



# INFOS JURIDIQUES

Flash sur le Droit social

## NEWSLETTER

N° 07/2017 28 juillet 2017

**1. Jour de récupération :** l'employeur doit veiller au respect des dispositions relatives au temps de travail, aux repos et aux congés. Il a le droit de contondre une salariée à prendre ses jours de récupération. p.1

**2. Maladie :** la non-remise du certificat médical dans les trois jours ne constitue pas nécessairement et automatiquement une faute grave autorisant le licenciement immédiat du salarié. p.2

**3. Surveillance du salarié :** Faire contrôler et surveiller un salarié par un détective privé constitue un moyen de preuve illicite. p.3

**Maladie :** le fait de se présenter, pendant une période d'incapacité de travail, un dimanche, vers 7h10 sur son lieu de travail, comme le fait d'avoir ignoré, par la suite, les procédures de contrôle contradictoires diligentées d'une part par la CNS et d'autre part par l'employeur constituent des éléments suffisants permettant de renverser la présomption d'incapacité de travail résultant des certificats médicaux versés par le salarié.

**4. Licenciement :** la notification d'un licenciement par « sms » n'est pas valable. p.6

**5. DROIT EUROPÉEN :** le transfert des activités d'une entreprise municipale, dissoute par décision de la municipalité actionnaire unique, en partie à ladite municipalité et en partie à une autre entreprise municipale constitue un transfert au sens du droit européen. p.7

## 1. Jour de récupération : l'employeur doit veiller au respect des dispositions relatives au temps de travail, aux repos et aux congés. Il a le droit de contondre une salariée à prendre ses jours de récupération.

Arrêt de la Cour d'appel du 1er juin 2017, n° 43432 du rôle

### Les faits

Engagée comme conseillère commerciale par la société à responsabilité limitée S1 depuis le 1<sup>er</sup> août 2012, A a réclamé à son ancien employeur par requête déposée auprès du Tribunal du travail de Luxembourg le 27 juin 2014 le paiement de 18 jours de récupérations pour travail le week-end.

### Jugement de première instance

Le Tribunal du travail de Luxembourg a déclaré fondée la demande de la salariée.

La société S1 a régulièrement interjeté appel de ce jugement.

### Arguments des parties

La société S1 ne conteste pas le nombre de jours de récupération mis en compte par la salariée, mais précise que cette dernière pouvait les récupérer quand elle le voulait et que ne l'ayant pas fait, elle est supposée y avoir renoncé. Elle

ajoute encore qu'en ne prenant pas ces jours de récupération, mais en continuant à travailler, elle a nécessairement réalisé des ventes et partant touché des commissions substantielles, de sorte qu'elle n'aurait plus droit au paiement de ses heures de récupération.

La salariée conteste avoir renoncé à prendre ses journées de récupération, mais précise qu'elle a été dans l'impossibilité de les prendre d'une part, en raison des besoins du service de son employeur et d'autre part, du fait de son départ de la société, de sorte que l'employeur serait tenu de les lui payer.

### Décision de la Cour d'appel

Il convient dans un premier temps de retenir que les renonciations ne se présumant pas, elles se prouvent.

L'employeur doit donc prouver que la salariée a renoncé à la prise de ses journées de récupération et/ou au paiement de ses journées de récupération.



**Il incombe à l'employeur, qui soutient, à tort, ne pas avoir été en droit de contraindre sa salariée à prendre ses jours de récupération, de veiller au respect des dispositions relatives au temps de travail, aux repos et aux congés.**

La salariée dans l'impossibilité de prendre ses jours de récupération en

cas de départ de l'entreprise a droit au paiement d'une indemnité pour jour de repos non pris.

Le fait que la salariée ait travaillé les week-ends et qu'elle a peut-être touché des commissions « substantielles » comme le prétend l'employeur, mais surtout contribué à augmenter

le chiffre d'affaires de ce dernier, n'a aucune incidence sur l'obligation légale de ce dernier de lui payer les jours de récupération afférents.

Le jugement est partant également à confirmer en ce qu'il a condamné l'employeur à payer à A la somme de 18 x 276,08 euros = 4.969,44 euros.

## **2. Maladie : la non-remise du certificat médical dans les trois jours ne constitue pas nécessairement et automatiquement une faute grave autorisant le licenciement immédiat du salarié.**

### **Arrêt de la Cour d'appel du 26 janvier 2017, n° 43652 du rôle**

#### **Les faits**

Au service de l'employeur depuis le 1<sup>er</sup> septembre 2008 en qualité de chauffeur, le salarié B a été licencié avec effet immédiat le 21 octobre 2014 en raison d'une absence injustifiée depuis le 13 octobre 2014. Par requête du 2 mars 2015, le salarié a fait convoquer son ancien employeur devant le Tribunal du travail de Luxembourg pour voir qualifier son licenciement immédiat d'abusif et obtenir des dommages et intérêts.

#### **Jugement de première instance**

Le Tribunal du travail a, par un jugement du 26 avril 2016, décidé que le licenciement prononcé à l'encontre de B est abusif.

Ainsi, le Tribunal du travail a retenu que le salarié a bien informé l'employeur le premier jour de son absence, mais qu'il resterait en défaut de prouver lui avoir remis un certificat de maladie dans les 3 premiers jours d'absence. Par conséquent, le salarié n'était pas protégé contre le licenciement. Ensuite, le Tribunal de première instance a décidé que l'absence injustifiée du salarié B ne permettait tout de même pas son licenciement avec effet immédiat

en vertu des circonstances entourant ce licenciement.

#### **Arguments des parties**

La société A a relevé appel de ce jugement le 13 mai 2016.

Elle avance que le licenciement est régulier et légitime et conteste toutes les demandes indemnitaires du salarié. L'employeur soutient que l'absence injustifiée de son ancien salarié sur une période de sept jours constituerait une faute d'une gravité suffisante pour le licencier sans préavis.

Le salarié fait grief à la juridiction du travail d'avoir décidé qu'il n'était pas protégé contre le licenciement du 21 octobre 2014. Il reproche ensuite au Tribunal du travail d'avoir décidé que la lettre de licenciement répondait au degré de précision requis par la loi.

#### **Appréciation de la Cour d'appel**

Pour pouvoir bénéficier de la protection prévue à l'article L. 121-6 du Code du travail<sup>1</sup>, le salarié doit non seulement informer son employeur de son incapacité de travailler le premier jour de l'empêchement, mais il doit aussi lui soumettre le troisième jour au plus

tard un certificat médical. En l'espèce, le salarié a informé son employeur le premier jour de son empêchement, mais il reste en défaut de prouver que son employeur a reçu son certificat médical dans le délai légal de trois jours ce qui fait que le salarié ne pouvait pas bénéficier de la protection légale contre le licenciement. L'employeur était alors autorisé à le licencier.

Le courrier de motivation du licenciement indique que le salarié a informé l'employeur de son absence en date du 13 octobre 2014, mais l'a laissé par la suite sans nouvelles, c'est-à-dire sans certificat médical jusqu'au 21 octobre 2014, plongeant la société dans des problèmes de fonctionnement et de livraison. La teneur de cette lettre permet parfaitement au salarié de cerner la faute reprochée par son employeur, de se défendre et à la juridiction du travail d'apprécier la gravité. Ainsi, la lettre de licenciement est conforme aux exigences de précision requises par la loi.

Par contre, la non-remise du certificat médical dans les trois jours ne constitue pas nécessairement et automatiquement une faute grave autorisant le licenciement immédiat du salarié. Effectivement, il incombe encore toujours aux juridictions du travail

1) Article L. 121-6 du Code du travail :

(1) Le salarié incapable de travailler pour cause de maladie ou d'accident est obligé, le jour même de l'empêchement, d'en avertir 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 à partir du jour de la survenance de l'incapacité de travail.

d'apprécier la gravité du motif invoqué suivant les critères prévus par la loi. La Cour confirme la position du Tribunal du travail ayant dit qu'« au vu des circonstances entourant ce licenciement, à savoir le fait que le requérant a informé la partie défenderesse de sa maladie le premier jour de son incapacité de travail et qu'il a envoyé son certificat médical par la poste, et que l'absence injustifiée constitue un fait unique et isolé sur une période de presque dix ans de service sans autres avertissements de la part de l'employeur sur la qualité du travail et la capacité de travailler du salarié, le tribunal de ce siège considère que l'absence

*injustifiée du requérant ne justifiait pas son licenciement avec effet immédiat ».*

Abusivement licencié avec effet immédiat, le salarié a, en principe, droit à une indemnité compensatoire de préavis et à une indemnité de départ qui est fonction de son ancienneté de service, ainsi qu'à l'indemnisation de ses préjudices matériel et moral à la condition qu'ils soient avérés et en relation causale directe avec le licenciement. Toutefois, la Cour constate, sur base des pièces lui soumises, que le salarié a attendu quatre mois avant d'effectuer des recherches pour trouver un nouvel emploi. Par

conséquent, c'est à bon droit que la juridiction du travail a décidé qu'il n'avait pas fait les efforts nécessaires pour minimiser le plus rapidement possible son préjudice matériel, sa demande y relative est donc non fondée.

Enfin, la Cour d'appel confirme la juridiction de première instance ayant pris en considération l'atteinte portée à la dignité du salarié par ce licenciement abusif, la durée des relations de travail de plus de cinq ans et les circonstances dans lesquelles le licenciement s'est opéré pour fixer adéquatement le préjudice moral à 3.500 euros.

### 3. Surveillance du salarié : faire contrôler et surveiller un salarié par un détective privé constitue un moyen de preuve illicite.

**Maladie : le fait de se présenter, pendant une période d'incapacité de travail, un dimanche, vers 7h10 sur son lieu de travail, comme le fait d'avoir ignoré, par la suite, les procédures de contrôle contradictoires diligentées d'une part par la CNS et d'autre part par l'employeur constituent des éléments suffisants permettant de renverser la présomption d'incapacité de travail résultant des certificats médicaux versés par le salarié.**

#### Arrêt de la Cour d'appel du 6 juillet 2017, n° 43731 du rôle

##### Les faits

Engagé par la société S1 en qualité de « Business Area Manager » suivant contrat de travail à durée indéterminée du 27 février 2008, A a été en maladie à partir du 14 juin 2014.

Le 20 août 2014, il a été licencié avec effet immédiat pour s'être rendu, avec son collègue B, le 29 juin 2014, soit un dimanche, vers 7h10 dans les locaux de la Banque, ce malgré son prétendu congé de maladie, afin d'accéder à l'aide de ses clefs et/ou mot de passe au réseau de la Banque, être parvenu à visionner 8.700 fichiers de la Banque, avoir effacé certains de ces documents, en avoir renommé d'autres en utilisant la dénomination « private », avoir procédé à des envois importants de données sur sa boîte mail privée ouverte en son nom et finalement être sorti deux heures et demie plus tard de la Banque en emportant un carton rempli de documents appartenant à la Banque. Il lui

est reproché en outre d'avoir simulé sa maladie.

A a contesté son licenciement devant le Tribunal du travail de Luxembourg en soutenant qu'il est intervenu en période de protection du fait de son incapacité de travail.

##### Jugement de première instance

Par un jugement du 21 avril 2016, le Tribunal du travail a déclaré le licenciement avec effet immédiat abusif. Ainsi a-t-il retenu que l'employeur n'a pas réussi à renverser la présomption d'incapacité découlant du certificat médical pour la période allant du 12 juillet au 17 août 2014, ni pour la période du 18 août au 21 septembre 2014. Il conclut que A a été licencié alors qu'il bénéficiait de la protection contre le licenciement au moment de la convocation à l'entretien préalable du 8 août 2014 et du licenciement subséquent.

##### Arguments des parties

La société S1 a régulièrement relevé appel de ce jugement. Elle soutient que la présomption de maladie a été valablement renversée et qu'elle était, de ce fait, en droit de notifier la résiliation avec effet immédiat du contrat de travail à A. Elle conclut à la décharge de l'ensemble des condamnations prononcées à son encontre en première instance.

A demande le rejet du rapport de mission établi par un détective privé à la demande de l'employeur au motif que les faits observés se rapportent à sa vie privée.

Si la société S1 reconnaît avoir fait observer, par un détective, A et B à partir de leurs domiciles respectifs sans qu'ils en aient eu connaissance, elle soutient qu'il n'y a pas eu atteinte à la vie privée du salarié, car les faits observés se sont déroulés dans des lieux publics et les observations du détective ont eu lieu en

pleine rue, à des endroits où l'employeur ou n'importe quel autre témoin aurait pu les voir. Il en résulterait que A était parfaitement en forme pour se déplacer, alors qu'il a rencontré B à plusieurs reprises pendant son congé de maladie, ce quelques semaines seulement après qu'ils s'étaient introduits dans les locaux de la Banque.

L'employeur ne conteste pas que A a rempli ses obligations résultant de l'article L.121-6 du Code du travail<sup>1</sup>, mais reproche aux premiers juges d'avoir considéré qu'il n'avait pas réussi à renverser la présomption découlant des certificats médicaux versés par A.

Il maintient son argumentation suivant laquelle le renversement de la présomption de maladie résulte des éléments suivants :

- A s'est rendu, avec B, dans les locaux de la Banque le 29 juin 2014 (soit un dimanche), vers 7.10 heures et ce malgré son prétendu congé de maladie, afin d'accéder, à l'aide de ses clefs et/ou mot de passe au réseau de la Banque ; qu'il résulte des images de la caméra de surveillance, qu'il est sorti deux heures et demie plus tard en emportant un carton rempli de documents appartenant à la Banque et qu'il semblait donc être en pleine forme.
- A est en aveu de ne pas avoir répondu au contrôle de la CNS le 24 juillet 2014.
- A ne s'est pas non plus présenté au contre-examen médical du 25 juillet 2014 auquel il avait été convoqué le 22 juillet 2014 et il n'a pas demandé un report du rendez-vous.
- A a rencontré B les 31 juillet 2014 de 14h30 à 17h00 et 7 août 2014 de 11h00 à 14h10, et ce malgré sa prétendue incapacité de travail.

A de son côté, conclut à la confirmation du jugement entrepris, par adoption de ses motifs.

Il fait valoir qu'il s'était rendu à la Banque le 29 juin 2014 pour mettre de l'ordre dans certains dossiers afin que ses collègues puissent continuer à travailler sur les différents projets pendant son absence et qu'à cette date il n'était pas en arrêt de maladie, étant donné que son dernier arrêt de maladie allait du 24 au 27 juin 2014 et le prochain du 30 juin au 11 juillet 2014.

Il soutient que depuis l'arrivée de C à la Banque, il avait été écarté « doucement » de ses importantes responsabilités de directeur au sein du département « Bank Solutions » et était devenu la victime d'un incessant harcèlement moral et obsessionnel de la part de son employeur et de ses supérieurs hiérarchiques. Il convient que si ces faits ne sont pas directement pertinents pour la solution du litige, ils permettraient cependant de mieux comprendre les relations entre parties avant le licenciement et les conséquences qui s'en sont suivies, en l'occurrence une importante dépression.

### **L'appréciation de la Cour d'appel**

La Cour confirme qu'en règle générale un certificat médical n'établit qu'une présomption simple en faveur de la justification de l'absence du salarié qui peut être combattue par un faisceau d'indices et les circonstances de l'affaire.

La charge de la preuve que les certificats médicaux adressés par le salarié ne correspondent pas à la réalité pèse sur l'employeur.

### **Quant au rapport du détective privé**

Il résulte du rapport de mission querellé que pendant la période du 24 juillet au 7 août 2014, la société S1 a fait obser-

ver, par une société de surveillance, au moyen d'un « agent de mission » et d'« un véhicule de dotation », les allées et venues de A et de B à partir de leurs domiciles respectifs et ce à leur insu.

**Cette filature organisée pour contrôler et surveiller des faits relevant de la vie privée d'un salarié constitue un moyen de preuve illicite, dès lors qu'elle implique nécessairement une atteinte à la vie privée du salarié. De ce fait, elle ne saurait être justifiée par les intérêts, fussent-ils légitimes, de l'employeur.**

Il en découle qu'il y a lieu d'écarter des débats le rapport de mission du 8 août 2014.

### **Quant à la protection contre le licenciement**

Compte tenu du rejet du rapport de mission du 8 août 2014, les prétendues rencontres des 31 juillet et 7 août 2014 entre B et A restent à l'état de pure allégation.

Il résulte des pièces versées en cause que A se trouvait en congé de maladie :

- suivant certificat médical du 23 juin 2014 : du 24/06/2014 au 27/06/2014;
- suivant certificat médical du 27 juin 2014 : du 30/06/2014 au 11/07/2014;
- suivant certificat médical du 11 juillet 2014 : du 14/07/2014 au 17/08/2014;
- suivant certificat médical du 14 août 2014 : du 18/08/2014 au 21/09/2014.

Il se dégage des prédicts certificats médicaux successifs que A se trouvait en incapacité de travail continue depuis le 23 juin 2014. En effet, le fait que la première période d'incapacité de travail n'a été prolongée qu'à partir du 30 juin 2014, soit le premier jour ouvrable qui suivait le dernier jour ouvrable de cette incapacité de travail, ne saurait tirer à conséquence dans la mesure où

1) Article L. 121- 6 du Code du travail :

(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 à partir du jour de la survenance de l'incapacité de travail.

le certificat médical du 27 juin 2014 fut déjà établi le dernier jour de la première période d'incapacité de travail, soit le vendredi 27 juin 2014 et que la période d'incapacité subséquente est basée sur les constatations faites ce jour-là par le médecin certifiant.

**Or, la prétendue incapacité de travail de A qui perdrait ainsi pendant le week-end, se trouve en contradiction avec le fait qu'il s'est rendu le dimanche 29 juin 2014, ensemble B, dans les locaux de la Banque, pour quelque motif que ce soit, et en est sorti deux heures et demie plus tard en emportant un carton rempli de documents.**

**En effet et, même à supposer que le certificat médical permettait « des sorties autorisées », ces dernières sont autorisées pour les besoins de la vie courante et non pour se rendre sur son lieu de travail et prétendument faire de l'ordre dans ses affaires.**

A fait encore valoir qu'en raison de son état dépressif, il n'a pas répondu au contrôle de la CNS du 24 juillet 2014. Il soutient qu'il dormait sous l'effet des médicaments au moment du passage du contrôleur de la CNS à son domicile.

La société S1, en revanche, demande de rejeter l'attestation testimoniale établie par l'épouse de A, au motif qu'elle a un intérêt direct à l'issue du procès. En ordre subsidiaire, elle demande de lire l'attestation testimoniale avec circonspection.

Ainsi que l'ont constaté à bon escient les premiers juges, il n'y a, en l'espèce, aucun motif de nature à douter de la sincérité du témoignage de D, épouse de A.

Les déclarations de D d'après lesquelles son époux dormait profondément sous l'effet de médicaments et qu'elle-même était entrain de promener le chien au

moment du contrôle, sont néanmoins vagues. Elles reposent de surcroît sur une simple supposition et non pas sur une constatation personnelle susceptible d'être vérifiée. Elles ne sauraient dès lors emporter la conviction de la Cour.

En ce qui concerne la non-présentation de A à un contre-examen le 25 juillet 2014, A fait valoir qu'il n'avait pas réceptionné le courrier de convocation, de sorte qu'il ignorait tout d'une convocation. En raison de sa grave dépression, tout déplacement lui aurait été de surcroît difficile. Il s'y ajouterait que le délai entre l'envoi du courrier et la date du contre-examen aurait été extrêmement court. Enfin, une seule et unique non-présentation à une contre-expertise médicale ne serait pas suffisante pour renverser la présomption de maladie.

Il résulte de l'avis de passage « *Track and Trale* » qu'au moment du passage du courrier le 23 juillet 2014, à 13h41 que : « *addressee's office closed - addressee asked to pickup the item* ».

Il en découle que A avait normalement pu prendre connaissance du courrier lui adressé avant la date fixée pour le contre-examen médical. Même si le délai de convocation pour le contre-examen était court, A aurait pu, le cas échéant, s'adresser à son employeur pour fixer un nouveau rendez-vous, ce qu'il n'a cependant pas fait.

S'il se dégage du rapport médical du docteur E, médecin spécialiste en psychiatrie, que depuis le 17 juillet 2014, A a été en consultation régulière auprès de lui dans « *un contexte d'harcèlement grave sur son lieu de travail* », il n'en résulte pas pour autant que cette prise en charge psychiatrique impliquait une incapacité de travail dans le chef du salarié, ainsi qu'une impossibilité de se

déplacer pour se rendre au rendez-vous fixé pour une contre-expertise médicale.

**En omettant d'informer son employeur des motifs de son absence, respectivement de solliciter de son employeur la fixation d'un nouveau rendez-vous, A a, au contraire, eu un comportement désinvolte, sans aucun égard aux attentes légitimes de son employeur. Dans ces circonstances, A ne saurait reprocher à ce dernier de ne pas avoir procédé à une nouvelle convocation à un examen de contrôle.**

**En conclusion, la Cour retient que le fait par A de s'être présenté, malgré sa prétendue incapacité de travail, un dimanche matin à 7h10 à son lieu de travail, pour en sortir deux heures et demie plus tard en emportant un carton rempli de documents et le fait par lui d'avoir ignoré, par la suite, tout simplement les procédures de contrôle contradictoires diligentées par la CNS et par l'employeur pour vérifier la réalité de son incapacité de travail résultant de ses certificats médicaux successifs, constituent des éléments suffisants permettant à ce dernier de mettre en cause la véracité de l'incapacité de travail du salarié pendant la période litigieuse.**

Il en découle que la société S1 a réussi à renverser la présomption d'incapacité de travail résultant des certificats médicaux versés par A et que ce dernier ne bénéficiait dès lors pas de la protection spéciale prévue par l'article L.121-6 du Code du travail au moment de sa convocation à l'entretien préalable, respectivement au moment de son licenciement. Il y a partant lieu de réformer en ce sens le jugement entrepris. L'affaire sera renvoyée devant le Tribunal du travail, autrement composé, pour statuer sur le bien-fondé du licenciement.

## 4. Licenciement : la notification d'un licenciement par « sms » n'est pas valable. La notification doit se faire par l'envoi d'une lettre recommandée ou par la remise en mains propres avec un accusé de réception par le destinataire sur le double de la lettre de licenciement.

Arrêt de la Cour d'appel du 1er juin 2017, n° 44540 du rôle

### Faits

La salariée A a été engagée par la S.A.R.L. S1 le 8 avril 2013. Le 19 mai 2014, elle a reçu un « sms » de B, un des deux gérants représentant la S.A.R.L. S1, avec le libellé suivant : « *Alors ma chère A à partir de demain tu n'as plus besoin de venir je te remercie ciao G. car il y a des gens qui ont plus envie que toi de travailler et plus sérieusement merci* ».

Estimant avoir été abusivement licenciée par ce « sms », la salariée a fait convoquer la S.A.R.L. S1 devant le Tribunal du travail de Luxembourg.

### Jugement de première instance

Le Tribunal du travail a, par un jugement du 18 mai 2016, retenu que la S.A.R.L. S1 a licencié A par l'envoi du « sms » du 19 mai 2014 et considéré ce licenciement comme abusif.

### Arguments des parties devant la Cour d'appel

La S.A.R.L. S1 a régulièrement relevé appel de ce jugement. Elle avance comme argument qu'il n'y a pas eu de licenciement abusif en date du 19 mai 2014, mais plutôt une démission de la salariée. En conséquence, elle conclut à l'annulation de toutes les condamnations prononcées à son encontre.

La S.A.R.L. S1 prétend que la salariée ne s'est plus présentée à son travail « pendant des semaines » sans donner de nouvelles et en conclut qu'elle était en droit de considérer que la salariée avait démissionné.

La salariée A conteste une démission de sa part et dit qu'elle a fait l'objet d'un licenciement abusif, car la démission d'un salarié doit toujours résulter d'une manifestation sérieuse et non équivoque de sa volonté et ne se présume

pas. Ainsi, la non-reprise de travail le 19 mai 2014 ne peut pas être considérée comme une démission.

L'employeur conteste avoir licencié la salariée A. Il reproche aux juges de première instance d'avoir retenu que la preuve d'un licenciement était rapportée au motif que le contenu d'un « sms », dont l'identité de l'expéditeur n'est pas prouvée, ne peut pas être considéré comme un licenciement alors qu'un échange de « sms » entre deux portables pourrait à tout moment être attribué fictivement par l'utilisateur de l'un de ces appareils à toute autre personne qu'il désigne unilatéralement par simple encodage dans son répertoire. Il conclut qu'il n'est pas prouvé que l'un des gérants ait envoyé le « sms » litigieux à la salariée.

La S.A.R.L. S1 continue à argumenter que ce « sms » ne constituerait pas une notification valable d'un licenciement vu que la signature conjointe des deux gérants serait nécessaire pour valablement engager la société. À titre de preuve, elle verse les statuts constitutifs de la société du 11 août 2011.

Enfin, l'employeur fait encore valoir que l'action en justice de la salariée est tardive en application de l'article L. 124-11 (2) du Code du travail faute d'avoir été faite dans les trois mois de la notification du licenciement.

### Article L.124-11(2) du Code du travail :

*« L'action judiciaire en réparation de la résiliation abusive du contrat de travail doit être introduite auprès de la juridiction du travail, sous peine de forclusion, dans un délai de trois mois à partir de la notification du licenciement ou de sa motivation. A défaut de motivation, le délai court à partir de l'expiration du délai visé à l'article L. 124-5, paragraphe (2). Ce délai est valablement interrompu en cas de réclamation écrite introduite*

*auprès de l'employeur par le salarié, son mandataire ou son organisation syndicale. Cette réclamation fait courir, sous peine de forclusion, un nouveau délai d'une année ».*

### L'appréciation de la Cour d'appel

Tout d'abord, la Cour, tout comme la juridiction de première instance, retient que le « sms » du 19 mai 2014 provient de B, qui, en envoyant ce « sms » a entendu mettre fin au contrat de travail de A. La désaffiliation de la salariée avec effet au 16 mai 2014 confirme cette intention.

La Cour confirme également que le délai de forclusion prévu par l'article L. 124-11 (2) du Code du travail ne vise que les demandes en dommages et intérêts pour licenciement abusif et ne s'applique pas aux demandes en paiement d'une indemnité compensatoire de préavis. En outre, l'article L. 124-10 (3) du Code du travail prévoit comme seuls modes de notification valable d'un licenciement avec effet immédiat, l'envoi d'une lettre recommandée ou la remise en mains propres avec un accusé de réception par le destinataire sur le double de la lettre de licenciement.

Il s'ensuit que la notification d'un licenciement par « sms » n'est pas à considérer comme une notification régulière valable, seule susceptible de faire courir le délai de forclusion de trois mois. Ledit délai n'a donc pas commencé à courir.

En conclusion, la Cour d'appel confirme la juridiction de première instance en ce qu'elle a dit que le licenciement intervenu est abusif et en ce qu'elle a alloué à A une indemnité de préavis de deux mois de salaire d'un montant de 2.029,92 euros. La Cour dit que la salariée a encore droit au paiement de 500 euros pour le préjudice moral subi.

## 5. DROIT EUROPÉEN : le transfert des activités d'une entreprise municipale, dissoute par décision de la municipalité actionnaire unique, en partie à ladite municipalité et en partie à une autre entreprise municipale constitue un transfert au sens du droit européen.

**Un salarié du cessionnaire dont le contrat à durée indéterminée est suspendu au moment du transfert en raison d'un congé sans solde peut invoquer la directive s'il est protégé en tant que travailleur en vertu du droit national.**

Arrêt de la CJUE (huitième chambre) du 20 juillet 2017, *Piscarreta Ricardo*, affaire C-416/16

### Faits et procédure

Au mois d'octobre 1999, M. Piscarreta Ricardo a été engagé en qualité de technicien en tourisme par la municipalité de Portimão (Portugal) pour une durée indéterminée. En octobre 2008, M. Piscarreta Ricardo a cessé ses fonctions auprès de la municipalité pour les exercer au sein de l'entreprise municipale Portimão Turis en vertu d'un contrat à durée indéterminée. Au mois de mars 2010, sur décision de la municipalité de Portimão, l'entreprise Portimão Turis a été intégrée à l'entreprise Portimão Urbis, une autre entreprise municipale. À compter de cette date, M. Piscarreta Ricardo exerçait les fonctions d'administrateur puis de directeur pour cette dernière entreprise.

En septembre 2011, M. Piscarreta Ricardo a fait une demande de congé sans solde. Il a obtenu un congé de deux ans, qui a été renouvelé pour la même durée en juillet 2013.

En octobre 2014, la municipalité de Portimão a décidé de dissoudre l'entreprise Portimão Urbis dont elle était l'actionnaire unique, et a repris une partie des activités exercées par celle-ci<sup>2</sup>. L'autre partie des activités exercées par l'entreprise<sup>3</sup> ont été externalisée auprès d'Emarp, entreprise dont la municipalité de Portimão en est à nouveau l'actionnaire unique.

Une partie des travailleurs a été reprise par la municipalité et l'autre partie par

Emarp. Cela n'a toutefois pas été le cas de M. Piscarreta Ricardo, qui a été informé qu'il avait été mis fin à son contrat de travail en raison de la cession d'activité définitive de Portimão Urbis.

M. Piscarreta Ricardo a saisi le tribunal d'arrondissement de Faro (Portugal) pour voir son licenciement déclaré illégal en faisant valoir qu'un transfert d'entreprise avait eu lieu entre les trois entités décrites ci-dessus. Ces dernières s'opposent à la qualification de transfert, et estime par ailleurs que dans la mesure où M. Piscarreta Ricardo n'exerçait pas effectivement ses fonctions, son contrat ne pouvait être repris.

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 et l'article 2 paragraphe 1 sous d) de la directive 2001/23/CE<sup>4</sup>. Elle a donc décidé de surseoir à statuer pour poser deux questions préjudicielles à la CJUE.

#### Article 1er paragraphe 1 de la directive 2001/23/CE :

« 1. a) La présente directive est applicable à tout transfert d'entreprise, d'établissement ou de partie d'entreprise ou d'établissement à un autre employeur résultant d'une cession conventionnelle ou d'une fusion.

b) Sous réserve du point a) et des dispositions suivantes du présent article, est considéré comme transfert, au sens de

la présente directive, celui d'une entité économique maintenant son identité, entendue comme un ensemble organisé de moyens, en vue de la poursuite d'une activité économique, que celle-ci soit essentielle ou accessoire.

c) La présente directive est applicable aux entreprises publiques et privées exerçant une activité économique, qu'elles poursuivent ou non un but lucratif. Une réorganisation administrative d'autorités administratives publiques ou le transfert de fonctions administratives entre autorités administratives publiques ne constitue pas un transfert au sens de la présente directive. »

#### Article 2 paragraphe 1 sous d) de la directive 2001/23/CE :

« 1. Aux fins de la présente directive, on entend par :

d) "travailleur": toute personne qui, dans l'État membre concerné, est protégée en tant que travailleur dans le cadre de la législation nationale sur l'emploi. »

#### Article 3 paragraphe 1 alinéa 1er de la directive 2001/23/CE :

« 1. Les droits et les obligations qui résultent pour le cédant d'un contrat de travail ou d'une relation de travail existant à la date du transfert sont, du fait de ce transfert, transférés au cessionnaire. ».

2) La gestion du système de transport, la gestion des équipements de développement économique, comme le marché de ventes en gros, le parc des foires et des expositions et le pavillon multi-usages, la gestion des ventes ambulantes ainsi que celle des marchés et des foires traditionnels.

3) D'une part, la gestion de l'espace public, en ce compris l'activité publicitaire s'y rattachant, l'occupation de la voie publique et le stationnement public urbain aérien et souterrain, et, d'autre part, la gestion des équipements collectifs et la prestation de services dans le domaine de l'éducation, l'action sociale, la culture et le sport, à savoir le fonctionnement du théâtre municipal de Portimão, de la ferme pédagogique, de la maison Manuel Teixeira Gomes et des centres communautaires.

4) Directive 2001/23/CE du Conseil du 12 mars 2001 concernant le rapprochement des législations des États membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprises, d'établissements ou de parties d'entreprises ou d'établissements.

## La question préjudicielle :

« L'article 1er, paragraphe 1, de la directive 2001/23 doit-il être interprété en ce sens qu'une situation dans laquelle une entreprise municipale, dont l'unique actionnaire est une municipalité, est dissoute par décision de l'organe exécutif de cette municipalité, et dont les activités sont transférées en partie à ladite municipalité, pour être exercées directement par cette dernière, et en partie à une autre entreprise municipale reconstituée à cette fin, dont cette même municipalité est également l'unique actionnaire, relève du champ d'application de ladite directive ? »

« Une personne, telle que le requérant au principal, qui, en raison de la suspension de son contrat de travail, n'exerce pas ses fonctions de manière effective relève-t-il de la notion de « travailleur », au sens de l'article 2, paragraphe 1, sous d), de la directive 2001/23 et si, dans des circonstances telles que celles au principal, les droits et les obligations découlant de ce contrat doivent être considérés comme étant transférés au cessionnaire, conformément à l'article 3, paragraphe 1, de cette directive ? »

## L'appréciation de la Cour

### La qualification de transfert (première question)

#### a. Qualification du cessionnaire et du cédant

La directive s'applique aux entreprises publiques ou privées exerçant une activité économique dans un but lucratif ou non. Une réorganisation administrative d'autorités administratives ou le transfert de fonctions administratives entre celles-ci ne constitue pas un transfert au sens de la directive.

En l'espèce, l'opération concerne le transfert des activités d'une entreprise municipale à une municipalité d'une part et à une autre entreprise municipale d'autre part. La Cour estime que telles circonstances ne font pas obstacle à l'application de la directive. Le fait que le cessionnaire soit une personne morale de droit public, entreprise en charge d'un service public ou commune, n'exclut pas la qualification de transfert.

#### b. Transfert d'une entité exerçant une activité économique avec ou sans but lucratif

La notion d'activité économique s'entend d'une activité qui consiste à offrir des biens ou des services sur un marché donné, y compris les services assurés dans l'intérêt public et sans but lucratif qui sont en concurrence avec ceux proposés par des opérateurs poursuivant un but lucratif. Une telle qualification exclut en principe les activités relevant de l'exercice des prérogatives de puissance publique. En l'espèce, les activités exercées par les trois entités concernées ne semblent pas entrer dans cette catégorie.

#### c. Transfert d'entreprise, d'établissement ou d'une partie de ceux-ci résultant d'une cession conventionnelle ou d'une fusion

Sur ce point, la Cour rappelle que cette notion a été interprétée de manière souple en raison de la diversité des droits nationaux et en faveur de l'objectif de protection des salariés en cas de changement de chef d'entreprise poursuivi par la directive. À cet égard, le fait que le transfert soit le résultat d'une décision unilatérale des pouvoirs publics, comme en l'espèce, n'exclut pas l'application de la directive, à la condition que l'opération entraîne un changement de chef d'entreprise.

#### d. Une entité économique qui conserve son identité après la reprise

Pour répondre à cette question, il convient de prendre en compte l'ensemble des circonstances de fait qui caractérisent l'opération en cause, et en particulier : « le type d'entreprise ou d'établissement dont il s'agit, le transfert ou non d'éléments corporels, tels que les bâtiments et les biens mobiliers, la valeur des éléments incorporels au moment du transfert, la reprise ou non de l'essentiel des effectifs par le nouveau chef d'entreprise, le transfert ou non de la clientèle, ainsi que le degré de similarité des activités exercées avant et après le transfert et la durée d'une éventuelle suspension de ces dernières. » Ces critères font l'objet d'une évaluation d'ensemble et ne peuvent être appréciés isolément, leur importance respective

varie en fonction de l'activité exercée, voire des méthodes de production ou d'exploitation.

La simple reprise d'une activité ne suffit pas pour conclure au maintien de l'identité de l'entité transférée. L'identité d'une entité résulte d'une pluralité d'éléments (le personnel, l'encadrement, l'organisation du travail, les méthodes et moyens d'exploitation). En effet, la Cour a déjà jugé que « c'est le maintien non pas de l'organisation spécifique imposée par l'entrepreneur aux divers facteurs de production transférés, mais du lien fonctionnel d'interdépendance et de complémentarité entre ces facteurs qui constituent l'élément pertinent aux fins de conclure à la préservation de l'identité de l'entité transférée. Le maintien d'un tel lien fonctionnel entre les divers facteurs transférés permet au cessionnaire d'utiliser ces derniers, même s'ils sont intégrés, après le transfert, dans une nouvelle structure organisationnelle différente, afin de poursuivre une activité économique identique ou analogue. »

En l'espèce, le fait que l'entreprise originale ait été dissoute et que ses activités aient été transférées à deux autres entités ne constitue pas, en soi, un obstacle à l'application de la directive. Il appartient néanmoins à la juridiction nationale de mener l'analyse décrite ci-dessus.

Il résulte du raisonnement qui précède que, sous réserve de l'analyse de la juridiction nationale sur le dernier point (maintien de l'identité de l'entité transférée), l'opération en cause peut être qualifiée de transfert au sens de la directive.

### La qualification de travailleur (deuxième question)

En application de la directive, est qualifiée de travailleur « toute personne qui, dans l'État membre concerné, est protégée en tant que travailleur dans le cadre de la législation nationale sur l'emploi ». Il résulte par ailleurs de l'article 3 paragraphe 1 alinéa 1 que la protection prévue par la directive ne concerne que les travailleurs ayant un contrat de travail ou une relation de travail existant à la date du transfert.

La Cour a précédemment jugé en application de la directive 77/187 [depuis



codifiée dans la directive 2001/23/CE] que la directive ne pouvait être invoquée que par les travailleurs dont le contrat ou la relation de travail étaient en cours au moment du transfert. L'existence d'un contrat ou d'une relation de travail s'apprécie en fonction du droit national.

En l'espèce, M. Piscarreta Ricardo était lié au cédant pas un contrat de travail à durée indéterminée, mais n'exerçait pas de manière effective ses fonctions au moment du transfert en raison d'un congé sans solde, congé qui en application du droit national entraîne la suspension du contrat de travail. Cependant, le droit portugais prévoit que pendant cette période de suspension, « les droits, obligations et garanties des parties qui ne sont pas tenues de fournir un travail effectif sont maintenus ». Il semblerait qu'en vertu du droit national, une personne se trouvant dans la situation de M. Piscarreta Ricardo soit protégée en tant que travailleur. Il appartient toutefois à la juridiction nationale de le vérifier.

Sous réserve de cette vérification, une telle personne peut être qualifiée de

travailleur au sens de la directive et ses droits et obligations résultant de son contrat de travail sont transférés au cessionnaire du fait du transfert.

### **La décision de la Cour**

**« L'article 1er, paragraphe 1, de la directive 2001/23/CE du Conseil, du 12 mars 2001, concernant le rapprochement des législations des États membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprises, d'établissements ou de parties d'entreprises ou d'établissements, doit être interprété en ce sens qu'une situation dans laquelle une entreprise municipale, dont l'unique actionnaire est une municipalité, est dissoute par décision de l'organe exécutif de cette municipalité et dont les activités sont transférées en partie à ladite municipalité, pour être exercées directement par cette dernière, et en partie à une autre entreprise municipale reconstituée à cette fin, dont cette même municipalité est également l'unique actionnaire,**

**relève du champ d'application de ladite directive, à condition que l'identité de l'entreprise en cause soit maintenue après le transfert, ce qu'il appartient à la juridiction de renvoi de déterminer.**

*Une personne, telle que le requérant au principal, qui, en raison de la suspension de son contrat de travail, n'exerce pas ses fonctions de manière effective relève de la notion de « travailleur », au sens de l'article 2, paragraphe 1, sous d), de la directive 2001/23, dans la mesure où elle apparaît être protégée en tant que travailleur par la législation nationale concernée, ce qu'il appartient toutefois à la juridiction de renvoi de vérifier. Sous réserve de cette vérification, dans des circonstances telles que celles en cause au principal, les droits et les obligations découlant de son contrat de travail doivent être considérés comme étant transférés au cessionnaire, conformément à l'article 3, paragraphe 1, de cette directive. »*