été élu membre de la délégation du personnel.

Le 21 novembre 2012, il s'est vu notifier une mise à pied<sup>1</sup> avec effet immédiat pour le motif grave suivant :

*« (...) En effet, en date du 7 novembre 2012 sur le chantier C à Dudelange, vous avez chargé dans le véhicule A mis à votre disposition environ 80 kg de chutes de câble ayant une forte teneur en*

1. Il résulte de l'article L. 415-11 du Code du travail qu'en cas de faute grave, le chef d'entreprise a la faculté de prononcer la mise à pied immédiate du salarié délégué du personnel en attendant la décision définitive de la juridiction du travail sur sa demande en résolution du contrat de travail.

Lorsque la juridiction du travail refuse de faire droit à cette demande, la mise à pied est annulée et ses effets sont supprimés de plein droit.

Dans les huit jours de la notification de la mise à pied, le délégué du personnel peut saisir par simple requête le président de la juridiction du travail qui se prononce alors sur le maintien ou la suspension de la rémunération, en attendant la solution définitive du litige.

cuivre, sans préjudice quant à la quantité exacte. D, responsable du chantier vous avait pourtant rappelé que seul le magasinier, E, est chargé de récupérer les chutes de câble conformément aux notes de service 8 bis et 9 en vigueur et dont vous avez connaissance. A cela, vous avez répondu que vous vous chargeriez de les ramener à M. E. Or, en date du 13 novembre 2012, ma mandante a appris avec stupeur que vous n'avez restitué à M. E que trois petites couronnes de câble d'un poids d'environ 7 kg et ayant une teneur très faible en cuivre.

Aucun autre chute de câble n'a été restitué à M. E ni à quiconque travaillant au sein de la société A.

Vos agissements sont donc constitutifs d'un vol domestique, infraction pénale punie d'une peine d'emprisonnement en vertu du code pénal.

En raison de cette faute, toute continuation des relations de travail est devenue immédiatement et définitivement impossible.

Pour le surplus, je vous rappelle que vous avez fait l'objet de 14 avertissements en raison de vos retards et absences répétées.

Par ce comportement, vous avez également nuit au bon fonctionnement de l'entreprise étant donné que les salariés sous vos ordres se sont retrouvés livrés à eux-mêmes... ]. »

Par requête du 29 novembre 2012, le délégué du personnel B fit convoquer son employeur la société A devant le président du tribunal du travail d'Esch-sur-Alzette aux fins de voir ordonner le maintien de son salaire en attendant la solution définitive du litige.

## **En première instance**

### **a. Les arguments des parties en première instance**

La société A souleva l'incompétence territoriale du président du tribunal du travail d'Esch-sur-Alzette pour connaître de la demande, au motif que le lieu de travail du requérant s'étendait sur tout le territoire du Grand-Duché de Luxembourg, de sorte que le président du Tribunal du travail de Luxembourg

était compétent pour connaître de la demande.

A l'appui de ses dires, la société A versa le contrat de travail et les fiches de pointage du salarié.

Quant au fond de l'affaire, elle conclut au rejet de la demande en se référant à des attestations testimoniales et à une plainte du 16 novembre 2012 déposée contre B du chef de vol domestique. Elle invoqua 14 avertissements relatifs aux retards et absences répétés du salarié.

Le salarié B au contraire fit valoir qu'il a travaillé principalement dans le sud du pays, de sorte que le tribunal du travail d'Esch-sur-Alzette serait compétent pour connaître de la demande. Pour le surplus, il contesta les dires de l'employeur au sujet de son prétendu comportement fautif.

### **b. La décision du premier juge**

Par ordonnance du 1<sup>er</sup> février 2013, le président du tribunal du travail d'Esch-sur-Alzette s'est déclaré territorialement compétent pour connaître de la demande et a ordonné le maintien de la rémunération de B à partir du jour de la notification de la mise à pied jusqu'au jour où la décision à prendre sur la requête en résolution judiciaire du contrat de travail sera coulée en force de chose jugée. Il a condamné la société A au paiement d'une indemnité de procédure de 300 euros.

Le président du tribunal du travail a en effet constaté sur base des fiches de travail versées, que B a travaillé essentiellement sur des chantiers situés au sud du pays.

Quant au fond, il a retenu, qu'au vu du caractère vague et imprécis des attestations testimoniales versées en cause, l'apparence d'une faute grave, de nature à rendre immédiatement et irrémédiablement impossible le maintien des relations de travail, dans le chef du salarié délégué n'est pas établie à suffisance de droit par l'employeur.

### **En deuxième instance**

Par exploit d'huissier du 21 mars 2013 la société A a interjeté appel de la première décision.

### **a. Les arguments des parties**

A demande que la suspension de la rémunération soit ordonnée à partir du jour de la notification de la mise à pied, sinon à partir du jour de la requête, sinon à partir du jugement à intervenir jusqu'au jour où la décision à prendre sur la requête en résolution judiciaire du contrat de travail sera coulée en force de chose jugée.

A l'appui de son appel, elle verse de nouvelles attestations testimoniales et estime qu'il se dégage à suffisance des attestations de D, de E et de F, que le délégué B s'est emparé de la chose d'autrui, à savoir des chutes de câbles appartenant à son employeur sans que celles-ci lui aient été remises volontairement. Il s'y ajouterait que B n'a donné aucune explication quant au sort des chutes de câble restantes qui n'ont pas été remises à E. A l'appui de son appel, elle verse de nouvelles attestations testimoniales, un relevé téléphonique et une copie des itinéraires empruntés par B les 7 et 13 novembre 2012 qui selon l'appelante corroboreraient l'infraction de vol domestique lui reproché.

Le salarié B conclut à la confirmation de la première décision.

Il ne conteste pas avoir été le 7 novembre 2012 sur le chantier « Biocardel » à Dudelange et avoir ramené le 13 novembre 2012 au siège de la société A à Pétange des chutes de câbles, mais fait valoir que ni sa présence sur le chantier le 7 novembre 2012 ni sa présence au siège de la société A le 13 novembre 2012 ne démontreraient qu'il se soit emparé d'une grande quantité de chutes de cuivre d'environ 80 kilos. Le relevé téléphonique versé par l'employeur ne concernerait que les communications non incluses dans le forfait du 1<sup>er</sup> novembre 2012 au 30 novembre 2012. Or, il résulterait du procès-verbal établi par huissier que le 8 novembre 2012 à 6.46 heures, il avait contacté le numéro 352.621.273.172 qui est celui de E. Les chutes de câbles auraient été retirées le jour même par E.

D'après l'intimé, la décision de non poursuite par le ministère public de la plainte déposée par la société A à son encontre prouverait à suffisance qu'il n'a commis aucun vol domestique.

Il conclut encore au rejet pur et simple des nouvelles attestations versées en instance d'appel par la société A, en soulevant la question de savoir comment ces témoins pourraient désormais donner des précisions sur les circonstances de fait et de temps qu'ils n'ont pas données dans leurs premières attestations, notamment comment le témoin D pouvait-il savoir qu'il y avait 80 kilos de cuivre sur le chantier, comment le témoin E pouvait-il se souvenir de la date exacte et de l'heure exacte auxquelles l'intimé aurait chargé toutes les chutes de câbles sur le chantier, alors qu'à la lecture de sa première attestation, il n'était pas présent sur le chantier le 7 novembre 2012. Il y aurait encore lieu de se demander ce qui s'est passé entre le 7 et le 13 novembre 2012. Les autres attestations seraient aussi à rejeter en raison de leur imprécision.

En outre, le ministère public aurait demandé le 5 mai 2014 à la chambre du conseil du tribunal d'arrondissement de Luxembourg de voir renvoyer E devant une chambre correctionnelle du tribunal correctionnel pour s'être rendu coupable d'un faux témoignage à son égard en affirmant « faussement » à l'audience du 25 avril 2013 du tribunal correctionnel dans la cause introduite sur citation directe de la société A qu'il (B) ne l'avait pas contacté sur son portable le 8 novembre 2012, ce qui retirerait encore toute crédibilité aux attestations testimoniales de l'employeur.

Enfin, la multiplication des procédures pénales intentées par la société A, à savoir une citation directe du 16 avril 2013 et une nouvelle plainte avec constitution de partie civile du

14 mars 2014, prouverait la faiblesse de l'appelante dans la preuve des faits qui lui sont reprochés dans la mise à pied du 21 novembre 2012. En attendant l'issue de ces deux procédures, il y aurait encore lieu de surseoir à statuer.

### b. L'avis du second juge

En vertu de l'article 415-11 [3] du Code du travail, le président du Tribunal du travail, saisi par simple requête, statuant comme en matière sommaire, les parties entendues ou dûment convoquées, se prononce sur le maintien ou la suspension de la rémunération du salarié dont la mise à pied immédiate a été prononcée en attendant la décision définitive de la juridiction du travail sur la demande en résolution du contrat de travail.

Ne pouvant statuer que comme en matière sommaire, le président du tribunal du travail doit déterminer s'il existe une apparence de régularité de la mise à pied, car il doit uniquement se prononcer sur le maintien ou la suspension de la rémunération en attendant la solution définitive du litige au fond. Il ne peut excéder ses pouvoirs en disant le droit ou en jugeant le fond du litige. Sur base des éléments de preuve lui soumis, il apprécie souverainement s'il y a une apparence de régularité de la mise à pied.

Ne pouvant préjuger le fond du litige quant au caractère justifié ou non de la demande en résolution du contrat de travail, sa décision quant au maintien ou la suspension du salaire ne peut être retardée par l'exercice d'une action pénale intentée par une partie au litige.

Il n'y a dès lors pas lieu d'ordonner un sursis à statuer en attendant l'issue des procédures pénales intentées par la société A.

Le président du tribunal du travail a fait une analyse correcte des éléments de preuve lui soumis en première instance en retenant que les **attestations testimoniales versées par la société A sont rédigées en des termes vagues et imprécis.**

En instance d'appel, les **nouvelles attestations** de D, de F et de E suivant lesquelles B aurait chargé le 7 novembre 2012 vers 15.00 heures une « quantité importante de câbles (environ 80 kg de cuivre) » dans sa voiture de service, D aurait demandé à B de téléphoner au magasinier pour rendre les câbles au siège social de la société A et B n'aurait restitué le 13 novembre 2012 que trois petites couronnes de câbles d'une faible teneur en cuivre **ne paraissent pas davantage établir l'existence certaine des faits, eu égard aux incertitudes qui persistent quant à la nature et la quantité exacte des câbles en question** et des événements qui ont suivi le 7 novembre 2012 en relation avec la restitution des câbles, notamment la négation par E à l'audience publique du 25 novembre 2013 d'un appel téléphonique que B lui aurait pourtant fait le 8 novembre 2012.

Il suit des considérations qui précèdent que l'apparence de régularité et de légitimité de la mise à pied n'est pas établie.

C'est par conséquent à bon droit que le juge de première instance a ordonné le maintien de la rémunération de B.

L'appel n'est partant pas fondé.

## 5. L'obésité peut constituer un handicap au sens de la directive relative à l'égalité de traitement en matière d'emploi

### Arrêt de la CJUE (quatrième chambre) du 18 décembre 2014, FOA, affaire C-354/13

#### Faits et procédure

Dans cette affaire, M. Kaltoft a travaillé en tant qu'assistant maternel pour la commune de Billund au Danemark entre le 1<sup>er</sup> novembre 1996 et

le 22 novembre 2010 en contrat à durée déterminée puis en contrat à durée indéterminée.

Pendant toute la durée de la relation de travail, M. Kaltoft était considéré comme

obèse au sens de la définition donnée par l'Organisation mondiale de la Santé (OMS)<sup>2</sup>.

En 2010, M. Kaltoft a eu à sa charge la garde de trois enfants, alors qu'il était

2) L'OMS définit l'obésité comme un indice de masse corporelle (IMC) égal ou supérieur à 30. L'IMC correspond au poids divisé par le carré de la taille.

habilité à en garder quatre, et ceci en raison de la baisse du nombre d'enfants au sein de la commune.

La commune a par la suite décidé de procéder à des licenciements pour ces mêmes raisons, et M. Kaltoft a été désigné. Par lettre du 4 novembre 2010, ce dernier a été informé de l'intention de la commune de le licencier en raison de la baisse du nombre d'enfants et partant de la charge de travail. Il a par ailleurs été invité à présenter ses observations à ce sujet.

Par lettre du 10 novembre 2010, l'intéressé a exprimé le sentiment que son licenciement était motivé par son obésité.

Le licenciement est intervenu le 22 novembre 2010 sans que la commune fasse référence à l'obésité de M. Kaltoft.

Le Fag og Arbejde, un syndicat de travailleurs, a saisi le tribunal compétent pour le compte de M. Kaltoft en soutenant que son licenciement était fondé sur son obésité et qu'il avait donc été victime d'une discrimination justifiant réparation.

La juridiction saisie estime que la solution du litige requiert l'interprétation de dispositions de droit de l'Union, en particulier les dispositions relatives à l'interdiction des discriminations en matière d'emploi et de travail. Elle a donc décidé de surseoir à statuer pour poser plusieurs questions préjudicielles à la CJUE.

## Les questions préjudicielles

Le droit de l'Union consacre-t-il un principe général de non-discrimination en raison de l'obésité, en tant que telle, en ce qui concerne l'emploi et le travail ?

La directive 2000/78<sup>3</sup> doit-elle être interprétée en ce sens que l'état d'obésité d'un travailleur peut constituer un « handicap », au sens de cette directive, et, dans l'affirmative, selon quels critères un tel état a pour conséquence que la personne concernée doit bénéficier de la protection conférée par ladite direc-

tive contre la discrimination fondée sur le handicap ?

## L'appréciation de la Cour

### Existence d'un principe général de non-discrimination fondée sur l'obésité ?

La Cour commence par rappeler que le principe général de non-discrimination constitue un droit fondamental faisant partie des principes généraux de droit de l'Union. Elle constate cependant que ni le droit primaire ni le droit dérivé de l'Union ne contiennent d'interdiction des discriminations fondées sur l'obésité, en particulier la directive 2000/78 ne mentionne que la religion ou les convictions, le handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle. Il n'y a pas lieu d'étendre la liste des motifs prohibés par analogie<sup>4</sup>.

### L'état d'obésité peut-il être considéré comme un handicap au sens de la directive 2000/78 ?

L'article 1<sup>er</sup> de la directive 2000/78 vise le handicap comme motif de discrimination prohibé en matière d'emploi. Au sens de cette directive, « une discrimination directe se produit lorsqu'une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne le serait dans une situation comparable, sur la base, notamment, du handicap ». Cette directive s'applique « à toutes les personnes, tant pour le secteur public que pour le secteur privé, y compris les organismes publics, en ce qui concerne notamment les conditions de licenciement ».

Pour définir la notion de handicap, la Cour a repris celle fournie par la convention des Nations unies relative aux droits des personnes handicapées ratifiée par l'Union européenne. **Un handicap correspond donc à « une limitation, résultant notamment d'atteintes physiques, mentales ou psychiques durables, dont l'interaction avec diverses barrières peut faire obstacle à la pleine et effective participation de la personne concernée à la vie professionnelle sur**

**la base de l'égalité avec les autres travailleurs<sup>5</sup> ».**

À ce titre, la Cour précise que le handicap ne désigne pas seulement l'impossibilité d'exercer une activité professionnelle mais également une gêne à l'exercice d'une telle activité. Toute autre interprétation serait contraire à l'objectif de la directive qui consiste notamment à permettre aux personnes handicapées d'accéder à un emploi ou à l'exercer.

L'origine de ce handicap, et en particulier le fait que la personne ait pu contribuer à la survenance de celui-ci, est dépourvue de pertinence pour la mise en œuvre de l'égalité de traitement.

Enfin, la mise en place de mesures d'aménagement est une conséquence de la situation de handicap et non un élément constitutif de sa définition. La circonstance qu'aucun aménagement n'ait été mis en place ne permet donc pas de conclure que la personne concernée n'est pas handicapée.

**Concernant plus précisément le cas de l'obésité, celle-ci ne constitue pas en tant que telle un handicap au sens de la directive. Cependant, si en l'espèce, l'état du travailleur concerné entre dans le cadre de la définition de la notion de handicap qui vient d'être exposée et que la limitation ainsi constatée est de longue durée, alors ce travailleur est considéré comme handicapé.** « Tel serait le cas, notamment, si l'obésité du travailleur fait obstacle à sa pleine et effective participation à la vie professionnelle sur la base de l'égalité avec les autres travailleurs du fait d'une mobilité réduite ou de la survenance, chez cette personne, de pathologies qui l'empêchent d'accomplir son travail ou qui entraînent une gêne dans l'exercice de son activité professionnelle ».

En l'espèce, il apparaît que M. Kaltoft a été considéré comme obèse tout au long de sa relation de travail. Le critère de la longue durée est par conséquent rempli, il appartient ensuite à la juridiction de renvoi d'établir si l'état de M. Kaltoft a entraîné une limitation au sens de la définition de la notion de handicap qui vient d'être exposée.


3) 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

4) CJCE, 11 juillet 2006, Chacón Navas, Aff. C-13/05, Rec. 2006 I-06467

5) CJUE, 11 avril 2013, HK Danmark, Aff. Jointes C-335/11 et C-337/11, Rec. non encore publié(e) [Recueil générale

6) Article 10 de la directive 2000/78 : « Les États membres prennent les mesures nécessaires, conformément à leur système judiciaire, afin que, dès lors qu'une personne s'estime lésée par le non-respect





À toute fin utile, la Cour précise que si la juridiction de renvoi en venait à conclure qu'en l'espèce le travailleur a été victime d'une discrimination alors les dispositions de la directive<sup>6</sup> en matière d'aménagement de la charge de la preuve seraient applicables.

### **La décision de la Cour**

« Le droit de l'Union doit être interprété en ce sens qu'il ne consacre pas de

principe général de non-discrimination en raison de l'obésité, en tant que telle, en ce qui concerne l'emploi et le travail.

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, doit être interprétée en ce sens que **l'état d'obésité d'un travailleur constitue un «handicap», au sens de cette directive, lorsque cet état entraîne**

**une limitation, résultant notamment d'atteintes physiques, mentales ou psychiques durables, dont l'interaction avec diverses barrières peut faire obstacle à la pleine et effective participation de la personne concernée à la vie professionnelle sur la base de l'égalité avec les autres travailleurs.** Il appartient à la juridiction nationale de vérifier si, dans l'affaire au principal, ces conditions sont remplies. »