



# INFOS JURIDIQUES

Flash sur le Droit social

## NEWSLETTER

N° 4/2019

29 avril 2019

1. **Heures supplémentaires : le juge peut obliger l'employeur à verser les plans de travail.** p.1

2. **Transfert d'entreprise : une gratification usuelle obéissant aux caractères de constance, de généralité et de fixité reste acquise au salarié transféré et ne saurait être remise en cause par une nouvelle clause contractuelle moins favorable.** p.2

3. **Faillite : le salarié licencié avant la faillite, mais dont le délai de préavis n'a pas expiré au jour du prononcé de la faillite, peut bénéficier de l'indemnité spéciale et peut donc réclamer une indemnité relative au mois subséquent et à la moitié du préavis.** p.5

4. **Absence injustifiée de 5 jours : pas forcément une faute grave pour un salarié avec une ancienneté de douze ans et un parcours sans faille.** p.6

5. **Droit européen : une réglementation nationale peut prévoir, pour le calcul de la durée moyenne hebdomadaire de travail, des périodes de référence qui commencent et se terminent à des dates calendaires fixes. Doivent néanmoins être prévus des mécanismes permettant d'assurer que la durée moyenne maximale hebdomadaire de travail de 48 heures est respectée au cours de chaque période de six mois à cheval sur deux périodes de référence fixes successives.** p.8

## 1. Heures supplémentaires : le juge peut obliger l'employeur à verser les plans de travail.

Arrêt de la Cour d'appel du 21 mars 2019,  
n° CAL-2018-00425 du rôle

### Faits

La salariée A soutient avoir presté chaque jour une heure supplémentaire à l'exception des dimanches (3 dimanches par mois), soit 137 heures en 2012, 213 heures en 2013 et 95 heures en 2014 pour un montant total de 6.217,80 euros.

Elle prétend que la réalité et l'automatisme de ces heures supplémentaires résultent des plans de travail établis par l'employeur depuis son embauche, de sorte qu'elle formule une demande en communication par l'employeur des plans de travail litigieux, documents que seul ce dernier possède.

### Position de la Cour d'appel

La Cour constate que les heures supplémentaires dont le paiement est réclamé par la salariée sont suffisamment détaillées par elle dans sa requête, d'autant plus qu'elle a précisé avoir effectué chaque jour une heure supplémentaire pendant toute la durée de l'engagement à l'exception des dimanches (3 dimanches par mois), de sorte que la demande est précise.

S'il est de principe qu'il appartient au salarié, qui demande le paiement

d'heures supplémentaires, de rapporter la preuve de la réalité de la prestation effective des heures supplémentaires contestées par l'employeur, il en va autrement lorsque la preuve de ces heures supplémentaires résulte de pièces confectionnées par l'employeur que seul lui possède en vertu de ses pouvoirs de gestion et d'organisation de son entreprise et de ses services, par exemple son pouvoir de fixer l'horaire de travail journalier précis de ses salariés.

### Article 60 du Nouveau Code de Procédure Civile :

« Les parties sont tenues d'apporter leur concours aux mesures d'instruction sauf au juge à tirer toute conséquence d'une abstention ou d'un refus.

Si une partie détient un élément de preuve, le juge peut, à la requête de l'autre partie, lui enjoindre de le produire, au besoin à peine d'astreinte. Il peut, à la requête de l'une des parties, demander ou ordonner, au besoin sous la même peine, la production de tous documents détenus par des tiers s'il n'existe pas d'empêchement légitime. »



La demande de communication de pièces est soumise à certaines conditions. Ainsi, les pièces dont la communication est demandée doivent être suffisamment déterminées, l'existence de la pièce doit être vraisemblable, mais surtout, il faut qu'il soit établi que la partie contre laquelle la demande en communication est dirigée détient cette pièce. Finalement, il y a également lieu de vérifier si la salariée a un intérêt à demander cette communication et si la pièce sollicitée est pertinente pour la solution du litige.

Dans la mesure où l'employeur ne conteste pas détenir les plans de travail

revendiqués, que ces plans établissent, certes seulement de façon prévisionnelle l'horaire de travail de la salariée, ce qui ne porte cependant pas à conséquence dans la mesure où l'employeur pourra toujours établir qu'elle n'a pas travaillé selon les prévisions fixées par lui, que l'intérêt de la communication de ces pièces dans le chef de la salariée est évident, que ces plans de travail sont pertinents pour la solution du litige.

Il y a lieu, avant tout autre progrès en cause, d'enjoindre à la société à responsabilité limitée S1 de verser l'ensemble des plans de travail (plannings) de A pour la période du 2 mai 2012 au 7 juillet

2014 dans les huit jours de la signification du présent arrêt, le tout sous peine d'une astreinte de 250 euros par jour de retard, l'astreinte étant plafonnée à la somme de 10.000 euros.

**En effet un plan de travail, fût-il prévisionnel, permet d'une façon générale, non seulement au salarié de connaître son emploi du temps précis, mais encore à l'employeur de vérifier le nombre exact d'heures de travail prestées par sa salariée, pour finalement, permettre l'établissement exact de ses fiches de salaire, de sorte que ces plans de travail ont une valeur probante évidente.**

## **2. Transfert d'entreprise: une gratification usuelle obéissant aux caractères de constance, de généralité et de fixité reste acquise au salarié transféré et ne saurait être remise en cause par une nouvelle clause contractuelle moins favorable.**

**Arrêt de la Cour d'appel du 28 mars 2019, n° CAL-2018-00558 du rôle**

### **Faits**

La salariée A a fait convoquer son ancien employeur, la société S1 sàrl, devant le Tribunal du travail aux fins de le voir condamner à lui payer le montant de 1.599 euros brut, correspondant à 75% de la gratification de l'année 2015 (du 1<sup>er</sup> avril au 31 décembre 2015).

À l'appui de sa demande, A fait exposer qu'elle avait été aux services de la société anonyme S2 SA depuis le 1<sup>er</sup> août 1998 en qualité de secrétaire, sans qu'un contrat de travail n'ait été signé entre parties. À partir du 1<sup>er</sup> avril 2015, la société S2 SA avait été transférée à la société S1 sàrl et il avait été convenu que cette dernière reprenne les contrats de travail de tous les employés et ouvriers de la société S2 SA avec effet au 1<sup>er</sup> avril 2015.

La salariée fait grief à la société S1 sàrl de ne pas lui avoir payé son 13<sup>e</sup> mois pour la période du 1<sup>er</sup> avril 2015 au 31 décembre 2015 et elle réclame de ce chef 75% de 2.132 euros, soit 1.599 euros bruts. Elle rappelle que le treizième mois se trouvait établi par un usage constant alors qu'elle l'avait touché dès son engagement. Afin d'établir l'usage invoqué, elle verse les fiches de salaires des mois de décembre des années 1999 à 2014

inclus, ainsi que sa fiche de salaires du mois de mars 2015.

Elle demande à voir écarter les dispositions du contrat de travail signé en date du 31 mars 2015, dans le cadre du transfert d'entreprise, alors qu'en vertu de l'article L.127-3 du Code du travail, les droits et obligations découlant de l'ancien contrat de travail étaient automatiquement transférés au nouvel employeur. Or, en prévoyant dans l'article 2.2 du contrat de travail que toute gratification avait pour l'employeur un caractère discrétionnaire, le nouveau contrat serait contraire à la convention entre parties telle que reprise par l'effet du transfert d'entreprise.

La société S1 sàrl invoque au contraire les dispositions de l'article 2.2. du contrat de travail signé entre parties pour affirmer que la gratification était laissée à l'appréciation discrétionnaire de l'employeur.

Elle conteste encore tout usage en l'absence de critère de fixité de la gratification, en l'absence de détermination du montant de la gratification à allouer et met en exergue les variations importantes dans les montants des gratifications qui avaient pu être allouées par la

société S2 SA avant le transfert d'entreprise.

Elle fait valoir que suite au transfert d'entreprise, ses relations avec la salariée s'étaient continuellement dégradées. Ainsi, A aurait été en arrêt de maladie depuis le mois de juillet 2015 et ce jusqu'à sa démission. Elle estime dès lors que le caractère méritoire générateur de la prime ne serait pas donné en l'espèce.

### **Jugement du Tribunal du travail**

En date du 8 mars 2018, le Tribunal du travail d'Esch-sur-Alzette, a notamment :

- reçu la demande en la pure forme et l'a déclaré recevable ;
- déclaré non fondée la demande de A en paiement d'une gratification pour les mois d'avril 2015 à décembre 2015.

Pour statuer ainsi, le tribunal a d'abord retenu que faute d'un contrat de travail écrit conclu avec la société S2 SA, le principe de la gratification n'avait pas été fixé conventionnellement ; que l'article 2.2. du contrat de travail signé en date

du 31 mars 2015, applicable à partir du 1<sup>er</sup> avril 2015, stipulait que l'attribution de primes, gratifications et autres avantages sera liée à la situation financière de l'entreprise et/ou aux prestations de travail du salarié ; que ces avantages seront toujours considérés comme des prestations purement volontaires de l'employeur et ne sauraient devenir obligatoires au sens d'un droit acquis. Le tribunal a de même constaté que les montants des gratifications touchées entre 1999 et 2015 variaient. Au vu de ces éléments, le tribunal a conclu que la requérante n'avait pas établi que la gratification remplissait le caractère de fixité nécessaire d'après la jurisprudence pour pouvoir constituer un usage constant et qu'elle n'avait donc également pas établi le bien-fondé de ses prétentions au paiement d'une gratification pour les mois d'avril à décembre 2015 de sorte qu'elle a été déboutée de sa demande.

A a relevé appel.

### **Arrêt de la Cour d'appel**

La Cour constate que les parties sont en désaccord quant au droit de A de réclamer le paiement du solde de son 13<sup>e</sup> mois pour l'année 2015.

Il convient de rappeler qu'une gratification constitue en principe une libéralité laissée à la discrétion de l'employeur à moins que la gratification ne soit due en vertu d'un engagement exprès, contrat de travail ou convention collective, ou que l'obligation de la payer ne résulte d'un usage constant. La gratification de caractère facultatif, bénévole et variable constitue une libéralité. Il en résulte que l'attribution demeure à la discrétion de l'employeur et que le salarié ne pourra en exiger le renouvellement.

Or, en l'occurrence, il est établi qu'il n'y a pas eu de contrat de travail écrit entre A et son premier employeur, la société S2 SA et il n'est pas contesté que cette société a été transférée/reprise avec effet au 1<sup>er</sup> avril 2015 par la société S1 sàrl.

Le contrat de travail écrit, signé le 31 mars 2015 par la salariée et la société S1 sàrl, lequel est applicable à partir du 1<sup>er</sup> avril 2015, stipule dans son article 2.2. ce qui suit :

*« Le salarié pourra bénéficier de primes, gratifications et autres avantages, dont l'attribution sera toujours liée à la situation financière de l'entreprise et/ou aux prestations de travail du salarié. Pour cette raison, il est expressément convenu que de telles primes, gratifications ou avantages seront toujours considérés comme des prestations purement volontaires de l'employeur et ne sauraient devenir obligatoires au sens d'un droit acquis, puisque telle n'est pas l'intention ni la volonté implicite de l'employeur. Ces primes et gratifications pourront dès lors à tout moment être modifiées, retirées ou omises. »*

La gratification réclamée par la salariée n'est donc pas due en vertu d'un engagement exprès.

Si en principe la gratification est considérée comme une libéralité dépendant du seul bon-vouloir de l'employeur, il est admis que le salarié puisse renverser cette présomption en démontrant que la gratification constitue, au contraire, un complément de salaire prévu par le contrat de travail individuel ou collectif ou résulte d'un usage de l'entreprise ou de la profession.

Pour que le salarié puisse tirer son droit à une gratification d'un usage constant, il faut qu'il rapporte la preuve que le paiement de cette gratification réunit les caractères de généralité, fixité et constance nécessaires, d'après la jurisprudence, pour pouvoir constituer un usage constant.

Au cas où le salarié arrive à prouver que les trois conditions de constance, de généralité et de fixité de la gratification sont réunies, le paiement est dû nonobstant la circonstance que l'employeur affirme que la gratification n'est qu'une libéralité n'ayant aucun caractère obligatoire et que son paiement ne l'engage pas pour l'avenir.

A, à qui incombe la charge de la preuve, peut établir cet usage en établissant que l'avantage obéit aux caractères de constance, de généralité et de fixité. Or, la Cour constate que la société S1 sàrl n'a pas contesté la généralité mais qu'elle s'est limitée à invoquer la clause contractuelle selon laquelle ce paiement correspond à une libéralité dont l'attribu-

tion reste liée à la volonté de l'employeur et n'est due qu'à des salariés méritoires.

Selon la jurisprudence (cf. Cour, 15 janvier 2015, rôle 40682) le paiement pendant deux années consécutives d'une gratification correspondant chaque fois au salaire du dernier mois de l'année suffit pour établir les caractères de constance et de fixité de la gratification.

D'après les pièces soumises à l'appréciation de la Cour, plus précisément des fiches de salaire de 1999 à 2015, la salariée a touché les gratifications suivantes :

- 55.000 francs au mois de décembre 1999;
- 58.000 francs au mois de décembre 2000;
- 63.000 francs au mois de décembre 2001;
- 1.700 euros au mois de décembre 2002;
- 1.800 euros au mois de décembre 2003;
- 2.000 euros au mois de décembre 2004;
- 1.900 euros au mois de décembre 2005;
- 2.000 euros au mois de décembre 2006;
- 2.000 euros au mois de décembre 2007;
- 2.200 euros au mois de décembre 2008;
- 2.500 euros au mois de décembre 2009 ;
- 2.400 euros au mois de décembre 2010;
- 2.500 euros au mois de décembre 2011;
- 2.600 euros au mois de décembre 2012;
- 2.665 euros au mois de décembre 2013;
- 2.665 euros au mois de décembre 2014;
- 666,25 euros au mois de mars 2015.

La Cour relève que toutes les gratifications, depuis l'année 1999, correspondent au moins au salaire brut du mois de décembre de l'année à laquelle elles se rapportent.

Le critère de fixité de la gratification est dès lors établi.

Il vient s'y ajouter que la preuve que la société S2 S.A. a, par la répétition du paiement pendant 16 années d'une gratification fixe, voulu s'engager tacitement implicitement envers sa secrétaire, résulte encore suffisamment du fait qu'elle lui a payé même encore avant le transfert d'entreprise, soit avant le

1<sup>er</sup> avril 2015, sa gratification au prorata des mois travaillés en 2015.

Comme pour l'année 2015, le salaire brut du mois de décembre se chiffre à 2.132 euros, A a droit à une gratification, pour la période du 1<sup>er</sup> avril au 31 décembre 2015, de (75% de 2.132 =) 1.599 euros bruts, avec les intérêts au taux légal, à partir de la mise en demeure du 2 février 2016, jusqu'à solde.

Par ailleurs, le moyen de l'employeur que seul le salarié méritant aurait droit à la prime tombe à faux alors que si les trois conditions énumérées ci-dessus sont réunies, le paiement de la prime devient obligatoire.

Compte tenu des principes ci-avant relevés, c'est à tort que le tribunal du travail, après avoir constaté sur base des fiches de salaire, qui valent aveu des mentions y faites et qui par ailleurs ne mentionnent pas que le treizième mois constitue une libéralité ou une gratification exceptionnelle, a décidé que la demande de la salariée en paiement au prorata de la

gratification pour l'année 2015 n'est pas fondée.

A a demandé à voir annuler l'article 2.2. précité, voire tout le contrat de travail du 31 mars 2015, pour violation de l'article L.127-3 du Code du travail.

A a prouvé que sous son ancienne relation de travail, elle avait un droit acquis au paiement d'une gratification et que, lors du transfert d'entreprise, le nouvel employeur ne pouvait donc le lui enlever sans violer l'article L.127-3 précité.

En effet, par l'effet du transfert d'entreprise, ce sont les anciens contrats de travail qui sont continués par le nouvel employeur et non de nouveaux contrats qui se nouent.

Les contrats de travail sont par conséquent repris « tels quels » avec tous les droits et obligations y attachés.

**Les clauses individuelles et autres avantages (même acquis sans contrat) doivent dès lors rester acquis aux salariés transférés.**

Il en découle deux conséquences :

1. **le nouvel employeur ne doit pas faire signer un nouveau contrat, l'ancien est repris ;**
2. **s'il le fait quand-même, le nouveau contrat ne peut en aucun cas changer les conditions de travail du salarié, surtout ne pas lui imposer des conditions moins favorables.**

Au vu des développements qui précèdent, le moyen soulevé par A est donc fondé, il y a lieu de déclarer nul l'article 2.2. du contrat de travail conclu entre parties.

C'est donc à tort que le tribunal a retenu que l'examen du moyen tiré de la contrariété de l'article 2.2. du contrat de travail signé à l'occasion du transfert d'entreprise avec un éventuel engagement contractuel préexistant découlant d'un usage constant est surabondant.

Il y a donc lieu à réformation du jugement et l'appel est fondé sur ces points.

### 3. **Faillite : le salarié licencié avant la date de la déclaration en état de faillite, mais dont le délai de préavis n'a pas expiré au jour du prononcé de la faillite, peut bénéficier de l'indemnité spéciale et peut donc réclamer une indemnité relative au mois subséquent et à la moitié du préavis.**

Arrêt de la Cour d'appel du 21 mars 2019, n° CAL-2018-00770 du rôle

#### Faits

A a été licencié le 28 mars 2017 avec préavis du 1<sup>er</sup> avril au 31 mai 2017.

Son employeur a été déclaré en état de faillite pendant le préavis, le 24 mai 2017.

Peut-il bénéficier de l'indemnité spéciale prévue par le Code de travail en cas de faillite de l'employeur ?

#### Article L.125-1 du Code du travail :

« (1) Sans préjudice des dispositions du chapitre VII ci-après, le contrat de travail est résilié avec effet immédiat en cas de cessation des affaires par suite de décès, d'incapacité physique ou de déclaration en état de faillite de l'employeur. (...) »

Sauf continuation des affaires par le curateur (...), le salarié a droit :

1. au maintien des salaires se rapportant au mois de la survenance de l'événement et au mois subséquent, et
2. à l'attribution d'une indemnité égale à cinquante pour cent des mensualités se rapportant au délai de préavis auquel le salarié aurait pu prétendre conformément aux dispositions de l'article L.124-3. (Loi du 8 avril 2018) « L'indemnité de préavis est calculée conformément au paragraphe 3 de l'article L.124-3.

Les salaires et indemnités alloués au salarié conformément à l'alinéa qui précède ne peuvent toutefois excéder le montant des salaires et indemnités auxquelles il aurait pu prétendre en cas de licenciement avec préavis. (...) ».

#### Position du salarié

A expose qu'il est entré au service de la sàrl S1 en date du 4 juin 2015 en tant que mécanicien/travailleur polyvalent. Il a été licencié avec préavis en date du 28 mars 2017 et a demandé les motifs de ce licenciement le 3 avril 2017.

Suite à la déclaration en état de faillite de son employeur, il a déposé une déclaration de créance pour un montant total de 15.998,30 euros :

Arriéré de salaire mars à avril 2017	5.553,40 €
Mois de survenance de la faillite : mai (173 heures x 16,1436)	2.792,84 €
Mois subséquent : juin (173 heures x 16,1436)	2.792,84 €
1/2 du préavis : 1 mois	2.792,84 €
Solde de congés : (128 heures x 16,1436)	2.066,38 €
<b>Total</b>	<b>15.998,30 €</b>

A soutient qu'en cas de faillite, le salarié a droit aux indemnités prévues par l'article L.125-1 du Code du travail « à la seule condition d'être salarié de la société au moment de la déclaration en état de faillite ». Il fait valoir qu'au moment de la faillite il était en période de préavis et donc toujours salarié de la sàrl S1.

L'appelant reproche aux juges de première instance d'avoir retenu qu'il a droit uniquement au paiement des salaires couvrant la période du 1<sup>er</sup> mars au 23 mai 2017 et au paiement d'une indemnité pour la période du 24 au 31 mai 2017, date à laquelle aurait pris fin son préavis.

À son estime, le salaire versé pendant le préavis ne doit pas être pris en compte, alors que l'indemnité spéciale prévue par l'article L.125-1 du Code du travail est due en raison de la faillite et elle est due en sus des salaires et indemnités pour congé non pris. L'indemnité due en application de l'article L.125-1 du Code du travail constituerait un droit acquis et autonome de toute situation antérieure du salarié de l'entreprise avant la faillite de cette dernière.

#### Position du curateur

Le curateur fait valoir que les indemnités prévues par l'article L.125-1 du Code du travail sont réservées aux seuls salariés dont le contrat de travail a pris fin du fait de la faillite.

Comme le contrat de travail de A n'a pas pris fin en raison de la survenance de la faillite, mais en raison du licenciement antérieur, il ne saurait bénéficier des indemnités mentionnées ci-dessus. Il souligne que l'article L.125-1(1) du Code du travail dispose in fine que « Les salaires et indemnités alloués au salarié conformément à l'alinéa qui précède ne peuvent toutefois excéder le montant des salaires et indemnités auxquelles il aurait pu prétendre en cas de licenciement avec préavis. »

Il conclut qu'aucune indemnité au-delà du 31 mai 2017 ne serait due au salarié licencié.

#### Décision de la Cour d'appel

Il résulte clairement de l'agencement de l'article L.125-1 du Code du travail qu'il s'agit d'une cessation du contrat de travail non pas pour faute grave dans le chef de l'employeur ou du salarié ou suite à

un licenciement avec préavis, mais d'une cessation du contrat de travail en raison d'une circonstance particulière qui en l'espèce constitue la mise en faillite de l'employeur.

Quant au moyen soulevé par le curateur que le contrat de travail de A avait déjà été résilié antérieurement au prononcé de la faillite de la sàrl S1, la Cour tient à rappeler que **l'exécution du contrat de travail perdure pendant le délai de préavis de sorte que les obligations et les droits des parties restent les mêmes. Le salarié qui bénéficie pendant cette période du maintien de tous les avantages découlant du contrat de travail, a partant droit aux indemnités prévues par l'article L.125-1 du Code du travail dans les limites y prévues.**

Le moyen soulevé n'est donc pas fondé.

En application de l'article L.125-1 du Code du travail, le salarié a droit, en cas de faillite de l'employeur, au maintien des salaires se rapportant au mois de la survenance de l'événement et au mois subséquent ainsi qu'à l'attribution d'une indemnité égale à cinquante pour cent des mensualités se rapportant au délai auquel le salarié aurait pu prétendre en cas de licenciement avec préavis.

La faillite ayant été prononcée le 24 mai 2017, A a partant droit aux salaires des mois de mai (mois de la survenance pour la période du 24 au 31 mai) et de juin 2017 (mois subséquent) ainsi qu'à la moitié du préavis.

Entré aux services de la sàrl S1 en date du 4 juin 2015, A avait au jour de la déclaration en état de faillite, le 24 mai 2017, une ancienneté de services inférieure à 5 ans, de sorte que le délai de préavis

que l'employeur aurait dû respecter en cas de licenciement aurait été, en application de l'article L.124-3 (2) du Code du travail, de 2 mois. Conformément à l'article L.125-1. (1). A a donc droit à la moitié de cette indemnité soit 2.792,84 euros.

Or, en l'espèce les indemnités auxquelles A peut prétendre en application de l'article L.125-1 (1) du Code du travail ne sont pas supérieures à celles qu'il aurait touché en cas de licenciement avec préavis, les moyens soulevés à ce sujet par le curateur tombent donc à faux.

Par ailleurs, il est sans pertinence dans le cadre du présent litige que A n'a pas contesté son licenciement avec préavis intervenu antérieurement à la faillite étant donné que ce licenciement n'impacte pas les conditions d'application de l'article L.125-1 précité.

## 4. Absence injustifiée de 5 jours : pas forcément une faute grave pour un salarié avec une ancienneté de douze ans et un parcours sans faille dans l'entreprise.

### Arrêt de la Cour de cassation du 14 février 2019, n°38954

#### Faits

La panne de sa voiture a empêché A de se rendre sur son lieu de travail le 2 février 2015. Il a tout de suite prévenu son employeur en la personne de B.

Après le remorquage de son véhicule, il a retéléphoné à B pour lui demander s'il était possible de décaler son congé initialement prévu pour la semaine du 9 au 20 février 2015 à la semaine du 2 au 13 février 2015. Dans l'après-midi, il a recontacté une troisième fois B pour obtenir l'accord pour le décalage du congé. Vers 19.05 heures, il a communiqué à son employeur par courrier électronique les frais de route de l'intervention de dépannage pour justifier la réalité de la panne.

Considérant que A était en absence injustifiée depuis cinq jours, son employeur l'a licencié pour faute grave par lettre recommandée du 6 février 2015.

A a contesté son licenciement devant le tribunal du travail d'Esch-sur-Alzette. Le tribunal a déclaré le licenciement régulier et a débouté le salarié de ses demandes indemnitaires.

Le salarié a interjeté appel.

#### **Position de la Cour d'appel [arrêt du 14 décembre 2017 n°43853]**

**La présence au travail constitue pour le salarié une obligation de résultat. Toute absence du lieu de travail doit être approuvée par l'employeur et qu'à défaut de pareille approbation, les absences invoquées revêtent le caractère d'absences non autorisées, partant injustifiées.**

Il résulte des attestations testimoniales de E, responsable d'exploitation, et de B, agent d'exploitation, que A, suite à la panne de sa voiture survenue le

2 février 2015 en début de matinée, avait demandé d'avancer sa période de congé d'une semaine, dès lors à partir du 2 février 2015, mais que cette demande lui avait été refusée après consultation des plannings. En particulier, il résulte de l'attestation testimoniale de E qu'« après examen des absences de conducteurs, il n'était pas possible de donner une suite favorable à sa demande sans bouleverser les plannings d'activités établis. Notre décision a été portée à la connaissance de Monsieur A lorsque celui-ci a rappelé en fin de journée pour connaître notre réponse [...] ». Ces dires ont été corroborés par B qui a précisé que « Mr. T1 m'a rappelé en fin de journée et je lui ai indiqué que ce n'était pas possible compte tenue des plannings ».

Ces déclarations ne sont pas ébranlées par celles de T1, épouse de A et de T2, beau-père de A, qui n'ont pas entendu, respectivement, n'ont pas assisté à l'entretien téléphonique que ce dernier avait eu avec B et qui se bornent à relater les

dières de A au sujet de l'accord de ses supérieurs hiérarchiques pour décaler ses congés.

Aucun élément du dossier ne permet de mettre en doute les déclarations de E et de B.

L'accord de l'employeur pour décaler le congé du salarié n'est dès lors pas établi.

A reproche encore aux premiers juges d'avoir estimé que son absence injustifiée était suffisamment grave pour justifier son licenciement. Il fait valoir que son absence ne fut pas d'une gravité telle qu'elle aurait justifié une rupture immédiate des relations de travail. Aucune désinvolture ne pourrait lui être reprochée, alors qu'il aurait contacté B à trois reprises pour avoir toutes les garanties nécessaires.

A se prévaut encore de l'absence de preuve d'une désorganisation dans le chef de la société S1 faisant partie d'un groupe de sociétés comptant des milliers de transporteurs. Ce serait dès lors à tort que les premiers juges auraient accordé une telle importance aux plannings d'activité établis de l'employeur, alors que dans la pratique les plannings dans une société de transports, sont souvent modifiés en raison des aléas réguliers de la route : grèves, intempéries, accidents, embouteillages, ce à plus forte raison qu'aucun client ne s'est jamais plaint de la qualité de son travail.

A fait enfin valoir qu'une seule absence en douze ans de travail ne justifierait pas un licenciement pour faute grave, mais tout au plus un licenciement avec préavis.

La société S1, au contraire, fait valoir que l'absence du salarié revêt une particulière gravité lorsqu'elle est consécutive à un refus de l'employeur de s'absenter, ou comme le prétendrait A, un refus suite à une demande de lui accorder un congé.

L'employeur insiste sur l'importance particulière que revêtait la livraison du 2 février 2015, alors qu'elle avait nécessité la mobilisation d'un engin de levage et que cette information, ensemble ses ordres de mission, avaient été communiqués à A le vendredi 30 janvier 2015.

Il insiste finalement sur la perturbation que l'absence de A a eu sur le bon fonctionnement de l'entreprise, alors que C

avait dû remplacer A dans l'exécution de sa tâche, ce qui avait entraîné un retard dans les tâches non seulement de A, mais encore dans celles initialement attribuées à C.

**L'absence injustifiée de A ne constitue pas automatiquement un fait ou une faute autorisant le renvoi immédiat du salarié, le juge devant encore apprécier la gravité suffisante du motif en tenant compte de toutes les circonstances entourant le congédiement.**

En l'espèce, il est constant en cause que suite à la panne de sa voiture survenue le 2 février 2015 sur l'autoroute A31, A avait tout de suite prévenu son employeur en la personne de B en lui téléphonant à 6.50 heures ; qu'après le remorquage de son véhicule, il a retéléphoné à 11.08 heures à B pour lui demander s'il était possible de décaler son congé initialement prévu pour la semaine du 9 au 20 février 2015 à la semaine du 2 au 13 février 2015 ; qu'à 16.26 heures, il a recontacté une troisième fois B pour obtenir l'accord pour le décalage du congé et que vers 19.05 heures, il a communiqué à son employeur par courrier électronique les frais de route de l'intervention de dépannage pour justifier la réalité de la panne.

Il résulte de l'attestation testimoniale du beau-père de A que ce dernier lui avait proposé de lui prêter son véhicule, puisqu'il est en retraite, mais que ce dernier lui a fait part en fin d'après-midi qu'il avait eu l'accord de ses supérieurs pour décaler ses congés et qu'il n'avait pas besoin de lui, ni de son véhicule.

Ces déclarations ont été confirmées par l'épouse de A, qui a ajouté qu'au moment de la réception du courrier de licenciement le 10 février 2015, elle était dans tous ses états, mais que son mari était serein et calme et tentait de la rassurer, « *étant persuadé qu'il s'agissait d'un malentendu, d'un problème de transmission d'information entre les services* ».

Force est de constater qu'il ne s'agit en l'occurrence, pas comme tente de le faire croire la société S1, d'un comportement désinvolté du salarié suite à un refus de son employeur de lui accorder un décalage de congés, mais plutôt la résultante d'un malentendu entre A et ses interlocuteurs auprès de la société S1 à la suite d'un incident fâcheux que

le salarié a essayé de résoudre au mieux des intérêts des deux parties.

Il s'y ajoute que **toute absence d'un salarié entraîne nécessairement une désorganisation du service. Même s'il se dégage des pièces versées que le transport dont A était en charge le 2 février 2015 était important et que son absence avait nécessité la mobilisation en urgence d'un autre conducteur pour effectuer encore le même jour la livraison, ces éléments ne sauraient cependant suffire pour justifier le congédiement avec effet immédiat d'un salarié qui au moment de son licenciement justifiait d'une ancienneté de presque douze ans et d'un parcours sans faille dans l'entreprise.**

La Cour d'appel a déclaré le licenciement abusif et a condamné l'employeur au paiement de diverses indemnités.

L'employeur a saisi la Cour de cassation.

Il reproche à la Cour d'appel d'avoir estimé que les faits gisant à la base du licenciement de A ne rendaient pas impossible son maintien dans l'entreprise, alors que la Cour d'appel a relevé d'une part qu'il était en absence injustifiée depuis cinq jours au moment de son licenciement, et d'autre part, que l'absence d'un salarié entraîne nécessairement une désorganisation du service.

## **Position de la Cour de cassation**

En retenant sur base des éléments du dossier que le salarié n'avait pas fait preuve d'un comportement désinvolté, mais que son absence injustifiée avait plutôt été la résultante d'un malentendu entre le salarié et ses interlocuteurs auprès de l'employeur à la suite d'un incident fâcheux que le salarié avait essayé de résoudre au mieux des intérêts des deux parties, les juges d'appel ne se sont pas basés sur un motif hypothétique, tel que le soutient l'employeur, mais ont apprécié *in concreto* la gravité de la faute incriminée sur base de la constatation de faits réels et certains qu'ils tenaient pour établis et ont ainsi justifié leur décision.

L'arrêt est donc à confirmer dans le sens que le licenciement avec effet immédiat est abusif.

## 5. Droit européen : une réglementation nationale peut prévoir, pour le calcul de la durée moyenne hebdomadaire de travail, des périodes de référence qui commencent et se terminent à des dates calendaires fixes.

Doivent néanmoins être prévus des mécanismes permettant d'assurer que la durée moyenne maximale hebdomadaire de travail de 48 heures est respectée au cours de chaque période de six mois à cheval sur deux périodes de référence fixes successives.

Arrêt de la CJUE (2<sup>e</sup> chambre) du 11 avril 2019,  
Syndicat des cadres de la sécurité intérieure/Premier ministre,  
ministre de l'Intérieur et ministre de l'Action et des Comptes publics, affaire C-254/18

### Faits et procédure

Un litige oppose le Syndicat des cadres de la sécurité intérieure aux autorités françaises au sujet de la période de référence utilisée pour calculer la durée moyenne hebdomadaire de travail des fonctionnaires actifs des services de la police nationale.

Des règles spécifiques de durée du travail et de repos applicables aux personnels de la police nationale française prévoient notamment, que la durée hebdomadaire de travail mesurée, pour chaque période de sept jours, heures supplémentaires comprises, ne peut excéder 48 heures en moyenne sur une période d'un semestre de l'année civile.

### Le droit français

L'article 3 du décret n° 2000-815, du 25 août 2000, relatif à l'aménagement et à la réduction du temps de travail dans la fonction publique de l'État et dans la magistrature (JORF du 29 août 2000, p. 13301), tel que modifié par le décret n° 2011-184, du 15 février 2011 (JORF du 17 février 2011, p. 2963), dispose :

« I. - L'organisation du travail doit respecter les garanties minimales ci-après définies.

La durée hebdomadaire du travail effectif, heures supplémentaires comprises, ne peut excéder ni quarante-huit heures au cours d'une même semaine, ni quarante-quatre

heures en moyenne sur une période quelconque de douze semaines consécutives et le repos hebdomadaire, comprenant en principe le dimanche, ne peut être inférieur à trente-cinq heures.

[...]

II. - Il ne peut être dérogé aux règles énoncées au I que dans les cas et conditions ci-après :

a) Lorsque l'objet même du service public en cause l'exige en permanence, notamment pour la protection des personnes et des biens, par décret en Conseil d'État, pris après avis du comité d'hygiène et de sécurité le cas échéant, du comité technique ministériel et du Conseil supérieur de la fonction publique, qui détermine les contreparties accordées aux catégories d'agents concernés ;

[...] »

L'article 1<sup>er</sup> du décret n° 2002-1279, du 23 octobre 2002, portant dérogations aux garanties minimales de durée du travail et de repos applicables aux personnels de la police nationale (JORF du 25 octobre 2002, p.17681), tel que modifié par le décret no 2017-109, du 30 janvier 2017 (JORF du 31 janvier 2017), est libellé comme suit :

« Pour l'organisation du travail des fonctionnaires actifs des services

de la police nationale, il est dérogé aux garanties minimales mentionnées au I de l'article 3 du décret du 25 août 2000 susvisé, lorsque les tâches de sécurité et de paix publiques, de police judiciaire et de renseignement et d'information, qui leur sont confiées, l'exigent.

Cette dérogation doit toutefois respecter les conditions suivantes :

1° La durée hebdomadaire de travail mesurée, pour chaque période de sept jours, heures supplémentaires comprises, ne peut excéder quarante-huit heures en moyenne sur une période d'un semestre de l'année civile ;

[...] »

Le 28 mars 2017, le Syndicat des cadres de la sécurité intérieure a introduit une requête auprès du Conseil d'État afin de demander l'annulation de cette disposition. Il fait valoir qu'en retenant, pour le calcul de la durée moyenne hebdomadaire de travail, une période de référence exprimée en semestres de l'année civile (période de référence fixe) et non une période de référence de six mois dont le début et la fin se modifieraient au fil de l'écoulement du temps (période de référence glissante), la disposition précitée méconnaîtrait les règles posées par la directive concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail.

## **La directive 2003/88** <sup>2</sup>

### **Article 6 « Durée maximale hebdomadaire de travail » :**

« Les États membres prennent les mesures nécessaires pour que, en fonction des impératifs de protection de la sécurité et de la santé des travailleurs :

[...]

b) la durée moyenne de travail pour chaque période de sept jours n'exède pas quarante-huit heures, y compris les heures supplémentaires. »

### **Article 16 « Périodes de référence » :**

« Les États membres peuvent prévoir :

[...]

b) pour l'application de l'article 6 (durée maximale hebdomadaire de travail), une période de référence ne dépassant pas quatre mois.

Les périodes de congé annuel payé, accordé conformément à l'article 7, et les périodes de congé de maladie ne sont pas prises en compte ou sont neutres pour le calcul de la moyenne ;

[...] »

### **Article 17 « Dérogations » :**

« [...]

2. Les dérogations prévues aux paragraphes 3, 4 et 5 peuvent être adoptées par voie législative, réglementaire et administrative ou par voie de conventions collectives ou d'accords conclus entre partenaires sociaux, à condition que des périodes équivalentes de repos compensateur soient accordées aux travailleurs concernés ou que, dans des cas exceptionnels dans lesquels l'octroi de telles périodes équivalentes de repos compensateur n'est pas possible pour des raisons objectives, une protection appropriée soit accordée aux travailleurs concernés.

3. Conformément au paragraphe 2 du présent article, il peut être dérogé aux articles 3, 4, 5, 8 et 16 :

[...]

b) pour les activités de garde, de surveillance et de permanence caractérisées par la nécessité d'assurer la protection des biens et des personnes, notamment lorsqu'il s'agit de gardiens ou de concierges ou d'entreprises de gardiennage ;

c) pour les activités caractérisées par la nécessité d'assurer la continuité du service ou de la production [...]

[...] »

### **Article 19 « Limitations aux dérogations aux périodes de référence » :**

« La faculté de déroger à l'article 16, point b), prévue à l'article 17, paragraphe 3, et à l'article 18 ne peut avoir pour effet l'établissement d'une période de référence dépassant six mois.

Toutefois, les États membres ont la faculté, tout en respectant les principes généraux de la protection de la sécurité et de la santé des travailleurs, de permettre que, pour des raisons objectives ou techniques ou pour des raisons ayant trait à l'organisation du travail, les conventions collectives ou accords conclus entre partenaires sociaux fixent des périodes de référence ne dépassant en aucun cas douze mois. »

Le Conseil d'État a décidé de surseoir à statuer et de poser à la CJUE les deux questions préjudicielles suivantes :

### **Questions préjudicielles**

« 1) Les dispositions des articles 6 et 16 de la directive [2003/88] doivent-elles être interprétées comme imposant une période de référence définie de manière glissante ou comme laissant aux États membres le choix de lui conférer un caractère glissant ou fixe ?

2) Dans l'hypothèse où ces dispositions devraient être interprétées comme imposant une période de référence glissante, la possibilité ouverte par l'article 17 de déroger au b de l'article 16 est-elle susceptible de concerner, non seulement la durée de la période de référence, mais aussi son caractère glissant ? »

### **Appréciation de la Cour**

Les États membres sont, en principe, libres de déterminer les périodes de référence selon la méthode de leur choix, sous réserve que les objectifs poursuivis par cette directive soient respectés.

S'agissant des objectifs poursuivis par la directive 2003/88, il convient de rappeler qu'il résulte d'une jurisprudence constante que cette directive vise à garantir une meilleure protection de la sécurité et de la santé des travailleurs, en prévoyant notamment, à son article 6, sous b), une limite maximale à la durée moyenne hebdomadaire de travail. Cette limite maximale constitue une règle du droit social de l'Union revêtant une importance particulière dont doit bénéficier chaque travailleur en tant que prescription minimale destinée à assurer la protection de sa sécurité et de sa santé.

En outre, il importe que l'effet utile des droits conférés aux travailleurs par la directive 2003/88 soit intégralement assuré, ce qui implique nécessairement l'obligation pour les États membres de garantir le respect de chacune des prescriptions minimales édictées par cette directive et d'empêcher notamment tout dépassement de la durée moyenne maximale hebdomadaire de travail telle que fixée à l'article 6, sous b), de ladite directive. Cette interprétation est en effet la seule qui soit conforme à l'objectif de la même directive, qui est de garantir une protection efficace de la sécurité et de la santé des travailleurs, en les faisant bénéficier effectivement d'un temps de travail qui ne soit pas, en moyenne, supérieur à la limite maximale de 48 heures par semaine sur toute la durée de la période de référence.

<sup>2</sup> 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 2003, L 299, p. 9).

À cet égard, la Cour a jugé que cet objectif implique que chaque travailleur doit notamment bénéficier de périodes de repos adéquates, qui doivent non seulement être effectives, en permettant aux personnes concernées de récupérer de la fatigue engendrée par leur travail, mais également revêtir un caractère préventif de nature à réduire autant que possible le risque d'altération de la sécurité et de la santé des travailleurs que l'accumulation de périodes de travail sans le repos nécessaire est susceptible de représenter.

D'autre part, il convient de relever que les périodes de référence fixes et glissantes sont conformes, en soi, audit objectif de la directive 2003/88, dans la mesure où elles permettent de vérifier que le travailleur ne travaille pas plus de 48 heures en moyenne par semaine sur toute la durée de la période concernée et que les impératifs liés à sa santé et à sa sécurité sont ainsi respectés. **À cet effet, il importe peu que le début et la fin de la période de référence soient déterminés en fonction de dates fixes calendaires ou bien au fil de l'écoulement du temps.**

L'incidence de périodes de référence fixes sur la sécurité et la santé des travailleurs dépend cependant de l'ensemble des circonstances pertinentes, telles que la nature du travail et les conditions de celui-ci ainsi que, notamment, la durée maximale hebdomadaire de travail et la durée de la période de référence retenues par l'État membre concerné. **En effet, les périodes de référence fixes peuvent, au contraire**

**des périodes de référence glissantes, générer des situations dans lesquelles l'objectif de protection de la santé et de la sécurité des travailleurs pourrait ne pas être atteint.**

Enfin, il y a lieu de relever que la méthode de la période de référence fixe peut conduire un employeur à faire enchaîner au travailleur, au cours de deux périodes de référence fixes successives, un temps de travail intense et, tout en observant les périodes de repos, lui faire ainsi dépasser, en moyenne, la limite maximale hebdomadaire de travail sur une période qui, étant à cheval sur ces deux périodes fixes, correspondrait à une période de référence glissante de même durée. Une telle situation ne peut pas se produire lorsque la période de référence est déterminée sur une base glissante, étant donné que, par définition, les périodes de référence glissantes ont pour effet de recalculer constamment la durée moyenne hebdomadaire de travail.

Ainsi, si les périodes de référence fixes et glissantes, prises isolément, sont, en soi, conformes à l'objectif de protection de la santé et de la sécurité des travailleurs, la combinaison de deux périodes de référence fixes successives peut, en fonction de la durée maximale hebdomadaire de travail et de la durée de la période de référence retenues par l'État membre concerné, entraîner des situations dans lesquelles cet objectif est susceptible d'être compromis, alors même que les périodes de repos seraient observées.

L'utilisation de périodes de référence fixes doit donc être assortie de mécanismes permettant d'assurer que la durée moyenne maximale hebdomadaire de travail de 48 heures est respectée au cours de chaque période de six mois à cheval sur deux périodes de référence fixes successives. La juridiction nationale doit vérifier si la réglementation nationale a prévu des mécanismes qui permettent d'assurer un tel respect.

### **Décision de la Cour**

L'article 6, sous b), l'article 16, sous b), et l'article 19, premier alinéa, de la directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil, du 4 novembre 2003, concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail, doivent être interprétés en ce sens qu'ils ne s'opposent pas à une réglementation nationale qui prévoit, aux fins du calcul de la durée moyenne hebdomadaire de travail, des périodes de référence qui commencent et se terminent à des dates calendaires fixes, pourvu que cette réglementation comporte des mécanismes permettant d'assurer que la durée moyenne maximale hebdomadaire de travail de 48 heures est respectée au cours de chaque période de six mois à cheval sur deux périodes de référence fixes successives.