



INFOS JURIDIQUES



DROIT

FLASH SUR LE DROIT SOCIAL

SOMMAIRE

1. **Licenciement pour insuffisance ou inaptitude professionnelle** : La lettre de motivation doit faire état de faits précis et circonstanciés s'étalant sur une certaine durée..... **p. 2**
2. **Caractère irrévocable du licenciement** : L'employeur ne peut plus, par sa seule volonté, revenir ni sur le licenciement, ni sur le délai de préavis qu'il a indiqué **p. 4**
3. **Période d'essai et maladie** : L'incapacité de travail dûment déclarée constitue une cause de suspension de la période d'essai..... **p. 5**
4. **Messagerie privée sur l'ordinateur professionnel** : Les messages échangés sur l'application privée « WhatsApp », installée par la salariée sur son ordinateur professionnel ne sont pas protégés par le secret des correspondances **p. 8**
5. **Droit européen** : La législation espagnole qui exclut les employés de maison des prestations de chômage alors qu'il s'agit presque exclusivement de femmes est contraire au droit de l'Union..... **p. 10**



1. Licenciement pour insuffisance ou inaptitude professionnelle : La lettre de motivation doit faire état de faits précis et circonstanciés s'étalant sur une certaine durée

Arrêt de la Cour d'appel du 16 juin 2022, n° CAL-2020-00562 du rôle

1.1 Faits et rétroactes

Le 1^{er} février 2017, une société engage un salarié en qualité de technico-commercial suivant un contrat de travail à durée indéterminée. Par courrier recommandé du 15 décembre 2018, le salarié est licencié moyennant un préavis de deux mois allant du 15 décembre 2018 au 14 février 2019, étendu d'un commun accord jusqu'au 28 février 2019.

Le 17 janvier 2019, le salarié demande la communication des motifs de son licenciement, ceux-ci lui ont été fournis par l'employeur par courrier recommandé du 28 janvier 2019.

Le salarié conteste le licenciement intervenu à son égard et décide de saisir le Tribunal du travail de Luxembourg pour voir déclarer abusif son licenciement avec préavis. Il demande à ce que son ancien employeur soit condamné à lui payer des indemnités pour les préjudices matériel et moral qu'il a subis du fait du licenciement.

Le 3 avril 2020, le Tribunal du travail déclare la demande du salarié recevable et considère en effet que le licenciement avec préavis du 15 décembre 2018 est abusif.

En outre, il déclare fondées les demandes en indemnisation du salarié et condamne l'employeur à payer la somme de 15 721,80 euros, avec les intérêts légaux à partir de la demande en justice jusqu'à solde, dont 14 449,68 pour préjudice matériel, 1 000 euros pour préjudice moral et 272,12 euros au titre des commissions rédues.

L'employeur a encore été condamné aux frais et dépens de l'instance et à payer au salarié une indemnité de procédure de 1000 euros. L'employeur décide alors d'interjeter appel et demande à la Cour d'appel non seulement de déclarer le licenciement justifié et régulier mais également de débouter le salarié de l'intégralité de ses demandes.

1.2 La décision du Tribunal du travail

Dans son jugement du 3 avril 2020, le Tribunal du travail constate que la lettre de motivation du 28 janvier 2019 fait état d'une insuffisance professionnelle par le salarié ainsi que d'un non-respect de l'horaire de travail. Le Tribunal retient que la lettre de motivation fournie par l'employeur n'énonce pas les motifs de licenciement avec la précision requise par la loi et la jurisprudence.

Aux termes de l'article L.124-5 du Code du travail, lorsque le salarié demande les motifs de son licenciement, l'employeur

est tenu d'énoncer avec précision par lettre recommandée, au plus tard un mois après la notification de la lettre recommandée de demande des motifs, le ou les motifs du licenciement liés à l'aptitude ou à la conduite du travailleur ou fondés sur la nécessité du fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service qui doivent être réels et sérieux.

a. Le motif pour insuffisance professionnelle

L'employeur évoque l'insuffisance professionnelle du salarié sans donner davantage d'éléments. Le Tribunal du travail rappelle que la jurisprudence décrit l'insuffisance professionnelle comme étant le résultat de l'inaptitude du salarié à occuper son emploi, se manifestant par de nombreux manquements professionnels en ce qui concerne la fonction pour laquelle il a été engagé. Une exécution défectueuse systématique du travail par le salarié, constatée sur la durée, peut constituer un comportement fautif permettant à l'employeur de procéder au licenciement du salarié¹.

Dans le contexte particulier d'un licenciement fondé sur l'insuffisance ou l'inaptitude professionnelle du salarié, cette insuffisance doit être décrite dans la lettre de motivation par des faits précis et circonstanciés et elle doit être constatée sur une certaine durée². La circonstance qu'il ne s'agit pas de faits isolés, mais de faits répétitifs s'étalant sur une certaine période ne permet pas d'atténuer les exigences d'une formulation précise renvoyant à des dates déterminées³.

b. Le reproche lié à la réalisation d'un chiffre d'affaires insuffisant

Le Tribunal du travail retient que le reproche lié à la réalisation d'un chiffre d'affaires insuffisant ne se trouve pas énoncé avec suffisamment de précision, l'employeur n'ayant indiqué ni l'objectif à atteindre en termes de chiffre d'affaires attendu par l'employeur, ni la connaissance par le salarié de ce qu'il devait atteindre un résultat déterminé, ni des manquements concrets imputables au salarié qui l'auraient empêché d'atteindre ces prétendus objectifs.

c. Le reproche lié au défaut d'envoi quotidien des comptes-rendus

Le Tribunal est venu conclure que les reproches liés à un défaut d'envoyer quotidiennement à l'employeur des comptes-rendus d'activité et à une insuffisance de prospection de clients

1 Cour d'appel, 29 janvier 2009, n°33436 du rôle ; Cour d'appel, 10 janvier 2008, n°32403 du rôle.

2 En ce sens Cour d'appel, 17 octobre 2013, n°388834 du rôle.

3 Cour d'appel, 5 décembre 2013, n°38422 du rôle.

manquent de précision. L'employeur reste en défaut d'indiquer une période déterminée au cours de laquelle ces manquements auraient persisté, de nature à permettre au juge de vérifier s'il y a eu exécution défectueuse systématique de ses fonctions par le salarié.

d. Le motif de non-respect de l'horaire de travail

Le non-respect de l'horaire de travail manque également de précision, l'employeur étant resté en défaut de fournir des exemples datés à la fois du manquement supposé et des prétendues interpellations effectuées.

1.3 Appréciation de la Cour d'appel

La Cour d'appel, dans son arrêt du 16 juin 2022, confirme le jugement rendu en première instance. Elle considère que le licenciement prononcé à l'encontre du salarié est abusif. En outre, elle fait droit aux demandes indemnitaires du salarié mais décide de réformer le montant du préjudice matériel alloué par le Tribunal du travail.

a. Quant au licenciement abusif

La Cour approuve la décision des juges de première instance d'avoir retenu que la lettre de motivation manque de précision quant au premier motif lié à l'insuffisance professionnelle.

En effet, la lettre de motivation ne contient pas d'indication d'exemples illustratifs concrets dûment circonstanciés et datés relatifs au reproche de l'insuffisance professionnelle lié à une performance technique insuffisante et au défaut d'acquisition des bases du métier. Le reproche est donc formulé de façon trop générale.

La Cour retient que c'est à bon droit que le Tribunal du travail a retenu que le reproche lié à la réalisation d'un chiffre d'affaires insuffisant ne se trouve pas énoncé avec suffisamment de précision.

La Cour approuve par ailleurs le Tribunal du travail en ce qu'il constate que le deuxième motif tiré du non-respect de l'horaire de travail manque également de précision, l'employeur étant resté en défaut de fournir des exemples datés à la fois du manquement allégué et des prétendues interpellations effectuées.

Par conséquent, la Cour d'appel considère que faute de précision des motifs invoqués dans la lettre de motivation, le licenciement intervenu le 15 décembre 2018 à l'égard de du salarié est abusif.

b. Quant aux demandes indemnitaires

► Le préjudice matériel

La Cour relève qu'en principe, le dédommagement matériel dû en raison d'un licenciement abusif correspond à la période de référence, période qui aurait raisonnablement dû suffire pour permettre au salarié de trouver un nouvel emploi à peu près équivalent, le salarié licencié étant en effet censé faire tous les efforts nécessaires pour se procurer un emploi de remplacement.

La Cour constate que l'employeur a décidé d'engager le salarié alors même qu'il avait déjà atteint l'âge légal du départ à la retraite au moment de la conclusion du contrat de travail. Par conséquent, l'employeur ne saurait actuellement tirer argument de ce fait afin de refuser au salarié toute indemnisation à titre de préjudice matériel pendant une période de référence déterminée. La Cour estime que le salarié est en droit de demander une indemnité pour le préjudice matériel subi mais elle décide de la réduire à de plus justes proportions.

Eu égard à l'âge du salarié et à sa qualification et expérience professionnelle, et dans la mesure où il n'est pas contesté que le salarié peut légalement travailler à raison de 16 heures par semaine en sus de la perception de sa retraite, la Cour considère, qu'il y a lieu, par réformation, de fixer la période de référence au cours de laquelle le dommage matériel du salarié se trouve en relation causale avec son licenciement irrégulier à quatre mois (soit du 1^{er} mars 2019 au 30 juin 2019), et de retenir que le préjudice subi au cours de cette période s'élève à la rémunération au titre des 16 heures par semaine de prestation de travail qu'il pouvait légalement percevoir pendant cette période (soit 4 x 860,51 euros brut), sous déduction d'éventuelles aides effectivement perçues.

La Cour relève que le salarié n'a pas perçu d'aides financières au cours de la période de référence fixée, elle retient donc, par réformation, que le dommage matériel du salarié s'élève à (4 x 860,51 =) 3 442,04 euros.

► Le préjudice moral

La Cour approuve le Tribunal du travail d'avoir retenu que compte tenu de l'âge du salarié au moment de son licenciement, il est indéniable qu'il a subi des difficultés dans la recherche d'un nouvel emploi et qu'il s'est fait des soucis pour son avenir.

Compte tenu encore de sa faible ancienneté au sein de la société et de l'atteinte à sa dignité de salarié licencié abusivement, la Cour retient, par réformation, qu'il y a lieu de lui allouer à titre de dommage moral la somme de 2 000 euros.

2. Caractère irrévocable du licenciement : L'employeur ne peut plus, par sa seule volonté, revenir ni sur le licenciement, ni sur le délai de préavis qu'il a indiqué

Arrêt de la Cour d'appel du 12 janvier 2023, n° CAL-2021-00255 du rôle

2.1 Faits et procédure

Le 18 octobre 2018, l'employeur notifie au salarié son licenciement avec un préavis de deux mois pour une absence de vingt-six semaines pour cause de maladie.

Par requête du 21 mai 2019, le salarié convoque son ancien employeur devant le Tribunal du travail de Luxembourg pour le voir condamner à lui payer une indemnité compensatoire de préavis, une indemnité de départ ainsi que des arriérés de salaire.

Par jugement du 21 décembre 2020, le Tribunal du travail condamne la société à payer au salarié la somme globale de 3 869,28 € avec les intérêts au taux légal à partir de la demande en justice jusqu'à solde, dont 2 136,54 € au titre d'arriérés de salaire pour la période du 4 au 31 décembre 2018, 212,18 € au titre d'arriérés de salaire pour la période du 1^{er} au 3 décembre 2018 et 1 520,56 € au titre d'une indemnité compensatoire de préavis.

La demande du salarié tendant à se voir allouer une indemnité de départ a été rejetée par application de l'article L.124-10 (1) du Code du travail. Par acte d'huissier de justice du 29 janvier 2021, l'employeur décide de relever appel de ce jugement.

2.2 Arguments des parties

Les parties sont en désaccord quant à la date d'échéance des relations de travail entre le salarié et la société.

L'employeur soutient que les relations de travail entre parties auraient pris fin le 28 février 2019, alors que le salarié soutient que les relations de travail auraient pris fin le 31 décembre 2018. L'employeur invoque un arrêt rendu par la Cour d'appel le 11 juillet 2019 (CAL-2017-00092) ayant retenu « *qu'après la résiliation, l'auteur de la résiliation avec préavis peut se conformer à la loi relative à la durée du préavis, soit à la demande de l'autre partie, ou en réaction à sa réclamation, soit de sa propre initiative, en précisant que la durée du préavis sera celle prévue par la loi* ».

Reprochant au salarié de ne plus s'être présenté sur son lieu de travail depuis le 3 décembre 2018, l'employeur dit avoir procédé au licenciement avec effet immédiat à l'encontre du salarié pour absence injustifiée, par courrier du 14 janvier 2019. La relation de travail entre parties se serait terminée à cette date.

Soutenant que par son premier courrier du 18 octobre 2018, l'employeur aurait manifesté définitivement et irrévocablement sa volonté de rompre la relation de travail, de sorte qu'il

ne pourrait plus unilatéralement ni annuler ou rétracter le congé par sa seule volonté ni revenir sur le délai de préavis qu'il a indiqué. Le salarié argumente que son contrat de travail serait venu à échéance le 31 décembre 2018, soit à l'expiration de la période de préavis de deux mois qui lui a été accordée par son employeur dans la lettre de licenciement du 18 octobre 2018.

Pour appuyer son raisonnement, le salarié se prévaut quant à lui d'un arrêt rendu par la Cour de cassation le 14 février 2019 (arrêt n° 4092)⁴.

2.3 Appréciation de la Cour

Le Tribunal du travail, après avoir précisé que le licenciement, acte irrévocable, une fois notifié, échappe à la volonté de son auteur qui ne peut, par sa seule volonté, revenir ni sur le licenciement, ni sur le délai de préavis, a relevé qu'en l'espèce, la période de préavis a pris fin en date du 31 décembre 2018.

Le Tribunal du travail a également constaté qu'au regard de son ancienneté, le salarié aurait eu droit à une période de préavis de quatre mois et « *qu'au regard du licenciement avec effet immédiat intervenu en date du 14 janvier 2019, le requérant a droit au paiement d'une indemnité compensatoire de préavis pour la période du 1^{er} au 14 janvier 2019* ».

La Cour relève qu'en réalité le salarié a été licencié à deux reprises, d'abord avec préavis par lettre du 18 octobre 2018 et ensuite avec effet immédiat le 14 janvier 2019.

Le courrier du 18 octobre 2018 est rédigé dans les termes suivants : « *Par la présente, nous sommes au regret de vous informer que nous résilions votre contrat de travail conclu le 23/08/2010 avec préavis de deux mois. Conformément à l'article L.124-3 du Code du travail, ce préavis commence le 1^{er} novembre 2018 pour se terminer le 31 décembre 2018.*

En effet, au terme d'un délai de 26 semaines de maladie sans discontinuité, nous sommes en droit de mettre un terme à notre collaboration. Votre absence répétée nuit à l'organisation de notre entreprise. De plus, suivant courrier de la Caisse nationale de santé, vous avez été jugé apte à reprendre votre travail depuis le 26/07/2018 or vous ne vous êtes jamais présenté à votre poste de travail depuis cette date (...) ».

Par courrier du 22 novembre 2018, l'employeur s'adresse au salarié dans les termes suivants :

« *Monsieur, en date du 18/10/2018, nous vous avons fait parvenir une lettre de licenciement avec préavis. Suite à une inadvertance de notre part, nous avons commis une erreur dans la*

⁴ En ce sens Cour de Cassation, 14 février 2019, n° 4092

computation de la durée de votre préavis : compte tenue de votre ancienneté vous avez droit à un préavis non pas de deux mois tel qu'erronément indiqué dans notre courrier de licenciement du 18 octobre 2018, mais bien de quatre mois.

En conséquence, votre préavis a commencé à courir à partir du 1^{er} novembre 2018 et viendra à échéance le 28 février 2019, et non pas le 31 décembre 2018. (...) ».

La Cour rappelle que la résiliation est un acte unilatéral de la part de son auteur, qui a en l'espèce fait part aux termes de son courrier du 18 octobre 2018 de sa volonté non équivoque de mettre fin au contrat de travail qui le liait au salarié. Le licenciement, échappe à la volonté de son auteur, qui ne peut plus, par sa seule volonté revenir, ni sur le licenciement, ni sur le délai de préavis qu'il a indiqué⁵.

La période de préavis accordée au salarié aux termes du courrier du 18 octobre 2018 est venue à échéance le 31 décembre 2018, date à laquelle le contrat de travail a pris fin, étant précisé que le salarié n'a jamais remis en cause les motifs invoqués par son employeur à la base de ce licenciement.

L'employeur ne pouvait partant plus, de par sa seule volonté, revenir sur le délai de préavis de deux mois accordé à son ancien salarié. Il appartient à l'employeur d'établir que les parties auraient d'un commun accord, avant l'échéance du 31 décembre 2018, voulu revenir sur le délai de préavis fixé par l'employeur dans son courrier du 18 octobre 2018.

La Cour retient que les relations de travail entre parties ont pris fin le 31 décembre 2018. Aussi, le salarié ne pouvait plus se voir notifier un licenciement avec effet immédiat après le 31 décembre 2018, de sorte que les développements de l'employeur y relatifs sont à écarter.

3. Période d'essai et maladie : L'incapacité de travail dûment déclarée constitue une cause de suspension de la période d'essai

Arrêt de la Cour d'appel du 19 janvier 2023, n° CAL-2022-00115 du rôle

3.1 Faits et rétroactes

Par contrat de travail signé le 10 mars 2020, une personne a été engagée comme « secrétaire-assistante » par une société en commandite simple avec effet au 22 avril 2020. Ledit contrat stipule, à l'article 3, qu'il est « conclu, dans un premier temps, à titre d'essai, pour une période de 3 (trois) mois courant à partir du premier jour de travail ».

Dans le contexte du début de la pandémie du Covid-19 et des mesures sanitaires en vigueur à l'époque, la salariée adresse à son employeur en date du 9 avril 2020, un courriel dont le passage pertinent se lit comme suit : « Je me demandais comment nous allions procéder vu le problème avec le virus et le confinement pour pouvoir commencer notre collaboration ».

Le passage pertinent du courriel de réponse de la part de l'employeur, daté du même jour se lit comme suit : « Actuellement nous avons les 55 avocats en télétravail avec tous les employés et secrétaires à la maison, partiellement occupés à distance, partiellement en chômage partiel. Nous sommes en train d'élaborer un plan de retour progressif au travail, pour un nombre limité de personnes à partir du 27 avril, voire le 4 mai 2020, accompagné de mesures drastiques d'hygiène et de port de masques. Pour moi, ce serait idéal que vous commenciez le 4 mai. Serait-il possible de reporter le début de votre contrat au 1^{er} mai, début effectif lundi 4 mai ? »

Lors d'un entretien téléphonique qui s'est tenu le même jour, la salariée a informé son futur employeur qu'elle devait se soumettre à une intervention chirurgicale et que celle-ci était programmée pour le 22 avril 2020.

Le 9 avril toujours, l'employeur lui adresse le courriel suivant :

« Chère Madame,

Vous me dites que vous devez vous faire opérer le 22 avril 2020, au jour même où vous devriez commencer chez nous et que vous allez ensuite être en maladie pendant au moins deux (2) semaines.

Cela me pose beaucoup de problèmes, car vous êtes censée remplacer ma secrétaire qui partira le 11 mai 2020, et nous avions justement prévu cette période de transition minimum de 2 semaines pour vous permettre de vous familiariser avec les dossiers et notre manière de travailler avant son départ. Etant rappelé que vous ne vouliez pas venir avant le 22 avril, en raison de vos congés de Pâques. Vous me forcez la main. Il faudra alors m'apporter une attestation écrite de votre médecin qui confirme que cette opération doit obligatoirement se faire le 22 avril, et qu'elle ne peut pas se faire ni à une date antérieure ni à une date postérieure.

Bien à vous »

Le certificat médical demandé a bien été transmis à l'employeur le 16 avril 2020. Ladite intervention chirurgicale, dont il est constant en cause qu'il s'agissait d'une hystérectomie totale (ablation de l'utérus et du col utérin), a été réalisée comme prévue.

⁵ En ce sens Cour de Cassation, 14 février 2019, n° 4092

Par courriel daté du 30 avril 2020, la salariée informe son employeur qu'elle serait à sa « disposition à compter du 4 mai 2020, comme indiqué dans précédent mail ».

En réponse, son employeur lui adresse, le jour même, le courriel suivant : « En raison de la crise sanitaire du Covid-19, une partie de nos employés et secrétaires sont toujours en chômage partiel. Si jamais vous deviez ne pas prolonger votre certificat de maladie au-delà du 4 mai, vous serez aussi en chômage partiel. Vous devez dès lors rester à la maison jusqu'à nouvel ordre. »

Dans un courriel adressé le 12 juin 2020 à la salariée, l'employeur précise ce qui suit : « Je vous reviens dans quelques jours quand le planning de la deuxième quinzaine de juin sera mis en place ».

Pourtant, le 25 juin 2020, l'employeur décide de résilier le contrat avec un préavis de 15 jours.

La salariée décide de convoquer son ancien employeur devant le Tribunal du travail aux fins de s'y entendre déclarer abusive la résiliation de son contrat à l'essai et condamner à lui payer de ce chef des dommages et intérêts.

Par jugement rendu le 23 novembre 2021, le Tribunal du travail déclare abusive la résiliation du contrat de travail à l'essai. Il condamne l'employeur à payer à la salariée des dommages et intérêts pour réparation de ses préjudices matériel et moral ainsi qu'une indemnité de procédure de 1 000 euros.

L'employeur relève appel du jugement rendu en première instance.

3.2 Arguments de la salariée

Selon la salariée, la période d'essai n'aurait pas débuté le 22 avril 2020, comme le prévoit le contrat de travail. En réalité, elle aurait été suspendue jusqu'au 24 juin inclus et n'aurait débuté que le 25 juin 2020.

Cette modification de la date de prise d'effet du contrat de travail serait la conséquence, premièrement, d'un accord entre les parties afin de reporter celle-ci du 22 avril au 4 mai 2020 et, deuxièmement, du placement de la salariée sous le régime du chômage partiel, dans le contexte de la crise sanitaire, en application du règlement grand-ducal du 1^{er} avril 2020 portant dérogation aux articles L.111-3, L.121-5, L.122-11 et L.131-7 du Code du travail, lequel règlement aurait eu pour effet de suspendre la période d'essai pendant toute la durée de l'état de crise, jusqu'au 24 juin 2020 inclus.

La salariée fait valoir que son contrat de travail avait été résilié, le premier jour de sa période d'essai, le 25 juin 2020, avant même qu'elle n'ait commencé à travailler.

Il s'agirait par conséquent d'une rupture fautive du contrat de travail à l'essai, intervenue en violation de l'article L. 121-5 du Code du travail, lequel prévoit une durée minimale de deux semaines dans l'exécution de la période d'essai ainsi que de l'obligation d'exécution de bonne foi des conventions, prévue par l'article 1134 du Code civil.

La salariée ajoute que les motifs communiqués par l'employeur seraient totalement étrangers à ses compétences professionnelles.

3.3 Arguments de l'employeur

Dans un courriel adressé le 3 juillet 2020 au mandataire de la salariée, l'employeur précise entre autres ce qui suit : « Notre confiance en sa fiabilité a été gravement ébranlée avant même son premier jour de travail, parce que son absence pour une intervention chirurgicale le jour même où elle devait commencer son travail (...) suivie d'une période de maladie à durée annoncée comme incertaine, nous a obligé d'engager en urgence une deuxième personne pour la remplacer dès son premier jour de travail. Et pourtant, nous l'avons inscrite en bonne et due forme à la sécurité sociale le 22 avril afin qu'elle puisse toucher son indemnité de maladie, et nous lui avons par la suite payé ses salaires pendant plus de deux mois, tout en lui permettant de rester durant la crise sanitaire confinée chez elle à la maison. »

Selon l'employeur, la prise d'effet du contrat de travail n'aurait jamais été reportée d'un commun accord du 22 avril au 4 mai 2020. À partir du 22 avril 2020, la salariée aurait été déclarée au Centre commun de la sécurité sociale et aurait touché son salaire, sous forme d'indemnité pécuniaire de maladie. La salariée aurait été déclarée en incapacité de travail pendant treize jours, et cela à partir du premier jour des relations de travail, en raison d'une intervention chirurgicale planifiée de longue date.

Tant les jours d'absence pour cause d'incapacité de travail que les jours d'absence pour cause de chômage partiel lié à la situation sanitaire, seraient à assimiler à des jours de travail effectif.

En ce qui concerne le chômage partiel, les dispositions légales pertinentes auraient eu pour effet, non pas de suspendre la période d'essai, mais de la proroger dans le sens « d'une prolongation dans le temps ».

Au mois de juin, la salariée n'aurait plus été au chômage partiel et se serait tenue à disposition de l'employeur.

La durée d'essai minimale de deux semaines, prévue par l'article L.121-5 du Code du travail, aurait partant été révolue au moment de la résiliation du contrat à l'essai. En outre, l'employeur serait libre de mettre fin au contrat à l'essai sans donner de motifs.

3.4 Appréciation de la Cour

Les parties au litige ont stipulé, à l'article 3 du contrat de travail en cause, qu'il entrerait en vigueur le 22 avril 2020 et qu'il débiterait par une période d'essai de trois mois.

Aucun avenant à ce contrat de travail n'a été conclu par la suite. Face aux contestations de l'employeur, la salariée ne rapporte pas la preuve d'une acceptation du report de date proposé par son ancien employeur pour le début des relations de travail. Il est relevé par ailleurs que, dans un courriel

de l'appelante postérieur à la transmission de la proposition de report et à un entretien téléphonique subséquent entre les parties, l'employeur confirme que le 22 avril 2020 est la date à laquelle la salariée est censée débiter son travail.

Il y a partant lieu de s'en tenir aux stipulations du contrat de travail signé le 10 mars 2020 et de confirmer le jugement dont appel en ce qu'il a retenu que le contrat de travail était entré en vigueur le 22 avril 2020. Il ressort des éléments du dossier que la salariée était ensuite absente de son lieu de travail, pour cause d'incapacité de travail dûment déclarée, entre le 22 avril et le 4 mai 2020.

L'incapacité de travail dûment déclarée a pour effet de suspendre, pour l'essentiel, les obligations principales du contrat de travail. Elle constitue également une cause de suspension de la période d'essai (cf. Cour d'appel, III, 09.01.2003, n° du rôle 26 415 ; VIII, 09.02.2006, n° du rôle 30 413).

Il s'ensuit que l'incapacité de travail dûment déclarée de l'appelante a entraîné une première suspension de sa période d'essai.

De ce fait le début de la période d'essai de l'appelante a été reporté au 4 mai 2020, date à partir de laquelle la salariée était, selon ses propres dires, de nouveau capable de travailler.

À partir du 4 mai 2020, la salariée se trouvait en situation de chômage partiel, en raison de l'état de crise sanitaire. En vertu des dispositions de l'article 1^{er} du règlement grand-ducal du 1^{er} avril portant dérogation aux articles L.111-3, L.121-5, L.122-11 et L.131-7 du Code du travail, sur l'application duquel les parties aux litiges s'accordent pareillement, la période d'essai a de ce chef été suspendue.

Contrairement aux affirmations de l'employeur, la disposition citée ci-dessus prévoit la suspension de la période d'essai, et non sa prorogation ou prolongation, comme le soutient l'employeur. Cette conclusion s'impose eu égard aux termes employés dans les deux premiers alinéas dudit règlement et à la précision édictée à l'alinéa 3, selon laquelle la fraction de la période d'essai restant à courir reprend son cours le lendemain de la fin de l'état de crise.

Pourtant l'employeur n'établit pas que la salariée n'aurait plus été au chômage partiel à partir du mois de juin 2020, face aux contestations de cette dernière.

L'employeur reconnaît d'ailleurs que la salariée n'a pas cessé d'être placée sous le régime du chômage partiel jusqu'à son licenciement, puisqu'elle écrit ce qui suit : « *le contrat à l'essai de l'intimée a été résilié après une période initiale (...) d'incapacité de travail pour cause de maladie et après une prorogation subséquent de la période d'essai du 5 mai au 24 juin 2020 en raison de la mise au chômage partiel de l'intimée* ».

De toute manière, l'alinéa 2 du règlement grand-ducal dispose que « *la suspension se termine à la fin de l'état de crise* », de sorte que l'affirmation de l'employeur selon laquelle la salariée n'au-

rait plus été en chômage partiel à partir du mois de juin est sans incidence sur la solution à intervenir.

Dès lors que la période d'essai a été suspendue en raison de la fermeture de l'entreprise ou de l'admission du salarié au chômage partiel, cette suspension perdure jusqu'à la fin de l'état de crise. En vertu des dispositions citées ci-dessus, la période d'essai a donc une nouvelle fois été suspendue, dès l'admission de l'employeur au régime spécial du chômage partiel, soit dès le 4 mai 2020, et cela jusqu'à la fin de l'état de crise, autrement dit, jusqu'au 24 juin 2020 inclus, conformément à l'article 1 de la loi du 24 mars 2020 portant prorogation de l'état de crise déclaré par règlement grand-ducal du 18 mars 2020 portant introduction d'une série de mesures dans le cadre de la lutte contre le Covid-19. Il suit de ce qui précède qu'en raison de deux causes de suspension successives retenues plus haut, la période d'essai a été suspendue dès la date d'entrée en vigueur du contrat de travail, et cela jusqu'au 24 juin 2020 inclus.

La Cour d'appel en déduit qu'en notifiant la résiliation de son contrat à l'essai avec préavis, le premier jour de la période d'essai, l'employeur a partant violé l'article L. 121-5 (4) du Code du travail qui dispose qu'il « *ne peut être mis fin unilatéralement au contrat à l'essai pendant la période minimale de deux semaines, sauf pour motif grave* ».

La résiliation litigieuse est encore abusive pour être fondée sur des motifs étrangers aux aptitudes et compétences professionnelles de la salariée.

La Cour d'appel rappelle que s'il est vrai que l'employeur est en principe libre de résilier le contrat de travail durant la période d'essai, sans avoir à motiver sa décision, il n'en est ainsi que sous la réserve de ne pas faire dégénérer cette liberté en abus.

La résiliation du contrat à l'essai par l'employeur est abusive si elle procède d'une intention malveillante, d'une faute lourde équipollente au dol, d'une légèreté blâmable ou si elle est détournée de sa finalité (cf. Cour d'appel, VIII, 12.12.2019, n° du rôle CAL-2018-00221).

Il est précisé à cet égard que la finalité de la clause d'essai est de permettre, d'une part, à l'employeur d'évaluer les compétences et aptitudes professionnelles de la personne engagée et, d'autre part, au salarié de déterminer si le poste dont il s'agit lui convient.

En l'espèce, l'employeur n'a pas pu se déterminer en fonction des compétences et aptitudes professionnelles de la salariée, puisque cette dernière n'a jamais fourni aucune prestation dans le cadre du contrat de travail en cause.

Le motif étranger aux compétences et aptitudes de la salariée est d'ailleurs explicité dans le courriel de l'appelante du 3 juillet 2020, lequel fait référence aux inconvénients consécutifs à l'intervention chirurgicale subie par la salariée en date du 22 avril 2020.

Il s'ensuit que la résiliation litigieuse est encore abusive pour avoir été détournée de sa finalité.

La Cour en conclut que le jugement déféré est partant à confirmer en ce qu'il a déclaré abusive la résiliation du contrat à l'essai.

Concernant l'indemnisation du préjudice dont se prévaut la salariée, il convient de rappeler d'abord l'absence de toute disposition légale spécifique relative à l'indemnisation du salarié licencié abusivement pendant la période d'essai.

Dans la détermination de l'étendue du préjudice, le juge doit avoir égard à la précarité du statut du salarié engagé à l'essai, celui-ci n'ayant pu légitimement compter sur le maintien de son emploi.

Le salarié concerné ne saurait prétendre ni à l'indemnisation de sa perte de revenus pendant la période qui lui était nécessaire pour retrouver un emploi, comme en matière de licenciement ordinaire, ni à l'allocation des revenus auxquels il aurait eu droit s'il était resté au service de son employeur, pendant la période d'essai qui restait à courir. Le droit à réparation du préjudice matériel doit rester dans les limites du contrat à l'essai et ne saurait couvrir que la période pendant laquelle le salarié aurait dû rester au service de l'employeur conformément aux exigences de la loi (cf. Cour d'appel, III, 16.03.2000, n° du rôle 23 186 ; VIII, 06.05.1999, n° du rôle 22 284).

En conséquence, la Cour confirme le jugement de première instance en retenant que la salariée a droit à une indemnisation couvrant la période pendant laquelle le contrat ne pouvait être résilié et le délai de préavis légal.

4. Messagerie privée sur l'ordinateur professionnel : Les messages échangés sur l'application privée « WhatsApp », installée par la salariée sur son ordinateur professionnel ne sont pas protégés par le secret des correspondances

Arrêt de la Cour de cassation du 15 décembre 2022, n° CAS-2022-00039 du registre

4.1 Faits

Il s'agit d'une salariée qui a été engagée par une société suivant un contrat de travail à durée indéterminée assorti d'une période d'essai de quatre mois. Dans un premier temps, elle a été licenciée au cours de la période d'essai moyennant préavis avec dispense de travail. La salariée demande devant la juridiction du travail la nullité de ce licenciement en raison de son état de grossesse médicalement constaté. La Présidente du Tribunal de travail de Luxembourg décide d'annuler ce licenciement et ordonne le maintien de la salariée dans l'entreprise.

Entretemps, la société procède à la mise à pied avec effet immédiat pour faute grave de la salariée après avoir pris connaissance de certains messages envoyés par la salariée à l'aide d'un service de messagerie installé sur son ordinateur professionnel.

4.2 Procédure

La salariée conteste la mise à pied avec effet immédiat pour faute grave et décide d'agir en justice à l'encontre de son employeur. Avant de se pourvoir en cassation, la salariée obtiendra une réponse favorable du Tribunal du travail de Luxembourg avant de voir sa demande rejetée par la Cour d'appel le 27 janvier 2022.

a. Décision du Tribunal du travail

Le Tribunal du travail de Luxembourg annule la mise à pied et rejette la demande en résiliation du contrat de travail formulée par l'employeur.

L'employeur décide donc d'interjeter appel.

b. Décision de la Cour d'appel

Dans son arrêt du 27 janvier 2022, la Cour d'appel décide de réformer le jugement rendu par les juges de première instance et valide la mise à pied prononcée à l'encontre de la salariée.

En effet, la Cour d'appel estime que les messages échangés sur l'application privée « WhatsApp », installée par la salariée sur l'ordinateur professionnel, ne sont pas protégés par le secret des correspondances et que de ce fait ils constituent une preuve licite.

La Cour d'appel considère qu'« en l'espèce, il est établi et non contesté par la salariée, que les messages litigieux ont été échangés sur l'ordinateur professionnel mis à sa disposition par son employeur, au moyen de l'application privée "WhatsApp", qu'elle avait décidé d'y connecter, alors que les messages échangés n'étaient pas spécifiquement identifiés comme relevant de son intimité personnelle et privée et qu'ils étaient librement accessibles ».

La Cour souligne « le fait qu'en laissant cet ordinateur allumé et non protégé par un mot de passe, permettant ainsi la lecture directe sur l'écran de certains des messages faisant partie de l'ensemble des échanges découverts par la suite, la salariée a nécessairement conféré à ces messages un caractère professionnel, non protégé par le secret des correspondances » et que « contrairement à la décision du Tribunal du travail, le contenu de la messagerie découvert et consulté par la société dans les circonstances de l'espèce, pouvait par la suite être utilisé par l'employeur à l'appui de la mise à pied de la salariée ».

Par conséquent, la Cour d'appel estime que la mise à pied est justifiée et dit fondée la demande en résiliation du contrat de travail.

La salariée forme un pourvoi en cassation considérant que son droit au respect de la vie privée sur son lieu de travail a été violé.

4.3 Appréciation de la Cour de cassation

Dans son arrêt du 15 décembre 2022, la Cour de cassation rejette le pourvoi formé par la salariée et dit la mise à pied justifiée.

a. Sur l'unique moyen de cassation⁶

La salariée invoque la violation du droit au respect de la vie privée sur le lieu de travail, plus particulièrement du secret des correspondances, protégé par l'article 8 (1) de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, l'article 7 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne et l'article 11 (3) de la Constitution.

La salariée estime que les messages échangés sur l'application privée « WhatsApp », bien que cette application ait été installée sur son ordinateur professionnel ne peuvent pas servir de preuve pour attester des agissements fautifs et justifier ainsi la mise à pied avec effet immédiat. En effet, il s'agit de données à caractère personnel et privé de la salariée.

La salariée fait valoir le fait qu'elle a droit, même pendant le temps de travail et sur le lieu de travail, au respect de sa vie privée qui implique en particulier le secret de la correspondance dont font partie les courriers électroniques reçus et envoyés par elle grâce à un outil informatique mis à sa disposition pour son travail et ce même au cas où l'employeur aurait interdit une utilisation non professionnelle de l'ordinateur, ce qui n'était pas le cas en l'espèce.

La salariée invoque notamment la jurisprudence de la Cour de cassation française qui met en exergue le principe selon lequel « les courriers électroniques adressés ou reçus sur une messagerie personnelle, distincte de la messagerie professionnelle, sont nécessairement à caractère privé et couverts par le secret des correspondances ».

En outre, la Cour Européenne des Droits de l'Homme reconnaît qu'un employeur ne peut accéder aux conversations privées d'un employé sans l'en informer au préalable, sous peine de violer son droit à sa vie privée (CEDH, 12 janvier 2016, *Barbulescu c/Roumanie*, n° 61496/08).

Par conséquent, l'employeur ne pouvait pas ignorer qu'il s'agissait d'une conversation à caractère exclusivement privé puisqu'il s'agissait d'une application privée jamais utilisée à des fins professionnelles quoi qu'elle ait été installée sur l'ordinateur professionnel.

b. Réponse de la Cour

La Cour de cassation confirme la décision rendue par la Cour d'appel en constatant que :

- Les messages invoqués à l'appui de la mise à pied et de la demande en résiliation du contrat de travail figuraient sur l'ordinateur mis à disposition par l'employeur à la salariée pour les besoins de l'exécution de ses tâches salariales, donc sur un outil professionnel.
- L'employeur a accédé à cet ordinateur en vue d'une sauvegarde du contenu professionnel, partant pour un motif légitime dans le cadre de l'organisation de son entreprise.
- Les messages en question n'étaient pas spécifiquement identifiés comme relevant de la sphère privée de la salariée, l'employeur n'avait donc pas la possibilité d'identifier à première vue leur caractère personnel.
- L'employeur avait eu accès à ces messages alors que l'application de messagerie avait été laissée ouverte, permettant ainsi la lecture directe à l'écran de certains des messages en question. L'accès à ces messages n'était pas protégé par un mot de passe de sorte que l'employeur n'a pas pu déduire leur caractère privé.

Au vu de ces constatations, la Cour de cassation considère que les juges d'appel ont à bon droit pu retenir que ces messages revêtaient un caractère professionnel, non protégés par le secret des correspondances, et pouvaient être invoqués par l'employeur pour motiver la mise à pied et la demande en résiliation du contrat de travail.

⁶ Le moyen de cassation est le grief en droit dirigé contre la décision attaquée (ici. La décision de la Cour d'appel) ; il est l'indication de ce qui, dans la décision attaquée ou dans la procédure qui l'a précédée, est contraire à la loi.

5. Droit européen : La législation espagnole qui exclut les employés de maison des prestations de chômage alors qu'il s'agit presque exclusivement de femmes est contraire au droit de l'Union

Arrêt de la CJUE (troisième chambre) du 24 février 2022,
CJ contre Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS), C-389/20

5.1 Faits et procédure

Dans cet arrêt, il s'agit d'une salariée, employée de maison en Espagne qui travaille pour une personne physique et est affiliée à un système spécial de sécurité sociale depuis le mois de janvier 2011. Or, la protection octroyée par le système spécial de sécurité sociale applicable aux employés de maison prévu par la législation espagnole ne comprend pas la protection contre le chômage.

En novembre 2019, la salariée a adressé une demande de cotisation au titre de la protection contre le risque de chômage afin d'acquérir le droit à ces prestations sociales à la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) (trésorerie générale de la sécurité sociale, Espagne). La TGSS a rejeté cette demande au motif que la possibilité de cotiser audit système spécial en vue d'obtenir une protection contre le risque de chômage est expressément exclue par la législation espagnole.

La salariée a alors formé un recours devant le Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n° 2 de Vigo (tribunal administratif au niveau provincial n° 2 de Vigo, Espagne), en faisant valoir, que la législation nationale place les employés de maison dans une situation de détresse sociale lorsque leur emploi cesse pour des raisons qui ne leur sont pas imputables. En effet, cela les empêcherait d'accéder non seulement à la prestation de chômage, mais également aux autres aides sociales subordonnées à l'extinction du droit à cette prestation.

Dans ce contexte, le juge espagnol souligne que la catégorie de travailleurs en cause est constituée presque exclusivement de femmes, raison pour laquelle il demande à la Cour d'interpréter la directive sur l'égalité en matière de sécurité sociale, afin de déterminer s'il existe ici une discrimination indirecte fondée sur le sexe, interdite par cette directive.

Dans ces conditions, le Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n° 2 de Vigo (tribunal administratif au niveau provincial n° 2 de Vigo) a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour les questions préjudicielles suivantes :

« 1) L'article 4, paragraphe 1, de la directive 79/7, disposition qui consacre l'égalité de traitement et s'oppose à toute discrimination directe ou indirecte fondée sur le sexe en ce qui concerne l'obligation de cotiser, ainsi que l'article 5, sous b), de la [directive 2006/54], disposition qui contient la même interdiction de discrimination directe ou indirecte fondée sur le sexe en ce qui concerne l'application des régimes sociaux et les conditions d'accès à ceux-ci, ainsi que l'obligation de cotiser et le calcul des cotisations, doivent-ils être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à une disposition nationale telle que l'article 251, sous d), de la LGSS, prévoyant que la

protection octroyée par le système spécial applicable aux employés de maison L'article 4, paragraphe 1, de la directive 79/7/CEE du Conseil, du 19 décembre 1978, relative à la mise en œuvre progressive du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière de sécurité sociale, doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à une disposition nationale qui exclut les prestations de chômage des prestations de sécurité sociale accordées aux employés de maison par un régime légal de sécurité sociale, dès lors que cette disposition désavantage particulièrement les travailleurs féminins par rapport aux travailleurs masculins, et qu'elle n'est pas justifiée par des facteurs objectifs et étrangers à toute discrimination fondée sur le sexe. ne comprend pas la protection contre le chômage ?

2) Si la Cour devait répondre par l'affirmative à la première question, faut-il considérer que cette disposition législative constitue un exemple de discrimination interdite, au sens de l'article 9, paragraphe 1, sous e) et/ou k), de la directive 2006/54, dans la mesure où les destinataires de la disposition en cause, à savoir l'article 251, sous d), de la LGSS sont presque exclusivement des femmes ? »

DROIT DE L'UNION EUROPÉENNE

Directive 79/7/CEE du Conseil, du 19 décembre 1978, relative à la mise en œuvre progressive du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière de sécurité sociale

Article 3, paragraphe 1

« 1. La présente directive s'applique :

aux régimes légaux qui assurent une protection contre les risques suivants :

- maladie,
- invalidité,
- vieillesse,
- accident du travail et maladie professionnelle,
- chômage,

Article 4, paragraphe 1

« Le principe de l'égalité de traitement implique l'absence de toute discrimination fondée sur le sexe, soit directement, soit indirectement par référence, notamment, à l'état matrimonial ou familial, en particulier en ce qui concerne : – le champ d'application des régimes et les conditions d'accès aux régimes, [...] »

DROIT ESPAGNOL

Ley General de la Seguridad Social (loi générale sur la sécurité sociale), dans sa version consolidée approuvée par le Real Decreto Legislativo 8/2015 (décret royal législatif 8/2015), du 30 octobre 2015 (BOE n°261, du 31 octobre 2015, p. 103291, et rectificatif BOE n° 36, du 11 février 2016, p. 10898)

Article 251

« Les travailleurs relevant du système spécial applicable aux employés de maison ont droit aux prestations de sécurité sociale selon les modalités et les conditions établies au présent régime général de la sécurité sociale, avec les particularités suivantes : [...] d) La protection octroyée par le système spécial applicable aux employés de maison ne comprend pas la protection contre le chômage. »

Article 264

« Sont couverts par la protection contre le chômage, à condition qu'ils prévoient de cotiser à ce titre : a) les travailleurs salariés qui relèvent du régime général de la sécurité sociale ;

[...] »

5.2 Appréciation de la Cour

Tout d'abord, la Cour rappelle que constitue une discrimination indirecte fondée sur le sexe la situation dans laquelle une disposition apparemment neutre désavantage particulièrement des personnes d'un sexe par rapport à des personnes de l'autre sexe, à moins que cette disposition ne soit objectivement justifiée et proportionnée.

À cet égard, la Cour indique qu'il appartient au juge espagnol de vérifier si tel est le cas en l'occurrence et la Cour lui donne des indications à cet effet.

En Espagne, la proportion d'hommes et de femmes salariés serait plus ou moins similaire sauf pour le groupe des employés de maison, dans lequel les femmes représenteraient plus de 95 % du groupe. Par conséquent, la proportion des salariés de sexe féminin affectés par la différence de traitement découlant de l'exclusion des prestations de chômage serait donc significativement plus élevée que celle des salariés de sexe masculin. La législation nationale désavantagerait donc particulièrement les salariés féminins et comporterait ainsi une discrimination indirecte fondée sur le sexe contraire à la directive, à moins qu'elle ne réponde à un objectif légitime de politique sociale et soit apte et nécessaire pour atteindre cet objectif.

Le gouvernement espagnol et la TGSS font valoir que l'exclusion de la protection contre le chômage des employés de maison est liée aux spécificités de ce secteur professionnel, dont le statut des employeurs et répond à des objectifs de

sauvegarde des niveaux d'emploi et de lutte contre le travail illégal et la fraude sociale. La Cour confirme que les objectifs mentionnés sont légitimes du point de vue de la politique sociale. Toutefois, elle considère que la législation espagnole n'apparaît pas apte à atteindre ces objectifs, car elle ne semble pas mise en œuvre de manière cohérente et systématique au regard de ces objectifs.

En effet, la Cour relève que la catégorie de salariés exclue de la protection contre le chômage ne se distinguerait pas de manière pertinente d'autres catégories de salariés qui ne le sont pas. Elle souligne que ces autres catégories, dont la relation de travail se déroule à domicile pour des employeurs non professionnels, ou dont le domaine de travail présente les mêmes spécificités en termes de taux d'occupation, de qualification et de rémunération que celui des employés de maison, posent des risques analogues en termes de réduction des niveaux d'emploi, de fraude sociale et de recours au travail illégal, mais sont toutes couvertes par la protection contre le chômage.

En outre, la Cour ajoute que l'affiliation au système spécial des employés de maison ouvre, en principe, droit à toutes les prestations accordées par le régime général de sécurité sociale espagnol à l'exclusion de celles de chômage. Ce système couvre notamment les risques relatifs aux accidents du travail et aux maladies professionnelles. Il y aurait aussi un manque de cohérence à cet égard, dans la mesure où ces autres prestations présenteraient les mêmes risques de fraude sociale que celles de chômage.

Enfin, la Cour estime que la législation espagnole semble aller au-delà de ce qui est nécessaire à la réalisation des objectifs mentionnés. L'exclusion de la protection contre le chômage comporterait en effet l'impossibilité d'obtenir d'autres prestations de sécurité sociale auxquelles les employés de maison auraient droit et dont l'octroi est subordonné à l'extinction du droit aux prestations de chômage. Cette exclusion entraînerait ainsi un plus grand manque de protection sociale se traduisant par une situation de détresse sociale.

5.3 Décision de la Cour

L'article 4, paragraphe 1, de la directive 79/7/CEE du Conseil, du 19 décembre 1978, relative à la mise en œuvre progressive du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière de sécurité sociale, doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à une disposition nationale qui exclut les prestations de chômage des prestations de sécurité sociale accordées aux employés de maison par un régime légal de sécurité sociale, dès lors que cette disposition désavantage particulièrement les travailleurs féminins par rapport aux travailleurs masculins, et qu'elle n'est pas justifiée par des facteurs objectifs et étrangers à toute discrimination fondée sur le sexe.