



INFOS JURIDIQUES

Flash sur le Droit social

NEWSLETTER

N° 2/2018 28 février 2018

1. Congé : en cas de contestation sur les jours de congé du salarié, la charge de la preuve incombe à l'employeur, par la production du livre de congé ou par d'autres moyens de preuve. p.1

2. Salaire : impossible de déroger à l'indexation par une clause conclue entre salarié et employeur. p.3

3. Délai pour agir : un délai d'action prévu par la voie conventionnelle sans aucune sanction y attaché ne saurait valoir comme date butoir ni comme délai de forclusion. p.3

4. Harcèlement moral : le licenciement avec préavis basé sur l'absence prolongée du salarié pour raison de santé, absence causée par le harcèlement moral à l'initiative de l'employeur, est abusif p.9

5. DROIT EUROPÉEN : le temps de garde d'un travailleur à domicile obligé de répondre aux appels de l'employeur dans un délai bref doit être considéré comme « temps de travail ». p.12

1. Congé : en cas de contestation sur les jours de congé du salarié, la charge de la preuve incombe à l'employeur, par la production du livre de congé ou par d'autres moyens de preuve.

Arrêt de la Cour d'appel du 11 juillet 2018, n° 44841 du rôle

Faits

A, au service de la société B en tant que cuisinier depuis le 1^{er} juin 2015, a été licencié avec préavis le 29 janvier 2016.

Il réclame à son ancien employeur le paiement d'une indemnité pour congés non pris d'un montant de 3.055,80 euros au titre de 167 heures de congé non pris pour les années 2015 et 2016.

Position du Tribunal

Par jugement du 20 mars 2017, le tribunal a dit la demande de A fondée.

Pour ce faire, le Tribunal du travail a retenu qu'il appartient à l'employeur de rapporter la preuve de l'absence qu'il entend imputer au salarié, soit effectivement un congé, par la production du livre de congé ou par des fiches de salaires sur lesquelles sont renseignées les congés pris.

Art. L. 233-17 du Code du travail :

L'employeur est obligé de tenir livre sur le congé légal des salariés qui sont à son service. Les agents de

l'Inspection du travail et des mines ont le droit d'exiger la présentation du registre ou fichier pour le contrôler.

De ce jugement, B a relevé appel.

Position des parties

B explique qu'elle exploite une brasserie. Lors d'une entrevue avec le personnel en automne 2015, elle aurait convenu avec A que la brasserie resterait fermée le lundi et le mardi à partir du 15 novembre 2015. Afin que le salarié ne subisse pas de perte de revenu, ce dernier se serait déclaré d'accord pour prendre congé ces jours, soit les lundis à raison de 4 heures et les mardis à raison de 8 heures jusqu'au mois de mars 2016 inclus. À l'appui de ses dires, l'employeur se réfère à différentes attestations testimoniales. Conformément à cet accord, A n'aurait donc pas travaillé les lundis et mardis à partir du 15 novembre 2016.

B ajoute que le salarié n'aurait pas non plus travaillé entre 10 et 14 heures du mercredi au dimanche pendant cette



période et qu'il n'aurait partant pas travaillé 40 heures hebdomadaires.

Au cours des mois de novembre et de décembre 2015, A aurait pris 28, respectivement 36 heures de congé non reprises sur les fiches de salaire. Il aurait également été en congé du 4 au 8 janvier 2016, et au mois de février 2016, il aurait pris 16 heures de congé.

Pendant la période de référence, le salarié aurait en fait pris 5 heures de congé en trop. Le comptable se serait trompé dans un premier temps en établissant les fiches de salaires. Il y aurait lieu de se référer aux fiches de salaire rectifiées versées en cause.

Le salarié conteste avoir été d'accord pour voir imputer sur ses heures de congé les heures non travaillées les lundis et mardis. Ces jours constituaient ses jours de repos. À l'appui de ses dires, il se base sur les fiches de salaires qu'il a versées en cause et notamment la fiche de salaire du mois de janvier 2016 qui fait état d'un report de congé de 117 heures. Ce ne serait qu'en cours d'instance que l'employeur aurait versé de nouvelles fiches de salaires qui auraient été fabriquées pour les besoins de la cause.

L'employeur n'aurait réagi à aucune de ses quatre mises en demeure des 20.4.2016, 10.5.2016, 25.5.2016 et 4.7.2016 et n'aurait versé ni le livre de congé ni le registre reprenant l'horaire journalier et hebdomadaire de travail.

Position de la Cour d'appel

Suivant le contrat de travail signé entre parties le 5 juin 2015, l'horaire de travail normal de A qui a été engagé à plein temps, était de 10 à 14 heures le lundi, de 10 à 14 heures et de 18 à 22 heures du mardi au vendredi et de 18 à 22 heures le samedi.

D'après le représentant de B, lors de la comparaison personnelle des par-

ties en première instance, l'horaire aurait été modifié comme suit à partir du 15 novembre 2015 : du mercredi au dimanche de 18 à 22 heures et parfois également les dimanches à midi.

Selon A, son horaire de travail hebdomadaire à partir du 15 novembre 2015 aurait été le suivant : du mercredi au dimanche de 10 à 14 heures et de 18 à 22 heures.

La Cour constate que si les parties sont donc d'accord pour dire qu'à partir du mois de novembre 2015 A n'a plus travaillé les lundis et mardis et que le restaurant était ouvert du mercredi au dimanche, A conteste cependant avoir été d'accord quant à la réduction de son temps de travail hebdomadaire et pour voir imputer sur son congé légal les 12 heures non travaillées les lundis et mardis. Il affirme avoir toujours travaillé 40 heures par semaine pour la période postérieure au 15 novembre 2015 du mercredi au dimanche inclus.

En cas de contestation sur le congé redû au salarié, la charge de la preuve incombe à l'employeur.

S'il est vrai que l'employeur peut fournir cette preuve soit par la production du livre de congé légal qu'il est obligé de tenir en vertu des dispositions de l'article L.233-17 du Code du travail, soit par d'autres moyens de preuve, toujours est-il qu'en l'espèce, les parties ne sont pas seulement en désaccord quant aux nombres d'heures de congé pris, mais elle sont en désaccord sur l'existence ou non d'une modification du contrat de travail de A ayant, d'après l'employeur, entraîné une réduction de l'horaire de travail hebdomadaire du salarié et l'imputation de 12 heures prétendument travaillées en moins sur le congé légal du salarié, à condition que le salaire soit maintenue.

Il y a donc lieu de se rapporter à l'article L.121-4 paragraphe 4 qui dispose que :

« ... toute modification des éléments visés au paragraphe 2, (dont l'horaire normal du travail et les modalités d'attribution et de détermination du congé), fera l'objet d'une modification écrite du contrat de travail. Le document modificatif signé par les deux parties sera établi en deux exemplaires, dont l'un sera remis au salarié, l'autre étant remis à l'employeur, au plus tard au moment de la prise d'effet des modifications concernées ».

À défaut d'une confirmation écrite du prétendu accord verbal contresigné par le salarié, telle que visée à l'article L.121-4 (4) du Code du travail et à défaut d'exception prévue par le législateur, l'employeur ne saurait établir la réduction du temps de travail et l'imputation des 12 heures hebdomadaires prétendument travaillées en moins du congé légal par aucun autre mode de preuve.

Il suit des considérations qui précèdent que les attestations testimoniales produites en cause par l'employeur sont à rejeter, sans qu'il n'y ait lieu d'analyser plus amplement leur recevabilité et leur contenu.

Pour les mêmes raisons, l'offre de preuve testimoniale formulée par l'appelante est à rejeter.

À cela s'ajoute que tant les fiches de salaires produites en cause par le salarié que les fiches « rectifiées » versées par l'employeur retiennent un horaire de travail à temps plein pour A, ce qui est incompatible avec la version défendue par B.

Il suit des considérations qui précèdent que le Tribunal du travail est à confirmer en ce qu'il a, compte tenu des pièces versées en cause, fait droit à la demande de A pour le montant réclamé de $167 \times 18,2982 = 3.055,80$ euros.

2. Salaire : impossible de déroger à l'indexation par une clause conclue entre salarié et employeur. (voir dans le même sens l'[IJ 08/2016 page 3](#))

Arrêt de la Cour de cassation du 6 juillet 2017, n°3822 du registre

Faits

Le salarié A avait signé avec l'employeur B en date du 28 septembre 2011 un avenant au contrat de travail qui les liait.

Cet avenant prévoyait une neutralisation de l'indexation des salaires à travers une réduction de salaire.

Le salarié A a agi contre son employeur devant le Tribunal du travail en paiement d'arriérés et d'adaptation indiciaire de salaire.

Décisions de 1ère instance

Le Tribunal du travail et la Cour d'appel ont fait droit à la demande du salarié.

L'employeur a formé un recours en cassation.

L'employeur prétend que conformément au principe de l'autonomie de la volonté,

les parties à un contrat peuvent convenir contractuellement d'une réduction temporaire ou définitive de salaire.

Arrêt de la Cour de cassation

Selon l'article L. 223-1 du Code du travail :

« Les taux des salaires résultant d'une loi, d'une convention collective et d'un contrat individuel de travail sont adaptés aux variations du coût de la vie conformément à l'article 11, paragraphe (1), de la loi modifiée du 22 juin 1963 fixant le régime des traitements des fonctionnaires de l'Etat ».

Selon l'article L. 010-1 du Code du travail :

« (1) Constituent des dispositions d'ordre public applicables à tous les salariés exerçant une activité sur le territoire du

Grand-Duché de Luxembourg toutes les dispositions légales [...] ayant trait :

[...]

2. Au salaire social minimum et à l'adaptation automatique du salaire à l'évolution du coût de la vie ».

Les fonctions de l'ordre public étant de fixer des limites à la liberté contractuelle, A et la société B n'ont pas pu contractuellement déroger à la règle de l'adaptation des salaires aux variations du coût de la vie.

Conclusion

L'indexation est une disposition d'ordre public. Les parties ne peuvent donc pas y déroger.

3. Délai pour agir : un certain délai prévu par un règlement intérieur en vue de l'exercice du pouvoir disciplinaire par l'employeur, qui ne prévoit cependant aucune sanction en cas de non-observation de ce délai, ne saurait être retenu comme date butoir ni valoir comme délai de forclusion.

En cas de modification substantielle des conditions de travail en défaveur du salarié, l'employeur est tenu de respecter les dispositions légales applicables, mais il appartient au salarié de rapporter la preuve de ladite modification

Arrêt de la Cour du 30 novembre 2017, n° 44563 du rôle

Faits et rétroactes procéduraux

En date du 9 septembre 1982, A a été engagé en qualité d'employé de bureau auprès du service « Participations » de l'administration centrale de la société anonyme S1.

Le 2 décembre 2015, il a été convoqué à un entretien préalable pour le 8 décembre 2015 en vue de se voir sanc-

tionner par une mesure disciplinaire, « pouvant aller jusqu'au licenciement ».

Le 15 décembre 2015, l'employeur lui a envoyé une lettre, intitulée « sanction disciplinaire ultime », dans laquelle le salarié a été informé de sa mutation, en tant que membre du département des ressources humaines à Differdange, aux équipes des chantiers internes à Belval à partir du 4 janvier 2016 jusqu'à nouvel

ordre, pour infractions à l'article 16 du règlement intérieur et à l'article 7.1 de la procédure « SPRH-EMB-FOR-007 » sur l'usage de l'internet et du courrier électronique.

Par courrier du 23 décembre 2015, A a demandé à la société S1 de préciser les nouvelles tâches et fonctions auxquelles elle l'a relégué ainsi que l'adresse du lieu de travail et les horaires de tra-

vail tout en l'informant qu'il rejette les motifs invoqués par la société S1 pour justifier la sanction et qu'il se réserve de faire valoir tous ses moyens en ce qui concerne le fond et la procédure.

Le 4 janvier 2016, A ne s'est pas présenté à son lieu de travail. Par courrier envoyé le même jour à son employeur, A a reproché à la société S1 de ne pas avoir répondu à sa lettre du 23 décembre 2015, « *vous n'avez pas daigné répondre à ma lettre recommandée du 23 décembre 2015* » et l'a informée qu'il « *rejette* » le contenu de la lettre du 15 décembre 2015 et refuse d'accepter la « *mutation-sanction* » y prononcée.

A n'a plus repris le travail par la suite.

Par lettre du 6 janvier 2016, la société S1, après avoir relevé que ses bureaux administratifs étaient fermés du 23 décembre 2015 au 3 janvier 2016, ce dont chaque salarié et donc également A avait été informé par voie d'affichage, a contesté toute imprécision du courrier du 23 décembre 2015 en relevant que le nouveau domaine d'activité, ainsi que le lieu, la date et l'heure de la convocation sont clairement indiqués.

Elle a ajouté que du fait que A avait exercé ses dernières activités au sein de la société en mission CDR (cellule de reclassement) au sein du département ressources humaines de Differdange, il savait parfaitement : 1) qu'elle était en droit de lui confier à tout moment une mission différente au sein de la société; 2) que les chantiers internes auxquels il était relégué « *couvrent un large éventail de travaux de fortune qui se font sur différents sites et dont le planning se fait de semaine en semaine* » et 3) que c'est le premier entretien avec le responsable de l'équipe « *chantiers internes* » qui permet de déterminer les compétences et aptitudes du salarié, et ainsi les travaux auxquels il peut être affecté, de sorte que rien n'aurait dû l'empêcher de se présenter auprès du sieur B le 4 janvier 2016 à 6:00 heures comme indiqué dans sa lettre du 15 décembre 2015, sinon à son ancien lieu de travail ou au Centre des Services Partagés des Ressources Humaines à Belval, sinon au moins d'essayer de contacter ses supérieurs hiérarchiques ou le service des ressources humaines par quelque moyen que ce soit.

Dans ce même courrier, elle a encore informé A qu'elle considérait son absence à partir du 4 janvier 2016 comme étant injustifiée.

Par une première requête du 8 janvier 2016, A a demandé la convocation de la société S1 à comparaître devant le Tribunal du travail d'Esch-sur-Alzette aux fins de voir dire que les conditions pour l'application de l'article L.121-7 du Code du travail sont établies et dire que l'employeur est forclos, en vertu de l'article 53 du règlement intérieur, sinon de l'article L.124-10 du Code du travail, d'invoquer les faits mis à sa charge dans le courrier du 15 décembre 2015. Il en conclut que tous les motifs invoqués seraient irrecevables, que le licenciement serait sans motif et devrait partant être déclaré abusif.

À titre subsidiaire, il a demandé à voir dire que ces faits ne pourraient être considérés comme motifs graves au sens de l'article L.124-10 du Code du travail, et à voir retenir, en conséquence, que la mutation constitue une modification unilatérale de son contrat de travail en sa défaveur et serait dès lors à considérer comme résiliation intempestive et abusive.

Il conclut à la condamnation de la société S1 à lui verser, sur base de l'article L.124-7 du Code du travail une indemnité pour dommage matériel non autrement chiffrée et le montant de 5.000 euros à titre d'indemnisation de son dommage moral.

Par une deuxième requête du 11 janvier 2016, A a encore réclamé sur base des mêmes faits les montants de :

- 39.847,26 euros à titre d'indemnité compensatoire de préavis,
- 79.694,52 euros à titre d'indemnité de départ,
- 172.671,46 euros à titre d'indemnisation de son dommage matériel, et
- 5.000 euros à titre d'indemnisation de son dommage moral.

Le 26 janvier 2016, la société S1 a envoyé à A un courrier de licenciement avec effet immédiat pour absence injustifiée à partir du 4 janvier 2016.

Par une troisième requête du 5 février 2016, A a demandé principalement à voir constater la nullité du licenciement,

subsidiairement, son caractère abusif et il a réclamé les mêmes montants indemnitaires que ceux indiqués dans sa deuxième requête.

Lors de l'audience publique du 28 novembre 2016, la société S1 a soulevé l'irrecevabilité de la requête du 11 janvier 2016 pour « *litispendance* » et a sollicité reconventionnellement la condamnation de A à lui payer la somme de 19.450,56 euros à titre d'indemnité compensatoire de préavis non respecté et la somme de 22.582,22 euros du chef de salaires indûment perçus.

Jugement de première instance

Par jugement du 2 janvier 2017, le Tribunal du travail a reçu les requêtes, en a ordonné la jonction, a rejeté l'exception de litispendance soulevée par la société S1, a dit qu'en date du 15 décembre 2015 cette dernière a procédé avec effet immédiat à une modification substantielle du contrat de travail de A en sa défaveur, a constaté que cette modification a été refusée par A par lettre du 4 janvier 2016, a dit que la résiliation du contrat découlant de ce refus constitue un licenciement susceptible du recours judiciaire visé à l'article L.124-11 du Code du travail, a déclaré le licenciement abusif, a débouté la société S1 de sa demande tendant à l'octroi d'une indemnité compensatoire de préavis, a dit sans effet le licenciement avec effet immédiat notifié en date du 26 janvier 2016 et, avant tout autre progrès en cause, a refixé l'affaire afin de permettre au salarié de fournir tous renseignements utiles par rapport à la nature exacte des montants par lui touchés dans le cadre de sa « *pré-pension* ».

Pour ce faire, le Tribunal a considéré que la mutation dont le salarié a fait l'objet ne constitue pas une simple modification de son lieu de travail tombant sous les dispositions de la clause de mobilité retenue dans l'article V de son contrat de travail alors « *qu'elle emporte par ailleurs, au vu de la terminologie utilisée par l'employeur, une véritable rétrogradation du salarié à des tâches de nature essentiellement manuelles.* »

Il a encore retenu que la modification notifiée par lettre recommandée du 15 décembre 2015, censée prendre effet à partir du 4 janvier 2016, a été opérée avec effet immédiat pour faute grave

alors que l'employeur n'a pas respecté le délai de préavis de six mois pour une modification du contrat avec préavis, qu'il a précisé les motifs de sa décision dans la lettre et qu'il s'est référé aux dispositions de l'article L.124-10, paragraphe (6) du Code du travail pour faire dire que les motifs reprochés pouvaient être invoqués pendant le délai d'un mois.

Le Tribunal du travail a ensuite relevé que cette modification ne constitue pas de plein droit un licenciement abusif et qu'il y a lieu d'analyser le bien-fondé des motifs invoqués par l'employeur dans son courrier du 15 décembre 2015.

La juridiction de première instance a considéré que le salarié n'a pas établi que l'article 53 du règlement intérieur de l'employeur, disposant qu'une sanction ne peut plus être infligée si le fait qui l'a motivée était connu du préposé compétent depuis plus de huit jours, est applicable à la modification unilatérale du contrat de travail, de sorte que le délai d'un mois prévu par l'article L.124-10, paragraphe (6) du Code du travail est applicable.

Pour le Tribunal, le comportement reproché à A, à savoir l'envoi de deux courriels internes en date des 16 et 18 novembre 2015 pour faire part de ses convictions politiques personnelles n'a cependant pas été suffisamment grave pour justifier un renvoi sans préavis. Il a donc également écarté les faits anciens remontant aux mois de janvier et février 2015 et à l'année 2013 en application de l'article L.124-10 paragraphe (6) du Code du travail.

Le Tribunal a conclu des éléments qui précèdent que le salarié était en droit de refuser par sa démission la modification de son contrat de travail, de sorte qu'il peut prétendre à une indemnisation selon les modalités prévues en cas de licenciement abusif.

Instance d'appel

De ce jugement, la société S1 a régulièrement relevé appel par exploit d'huissier du 16 février 2017.

Par réformation du jugement entrepris, l'appelante demande à la Cour de retenir que A n'a pas fait l'objet d'une modification substantielle de son contrat de travail en sa défaveur, que la démission du salarié du 4 janvier 2016 est partant

à considérer comme abusive et de faire droit, en conséquence, à sa demande reconventionnelle formulée en première instance et tendant à la condamnation du salarié au paiement d'une indemnité de 19.450,56 euros pour préavis non respecté.

Pour le cas où la Cour viendrait à la conclusion que A a fait l'objet d'une modification substantielle de son contrat de travail, elle demande à voir dire cette modification régulière et fondée.

En dernière subsidiarité, elle demande à la Cour de renvoyer l'affaire pour continuation des débats en première instance afin qu'il soit statué sur les prétentions indemnitaires du salarié.

La société S1 demande encore, et en tout état de cause, le renvoi de l'affaire en première instance pour y voir statuer sur sa demande reconventionnelle tendant à la répétition de salaires indûment payés au salarié.

Le salarié A conclut à la confirmation du jugement entrepris et réclame l'allocation d'une indemnité de procédure de 8.000 euros.

Moyens des parties

Position de l'employeur

À l'appui de son appel, la société S1 Luxembourg se prévaut des termes de la clause V du contrat de travail signé entre parties suivant laquelle elle est autorisée, si elle le juge utile, « à faire passer l'employé dans un autre service ou à le déplacer dans une autre usine, ou dans une autre division, à condition que la situation pécuniaire du salarié ne s'en trouve pas amoindrie » et qu'elle est pareillement autorisée « à charger l'employé de missions de courte ou de longue durée dans le Grand-Duché ou à l'étranger, à condition de subvenir à elle seule aux frais occasionnés par ce déplacement. Ces missions comprennent les déplacements temporaires dans un établissement quelconque de la société. » et en conclut que l'unique élément jugé essentiel par les parties, était la rémunération du salarié, à laquelle elle n'a pas touché.

Pour l'employeur, le seul élément changé en l'espèce aurait en effet été le lieu d'affectation géographique du sala-

rié ce qui serait conforme à la clause de mobilité du contrat de travail de A.

La société S1 conteste l'affirmation de l'intimé suivant laquelle elle l'avait relégué à effectuer un travail manuel et qu'une telle affectation ressortirait des termes mêmes des courriers envoyés à A. Elle explique qu'il était prévu que A devait réviser les procédures et l'organisation des magasins de la cellule de reclassement (CDR), dont elle voulait optimiser l'organisation, et réaliser des audits de terrain, partant des travaux de bureau. L'appelante ajoute que A était d'ailleurs, depuis le mois de septembre 2009, classé en CDR où les salariés n'ont pas d'affectation pérenne mais sont, au contraire, chargés de missions temporaires de plus ou moins longue durée.

La société S1 conteste également avoir refusé de fournir des renseignements sur les modalités et la nature du nouveau poste de travail de A. En effet, le salarié n'aurait demandé de plus amples informations qu'en date du 23 décembre 2015, malgré le fait qu'il avait été informé que ses bureaux resteraient fermés du jeudi 24 décembre 2015 au dimanche 3 janvier 2016 inclus. Elle n'aurait donc reçu le courrier de A que le 4 janvier 2016 et répondu le surlendemain. La société S1 en conclut que la démission avec effet immédiat de A est abusive. À l'appui de ses dires, elle verse des attestations testimoniales.

Pour autant que la Cour retiendrait une modification substantielle d'une clause essentielle du contrat de travail en défaveur du salarié, l'appelante est d'avis que le Tribunal du travail a retenu à bon droit que le délai d'un mois tel que prévu par l'article L.124-10 du Code du travail est applicable. En effet, le règlement intérieur invoqué par A ne stipulerait pas qu'il déroge à cette disposition légale. L'article 53 dudit règlement s'appliquerait dès lors aux seules sanctions disciplinaires fixées par le règlement au-delà des sanctions légales.

Pour le cas où une dérogation à la disposition légale devrait néanmoins exister, elle serait nécessairement d'application stricte. Une modification substantielle du contrat de travail ne serait cependant pas visée par le règlement parmi les sanctions.

Finalement, elle donne à considérer que, même sans se référer à une stipulation

du règlement intérieur, le comportement du salarié constituerait une faute, de sorte qu'elle n'aurait pas été forclosée à invoquer les faits qui se sont produits en novembre 2015, appuyés et aggravés par les faits antérieurs à la base de sa décision.

D'après l'appelante, les courriels du mois de novembre 2015 de A sont à mettre en relation avec ses convictions politiques, de sorte qu'elle était en droit d'invoquer à l'appui des faits antérieurs reprochés au salarié qui, au-delà d'être critiquables pour être contraires aux règles générales de convenance et de politesse dans les relations avec les autres membres du personnel, laisseraient transparaître ses convictions nationalistes et son mépris pour les étrangers. Ils seraient encore le reflet d'un geste calculé et destiné à désavouer ouvertement l'initiative de la direction de garder une minute de silence après les attentats de Paris et auraient en plus été perpétrés après un avertissement ultime selon lequel l'employeur ne tolérerait plus d'écart de ce genre de sa part.

Arguments du salarié

Le salarié A, par contre, fait valoir que la mesure prise à son encontre est une sanction disciplinaire basée sur le règlement intérieur « S2 ». En le reléguant avec effet immédiat et jusqu'à nouvel ordre aux équipes des chantiers internes à Belval couvrant « un large éventail de travaux de fortune », l'employeur aurait exprimé son intention de l'occuper dorénavant comme ouvrier manuel tel que retenu par la juridiction de première instance. L'employeur aurait dès lors procédé à une modification unilatérale d'un élément essentiel du contrat de travail en sa défaveur. Il conteste encore l'affirmation de l'employeur selon laquelle il aurait été affecté à la CDR en 2009 et renvoie à cet égard à différentes fiches de salaire établies au cours des années 2008 à 2015.

La juridiction de première instance serait donc à confirmer en ce qu'elle a retenu que la résiliation découlant de son refus d'accepter la modification illicite de son contrat constituerait un licenciement susceptible du recours judiciaire visé à l'article L.124-11 du Code du travail et que ce licenciement serait abusif alors qu'aucun fait de nature à rendre immé-

diatement et définitivement impossible le maintien des relations de travail ne serait établi en cause.

Le salarié A reproche cependant à la juridiction de première instance de ne pas avoir considéré que tous les faits invoqués par l'employeur dans la lettre du 15 décembre 2015 étaient prescrits au moment où il en a fait état.

En effet, d'après l'article 53 du règlement intérieur, une sanction ne pourrait plus être infligée si le fait qui l'a motivée était connu du préposé compétent depuis plus de huit jours. Ce règlement n'aurait jamais été supprimé ou modifié. Il s'en suivrait que la mutation, basée sur un fait prescrit, serait illicite pour défaut de motivation.

En ordre subsidiaire, il demande à voir confirmer le Tribunal du travail en ce qu'il a retenu que l'envoi des courriels des 16 et 18 novembre 2015 n'est pas suffisamment grave pour rendre le maintien des relations de travail impossible et pour permettre à l'employeur d'invoquer d'anciens faits.

À cet égard, A fait encore valoir que seuls des faits anciens analogues ou similaires au dernier fait pourraient être invoqués à l'appui d'un licenciement, et non des faits n'ayant aucun rapport avec ceux reprochés. Tel serait cependant le cas en l'espèce, alors que le nouveau fait, à savoir l'envoi des mails des 16 et 18 novembre 2015, serait basé sur l'article 7.1 de la procédure « SPRH-EMB-FOR-007 » sur l'usage de l'internet et du courrier électronique, tandis que les faits anciens auraient été basés sur l'article 16 du règlement intérieur. Il conteste par ailleurs avoir été informé de l'existence de la procédure « SPRH-EMB-FOR-007 » et il conteste qu'elle ait remplacé le règlement intérieur de 1988.

Quant à la qualification de la mesure prise

Tandis que la société S1 soutient que la lettre du 15 décembre 2015 n'a été qu'un avertissement adressé à A et qu'elle n'a appliqué qu'une clause du contrat de travail suivant laquelle elle était en droit de muter son salarié sur un autre site à condition de ne pas porter atteinte à sa rémunération, A affirme que la mesure prise à son encontre constitue une mutation-sanction.

Compte tenu des avis divergents des parties quant à la nature de la mesure prise à l'encontre de A, il y a d'abord lieu de la qualifier.

Il résulte des éléments du dossier que dans sa lettre du 15 décembre 2015, intitulé « sanction ultime » l'employeur a fait état de deux faits du 16 et du 18 novembre 2015, constituant, d'après lui, des infractions à l'article 16 du règlement intérieur et à l'article 7.1 de la procédure « SPRH-EMB-FOR-007 » sur l'usage de l'internet et du courrier électronique, ainsi que d'autres échanges plus anciens de courriels des 10 janvier 2013, 5 et 6 novembre 2013, 6 janvier, 16 et 17 février 2015 qu'il considère également comme infractions à l'article 16 du règlement intérieur, du comportement général du salarié vis-à-vis de ses collègues de travail et de sa hiérarchie ayant créé d'après lui, une ambiance délétère et une atmosphère de tension au sein de l'entreprise. Il lui a encore reproché d'avoir adopté un comportement hostile, entêté et d'avoir refusé toute remise en question de son attitude lors de l'entretien du 8 décembre 2015, avant de préciser :

« Dès lors, nous vous notifions par la présente votre mutation (dans) en tant que membre du département des ressources humaines à Differdange, et vous reléguons à nos équipes de chantiers internes à Belval jusqu'à nouvel ordre. Vous voudrez donc vous présenter auprès de M.B le 4 janvier à 06 :00 heures.

Nous vous invitons donc par la présente une dernière fois à faire de sérieux efforts en vue d'un changement immédiat et radical au sujet de votre comportement sur le lieu de travail, que nous allons continuer à suivre de près, sans complaisance quant à votre ancienneté qui ne pourra vous protéger de tout abus de comportement de façon indéfinie.

Veuillez noter que la présente lettre constatant la sanction disciplinaire ultime qui vous est infligée, est versée à votre dossier personnel. »

Les termes utilisés par l'employeur reflètent sans équivoque que la mutation a été prise à titre de sanction.

Il s'ensuit qu'en reléguant A aux chantiers internes à Belval, la société S1 n'a pas seulement fait usage du pouvoir de

mutation lui accordé dans le cadre de la clause de mobilité prévue à l'article V du contrat de travail de A suivant laquelle elle est autorisée, si elle le juge utile, à faire passer l'employé dans un autre service ou à le déplacer dans une autre usine, ou à une autre division et à le charger de missions de courte ou de longue durée dans le Grand-Duché ou à l'étranger, à condition que la situation pécuniaire de l'employé ne s'en trouve pas amoindrie, mais également de son pouvoir disciplinaire inhérent à sa qualité d'employeur tel que précisé à l'article 48 du règlement intérieur suivant lequel elle peut infliger à un salarié différentes sanctions y énumérées en cas de contravention audit règlement intérieur ou aux règlements de service y relatifs et ce suivant la gravité du cas : soit un avertissement oral ou écrit, soit une amende, soit un renvoi à domicile ou un renvoi temporaire, soit un changement du poste de travail, soit un congédiement avec ou sans préavis.

Quant à la régularité de la mesure prise

Selon A les faits invoqués par l'employeur ne pourraient cependant plus servir de base à la sanction disciplinaire prononcée à son encontre alors qu'ils seraient prescrits conformément à l'article 53 du règlement intérieur.

Cet article repris au chapitre « *Sanctions* » du règlement intérieur, précise qu' : « *une sanction ne peut plus être infligée, si le fait qui l'aurait motivée était connu du préposé compétent depuis plus de huit jours* ».

La société S1 soutient que l'article précité est inapplicable en l'espèce, alors qu'il ne précise pas qu'il déroge aux délais légaux. Il ne pourrait dès lors s'appliquer qu'aux seules sanctions disciplinaires fixées par le règlement « *au-delà des sanctions légales* ».

Or, les deux seules sanctions prévues par le Code du travail pour sanctionner le comportement fautif d'un salarié sont le licenciement avec préavis et le licenciement avec effet immédiat.

En l'espèce, la société S1 a cependant sanctionné le comportement de A par sa mutation à un autre poste de travail, possibilité non prévue par le Code du travail, mais par l'article 48 du règle-

ment intérieur, cette sanction étant par ailleurs plus favorable au salarié que le licenciement et donc conforme à l'article L.121-3 du Code du travail.

La société S1 s'est en effet, dans sa lettre du 15 décembre 2015, expressément référée à l'article 16 du règlement intérieur et la charte du bon usage de l'internet et du courrier électronique « *SPRH-EMB-FOR-007* » qui renvoie également audit règlement pour les sanctions résultant de son inobservation (article 8).

C'est dès lors à juste titre que A se réfère à l'article 53 du règlement intérieur d'après lequel l'employeur ne peut en principe que faire état d'un fait porté à la connaissance du supérieur hiérarchique du salarié concerné connu depuis tout au plus huit jours.

En l'espèce, les derniers faits reprochés à A, à savoir l'envoi de deux courriels, datent des 16 et 18 novembre 2015.

Le courriel du 16 novembre 2016 a, entre autres, été adressé à C, supérieure hiérarchique directe de A. Le courriel du 18 novembre 2015, a été adressé, outre à C, également à D, directeur de l'usine de Differdange, c'est-à-dire du site où A a travaillé.

Il n'a pas été contesté que les supérieurs hiérarchiques avaient la possibilité de visualiser immédiatement les courriels qui leur ont été adressés. La Cour tient dès lors pour établi que ces derniers avaient connaissance des messages de A le jour même de leur envoi.

En convoquant A seulement en date du 2 décembre 2015 à un entretien préalable pour le 8 décembre 2015, l'employeur n'a dès lors pas respecté le délai de huit jours retenu à l'article 53 du règlement intérieur.

La Cour constate cependant que le règlement intérieur ne prévoit aucune sanction en cas de non-observation de ce délai de huit jours.

Or, une sanction ne peut être prononcée sans texte.

Il s'ensuit que le délai de huit jours prévu à l'article 53 du règlement Intérieur ne peut partant ni être retenu comme date butoir ni valoir comme délai de forclusion comme le soutient le salarié A, mais ce délai doit plutôt être considéré, dans le but d'éviter une insécurité juri-

dique pour le salarié, comme simple recommandation ou ligne de conduite à l'adresse des supérieurs hiérarchiques devant sanctionner dans un délai bref un comportement inadéquat éventuel d'un salarié.

Une référence au Code du travail en présence de la lacune du règlement intérieur sur la sanction à appliquer en cas de non-respect du délai de huit jours, s'avère impossible, dès lors que le législateur luxembourgeois n'a pas légiféré sur le droit disciplinaire et qu'il ne peut être procédé par analogie par rapport aux délais légaux non prévus dans l'hypothèse de sanctions disciplinaires.

Il s'ensuit que la mutation litigieuse du salarié basée sur des faits datant de plus de huit jours ne constitue pas per se une mesure abusive prononcée à l'encontre de l'intimé.

La sanction disciplinaire étant régulière, il échet de vérifier si elle était légitime.

Quant à la légitimité de la mesure prise

Il appartient à la Cour d'examiner si le comportement de A est de nature à justifier la sanction du changement de poste.

La Cour rappelle à cet égard que le pouvoir disciplinaire de l'employeur est regardé comme le prolongement nécessaire du contrat de travail et de l'état de subordination qu'il implique pour le salarié. Il est d'autre part considéré comme un attribut nécessaire de l'autorité du chef d'entreprise, une prérogative fonctionnelle exercée dans l'intérêt de l'entreprise (Jurisclasseur, droit du travail, tome 3, fasc. 18-40, op. cit. no 1 à 3).

En tant que corollaire du pouvoir de direction et de réglementation, l'employeur peut en faire usage sous la seule réserve du contrôle judiciaire d'une application arbitraire.

Ainsi, si les juges doivent vérifier que le grief allégué est bien établi à la charge du salarié sanctionné, ils ne peuvent substituer leur appréciation de la faute à celle de l'employeur qui reste le seul à pouvoir en apprécier la gravité.

Le contrôle des juges se limite donc à vérifier que l'employeur n'a pas détourné de son but le pouvoir qu'il détient.

En l'espèce, le salarié A a, en réponse à un courriel envoyé par le directeur de l'usine S1 Differdange aux différents responsables de services leur demandant de veiller à ce que l'ensemble du personnel observe une minute de silence en hommage aux victimes des attentats meurtriers du 13 novembre 2015 de Paris, envoyé le 15 novembre 2015 à un cercle élargi de destinataires internes à la société un courriel de la teneur suivante :

« Je propose aussi de penser pendant cette minute aux centaines de milliers de tués et blessés, victimes de la politique impérialiste américaine, de certains pays du Golf, d'Israël, etc. mais aussi de la France soutenue par l'Europe, dont l'immixtion à des fins purement prédatrices, dans des pays comme l'Irak, l'Afghanistan, la Lybie, la Syrie, etc. a déclenché le désastre actuel ».

Suite à un courrier en réponse de la part du président de la délégation du personnel qui a fait état de son indignation face à l'utilisation par A de l'outil informatique de l'employeur pour faire état de ses opinions politiques, l'intimé a envoyé en date du 18 novembre 2015 un deuxième courriel de la teneur suivante:

« En réponse au Mail de Monsieur E, président de la délégation des salariés, je tiens à marquer mon entier accord avec lui quant au principe de la non-utilisation de nos réseaux internes à des fins politiques.

Il faut reconnaître cependant que l'invitation de la part de la Direction d'observer une minute de silence sort du cadre normal de la communication exclusivement professionnelle permise.

Loin de moi d'y trouver à redire.

Au contraire, je trouve que la gravité des événements justifie pleinement un tel écart. Aussi est-ce dans le même esprit que j'ai voulu inclure dans le nombre de personnes tuées, les milliers de celles qui, sans aucune faute de leur part, sont devenues les victimes innocentes d'assassins exécuteurs de certaines grandes puissances mondiales criminelles.

Comme j'ai été responsable pendant un certain temps de la diffusion des Droits de l'Homme d'S1, il est de mon devoir de pointer du doigt les discriminations et autres injustices. Il faut donc veiller à la non-discrimination entre les diverses victimes.

J'aurais aimé que vous en fassiez autant en tant que président de la délégation des salariés.

En accord avec l'esprit des Droits de l'Homme, je suis sensible à toutes les discriminations et autres injustices ! ».

L'envoi de ces courriels à un grand nombre de salariés de la société S1 est établi par les pièces versées en cause et d'ailleurs non contesté par A.

Dans ces courriels, comportant sa signature professionnelle de membre du département des ressources humaines du site Differdange de S1, A a exprimé son opinion personnelle et ce, contrairement à l'interdiction d'utiliser le système informatique à des fins privées faite par l'employeur dans le cadre d'un avertissement adressé à A en date du 1^{er} juin 2010. Ces courriels font suite à un grand nombre de courriels envoyés également par A au mépris de cette interdiction.

Il est encore constant en cause que l'envoi de ces courriels a créé un vif émoi au sein de la délégation du personnel et a suscité l'intervention de son président.

Or, s'il est vrai que chaque salarié jouit de la liberté d'expression, il ne peut cependant sous prétexte de cette liberté tenir des propos de nature à porter atteinte à la paix sociale ou à créer un trouble caractérisé au sein de l'entreprise.

La société S1, employant des salariés de nationalités, de religions et d'origines différentes, est parfaitement en droit d'exiger des utilisateurs de l'intranet un usage respectueux d'autrui et l'interdiction de l'intranet comme plate-forme politique est conforme au but de maintenir un climat social serein dans l'entreprise.

Face à l'utilisation récurrente par l'intimé du système informatique à des fins personnels susceptibles de heurter les sensibilités des autres salariés et face au comportement général du salarié vis-à-vis de ses collègues et de ses supérieurs tels que repris dans

les courriels inclus dans la lettre du 15 décembre 2015, malgré les nombreux avertissements oraux et écrits reçus par A, la sanction du changement de poste prononcée à son égard ne paraît pas non plus disproportionnée. Les éléments du dossier ne permettent donc pas de retenir que l'employeur ait commis un abus de droit en changeant A de poste de travail.

L'intimé affirme cependant que le changement de poste a entraîné une modification substantielle de ses conditions de travail en sa défaveur, alors qu'en tant qu'employé de bureau, il aurait été muté à un poste de travailleur manuel.

Quant à la révision du contrat de travail de A

Il est de principe qu'en cas de modification substantielle des conditions de travail en défaveur du salarié, l'employeur est tenu de respecter les dispositions légales applicables, soit celles de l'article L.121-7 du Code du travail.

A soutient que la société S1 l'a relégué à des travaux manuels.

Devant les contestations de l'employeur quant à l'existence d'une telle modification, il appartient au salarié d'en rapporter la preuve.

Contrairement à l'avis de A, la simple lecture de la lettre de l'employeur du 6 janvier 2016 ne permet pas de retenir que la mutation lui infligée impliquait sa rétrogradation au statut d'ouvrier chargé d'exécuter des travaux manuels tels que l'entretien des bâtiments et de leurs environs, des travaux de réparation, de nettoyage, de tonte des gazons etc.

En effet, si le terme « travaux de fortune » employé dans le courrier du 6 janvier 2016 de l'employeur, fait référence à des travaux provisoires, il n'exclut pas nécessairement l'exécution de travaux de bureau qui peuvent également être accomplis de façon provisoire ou occasionnelle.

Le salarié est encore malvenu de reprocher à son employeur de ne pas lui avoir répondu à sa lettre du 23 décembre 2015 dans laquelle il demandait des précisions supplémentaires, alors que les bureaux administratifs de la société S1 étaient fermés du 24 décembre 2015 au

3 janvier 2016, ce dont tous les salariés avaient été avertis par voie d'affichage. A ne pouvait donc ignorer cette fermeture d'autant plus qu'il travaillait jusqu'en décembre 2015 au département des ressources humaines à Differdange.

Il doit encore être relevé que dès réception par l'employeur du courrier de A du 23 décembre 2015, il s'est empressé de lui répondre le surlendemain.

En ne se présentant pas auprès de B en date du 4 janvier 2016 et en ne se renseignant pas non plus auprès du département général RH dès la reprise des activités, A s'est lui-même privé de la possibilité de vérifier si l'employeur voulait effectivement l'affecter à des travaux manuels comme il l'affirme.

Devant les contestations de l'employeur d'avoir eu l'intention de l'affecter à des travaux manuels, A n'a donc pas rapporté la preuve de l'existence d'une révision substantielle de son contrat de travail.

En présence d'une sanction disciplinaire régulière, valable et légitime et en

l'absence de toute preuve d'une modification de son contrat de travail au sens de l'article L.121-7 du Code du travail, A ne pouvait refuser de se présenter au nouveau poste lui assigné par son employeur.

Il en résulte encore que A est mal fondé de prétendre que son refus valait démission.

Dans ces conditions, l'absence de A de son lieu de travail depuis le 4 janvier 2016 constitue une absence injustifiée et le licenciement de ce dernier prononcé le 26 janvier 2016 en raison de ses absences injustifiées depuis le 4 janvier 2016 est, par contre, régulier et justifié.

En effet, une absence de 17 jours ouvrables constitue un motif grave qui rend immédiatement et définitivement impossible le maintien des relations de travail.

Il suit partant des considérations qui précèdent que les demandes de A en dommages et intérêts basées sur la modification substantielle de son contrat de travail sont à rejeter.

De même en présence d'un licenciement régulier et légitime, les demandes de A en paiement de dommages et intérêts pour licenciement abusif sont à rejeter. Ce dernier ne peut pas non plus prétendre à l'octroi d'une indemnité de préavis et de départ.

Finalement, en l'absence d'une démission de la part de A au sens de l'article L.121-7 du Code du travail, la demande de la société S1 tendant à l'octroi d'une indemnité pour préavis non respecté par le salarié est à rejeter.

Le jugement a quo est à réformer en ce sens.

Conformément à la demande de la société S1, il y a lieu de renvoyer l'affaire devant la juridiction de première instance autrement composée pour voir statuer sur la demande reconventionnelle de l'appelante tendant au remboursement de salaires trop perçus.

4. Harcèlement moral : le licenciement avec préavis basé sur l'absence prolongée du salarié pour raison de santé, absence causée par le harcèlement moral à l'initiative de l'employeur, est abusif.

Arrêt de la Cour d'appel du 18 janvier 2018, n° 41738 du rôle

Faits

A, au service de la société S2, actuellement S1 SA, depuis le 1er septembre 2010, comme attachée de direction, a été licenciée avec un préavis légal de deux mois le 25 janvier 2012 pour les motifs résumés par l'employeur dans la lettre de motivation comme suit:

- « d'une part, par votre incapacité à remplir vos fonctions, par la mauvaise ambiance que vous avez installée dans tous les services où vous avez travaillé en dénigrant vos collaborateurs et supérieurs, en les montant les uns contre les autres, et par votre déloyauté à l'égard de votre employeur tout au long de l'exécution du contrat de travail;

- et d'autre part, par votre absence continue depuis le 16 juin 2011 à votre poste d'attachée de direction qui a entraîné une totale désorganisation de nos services commerciaux et de direction, avec comme conséquence pour nous de très sérieuses difficultés à assurer la continuation de la bonne marche journalière de notre entreprise »,

avec la considération que l'employeur a indiqué dans ses conclusions antérieures, que le motif principal du licenciement de A réside dans l'absentéisme habituel depuis le mois de juin 2011, pour raison de santé, absentéisme qui aurait perturbé l'organisation de la société.

A soutient que sa longue maladie était due à la faute de son employeur qui l'aurait moralement harcelée

L'arrêt de la Cour d'appel

A a été admise à prouver par témoins les faits plus amplement repris dans son offre de preuve et plus précisément son harcèlement moral par l'employeur.

Suite à l'exécution de la mesure d'instruction, A est d'avis qu'il a été établi par les témoins qu'elle a fait l'objet d'un harcèlement moral à l'origine de sa longue maladie, tandis que l'employeur le conteste.

Quant au harcèlement moral

L'absence prolongée d'un salarié pour raison de santé peut être une cause de rupture du contrat de travail lorsqu'elle apporte une gêne indiscutable au fonctionnement de l'entreprise et que ces absences confirment à l'employeur qu'il ne peut plus compter sur une collaboration suffisamment régulière pour les nécessités du fonctionnement de l'entreprise.

Il en va cependant différemment si la maladie du salarié a été causée par la faute de son employeur, qui l'a harcelé au cours de l'exécution de son travail.

À défaut de texte de loi spécial définissant le harcèlement moral, la jurisprudence qualifie de harcèlement moral des actes dégradants ou humiliants répétés dans le temps, sans qu'il ne soit nécessaire qu'ils aient tous la même nature. Les actes de harcèlement doivent avoir pour objet ou pour effet une dégradation des conditions de travail susceptible de porter atteinte aux droits ou à la dignité du salarié, d'altérer sa santé ou de compromettre son avenir professionnel.

En l'espèce, il résulte tant des conclusions prises par les parties que des pièces versées et enfin des mesures d'instruction ordonnées par la Cour, qu'avant d'entrer au service de la société S1 le 1^{er} septembre 2010, A travaillait depuis quinze ans pour la société S3, plus précisément au sein de la direction, en qualité de directrice; que son parcours auprès du précédent employeur fut exemplaire, alors qu'elle n'a jamais fait l'objet d'un quelconque avertissement professionnel; qu'elle a été débauchée par la société S1 pour assurer la fonction d'attachée de direction, dans un premier temps aux fins de seconder B, directeur administratif et ensuite pour le remplacer au moment de son départ à la retraite.

Cependant, il est acquis en cause, alors que reconnu par la société S1, qu'en date du 27 avril 2011, soit huit mois après avoir engagée A comme attachée de direction, elle l'a obligée à remplacer une salariée partie en congé de maternité, à savoir Mme C, qui était secrétaire au service des facturations/commandes de la société S1, alors que l'employeur avait négligé de pourvoir en temps utile au remplacement tant de Mme C, que du témoin D, également secrétaire et en

maladie en raison d'une dépression et qui suivait une procédure de reclassement, ainsi que du témoin E également absent.

Pour expliquer cette rétrogradation, l'employeur avance quatre justificatifs :

- tout d'abord que la salariée avait donné son accord pour remplacer Mme C.

Or, il résulte de la déposition du témoin D que, contrairement aux affirmations de l'employeur selon lesquelles A aurait été d'accord pour faire ce remplacement, elle y a été obligée.

- ensuite, que le contrat de travail prévoyait la possibilité d'un changement d'affectation de service.

Or, cette clause conventionnelle ne permet nullement à l'employeur de rétrograder, contre son gré, un salarié.

- que ce remplacement ne devait être que de courte durée, le temps de trouver une remplaçante pour le congé de maternité de Mme C.

Or, cette affirmation reste en l'état de pure allégation et n'est pas sérieuse, dans la mesure où l'employeur devait savoir depuis plusieurs mois, que sa salariée, Mme C, était enceinte et devait dès lors forcément être remplacée. A n'a pas été engagée pour pallier la carence de l'employeur dans la gestion et l'organisation de son personnel.

- et finalement, que ce service était un service hautement stratégique pour la société S1.

Or, même à supposer que le service commandes et facturations fut un service stratégique pour la société S1, quod non, il n'en reste pas moins que A avait été engagée comme attachée de direction au niveau de la direction avec les fonctions importantes plus amplement détaillées ci-avant et non comme remplaçante, ne fut-ce qu'à court terme, d'une secrétaire dans le service facturations/commandes.

La Cour considère que le fait pour un employeur de débaucher et d'engager une salariée comme attachée de direction, avec pour mission de seconder, voire de remplacer un directeur administratif de société, pour ensuite, quelques mois plus tard, l'obliger non plus à exercer la fonction dirigeante lui

promise, mais à remplacer une secrétaire en congé de maternité, dans un service facturation pour lequel elle n'avait pas de formation, constitue une dégradation des conditions de travail, qui a non seulement porté atteinte à la dignité de A, mais encore à ses droits et qui a altéré sa santé et par la même compromis son avenir professionnel, puisque les conséquences de ce harcèlement moral, à côté de sa maladie, fut la perte de son emploi et le fait qu'elle n'a retrouvé que bien plus tard un emploi pour un salaire inférieur de moitié à celui qui lui avait été accordé chez S1.

Le susdit comportement de l'employeur à lui seul constitue un harcèlement moral, sans qu'il n'y ait lieu d'analyser encore les autres fautes reprises dans l'offre de preuve de A.

Il suit des considérations qui précèdent que A a prouvé la réalité de son harcèlement moral par l'employeur, partant la cause de sa longue maladie.

Ce dernier a partant violé les dispositions de l'article 1134 du code civil qui exigent que les conventions légalement formées soient exécutées de bonne foi, donnant lieu à indemnisation de la victime.

A réclame en réparation du préjudice subi la somme de 30.888,12 euros, soit l'équivalent de six mois de salaire.

La Cour considère que le préjudice moral subi par A du chef de ce harcèlement moral est adéquatement indemnisé par des dommages et intérêts évalués ex aequo et bono à 7.500 euros.

Quant au licenciement abusif

Il résulte également de développements faits ci-avant que le motif principal du licenciement, à savoir l'absentéisme habituel pour cause de maladie ayant entraîné une désorganisation de la société, est fallacieux.

À cet égard, la Cour relève que dans sa lettre de motivation, l'employeur précise à plusieurs reprises et en caractère gras, tant dans son introduction, que dans l'épilogue de la lettre de motivation, ce qui suit :

« d'autre part, votre absence continue depuis le 16 juin 2011 à votre poste d'attachée de direction qui a entraîné

une totale désorganisation de nos services commerciaux et de direction, avec comme conséquence pour nous de très sérieuses difficultés à assurer la continuation de la bonne marche journalière de notre entreprise. »

Ensuite : *« vous imaginez bien qu'une telle précarité cause une grande désorganisation pour notre entreprise surtout en considération de l'importance du poste d'attachée de direction occupé par vous ».*

Or, il a été établi qu'au moment du licenciement, A n'avait jamais exercé ses fonctions d'attachée de direction au sein de la direction, mais qu'elle passait d'un service à l'autre de la société pour prétendument se familiariser avec les spécificités de l'entreprise, pour finalement aboutir au secrétariat, service facturations et commandes de la société, de sorte qu'elle ne pouvait logiquement pas *« cruellement manquer »* à la direction. Il s'en suit que si l'absentéisme de A résulte des différents certificats de maladie versés en cause, son impact négatif sur l'organisation du travail au sein de la direction de la société S1 manque de sérieux.

Finalement, il est improbable qu'une salariée qui est décrite par son employeur comme *« une incapable à remplir correctement ses fonctions, dotée d'un mauvais caractère et qui a continuellement dénigré ses supérieurs hiérarchiques, les montant les uns contre les autres, déloyale pendant toute l'exécution du contrat de travail »*, puisse constituer, comme le soutient l'employeur, une telle perte pour la société S1.

Il suit des considérations qui précèdent que faute de motifs réels et sérieux, le licenciement de A est, par réformation, à qualifier d'abusif.

Un salarié abusivement licencié est en droit d'obtenir réparation des préjudices matériel et moral subis, à la condition que ces préjudices soient avérés et en relation causale avec le licenciement abusif.

En l'espèce, A réclame au titre du préjudice matériel la somme de 3.740 euros calculée sur une période de référence de huit mois, demande qui est contestée tant dans son principe que dans son montant par la société S1.

Il résulte des pièces soumises à l'appréciation de la Cour, que A a été incapable de travailler pour raison de santé du 16 juin 2011 jusqu'au 13 juin 2012, période au cours de laquelle elle a touché les indemnités de maladie de la CNS.

Elle a ensuite touché les allocations de chômage du 13 juin 2012 au 15 octobre 2012 pour un montant brut de 17.778,52 euros, soit 13.260,24 euros nets, et a finalement trouvé un nouvel emploi en date du 15 octobre 2012 auprès du Garage F pour un salaire mensuel brut de 2.215,81 euros, auquel est venu s'ajouter une aide au réemploi de la part de l'ADEM.

Compte tenu des éléments précités et du fait que pendant sa maladie, la salariée n'était pas en mesure de faire les efforts nécessaires pour trouver un nouvel emploi, qu'elle a ensuite pendant sa période de chômage de seulement trois mois, fait les efforts personnels et concrets pour trouver rapidement un emploi, soit le 15 octobre 2012, la

période de référence sollicitée par elle de huit mois est en relation causale directe avec le licenciement abusif.

Eu égard aux montants lui payés respectivement par la CNS et l'ADEM pendant cette période de huit mois, et des salaires qu'elle aurait dû toucher auprès de son ancien employeur pendant ces huit mois, la différence entre les susdits montants constitue son préjudice matériel qui est dès lors justifié par les pièces versées pour le montant réclamé de 3.740 euros.

A évalue finalement son préjudice moral à la somme de 7.000 euros.

Compte tenu de l'atteinte portée par le licenciement abusif à la dignité de A, des soucis qu'elle a dû se faire pour son avenir professionnel, de son âge au moment du licenciement (née le 1^{er} novembre 1970, 42 ans), de la courte durée de son engagement auprès de S1 (19 mois), le tribunal fixe ex aequo et bono le préjudice moral subi à 1.500 euros.

Demande de l'ÉTAT pris en sa qualité de gestionnaire du Fonds pour l'emploi :

L'ÉTAT requiert la condamnation de la société S1 à lui rembourser la somme brute de 17.778,52 euros avancée par lui à la salariée au titre des indemnités de chômage, pour la période allant de juin 2012 à octobre 2012 sur base de l'article L.521-4 du Code du travail et pour autant que de besoin il interjette appel incident.

Dans la mesure où le licenciement de A a été déclaré abusif, la demande de l'ÉTAT est fondée à l'égard de la société S1 et justifiée sur base des pièces versées pour le montant brut de 17.778,52 euros.

5. DROIT EUROPÉEN : le temps de garde d'un travailleur à domicile obligé de répondre aux appels de l'employeur dans un délai bref doit être considéré comme « temps de travail »

Arrêt de la CJUE (cinquième chambre) du 21 février 2018, Matzak, affaire C-518/15

Faits et procédure

Depuis 1981, M. Matzak est au service de la commune belge de Nivelles en qualité de sapeur-pompier volontaire. Les services d'incendie de la ville regroupent pompiers professionnels et volontaires. Ces derniers participent aux interventions et assurent également les gardes et les permanences à la caserne.

En 2009, M. Matzak a engagé devant le Tribunal du travail de Nivelles une procédure judiciaire contre la ville de Nivelles visant sa condamnation à lui payer un euro provisionnel à titre de dommages et intérêts pour non-paiement de la rémunération relative à ses prestations en sa qualité de pompier volontaire, notamment ses services de garde à domicile, qui doivent être selon lui qualifiés de temps de travail. Le tribunal de première instance a accueilli le recours de M. Matzak.

La ville de Nivelles a alors interjeté appel de cette décision devant la Cour du travail de Bruxelles. Celle-ci estime que la solution du litige requiert l'interprétation de dispositions de droit de l'Union, en particulier l'article 2 de la directive 2003/88/CE sur l'aménagement du temps de travail¹. Elle a donc décidé de surseoir à statuer pour poser une question préjudicielle à la CJUE.

Article 2 de la directive 2003/88/CE :

« Aux fins de la présente directive, on entend par :

1. "temps de travail": toute période durant laquelle le travailleur est au travail, à la disposition de l'employeur et dans l'exercice de son activité ou de ses fonctions, conformément aux législations et/ou pratiques nationales;

2. "période de repos": toute période qui n'est pas du temps de travail; [...] »

La question préjudicielle

« L'article 2 de la directive 2003/88 doit-il être interprété en ce sens que le temps de garde qu'un travailleur passe à domicile avec l'obligation de répondre aux appels de son employeur dans un délai de 8 minutes, restreignant très significativement les possibilités d'avoir d'autres activités, doit être considéré comme « temps de travail » ? »

L'appréciation de la Cour

À titre liminaire, la Cour remarque que conformément à sa jurisprudence la directive s'applique aux activités des sapeurs-pompiers « dès lors qu'elles sont effectuées dans des conditions habituelles, conformément à la mission impartie au service concerné, et ce alors même que les interventions auxquelles ces activités peuvent donner lieu sont, par nature, non prévisibles et susceptibles d'exposer les travailleurs qui les exécutent à certains risques quant à leur sécurité et/ou à leur santé. »

Elle précise également qu'en l'espèce M. Matzak peut être qualifié de « travailleur » au sens de la directive, en dépit de son statut de pompier volontaire, dans la mesure où il « a été intégré dans le service d'incendie de la ville de Nivelles au sein duquel il a exercé certaines activités réelles et effectives sous la direction d'une autre personne, pour lesquelles il a été rémunéré ».

Concernant la question de la qualification de temps de travail plus précisément, la Cour rappelle tout d'abord que les notions de « temps de travail » et « temps de repos » contenues dans l'article 2 de la directive sont des notions autonomes de droit de l'Union, et sont exclusives l'une de l'autre, il n'existe pas de catégorie hybrides ou intermédiaires. L'intensité du travail accompli par le travailleur ou son rendement ne jouent par

ailleurs pas de rôle dans la caractérisation du temps de travail.

Il est de jurisprudence constante que le temps de garde qui requiert la présence physique et la disponibilité du travailleur sur le lieu de travail doit être considéré comme du temps de travail au sens de la directive.

Cette situation doit être distinguée du système de l'astreinte selon lequel le travailleur doit être joignable mais peut gérer son temps avec moins de contraintes et se consacrer à ses propres intérêts. « Dans ces conditions, seul le temps lié à la prestation effective de services doit être considéré comme « temps de travail » au sens de la directive ».

En l'espèce, M. Matzak ne devait pas seulement être joignable, mais était également obligé de répondre aux appels de son employeur en moins de 8 minutes et contraint de rester dans un lieu déterminé par son employeur, en l'occurrence son domicile. Ces deux exigences sont de nature à « limiter de manière objective les possibilités qu'un travailleur se trouvant dans la condition de M. Matzak a pour se consacrer à ses intérêts personnels et sociaux ». Sa situation ne rentre donc pas dans le cadre du système de l'astreinte et doit être qualifiée de temps de travail.

La décision de la Cour

« L'article 2 de la directive 2003/88 doit être interprété en ce sens que le temps de garde qu'un travailleur passe à domicile avec l'obligation de répondre aux appels de son employeur dans un délai de 8 minutes, restreignant très significativement les possibilités d'avoir d'autres activités, doit être considéré comme « temps de travail ». »

1) Directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail