



# INFOS JURIDIQUES

Flash sur le Droit social

## NEWSLETTER

N° 03/2017 31 mars 2017

**1. Clause de non-concurrence : seul le salarié est en droit d'invoquer la nullité d'une clause de non-concurrence.** p.1

**2. Prime annuelle fixée par convention collective de travail non due si licenciement avec effet immédiat : l'employeur n'est pas en droit de refuser le paiement de la prime annuelle au salarié si celui-ci a été licencié pour motif grave l'année suivant l'attribution de ladite prime.** p.3

**3. Maladie : le salarié doit informer l'employeur de son incapacité de travailler le 1<sup>er</sup> jour et doit lui avoir remis son certificat médical dans les 3 jours.** p.4

**4. Retenue sur salaire : L'employeur n'est en droit de retenir un montant sur le salaire d'un salarié, que dans les hypothèses prévues par le Code du travail.** p.6

**5. DROIT EUROPÉEN : une règle interne d'une entreprise interdisant le port visible de tout signe politique, philosophique ou religieux ne constitue pas une discrimination directe, mais peut le cas échéant constituer une discrimination indirecte. Cependant, en l'absence d'une telle règle, la volonté d'un employeur de tenir compte des souhaits d'un client de ne plus voir ses services assurés par une travailleuse portant un foulard islamique ne saurait être considérée comme une exigence professionnelle de nature à écarter l'existence d'une discrimination.** p.8

## 1. Clause de non-concurrence : seul le salarié est en droit d'invoquer la nullité d'une clause de non-concurrence.

Arrêt de la Cour d'appel du 7 janvier 2016, n° 41659 du rôle

### Faits

B était employé comme gérant technique au sein de la société A depuis le 24 janvier 2007. Il a démissionné avec effet au 15 mai 2013.

Le 5 juin 2013, B a saisi le Tribunal du travail de Luxembourg pour entendre condamner son ancien employeur, la société A, à lui payer une prime pour les années 2010, 2011 et 2012 pour un montant total de 69.540,30 Euros et une indemnité contractuelle de 92.720,40 Euros en contrepartie d'un engagement de non-concurrence d'une durée de 24 mois.

### L'article 7 du contrat de travail de B stipule:

« Die Gesellschaft kann jederzeit auf die Einhaltung des Wettbewerbsverbot verzichten. Die Gesellschaft zahlt dem Geschäftsführer für die Dauer des Wettbewerbsverbot eine Entschädigung von 50% des zuletzt bezogenen Gehalts. [...] »

### Position du Tribunal de travail

Le 17 juillet 2014, le Tribunal du travail a déclaré fondée pour un montant de

67.857,96 Euros la demande de B en paiement de primes pour les années 2010, 2011 et 2012. De plus, la juridiction a déclaré fondée pour un montant de 3.364,85 Euros la demande de B en paiement d'une indemnité contractuelle réduite en contrepartie d'un engagement de non-concurrence. Le Tribunal du travail a donc condamné la société anonyme A à payer à B le montant de 71.222,81 Euros.

Le résumé qui suit ne portera que sur la question de la clause de non-concurrence.

En vertu de l'article 7 du contrat de travail, B s'était engagé à ne pas exercer d'activité concurrentielle pendant une durée de vingt-quatre mois après la fin de son contrat de travail. En contrepartie, la société A s'était engagée à lui verser une indemnité mensuelle correspondant à 50 % de son dernier salaire mensuel brut.

Le contrat de travail a pris fin le 15 mai 2013. Le 10 juin 2013, la société A a notifié à B sa renonciation à faire usage de cette clause de non-concurrence.

Le Tribunal a alloué à B au titre de l'indemnité mensuelle due en contre-



partie de la clause de non-concurrence, qui s'est appliquée du 15 mai 2013 au 10 juin 2013, un montant de 3.364,85 Euros<sup>1</sup>.

Pour ce faire, le Tribunal a dit que la société A ne peut pas demander la nullité de la clause de non-concurrence, alors que la nullité en question est une nullité de protection du salarié qui peut seul l'invoquer. De plus, elle insiste sur le fait que la renonciation de la société A à l'application de la clause de non-concurrence, doit être considérée comme valable, étant donné qu'elle est intervenue après la fin des relations de travail. La société A peut à tout moment renoncer à la clause de non-concurrence et la renonciation ne saurait produire d'effet rétroactif.

Le 28 août 2014, la société A a interjeté appel. La société A demande que B soit débouté de ses demandes. B demande la confirmation du jugement.

#### **Art. L. 125-8 du Code du travail :**

(1) La clause de non-concurrence inscrite dans un contrat de travail est celle par laquelle le salarié s'interdit, pour le temps qui suit son départ de l'entreprise, d'exercer des activités similaires afin de ne pas porter atteinte aux intérêts de l'ancien employeur en exploitant une entreprise personnelle.

(2) Sous peine de nullité, la clause de non-concurrence doit être constatée par écrit.

(3) La clause de non-concurrence est réputée non écrite lorsque au moment de la signature de la convention le salarié est mineur ou lorsque le salaire annuel qui lui est versé au moment de son départ de l'entreprise ne dépasse

pas un niveau déterminé par règlement grand-ducal.

Lorsque le salaire annuel excède le niveau déterminé par règlement grand-ducal, la clause de non-concurrence ne produit d'effets qu'aux conditions ci-après :

1. elle doit se rapporter à un secteur professionnel déterminé et à des activités similaires à celles exercées par l'employeur;
2. elle ne peut prévoir une période supérieure à 12 mois prenant cours le jour où le contrat de travail a pris fin;
3. elle doit être limitée géographiquement aux localités où le salarié peut faire une concurrence réelle à l'employeur en considérant la nature de l'entreprise et son rayon d'action; en aucun cas elle ne peut s'étendre au-delà du territoire national.

La clause de non-concurrence est inapplicable lorsque l'employeur a résilié le contrat sans y être autorisé par l'article L. 124-10 ou sans avoir respecté le délai de préavis visé à l'article L. 124-3.

#### **Position de l'employeur**

En réponse à la demande en paiement de l'indemnité due en contrepartie de la clause de non-concurrence prévue dans le contrat de travail du salarié, l'employeur a invoqué la nullité de la clause de non-concurrence elle-même aux motifs que la loi prévoit une durée maximale de 12 mois prenant cours le jour où le contrat de travail a pris fin.

La société A soutient que pour empêcher un manifeste déséquilibre entre

les droits et obligations des parties, il devrait lui être permis de demander, tout comme le salarié, la nullité de la clause de non-concurrence. Il ajoute que l'article 7 du contrat de travail, qui lui impose une indemnisation financière importante en contrepartie d'une obligation ferme de non-concurrence au salarié, constitue un tout indivisible.

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

C'est à juste titre que le Tribunal du travail a refusé à la société A le droit de demander la nullité au motif du dépassement du délai de l'obligation de non-concurrence, motif inspiré par un souci de protection du seul salarié.

Il n'était pas dans l'intention du législateur, soucieux de protéger le salarié, de placer, en ce qui concerne le cadre légal dans lequel il a inscrit la clause de non-concurrence, le salarié et l'employeur sur un pied d'égalité. La société A se prévaut donc à tort d'un manifeste déséquilibre entre les droits et obligations des parties.

S'il est vrai que l'importance de l'indemnité mensuelle est liée à la longue durée de l'obligation de non-concurrence, cette circonstance reste sans incidence sur la question de savoir si l'employeur peut demander une nullité destinée à protéger le salarié.

Il résulte des développements qui précèdent que la clause de non-concurrence n'est pas à déclarer nulle et que le jugement est à confirmer en ce qu'il a alloué à B 3.364,85 Euros en raison de son engagement de non-concurrence sur une durée d'un peu moins d'un mois.

1) Proratation du montant de 92.720,40 Euros pour 24 mois.

## 2. Prime annuelle fixée par convention collective de travail non due si licenciement avec effet immédiat : l'employeur n'est pas en droit de refuser le paiement de la prime annuelle au salarié si celui-ci a été licencié pour motif grave l'année suivant l'attribution de ladite prime.

Arrêt de la Cour d'appel du 16 février 2017, n° 43946 du rôle.

### Faits et Procédure

Le 3 juillet 2003, A a été engagé en qualité de responsable chantier « façade » par B. Le 30 octobre 2014, il a été licencié avec un préavis de six mois expirant le 30 avril 2015, suivi d'un licenciement avec effet immédiat le 15 janvier 2015. A a, par requête du 7 mai 2015, fait convoquer son ancien employeur devant le Tribunal du travail de Luxembourg. Outre sa demande tendant à obtenir des indemnités pour licenciements abusifs, ainsi que des arriérés de salaires, il réclame le paiement de la prime de fin d'année 2014.

Le 4 juillet 2016, le Tribunal a dit que les licenciements sont réguliers, que la demande d'arriérés de salaires est fondée, mais pas la demande de prime de fin d'année 2014.

Pour statuer comme il l'a fait, le Tribunal a, en ce qui concerne la demande en paiement de la prime de 2014, relevé qu'il résulte de l'avis de débit du 18 février 2015 avec la communication «  *salaire 12/2014 solde* » que la prime de 2014 a bien été payée.

A a interjeté appel le 19 août 2016. L'appel est limité à la partie du jugement qui a débouté A de sa demande en paiement de la prime annuelle de 2014.

### Position de l'employeur

L'employeur conteste l'allocation de la prime de 2014 tant dans son principe que dans son montant.

Il fait valoir, en premier lieu, que A n'a pas droit à la prime annuelle de 2014 du fait que la Convention collective de travail applicable prévoit que le droit à la prime se perd en cas de licenciement avec effet immédiat pour motif grave,

comme en cas d'absences non justifiées.

Il fait valoir que le 13 juin 2014, A s'est vu notifier un avertissement, alors qu'il n'était pas à son poste. De même, le 7 novembre 2014, A aurait quitté son poste de travail, sans autorisation, afin de se rendre à la poste.

L'employeur se prévaut enfin de l'activité concurrente exercée par A, pour dire que celle-ci a remis en cause les incapacités de travail du salarié des 15 au 19 décembre 2014 et du 22 au 24 décembre 2014.

### Position du salarié

A demande de condamner B à lui payer la somme de 1.264,13 Euros au titre de la prime de fin d'année 2014.

A fait grief aux premiers juges d'avoir à tort estimé que la prédite prime avait déjà été payée en se fondant sur l'avis de débit du 18 février 2015, alors que ce montant ne concernait pas la prime annuelle de 2014, mais le solde de salaire que l'employeur lui redevait.

A conteste qu'il ait perdu le droit à la prime du fait de son licenciement avec effet immédiat, puisque suivant la Convention collective de travail applicable, la prime se perd seulement si le salarié est licencié pour faute grave au cours de l'année de versement de ladite prime, ce qui ne serait pas le cas en l'espèce.

A conteste avoir eu des absences injustifiées, telles le 13 juin 2014 et avoir reçu le même jour un avertissement. Il conteste également avoir eu une absence injustifiée le 7 novembre 2011. Il soutient qu'aucune décision écrite de supprimer la prime ne lui a été notifiée.

### Position de la Cour d'appel

#### Art. 9 de la Convention collective pour le métier de peintre<sup>2</sup>:

Une prime annuelle est payée à chaque ouvrier avec le salaire du mois de décembre. Les conditions et modalités liées à cette prime figurent en annexe II du présent contrat.

#### Prime annuelle Annexe II Article 2.3 :

L'ouvrier qui quitte l'entreprise au cours de l'année a droit, lors de son départ, à la part de prime correspondante au temps d'occupation dans l'entreprise.

Le droit à la prime se perd toutefois en cas de licenciement de l'ouvrier avec effet immédiat, pour faute grave.

Il se dégage de ces dispositions conventionnelles que la prime est payable annuellement et qu'elle est calculée au prorata du temps d'occupation dans l'entreprise, sauf si le salarié a fait l'objet d'un licenciement avec effet immédiat, auquel cas le salarié n'a pas droit au paiement de la prime.

Etant donné que la prime pour l'année 2014 était payable avec le salaire de décembre 2014 et qu'à la fin du mois de décembre 2014, aucun licenciement pour faute grave n'avait été prononcé à l'encontre du salarié, il y a lieu de conclure que la prime annuelle de 2014 était due à la fin du mois de décembre 2014.

#### Art. 4 Annexe II de la Convention collective pour le métier de peintre :

Une absence non justifiée entraîne la suppression totale de la prime à condition que cette suppression soit notifiée par écrit à l'ouvrier dans les

2) Règlement grand-ducal du 16 avril 2007 portant déclaration d'obligation générale de la convention collective de travail pour le métier de peintre conclue entre les syndicats OGB-L et LCGB, d'une part et la Fédération des patrons-peintres et vitriers du Grand-Duché de Luxembourg a.s.b.l., d'autre part.

meilleurs délais, mais au plus tard avec le décompte du mois en cours.

Il s'en dégage que la suppression de la prime requiert outre la preuve d'une absence injustifiée, la notification par écrit de la suppression de la prime.

En l'espèce, et indépendamment de la question de savoir si les absences reprochées à A le 13 juin 2014, le 7 novembre 2014, du 15 au 19 décembre

2014 et du 22 au 24 décembre 2014 étaient des absences injustifiées, force est de constater que B n'établit pas qu'il ait notifié à A par écrit sa décision de supprimer la prime de fin d'année.

Il suit des considérations qui précèdent que A a droit au paiement de la prime annuelle de 2014 et que sa demande est partant fondée. Le calcul de la prime n'ayant fait l'objet d'aucune contesta-

tion précise, la demande est, au vu des pièces versées, également justifiée pour le montant réclamé de 1.264,13 Euros.

La Cour constate encore que l'avis de débit du 18 février 2015 portant la mention «  *salaire 12/2014 solde* » n'établit pas le paiement de la prime annuelle de 2014.

L'appel est partant fondé et il y a lieu de réformer le jugement entrepris.

### 3. Maladie : le salarié doit informer l'employeur de son incapacité de travailler le 1<sup>er</sup> jour et doit lui avoir remis un certificat médical dans les 3 jours, à défaut il risque un licenciement pour faute grave.

Arrêt de la Cour d'appel du 15 décembre 2016, n° 43304 du rôle

#### Faits et Procédure

A a été engagée au service de la société à responsabilité limitée B le 2 janvier 2015 comme vendeuse. Elle a été licenciée avec effet immédiat le 7 juillet 2015 en raison d'une absence injustifiée de six jours.

Le 30 juillet 2015, A a saisi le Tribunal du travail pour réclamer à son ancien employeur réparation du préjudice subi du fait de son licenciement qu'elle qualifie d'abusif, ainsi que des indemnités compensatoires de préavis.

Elle s'est prévaluée de la protection contre le licenciement prévue à l'article L.121-6 du Code du travail soutenant avoir informé son employeur le premier jour de la prolongation de son incapacité de travailler. Elle a affirmé avoir envoyé le certificat médical dans le délai légal de trois jours. L'employeur a contesté avoir reçu le certificat avant le licenciement.

Pour statuer comme il l'a fait, le Tribunal a retenu que la salariée n'avait pas prouvé que l'employeur était en possession du certificat médical dans les trois jours, de sorte qu'elle n'était pas protégée contre le licenciement. Il a ensuite considéré qu'une absence non justifiée de 6 jours justifiait le licenciement sans préavis.

A a interjeté appel le 2 février 2016.

#### Position des parties

La salariée estime avoir informé l'employeur le premier jour du fait de son absence. Elle peut prouver avoir envoyé le certificat à son employeur. D'après elle, il ne peut être considéré que le fait que le certificat ne soit pas arrivé dans les trois jours constitue une faute grave justifiant un licenciement sans préavis.

A fait grief au Tribunal du travail d'avoir considéré son absence comme injustifiée dans la mesure où d'après l'article L.233-6 alinéa 3 du Code du travail «  *ne constituent pas des absences injustifiées les absences pour cause de maladie ou d'accident* ». Son absence était justifiée par un certificat de maladie établi par son médecin généraliste qui l'a déclarée incapable de travailler du 29 juin au 27 juillet 2015.

La salariée reproche encore à la juridiction du premier degré d'avoir considéré que l'inexécution de l'obligation de soumettre à l'employeur le certificat médical dans les trois jours constitue en soi une faute grave permettant à l'employeur de résilier le contrat de travail avec effet immédiat.

Les parties s'opposent quant à la gravité du fait reproché, à savoir de ne pas avoir mis l'employeur en possession du certificat médical dans les trois jours.

L'employeur soutient qu'il n'a pas été mis en possession du certificat médical conformément à la loi. Il était sans nouvelle de sa salariée pendant plusieurs jours. Dans l'incertitude de la durée de l'absence de la salariée, il était autorisé à la licencier pour faute grave.

Il conteste encore les montants réclamés par cette dernière.

#### Art. L. 121-6 du Code du travail :

(1) Le salarié incapable de travailler pour cause de maladie ou d'accident est obligé, le jour même de l'empêchement, d'en avertir personnellement ou par personne interposée l'employeur ou le représentant de celui-ci.

L'avertissement visé à l'alinéa qui précède peut être effectué oralement ou par écrit.

(2) Le troisième jour de son absence au plus tard, le salarié est obligé de soumettre à l'employeur un certificat médical attestant son incapacité de travail et sa durée prévisible.

(3) L'employeur averti conformément au paragraphe (1) ou en possession du certificat médical visé au paragraphe (2) n'est pas autorisé, même pour motif grave, à notifier au salarié la résiliation de son contrat de travail, ou, le cas échéant, la convocation à l'entretien préalable visé à l'article L.124-2 pour une période de vingt-six semaines au

plus à partir du jour de la survenance de l'incapacité de travail.

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

A a été licenciée selon la lettre de licenciement du 7 juillet 2015 pour avoir été absente depuis le 30 juin jusqu'au 7 juillet 2015 sans explication, ni a fortiori d'excuse valable, dès lors pour une absence injustifiée de six jours, de sorte que pour l'employeur la poursuite des relations de travail était devenue impossible.

La Cour relève à titre liminaire que la salariée ne se prévaut plus en instance d'appel de la protection contre le licenciement prévue par l'article L.121-6 du Code du travail.

A fait grief au Tribunal du travail d'avoir considéré son absence comme injustifiée dans la mesure où d'après l'article L.233-6 alinéa 3 du Code du travail « *ne constituent pas des absences injustifiées les absences pour cause de maladie ou d'accident* » ; que son absence était justifiée par un certificat de maladie établi par son médecin généraliste qui l'a déclarée incapable de travailler du 29 juin au 27 juillet 2015.

Or, s'il est un fait que la salariée disposait d'un certificat médical couvrant la période litigieuse, force est de constater que son absence n'avait pas été justifiée auprès de l'employeur entre le 1<sup>er</sup> et le 7 juillet 2015, jour du licenciement, ni par après d'ailleurs puisqu'il ne l'a jamais reçu. **En effet d'après l'article L.121-6 du Code du travail, le salarié est cumulativement tenu d'informer son employeur le premier jour de la maladie et de lui remettre un certificat médical dans les trois jours d'absence.**

Or, s'il est avéré que A avait informé le premier jour, soit le 30 juin 2015, son employeur de la prolongation de sa période d'incapacité de travail par des « SMS », elle reste en défaut de prouver, en présence des contestations de l'employeur, que ce dernier fut en possession de son certificat médical dans les trois jours, de sorte que l'employeur est resté sans nouvelles de sa salariée entre le 1<sup>er</sup> juillet et le 7 juillet 2015, ce qui constitue bien, contrairement à ce que prétend la salariée, le motif du licenciement.

Un employeur qui indique dans son courrier de licenciement que sa salariée est absente sans explication ni excuse valable, indique forcément et nécessairement qu'il n'a pas été mis en possession du certificat médical, de sorte que la salariée est malvenue de prétendre que l'employeur n'aurait pas indiqué le motif tiré de la non-réception par lui du certificat médical dans son courrier de licenciement et ne pourrait plus s'en prévaloir.

La salariée reproche encore à la juridiction du premier degré d'avoir considéré que l'inexécution par elle de l'obligation de soumettre à l'employeur le certificat médical dans les trois jours constitue en soi une faute grave permettant à l'employeur de résilier le contrat de travail avec effet immédiat.

Il est vrai que **l'inexécution par elle de l'obligation de soumettre à l'employeur le certificat médical dans les trois jours ne constitue pas forcément, ni automatiquement un fait ou une faute autorisant le licenciement immédiat du salarié, le juge étant tenu d'examiner l'existence d'un motif grave suivant les critères prévus par la loi.**

Dans le cas d'espèce, s'il est établi que la salariée a informé son employeur le premier jour de la prolongation de son incapacité de travail, qu'elle a posté le certificat médical dans les trois jours et que son absence était donc justifiée par la maladie, il n'en reste pas moins que l'employeur, de son côté, n'a jamais reçu de certificat médical, qu'il a attendu six jours sans avoir de nouvelles, de sorte qu'il était dans l'ignorance complète non seulement de la cause exacte de cette absence mais encore de la durée prévisible de cette absence, ainsi que de la date probable de la reprise de son activité par la salariée, l'empêchant de pourvoir de façon concrète à son remplacement et d'organiser le bon déroulement de la gestion de son entreprise de petite taille.

Dans la mesure où il n'incombe pas à un employeur de se renseigner sur les causes de l'absence de sa salariée, mais qu'il incombe à la salariée de faire les diligences nécessaires pour mettre son employeur au courant des raisons et de la durée de son absence, respectivement de vérifier si ses diligences ont abouti, il y a lieu de retenir, à l'instar du Tribunal du travail, que cette attitude désinvolte sur une période de six jours de la salariée, au service de l'employeur depuis seulement six mois, en tant qu'elle est de nature à compromettre le bon fonctionnement de l'entreprise, constitue une faute d'une gravité suffisante pour justifier un licenciement sans préavis.

Le jugement du Tribunal de travail est à confirmer et les demandes indemnitaires de la salariée sont déclarées non fondées.

## 4. Retenue sur salaire : l'employeur n'est en droit de retenir un montant sur le salaire d'un salarié, que dans les hypothèses prévues par le Code du travail.

**Dompage causé par la faute du salarié : il incombe à l'employeur d'établir non seulement la réalité des dégâts, mais encore de rapporter la preuve que ceux-ci sont imputables à un acte volontaire ou à la négligence grave du salarié.**

Arrêt de la Cour d'appel du 16 février 2017, n° 43242 du rôle.

### Faits et Procédure

A était au service de la société anonyme B SA en qualité de « *Relationship Manager* » depuis le 1<sup>er</sup> avril 2012. A a été licenciée avec effet immédiat le 20 août 2014.

Le 15 septembre 2014, A a déposé une requête devant le Tribunal du travail de Luxembourg pour réclamer à son ancien employeur, des indemnités du chef de licenciement abusif, le paiement d'heures supplémentaires et une indemnité pour congé non pris.

L'employeur a formulé une demande reconventionnelle sur base de l'article L.121-9 du Code du travail d'un montant de 1.355,85 Euros pour les dégâts occasionnés par la salariée sur le véhicule de fonction mis à sa disposition.

#### Article L.121-9 du Code du travail :

L'employeur supporte les risques engendrés par l'activité de l'entreprise. Le salarié supporte les dégâts causés par ses actes volontaires ou par sa négligence grave.

Par un jugement du 3 décembre 2015, le Tribunal du travail n'a pas traité la question de la qualification abusive du licenciement étant donné qu'une procédure pénale était en cours. Le Tribunal a rejeté la demande de la salariée en paiement des heures supplémentaires d'un montant de 60.209,64 Euros aux motifs qu'elle n'a versé aucune pièce pour en établir la réalité.

De même, le Tribunal du travail a rejeté la demande de la salariée tendant au paiement d'une indemnité pour 22,33 jours de congés non pris en 2014. Le Tribunal du travail a constaté sur base de la fiche de paie du mois d'août 2014

que l'employeur lui a d'ores et déjà payé une telle indemnité.

Le Tribunal a également rejeté la demande de l'employeur. Ce dernier n'ayant versé aucune pièce relative aux circonstances exactes qui ont conduit aux dégâts sur le véhicule mis à disposition de la salariée, il n'a pas rapporté la preuve que la salariée avait commis un acte volontaire ou une négligence grave au sens de l'article L.121-9 du Code du travail ayant causé lesdits dommages.

La salariée a contesté cette décision en appel.

L'employeur a interjeté appel incident du jugement en ce qu'il a déclaré sa demande reconventionnelle non fondée. Il demande à la Cour de constater que les dégâts au véhicule de fonction relèvent d'une négligence grave équipollente au dol, partant de condamner la salariée au paiement d'un montant de 707,29 Euros à titre de dommages et intérêts pour l'ensemble des frais occasionnés au véhicule de service utilisé par A.

Le résumé qui suit ne portera que sur la question de la retenue sur salaire.

### Position des parties

L'employeur ayant retenu sur le salaire de A du mois d'août 2014 la somme de 648,56 Euros du chef des prétendues dégradations matérielles au véhicule de service, la salariée sollicite la restitution de cette retenue illégale.

En réponse, l'employeur soutient que la demande en restitution constitue une demande nouvelle irrecevable en appel.

### Position de la Cour d'appel

La Cour relève dans un premier temps que la demande initiale de l'employeur formulée en première instance était de 1.355,85 Euros alors qu'en instance d'appel elle ne porte plus que sur la somme 707,29 Euros. La différence résulte du fait que l'employeur a effectué une retenue sur le salaire du mois d'août 2014 de la salariée d'un montant de 648,56 Euros.

Concernant le bien-fondé de la demande de l'employeur basée sur l'article L.121-9 du Code du travail, la Cour adopte la motivation du jugement pour arriver à la conclusion qu'« *il incombe à l'employeur d'établir non seulement la réalité des dégâts qu'il entend faire supporter par son salarié, mais encore de rapporter la preuve que ceux-ci sont imputables à un acte volontaire ou à la négligence grave de ce dernier (Cour 06.07.2006, n°30229).*

*Aucune pièce du dossier ne fait cependant état des circonstances exactes qui ont conduit aux dégâts relevés dans les pièces.*

**Le seul fait pour A d'avoir remis une voiture ayant certains dégâts n'est pas de nature à engager sa responsabilité sur base de l'article L.121-9 du Code du travail alors que la partie reste en défaut de rapporter la preuve que son ancienne salariée a commis un acte volontaire ou une négligence grave en relation causale avec ces dégâts.**

*Dès lors, au vu de ce qui précède, la demande reconventionnelle est à rejeter. »*

Si l'employeur est autorisé en vertu de l'article 224-3 point 2 du Code du travail à faire une retenue sur le salaire de A du

chef de réparation du dommage causé par la faute de cette dernière, il faut toutefois, que la salariée soit responsable envers son employeur en raison de sa faute lourde ou volontaire.

**Art. L. 224-3 du Code du travail :**

Il ne peut être fait de retenue par l'employeur sur les salaires tels qu'ils sont déterminés au dernier alinéa de l'article précédent que:

1. du chef d'amendes encourues par le salarié en vertu de ce code, en vertu de la loi, en vertu de son statut ou en vertu du règlement d'ordre intérieur d'un établissement, régulièrement affiché;
2. du chef de réparation du dommage causé par la faute du salarié;

3. du chef de fournitures au salarié: a) d'outils ou d'instruments nécessaires au travail et de l'entretien de ceux-ci; b) de matières ou de matériaux nécessaires au travail et dont les salariés ont la charge selon l'usage admis ou aux termes de leur engagement;
4. du chef d'avances faites en argent.

Les retenues mentionnées ci-dessus ne se confondent ni avec la partie saisissable, ni avec la partie cessible. Celles énumérées sous 1, 2 et 4 ne peuvent dépasser le dixième du salaire.

Les acomptes versés pour une période de travail révolue ou en cours, pour laquelle un décompte définitif n'a pas encore été établi, ne sont pas considérés comme avances au sens du point 4 ci-dessus.

Or, en l'espèce l'employeur est resté en défaut de prouver une telle faute dans le chef de sa salariée, de sorte que la retenue effectuée sur le salaire du mois d'août est illégale. La salariée a donc droit à la restitution de la somme illégalement retenue.

La demande de la salariée en restitution de la somme illégalement retenue par l'employeur ne constitue partant pas une demande nouvelle irrecevable, mais, comme il vient d'être analysé, une défense à l'action principale de son employeur, partant une demande recevable.

La Cour condamne par conséquent l'employeur à restituer la somme de 648,56 Euros retenue illégalement sur le salaire du mois d'août 2014 de A.

## 5. DROIT EUROPÉEN : une règle interne d'une entreprise interdisant le port visible de tout signe politique, philosophique ou religieux ne constitue pas une discrimination directe, mais peut le cas échéant constituer une discrimination indirecte.

**Cependant, en l'absence d'une telle règle, la volonté d'un employeur de tenir compte des souhaits d'un client de ne plus voir ses services assurés par une travailleuse portant un foulard islamique ne saurait être considérée comme une exigence professionnelle de nature à écarter l'existence d'une discrimination<sup>3</sup>.**

Arrêts de la CJUE (grande chambre) du 14 mars 2017, Bougnaoui, affaire C-188/15 et Achbita, affaire C-157/15

### Faits et procédure

#### Première affaire

Mme Bougnaoui a effectué son stage de fin d'études au sein de l'entreprise privée Micropole en France à partir du 4 février 2008. Elle avait rencontré des représentants de cette entreprise lors d'une foire étudiante, lesquels l'avaient informée que le port du foulard islamique pourrait poser un problème lorsqu'elle serait en contact avec des clients de l'entreprise.

Mme Bougnaoui a été engagée par la société Micropole le 15 juillet 2008 à la suite de son stage de fin d'études sur la base d'un contrat à durée indéterminée en qualité d'ingénieur d'études. Le 15 juin 2009, Mme Bougnaoui a été convoquée à un entretien préalable à son licenciement, puis a été licenciée le 22 juin 2009.

La lettre de licenciement rappelle à Mme Bougnaoui que, en dépit de la volonté de l'entreprise de respecter la liberté d'opinion, il avait été clairement spécifié au moment de l'embauche qu'elle ne pourrait pas porter le foulard islamique en toute circonstance, et notamment lorsque celle-ci serait en contact avec des clients. Le 15 mai 2009, l'entreprise a d'ailleurs reçu une plainte d'un de ses clients à ce sujet. Lors de l'entretien préalable au licenciement, l'employeur a demandé à Mme Bougnaoui si elle acceptait de ne pas por-

ter le foulard dans ces circonstances, ce à quoi elle a répondu par la négative. L'employeur a alors estimé que ceci justifiait la rupture de son contrat de travail. Estimant que cette rupture était imputable à Mme Bougnaoui, il ne lui a pas permis d'effectuer son préavis et ne lui a pas versé de rémunération pendant cette période.

Mme Bougnaoui a introduit un recours devant le Conseil de prud'hommes de Paris le 8 septembre 2009 pour faire reconnaître le caractère discriminatoire du licenciement. Le juge a condamné l'employeur à verser une indemnité de préavis au motif que celui-ci n'avait pas indiqué la gravité de la faute reprochée dans la lettre de licenciement, mais a considéré que la restriction imposée par l'employeur était justifiée et proportionnée à l'objectif de préserver l'image de l'entreprise et de ne pas heurter les convictions de ses clients.

Mme Bougnaoui, soutenue par l'Association de défense des droits de l'homme (ADDH), a fait appel de la décision. La Cour d'appel a confirmé la décision de la juridiction de première instance. Mme Bougnaoui et l'ADDH ont alors formé un pourvoi devant la Cour de cassation.

La Cour de cassation française estime que la solution du litige requiert l'interprétation de dispositions de droit de l'Union, en particulier l'article 4 paragraphe 1 de la directive 2000/78<sup>4</sup>. Elle a

donc décidé de surseoir à statuer pour poser une question préjudicielle à la CJUE.

#### Article 4 paragraphe 1 de la directive :

« 1. Nonobstant l'article 2, paragraphes 1 et 2, les États membres peuvent prévoir qu'une différence de traitement fondée sur une caractéristique liée à l'un des motifs visés à l'article 1er ne constitue pas une discrimination lorsque, en raison de la nature d'une activité professionnelle ou des conditions de son exercice, la caractéristique en cause constitue une exigence professionnelle essentielle et déterminante, pour autant que l'objectif soit légitime et que l'exigence soit proportionnée. »

#### Deuxième affaire

Mme Achbita a travaillé depuis le 12 février 2003 pour la société G4S en Belgique en qualité de réceptionniste sur la base d'un contrat de travail à durée indéterminée.

Une règle non-écrite, selon laquelle les travailleurs ne pouvaient pas porter sur leur lieu de travail des signes visibles de leurs convictions politiques, philosophiques ou religieuses, prévalait au sein de l'entreprise.

Au mois d'avril 2006, Mme Achbita a fait savoir à ses supérieurs qu'elle avait dorénavant l'intention de porter le foulard islamique pendant ses heures de

3) Communiqué de presse n°30/17 de la CJUE dans les affaires Achbita et Bougnaoui.

4) 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.

travail. L'employeur a répondu qu'il s'y opposerait dans la mesure où cela était contraire à la politique de neutralité à laquelle s'astreignait l'entreprise.

Le 12 mai 2006, à la suite d'un arrêt de travail pour cause de maladie, Mme Achbita a fait savoir qu'elle reprendrait le travail le 15 mai et qu'elle porterait le foulard islamique.

Le 29 mai 2006, le règlement intérieur de l'entreprise a été modifié avec l'accord du comité d'entreprise pour y inscrire une disposition interdisant aux travailleurs de porter des signes visibles de leurs convictions politiques, philosophiques ou religieuses sur le lieu de travail ou d'accomplir tout rite qui en découle. Le nouveau règlement intérieur est entré en vigueur le 13 juin 2006.

Le 12 juin 2006, Mme Achbita a été licenciée en raison de sa volonté persistante de porter le foulard islamique sur son lieu de travail. Elle a reçu une indemnité de licenciement correspondant à trois mois de salaire et des avantages acquis en vertu du contrat de travail.

Après que son recours devant le tribunal du travail d'Anvers a été rejeté, Mme Achbita a introduit un recours devant la Cour du travail d'Anvers, laquelle a également rejeté sa demande au motif que l'interdiction de porter des signes visibles de ses convictions politiques, philosophiques ou religieuses n'entraînait pas de discrimination directe puisqu'elle avait une portée générale. Aucune discrimination indirecte ou violation de la liberté individuelle ou de la liberté de religion n'était pas ailleurs manifeste. Mme Achbita a formé un pourvoi en cassation.

La Cour de cassation belge estime que la solution du litige requiert l'interprétation de dispositions de droit de l'Union, en particulier l'article 2 paragraphe 2 sous a) de la directive 2000/78. Elle a donc décidé de surseoir à statuer pour poser une question préjudicielle à la CJUE.

#### **Article 2 paragraphes 1 et 2 de la directive :**

1. Aux fins de la présente directive, on entend par "principe de l'égalité

de traitement" l'absence de toute discrimination directe ou indirecte, fondée sur un des motifs visés à l'article 1er.

2. Aux fins du paragraphe 1:

a) 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 de l'un des motifs visés à l'article 1er;

b) une discrimination indirecte se produit lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre est susceptible d'entraîner un désavantage particulier pour des personnes d'une religion ou de convictions, d'un handicap, d'un âge ou d'une orientation sexuelle donnés, par rapport à d'autres personnes, à moins que:

i) cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un objectif légitime et que les moyens de réaliser cet objectif ne soient appropriés et nécessaires, [...] »

### **Les questions préjudicielles**

#### **Première affaire**

« L'article 4, paragraphe 1, de la directive 2000/78 doit-il être interprété en ce sens que la volonté d'un employeur de tenir compte des souhaits d'un client de ne plus voir les services dudit employeur assurés par une travailleuse portant un foulard islamique constitue une exigence professionnelle essentielle et déterminante au sens de cette disposition ? »

#### **Deuxième affaire**

« L'article 2, paragraphe 2, sous a), de la directive 2000/78 doit-il être interprété en ce sens que l'interdiction de porter un foulard islamique, qui découle d'une règle interne d'une entreprise privée interdisant de manière générale le port visible de tout signe politique, philosophique ou religieux sur le lieu de travail, constitue une discrimination directe prohibée par cette directive ? »

### **L'appréciation de la Cour**

La Cour rappelle que la directive a pour objet d'établir un cadre général pour lutter contre les discriminations fondées notamment sur la religion ou les convictions.

La directive ne contient pas de définition de la notion de religion, mais celle-ci fait référence dans son préambule à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH), ainsi qu'aux traditions constitutionnelles des États membres qui ont été réaffirmées notamment au sein de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (la Charte). L'article 9 de la CEDH et l'article 10 paragraphe 1 de la Charte<sup>5</sup> traitent plus particulièrement de cette question. Il ressort de ces articles qu'ils retiennent une acception large de la notion de religion qui inclut à la fois le fait d'avoir des convictions et de le manifester publiquement. La Cour considère que le législateur a retenu la même approche dans la directive et qu'il y a lieu d'interpréter la notion de religion au sens de la directive de la même façon.

#### **Exigence professionnelle essentielle et déterminante – première affaire**

La Cour examine ensuite « si la volonté d'un employeur de tenir compte du souhait d'un client de ne plus voir de services fournis par une travailleuse qui, telle Mme Bougnaoui, a été assignée par cet employeur auprès de ce client et qui porte un foulard islamique, constitue une exigence professionnelle essentielle et déterminante, au sens de l'article 4, paragraphe 1, de la directive 2000/78 ».

La Cour commence par rappeler que l'exigence professionnelle essentielle et déterminante ne doit pas correspondre au motif sur lequel la différence de traitement est fondée mais doit être une caractéristique liée à ce motif.

Le considérant 23 de la directive précise qu'une caractéristique liée à la religion notamment ne peut constituer une exigence professionnelle et déterminante que dans des conditions très limitées. Conformément à l'article 4 § 1,

<sup>5</sup> Conformément à l'article 52 paragraphe 3 de la Charte, cet article a le même sens et la même portée que l'article 9 de la CEDH.

<sup>6</sup> L'article 4 § 1 offre une possibilité aux États membres, la transposition de cette disposition n'est pas obligatoire. Celle-ci a été transposée en droit français par l'article L. 113-1 du code du travail.

cette caractéristique ne peut constituer une telle exigence qu'en « *raison de la nature d'une activité professionnelle ou des conditions de son exercice* ».

La notion d'exigence professionnelle essentielle et déterminante correspond donc à « *une exigence objectivement dictée par la nature ou les conditions d'exercice de l'activité professionnelle en cause. Elle ne saurait, en revanche, couvrir des considérations subjectives, telles que la volonté de l'employeur de tenir compte des souhaits particuliers du client.* »

### **Existence d'une discrimination – deuxième affaire**

La Cour exclut d'emblée l'existence d'une discrimination directe dans la mesure où la règle en vigueur dans l'entreprise vise indifféremment toute manifestation de conviction.

Bien que la question préjudicielle ne concerne que l'existence d'une discrimination directe, la Cour examine néanmoins l'existence d'une discrimination indirecte, telle que définie à l'article 2 paragraphe 2 sous b) de la directive, afin de fournir à la juridiction de renvoi tous les éléments d'interprétation qui pourraient être utiles au jugement de l'affaire.

Il appartient à la Cour nationale d'établir si l'interdiction en apparence neutre aboutit dans les faits à un désavantage particulier pour les personnes adhérant à une religion ou à des convictions données. La Cour procède ensuite en trois étapes.

1. Existence d'un objectif légitime : « *le souhait d'un employeur d'afficher une image de neutralité à l'égard des clients se rapporte à la liberté d'entreprise, reconnue à l'article 16 de la Charte, et revêt, en principe, un caractère légitime, notamment lorsque seuls sont impliqués par l'employeur dans la poursuite de cet objectif les travailleurs qui sont supposés entrer en contact avec les clients de l'employeur.* »

2. Caractère approprié de la mesure : « *une politique générale et indéferrée d'interdiction du port visible des signes de convictions politiques, philosophiques ou religieuses à l'égard des membres de son personnel en contact avec ses clients* » constituerait une mesure apte à mettre en œuvre une politique de neutralité dans l'entreprise. Il appartient donc à la juridiction nationale de vérifier qu'une telle politique était en vigueur dans l'entreprise préalablement au licenciement de Mme Achbita.

3. Caractère nécessaire de la mesure : il convient pour cela de vérifier que la mesure se limite au strict nécessaire. En pratique, l'interdiction du port visible de signe ou vêtement pouvant être associés à une croyance religieuse ou à une conviction politique ou philosophique ne doit viser que les travailleurs qui sont en relation avec la clientèle. Il appartient également à la juridiction nationale de vérifier si, « *tout en tenant compte des contraintes inhérentes à l'entreprise, et sans que celle-ci ait à subir une charge supplémentaire, il eût été possible à G4S, face à un tel refus, de lui proposer un poste de travail n'impliquant pas de contact visuel avec ces clients, plutôt que de procéder à son licenciement. Il incombe à la juridiction de renvoi, eu égard à tous les éléments du dossier, de tenir compte des intérêts en présence et de limiter les restrictions aux libertés en cause au strict nécessaire.* »

## **Les décisions de la Cour**

### **Première affaire**

« *L'article 4, paragraphe 1, de 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 interprété en ce sens que la volonté d'un employeur de tenir compte des souhaits d'un client de ne plus voir les services dudit employeur assurés par une travailleuse portant un foulard islamique ne saurait être considérée comme une exigence professionnelle essentielle et déterminante au sens de cette disposition.* »

### **Deuxième affaire**

« *L'article 2, paragraphe 2, sous a), de 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 interprété en ce sens que l'interdiction de porter un foulard islamique, qui découle d'une règle interne d'une entreprise privée interdisant le port visible de tout signe politique, philosophique ou religieux sur le lieu de travail, ne constitue pas une discrimination directe fondée sur la religion ou sur les convictions au sens de cette directive.*

*En revanche, une telle règle interne d'une entreprise privée est susceptible de constituer une discrimination indirecte au sens de l'article 2, paragraphe 2, sous b), de la directive 2000/78 s'il est établi que l'obligation en apparence neutre qu'elle prévoit, entraîne, en fait, un désavantage particulier pour les personnes adhérant à une religion ou à des convictions données, à moins qu'elle ne soit objectivement justifiée par un objectif légitime, tel que la poursuite par l'employeur, dans ses relations avec ses clients, d'une politique de neutralité politique, philosophique ainsi que religieuse, et que les moyens de réaliser cet objectif ne soient appropriés et nécessaires, ce qu'il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier.* »