

INFOS JURIDIQUES

Flash sur le Droit du Travail

Publication mensuelle éditée par la CSL

Nr 01/14

janvier 2014

1. **Obligation de loyauté et de fidélité du salarié – Compétence du Tribunal du travail - Preuve à rapporter par l'employeur - Possible nullité d'un avenant au contrat de travail pour dol du salarié.**

page 3
2. **Un employeur ne peut pas faire dépendre la régularité du licenciement de son propre vouloir, en refusant de réceptionner un courrier recommandé en provenance de son salarié en état d'arrêt de travail ou en négligeant de retirer un courrier recommandé dont il a été dûment avisé.**

page 8
3. **Prestation d'heures de travail supplémentaires : L'employeur peut mettre en place un système de fiches à faire contresigner par un responsable hiérarchique, mais doit en informer les salariés.**

page 11
4. **La modification substantielle du contrat de travail consistant dans une réduction de la durée du travail imposée à un employé privé de l'hôtellerie sur base de la seule loi du 20 décembre 2002 portant réglementation de la durée du travail des ouvriers, apprentis et stagiaires occupés dans l'hôtellerie et la restauration est abusive de sorte que la contestation de celle-ci devant le Tribunal du travail par le salarié, suite à sa démission, équivaut à un licenciement abusif.**

page 13



La présente publication constitue un résumé d'un certain nombre de décisions de justice qui, d'un point de vue formel, ont été simplifiées et vulgarisées de sorte qu'en cas de divergences d'interprétation, seul le texte original fait foi.



1. Obligation de loyauté et de fidélité du salarié – Compétence du Tribunal du travail - Preuve à rapporter par l'employeur - Possible nullité d'un avenant au contrat de travail pour dol du salarié.

Arrêt de la Cour d'appel du 5 décembre 2013, numéro 38616 du rôle

Faits

A était occupé par la banque B depuis le 6 août 2001 en tant qu'animateur réseaux de prescription/acquisiteur de clientèle au sein du département Private Banking. De par sa fonction, l'intimé connaissait le fichier de 360 comptes clients qu'il gérait au sein de la banque.

A connaissait le fichier de 360 comptes clients qu'il gérait au sein de la banque.

Le 28 juin 2007, A a présenté sa démission en expliquant qu'il entendait réorienter sa carrière et retourner en France pour se consacrer à une affaire professionnelle sans lien avec la place financière luxembourgeoise. Au vu de ses explications, il aurait été convenu qu'à titre exceptionnel, il percevrait le bénéfice de sa quote-part de bonus évalué sur les apports 2006, diminuée de la taxe de reprise anticipée du véhicule, et un avenant fut signé en date du 11 juillet 2007.

Suite à son départ, il a finalement rejoint la banque C concurrente présente sur la place luxembourgeoise.

B reproche à son ancien salarié d'avoir, après son départ de la banque, démarché un nombre important de clients. Ainsi, quelques jours après le départ de A, B aurait reçu un nombre impressionnant de courriers de clients demandant la clôture de leur compte et le transfert subséquent de leurs avoirs vers des comptes ouverts auprès de C le nouvel employeur de A. La quasi-totalité de ces courriers sollicitant le transfert auraient été présentés et rédigés de manière similaire, voire identique et auraient été postés à partir du même endroit à Luxembourg-Ville, avec des numéros de recommandés qui se suivent, alors que la majeure partie des clients auraient été des résidents étrangers. La même écriture se serait retrouvée dans bon nombre de courriers et sur la quasi-totalité des enveloppes.

Par requête déposée le 1^{er} février 2008, la banque B a fait convoquer A devant le Tribunal du travail de Luxembourg aux fins de s'y entendre condamner à lui payer le montant de 254.000 euros à titre de dommages-intérêts.

Par requête déposée le 14 avril 2008, le salarié A a fait convoquer son ancien employeur B devant le Tribunal du travail de Luxembourg aux fins de s'y entendre condamner à lui payer le montant de 65.720,23 euros, dont 57.400 euros à titre de quote-part de bonus évalué sur les apports 2006 et 8.320,23 euros à titre de taxe de reprise anticipée du véhicule de fonction.

Le Tribunal a joint les deux demandes. Par jugement du 22 mars 2012, le Tribunal du travail a dit non fondée la demande de l'employeur B.

La demande de A a été déclarée fondée à concurrence de 57.400 euros représentant la quote-part du bonus sur les apports de l'année 2006.

L'employeur B a interjeté appel par exploit d'huissier du 3 mai 2012.

Le salarié A a interjeté appel incident et conclu à la réformation du jugement entrepris en ce qu'il a déclaré recevable la requête initiale. Il demande à la voir déclarer irrecevable pour incompétence matérielle du Tribunal du travail.

A) Obligation de loyauté et de fidélité du salarié

Compétence du Tribunal du travail

La demande de B tend à la condamnation de son ancien salarié à lui payer le montant de 254.000 euros à titre de dommages et intérêts pour le préjudice subi suite à la violation par A des obligations auxquelles il était soumis du fait de sa relation de travail, à savoir l'obligation de bonne foi, de loyauté et de fidélité découlant de l'article 1134 du Code civil¹, l'obligation de respecter le secret bancaire tel que prévu à l'article 41 de la loi du 5 avril 1993 relative au secteur financier², ainsi que les obligations découlant des circulaires CSSF et de l'article 8 du contrat de travail.

L'article 8 du contrat de travail de A est libellé comme suit :

« Les informations que l'employé recevra sur la clientèle de la banque (y compris leurs noms et adresses) sont strictement confidentielles et aucun usage ne peut en être fait à titre personnel, que ce soit pendant la durée de l'emploi ou postérieurement. Après la cessation du contrat d'emploi entre l'employé et la banque, l'employé restera tenu par les dispositions légales relatives au secret bancaire. Il s'interdit par ailleurs de contacter les clients de la banque qu'il a connus en raison de son emploi auprès de la banque pour les inviter à entrer dans des relations d'affaires avec lui ou son nouvel employeur. Toute infraction à cette disposition est susceptible d'être sanctionnée par des dommages et intérêts. »

La Cour d'appel considère que le litige trouve sa source dans le contrat de travail ayant lié les parties et que c'est en conséquence à bon droit que le Tribunal du travail s'est déclaré compétent pour connaître de la contestation, l'article 25 du nouveau Code de procédure civile disposant que le Tribunal du travail est compétent pour connaître des contestations relatives aux contrats de travail qui s'élèvent entre les employeurs, d'une part, et leurs salariés, d'autre part, y compris celles survenant après que l'engagement a pris fin.

Preuve à rapporter par l'employeur

Article L.125-8 (1) du Code du travail :

La clause de non-concurrence inscrite dans un contrat de travail est celle par laquelle le salarié s'interdit, pour le temps qui suit son départ de l'entreprise, d'exercer des activités similaires afin de ne pas porter atteinte aux intérêts de l'ancien employeur en exploitant une entreprise personnelle.

¹ **Art. 1134 du Code civil :**

«Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi.»

² **Art. 41 L'obligation au secret professionnel :**

« (1) Les personnes physiques et morales soumises à la surveillance prudentielle de la CSSF en vertu de la présente loi, ainsi que les administrateurs, les membres des organes directeurs et de surveillance, les dirigeants, les employés et les autres personnes qui sont au service de ces personnes physiques et morales ou de personnes physiques et morales ayant été agréées en vertu de la présente loi et étant en liquidation, ainsi que toutes les personnes qui sont nommées, employées ou mandatées à un titre quelconque dans le cadre d'une procédure de liquidation de telles personnes, sont obligées de garder secrets les renseignements confiés à eux dans le cadre de leur activité professionnelle ou dans l'exercice de leur mandat. La révélation de tels renseignements est punie des peines prévues à l'article 458 du Code pénal.»

Le Tribunal du travail a correctement retenu que l'article 8 du contrat de travail cité ci-dessus ne s'analyse pas en une clause de non-concurrence au sens de cet article L.125-8, mais a trait à l'obligation de loyauté et de fidélité du salarié qui résulte de l'article 1134 du Code civil selon lequel les contrats s'exécutent de bonne foi.

Il incombe à B d'établir le bien-fondé de ses prétentions, à savoir que la perte de clientèle alléguée est la conséquence d'une violation par A de ses obligations contractuelles et qu'un dommage lui a été occasionné de ce fait.

Afin d'établir la violation de cette obligation de loyauté par son ancien salarié, la société appelante verse deux attestations testimoniales et s'appuie sur les déclarations de témoins faites sous la foi du serment lors des enquêtes et contre-enquêtes.

Si les attestations et dépositions émanant d'employés de B relatent que suite à la démission de A, la banque a reçu de nombreux courriers de clients avec lesquels A était en relation dans le cadre de ses fonctions occupées au sein de la banque, demandant la clôture de leur compte et le transfert des actifs déposés vers C de Luxembourg, nouvel employeur de A, qu'il résulterait d'un memorandum rédigé par des agents de la banque que certains clients auraient indiqué avoir été contactés par A en vue d'un transfert de leurs avoirs vers son nouvel employeur, ces déclarations constituent des témoignages indirects, ne mentionnant ni l'identité des personnes, ni le nombre de clients qui auraient été contactés par le salarié, ni même l'identité des agents de la banque qui ont rédigé le memorandum et qui ont été en contact avec ces clients.

Il ressort par contre de la déposition du témoin D, employé auprès de B, que la plupart des clients ayant transféré leurs avoirs de la banque appelante vers le nouvel employeur de A refusaient de préciser le motif de ce transfert.

A cela s'ajoute qu'à l'époque de la démission de l'intimé, un certain nombre de salariés de tous les services de B ont quitté la banque pour rejoindre C.

B reste dès lors en défaut de prouver des faits de nature à établir dans le chef de A un démarchage, voire un démarchage systématique de sa clientèle. Elle n'établit pas non plus que A ait eu recours à des pratiques condamnables contraires aux obligations découlant de l'article 1134 du Code civil, de l'article L. 121-9 du Code du travail, de l'article 41 de la loi du 5 avril 1993 relative au secteur financier ou à celles découlant des circulaires CSSF, ni qu'il ait commis un fait quelconque de nature à engager sa responsabilité délictuelle.

La demande de B est, par confirmation de la décision entreprise, à rejeter comme non fondée.

B) Demande du salarié à bénéficiaire du bonus

B critique le jugement de première instance en ce qu'il a déclaré fondée la demande de A en paiement de la quote-part de bonus sur les apports de l'année 2006.

L'employeur se base sur l'article 4 du contrat de travail qui prévoyait qu'à son traitement annuel brut s'ajouterait «*un bonus qui sera déterminé annuellement par votre responsable hiérarchique et la Direction de la banque sur base de l'avenant du 6 août 2001 figurant en annexe*», cet avenant précisant que «*conformément aux usances du Groupe, le montant total ainsi arrêté sera dû et versé sauf dans le cas où l'une des parties aurait notifié avant la date de mise en paiement à l'autre la résiliation du contrat de travail. Actuellement les bonus sont versés au mois de mars de l'exercice suivant, cette pratique Groupe est susceptible de changement.* »

A ayant démissionné en date du 28 juin 2007, il n'aurait plus été en droit de percevoir un bonus pour l'année 2007, la résiliation du contrat étant intervenue avant la date du paiement, soit en mars 2008. Au moment de sa démission, A aurait expliqué qu'il entendait réorienter sa carrière et

retourner en France pour se consacrer à une affaire professionnelle sans lien avec la place financière luxembourgeoise. Au vu de ses explications, il aurait été convenu qu'à titre exceptionnel il percevrait le bénéfice de sa quote-part de bonus évalué sur les apports 2006, diminuée de la taxe de reprise anticipée du véhicule, et un avenant fut signé en date du 11 juillet 2007.

Le résultat des mesures d'instruction ordonnées en première instance aurait démontré qu'aucun bonus n'est jamais versé lorsqu'un salarié quitte l'établissement B pour aller travailler auprès d'une banque concurrente ; que la décision de faire bénéficier le salarié A du bonus malgré sa démission était motivée essentiellement, voire uniquement par le fait qu'il avait assuré qu'il quitterait le milieu bancaire et le Luxembourg et qu'il ne serait pas un concurrent pour B.

En masquant la vérité et en intégrant une banque concurrente, A se serait rendu coupable d'une manœuvre dolosive qui aurait vicié le consentement de B.

Article 1116 du Code civil :

Le dol est une cause de nullité de la convention lorsque les manœuvres pratiquées par l'une des parties sont telles qu'il est évident que, sans ces manœuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté. Il ne se présume pas, et doit être prouvé.

B fait valoir que la façon d'agir de A serait constitutive d'un dol dans son chef. Ce dol serait constitué par l'affirmation de A lors de différents entretiens avec les responsables de la banque qu'il souhaitait se réorienter et se consacrer à une affaire professionnelle sans lien avec la place financière luxembourgeoise.

Pour que le dol soit retenu, il faut que l'erreur que les agissements de l'une des parties ont provoquée dans le chef de l'autre partie, ait été déterminante dans le chef de cette dernière. Il faut partant qu'il soit établi que sans les agissements du cocontractant, l'autre partie n'aurait pas contracté. Le caractère déterminant de l'erreur commise s'apprécie in concreto par une recherche de l'influence effectivement exercée par l'erreur sur la décision de la victime.

A la différence de l'erreur spontanée, l'erreur provoquée par le dol est de nature à entraîner l'annulation quel que soit l'objet sur lequel elle porte. A cet égard, le domaine de la nullité pour dol est donc notablement plus large que celui de la nullité pour erreur : dès lors que l'erreur a été le résultat d'un dol, il suffit qu'elle ait déterminé le consentement de la victime et il n'est pas exigé qu'elle porte sur la substance de la chose.

Dès lors, le dol peut être sanctionné alors même qu'il n'a entraîné qu'une erreur sur les motifs.

En l'espèce, il résulte de la déposition du témoin E directeur de B au moment de la démission de A, que la décision de la banque d'accorder à ce dernier le bonus litigieux à titre exceptionnel était basée d'une part sur le fait que la banque était satisfaite de la qualité du travail presté par son salarié et, d'autre part, sur l'affirmation de A qu'il avait l'intention de créer sa propre entreprise en France. Ces déclarations rejoignent celles du témoin F, à l'époque directrice des ressources humaines. Le témoin D ajoute que c'était la seule fois qu'il a accepté d'accorder le paiement d'un bonus dans le cas où la banque n'était pas obligée de le payer.

La Cour en déduit que l'affirmation de A, selon laquelle il allait quitter le milieu bancaire au Luxembourg pour se réorienter et créer sa propre entreprise en France a déterminé la banque à lui allouer un bonus auquel il n'aurait normalement pas pu prétendre et que la banque n'aurait jamais été d'accord à accorder une telle faveur à son salarié démissionnaire, si elle avait su qu'il allait rejoindre une banque concurrente de la place.

Il y a dès lors lieu d'annuler l'avenant du 11 juillet 2007 pour cause de dol en application de l'article 1116 du Code civil.

Le jugement entrepris est donc à réformer en ce qu'il a déclaré fondée la demande de A en paiement du montant de 57.400 euros au titre de quote-part du bonus relatif aux apports 2006.

La demande du salarié en paiement du bonus est donc à rejeter.



2. Un employeur ne peut pas faire dépendre la régularité du licenciement de son propre vouloir, en refusant de réceptionner un courrier recommandé en provenance de son salarié en état d'arrêt de travail ou en négligeant de retirer un courrier recommandé dont il a été dûment avisé.

Arrêt de la Cour du 23 janvier 2014 n° 39126 du rôle

Faits et rétroactes

La salariée A, engagée suivant contrat de travail à durée indéterminée du 10 janvier 2008 en qualité d'esthéticienne-employée commerciale par la société B, a été licenciée avec effet immédiat par lettre recommandée du 10 août 2010. L'employeur lui reprochait son absence injustifiée depuis le 31 juillet 2010, soit pendant 10 jours, ce qui aurait entraîné une perturbation profonde de la société dont elle était la seule salariée.

Par requête déposée le 29 septembre 2010, la salariée A a fait convoquer son ancien employeur, la société à responsabilité limitée B, devant le Tribunal du travail de Luxembourg aux fins de s'y entendre déclarer abusif son licenciement avec effet immédiat du 10 août 2010 et s'entendre condamner à lui payer une indemnité compensatoire de préavis ainsi que la réparation des préjudices matériel et moral subis du fait du licenciement.

Décision de première instance

Par jugement du 8 mars 2012, le licenciement a été déclaré abusif et la société B a été condamnée à payer à la salariée A une indemnité compensatoire de préavis ainsi que l'indemnisation de ses préjudices matériel et moral subis.

Instance d'appel

Contre ce jugement, lui notifié le 13 mars 2012, la société B a régulièrement interjeté appel par exploit d'huissier de justice du 17 avril 2012, demandant, par réformation, à la Cour de déclarer le licenciement régulier, de la décharger des condamnations prononcées à son encontre du chef de réparation des préjudices matériel et moral subis.

Analyse par la Cour de la régularité du licenciement au regard de l'article L. 121-6 du Code du travail

La salariée A était en période d'incapacité de travail médicalement constatée depuis le 29 mai 2010.

Le dossier renseigne les certificats médicaux suivants :

- certificat du 29 mai 2010 : valant du 29 mai au 11 juin 2010
- certificat du 10 juin 2010 : valant du 10 juin au 28 juin 2010
- certificat du 28 juin 2010 : valant du 28 juin au 14 juillet 2010
- certificat du 11 juillet 2010 : valant du 11 juillet au 31 juillet 2010
- certificat du 27 juillet 2010 : valant du 27 juillet au 31 août 2010.

Le licenciement avec effet immédiat pour absence non justifiée est intervenu le 10 août 2010.

La salariée A conteste la régularité du licenciement au regard de l'article L.121-6 (3) du Code du travail aux termes duquel :

« L'employeur averti conformément au paragraphe (1) ou en possession du certificat médical visé au paragraphe (2) n'est pas autorisé, même pour motif grave, à notifier au salarié la résiliation de son contrat de travail. »

L'employeur reproche à la salariée A d'avoir omis de l'avertir le 1^{er} août 2010 de la prolongation de son état d'incapacité de travail au-delà du 31 juillet 2010 et soutient que l'obligation du salarié incapable de travailler pour cause de maladie d'avertir l'employeur le jour même de l'empêchement vaudrait également en cas de prolongation de l'état d'incapacité de travail, l'employeur devant être averti le plus tôt possible de l'absence du salarié afin de pourvoir à son remplacement et organiser la répartition des tâches.

L'article L.121-6 (1) du Code du travail est ainsi libellé :

« (1) Le salarié incapable de travailler pour cause de maladie ou d'accident est obligé, le jour même de l'empêchement, d'en avvertir personnellement ou par personne interposée l'employeur ou le représentant de celui-ci.

L'avertissement visé à l'alinéa qui précède peut être effectué oralement ou par écrit.

(2) Le troisième jour de son absence au plus tard, le salarié est obligé de soumettre à l'employeur un certificat médical attestant son incapacité de travail et sa durée prévisible.

(3) L'employeur averti conformément au paragraphe (1) ou en possession du certificat médical visé au paragraphe (2) n'est pas autorisé, même pour motif grave, à notifier au salarié la résiliation de son contrat de travail, ou, le cas échéant, la convocation à l'entretien préalable visé à l'article L. 124-2. pour une période de vingt-six semaines au plus tard à partir du jour de la survenance de l'incapacité de travail.

[...]

La résiliation du contrat effectuée en violation des dispositions du présent paragraphe est abusive. »

Il en découle que le salarié incapable de travailler pour cause de maladie a la double obligation d'avertir l'employeur le jour même de l'empêchement et de lui faire parvenir par la suite, et au plus tard le troisième jour, un certificat médical attestant son incapacité de travail et la durée de celle-ci.

A partir de l'avertissement de l'employeur, le salarié est protégé contre le licenciement jusqu'à l'expiration du troisième jour de l'absence. A défaut par celui-ci de remettre le certificat médical le troisième jour au plus tard de son absence, l'employeur recouvre son droit de procéder au licenciement.

Le salarié peut également présenter directement, sans avertissement préalable de l'employeur, un certificat médical à celui-ci. Dans ce cas il bénéficie de la protection contre le licenciement à partir du moment où l'employeur est en possession du certificat médical.

En l'espèce la salariée A affirme avoir envoyé le certificat médical du 27 juillet 2010 la déclarant incapable au travail pour la période du 27 juillet au 31 août 2010 par courrier recommandé du 28 juillet 2010 à la société B et verse à l'appui de ses affirmations un courrier recommandé RK 58 283 078 2 FR qu'elle a posté le 28 juillet 2010 à 16.00 heures à Hagondange à destination de Mme X, société B, à L-[...] Luxembourg, ce qui est bien l'adresse de son employeur.

Ce courrier lui a été retourné le 30 août 2010 avec la mention « *retour, non-réclamé* ».

La société B conteste avoir été avisée de cet envoi.

Il se dégage des annotations sur l'enveloppe que la société B a été avisée le 30 juillet 2010 du courrier recommandé posté le 28 juillet 2010 à Hagondange. L'annotation comportant le paraphe du facteur mentionne que le courrier n'a pas pu être délivré pour cause d'absence du destinataire et que celui-ci a été averti que le dernier jour de garde était le 30 août 2010.

La société B n'a fait valoir aucun motif qui permettrait à la Cour de douter de l'exactitude desdites annotations et partant du fait qu'elle a été régulièrement avisée de cet envoi.

Il ne saurait être admis qu'un employeur, en refusant de réceptionner un courrier recommandé en provenance de son salarié en état d'arrêt de travail ou en négligeant de retirer un courrier recommandé dont il a été dûment avisé, puisse faire dépendre la régularité du licenciement de son propre bon vouloir.

Dans la mesure où l'employeur a été avisé le 30 juillet 2010 du courrier recommandé contenant le certificat médical, soit à un moment où la salariée A était encore couverte par le certificat médical du 11 juillet 2010 la déclarant incapable au travail du 11 juillet au 31 juillet 2010, celle-ci a suffi tant à l'obligation du paragraphe (1) de l'article L.121-6. du Code du travail en avertissant l'employeur la veille de l'expiration de son certificat médical qu'elle n'allait pas reprendre le travail le lendemain de son expiration qu'à l'obligation découlant du paragraphe (2) en transmettant en même temps le certificat médical du 27 juillet 2010 la déclarant incapable au travail du 27 juillet au 31 août 2010.

La Cour est ainsi de l'avis qu'en l'espèce la salariée A bénéficiait donc de la protection de l'article L.121-6. (3) du Code du travail à partir du 30 juillet 2010.

La Cour en conclut que le jugement de première instance est à confirmer en ce que le licenciement opéré le 10 août 2010 par la société B a été déclaré abusif.

3. Prestation d'heures de travail supplémentaires : L'employeur peut mettre en place un système de fiches à faire contresigner par un responsable hiérarchique, mais doit en informer les salariés

Arrêt de la Cour d'appel du 19 décembre 2013, numéro 37701 du rôle

Faits

A, employé dans l'atelier de réparation des véhicules de la société BSA, prétend avoir presté 195 heures de travail supplémentaires durant les mois de décembre 2009, janvier et février 2010, sur ordre et de l'accord de son employeur.

La société BSA conteste le fait que ces heures supplémentaires aient été prestées.

Le salarié A a saisi le Tribunal du travail le 7 septembre 2010 en vue d'obtenir paiement des heures de travail supplémentaires prestées pour la société BSA.

A a vu sa demande rejetée en première instance et a interjeté appel le 28 juillet 2011.

Par un arrêt du 8 novembre 2012, la Cour d'appel a ordonné l'audition de témoins pour vérifier si A a réellement presté des heures supplémentaires sur ordre et accord de son employeur.

Position de l'employeur

La société BSA conteste l'existence de la prestation d'heures de travail supplémentaires et soutient que A n'a pas prouvé l'existence d'un ordre et d'un accord de sa part quant à la prestation de ces heures supplémentaires, vu qu'il n'a pas établi quelle personne au sein de la hiérarchie aurait donné cet ordre et cet accord.

En effet, la société BSA explique que certains abus se sont produits vis-à-vis de prétendues heures supplémentaires que les salariés se seraient imposée eux-mêmes afin de se les faire payer. Suite à cela, la société a instauré un système de fiches pour les heures supplémentaires, lesquelles doivent être signées par un supérieur hiérarchique avant d'être transmises au bureau du personnel pour traitement et paiement.

L'employeur prétend qu'une note de service indiquerait clairement que les heures supplémentaires n'ayant pas fait l'objet de fiches signées par la direction ne seront pas payées.

La société BSA relève que le salarié ne verse aucune de ces fiches prévues à cet effet contresignées.

Audition des témoins

Il ressort de la déposition du témoin C, également employé dans l'atelier de réparation de la société BSA, que leurs horaires de travail étaient fixés de 6h30 du matin à 12h30 puis de 13h à 17h, de sorte qu'ils ont toujours travaillé deux heures de travail supplémentaires par jour, ce même avant l'arrivée du salarié A dans cet atelier.

Il ressort également de la déposition du témoin C que les deux salariés prestaient des heures de travail supplémentaires, au-delà de 17h, lorsque des travaux inopinés tardifs devaient être exécutés.

La déposition du témoin D, client de la société BSA, confirme celle du témoin C.

Concernant les fiches signées par la direction, il ressort du témoignage de C que les deux salariés ont bien rempli et remis des cartes de pointage à leur chef, mais n'ont jamais vu celui-ci les signer.

Position de la Cour d'appel

Le système d'organisation du temps de travail, mis en place au sein de la société BSA, impliquant la prestation de deux heures supplémentaires par journée de travail était déjà en place lors de l'entrée en fonction de A et a été maintenu par la suite.

Par conséquent, la Cour estime que l'instauration de ce système doit obligatoirement avoir nécessité un accord et ordre de l'employeur, qui ne pouvait pas ignorer cette organisation du travail. Il importe peu de savoir quelle personne au sein de la hiérarchie de la société BSA a mis en place cette organisation de l'horaire de travail.

Concernant les fiches signées, la Cour estime qu'on ne saurait déduire d'aucune déposition des témoins ni des éléments produits par l'employeur que A ait eu connaissance de la disposition de la note de service subordonnant le paiement d'heures supplémentaires à la signature de fiches par la direction. Cette disposition ne fait donc pas la loi entre les parties.

En outre, la Cour constate que la société BSA s'est prévalué du paiement d'heures supplémentaires au mois de mars 2010 et ce sans qu'il ait été fait état de fiches signées.

La société BSA ne peut dès lors pas fonder son refus de payer les heures de travail supplémentaires prestées par A sur l'absence de fiches signées par la direction.

Concernant les heures de travail supplémentaires prestées après 17h en cas de travail inopiné tardif, les dépositions des témoins ne sont pas suffisamment précises pour établir à des dates précises les heures de travail supplémentaires prestées par A.

La Cour d'Appel déclare donc l'appel de A partiellement fondé et condamne la société BSA à payer à A un montant de 1687,50 euros pour les heures de travail supplémentaires que celui-ci a prestées.

4. La modification substantielle du contrat de travail consistant dans une réduction de la durée du travail imposée à un employé privé de l'hôtellerie sur base de la seule loi du 20 décembre 2002 portant réglementation de la durée du travail des ouvriers, apprentis et stagiaires occupés dans l'hôtellerie et la restauration est abusive de sorte que la contestation de celle-ci devant le Tribunal du travail par le salarié, suite à sa démission, équivaut à un licenciement abusif.

Arrêt de la Cour d'appel du 10 janvier 2008, no 29318 du rôle

Faits

Un salarié a été engagé le 2 mai 1994 en qualité de chef de rang dans un hôtel.

Le 14 mars 2003, son employeur lui notifia une modification de son contrat de travail opérant une réduction tant de son horaire de travail que de son salaire.

L'employeur a motivé la réduction du salaire mensuel par l'entrée en vigueur de la loi du 20 décembre 2002 portant réglementation de la durée de travail des ouvriers, apprentis et stagiaires occupés dans l'hôtellerie et la restauration, l'obligeant à réduire la durée de travail hebdomadaire de 48 heures stipulée dans le contrat de travail du salarié A à 40 heures par semaine, ce qui aurait comme conséquence un « réajustement de votre salaire en corrélation avec les heures de base à accomplir. »

Suite au refus de l'employeur de tenir compte de la contestation du salarié quant à cette modification substantielle de son contrat de travail en sa défaveur, le salarié ne se présenta plus à son travail.

Rétroactes du contentieux

Par jugement du 27 avril 2004, le Tribunal du travail a déclaré la modification du contrat de travail régulière et débouté le salarié de sa demande en dommages-intérêts pour préjudices matériel et moral. Il a condamné l'employeur à payer au salarié les sommes de 2.387,83 euros à titre d'indemnité de départ et de 1.543,41 euros à titre d'indemnité compensatoire pour congés non pris.

Statuant sur l'appel de l'employeur et du salarié, la Cour d'appel a décidé que le licenciement du salarié, motivé par la seule entrée en vigueur de la susdite loi et non justifié par un quelconque motif réel et sérieux fondé sur les nécessités du fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service, est à déclarer abusif.

Le même arrêt a condamné l'employeur à payer au salarié à titre de dommages-intérêts pour préjudices matériel et moral la somme de 6.040,16 euros, outre les intérêts, et à l'ETAT la somme de 10.286,82 euros.

L'arrêt de la Cour d'appel fut cassé par arrêt de la Cour de cassation du 11 janvier 2007 au motif suivant :

« Vu l'article 6 de la loi modifiée du 7 juin 1937 ayant pour objet la réforme de la loi du 31 octobre 1919 portant règlement légal du louage de service des employés privés, actuellement repris par le Code de travail introduit par la loi du 31 juillet 2006 ;

Attendu qu'en appliquant au litige opposant le salarié, responsable de la restauration, dont le statut d'employé privé n'a pas été mis en question, à son ancien employeur, hôtelier et restaurateur, la loi du 20 décembre 2002 portant réglementation de la durée de travail des ouvriers, apprentis et stagiaires occupés dans l'hôtellerie et la restauration qui d'après son article 1^{er} ne s'applique qu'aux ouvriers, apprentis et stagiaires occupés dans ces secteurs, les juges du fond ont violé par refus d'application le texte de loi susvisé. »

L'arrêt de la Cour d'appel autrement composée

Quant au caractère abusif du licenciement

Le salarié fait plaider que le licenciement serait abusif, alors qu'il ne reposerait pas sur des motifs réels et sérieux puisque, tel que décidé par la Cour de Cassation, la loi du 20 décembre 2002, ne s'applique pas au statut du salarié appelant ; que dès lors il n'y aurait pas lieu à analyser si l'employeur était en droit ou non de réduire la durée du temps de travail du salarié sur base de la loi modifiée du 7 juin 1937 portant réforme de la loi du 31 octobre 1919 portant réglementation du louage de service des employés privés, alors que l'employeur ne s'est pas référé à cette loi pour opérer la modification du contrat de travail de l'appelant.

L'employeur justifie la modification du contrat de travail en exposant qu'il croyait en toute bonne foi que la loi du 18 décembre 2002 s'appliquait au contrat de travail le liant au salarié. Il affirme que telle fut également la conviction de son conseil, celle de l'Inspection du travail et des mines, de l'employé et de son conseil, du Tribunal de première instance, ainsi que de la 8^e chambre de la Cour d'appel qui a interprété ladite loi en vue de son application au présent litige.

Il ajoute que la législation en vigueur pour les employés privés limitait elle aussi la durée du travail hebdomadaire à 40 heures et qu'il pouvait partant valablement adapter le contrat litigieux à cette exigence légale.

Il donne à considérer que la réduction du salaire ne peut être considérée comme préjudiciable à l'employé dans la mesure où il ne s'agit pas d'une perte sèche, mais d'une perte compensée par une réduction du temps de travail, et que cette réduction aurait par ailleurs eu pour effet que toute heure prestée au-delà des 40 heures/semaine serait rétribuée comme heure supplémentaire, ce qui fut le cas entre avril et juillet 2003.

Il conclut que si erreur il y a quant à la loi à laquelle il est fait référence pour justifier la modification du contrat, cette erreur ne saurait être qualifiée de faute, au vu des circonstances de l'espèce.

Il demande en ordre principal de confirmer le jugement de première instance en ce qu'il a dit la modification du contrat de travail non abusive, la réduction du salaire mensuel étant justifiée par la réduction de la durée hebdomadaire de travail, elle-même justifiée par la nécessité de conformer le contrat de travail à la législation applicable aux employés.

Il résulte des pièces du dossier et il n'est pas contesté par l'employeur que l'unique motif invoqué par lui pour procéder à la modification du contrat de travail du salarié est la référence à la loi du 20 décembre 2002 portant réglementation de la durée de travail des ouvriers, apprentis et stagiaires occupés dans l'hôtellerie et la restauration.



Comme l'arrêt de la Cour de Cassation du 11 janvier 2007 a cependant déclaré la loi en question inapplicable au présent litige, l'absence de pertinence de cet unique motif de l'employeur est établie, sans qu'il faille par ailleurs examiner si l'erreur invoquée par l'employeur a été excusable.

Il suit des développements qui précèdent que la résiliation du contrat de travail par l'employeur vaut licenciement abusif ; le jugement du Tribunal du travail est à réformer dans ce sens.

Quant au préjudice

Quant au préjudice matériel.

Eu égard à la qualification professionnelle du salarié, à son âge au moment du licenciement et à la situation sur le marché du travail dans son secteur d'activité, la Cour a fixé la période de référence, compte tenu de son degré d'instruction et des démarches faites dans le cadre de son inscription comme demandeur d'emploi pour toucher les indemnités de chômage, à six mois à partir de la fin des relations de travail, soit du 16 juillet 2003 au 15 janvier 2004.

Eu égard au fait que la modification du contrat de travail est irrégulière dans son intégralité, il échet, pour la détermination du préjudice matériel subi, de prendre en considération le dernier salaire perçu avant ladite modification, soit le salaire correspondant au mois de juin 2003 (2.387,83 euros) ce montant ayant d'ailleurs été réclamé comme indemnité de départ dans la requête introductive et comme base mensuelle dans des conclusions subséquentes.

Ce montant est par ailleurs le plus élevé touché durant l'année 2003, ce qui contredit l'affirmation de l'appelant d'après laquelle l'employeur aurait procédé à une diminution de son salaire dès mars 2003.

Compte tenu des indemnités de chômage qu'il a touchées pour cette période, son préjudice matériel en relation causale directe avec le licenciement abusif s'élève partant à $(6 \times 2.387,83) - 10.286,82 = 4.040,16$ euros.

Quant au préjudice moral

Eu égard à l'ancienneté de service du salarié, aux circonstances de son licenciement et à la durée de la période de référence retenue ci-dessus, le préjudice moral qu'il a subi du fait de l'atteinte à sa dignité de salarié et de l'inquiétude quant à son avenir professionnel sera équitablement réparé par l'allocation de 2.000 euros.