



INFOS JURIDIQUES

Flash sur le Droit social

NEWSLETTER

N° 10/2015 novembre 2015

1. Jour férié légal tombant sur un dimanche: compensation par un jour de congé à prendre en nature dans les trois mois. Si impossible: indemnisation financière. p.1

2. Demande en attribution du chômage à titre provisoire après un licenciement pour faute grave: 2 conditions à remplir par le salarié: contester son licenciement et s'inscrire à l'Adem. p.3

3. Motifs de licenciement: prétendue insuffisance professionnelle et absences répétées: impossibilité pour le juge d'en déduire la désorganisation de l'entreprise. p.4

4. Utilisation abusive d'internet à des fins privées: interdiction de mettre le poste de travail du salarié sous un contrôle exclusif et régulier, mais possible contrôle ponctuel. p.5

5. DROIT EUROPÉEN: Licenciement collectif: assimilation de la rupture d'un contrat de travail suite au refus du travailleur d'accepter une modification substantielle de son contrat à son détriment. p.8

1. Jour férié légal tombant sur un dimanche : compensation par un jour de congé à prendre dans les trois mois. Si impossible, indemnisation financière.

Arrêt de la Cour d'appel du 22 octobre 2015, n°41169

Faits

Le 1^{er} novembre 2008 est tombé sur un samedi, jour ouvrable non travaillé pour le salarié A.

Le 1^{er} novembre 2009 est tombé sur un dimanche

A a donc bénéficié de 2 jours de congés compensatoires au titre ces jours fériés. Il n'a pas pu les prendre.

Une fois son contrat résilié, il a demandé le paiement de 109,01 Euros et 111,74 Euros à titre d'indemnité compensatoire.

Art. L. 232-3 du Code du travail:

(1) Si l'un des jours fériés énumérés à l'article L. 232-2 tombe un dimanche, les personnes visées à l'article L. 232-1, paragraphe (1) ont droit à un jour de congé compensatoire à prendre individuellement dans un délai de trois mois à partir de la date du jour férié en question.

(2) Le jour de congé compensatoire doit obligatoirement être pris en nature et ne peut pas être remboursé par une compensation financière.

Art. L. 232-6 du Code du travail:

[...]

(2) Si un jour férié légal ou un jour férié de rechange coïncide avec un jour de semaine pendant lequel les personnes visées par le présent chapitre n'auraient pas travaillé, conformément aux stipulations de leur contrat de louage de service, ces personnes ont droit à un jour de congé compensatoire qui devra être accordé dans un délai de trois mois prenant cours le lendemain du jour férié considéré. Toutefois, si le fonctionnement de l'entreprise ou de l'établissement ne le permet pas, le jour de congé compensatoire devra être accordé avant l'expiration de l'année de calendrier, à l'exception des jours fériés légaux tombant les mois de novembre et de décembre, lesquels pourront être récupérés dans les trois premiers mois de l'année suivante.

Si un jour férié légal ou un jour férié de rechange coïncide avec un jour de semaine pendant lequel ces personnes n'auraient travaillé que pendant quatre heures ou moins, conformément aux stipulations de leur



contrat de louage de service, celles-ci ont droit, en dehors de la rétribution du nombre d'heures de travail qui auraient normalement été prestées pendant ce jour, à une demi-journée de congé compensatoire.

Au cas où le congé compensatoire ne peut être accordé pour des nécessités de service, les intéressés ont droit au salaire correspondant à la durée dudit congé.

Arguments du salarié

Son employeur ne lui a pas octroyé de jour de repos compensatoire des jours fériés des 1^{er} novembre 2008 et 1^{er} novembre 2009 dans le délai de trois mois prévu par l'article L. 232-3, paragraphe 1, du Code du travail.

Il ne peut plus prendre en nature ce jour de repos, vu qu'il n'est plus au service de l'employeur.

Arguments de l'employeur

L'employeur conclut à la confirmation du jugement ayant déclaré prescrite la demande en paiement d'une indemnité compensatoire réclamée au titre du jour férié chômé du 1^{er} novembre 2008 et ayant déclaré non fondée celle relative au paiement d'une indemnité compensatoire réclamée au titre du jour férié chômé du 1^{er} novembre 2009.

Il soutient que la disposition légale invoquée prescrirait que le jour de congé compensatoire du jour férié soit pris en nature dans le délai de trois mois. Il serait interdit de procéder par compensation financière.

Position de la Cour d'appel

Jour férié du 1^{er} novembre 2008

Le salarié a introduit sa requête le 16 février 2012, soit plus de trois ans après le jour férié réclamé.

Cette action en paiement est prescrite¹ en vertu de l'article L. 221-2 du Code du travail ainsi que de l'article 2277 du Code civil.

Art. L. 221-2 du Code du travail:

L'action en paiement des salaires de toute nature dues au salarié se prescrit par trois ans conformément à l'article 2277 du Code civil.

Jour férié du 1^{er} novembre 2009 tombé sur un dimanche

À la fin de la relation de travail, le salarié n'a pas bénéficié de jour de congé compensatoire du jour férié du 1^{er} novembre 2009.

L'article L. 232-3, paragraphe 2, du Code du travail, invoqué par l'employeur, est à interpréter en ce sens **que le jour de congé compensatoire ne peut pas**

faire l'objet d'une compensation financière pendant l'exécution du contrat de travail, mais qu'un jour de congé doit être pris en nature. Cette règle est justifiée par le caractère impératif des jours de repos.

Etant donné qu'en application de l'article L. 232-13 du Code du travail, l'employeur qui a fait ou laissé travailler un salarié contrairement notamment aux dispositions de l'article L. 232-3 est puni d'une peine d'emprisonnement de huit jours à trois mois et d'une amende de 251 € à 50.000 € ou d'une de ces peines seulement, **l'employeur est tenu de veiller à ce que le salarié prenne le jour compensatoire durant le délai légal de trois mois.**

Il lui est interdit de laisser le salarié travailler durant ce délai sans qu'il ne prenne ce jour de congé compensatoire.

Compte tenu de cette obligation personnelle de l'employeur, que celui-ci a violée, **le salarié qui n'a pas pris un jour de congé compensatoire à la fin de son contrat de travail a droit à une indemnité qui compense le jour de congé dont il a été privé**, malgré l'obligation de l'employeur de veiller au respect du droit au jour de congé. Une fois le contrat terminé, le risque d'une privation d'un jour de repos par une compensation financière malgré les règles impératives des jours de repos n'existe pas.

¹ Attention :

La prescription des 3 ans joue non seulement pour les salaires à proprement parler, mais pour les rémunérations de toute nature dues au salarié.

La prescription triennale n'est pas interrompue du fait de simples réclamations écrites alors qu'il est de jurisprudence constante que la prescription ne joue qu'à partir du dépôt de la requête devant le tribunal.

2. La demande en attribution du chômage à titre provisoire après un licenciement pour faute grave est soumise à 2 conditions : contester son licenciement et s'inscrire à l'Adem.

Ordonnance de la Cour d'appel du 15 octobre 2015, n° du rôle 42669

Faits

Par requête déposée le 27 mars 2015 au greffe du Tribunal du travail d'Esch-sur-Alzette, le salarié A a demandé au Président de cette juridiction à se voir autoriser l'attribution par provision de l'indemnité de chômage complet en attendant la décision judiciaire du litige concernant la régularité ou le bien-fondé de son licenciement intervenu pour motif grave en date du 22 juillet 2014.

Article L.521-4 du Code du travail (extraits) :

(1) Aucune indemnité de chômage n'est due :

- en cas d'abandon non justifié du dernier poste de travail, sauf si l'abandon est dû à des motifs exceptionnels, valables et convaincants;
- en cas de licenciement pour motif grave.

(2) Dans le cas d'un licenciement pour motif grave ou d'une démission motivée par un acte de harcèlement sexuel, le demandeur d'emploi peut, par voie de simple requête, demander au président de la juridiction du travail compétente d'autoriser l'attribution par provision de l'indemnité de chômage complet en attendant la décision judiciaire définitive du litige concernant la régularité ou le bien-fondé de son licenciement ou de sa démission.

(3) Le président de la juridiction du travail statue d'urgence, l'employeur entendu ou dûment convoqué.

L'Administration de l'emploi peut intervenir à tout moment dans l'instance engagée ; à cet effet, le greffe lui adresse copie de la requête introductive visée au premier alinéa.

La demande visée au premier alinéa n'est recevable qu'à condition que le demandeur d'emploi ait suffi aux conditions visées à l'article L.521-7 et qu'il ait porté préalablement le litige concernant son licenciement devant la juridiction du travail compétente.

Le président de la juridiction du travail détermine la durée pour laquelle l'attribution provisionnelle de l'indemnité de chômage est autorisée, sans préjudice des conditions d'attribution visées à l'article L.521-3. La durée ne peut être supérieure à cent quatre-vingt-deux jours de calendrier.

Article L.521-7 du Code du travail :

Pour bénéficier de l'indemnité de chômage complet, le salarié sans emploi est tenu de s'inscrire comme demandeur d'emploi auprès des bureaux de placement publics et d'y introduire sa demande d'indemnisation.

Par son ordonnance du 2 juillet 2015, le Président de la juridiction du travail a déclaré la demande irrecevable au motif que les conditions de recevabilité de l'article L.521-7 du Code du travail

n'étaient pas remplies dès lors qu'il n'est pas établi que le salarié A ait introduit, auprès de l'Agence pour le Développement de l'Emploi (Adem), sa demande d'indemnisation.

Instance d'appel

Le salarié A a relevé appel.

Pour faire déclarer sa demande recevable, le salarié A verse une pièce du 23 juillet 2015 émanant de l'Adem, attestant qu'il a introduit cette demande auprès d'elle le 17 février 2015, pour établir qu'il a introduit une demande d'indemnisation auprès de l'Adem.

L'employeur de la société B conteste la pièce versée au motif qu'elle est barrée en diagonale.

Il y a lieu de constater que la barre, certes faite avec une certaine maladresse, ne concerne cependant pas le contenu de l'attestation relatif à la demande en octroi des indemnités de chômage et vise uniquement des éléments de renseignement non demandés.

La preuve de la demande d'indemnisation auprès de l'Adem est donc rapportée.

Toutes les conditions pour l'attribution provisionnelle de l'indemnité de chômage sont donc remplies. Il y a lieu, par réformation de l'ordonnance entreprise, de faire droit à la demande de A.

3. L'absence de précision des motifs originaires au licenciement fournis par l'employeur et limités à une prétendue insuffisance professionnelle et à des absences répétées ne permet pas au juge de déduire une autre motivation, à savoir la désorganisation de l'entreprise générée par un tel « absentéisme », laquelle faisait défaut dans la lettre de motivation initiale.

Arrêt de la Cour d'appel du 22 octobre 2015, n° 41183 du rôle

Faits

La salariée A a été engagée suivant contrat à durée indéterminée du 10 juillet 2009, munie d'une clause d'essai de six mois, en qualité de « Senior Accountant » par la société B. Par courrier recommandé du 29 mars 2010, A a été licenciée avec un préavis de deux mois débutant le 1^{er} avril 2010 et se terminant le 31 mai 2010, l'employeur la dispensant de travailler durant le délai de préavis.

Par lettre recommandée du 2 avril 2010, A a demandé les motifs du licenciement qui lui ont été fournis par courrier recommandé du 29 avril 2010 dans lequel l'employeur évoque sur 4 pages des problèmes relationnels entre A et sa collègue B et lui reproche en outre sa fragilité et son défaitisme sans pour autant fournir aucun exemple concret.

A a fait convoquer son ancien employeur, la société B, devant le Tribunal du travail d'Esch-sur-Alzette aux fins d'y voir déclarer abusif son licenciement.

Le jugement du Tribunal du travail

Le tribunal a déclaré le licenciement régulier et les demandes en indemnisation ont été déclarées non fondées.

A a régulièrement interjeté appel.

Le raisonnement de la Cour d'appel

Quant au bien-fondé du licenciement

La Cour dispose que c'est à juste titre que les juges de première instance ont retenu que les motifs du licenciement en relation avec une prétendue insuffisance

professionnelle n'ont pas été énoncés avec une précision telle que leur énoncé en ait révélé la nature et la portée exacte et permis au salarié d'en rapporter la fausseté et au juge d'apprécier si le congédiement est intervenu pour des motifs valables, ou pour des motifs illégitimes ou s'il constitue un acte économiquement et socialement anormal.

La possibilité offerte à l'employeur par l'article L.124-11 (3) du Code du travail d'apporter en cours d'instance des précisions complémentaires par rapport aux motifs énoncés ne saurait être interprétée dans le sens d'une atténuation de l'exigence de précision des motifs. La possibilité de compléter les précisions fournies ne peut suppléer à une absence de précision originaire des motifs énoncés. Il n'est dès lors pas permis à l'employeur de rajouter aux motifs énoncés des détails ou des faits nouveaux sortant du cadre des faits reprochés au salarié dans la lettre de motivation.

C'est également au vu de la lettre de motivation que le salarié prend la décision d'agir ou non en justice pour voir déclarer abusif le licenciement. Ses prévisions légitimes par rapport aux chances d'aboutir d'une telle action seraient faussées si l'employeur était admis à réparer a posteriori les imperfections d'une lettre de motivation.

La société B a encore écrit dans la lettre de motivation ce qui suit :

« Le lendemain, le jeudi 7 janvier, nous avons reçu votre arrêt de travail jusqu'au 15 janvier. Celui-ci s'est reconduit de semaine en semaine, et ce jusqu'au 17 mars 2010, inclus. »

À ce propos le Tribunal du travail a retenu :

« L'absentéisme habituel pour raisons de santé est considéré par la jurisprudence comme une cause de rupture du contrat de travail, lorsqu'il apporte une gêne indiscutable au fonctionnement du service, cette perturbation étant présumée si la fréquence des absences est telle qu'elle ne permet plus à l'employeur de compter sur une collaboration régulière et efficace de son salarié.

A a accumulé à partir du 7 janvier 2010 jusqu'au 17 mars 2010 un nombre impressionnant d'absences pour cause de maladie - incapacités de travail constamment renouvelées semaine par semaine - et il est inconcevable que ces absences n'aient pas été une cause de désagréments non négligeables pour l'employeur ou qu'elles n'aient pas perturbé le fonctionnement normal de son service. La précision quant à la durée totale des absences et la fréquence des renouvellements est suffisante pour permettre aux juridictions du travail d'apprécier la désorganisation du fonctionnement du service en résultant. »

A critique l'interprétation que le Tribunal du travail a donnée à la phrase de la lettre de motivation ci-avant citée en s'exprimant comme suit dans son acte d'appel :

« Il semblerait qu'il y ait eu confusion dans l'esprit du juge notamment à la lecture de l'offre de preuve qui diffère significativement de la lettre de motivation en ce qu'elle rajoute le reproche tiré de l'absentéisme ainsi que d'une soi-disant désorganisation du service qui en serait découlé. »

La Cour retient que l'employeur ne tire, dans la lettre de motivation, aucune conclusion spéciale de cette absence qui a suivi immédiatement un entretien de suivi du 6 janvier 2010 sur l'entretien de fin de période d'essai du

17 décembre 2009 et qu'il ne reproche notamment pas à sa salariée un absentéisme qui aurait perturbé le bon fonctionnement de l'entreprise.

Cette constatation se confirme en lisant cette phrase:

« A la lumière de tout ce qui précède, l'accompagnement et le suivi personnalisés dont vous avez bénéficié dans le contexte de changement, ainsi que de notre écoute et enfin nos discussions sur vos axes de développement face auxquelles vous êtes restée hermétique non seulement en le refusant mais en allant jusqu'à refuser l'organisation elle-même, vous comprendrez que nous étions dans l'impossibilité de maintenir notre relation de travail. »

Il en découle que les motifs de licenciement invoqués dans la lettre de motivation ne concernent qu'une insuffisance professionnelle et une absence d'esprit d'équipe.

Ce n'est qu'au moment des plaidoiries du 21 janvier 2014 que l'employeur

a fait état de la désorganisation de l'entreprise due à l'absence prolongée pour maladie de la salariée et qu'il a offert en preuve cette désorganisation.

Or, il n'est pas permis à l'employeur de rajouter aux motifs énoncés des détails ou des faits nouveaux sortant du cadre des faits reprochés au salarié dans la lettre de motivation.

C'est dès lors à tort que le Tribunal du travail a retenu comme motif de licenciement l'absentéisme habituel de A et qu'il a déclaré justifié le licenciement sur cette base.

Par réformation, il y a partant lieu de déclarer le licenciement abusif.

Quant à l'indemnisation du préjudice moral

La Cour constate que le contrat de travail de A était assorti d'une clause d'essai de 6 mois qui a expiré le 13 janvier 2010. Elle a été licenciée le 29 mars 2010. Il découle de la lettre de motivation que les motifs de licen-

ciement, bien que ne revêtant pas la précision requise, se rapportent tous à des difficultés qui ont été constatées au courant de la période d'essai. Comme l'employeur n'a pas mis fin au contrat de travail avant l'expiration de la période d'essai, A ne pouvait s'attendre à ce que l'employeur procède à son licenciement dans un délai si proche du jour où son contrat de travail était définitivement devenu un contrat à durée indéterminée.

Âgée de 46 ans au moment du licenciement, elle ne pouvait pas non plus s'attendre à retrouver rapidement un nouvel emploi, même si tel a finalement été le cas.

La Cour fixe dès lors à 5.000 euros le montant devant lui revenir à titre de réparation de son préjudice moral.

4. Insuffisance professionnelle : Motif sérieux de licenciement que si l'employeur a fait bénéficier la salariée d'une formation appropriée lui permettant d'exécuter correctement ses nouvelles fonctions.

Utilisation abusive d'internet à des fins privées : interdiction de mettre le poste de travail du salarié (toutes les applications de son ordinateur, y compris sa messagerie), sous un contrôle exclusif et régulier, mais possible contrôle ponctuel de la part de l'employeur.

Arrêt de la Cour d'appel du 12 novembre 2015, n° 41245 du rôle

Faits

Au service de la société A Luxembourg depuis le 5 juillet 2010 en tant que réceptionniste, B a été licenciée avec le préavis légal de deux mois en date du 29 mai 2012.

Lui ont été reprochées une insuffisance professionnelle, à savoir une mauvaise exécution de sa mission et un manque de réactivité, ainsi qu'une violation de ses obligations contractuelles, par une utilisation massive d'un site de jeux

communautaires sur internet, sans aucun rapport avec l'activité de l'entreprise.

La salariée a contesté son licenciement.

Arguments de la salariée

La salariée B expose qu'au cours de l'exécution du contrat de travail, elle a vu progressivement s'élargir ses responsabilités et s'est vue confier des missions de gestionnaire de la production d'assurances, des missions

relatives à la facturation et au traitement de données comptables, sans cependant avoir obtenu une formation adéquate pour exécuter ces nouvelles missions.

Concernant l'utilisation de l'internet à des fins privées, elle conteste avoir reçu communication du règlement intérieur venant limiter cette utilisation et conteste la légalité du contrôle opéré par l'employeur sur son poste de travail, ainsi que l'utilisation massive du site internet à des fins privées et conclut au rejet des pièces versées par l'employeur.

Position du Tribunal du travail

Le Tribunal du travail a déclaré le licenciement de B abusif.

Il a estimé que faute d'avoir donné à sa salariée une formation adéquate et adaptée aux nouvelles missions lui confiées en cours d'exécution du contrat de travail, il ne pouvait la licencier au motif d'une insuffisance professionnelle.

Concernant l'utilisation de l'internet à des fins privées, il a retenu que l'identité de B ne figure pas sur le relevé fourni par l'employeur, de sorte que ce document ne constitue pas la preuve de l'abus de l'utilisation de l'internet par la salariée, l'utilisateur « C » renseigné sur le relevé n'étant pas forcément à attribuer à B.

L'employeur a porté l'affaire devant la Cour d'appel.

Position de la Cour d'appel

L'insuffisance professionnelle

La salariée prétend que le changement de son activité de réceptionniste constitue une modification d'une clause substantielle du contrat de travail qui n'a jamais fait l'objet d'un avenant ni d'un descriptif des tâches lui dévolues. Elle conteste encore avoir eu les connaissances nécessaires en vue de remplir ses nouvelles affectations ainsi qu'une formation appropriée pour exécuter ses nouvelles tâches.

Dans la mesure où le contrat de travail de B précise en son point 3 sous la nature de l'emploi :

« *L'employée est occupée en qualité de Réceptionniste au sein du département Operations, sans préjudice d'une nouvelle affectation ultérieure tenant compte des aptitudes professionnelles et personnelles de l'employée et/ou des besoins de l'employeur* », l'employeur était autorisé à lui confier de nouvelles fonctions en tenant compte des aptitudes professionnelles de sa salariée.

Par ailleurs, une modification d'une clause essentielle du contrat de travail au sens de l'article L.121-7 du contrat de travail n'est sanctionnée légalement que si elle est faite en défaveur du salarié concerné. Or, en l'espèce ces modifications, outre qu'elles étaient prévues par le contrat de travail, n'ont

pas été faites en défaveur de la salariée, mais au contraire pour valoriser son travail au sein de la société et ont toutes toujours été acceptées par cette dernière.

Quant aux formations lui offertes par l'employeur, c'est à bon droit que le Tribunal du travail a relevé - d'une part, que **l'insuffisance professionnelle de la salariée ne pouvait être invoquée comme motif sérieux de licenciement, que si l'employeur a fait bénéficier la salariée d'une formation appropriée lui permettant d'exécuter correctement ses nouvelles fonctions, - d'autre part, que cela n'a cependant pas été le cas en l'occurrence, dès lors qu'il résulte à suffisance de droit du rapport d'entretien annuel d'évaluation du 7 décembre 2011 et plus particulièrement des commentaires de l'évaluateur, que cette formation n'était pas satisfaisante, incomplète et trop rapide, de sorte que la formation sur certains points devait être revue et approfondie.**

Partant, le motif de licenciement fondé sur une insuffisance professionnelle ne procède pas d'une cause sérieuse.

L'utilisation abusive d'internet à des fins privées

L'employeur fait grief au tribunal du travail d'avoir également rejeté, nonobstant les pièces justificatives versées en cause, ce motif comme n'étant pas établi.

La salariée soutient que la surveillance de son poste de travail par son employeur s'est faite en violation de l'article L.261-1 du Code du travail, dans la mesure où il n'a pas fait de déclaration préalable auprès de la Commission nationale pour la Protection des Données (CNPD).

Elle soutient encore que le cas de surveillance effectué sur son poste tel qu'allégué par l'employeur ne rentre dans aucune des hypothèses prévues par l'article L.261-1 du Code du travail ; elle soutient finalement, que les documents afférents doivent être écartés des débats pour défaut de licéité.

Article L.261-1 du Code du travail :

(1) Le traitement des données à caractère personnel à des fins de surveillance sur le lieu de travail peut être mis en

œuvre, conformément à l'article 14 de la loi du 2 août 2002 relative à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel, par l'employeur s'il en est le responsable.

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

1. pour les besoins de sécurité et de santé des salariés, ou
2. pour les besoins de protection des biens de l'entreprise, ou
3. pour le contrôle du processus de production portant uniquement sur les machines, ou
4. pour le contrôle temporaire de production ou des prestations du salarié, lorsqu'une telle mesure est le seul moyen pour déterminer le salaire exact, ou
5. dans le cadre d'une organisation de travail selon l'horaire mobile conformément au présent code.

Dans les cas visés aux points 1, 4 et 5, le comité mixte d'entreprise, le cas échéant institué, a un pouvoir de décision tel que défini à l'article L. 423-1, points 1 et 2.

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

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

L'article 17 du contrat de travail signé par B indique « *que le fonctionnement interne de l'employeur est régi par règlement interne de travail à disposition de l'employée en version électronique, que cette dernière s'engage à respecter* ».

La salariée, en signant son contrat de travail, était censée avoir pris connaissance du règlement intérieur de son employeur et était également censée le respecter.

Extrait du règlement intérieur de la société :

« l'utilisation / accès Internet est limité exclusivement aux sites revêtant un caractère professionnel en relation directe avec la fonction de l'utilisateur » et encore « une liste des sites visités les plus utilisés par les utilisateurs est tenue à jour en interne et pourra être consultée et diffusée à tout moment en interne en cas de besoin ».

B est partant malvenue de prétendre avoir ignoré la limitation de l'utilisation des sites internet et qu'elle pouvait être soumise à un contrôle de la part de son employeur en utilisant internet sur son lieu de travail.

La Cour relève que, **même à supposer qu'elle n'ait pas été informée de l'interdiction de jouer sur internet sur son lieu de travail par un règlement d'ordre interne, quod non, force est cependant de constater que par sa nature, sa définition et sa finalité même, le contrat de travail entraîne l'obligation pour le salarié, qui est payé par son employeur pour ce faire, de travailler et non pas de surfer sur internet, respectivement de jouer à des jeux communautaires sur internet sur son lieu de travail, de sorte qu'en tentant de justifier son attitude par l'ignorance d'une interdiction patronale, la salariée est en l'espèce d'une mauvaise foi caractérisée.**

Pour établir la réalité du susdit motif, l'employeur produit une série de pièces dont la salariée, qui se prévaut de l'article L. 261-1 du Code du travail précité, demande le rejet pour être illégales.

La société employeuse ne prouve ni que le traitement des données ait fait l'objet d'une notification préalable auprès de la CNPD en application de la loi du 2 août 2002 précitée, ni que cette dernière ait accordé une autorisation.

Si, en vertu de son pouvoir de gestion et de direction, l'employeur peut surveiller l'activité de ses salariés, tous les modes de preuve ne sont pas admissibles et notamment l'intimité de la vie privée limite les marges de manœuvre du chef d'entreprise.

Il est en effet de principe que le salarié a droit, même au temps et lieu de travail, au respect de sa vie privée qui implique en particulier le secret de la corres-

pondance dont font partie les courriers électroniques reçus et envoyés par lui 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.

Cependant, il est apparu que la formulation trop absolutiste du susdit principe pourrait ne pas laisser de place à l'atteinte licite.

Il a dès lors été décidé d'écarter de la sphère d'ingérence de l'employeur uniquement les fichiers personnels des salariés.

Partant, si les intérêts de l'entreprise l'exigent et que certaines conditions sont remplies, il doit être permis à l'employeur de porter atteinte à la vie privée de son salarié, ce d'autant plus que l'inviolabilité absolue des correspondances risque d'inciter des salariés indécents à y loger des dossiers plus ou moins illégaux.

Il en suit, d'une part, que pour constituer une preuve illicite, le document versé aux juridictions du travail pour preuve des agissements fautifs du salarié doit porter sur des données à caractère personnel et privé du salarié, dans lequel cas l'ingérence commise par l'employeur dans la sphère privée du salarié est illégitime et disproportionnée, d'autre part, qu'il n'est pas permis à un employeur de mettre le poste de travail du salarié, à savoir toutes les applications de son ordinateur, y compris sa messagerie, sous un contrôle exclusif et régulier.

En effet, le fait d'enregistrer ces données de manière non occasionnelle et d'en déterminer le comportement du salarié est à qualifier de surveillance au sens de l'article 2 de la loi modifiée du 1^{er} août 2002 relative à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel.

Or, en l'espèce, **dans la mesure où l'employeur n'a pas procédé à un contrôle des données à caractère personnel de B, il n'a en effet à aucun moment contrôlé le courrier électronique personnel et privé de sa salariée effectué sur son site de travail et plus particulièrement contrôlé sa correspondance, ses emails personnels, ni enregistré toutes ses données**

de façon régulière et non occasionnelle, mais il s'est contenté d'effectuer un contrôle ponctuel en conformité avec le règlement intérieur de la société, des sites les plus visités par sa salariée, que l'article L.261-1 du Code du travail ne trouve pas à s'appliquer .

C'est en effectuant cette vérification ponctuelle qu'il a constaté que B consultait massivement le site « Kapilhospital.com » qui est un site de jeux communautaires.

Il en suit que l'employeur ne s'est pas procuré des preuves de façon illégale, de sorte qu'il n'y a pas lieu de faire abstraction des pièces versées par l'employeur.

La salariée indique encore que sur les pièces de son employeur ne figurent pas son identité, de sorte qu'elles devraient être rejetées.

Elle conteste qu'il s'agit de ses activités sur internet, alors que certaines de ces prétendues activités sont effectuées après 17.00 heures, alors qu'elle ne travaillait pas au-delà de 17.00 heures, que ces documents ne sont dès lors ni précis, ni pertinents, ni concluants.

Or, si l'identité civile de la salariée n'y figure effectivement pas, son « username » y figure clairement, à savoir « C ».

La salariée conteste ensuite encore être l'utilisateur « C » ; or, il résulte de la pièce 20 versée par l'employeur que le susdit « username » qui reprend ses initiales est celui de B.

Elle prétend enfin que comme son ordinateur n'était pas bloqué par un code d'accès, tout le monde pouvait utiliser son ordinateur et jouer sur internet en son absence, ce qui est formellement contesté par son employeur.

Dans la mesure où il s'agit de son ordinateur professionnel personnel, la salariée en est seule responsable, de sorte que si elle n'a pas cru devoir en bloquer et en sécuriser l'accès, elle ne peut s'en prendre qu'à elle-même.

De même et dans la mesure où elle n'indique pas qui d'autre a joué sur son ordinateur, son moyen est à écarter pour être une affirmation restée à l'état de pure allégation.

Les pièces versées prouvent à suffisance que B a utilisé au mois de mars 2012

le site « kapilhospital.com » à raison de 51,4% de son temps de travail, soit en a fait un usage massif, plus précisément entre 9 heures et 15 heures 59, avec la considération que le site litigieux précité est un site internet de jeux communautaires.

Dès lors que la salariée, en jouant sur son ordinateur professionnel pendant les heures de travail dans une mesure qui ne peut être tolérée, a violé les obligations découlant du contrat de travail, elle a compromis, par cette attitude fautive, la confiance qui doit exister

entre les parties au contrat de travail, de sorte que l'employeur était autorisé pour ce seul motif à la licencier avec préavis.

Le jugement est partant à réformer en ce qu'il a déclaré abusif le licenciement prononcé à l'encontre de la salariée.

5. La rupture d'un contrat de travail suite au refus du travailleur d'accepter une modification unilatérale et substantielle des éléments essentiels du contrat à son détriment constitue un licenciement au sens de la directive sur les licenciements collectifs².

Arrêt de la CJUE (première chambre) du 11 novembre 2015, Pujante Rivera, affaire C-422/14

Faits et procédure

Le groupe espagnol Dir a pour activité principale la gestion d'installations sportives. L'une des entités du groupe, Gestora, fournit aux autres entités du groupe des services, notamment en matière de personnel, de promotion et de marketing.

M. Pujante Rivera a été engagé en contrat de travail à durée déterminée (CDD) entre le 3 septembre 2008 et le 14 mai 2009, date à laquelle son contrat a été converti en contrat à durée indéterminée (CDI).

Entre le 16 et le 26 septembre 2013, Gestora a procédé à 10 licenciements individuels pour raisons objectives (non-inhérentes à la personne du travailleur), dont celui de M. Pujante Rivera, pour lequel ont été invoquées des raisons économiques et de production.

Pendant les 90 jours précédant le dernier des licenciements, 22 autres cessations de contrat de travail ont eu lieu : 17 cessations de CDD par échéance du terme, une cessation pour réalisation de la tâche prévue au contrat de prestation de services, 2 départs volontaires, un licenciement disciplinaire reconnu comme injustifié, et une cessation de contrat à la demande d'une travailleuse suite à la modification unilatérale de son contrat.

L'employeur avait en effet imposé à cette dernière une réduction de 25% de sa rémunération en invoquant des raisons économiques et de production. Suite à une procédure de conciliation administrative, l'employeur avait reconnu que la modification excédait les limites prévues par la loi espagnole en matière de modification substantielle du contrat de travail (pouvant être imposée au travailleur). Il avait consenti à la cessation du contrat et indemnisé la travailleuse.

D'autres cessations sont également intervenues postérieurement au dernier licenciement : 2 CDD par échéance du terme et 3 départs volontaires.

M. Pujante Rivera a contesté la validité de son licenciement au motif que l'employeur n'a pas appliqué la procédure de licenciement collectif, telle qu'elle résulte de la transposition en droit national de la directive 98/59 relative aux licenciements collectifs³.

La juridiction de renvoi estime que la solution du litige requiert l'interprétation de dispositions de droit de l'Union, en particulier l'article 1er paragraphe 1 de la directive 98/59 précitée (la directive). Elle a donc décidé de surseoir à statuer pour poser trois questions préjudicielles à la CJUE.

Article 1^{er} paragraphe 1 directive 98/59 :

« 1. Aux fins de l'application de la présente directive :

a) on entend par «licenciements collectifs»: les licenciements effectués par un employeur pour un ou plusieurs motifs non inhérents à la personne des travailleurs lorsque le nombre de licenciements intervenus est, selon le choix effectué par les États membres :

- i) soit, pour une période de trente jours :
 - au moins égal à 10 dans les établissements employant habituellement plus de 20 et moins de 100 travailleurs,
 - au moins égal à 10 % du nombre des travailleurs dans les établissements employant habituellement au moins 100 et moins de 300 travailleurs,
 - au moins égal à 30 dans les établissements employant habituellement au moins 300 travailleurs;

ii) soit, pour une période de quarante jours, au moins égal à 20, quel que soit le nombre des travailleurs habituellement employés dans les établissements concernés;

b) on entend par «représentants des travailleurs»: les représentants des travailleurs prévus par la législation ou la pratique des États membres.

2. CJUE, communiqué de presse n°135/15, Luxembourg, le 11 novembre 2015, arrêt dans l'affaire C-422/14, Pujante Rivera.

3. Directive 98/59/CE du Conseil du 20 juillet 1998 concernant le rapprochement des législations des États membres relatives aux licenciements collectifs.

Pour le calcul du nombre de licenciements prévus au premier alinéa, point a), sont assimilées aux licenciements les cessations du contrat de travail intervenues à l'initiative de l'employeur pour un ou plusieurs motifs non inhérents à la personne des travailleurs, à condition que les licenciements soient au moins au nombre de cinq.

Les questions préjudicielles

Les travailleurs bénéficiant d'un contrat conclu pour une durée ou une tâche déterminées doivent-ils être considérés comme faisant partie des travailleurs «habituellement» employés, au sens de l'article 1^{er}, paragraphe 1, premier alinéa, sous a) de la directive, au sein de l'établissement concerné ?

La condition, figurant au second alinéa de l'article 1^{er} paragraphe 1, que « les licenciements soient au moins au nombre de cinq » doit-elle être interprétée en ce sens qu'elle vise exclusivement les licenciements ou couvre les cessations de contrats de travail assimilées à un licenciement ?

Le fait pour un employeur de procéder, unilatéralement et au détriment du travailleur, à une modification substantielle des éléments essentiels de son contrat de travail pour des motifs non inhérents à la personne de ce travailleur relève-t-il de la notion de «licenciement», visée à l'article 1^{er}, paragraphe 1, premier alinéa, sous a), de cette directive, ou constitue une cessation du contrat de travail assimilable à un tel licenciement, au sens de l'article 1^{er}, paragraphe 1, second alinéa, de ladite directive ?

L'appréciation de la Cour

CDD et notion de travailleur habituellement employé

La Cour rappelle à titre liminaire que les cessations de CDD résultant de l'échéance de leur terme ne sont pas prises en compte dans le calcul du nombre de licenciements⁴. La question concerne alors le point de savoir si ces travailleurs doivent être pris en compte dans le calcul des effectifs de l'établissement au moment du licenciement

en tant que travailleurs habituellement employés au sein de celui-ci.

La notion de «travailleur» est une notion de droit de l'Union qui doit recevoir une interprétation autonome et uniforme au sein de l'ordre juridique de l'Union. La Cour a déjà défini le travailleur comme la personne qui accomplit « pendant un certain temps, en faveur d'une autre personne et sous la direction de celle-ci, des prestations en contrepartie desquelles elle perçoit une rémunération ». Les personnes bénéficiant d'un CDD doivent être considérées comme remplissant ces conditions, et donc comme des travailleurs.

Si les modalités de calcul de seuils envisagées à l'article 1^{er} de la directive, et donc les seuils eux-mêmes, étaient sujets à l'interprétation des États membres, ces derniers pourraient modifier le champ d'application de la directive à leur guise et la priver de son plein effet. Or, l'article 1^{er} de la directive n'établit pas de distinction en fonction de la durée d'engagement des travailleurs. Les travailleurs bénéficiant d'un CDD sont donc considérés comme « habituellement employés » au sens de la directive.

Une telle interprétation est corroborée par la jurisprudence de la Cour selon laquelle un État membre ne peut exclure, même temporairement, une catégorie déterminée de travailleurs du calcul du nombre de travailleurs employés prévu à l'article 1^{er} paragraphe 1, premier alinéa, sous a) de la directive. Ceci serait « susceptible de priver l'ensemble des travailleurs occupés par cet établissement des droits qui leur sont reconnus par ladite directive et porterait dès lors atteinte à l'effet utile de cette dernière. »

En l'espèce, les 17 travailleurs dont les CDD sont arrivés à échéance pendant la période de 90 jours ayant précédé le dernier licenciement sont à considérer comme habituellement employés au sein de l'établissement concerné.

Il n'est d'ailleurs pas contradictoire que les CDD soient pris en compte pour le calcul de l'effectif de l'établissement mais pas pour le calcul du nombre de licenciements. Cette divergence s'explique par les finalités distinctes poursuivies par le législateur de l'Union

pour chacune de ces dispositions. La détermination du nombre de licenciements permet de désigner les travailleurs bénéficiant de la protection (les travailleurs sous CDD dont le contrat arrive à échéance ne sont pas protégés de la même manière que les travailleurs sous CDI licenciés). En revanche, la détermination du nombre de travailleurs habituellement employés sert à « prendre en considération les effectifs globaux des établissements en question afin de ne pas imposer aux employeurs une charge démesurée par rapport à la taille de leur établissement ». À cet égard, la nature de la relation d'emploi est dénuée de pertinence.

Notion de licenciement au sens de l'article 1^{er} paragraphe 1 alinéa 2

La Cour constate qu'il ressort sans ambiguïté du libellé de cet article qu'il ne vise que les licenciements, à l'exclusion des cessations assimilées à un licenciement. Toute autre interprétation, en permettant d'étendre ou de restreindre le champ d'application de la directive, priverait de tout effet utile le premier alinéa, qui a pour fonction de déterminer les modes de calcul des licenciements et d'établir les seuils d'application de la directive.

Cette disposition signifie donc qu'à partir de 5 licenciements pour motif économique stricto sensu, les autres cessations de contrat de travail intervenues à l'initiative de l'employeur pour un ou plusieurs motifs non inhérents à la personne des travailleurs sont assimilées à des licenciements et prises en compte dans le calcul.

Licenciement et modification substantielle d'un élément essentiel du contrat de travail

La notion de licenciement doit être interprétée comme englobant « toute cessation du contrat de travail non voulue par le travailleur, et donc sans son consentement ».

En l'espèce, la travailleuse, dans la mesure où elle a sollicité la cessation de son contrat de travail, pourrait à première vue être considérée comme avoir consenti à cette rupture. Cependant, « la cessation de ladite relation de travail

4. Cf. CJUE, Rabal Cañas, C-392/13 – IJ mai 2015

trouve son origine dans le changement unilatéral apporté par l'employeur à un élément substantiel du contrat de travail pour des motifs non inhérents à la personne de cette travailleuse ».

Eu égard à la finalité de la directive, qui est de renforcer la protection des travailleurs en cas de licenciements collectifs, « les notions définissant le champ d'application de ladite directive ne sauraient recevoir une interprétation restrictive », y compris celle de licenciement.

La notion de licenciement conditionne directement l'octroi de la protection prévue par la directive. Dès lors, une disposition nationale permettant de considérer qu'une situation telle qu'en l'espèce n'est pas un licenciement au sens de la directive altérerait le champ d'application de la directive et la priverait de son plein effet.

La modification substantielle et unilatérale d'un élément essentiel du contrat

de travail par l'employeur au détriment du travailleur pour des motifs non inhérents à sa personne relève de la notion de « licenciement », visée à l'article 1^{er}, paragraphe 1, premier alinéa, sous a), de cette directive.

La décision de la Cour

« L'article 1^{er}, paragraphe 1, premier alinéa, sous a), de la directive 98/59 [...] doit être interprété en ce sens que les travailleurs bénéficiant d'un contrat conclu pour une durée ou une tâche déterminées doivent être considérés comme faisant partie des travailleurs «habituellement» employés, au sens de cette disposition, au sein de l'établissement concerné.

En vue d'établir l'existence d'un «licenciement collectif», au sens de l'article 1^{er}, paragraphe 1, premier alinéa, sous a), de la directive 98/59, entraînant l'application de cette dernière, la condition,

figurant au second alinéa de cette disposition, que «les licenciements soient au moins au nombre de cinq» doit être interprétée en ce sens qu'elle vise non pas les cessations de contrat de travail assimilées à un licenciement, mais exclusivement les licenciements au sens strict.

La directive 98/59 doit être interprétée en ce sens que le fait pour un employeur de procéder, unilatéralement et au détriment du travailleur, à une modification substantielle des éléments essentiels de son contrat de travail pour des motifs non inhérents à la personne de ce travailleur relève de la notion de «licenciement», visée à l'article 1^{er}, paragraphe 1, premier alinéa, sous a), de cette directive. »