



INFOS JURIDIQUES

Flash sur le Droit social

NEWSLETTER

N° 07/2016 juillet 2016

1. Démission du salarié avec effet immédiat pour faute grave de l'employeur : le salarié a désormais droit à une indemnité compensatoire de préavis comme s'il avait été licencié abusivement par l'employeur. p.1

2. Procédure de reclassement - décision antérieure à la loi du 23 juillet 2015 : l'interdiction de licencier un salarié ne joue qu'à partir du jour où l'employeur a connaissance de la procédure. p.3

3. Licenciement oral : réaction du salarié dans les meilleurs délais par lettre recommandée - preuves à rapporter par le salarié : témoins, désaffiliation de la sécurité sociale par l'employeur le même jour - Licenciement oral ipso facto abusif. p.4

4. Surveillance sur le lieu de travail : les captures d'écran constituent un traitement de données à caractère personnel à des fins de surveillance, traitement illégal s'il n'est pas nécessaire pour l'une des finalités définies à l'article L.261-1 du Code du travail. p.5

5. DROIT EUROPÉEN - Congé annuel payé : un travailleur ne peut être privé de son droit au congé annuel payé du fait de son départ à la retraite ; il a droit à une indemnité pécuniaire s'il n'a pas été en mesure de prendre ses congés pour cause de maladie. p.7

1. Démission du salarié avec effet immédiat pour faute grave de l'employeur : le salarié a désormais droit à une indemnité compensatoire de préavis comme s'il avait été licencié abusivement par l'employeur

Arrêts de la Cour constitutionnelle, n° 123/16 et n° 124/16 du 8 juillet 2016
Arrêt de la Cour d'appel du 14 juillet 2016, n° 42437 du rôle

La décision de la Cour constitutionnelle dans les deux affaires n° 123/16 et 124/16

Deux arrêts très récents du 8 juillet 2016 de la Cour constitutionnelle répondent à la question préjudicielle suivante :

« L'article L. 124-6 du Code du travail qui prévoit le droit à une indemnité de préavis pour les salariés licenciés par leur employeur avec effet immédiat et dont le licenciement est jugé abusif par la suite par la juridiction du travail, mais qui ne prévoit pas la même indemnité pour les salariés à l'initiative d'une résiliation de leur contrat de travail pour faute grave dans le chef de l'employeur et dont la résiliation est jugée justifiée et fondée par la suite par la juridiction du travail, traitant ainsi de manière différente ces deux catégories de salariés, est-il conforme au principe d'égalité devant la loi consacré par l'article 10bis (1) de la Constitution? »

Il résulte de l'article L. 124-10 du Code du travail que « *Chacune des parties peut résilier le contrat de travail sans préavis ou avant l'expiration du terme, pour un ou plusieurs motifs graves procédant du fait ou de la faute de l'autre partie, avec dommages et intérêts à charge de la partie dont la faute a occasionné la résiliation immédiate.* »

L'article 10bis, paragraphe 1^{er}, de la Constitution énonce : « *Les Luxembourgeois sont égaux devant la loi.* » ;

Pour la Cour constitutionnelle, la mise en œuvre de la règle constitutionnelle d'égalité suppose que les catégories de personnes entre lesquelles une discrimination est alléguée se trouvent dans une situation comparable au regard de la mesure invoquée.

La Cour estime ensuite que le salarié licencié avec effet immédiat par son employeur et dont le licenciement est par la suite jugé abusif par la juridiction du travail et le salarié qui a résilié



son contrat de travail avec effet immédiat pour faute grave de l'employeur et dont la résiliation est par la suite jugée justifiée par la juridiction du travail se trouvent dans une situation comparable en ce que, dans les deux hypothèses, la rupture de la relation de travail est imputable à l'employeur.

Le législateur peut néanmoins, sans violer le principe constitutionnel de l'égalité, soumettre certaines catégories de personnes à des régimes différents, à condition que les différences instituées procèdent de disparités objectives et qu'elles soient rationnellement justifiées, adéquates et proportionnées à leur but.

Suivant la jurisprudence des juridictions du travail, seul le salarié licencié abusivement avec effet immédiat par son employeur peut prétendre à l'indemnité compensatoire de préavis prévue à l'article L.124-6 du Code du travail, tandis que le salarié qui a démissionné de façon justifiée pour faute grave de l'employeur ne peut se voir allouer que des dommages-intérêts sur base de l'article L.124-10 du même code.

À la différence des dommages-intérêts, dont l'allocation présuppose la preuve de l'existence d'un préjudice en relation causale avec la rupture de la relation de travail, l'indemnité compensatoire de préavis est une indemnité forfaitaire revenant au salarié du seul fait du caractère abusif du licenciement avec effet immédiat.

L'article L.124-6 du Code du travail, en ce qu'il n'accorde pas au salarié qui a résilié son contrat de travail avec effet immédiat pour faute grave de l'employeur et dont la résiliation est déclarée justifiée par la juridiction du travail, le bénéfice de l'indemnité compensatoire de préavis qui revient de plein droit au salarié dont le licenciement avec effet immédiat par l'employeur est déclaré abusif, institue entre ces deux catégories de salariés se trouvant dans des situations comparables une différence de traitement qui ne procède pas de disparités objectives et qui n'est pas rationnellement justifiée, adéquate et proportionnée à son but.

Par conséquent l'article L.124-6 du Code du travail n'est pas conforme au principe d'égalité devant la loi consacré par l'article 10bis, paragraphe 1, de la Constitution.

La décision de la Cour d'appel du 14 juillet 2016

Six jours après que la Cour constitutionnelle s'est prononcée sur la question de l'inégalité de traitement entre des personnes licenciées abusivement et des personnes ayant démissionné avec effet immédiat pour faute grave dûment établie de leur employeur, la Cour d'appel a eu l'occasion d'appliquer la décision de la Cour suprême.

En première instance

Par jugement du 6 février 2015, le Tribunal du travail de Luxembourg a retenu que les retards de paiement répétés de salaires invoqués par le salarié A à l'appui de sa démission avec effet immédiat du 16 avril 2013 pour faute grave de son employeur, ne sont pas établis.

Se référant à l'article L.124-10 alinéa 1^{er} du Code du travail qui stipule que, « *Chacune des parties peut résilier le contrat de travail sans préavis ou avant l'expiration du terme, pour un ou plusieurs motifs graves procédant du fait ou de la faute de l'autre partie, avec dommages et intérêts à charge de la partie dont la faute a occasionné la résiliation immédiate.* », le Tribunal du travail a refusé, faute de base légale, de procéder à la requalification de la démission du salarié en licenciement abusif.

À défaut de démission régulière, le tribunal a déclaré la demande de A en dommages-intérêts du chef de préjudices matériel et moral non fondée.

Il a déclaré la demande de A en paiement d'une indemnité compensatoire de préavis non fondée.

En appel

En date du 11 mars 2015, le salarié A a relevé appel du jugement du 6 février 2015.

A demande à la Cour de dire que les retards sont établis, de requalifier sa démission régulière en licenciement abusif et de lui allouer du chef de dommage matériel un montant de 11.241,54€ et du chef de dommage moral un montant de 2.000€.

Il réclame aussi une indemnité compensatoire de préavis de deux mois, son ancienneté de service ayant été d'une durée inférieure à cinq ans.

Pour la Cour d'appel, les retards répétés de paiement de salaires tels qu'énumérés dans l'acte d'appel, sont établis sur base des pièces versées en instance d'appel.

Contrairement à ce qu'allègue l'employeur, il n'était pas indispensable qu'A mette, avant de procéder à la résiliation, l'employeur en demeure, les échéances de paiement de salaires étant de rigueur.

Les retards de paiement de salaires répétés de l'employeur constituent une faute grave dans le chef de celui-ci et ont pour conséquence que la démission de A est régulière.

De même que les juges de première instance, la Cour estime que la démission ne doit pas être requalifiée en licenciement abusif.

Le salarié A a néanmoins dorénavant droit à une indemnité compensatoire de préavis de $2 \times 1.874 = 3.748\text{€}$.

En effet, la Cour d'appel relève que, compte tenu de l'article 10bis, paragraphe 1 de la Constitution qui dispose que « *Les Luxembourgeois sont égaux devant la loi* », le salarié, qui a résilié de manière justifiée son contrat de travail avec effet immédiat pour faute grave de l'employeur, se trouve dans une situation comparable au salarié dont le licenciement avec effet immédiat par l'employeur est déclaré abusif et qui bénéficie de plein droit de l'indemnité compensatoire de préavis (cf. Cour Constitutionnelle, arrêts du 8 juillet 2016, nos 00123 et 00124 du registre).

En ce qui concerne les dommages et intérêts, la Cour estime qu'il n'y a pas lieu d'allouer à A des dommages-intérêts du chef de préjudice matériel, A n'ayant pas soumis à la Cour de quelconques éléments de nature à étayer un dommage matériel.

Néanmoins, au regard des circonstances entourant la démission, A a droit à des dommages-intérêts de 1.500€ du chef de préjudice moral.

2. Procédure de reclassement - décision antérieure à la loi du 23 juillet 2015 : l'interdiction de licencier un salarié ne joue qu'à partir du jour où l'employeur a connaissance de la procédure.

Arrêt de la Cour d'appel du 30 juin 2016, n° 42695 du rôle

Faits

Le salarié A a été licencié avec préavis par son employeur B en date du 13 mars 2012 alors qu'en date du 22 février 2012, la commission mixte de reclassement a été saisie par le Contrôle médical de la sécurité sociale. Ce dernier a informé l'employeur par courrier lui notifié en date du 27 février 2012.

Le salarié A a saisi le Tribunal du travail pour voir déclarer le licenciement abusif car étant intervenu en violation de l'article L.551-10 du Code du travail et demande des dommages et intérêts.

Le Tribunal du travail

Le Tribunal du travail d'Esch/Alzette a déclaré le licenciement avec préavis de A justifié et débouté celui-ci de ses prétentions indemnitaires. La demande de l'État du Grand-Duché de Luxembourg, ci-après l'État, pris en sa qualité de gestionnaire du Fonds pour l'emploi, dirigée contre l'employeur a été rejetée.

Le salarié A a interjeté appel contre le jugement en question.

Le raisonnement des juges de la Cour d'appel

Aux termes du premier alinéa de l'article L.551-10¹ du Code du travail, l'employeur n'est pas autorisé à notifier au salarié la résiliation de son contrat de travail pendant la période se situant entre le jour de la saisine de la commission mixte par le contrôle médical de la sécurité sociale en application de l'article L.552-2 et le jour de la notification de la décision de la commission mixte.

L'article L. 552-2 (1) al. 1^{er}², quant à lui, prévoit que lorsque le contrôle médical de la sécurité sociale estime que la personne concernée est susceptible de présenter une incapacité pour exercer son dernier poste de travail, il saisit la commission mixte, en accord avec l'intéressé. Le contrôle médical de la sécurité sociale en informe l'employeur concerné en lui faisant parvenir une copie du document portant saisine.

La seule raison d'être de l'obligation d'information de l'employeur réside dans la circonstance que ce dernier doit être mis au courant du fait qu'un obstacle au licenciement existe, afin qu'il puisse se conformer aux prescriptions légales.

La lecture combinée des prédicts textes conduit dès lors à la conclusion que tant que l'employeur n'a pas connaissance de la saisine de la commission mixte, un licenciement auquel il a procédé après cette saisine ne peut être déclaré irrégulier.

En l'occurrence, la commission mixte a été saisie en date du 22 février 2012.

Par lettre datée du 27 février 2012 l'employeur en a été informé.

La date de remise de ce courrier à l'employeur n'est pas établie étant donné qu'il ne lui a pas été adressé par voie recommandée.

L'employeur n'a réagi que par un envoi portant la date du 18 mars 2012, soit postérieur au licenciement, qui est intervenu le 13 mars 2012.

La Cour ne pouvant pas raisonner sur base d'une date de réception hypothétique, elle ne dispose d'aucune indication qui lui permettrait de retenir qu'au

moment du licenciement l'employeur était au courant de la saisine de la commission mixte.

Dans les conditions données, c'est à juste titre que le Tribunal du travail a retenu qu'il n'y avait pas eu de violation de l'article L.551-10 du Code du travail et par voie de conséquence la décision attaquée est à confirmer dans cette mesure.

Le salarié A en tant que partie perdante a également été débouté à bon droit de sa requête en obtention d'une indemnité de procédure pour la première instance.

La demande de l'État en remboursement, par l'employeur des indemnités de chômage versées au salarié A n'ayant été formulée que pour le cas où le jugement de première instance serait réformé, il n'y a pas lieu de l'examiner.

Le salarié A et son employeur B n'ayant pas justifié en quoi il serait inéquitable de laisser à charge de chacune d'elles l'intégralité des sommes non comprises dans les dépens qu'elles ont dû exposer, elles sont à débouter toutes les deux de leur requête en obtention d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel.

À noter :

Contrairement à l'article L.551-10 introduit par l'article 1. 21° de la loi modifiée du 25 juillet 2002 concernant l'incapacité de travail et la réinsertion professionnelle, qui ne prévoit pas expressis verbis la nullité du licenciement notifié au salarié - mais uniquement une interdiction de licencier - dans la période se situant entre le jour de la saisine de la commission mixte par le contrôle médical de la sécurité sociale et le jour de la

1. + 2. dans sa version antérieure à la loi du 23 juillet 2015 portant modification du Code du travail et du Code de la sécurité sociale concernant le dispositif du reclassement interne et externe.

notification de la décision de la commission mixte, la loi du 23 juillet 2015 portant modification du Code du travail et du Code de la sécurité sociale concernant le dispositif du reclassement interne et externe, entrée en vigueur à partir du 1er janvier 2016, dispose désormais dans son article L.551-2, paragraphe 2, alinéa 1 que « (...) est à considérer comme nul et sans effet le licenciement notifié par l'employeur ou, le cas échéant, la convocation à l'entretien préalable avec le

salarié, à partir du jour de la saisine de la Commission mixte jusqu'à l'expiration du douzième mois qui suit la notification à l'employeur de la décision de procéder obligatoirement au reclassement professionnel interne ».

Tandis que la sanction du non-respect de l'article L.551-10 était des dommages et intérêts pour licenciement abusif (CA 12 juillet 2012, numéro du rôle 37727) pour autant que le licenciement était posté-

rieur au moment où l'employeur a eu connaissance de la décision de saisine de la commission mixte par le contrôle médical de la sécurité sociale et ne mettait par conséquent pas en cause en tant que telle la résiliation du contrat de travail par l'employeur, le nouvel article L.551-2, paragraphe 2, alinéa 1 prévoit la nullité du licenciement et le maintien de la relation de travail comme si le licenciement n'avait jamais eu lieu.

3. Licenciement oral : Réaction du salarié dans les meilleurs délais par lettre recommandée - Preuves à rapporter par le salarié : témoins, désaffiliation de la sécurité sociale par l'employeur le même jour – Licenciement oral ipso facto abusif.

Arrêt de la Cour d'appel du 19 mai 2016, n° 41172 du rôle

Faits

B, au service de la société A en qualité de chauffeur-livreur, a fait convoquer son ancien employeur devant le tribunal de travail d'Esch-sur-Alzette pour voir déclarer le licenciement intervenu oralement à son encontre le 21 avril, abusif.

Prétention des parties

À l'appui de sa demande, le salarié expose qu'il a été licencié oralement le 21 avril 2011 avec effet immédiat et que le même jour, après avoir pris des renseignements auprès de l'Inspection du travail et des mines (ITM), il a protesté par lettre recommandée contre son licenciement oral.

L'employeur conteste avoir oralement licencié B le 21 avril 2011. Il prétend que B s'est présenté une dernière fois à son lieu de travail le 21 avril 2011 et qu'il n'est plus revenu travailler, sans excuse ni justification à partir de cette date. C'est pourquoi il l'a licencié pour absence injustifiée le 5 mai 2011.

Le salarié estime que l'employeur après avoir reçu sa lettre de protestation du licenciement oral, a décidé de le licencier

avec effet immédiat, pour dissimuler le licenciement oral.

Le salarié invoque comme preuves du licenciement oral :

1. sa désaffiliation auprès du Centre commun de la sécurité sociale par l'employeur le même jour que le licenciement oral
2. une attestation testimoniale selon laquelle l'employeur lui aurait dit : « si tu ne veux pas signer cette lettre de démission, tu t'en vas tout de suite, sinon je te paie même pas les salaires que je te dois encore ».

Position de la Cour d'appel

La Cour constate au vu des pièces versées que B a dès le début et pendant tout le cours de la procédure entendu réagir contre la décision de son employeur du 21 avril 2011 qu'il a qualifié de licenciement oral.

En effet, il résulte de la fiche d'accueil de B le 22 avril 2011 auprès de l'ITM que « selon le réclamant le patron lui aurait dit de ne plus venir travailler à partir du 21 avril 2011 ».

La Cour constate, qu'il résulte des dépositions du témoin D que, loin d'exprimer une éventualité, A avait exprimé de manière non équivoque son intention de mettre un terme au contrat de travail le liant à B en voulant d'abord le contraindre à signer une lettre de démission puis en lui disant qu'il allait le licencier en cas de refus de signer.

Le licenciement oral de B intervenu le 21 avril 2011 à la suite d'une discussion animée entre parties est encore corroboré par le comportement ultérieur de A qui a désaffilié B auprès du Centre Commun de la Sécurité Sociale avec effet au 21 avril 2011. En effet, il résulte de la lettre d'informations du CCSS du 4 juillet 2011 « concernant une déclaration de sortie » que A a désaffilié B avec effet au 21 avril 2011. Cette même date figurait également comme date de « sortie » sur la fiche de salaire établie par A pour le mois d'avril 2011.

Le salarié a donc rapporté la preuve de son licenciement oral du 21 avril 2011, de sorte que le licenciement par lettre datée du 2 mai 2011 et envoyée le 5 mai 2011 était devenu sans objet.

Compte tenu de son caractère oral, le licenciement du 21 avril 2011 est abusif.

4. Surveillance sur le lieu de travail : les captures d'écran constituent un traitement de données à caractère personnel à des fins de surveillance, traitement illégal s'il n'est pas nécessaire pour l'une des finalités définies à l'article L. 261-1 du Code du travail.

Le salarié peut remettre en cause la légalité des opérations effectuées à la demande de l'employeur sur son ordinateur et le résultat de ces opérations. Il appartient à la juridiction d'examiner si les captures d'écran et les attestations testimoniales relatives à la surveillance sont conformes à la loi et peuvent être prises en considération.

Arrêt de la Cour d'appel du 4 juillet 2016, n° 41114 du rôle (extraits)

Antécédents

Par jugement du 14 février 2014, le Tribunal du travail de Luxembourg a déclaré abusif le licenciement avec effet immédiat du 10 octobre 2011 de M. A.) par la société SOC1.), condamné l'employeur à payer une indemnité compensatoire de préavis de quatre mois et une indemnité au titre du préjudice moral, rejeté la demande d'indemnisation du préjudice matériel, rouvert les débats sur la demande tendant au paiement d'une indemnité de départ et réservé la demande relative à l'indemnité pour congé non pris.

L'employeur a interjeté appel contre le jugement et le salarié a formé appel incident.

Le cadre juridique

L'article L. 261-1 du Code du travail, tel qu'en vigueur au moment des faits, dispose :

« (1) Le traitement des données à caractère personnel à des fins de surveillance sur le lieu de travail peut être mis en œuvre, conformément à l'article 14 de la loi du 2 août 2002 relative à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel, par l'employeur s'il en est le responsable.

Un tel traitement n'est possible que s'il est nécessaire :

1. pour les besoins de sécurité et de santé des salariés, ou

2. pour les besoins de protection des biens de l'entreprise, ou

3. pour le contrôle du processus de production portant uniquement sur les machines, ou

4. pour le contrôle temporaire de production ou des prestations du salarié, lorsqu'une telle mesure est le seul moyen pour déterminer le salaire exact, ou

5. dans le cadre d'une organisation de travail selon l'horaire mobile conformément au présent Code.

...

Le consentement de la personne concernée ne rend pas légitime le traitement mis en œuvre par l'employeur.

(2) Sans préjudice du droit à l'information de la personne concernée, sont informés préalablement par l'employeur: la personne concernée, ainsi que pour les personnes tombant sous l'empire de la législation sur le contrat de droit privé: le comité mixte ou, à défaut, la délégation du personnel ou, à défaut encore, l'Inspection du travail et des mines; pour les personnes tombant sous l'empire d'un régime statutaire: les organismes de représentation du personnel tels que prévus par les lois et règlements afférents. »

L'article 2 de la loi modifiée du 2 août 2002 relative à la protection des données a la teneur suivante :

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

...

(c) « consentement de la personne concernée » : toute manifestation de volonté (...) libre, spécifique et informée par laquelle la personne concernée ou son représentant légal, judiciaire ou statutaire accepte que les données à caractère personnel fassent l'objet d'un traitement ;

...

(e) « donnée à caractère personnel » (ci-après dénommée « donnée ») : toute information de quelque nature qu'elle soit et indépendamment de son support, y compris le son et l'image, concernant une personne identifiée ou identifiable (« personne concernée ») ; une personne physique (...) est réputée identifiable si elle peut être identifiée, directement ou indirectement, notamment par référence à un numéro d'identification ou à un ou plusieurs éléments spécifiques, propres à son identité physique, physiologique, génétique, psychique, culturelle, sociale ou économique ;

...

(p) « surveillance » : toute activité qui, opérée au moyen d'instruments techniques, consiste en l'observation, la collecte ou l'enregistrement de manière non occasionnelle des données à caractère personnel d'une ou de plusieurs personnes, relatives à des comportements, des mouvements, des communications ou à l'utilisation d'appareils électroniques et informatisés ;

...

[r] « traitement de données à caractère personnel » [ci-après dénommé « traitement »] : toute opération ou ensemble d'opérations effectuées ou non à l'aide de procédés automatisés, et appliquées à des données, telles que la collecte, l'enregistrement, l'organisation, la conservation, l'adaptation ou la modification, l'extraction, la consultation, l'utilisation, la communication par transmission, la diffusion ou toute autre forme de mise à disposition, le rapprochement ou l'interconnexion, ainsi que le verrouillage, l'effacement ou la destruction. »

L'usage d'internet

Position de l'employeur

L'employeur critique le jugement en ce qu'il n'a pas retenu qu'il avait prouvé que le salarié licencié :

- n'avait pas le droit d'utiliser l'internet, à l'instar des autres salariés de l'entreprise, chefs de service exceptionnels ;
- s'était créé de manière cachée un accès non-autorisé sur son ordinateur, malgré le blocage de l'accès ;
- avait fait usage de l'internet à des fins privées de manière régulière et répétée.

Il considère que ces faits seraient établis et constitueraient des fautes graves justifiant le licenciement immédiat. Le jugement serait à réformer et le licenciement devrait être déclaré fondé.

L'employeur critique aussi le jugement en ce qu'il a écarté les captures d'écran (les « *printscreens* ») effectuées sur l'ordinateur du salarié et les attestations testimoniales en ce qu'elles se rapportent au résultat de la surveillance de l'ordinateur.

Le salarié aurait usé de l'internet, malgré l'interdiction générale. Dès lors l'employeur aurait eu le droit de contrôler par des captures d'écran si le salarié « *avait accès à Internet, s'il faisait usage de cet accès et ... dans quelle mesure* ». L'employeur n'aurait pas surveillé des données à caractère personnel et les courriers électroniques du salarié n'auraient pas été contrôlés. La loi du 2 août 2002 sur la protection des données à caractère personnel ne pourrait donc pas être invoquée pour écarter les

captures d'écran et le témoignage de l'informaticien. Les captures d'écran prouveraient l'usage fréquent de l'internet par la pratique de jeux et notamment la consultation de sites de vente de voitures. Même si les captures d'écran n'étaient pas prises en considération, les fautes graves seraient aussi établies par les attestations testimoniales de deux autres salariés.

Position du salarié

Le salarié conclut à la confirmation du jugement en ce qu'il a écarté des débats les captures d'écran et les attestations testimoniales, retenu que le reproche d'un usage abusif de l'internet n'était pas établi et déclaré le licenciement abusif.

Il relève que la licéité des preuves est d'ordre public et que leur illicéité peut être opposée en tout état de cause. L'employeur aurait mis son ordinateur sous un contrôle exclusif, régulier, fait à distance. L'enregistrement de données de manière non-occasionnelle afin d'en déterminer le comportement du salarié serait à qualifier de surveillance au sens de l'article 2 de la loi du 2 août 2002 relative à la protection des données. La surveillance de son ordinateur par l'employeur constituerait une violation de l'article L.261-1 du Code du travail, aucune des conditions d'une surveillance autorisée par cette disposition n'étant remplie. L'employeur n'aurait pas fait la déclaration préalable prescrite auprès de la Commission nationale pour la protection des données. Les captures d'écran et les témoignages seraient donc à écarter.

Appréciation de la Cour d'appel

La Cour relève qu'aux motifs du jugement du 1^{er} mars 2013, le Tribunal du travail expose les moyens des parties relatifs au reproche de l'usage abusif de l'internet, retient qu'en cas de preuve d'une interdiction générale d'usage de l'internet, du blocage de l'accès du salarié, de la création d'un accès par le salarié et de l'usage abusif et répété d'internet, le licenciement immédiat serait justifié. Au dispositif du jugement, le Tribunal admet la preuve par attestations testimoniales.

La Cour constate qu'il ne résulte ni de ce jugement ni d'autres éléments du dos-

sier que la légalité des modes de preuve ait été discutée et que le Tribunal n'a pas pris de décision quant à la légalité de la surveillance. Dans ces conditions, après le prononcé du jugement du 1^{er} mars 2013, le salarié pouvait remettre en cause quant à leur légalité les opérations effectuées à la demande de l'employeur sur son ordinateur et le résultat de ces opérations. Le Tribunal devait examiner si les captures d'écran et les attestations testimoniales relatives à la surveillance étaient conformes à la loi et si elles pouvaient être prises en considération.

L'employeur déclare avoir fait vérifier par des captures d'écran si le salarié « *avait accès à Internet, s'il faisait usage de cet accès et ... dans quelle mesure* ». Le contrôle régulier et à distance (via TT.) a été effectué à la demande de l'employeur par une entreprise informatique à l'aide d'un dispositif installé sur le serveur de l'entreprise, visant le poste de M. A.), et, suivant l'employeur, par environ six captures d'écran par après-midi pendant une période de dix jours du 14 au 26 septembre 2011.

La capture d'écran constitue une copie de l'image affichée sur un ordinateur. L'ordinateur visé est identifié par l'employeur et, les contrôles étant effectués durant les après-midi où M. A.) occupe seul le bureau, l'usage peut être relié au salarié individualisé. La méthode utilisée permet à l'employeur de connaître le contenu de l'affichage sur l'écran et de suivre l'activité du salarié sur l'ordinateur. La capture d'écran fournit à l'employeur des informations sur un salarié identifié ou identifiable, permet de collecter et d'enregistrer des données à caractère personnel et constitue un traitement de données à caractère personnel au sens de l'article 2 de la loi modifiée du 2 août 2002 relative à la protection des données.

Ce traitement n'était ni nécessaire ni utile pour mettre fin à l'activité du salarié sur internet.

Cette activité déployée par l'employeur sur le lieu de travail, avec l'usage de moyens techniques, en vue de détecter des mouvements, des images, des paroles ou des écrits ou l'état d'une personne, constitue un traitement de données à caractère personnel à des fins de surveillance, qui n'est possible que s'il

est nécessaire pour l'une des finalités définies à l'article L.261-1 du Code du travail.

Or, même si l'employeur avait constaté ou soupçonné l'usage non-autorisé de l'internet, la surveillance par capture d'écran n'était nécessaire :

- ni pour les besoins de sécurité et de santé des salariés ;
- ni pour les besoins de protection des biens de l'entreprise ;
- ni pour le contrôle du processus de production portant uniquement sur les machines ;
- ni pour le contrôle temporaire de production ou des prestations du salarié, lorsqu'une telle mesure est le seul moyen pour déterminer le salaire exact ;
- ni dans le cadre d'une organisation de travail selon l'horaire mobile.

Le traitement de données effectué par l'employeur à des fins de surveillance sur le lieu de travail est intervenu en violation de l'interdiction expresse de l'article L.261-1 du Code du travail. Dès lors, c'est à juste titre que le Tribunal du travail a écarté des débats les captures d'écran ainsi que les attestations testimoniales, dans la mesure où elles se rapportent au résultat du traitement

illicite de données, éléments de preuve résultant d'une voie illégale.

Le témoin B.) fait la déclaration suivante :

« J'ai dû constater à plusieurs reprises sur son écran, se trouvant à côté de mon bureau, séparé par une vitre, qu'il avait des images colorées sur son écran qui n'avaient rien à voir avec le travail. En vérifiant, j'ai trouvé qu'il s'était créé un accès illégal ! à l'internet ».

Le témoin C.) déclare aussi avoir « trouvé un accès à internet créé illégalement via un chemin spécial ». Elle n'a pas personnellement constaté des images provenant d'internet.

L'informaticien déclare aussi avoir constaté un accès anormal sur le poste de M. A.).

Le seul témoignage de M. B.) relatif à plusieurs constats permettant de conclure à un usage de l'internet, sans autre précision, n'établit pas un usage fréquent, régulier, prolongé d'internet.

Le salarié soutient que l'accès sur son poste aurait été ouvert par la société informatique lors de mises à jour, et que celle-ci aurait oublié de bloquer à nouveau son accès. N'ayant pas les droits d'un administrateur de système, il ne serait pas en mesure de créer un accès internet.

Les trois témoins ne donnent aucune précision quant à l'accès qu'ils considèrent comme anormal ou caché, de sorte qu'il ne peut pas être déduit de leurs attestations que le salarié ait, en violant l'interdiction de son employeur, créé un accès internet. Il convient de relever que précédemment, en mai-juin 2010, le salarié a lui-même signalé que l'entreprise informatique avait oublié de bloquer son accès après avoir effectué les mises à jour, et que son accès a été bloqué suite à son information.

L'explication et la contestation du salarié relatives à l'accès litigieux sont plausibles.

Au vu des attestations testimoniales, il n'est pas établi que le salarié ait procédé lui-même à la création d'un accès.

Même si l'on peut admettre que le salarié a utilisé l'accès à l'internet, un usage assidu de l'internet, plusieurs heures par jour, donc des faits pouvant être considérés comme violation de l'interdiction de nature à rendre immédiatement et définitivement impossible la continuation de la relation de travail ne sont pas établis.

La Cour estime ainsi que c'est à juste titre que le Tribunal du travail a décidé que le licenciement, intervenu sans motif réel et sérieux, est abusif.

5. DROIT EUROPÉEN - Congé annuel payé : un travailleur ne peut être privé de son droit au congé annuel payé du fait de son départ à la retraite ; il a droit à une indemnité pécuniaire s'il n'a pas été en mesure de prendre ses congés pour cause de maladie

Arrêt de la CJUE (dixième chambre) du 20 juillet 2016, Maschek, affaire C-341/15

Faits et procédure

M. Maschek a été fonctionnaire pour la ville de Vienne en Autriche depuis le 3 janvier 1978. Entre le 15 novembre et le 30 décembre 2010, il n'a pu exercer ses fonctions pour cause de maladie. Par la suite, d'abord le 20 octobre 2010, puis le 21 juillet 2011, il a conclu avec son employeur deux conventions qui en substance pré-

voyaient que l'employeur renonce aux services prestés par M. Maschek mais continuera à lui verser son salaire jusqu'à son départ à la retraite. Il s'était d'ailleurs engagé à déposer une demande de départ à la retraite, ce qu'il a fait le 21 juillet 2011 (au moment de la signature de la seconde convention). Son départ à la retraite a pris effet le 1^{er} juillet 2012.

M. Maschek soutient cependant que avant le 30 juin 2012, il serait tombé malade et aurait donc droit, conformément à l'article 7 paragraphe 2 de la directive 2003/88³, à une indemnité financière pour congé annuel non pris. Il a introduit une demande à cet égard auprès de son employeur, demande qui a été rejetée le 1^{er} juillet 2014. M. Maschek a donc formé un recours devant le tribunal administratif de Vienne.

3. Directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail, JO L 299 du 18.11.2003, p. 9-19

Le droit national autrichien prévoit en effet que lorsqu'un employé met fin à sa relation de travail, en introduisant une demande de départ à la retraite par exemple, il doit faire en sorte d'épuiser son droit au congé annuel payé, dans la mesure où aucune indemnité compensatrice pour les congés non pris ne lui sera versée.

La juridiction de renvoi estime que la solution du litige requiert l'interprétation de dispositions de droit de l'Union, en particulier l'article 7 de la directive 2003/88 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail. Elle a donc décidé de surseoir à statuer pour poser une question préjudicielle à la CJUE.

Article 7 directive 2003/88 :

« 1. Les États membres prennent les mesures nécessaires pour que tout travailleur bénéficie d'un congé annuel payé d'au moins quatre semaines, conformément aux conditions d'obtention et d'octroi prévues par les législations et/ou pratiques nationales.

2. La période minimale de congé annuel payé ne peut être remplacée par une indemnité financière, sauf en cas de fin de relation de travail. »

La question préjudicielle

« L'article 7, paragraphe 2, de la directive 2003/88 doit-il être interprété en ce sens qu'il s'oppose à une législation nationale, telle que celle en cause au principal, qui prive du droit à une indemnité financière pour congé annuel payé non pris le travailleur dont la relation de travail a pris fin suite à sa demande de mise à la retraite et qui n'a pas été en mesure d'épuiser ses droits au congé annuel payé avant la fin de cette relation de travail ? »

L'appréciation de la Cour

Droit au congé et motif de rupture de la relation de travail

L'article 7 de la directive 2003/88 prévoit en substance que tout travailleur doit bénéficier d'au moins 4 semaines de congé par an, et que s'il n'a pu prendre tous ces congés au moment où la relation de travail prend fin, il a droit à une

indemnité pécuniaire en compensation dont l'octroi n'est soumis à d'autres conditions que celles que la relation de travail ait pris fin et qu'il n'ait pas pris la totalité de ses congés.

La Cour a également jugé de manière constante que le droit au congé annuel payé constitue un principe du droit social de l'Union revêtant une importance particulière, qui doit donc être accordé à chaque travailleur quel que soit son état de santé.

Le motif pour lequel la relation de travail prend fin, et en particulier le fait que le travailleur ait pris l'initiative d'y mettre un terme, n'est pas pertinent au regard de l'octroi de l'indemnité compensatrice pour congé non pris.

Un travailleur dont la relation de travail prend fin pour cause de départ à la retraite a donc droit à une indemnité pécuniaire s'il n'a pas pu prendre l'intégralité de ses congés.

Congé pour maladie et droit au congé annuel payé

Il ressort de la jurisprudence de la Cour que, si à la fin de la relation de travail, il apparaît que le travailleur n'a pas pu prendre l'intégralité de son congé pendant la période de référence ou la période de report (d'un congé pour une période de référence antérieure) du fait d'un congé de maladie, ce dernier ne perd pas pour autant son droit à une indemnité pécuniaire, y compris lorsque la relation prend fin du fait du départ à la retraite.

En l'espèce, M. Maschek était en congé maladie entre le 15 novembre et le 31 décembre 2010 et n'a de ce fait pas pu épuiser ses droits au congé, ce qui lui ouvre droit à une indemnité financière.

Finalité du droit au congé annuel

Selon une jurisprudence constante, le droit au congé annuel a une double finalité : « permettre au travailleur de se reposer par rapport à l'exécution des tâches lui incombant selon son contrat de travail, d'une part, et disposer d'une période de détente et de loisirs, d'autre part. »

En conséquence, et afin d'assurer l'effet utile de ce droit, dans l'hypothèse où un travailleur a conclu avec son employeur une convention qui stipule qu'il conti-

nuera à percevoir son salaire tout en étant tenu de ne pas se présenter sur son lieu de travail, ce travailleur n'a pas droit à l'indemnité compensatrice de congé non pris au moment de son départ à la retraite, sauf s'il n'a pu épuiser ses droits en raison d'une maladie.

Il appartient donc à la juridiction nationale de vérifier que M. Maschek était tenu de ne pas se rendre sur son lieu de travail, et continuait à percevoir son salaire en exécution de la convention. Si tel est le cas, alors il n'aura droit à l'indemnité compensatrice que s'il n'a pu épuiser ses droits au congé du fait d'une maladie.

La décision de la Cour

Il résulte de ce qui précède que :

- « [le droit national ne peut priver] du droit à une indemnité financière pour congé annuel payé non pris le travailleur dont la relation de travail a pris fin suite à sa demande de mise à la retraite et qui n'a pas été en mesure d'épuiser ses droits avant la fin de cette relation de travail ;
- un travailleur a droit, lors de son départ à la retraite, à une indemnité financière pour congé annuel payé non pris en raison du fait qu'il n'a pas exercé ses fonctions pour cause de maladie ;
- un travailleur dont la relation de travail a pris fin et qui, en vertu d'un accord conclu avec son employeur, tout en continuant à percevoir son salaire, était tenu de ne pas se présenter sur son lieu de travail, durant une période déterminée qui précédait son départ à la retraite, n'a pas droit à une indemnité financière pour les droits au congé annuel payé non pris durant cette période, sauf s'il n'a pas pu épuiser ces droits en raison d'une maladie. »