



INFOS JURIDIQUES

Flash sur le Droit social

NEWSLETTER

N° 5/2019

27 mai 2019

1. **Congé : droit à la déconnexion du salarié.** p.1
2. **Clause obligeant le salarié à atteindre un niveau de compétences en langues : licenciement en cas de non-respect.** p.3
3. **Dispense de travail : le salarié peut reprendre un emploi même auprès d'une entreprise concurrente.** p.7
4. **Congé parental et protection contre le licenciement : la protection n'est pas déclenchée si le salarié ne respecte pas tous les formalismes prévus par la loi, notamment respecter un délai de préavis de 4 mois.** p.9
5. **Droit européen : les États membres doivent obliger les employeurs à mettre en place un système permettant de mesurer de façon objective et fiable la durée du temps de travail journalier.** p.11

1. Congé : droit à la déconnexion du salarié.

Arrêt de la Cour d'appel du 2 mai 2019, N°45230 du rôle

Faits

A a été engagé le 3 mai 2010 en qualité de « directeur de restaurant » et licencié le 13 octobre 2014.

Les motifs du licenciement étant les suivants :

- écarts de conduite et de langage ;
- négociations avec S3 ;
- manque de professionnalisme concernant le problème de fuites constatées au sous-sol -1 ;
- prétendue utilisation de fonds de S1 LUXEMBOURG pour acheter de la nourriture et des boissons à des fins privées ;
- contrats signés par A pour S1 LUXEMBOURG S.A.

A a contesté son licenciement et saisi le Tribunal du travail.

En 1^{ère} instance, le licenciement a été déclaré fondé.

A a interjeté appel.

Précision des motifs

Le salarié fait tout d'abord grief au Tribunal du travail d'avoir retenu que l'ensemble des motifs invoqués à la base de son congédiement sont précis.

La Cour d'appel considère que c'est à tort que le tribunal a retenu le caractère précis des deux motifs suivants :

« - en juillet dernier, sans préjudice quant à une date exacte, nous apprenons que des négociations seraient en cours afin qu'une société luxembourgeoise S3 représente l'enseigne S2 pour la Belgique et que vous vous seriez, bien que lié par un contrat de travail avec notre société, présenté dans le cadre de ses négociations comme associé et directeur opérationnel en cas de succès, le tout en violation flagrante de vos engagements contractuels à notre égard ;

- nous avons également la preuve que vous avez utilisé à plusieurs reprises les fonds de notre société pour acheter de la nourriture et des boissons à des fins privées. Il en est ainsi, notamment et sans être limitative, d'achats effectués au x de Thionville le 19 septembre 2014, acquisition imputée dans la comptabilité de la société. »



Ces libellés, ou énoncés ne permettent pas à la juridiction saisie du litige de connaître ni la nature ni la portée exacte des fautes commises ni d'apprécier en conséquence la réalité, le sérieux respectivement la gravité des faits reprochés au salarié.

En effet, faute d'avoir précisé en quoi consistait exactement la violation des engagements contractuels par le salarié par le fait qu'il s'est présenté dans le cadre de négociations avec une société S3, et dans la mesure où, en vertu du principe du droit à la liberté de travail, le salarié peut s'intéresser même pendant l'exécution de son contrat de travail, à d'autres opportunités professionnelles, ce motif pêche par son imprécision et doit être écarté.

Il en va de même du deuxième motif qui ne précise pas quels fonds ont été utilisés, quel montant et à quelles fins exactement ces fonds auraient été prélevés par A.

Caractère réel et sérieux des motifs

Le salarié reproche ensuite aux juges de première instance d'avoir décidé que les motifs du licenciement étaient réels et sérieux.

L'employeur a ainsi reproché à A :

« *Tout d'abord, vous n'êtes pas sans savoir qu'il vous a été rappelé à d'itératives reprises vos écarts de conduite et de langage tant à l'égard des membres du personnel qu'à l'égard de vos supérieurs hiérarchiques.*

Sans être exhaustive, citons notamment les événements qui se sont déroulés à l'encontre de Madame T1 le 8 septembre 2014, date à laquelle vous l'avez verbalement menacé par des propos tels que « tu vas voir qui est le patron », la menaçant de mettre en place une pétition des salariés à son encontre pour qu'elle se fasse [sic] « virer » si elle ne se soumettait pas à vos volontés.

De tels comportements et propos agressifs ont été également adoptés vis-à-vis de votre supérieur hiérarchique Monsieur T2. Citons, à titre d'exemple, et une fois de plus sans être exhaustive, les échanges de mails qui ont eu lieu en août dernier. Le 8 août 2014, Monsieur B de S4 vous contacte par email pour vous

informer que le couloir des communs est encombré par une multitude de matériel du restaurant, vous rappelant que tant les couloirs du niveau -1 que le local poubelle ne sont pas des lieux de stockage et vous invite donc à faire le nécessaire pour remédier à la situation. En vacances, vous lui demandez par email de retour du 12 août suivant de prendre contact avec Monsieur T2 précité. Il s'en suit de votre part et sans la moindre justification un email agressif du 14 août 2014 adressé à ce dernier dont la teneur est sans équivoque : « Je suis en vacances en famille, et vous le savez. Comment osez-vous encore me harceler à une heure si tardive alors que je suis absent depuis une dizaine de jours, alors que je n'ai aucunement cherché à vous contacter d'une manière ou d'une autre. Je vous prie de bien vouloir cesser votre harcèlement. [...] », comportement agressif et désobligeant que n'a pas manqué de vous rappeler votre supérieur hiérarchique par email du 19 août suivant. »

A conteste la réalité de ces motifs et plus précisément les circonstances exactes dans lesquelles ils sont intervenus.

La Cour considère, à la différence du Tribunal du travail, qu'une attestation donne une autre version de la conversation qui a eu lieu entre A et le témoin T1 le 8 septembre 2014, puisqu'elle indique :

« *Lors de cette conversation, j'ai entendu Mlle T1 se plaindre du comportement des employés vis-à-vis d'elle et reprochait à M. A de ne pas l'aider dans la gestion du planning. M. A lui a répondu que pendant cette période il était absent et en vacances, et c'est à cette période qu'il a entendu certains équipiers qui préparaient une pétition contre le comportement agressif et irrespectueux de Mlle T1. C'est à ce moment là qu'elle est partie en furie, en laissant M. A sur la terrasse.[...]* ».

Il suit des considérations qui précèdent que l'employeur n'a prouvé ni la réalité ni le sérieux du motif indiqué.

Concernant l'attitude agressive et déplacée de A à l'égard de son supérieur hiérarchique, l'administrateur de la société S1 LUXEMBOURG SA, T2, elle est établie par le courriel du 14 août 2014.

Ce email doit cependant être replacé dans le contexte conflictuel existant

entre T2 et A depuis la mi-juillet 2014 lorsque T2 apprit, sans l'apprécier, que A s'est intéressé à un projet de franchise de S2 en Belgique.

L'email de A fait en effet suite à un email nocturne de T2 du 13 août 2014 lequel est tout aussi déplacé au vu des circonstances anodines le justifiant.

Or, l'élément déclenchant de cet échange de courriels musclés est un email de réponse du 12 août 2014 par lequel A demandait cordialement au gérant de l'immeuble occupé par le restaurant S2-gare de s'adresser à T2 dès lors que lui se trouvait en vacances ce que le gérant, Monsieur B, a bien pris.

Il s'y ajoute que **A, en congé de récréation ne pouvait de toute évidence matériellement pas intervenir pour régler le problème, de même qu'il avait droit pendant son congé, fut-il directeur du restaurant au Kirchberg, à la déconnexion et non être approché pendant la nuit par son supérieur hiérarchique sur un ton menaçant.**

Au vu des circonstances dans lesquelles A a répondu à T2, le ton employé par ce dernier peut être justifié.

Le reproche tenant au manque de professionnalisme de A, à l'inertie de ce dernier par rapport à une fuite d'eau au sous-sol de l'immeuble provenant de la cuisine du restaurant est à rejeter, dans la mesure où la Cour constate que par « SMS » du 15 juillet, A est intervenu auprès de C de la société S5 pour que cette dernière s'occupe du problème. Finalement, l'employeur reste en défaut de prouver le dommage considérable en résultant pour la société, il n'a pas non plus été prouvé que le contrat de bail risquait d'être résilié et le restaurant fermé en raison de cette fuite d'eau.

Finalement, et seulement *in fine* de sa lettre de motivation, l'employeur invoque un fait qu'il qualifie de grave rendant impossible tout rapport contractuel entre parties, à savoir le fait que A ait signé des contrats de travail, des avenants modificatifs à des contrats de travail sans avoir eu le pouvoir de le faire, sans l'accord de T2, partant d'avoir signé des faux en écritures privées. L'employeur cite plusieurs exemples de tels contrats.

A au contraire conteste la réalité de ce motif ainsi que son sérieux.

Il est acquis en cause que T2, l'administrateur de S1 Luxembourg n'était quasi jamais à Luxembourg, que c'est partant A qui devait s'occuper de la gestion journalière du restaurant situé au Kirchberg. Les fonctions lui imparties en raison de sa qualité de directeur délégué à la gestion journalière résultent de l'annexe à son contrat de travail, parmi ces fonctions figurait celle de recruter du personnel, de sorte qu'il y a lieu d'en conclure, contrairement au soutien de l'employeur, qu'il pouvait signer des contrats de travail, ce qui résulte encore de la déposition de certains témoins qui ont déclaré qu'il l'a fait en présence de T2. A pouvait également signer des lettres de licenciement ce qui résulte des cinq lettres de licenciement signées par lui sans la moindre réaction, protestation, contestation de la part de T2. S'il est vrai qu'une délégation de signature expresse au profit de A ne figure pas au dossier, la pratique au sein du restaurant démontre que A pouvait signer des contrats, les modifier ainsi que licencié du personnel, et qu'il en faisait part en toute transparence, à la fiduciaire, dont il était la personne de contact officielle, de sorte que l'ensemble de ces éléments entraînent la conviction de la Cour que dans le cadre de sa fonction de directeur et de délégué à la gestion journalière du restaurant au

Kirchberg, A avait un pouvoir de signature implicite.

Ce reproche n'est partant également ni réel ni sérieux.

Aucun des reproches invoqués à la base du congédiement de A n'ayant été établi le licenciement est, par réformation, à déclarer abusif.

Indemnisation du licenciement abusif

Abusivement licencié, le salarié a droit à la réparation de ses préjudices tant matériel que moral, à la condition que ces préjudices soient avérés et en relation causale avec le licenciement abusif.

Il résulte néanmoins des pièces versées que A s'est inscrit comme demandeur d'emploi à Pôle emploi en France et a touché les indemnités de chômage à partir du 18 décembre 2014 jusqu'au 7 juin 2016 soit pendant 19 mois.

Il résulte encore des pièces soumises à la Cour qu'il n'a fait que sept demandes d'emploi actives pendant cette période.

Or, les pertes de revenus subies par le salarié suite à son licenciement abusif ne sont à prendre en considération que pour autant qu'elles se rapportent à une période qui aurait raisonnablement

dû suffire pour permettre au salarié de trouver un nouvel emploi, le salarié étant obligé de faire tous les efforts nécessaires pour trouver le plus rapidement possible un emploi de remplacement, partant pour minimiser son préjudice matériel.

Le salarié ne prouve pas en l'espèce avoir fait les efforts suffisants pour trouver un nouvel emploi, les sept candidatures envoyées sur une période de 19 mois établissent le contraire.

N'ayant par ailleurs pas autrement motivé sa demande relative à son préjudice matériel, la Cour en déduit que ce préjudice n'est pas en relation causale avec le licenciement, de sorte que sa demande afférente est non fondée.

Compte tenu de l'âge de A au moment du licenciement, de sa faible ancienneté de service, des circonstances du licenciement qui ont porté atteinte à sa dignité de salarié, la Cour estime que le préjudice moral est adéquatement indemnisé par des dommages et intérêts à hauteur de 1.500 euros.

2. Clause obligeant le salarié à atteindre un niveau de compétences en langues : licenciement en cas de non-respect.

Arrêt de la Cour d'appel du 25 avril 2019, N° CAL-2018-00247 du rôle

Faits

A expose avoir été engagée en qualité de serveuse par l'établissement public S1 :

- par CDD du 24 mars 2015 pour la période du 25 mars au 16 avril 2015 ;
- par CDD du 16 septembre 2015 pour la période du 16 septembre au 28 septembre 2015 ;
- par CDD du 6 octobre 2015 pour la période du 16 octobre 2015 au 19 janvier 2016 ;
- par CDD du 18 décembre 2015 à partir du 20 janvier 2016 et devant se

terminer à l'échéance du congé de maternité de la salariée remplacée, et finalement

- suivant CDI du 5 avril 2016 à raison de 20 heures par semaine à partir du 11 avril 2016, ce CDI ayant annulé le précédent CDD à partir de cette date.

Par avenant du 5 avril 2016, la durée de travail a été portée à 40 heures par semaine à partir du 11 avril 2016 pour remplacer une salariée, et par avenant du 9 novembre 2016, la durée de travail a été portée à 40 heures par semaine pour la période du 9 décembre 2016 au 1^{er} avril 2017.

Le 7 mars 2017, A a été convoquée à un entretien préalable au licenciement qui a eu lieu le 22 mars 2017.

Par courrier recommandé du 24 mars 2017, la requérante a été licenciée moyennant le préavis légal de 2 mois ayant débuté le 1^{er} avril 2017 et s'étant achevé le 31 mai 2017.

Par courrier recommandé du 3 avril 2017, A a demandé la communication des motifs gisant à la base de son licenciement.

Suivant courrier recommandé du 24 avril 2017, l'établissement public S1 a notifié à A les motifs du licenciement.

Il est constant en cause que pendant toute la durée des relations de travail, A fût affectée au service restauration au CIPA « X » à Esch-sur-Alzette.

Le motif du licenciement tenait à la non-maîtrise par la salariée de la langue luxembourgeoise, motif dont elle contesta tant la précision, que la réalité et le sérieux.

Procédure devant le Tribunal du travail

Par requête déposée au greffe du Tribunal du travail de Luxembourg le 19 juin 2017, A a fait convoquer devant ce même tribunal son ancien employeur, pour voir déclarer abusif son licenciement avec préavis et pour l'entendre condamner à lui payer divers montants.

a. Les arguments de la salariée

La salariée rappelle qu'elle a été engagée en qualité de serveuse sans CATP, qu'elle effectuait des travaux liés au service en salle et qu'en vertu de son contrat de travail, elle devait notamment veiller à créer une atmosphère agréable en soignant la présentation des lieux et tables ainsi qu'en servant les aliments et boissons avec compétence et gentillesse. N'ayant pas été employée en qualité d'infirmière ou d'aide-soignante, le reproche lié au prétendu danger pour le bien-être et la santé des clients en raison de la non-maîtrise de la langue luxembourgeoise ne serait pas fondé.

La lettre de motivation n'indiquerait pas la raison pour laquelle la maîtrise du luxembourgeois serait indispensable, ni quelles conséquences cette absence de

connaissance du luxembourgeois aurait eues sur son travail, dès lors qu'aucune plainte en ce sens des clients ne serait invoquée.

Elle affirme avoir fait des efforts pour apprendre le luxembourgeois en suivant des cours, mais a rencontré des problèmes, difficultés d'apprentissage certifiées par le certificat du Dr. B, médecin-psychiatre.

Elle souligne encore que la maîtrise de la langue luxembourgeoise n'aurait pas constitué un critère déterminant, puisque l'employeur l'a engagée par contrat à durée indéterminée après plusieurs contrats à durée déterminée sur 12 mois.

Qu'il n'y aurait eu aucun risque pour le bien-être et la santé des clients dans la mesure où la plupart des serveurs ne parlent pas le luxembourgeois et que les clients ne s'en sont pas plaints.

Qu'apprendre le luxembourgeois en une année comme le prévoirait l'article 8 du contrat de travail serait par ailleurs un objectif irréaliste, article 8 qui serait de surcroît contraire au principe de non-discrimination prévu par l'article L.251-1 du Code du travail, dans la mesure où l'employeur emploierait plusieurs serveurs qui ne parlent pas luxembourgeois et qu'elle serait la seule à avoir été licenciée.

b. Les arguments de l'employeur

L'employeur fait valoir que A aurait accepté l'objectif linguistique en son principe par la signature des différents contrats à durée déterminée et enfin du contrat à durée indéterminée, contenant chacun cette clause, de sorte qu'elle se serait engagée, en connaissance de cause, à atteindre à l'issue d'une année le niveau B1¹.

Comme le niveau B1 ne serait pas difficile à atteindre, il ne s'agirait pas non plus d'une exigence irréaliste, ce d'autant plus que les relations de travail ont débuté en mars 2015, de sorte que A aurait disposé de deux années pour atteindre un objectif réalisable en une année.

L'employeur insiste pour dire qu'après deux années, la connaissance du luxembourgeois par la requérante n'aurait même pas atteint un niveau A1, à savoir qu'elle n'aurait pas été capable de connaître les mots basiques en relation avec le travail de serveuse.

L'établissement public S1 fait encore valoir qu'il serait très important que les serveurs maîtrisent un niveau basique de luxembourgeois, étant donné qu'ils sont en relation avec des personnes âgées et que le fait pour celles-ci de ne pas pouvoir s'exprimer en luxembourgeois leur causerait un stress supplémentaire.

Il conteste enfin le caractère discriminatoire de l'article 8 du contrat de travail de la requérante, au motif que tous les contrats de travail des serveurs à son service contiendraient cette même clause.

Jugement du Tribunal du travail

Le Tribunal du travail a déclaré abusif le licenciement avec préavis du 24 mars 2017.

Pour statuer comme il l'a fait, le Tribunal du travail a analysé le contenu de l'article 8 du contrat de travail pour constater que la salariée disposait d'une année à partir du 11 avril 2016 pour atteindre le niveau B1, soit jusqu'au 11 avril 2017, ce qu'elle n'a pas fait.

Il a en conséquence retenu que « Dans la mesure où le licenciement est intervenu avant le 11 avril 2017 et, partant, avant l'échéance contractuelle fixée

1 Le niveau B1 est précédé de deux niveaux, les niveaux A1 et A2.

Au niveau A1 vous êtes capable de communiquer avec des mots et des phrases simples dans vos activités quotidiennes. Vous pourrez par exemple : vous présenter, faire connaissance avec quelqu'un, faire des achats, parler de vos habitudes de vie (logement, loisirs) ou lire et remplir des formulaires simples, des invitations, des cartes postales.

Au niveau A2 vous êtes capable de communiquer de façon simple dans la vie quotidienne. Vous pourrez par exemple : décrire votre environnement personnel et professionnel (personnes, lieux, études, travail), échanger des informations et des idées simples, raconter un événement court et simple, écrire des notes et lettres simples ou comprendre des textes courts et simples.

Au niveau B1 vous êtes capable de faire face aux situations de la vie quotidienne et de vous exprimer (avec parfois des hésitations) sur l'actualité. Vous pourrez par exemple : comprendre des conversations quotidiennes et y participer, donner votre opinion et échanger des idées sur des sujets actuels, comprendre les grandes lignes de textes clairement rédigés, comprendre la plupart des informations dans une émission de télévision, raconter un événement, une expérience ou un rêve, décrire un espoir ou un but, écrire une lettre, un email structuré ou exposer brièvement des raisons ou des explications pour un projet ou une idée.

pour l'acquisition par A des compétences linguistiques en question, l'employeur ne saurait, indépendamment de toute autre considération, se prévaloir utilement d'une violation par la requérante de son obligation contractuelle prévue par l'article 8 précité comme cause justificative du licenciement. »

Il a ensuite décidé que « Comme le travail de la requérante ne consistait dès lors pas à veiller à la santé des clients, mais uniquement à assurer leur restauration correcte, une maîtrise insuffisante par la requérante de la langue luxembourgeoise n'était pas susceptible de créer des risques pour leur bien-être ou leur santé.

Il est d'ailleurs important de noter à cet égard que l'employeur reste en défaut de citer un exemple concret d'un client mécontent ou d'un quelconque incident qui se serait produit du fait de la maîtrise insuffisante de la langue luxembourgeoise par la requérante.

Le motif avancé manque encore de sérieux au vu du fait qu'avant la conclusion du contrat à durée indéterminée, la requérante a fait l'objet de plusieurs contrats à durée déterminée sur une période d'environ une année, contenant chacun la clause relative à la connaissance de la langue luxembourgeoise, et qu'en dépit de ces clauses, elle n'avait pas atteint le niveau B1 requis au moment de la signature du contrat à durée indéterminée. Il faut en conclure que si la connaissance du luxembourgeois avait été à tel point important pour l'exercice des fonctions de la requérante, l'employeur ne l'aurait certainement pas engagée moyennant contrat à durée indéterminée. »

Il a finalement constaté que la salariée a fait des efforts pour apprendre le luxembourgeois.

Appel relevé par l'employeur

L'établissement public S1 relève appel de la décision ayant déclaré le licenciement abusif et alloué à la salariée des

dommages-intérêts pour les préjudices matériel et moral subis.

Pour l'employeur, les motifs gisant à la base du licenciement ont été énoncés avec précision.

Ils sont encore réels et sérieux dès lors que la salariée ne conteste pas ne pas avoir acquis le niveau de compétence requis par le contrat, B1 (usage basique de la langue dans la vie quotidienne).

L'établissement public S1 indique que l'article 8 du contrat de travail imposait une obligation de résultat à la salariée, soit d'apprendre le luxembourgeois sur une année, ce qu'elle n'a pas réussi à faire nonobstant le fait qu'elle avait en réalité deux ans² pour y arriver, et ce pour les besoins du service et surtout des clients.

L'établissement public S1 reproche à la salariée de ne pas avoir fait les efforts nécessaires pour atteindre en 2 ans le niveau linguistique B1, alors qu'il mettait à la disposition de tous ses salariés un budget de 250 euros pour ce faire, dont elle n'a cependant pas fait usage.

L'établissement public S1 conteste grandement la crédibilité du certificat médical du Dr. B, certifiant rétroactivement l'existence d'une dépression dans le chef de la salariée due à une pression patronale sur elle pour apprendre le luxembourgeois.

Raisonnement de la Cour d'appel

Il est constant en cause que A était, au moment du licenciement, au service de l'établissement public S1 depuis deux ans³.

Il est encore acquis en cause, alors que résultant de son propre aveu, qu'au moment du congédiement, elle ne possédait pas les rudiments de base de la langue luxembourgeoise.

Or, d'après les cinq contrats de travail signés par les parties, dont 4 à durée déterminée et le dernier à durée indéter-

minée, **A avait l'obligation d'apprendre le luxembourgeois dans l'année de son engagement à durée indéterminée, obligation qui figurait déjà dans les contrats antérieurs, mais sans condition de durée et sans sanction.**

L'article 8 du contrat de travail à durée indéterminée signé par A en connaissance de cause était de la teneur suivante :

« Le salarié s'engage à acquérir, endéans une année à compter de la date d'entrée en vigueur du présent contrat, les compétences en langue luxembourgeoise nécessaires à la pratique de son activité quotidienne auprès de l'employeur afin de faciliter la communication interne avec les personnes auprès desquelles il est amené à intervenir et ses collègues de travail (le niveau B1 au minimum est exigé, un certificat peut être demandé).

Les parties conviennent que le présent contrat de travail est conclu par l'employeur en considération du fait que le salarié aura la maîtrise de la langue luxembourgeoise à l'issue de cette période d'une année. Si le salarié ne devait pas maîtriser la langue luxembourgeoise endéans ce délai, l'employeur sera en droit de résilier le présent contrat de travail, ce que le salarié reconnaît expressément. ».

Cette obligation qui est une obligation de résultat est exigée par l'établissement public S1, prestataire de service dans le domaine des foyers, centres pour personnes âgées, en raison de la nature de sa clientèle âgée et vulnérable, pour la plus grande partie luxembourgeoise, aux fins ou dans le but de permettre et de faciliter une meilleure compréhension, voir une communication entre le personnel et les clients de l'établissement public S1.

Cette clause contractuelle linguistique n'est pas contraire à l'article L.251-1 du Code du travail, n'est dès lors pas discriminatoire dans la mesure où les motifs de la discrimination prévus par le susdit article, à savoir, la religion ou les convictions, le handicap, l'âge, l'orientation

2 En réalité, la salariée n'avait travaillé que pendant plus ou moins une année et demie jusqu'au 24 mars 2017, date du licenciement en sachant qu'elle a été engagée dans un premier temps du 25 mars 2015 jusqu'au 11 avril 2016 à intervalles plus ou moins longs par 4 CDD avant d'être engagée en date du 11 avril 2016 par un CDI. Comme il n'y a pas eu continuité de la relation de travail pendant la période allant du 25 mars 2015 au 11 avril 2016 et que la clause linguistique figurant dans les CDD n'était pas liée à une échéance, cette période n'était pas à prendre en considération pour juger si le salarié a satisfait à la clause linguistique figurant dans le CDI et prévoyant une échéance d'une année.

3 Voir note 2 ci-dessus.

sexuelle, l'appartenance ou non, vraie ou supposée, à une race ou ethnique ne sont pas visés par l'article 8 du contrat de travail.

Elle figure par ailleurs dans tous les contrats de travail du personnel de l'établissement public S1.

Cette clause contractuelle comme l'ensemble du contrat de travail, fait partant la loi entre les parties et doit être exécutée de bonne foi par ces dernières.

Il importe peu de savoir si le niveau linguistique B1 requis était réaliste, respectivement réalisable pour la salariée, même si la Cour constate que le niveau B1 est un niveau bien supérieur au niveau basique A1 et A2, dès lors que A reconnaît n'avoir eu aucune connaissance, fut-elle basique, du luxembourgeois.

Il s'y ajoute que selon la procédure de l'établissement public S1 versée en cause, un congé linguistique pouvait être accordé au salarié qui en faisait la demande, congé qui pouvait aller jusqu'à 200 heures au cours de sa carrière professionnelle, ainsi que la prise en charge par l'établissement public S1 des frais d'inscription au cours, plafonné à un montant de 250 euros.

A n'a pas fait usage de cet avantage.

Elle n'a pas non plus, et ce contrairement à la décision des juges de première instance, fait les efforts nécessaires pour atteindre l'objectif lui assigné par l'employeur dans l'article 8 du contrat de travail.

En effet, si elle verse bien son inscription au cours de langue de la commune de Pétange en septembre 2016, elle reste cependant en défaut de verser des pièces établissant qu'elle a suivi les cours et quel en a été le résultat final.

S'inscrire à un cours de langue ne signifie pas l'avoir suivi, n'établit pas l'assiduité de A au cours ni son implication pour apprendre le luxembourgeois.

Le fait qu'elle ne possédait pas les rudiments du luxembourgeois au moment de l'entretien préalable prouve le contraire.

S'il est un fait que A a été engagée comme serveuse avec pour fonction d'« effectuer notamment des travaux liés au service en salle : de veiller à créer une atmosphère agréable en soignant la présentation des lieux et des tables ainsi qu'en servant des aliments et boissons avec compétence et gentillesse », et que dans le cadre de cette mission aucun reproche ne lui a été fait, force est de constater qu'elle a failli à l'obligation découlant de l'article 8 du contrat de travail, de sorte que l'employeur était autorisé à la licencier avec préavis de ce chef sans commettre un abus de droit, ce d'autant plus qu'elle avait réellement non pas seulement une année pour apprendre la langue, mais bien deux ans⁴.

Admettre le contraire, reviendrait concrètement à vider de tout sens la portée de la clause conventionnelle cependant contraignante entre parties, de sorte que l'absence de plaintes de la part des résidents de l'établissement public S1 à cet égard ne porte pas à conséquence.

Il ne peut pas non plus être reproché à l'employeur d'avoir, nonobstant la méconnaissance par son ex-salariée du luxembourgeois, quand même engagée à durée indéterminée la salariée.

La Cour y voit non pas une renonciation de la part de l'employeur à cette exigence linguistique, mais plutôt le fait qu'il voulait lui donner une autre chance tout en lui signifiant à travers l'article 8 du contrat à durée indéterminée que ses efforts pour apprendre étaient limités cette fois-ci à une année⁵ et pouvaient être sanctionnés en cas de non-respect par un licenciement, ce qui n'était pas le cas dans le cadre des CDDs précédents.

Le certificat médical du docteur B est à écarter dans la mesure où il est postérieur au licenciement et que la salariée n'a, à aucun moment, ni pendant la relation de travail qui a perduré sur une période de deux ans, ni lors de l'entretien préalable indiqué qu'elle avait un empêchement d'ordre médical pour apprendre le luxembourgeois.

Il suit de l'ensemble des circonstances particulières de l'espèce, que le licenciement avec préavis intervenu le 24 mars 2017 est, par réformation du jugement entrepris, à déclarer régulier et justifié.

⁴ Voir notes précédentes.

⁵ Voir à ce sujet le raisonnement du Tribunal du travail.

3. Dispense de travail : le salarié peut reprendre un emploi même auprès d'une entreprise concurrente.

Arrêt N° 44/19 de la Cour d'appel du 4 avril 2019, N° CAL-2018-00249 du rôle

Faits

Le salarié A a été engagé par la société S2 le 1^{er} mars 2001 en qualité de « conseiller clientèle ». En date du 29 février 2016, son employeur lui a soumis un nouveau contrat de travail, modifiant les dispositions du précédent, qu'il a refusé de signer. Par courrier du même jour, il a été licencié avec un préavis de six mois du 1^{er} mars au 31 août 2016, et avec dispense de travail pendant la durée du préavis.

A a ensuite été engagé par la société S3 avec effet au 15 mars 2016.

Par courrier du 17 mars 2016, il a demandé les motifs de son licenciement avec préavis et les motifs, qui lui ont été communiqués le 15 avril 2016, étaient de nature économique.

Par courrier recommandé du 28 avril 2016, il a été licencié avec effet immédiat pour faute grave.

La société S1 reproche à son ancien salarié un manque de loyauté à son égard durant la période du préavis (conclusion d'un nouveau contrat de travail auprès d'un concurrent, contact de clients nonobstant le fait qu'il n'était plus en droit de les contacter, débauchage de clients). Elle lui reproche encore d'avoir commis des actes de concurrence déloyale, contraires à son obligation de confidentialité et un comportement en violation des dispositions applicables selon les circulaires de la CSSF.

Position de la Cour d'appel

Il convient d'examiner successivement les divers griefs formulés par l'ancien employeur :

a. La reprise d'un emploi salarié pendant la durée du préavis

L'article L.124-9 [1] alinéa 3 du Code du travail dispose que « *Le salarié bénéficiaire de la dispense de travailler est autorisé à reprendre un emploi salarié auprès d'un nouvel employeur ; en cas de reprise d'un nouvel emploi, l'employeur est obligé, s'il y a lieu, de verser au salarié, chaque mois pour la durée de préavis restant à courir, le complément différentiel entre le salaire par lui versé au salarié avant son reclassement et celle qu'il touche après son reclassement. Le complément différentiel est soumis aux charges sociales et fiscales généralement prévues en matière de salaires.* »

La société S1 affirme que cette disposition n'est pas d'ordre public de sorte que les parties auraient pu y déroger par la clause prévue à l'article 9 du contrat de travail qui se lit comme suit :

« *L'employé* » *n'exercera pour son propre compte, ni directement, ni indirectement, aucune activité similaire ou concurrente à celle de « l'employeur ». D'autre part, il n'acceptera aucun autre emploi rémunéré pendant la durée du présent contrat.* »

La Cour constate d'abord que cette clause, qui d'ailleurs n'est pas mentionnée dans la lettre de licenciement, ne concerne que les relations des parties pendant la période d'exécution du contrat de travail et n'interdit pas au salarié, licencié avec préavis et dispense de travail, de s'engager auprès d'un autre employeur, fût-il concurrent du premier. Elle n'est pas contraire aux dispositions de l'article L.125-8¹ du Code du travail

lesquelles ne visent que les activités du salarié après le départ de l'entreprise et elle est conforme aux prescriptions résultant des circulaires de la CSSF et notamment des points 140 et 141 de la circulaire modifiée CSSF 07/307.

D'ailleurs, même en l'absence d'une clause contractuelle expresse, le salarié est débiteur, pendant la durée du contrat de travail, d'une obligation de non-concurrence de plein droit lui interdisant de développer toute activité pour lui-même ou pour le compte d'un tiers en concurrence avec celle de son employeur.

La doctrine et la jurisprudence retiennent que si durant le préavis, les droits et obligations respectifs de l'employeur et du salarié sont inchangés et que l'obligation de non-concurrence subsiste, tel n'est plus le cas s'il y a eu dispense de travail. Il est admis que dans pareil cas, l'obligation de non concurrence de plein droit cesse de s'appliquer et « **qu'ayant été dispensé d'exécution du préavis, le salarié avait la faculté d'entrer, pendant sa durée, au service d'une entreprise, fût-elle concurrente** ».

Au vu de ces développements, c'est à tort que le tribunal a retenu que A, en n'ayant « pas attendu la fin de son délai de préavis pour se faire engager par la société S3 dont l'activité se trouve par son objet en concurrence directe avec celle de la société S2, alors que l'article 9 de son contrat de travail interdit l'acceptation d'un autre emploi rémunéré pendant la durée du contrat », a violé aussi bien la clause de non-concurrence dans son contrat de travail, que l'obligation de loyauté lui incombant à l'égard de son employeur.

¹ Article L.125-8 du Code du travail : « 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. » [...]

b. Les obligations de confidentialité (article 8 du contrat de travail) et de loyauté (article 1134 du Code civil)

La clause de confidentialité prévue à l'article 8 du contrat de travail stipule ce qui suit :

« Pendant la durée de l'emploi et, le cas échéant, après résiliation du présent contrat, « l'employé » est tenu à la plus stricte discrétion en ce qui concerne les informations qu'il obtient au sujet des clients ou des collaborateurs de la maison.

Il reconnaît que la documentation professionnelle et les programmes informatiques auxquels il aura accès ou qu'il élaborera en sa qualité d'employé sont la propriété exclusive de « l'employeur » et il n'en communiquera aucun élément à une personne non-occupée aux services de « l'employeur ». »

En vertu de l'article 1134 du Code civil, toute convention légalement formée doit être exécutée de bonne foi. En droit du travail, ce principe a une portée particulière. En effet, il ne s'agit pas seulement du strict respect des engagements que se doivent entre elles les parties contractantes, il s'agit aussi du respect d'une éthique comportementale que se doivent l'employeur et le salarié dans l'exécution de leur contrat. Ce qui caractérise au principal le contrat de travail, c'est qu'une personne, le salarié, se place sous les ordres d'une autre, l'employeur, pour exécuter à son profit un travail prédéfini en contrepartie d'une rémunération. Ce n'est donc pas seulement les obligations réciproques mais leur exécution successive dans le temps qui fonde le contrat de travail. La bonne foi des contractants ne s'arrête pas à la volonté de faire, elle va au-delà : à l'obligation de bien exécuter ce que l'on a décidé de faire. À la différence des autres contrats, le retour à l'état antérieur qui est dû en cas de non-respect de l'obligation contractuelle n'est pas possible. D'où l'impératif de bonne foi qui préside à l'exécution d'un contrat de travail.

L'affirmation de A que les clients, qui ont résilié leurs contrats auprès de la société S2, auraient tous été ses clients dès avant son entrée en fonctions auprès de S2 et qu'ils avaient tous, sans excep-

tion, ses coordonnées privées n'emporte pas la conviction de la Cour. L'employeur S2 a versé plusieurs courriers, anonymisés, de clients qui ont demandé dès le 2 mars 2016 (donc à un moment où ils n'avaient pas encore reçu l'information de la part de la société S2 du départ de A) la résiliation, parfois même avec effet immédiat, de leurs contrats de gestion de fortune conclus avec la société S2 et la clôture de leurs comptes auprès de la BANQUE (...). Il s'agit de clients dont A a été en charge.

Au vu des pièces soumises à la Cour, il est établi que A a contacté des clients de la société S2 au début du mois de mars 2016 et les a informés de son départ de cette société.

A a affirmé que « ses » clients auraient voulu le suivre pour continuer à être conseillés par lui.

Il convient de rappeler que contrairement aux itératives affirmations de A que les clients auraient été « ses » clients, les clients étaient liés contractuellement uniquement à la société S2 mais non pas au salarié.

C'est pour de justes motifs que la Cour adopte, que le tribunal a retenu qu'un ancien salarié peut en principe utiliser le savoir-faire ou les connaissances acquises auprès de son ancien employeur, à condition toutefois de ne pas employer des manœuvres frauduleuses ou déloyales et qu'il doit notamment s'abstenir, durant l'exécution de son contrat de travail, de poser des actes effectifs de concurrence.

Le détournement volontaire de clientèle peut, compte tenu des circonstances, constituer un acte de concurrence déloyale.

En l'espèce, même s'il se dégage des attestations testimoniales que les clients ont de leur plein gré suivi A, il n'en reste pas moins qu'il les a contactés pendant sa période de préavis pendant laquelle il avait été dispensé de travailler.

Comme ces contacts téléphoniques ont eu lieu au cours de la première semaine de mars 2016, donc à un moment où A avait déjà été dispensé de travailler, il n'avait aucune raison de contacter les clients de la société S2. Il s'y ajoute que

A n'a pas contesté qu'il s'est connecté le 29 février 2016 à 16.08 heures à son ordinateur et qu'il a consulté le fichier « Kundenübersicht ». Il conteste uniquement que cette consultation ait eue lieu après le licenciement intervenu en date du 29 février 2016.

Par ailleurs, la contestation du salarié de tout contact avec son futur employeur avant le licenciement prononcé par la société S2 est contredite par différents éléments.

La Cour constate que l'empressement d'une grande partie des clients, dont A était en charge, de résilier, suite aux entretiens téléphoniques avec ce dernier, leurs contrats conclus avec la société S2, tout comme le fait que A ait retrouvé, sur fond de crise économique, quatre jours après son licenciement un emploi auprès d'une société concurrente, ne peut pas être dû au hasard. Ces résiliations, compte tenu des circonstances dans lesquelles elles sont intervenues, ne peuvent être que le résultat d'un débauchage actif de la part de A. La prise de contact avec les clients de la société S2, soit avant le départ du salarié, soit dans les premiers jours suivant le licenciement, constitue à elle seule un acte commis dans des conditions déloyales. Comme les données personnelles des clients appartiennent à l'employeur, A n'avait, après son licenciement, aucune raison d'y avoir recours, tout comme il n'avait aucune raison d'informer les clients de son départ, sauf pour les inciter à le suivre. La conclusion d'un nouveau contrat de travail auprès d'un concurrent direct de l'ancien employeur moyennant un salaire brut mensuel de 2.307,56 euros et le refus en date du 29 février 2016, pour les mêmes fonctions, mais pour une durée de travail inférieure (32 heures/semaine) d'un salaire brut de 7.000 euros, procèdent du même comportement déloyal.

Lors du refus de signature du contrat modifié auprès de la société S2 tout comme lors de la consultation de la « Kundenübersicht » en date du 29 février 2016, A devait nécessairement et forcément déjà savoir qu'il allait retrouver dès le 4 mars 2016 un nouvel emploi auprès de la société S3.

c. Les obligations découlant des circulaires CSSF

L'employeur fait valoir que A et son nouvel employeur ont encore violé les points 140 et 141 de la circulaire CSSF 07/307 modifiée par les circulaires CSSF 13/560, CSSF 13/568 et CSSF 14/585.

Il ressort de cette circulaire qu'elle a pour objet d'apporter des explications et précisions relatives aux exigences organisationnelles et aux règles de conduite dans le secteur financier.

Les points 140 et 141 invoqués par la partie intimée se trouvent au « Chapitre 15 » qui concerne les « Règles à observer dans des situations concurrentielles spécifiques ».

Le point 140 de la circulaire précitée stipule que « L'établissement doit s'abstenir d'enlever ou de tenter d'enlever à un concurrent des clients en utilisant des moyens contraires aux usages honnêtes en matière de concurrence. Il lui est interdit notamment de chercher à recevoir et à utiliser à cette fin des informations confidentielles concernant les clients d'un concurrent et se trouvant à la disposition d'un membre de son personnel antérieurement employé auprès de ce concurrent. Il veille également à ce que ses employés n'utilisent pas activement ces informations à cette même fin. »

Le point 141 précise que « L'établissement doit s'interdire toute pratique de ce genre, notamment dans le cas de chan-

gement d'employeur d'un gestionnaire, alors que l'établissement et l'employé concerné pourraient de ce fait et, selon les circonstances, chacun engager à divers égards leur responsabilité pénale et leur responsabilité civile. »

Sous réserve des développements ci-dessus concernant la faculté pour un salarié, licencié avec préavis et dispense de travail, de travailler pendant le préavis auprès d'un concurrent de son ancien employeur, les agissements déloyaux commis par A et énumérés ci-dessus, sont contraires aux prescriptions des points 140 et 141 de la circulaire modifiée CSSF 07/307.

Le licenciement avec effet immédiat du 28 avril 2016 est à déclarer justifié.

4. Congé parental et protection contre le licenciement : la protection contre un licenciement avec préavis n'est pas déclenchée si le salarié ne respecte pas tous les formalismes prévus par la loi, notamment respecter un délai de préavis de 4 mois.

Ordonnance N° 46/19 de la Présidente de la Cour d'appel du 4 avril 2019¹

Faits

Au service de la société S1 depuis le 1^{er} février 2017 en qualité de « General Manager », le salarié A s'est vu notifier, par courrier du 30 novembre 2018, la convocation à l'entretien préalable au licenciement pour le 5 décembre 2018, suivi de la lettre de licenciement par courrier du 11 décembre 2018.

Or A fait valoir avoir demandé son congé parental à partir du 24 mars 2019, par courrier recommandé daté du 23 novembre 2018, mais posté le 30 novembre 2018, de sorte qu'il était protégé contre le licenciement intervenu le 11 décembre 2018, dont il requiert partant la nullité.

A a en effet demandé à bénéficier d'un congé parental, fractionné avec réduction de sa durée de travail à 20 % par semaine, pendant une période de 20 mois, à partir du 24 mars 2018, par lettre recommandée datée du 23 novembre 2018 et postée le 30 novembre 2018, respectivement remise en mains propres à l'employeur et avisée le même jour.

Il a laissé le choix à l'entreprise de lui notifier les conditions dans lesquelles répartir les 8 heures par semaine.

Par courrier du 30 novembre 2018, posté le 30 novembre à 13h43 et réceptionné par le salarié le 3 décembre 2018, la société S1 a convoqué A à un entretien préalable au licenciement, pour le mercredi 5 décembre 2018.

L'entretien préalable a été suivi par une lettre de licenciement avec préavis datée du 11 décembre 2018 également envoyée par recommandé avec accusé de réception.

L'employeur fait valoir que le salarié n'a pas respecté le délai légal pour demander son congé parental, de sorte qu'il n'était pas protégé contre son licenciement.

Par une ordonnance rendue contradictoirement le 7 février 2019, la Présidente du tribunal du travail siégeant en application de l'article L.234-47 (8) du Code du travail, a déclaré les demandes du salarié non fondées.

A a régulièrement relevé appel.

Décision de la Présidente de la Cour d'appel

L'article L.234-46 (2) du Code du travail énonce que : « Le parent qui entend exercer son droit au deuxième congé parental doit notifier sa demande à son employeur, par lettre recommandée à la poste avec avis de réception, au moins quatre mois avant le début du congé parental. »

L'article L.234-47 (8) §1 du Code du travail dispose que : « À partir du dernier jour du délai pour le préavis de notification de la demande du congé parental et pendant toute la durée du congé, l'employeur n'est pas autorisé à notifier au salarié la résiliation de son contrat de travail ou, le cas échéant, la convocation à l'entretien préalable tel que prévu par l'article L124-2. La résiliation du contrat de travail effectuée en violation du présent article est nulle et sans effet.

Dans les quinze jours qui suivent le licenciement, le salarié peut demander, par simple requête, au président de la juridiction du travail, qui statue d'ur-

¹ N° CAL-2019-00189 du rôle, en application de l'article L.234-47 (8) §3 du Code du travail.

gence et comme en matière sommaire, les parties entendues ou dûment convoquées, de constater la nullité du licenciement et d'ordonner le maintien de son contrat de travail. »

En l'espèce, A a été, par courrier recommandé du 30 novembre 2018, réceptionné par lui en date du 3 décembre 2018, convoqué à l'entretien préalable au licenciement fixé au 5 décembre 2018, ce courrier a été posté par recommandé du 30 novembre 2018 à 13h43.

A a déposé l'envoi recommandé contenant sa demande de congé parental le 30 novembre 2018 à 12h39 et remis la même lettre en mains propres à l'employeur, qui l'a donc réceptionnée le 30 novembre 2018, le congé parental devant débiter le 24 mars 2019.

Conformément à l'article L.234-46 (2) du Code du travail le parent qui entend exercer son droit au deuxième congé parental doit notifier la demande à son employeur, par lettre recommandée à la poste avec avis de réception, au moins 4 mois avant le début du congé parental.

Concernant les dates à prendre en considération pour vérifier si le délai légal pour demander un congé parental a été respecté par lui, A reconnaît, comme en première instance, l'existence de « *petites maladroites, d'erreurs matérielles au niveau des dates indiquées par lui* », erreurs qui ne rendraient cependant pas sa demande inopérante, dans la mesure où l'employeur était informé de son intention de prendre un congé parental, cette information étant déterminante.

La Cour constate que le salarié parle d'une première demande de congé parental du 16 mars 2018 qui n'aurait pas été acceptée par la responsable des ressources humaines de la société S1, qui lui aurait demandé de la formuler dans les forme et délai de la loi, ensuite de la demande datée du 23 novembre 2018, mais postée une semaine plus tard, soit le 30 novembre 2018, pour un congé parental à prendre à partir du

24 mars 2019 et finalement, de la demande envoyée à la « *Zukunftskees* » qui indique un début souhaité pour le congé parental au 29 mars 2019.

Pour apprécier si le congé parental a été demandé dans le délai légal de quatre mois, étant donné que le législateur a prévu l'envoi de la demande par lettre recommandée avec avis de réception, le jour à prendre en compte est le jour où la demande du salarié a été déposée à la poste, ou remise en mains propres et avisée par l'employeur, le salarié n'ayant en effet pas d'influence sur la date de la réception par l'employeur.

La demande d'un congé parental postée le 30 novembre 2018, lorsque le début souhaité dudit congé parental est le 24 mars 2019, ne respecte pas le délai de quatre mois précédant le début du congé parental et pourra être refusée par l'employeur.

Il s'ensuit que la demande de congé parental postée le 30 novembre 2018 a été formulée tardivement, soit en dehors du délai légal de quatre mois avant le début du congé sollicité fixé au 24 mars 2019, de sorte que le salarié ne peut bénéficier de la protection de l'article L.234-48 (2) et (3) du Code du travail.

A réitère son offre de preuve tendant à établir l'information de l'employeur de son souhait de bénéficier d'un congé parental déjà depuis le 28 novembre 2018.

Cette offre de preuve est de la teneur suivante :

« *La société S1 S.A., employeur de Monsieur A, était informée dès le 28 novembre 2018, de la demande de Monsieur A de bénéficier du congé parental à mi-temps à compter du 29 mars 2019.*

Monsieur A a informé Madame B qu'il entendait exercer son droit au congé parental lors d'une réunion qui s'est tenue le mercredi 28 novembre 2018, entre 16 heures et 17h30. Le formulaire intitulé « Demande d'indemnité de congé parental » émis par la Zukunftskees a

été remis directement à Madame B afin que l'employeur signe la partie qui lui est réservée dans ce formulaire.

Lors de cette réunion, Madame B a informé Monsieur A que Monsieur C, administrateur délégué de la société S1 S.A., était résolument opposé à une telle demande.

A la fin de cette réunion, Madame B a rendu le formulaire à Monsieur A sans l'avoir signé en lui indiquant qu'il fallait l'envoyer par voie postale.

Le 30 novembre 2018, Monsieur A a insisté pour donner le formulaire en mains propres à Madame B alors que le formulaire, envoyé par la poste, n'est vraisemblablement pas encore arrivé à destination. »

Cette offre de preuve est dépourvue de pertinence dans la mesure d'une part où l'information orale donnée à l'employeur déjà en date du 28 novembre 2018, comme le prétend le salarié, n'est pas conforme aux exigences de l'article L.234-46 (2) et d'autre part, que cette information orale antérieure, à la supposer établie, ne rend pas la demande postée le 30 novembre 2018, hors délai, régulière.

Le jugement est partant à confirmer en ce qu'il a rejeté la susdite offre de preuve pour ne pas être concluante.

La procédure de licenciement qui a débuté par la notification, en date du 30 novembre 2018, de la lettre de convocation à l'entretien préalable, ainsi que le licenciement subséquent notifié à A le 11 décembre 2018, sont dès lors réguliers et les demandes du salarié tendant à la nullité du licenciement ainsi qu'au maintien dans l'entreprise sont, par confirmation de l'ordonnance entreprise, à déclarer non fondées.

5. **Droit européen : les États membres doivent obliger les employeurs à mettre en place un système permettant de mesurer de façon objective et fiable la durée du temps de travail journalier.**

Arrêt du 14 mai 2019 dans l'affaire C-55/18 Federación de Servicios de Comisiones Obreras (CCOO) / Deutsche Bank SAE

Faits

Le syndicat espagnol Federación de Servicios de Comisiones Obreras (CCOO) a saisi l'Audiencia Nacional (Cour centrale, Espagne) en vue d'obtenir un jugement constatant l'obligation pour Deutsche Bank SAE d'établir un système d'enregistrement du temps de travail journalier effectué par les membres de son personnel et afin de pouvoir vérifier le respect des horaires de travail par l'employeur et d'assurer le respect de l'obligation, prévue par la législation nationale, de transmettre aux représentants syndicaux les informations relatives aux heures supplémentaires effectuées mensuellement.

Selon le CCOO, l'obligation d'établir un tel système d'enregistrement découle non seulement de la législation nationale, mais également de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (ci-après la « Charte ») et de la directive sur le temps de travail.

L'employeur Deutsche Bank soutient qu'il découle de la jurisprudence du Tribunal Supremo (Cour suprême, Espagne) que le droit espagnol ne prévoit pas une telle obligation d'application générale. En effet, il ressortirait de cette jurisprudence que la loi espagnole impose uniquement, sauf convention contraire, la tenue d'un registre des heures supplémentaires effectuées par les travailleurs ainsi que la communication, à la fin de chaque mois, aux travailleurs et à leurs représentants, du nombre d'heures supplémentaires ainsi effectuées.

Alors que l'Audiencia Nacional a des doutes sur la conformité avec le droit de l'Union de l'interprétation faite par le Tribunal Supremo de la loi espagnole, il a posé une question préjudicielle à ce sujet à la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE).

Décision de la CJUE

La CJUE rappelle d'abord que le droit de chaque travailleur à une limitation de la durée maximale du travail et à des périodes de repos journalier et hebdomadaire, constitue non seulement une règle du droit social de l'Union revêtant une importance particulière, mais est aussi expressément consacré à l'article 31¹, paragraphe 2, de la Charte, à laquelle l'article 6, paragraphe 1, TUE reconnaît la même valeur juridique que les traités. Les dispositions de la directive 2003/88, notamment ses articles 3², 5³ et 6⁴, précisent ce droit fondamental et doivent, dès lors, être interprétées à la lumière de ce dernier. Dans le souci de garantir le respect dudit droit fondamental, les dispositions de la directive 2003/88 ne sauraient faire l'objet d'une interprétation restrictive au détriment des droits que le travailleur tire de celle-ci. La Cour précise qu'il faut ainsi interpréter ladite directive en tenant compte de l'importance du droit fondamental de chaque travailleur à une limitation de la durée maximale du travail et à des périodes de repos journalier et hebdomadaire.

La Cour continue ses développements en affirmant que les États membres

sont tenus, de prendre les mesures nécessaires pour que tout travailleur bénéficie, respectivement, d'une période minimale de repos de 11 heures consécutives au cours de chaque période de 24 heures et, au cours de chaque période de 7 jours, d'une période minimale de repos sans interruption de 24 heures, à laquelle s'ajoutent les 11 heures de repos journalier prévues audit article 3. Les États membres sont aussi tenus de limiter le temps de travail en prévoyant un plafond de maximum 48 heures pour la durée moyenne hebdomadaire de travail, limite maximale à propos de laquelle il est expressément précisé qu'elle inclut les heures supplémentaires.

Pour garantir la pleine effectivité de la directive 2003/88, il importe donc que les États membres garantissent le respect de ces périodes minimales de repos et empêchent tout dépassement de la durée maximale hebdomadaire de travail.

Selon la CJUE, même si les articles 3 et 5 ainsi que l'article 6, sous b), de la directive 2003/88 ne déterminent pas les modalités concrètes par lesquelles les États membres doivent assurer la mise en œuvre des droits qu'ils prévoient, il ressort de leurs termes mêmes, que ces dispositions confient aux États membres le soin d'adopter ces modalités, en prenant les « mesures nécessaires » à cet effet. Si les États membres disposent ainsi d'une marge d'appréciation à cette fin, ils sont néanmoins tenus de garantir que l'effet utile de ces droits soit intégra-

1 Art. 31.2. de la Charte : Tout travailleur a droit à une limitation de la durée maximale du travail et à des périodes de repos journalier et hebdomadaire, ainsi qu'à une période annuelle de congés payés.
2 Art. 3 Directive 2003/88 : Les États membres prennent les mesures nécessaires pour que tout travailleur bénéficie, au cours de chaque période de vingt-quatre heures, d'une période minimale de repos de onze heures consécutives.
3 Art. 5 Directive 2003/88 : Les États membres prennent les mesures nécessaires pour que tout travailleur bénéficie, au cours de chaque période de sept jours, d'une période minimale de repos sans interruption de vingt-quatre heures auxquelles s'ajoutent les onze heures de repos journalier prévues à l'article 3. Si des conditions objectives, techniques ou d'organisation du travail le justifient, une période minimale de repos de vingt-quatre heures pourra être retenue.
4 Art. 6 Directive 2003/88 : Les États membres prennent les mesures nécessaires pour que, en fonction des impératifs de protection de la sécurité et de la santé des travailleurs : a) la durée hebdomadaire du travail soit limitée au moyen de dispositions législatives, réglementaires ou administratives ou de conventions collectives ou d'accords conclus entre partenaires sociaux ; b) la durée moyenne de travail pour chaque période de sept jours n'excède pas quarante-huit heures, y compris les heures supplémentaires.

lement assuré, en faisant concrètement bénéficier les salariés des périodes minimales de repos journalier et hebdomadaire et de la limite maximale de la durée moyenne hebdomadaire de travail prévues par cette directive.

À cet égard, la CJUE rappelle que le travailleur doit être considéré comme la partie faible dans la relation de travail, de telle sorte qu'il est nécessaire d'empêcher que l'employeur restreigne ses droits.

C'est à la lumière de ces considérations générales que la CJUE examine dans son arrêt du 14 mai 2019 si, et dans quelle mesure, la mise en place d'un système permettant de mesurer la durée du temps de travail journalier effectué par chaque travailleur est nécessaire pour assurer le respect effectif de la durée maximale hebdomadaire de travail ainsi que des périodes minimales de repos journalier et hebdomadaire.

Selon la Cour, en l'absence d'un tel système, il n'est pas possible de déterminer de façon objective et fiable ni le nombre d'heures de travail ainsi effectuées par le travailleur ainsi que leur répartition dans le temps ni le nombre des heures effectuées au-delà du temps de travail normal, en tant qu'heures supplémentaires. Et dans ces conditions, il apparaît excessivement difficile, sinon impossible en pratique, pour les travailleurs de faire respecter leurs droits. En effet, la détermination objective et fiable du nombre d'heures de travail quotidien et hebdomadaire est essentielle pour établir, d'une part, si la durée maximale hebdomadaire de travail et, d'autre part, si les périodes minimales de repos journalier et hebdomadaire, ont été respectées.

Compte tenu du fait que les États membres doivent prendre toutes les mesures nécessaires pour garantir le respect des périodes minimales de repos et empêcher tout dépassement de la durée maximale hebdomadaire de travail, **une réglementation nationale qui ne prévoit pas l'obligation de recourir à un instrument permettant une détermination objective et fiable du nombre d'heures de travail quotidien et hebdomadaire n'est pas à même de garantir l'effet utile des droits précités, dans la mesure où elle prive tant les employeurs que les travailleurs de la possibilité de vérifier si ces droits sont**

respectés et est ainsi susceptible de compromettre l'objectif de ladite directive consistant à assurer une meilleure protection de la sécurité et de la santé des travailleurs.

La CJUE insiste encore sur le fait qu'il est sans incidence que la durée maximale hebdomadaire de travail retenue par le droit espagnol soit plus favorable au travailleur que celle prévue à l'article 6, sous b), de la directive 2003/88 (en l'occurrence 40 heures de travail par semaine calculée en moyenne sur l'année avec un maximum de 80 heures supplémentaires par an).

La CJUE pointe ensuite l'insuffisance de l'obligation pour les employeurs en Espagne, d'établir un système d'enregistrement des heures supplémentaires effectuées par les travailleurs ayant donné leur accord à cet égard. **En effet, la qualification d'heures « supplémentaires » suppose que la durée du temps de travail effectué par chaque travailleur concerné soit connue, et donc préalablement mesurée.** L'obligation d'enregistrer les seules heures supplémentaires effectuées ne fournit donc pas aux travailleurs un moyen effectif de nature à garantir, d'une part, que la durée maximale hebdomadaire de travail édictée par la directive 2003/88, laquelle inclut les heures supplémentaires, n'est pas dépassée et, d'autre part, que les périodes minimales de repos journalier et hebdomadaire prévues par cette directive sont respectées en toutes circonstances. En tout état de cause, cette obligation ne permet pas de pallier l'absence de système qui, s'agissant des travailleurs n'ayant pas accepté d'accomplir des heures supplémentaires, puisse garantir le respect effectif des règles relatives, notamment, à la durée maximale hebdomadaire de travail.

Même si un salarié peut recourir à d'autres moyens de preuve, tels que, notamment, des témoignages, la production de courriers électroniques ou la consultation de téléphones portables ou d'ordinateurs, afin de fournir l'indice d'une violation de ces droits et entraîner ainsi un renversement de la charge de la preuve, ces moyens de preuve, contrairement à un système mesurant la durée du temps de travail journalier effectué, ne permettent pas d'établir de manière

objective et fiable le nombre d'heures de travail quotidien et hebdomadaire effectuées par le travailleur.

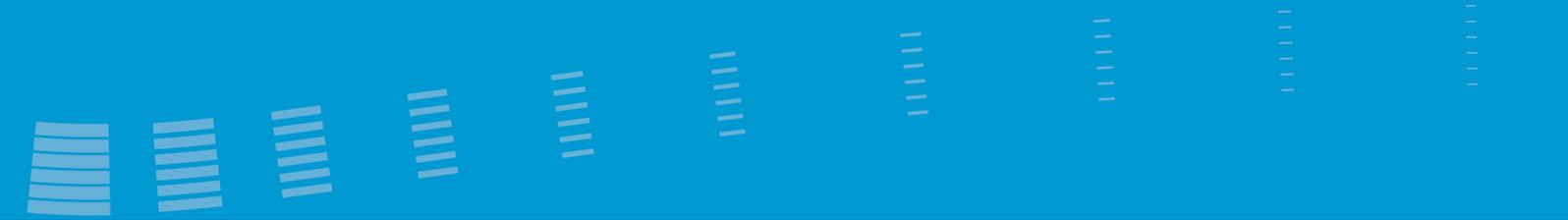
C'est en particulier, compte tenu de la situation de faiblesse du travailleur dans la relation de travail, que la preuve testimoniale ne saurait être considérée, à elle seule, comme un moyen de preuve efficace de nature à garantir un respect effectif des droits en cause, dès lors que les travailleurs sont susceptibles de se montrer réticents à témoigner contre leur employeur en raison de la crainte de mesures prises par ce dernier de nature à affecter la relation de travail à leur détriment.

En revanche, **un système permettant de mesurer la durée du temps de travail journalier effectué par les travailleurs offre à ces derniers un moyen particulièrement efficace pour accéder de manière aisée à des données objectives et fiables concernant la durée effective du travail réalisé par eux et est ainsi de nature à faciliter tant la preuve par lesdits travailleurs d'une méconnaissance de leurs droits, ainsi que le contrôle par les autorités et les juridictions nationales compétentes du respect effectif de ces droits.**

En outre, un tel système est nécessaire pour **permettre aux représentants des travailleurs, ayant une fonction spécifique en matière de protection de la sécurité et de la santé des travailleurs, d'exercer leur droit, de demander à l'employeur qu'il prenne des mesures appropriées et de lui soumettre des propositions.**

En conséquence, afin d'assurer l'effet utile des droits prévus par la directive 2003/88 et du droit fondamental consacré à l'article 31, paragraphe 2, de la Charte, les États membres doivent imposer aux employeurs l'obligation de mettre en place un système objectif, fiable et accessible permettant de mesurer la durée du temps de travail journalier effectué par chaque travailleur.

Il incombe ainsi aux États membres de définir les modalités concrètes de mise en œuvre d'un tel système, en particulier la forme que celui-ci doit revêtir, et cela en tenant compte, le cas échéant, des particularités propres à chaque secteur d'activité concerné, voire des



spécificités de certaines entreprises, notamment leur taille, et ce sans préjudice de l'article 17, paragraphe 1⁵, de la directive 2003/88, qui permet aux États membres, dans le respect des principes généraux de la protection de la sécurité et de la santé des travailleurs, de déroger, notamment, aux articles 3 à 6 de cette directive, lorsque la durée du temps de travail, en raison des caractéristiques particulières de l'activité exercée, n'est pas mesurée et/ou prédéterminée ou peut être déterminée par les travailleurs eux mêmes.

S'agissant **des coûts** que la mise en place d'un tel système pourrait impliquer pour les employeurs, la CJUE rappelle que **la protection efficace de la sécurité et de la santé des travailleurs ne saurait être subordonnée à des considérations purement économiques**.

La Cour conclut en affirmant qu'une réglementation d'un État membre qui, selon l'interprétation qui en est donnée par la jurisprudence nationale, n'impose pas aux employeurs l'obligation d'établir un système permettant de mesurer la durée du temps de travail journalier effectué par chaque travailleur, n'est pas conforme aux règles de droit européennes.

5 Art. 17 §1 Directive 2003/88 : Dans le respect des principes généraux de la protection de la sécurité et de la santé des travailleurs, les États membres peuvent déroger aux articles 3 à 6, 8 et 16 lorsque la durée du temps de travail, en raison des caractéristiques particulières de l'activité exercée, n'est pas mesurée et/ou prédéterminée ou peut être déterminée par les travailleurs eux-mêmes, et notamment lorsqu'il s'agit : a) de cadres dirigeants ou d'autres personnes ayant un pouvoir de décision autonome ; b) de main-d'œuvre familiale, ou c) de travailleurs dans le domaine liturgique des églises et des communautés religieuses.