



INFOS JURIDIQUES

Flash sur le Droit social

NEWSLETTER

N° 08/2017 29 septembre 2017

1. Contrat de travail : erreur sur la qualification contredite par les fiches de salaire et le salaire versé. p.1

2. Congé parental : obligation de conserver l'emploi du salarié, ou en cas d'impossibilité, un emploi similaire pendant la durée du congé parental et au-delà. p.2

3. Licenciement abusif : dommages et intérêts conséquents quand le licenciement intervient 2 ans après le débauchage du salarié. p.4

4. Modification du contrat de travail : 2 voies de recours sont offertes au salarié à savoir un recours en nullité ou un recours en licenciement abusif. p.6

5. DROIT EUROPÉEN : surveillance sur le lieu de travail : la surveillance des communications électroniques d'un employé emporte violation du droit au respect de la vie privée et de la correspondance. p.8

1. Contrat de travail : erreur sur la qualification contredite par les fiches de salaire et le salaire versé.

Arrêt de la Cour d'appel du 6 juillet 2017, numéro 44112 du rôle

Faits

Le salarié A a été engagé par l'employeur B suivant contrat de travail du 26 avril 2010 avec effet au 1^{er} octobre 2010. Le contrat de travail a pris fin le 28 septembre 2013.

Procédure

A a fait convoquer son ancien employeur devant le Tribunal du travail pour l'entendre condamner à lui payer différents montants à titre d'arriérés de salaires pour les années 2010, 2011, 2012 et 2013, au titre de la régularisation du taux horaire de son salaire suivant son contrat de travail.

Le jugement du Tribunal du travail

A a fait valoir que son employeur n'a jamais appliqué le taux horaire conformément à la Convention collective pour le bâtiment pour la qualification maçon B2, de sorte qu'il y aurait lieu à régularisation de son salaire.

L'employeur B s'est opposé à la demande en invoquant la prescription triennale de la demande relative aux arriérés de salaires réclamés. Il a fait valoir pour le surplus que le contrat de travail contient une erreur matérielle quant à la qualification du salarié, à savoir qu'il n'a pas la qualification de maçon B2 et qu'il n'a jamais travaillé en tant que tel. Il a contesté en ordre subsidiaire les décomptes versés.

Le Tribunal du travail a déclaré la demande irrecevable pour cause de prescription¹ en ce qui concerne les arriérés de salaires échus avant le 1^{er} avril 2011.

Il a déclaré la demande recevable pour le surplus, dit que le taux horaire applicable au salaire est celui prévu pour la qualification de maçon B2 du contrat collectif pour le bâtiment.

Pour statuer comme il l'a fait, le Tribunal du travail a retenu que le contrat de travail indique que le requérant est engagé en tant que maçon B2; que cette indication a été rajoutée à la main et que

1) Si l'employeur ne s'exécute pas volontairement de son obligation de payer le salaire (absence totale de paiement, paiement incomplet), le salarié doit s'adresser à la justice pour récupérer ces arriérés. Cette action en paiement se prescrit par 3 ans, ce qui signifie que toutes les rémunérations qui remontent à plus de 3 ans à partir du dépôt de la demande en justice, ne peuvent plus être réclamées. Elles sont donc perdues pour le salarié. La prescription des 3 ans joue non seulement pour les salaires à proprement parler, mais pour les rémunérations de toute nature dues au salarié.



l'allégation de l'employeur qu'il s'agit en l'occurrence d'une erreur matérielle n'est pas convaincante et d'ailleurs contredite par les fiches de salaire. Le Tribunal a encore relevé que la qualification réelle ne joue que par rapport au salaire minimum mais n'a pas d'incidence en sens inverse.

L'employeur B a régulièrement interjeté appel du jugement.

L'arrêt de la Cour d'appel

Les arguments des parties

B conclut, par réformation, à voir dire que le taux horaire applicable au salaire de A est celui prévu pour la qualification de maçon B1, à voir dire qu'il n'y a pas lieu à revalorisation du taux horaire de A, à voir partant déclarer non fondée la demande de A en paiement d'arriérés de salaires pour les années 2011, 2012 et 2013.

À l'appui de son appel, B fait valoir qu'au moment de la signature du contrat de travail du 26 avril 2010, il était évident et clair que A était engagé aux services de l'employeur avec une qualification de maçon B1 au taux horaire correspondant de 13 euros ; que c'est à tort que la juridiction de première instance a estimé que l'employeur a retenu la qualification de maçon B2 dans le contrat de travail, alors qu'il s'agissait bien d'une erreur matérielle ; que les juges de première instance ont retenu que « *le salaire étant un élément à déterminer de façon conventionnelle entre l'employeur et son salarié* », mais qu'ils n'ont pas pris en considération que justement le taux horaire de 13 euros a été convenu entre parties et donc accepté par A. L'employeur en conclut que le taux applicable au salaire de A est celui prévu pour la qualification de maçon B1 et qu'il n'y a pas lieu à revalorisation du taux horaire.

A, en revanche, conteste avoir accepté un taux horaire correspondant à la qualification professionnelle de maçon B1. Il conteste également s'être servi de la prétendue erreur matérielle figurant dans son contrat de travail pour réclamer des arriérés de salaires. Il soutient que ce n'est que suite à la mise en demeure du syndicat OGBL du 9 avril 2013 que l'employeur a modifié sa

fiche de salaire du mois de juin 2013 en indiquant la qualification maçon B1.

Le raisonnement des juges

Conformément à l'article 1315 du Code civil, il appartient à A de prouver qu'il a droit au salaire majoré prévu par la Convention collective pour le bâtiment pour la qualification B2.

En l'espèce, le contrat de travail signé entre parties le 26 avril 2010 prévoit sub points 2) et 6) ce qui suit :

« 2. *Le salarié est occupé en qualité de Maçon B2 (NB : B2 constitue une mention manuscrite)*

sans préjudice d'une nouvelle affectation ultérieure tenant compte des aptitudes professionnelles et personnelles du salarié ou des besoins de l'employeur, sous réserve du respect des dispositions de l'article L. 121-7 du Code du travail (...)

6. *Le salaire ou traitement initial brut est fixé à 13,000 €/heure (indice 719,84)*

Il sera payé au 25 du mois courant (acompte) et au 10 du mois suivant (décompte) sous déduction des charges sociales et fiscales prévues par la loi. »

Force est de constater qu'il existe une contradiction dans le contrat de travail signé entre parties entre la mention manuscrite ajoutée de « B2 » et le salaire horaire convenu entre parties de 13 euros (indexé) correspondant au taux horaire d'un maçon relevant de la catégorie B1.

Cette même contradiction résulte des fiches de salaire qui jusqu'en juin 2013 indiquent « B2 » et un taux horaire de 13 euros (indexé). À partir de juin 2013, les fiches de salaire portent la mention « B1 ».

Compte tenu des mentions contradictoires figurant au contrat de travail et sur les fiches de salaire, ces documents sont dès lors insuffisants pour établir le bien-fondé des prétentions de A.

L'attestation testimoniale de T1 d'après laquelle A l'avait contacté dans ses démarches en vue d'obtenir une augmentation de son salaire, ne permet pas davantage de retenir que les parties aient trouvé un accord sur ce point.

A fait encore valoir qu'il dispose de la qualification maçon B2, alors qu'il

faisait toujours le travail connu, à savoir le coffrage, les dalles, les fondations, qu'il avait une parfaite connaissance des matériaux et des machines, qu'il avait des connaissances professionnelles et des connaissances sur toutes les règles de sécurité.

A renvoie la Cour aux attestations testimoniales de T1, T2 et T3 desquelles il résulterait que son travail était parfait, n'a jamais fait l'objet de réclamations, qu'il faisait le travail d'un maçon B2 et non pas celui d'un simple assistant d'un coffreur et qu'il était très professionnel.

L'employeur B, au contraire, soutient que A n'a jamais travaillé avec la qualification de maçon B2 et qu'il ne dispose pas de cette qualification, étant donné qu'il n'est pas détenteur du CATP, qu'il n'a pas suivi de formation auprès de l'IFSB et que ses compétences étaient bien loin de correspondre à une qualification B2.

Pour étayer ses dires, l'employeur renvoie à l'attestation testimoniale du chef de chantier T4 selon lequel le salarié ne connaissait pas les techniques de maçonnerie pour monter une cloison en briques, qu'il était trop lent et pas assez autonome et que les tâches relatives à une qualification de maçon B2 ne correspondaient pas à ses capacités.

L'article 1er de la Convention collective pour le bâtiment intitulé « *Avancement dans les classifications* » prévoit sous la rubrique « *Groupe B : Ouvrier, maçon, poseur de chapes (...)* que la classification B2 comprend :

« *Ouvrier avec CATP après la fin de l'apprentissage ;*

Ouvrier avec CCM, ayant passé cinq années en B1.

Après 6 ans au maximum dans les classifications B1, l'ouvrier B1 ayant réussi un test de compétence, a le droit de suivre une formation auprès de l'IFSB S.A. pour passer dans la qualification B2. En cas de réussite du test et de la formation, l'ouvrier avancera dans la qualification B2 et l'employeur doit lui payer le salaire correspondant ».

Suit une description des tâches que le salarié B2 doit maîtriser.

Il y a lieu d'abord de relever que A ne justifie pas avoir suivi et réussi un test de compétence, ni d'avoir suivi une forma-



tion auprès de l'ISFB pour passer dans la qualification B2.

En ce qui concerne les travaux réellement effectués par A, la Cour constate que les attestations testimoniales versées par le salarié, abstraction faite de la question de savoir si les auteurs de ces écrits avaient la qualification de maçon B2 pour attester du travail effectué par A, sont à lire avec circonspection, car elles manquent de précision par rapport aux circonstances de

temps et de lieu des constatations y décrites et qu'elles reprennent en partie les mêmes phrases. Elles sont par ailleurs contredites par l'attestation testimoniale circonstanciée de T4 et la lettre d'avertissement du 21 septembre 2012 versées par l'employeur.

Il en découle, et sans qu'il y ait lieu de procéder à une mesure d'instruction supplémentaire, que A ne remplit pas les conditions prévues par la Convention collective pour le bâtiment pour pouvoir

bénéficier du salaire majoré prévu pour la catégorie B2.

Sa demande en paiement d'arriérés de salaires basée sur la Convention collective pour le bâtiment n'est dès lors pas fondée.

L'appel est partant fondé et il y a lieu de réformer le jugement entrepris.

2. Congé parental : obligation de conserver l'emploi du salarié, ou en cas d'impossibilité, un emploi similaire pendant la durée du congé parental - Pas d'exception en cas de restructuration de l'entreprise ou de suppression d'emplois pour des motifs économiques – Interdiction d'un licenciement pour motifs économiques -Effet au-delà de la durée du congé parental.

Arrêt de la Cour d'appel du 2 février 2017, n°41118 du rôle

Faits

La salariée A était en congé parental jusqu'au 10 octobre 2011.

Le 11 octobre 2011, le jour même du retour de la salariée, l'employeur B l'a licenciée.

À la demande de la salariée, les motifs du licenciement lui ont été communiqués.

L'employeur a indiqué que le chiffre d'affaires de la société a diminué de 2008 à 2010. En raison de la baisse de l'activité commerciale et de la prise en charge de la facturation par certaines entreprises partenaires elles-mêmes, la gestion de la facturation, tâche de la salariée, nécessiterait moins de temps. La comptable de la société pourrait assumer cette tâche dans son horaire normal. L'employeur a donc avancé qu'il n'a plus de travail à fournir à la salariée. Son poste a été supprimé. L'employeur a indiqué encore ne pas être en mesure de proposer une solution de reclassement.

La salariée a contesté son licenciement.

Par jugement du 23 janvier 2014, le Tribunal du travail de Luxembourg a déclaré abusif le licenciement.

L'employeur a formé appel contre le jugement.

Article L. 234-48 du Code du travail²:

[...] (2) A partir du dernier jour du délai pour le préavis de notification de la demande du congé parental, tel que défini à l'article L. 234-46, paragraphes 1er et 2 et pendant toute la durée du

congé, l'employeur n'est pas autorisé à notifier au salarié la résiliation de son contrat de travail ou, le cas échéant, la convocation à l'entretien préalable tel que prévu par l'article L. 124-2. Cette disposition s'applique tant au congé à plein temps qu'au congé à temps partiel. La résiliation du contrat de travail effectuée en violation du présent article est nulle et sans effet.

[...]

(5) Les dispositions qui précèdent ne font pas obstacle à l'échéance du contrat de travail à durée déterminée ou à la résiliation du contrat de travail par l'employeur pour motifs graves procédant du fait ou de la faute du salarié.

[...]

(7) Pendant la durée du congé parental, l'employeur est tenu de conserver l'emploi du salarié ou, en cas d'impossibilité, un emploi similaire correspondant à ses qualifications et assorti d'un salaire au moins équivalent.

La durée de congé parental est prise en compte dans la détermination des droits liés à l'ancienneté. Le salarié conserve en outre le bénéfice de tous les avantages qu'il avait acquis avant le début du congé.

Position des parties

L'employeur relève que si le salarié bénéficiaire du congé parental est protégé contre le licenciement durant le congé, l'employeur recouvre le droit de le licencier après la période de congé.

La disposition protectrice de l'article L. 234-48 n'aurait pas pour effet de priver un employeur du droit de procéder à une réorganisation de l'entreprise comportant des suppressions de postes, dont celui du salarié absent, et d'invoquer ce motif légitime pour justifier le licenciement notifié après l'expiration de la période de protection.

La mesure protectrice ne devrait pas être dénaturée de manière à avantager injustement le salarié absent par rapport à ses collègues de travail et à entraver de manière inadmissible le droit de l'employeur d'organiser son entreprise.

L'employeur expose que l'activité commerciale de l'entreprise aurait fortement baissé et le temps de travail nécessaire pour l'accomplissement des tâches de la salariée aurait été nettement réduit. Dès lors, il aurait décidé de supprimer le poste de la salariée et de confier ses tâches à une autre salariée, qui pouvait les assumer durant son horaire de travail normal.

Il affirme qu'il n'aurait pas été tenu d'offrir à la salariée un poste équivalent à plein temps à son retour du congé parental et aurait pu procéder à un licenciement économique.

Il expose aussi qu'un poste équivalent n'aurait pas existé dans l'entreprise.

La salariée soutient que l'article L. 234-48 consacrerait le droit du salarié bénéficiaire d'un congé parental de retrouver son poste de travail à la fin du congé.

Elle soutient qu'au vu de la lettre de motivation du licenciement, ses tâches

2) Ces dispositions sont pour partie reprises à l'article L. 234-47, paragraphe 8, du Code du travail actuellement applicable.

auraient été affectées à une autre salariée et son poste aurait été supprimé durant son congé parental, et le jour même de la reprise de son travail l'employeur l'aurait licenciée au motif qu'il n'aurait plus eu de travail à lui fournir.

En violation de l'article L. 234-48, l'employeur aurait supprimé son poste durant son congé. Seule la notification du licenciement aurait été différée après l'expiration du congé. Il n'aurait ni maintenu son poste ni offert un poste équivalent.

La salariée conteste aussi la réalité des mesures de restructuration et de réduction de l'effectif.

La salariée estime que l'article L. 234-48 serait vidé de sa substance si l'on admettait que l'employeur peut supprimer le poste durant le congé sans devoir proposer un poste équivalent ou similaire au retour du congé.

Position de la Cour d'appel

L'article L. 234-48, paragraphe 2, du Code du travail (article L. 234-47, paragraphe 8, actuel) interdit à l'employeur de procéder au licenciement du bénéficiaire d'un congé parental, sauf pour motifs graves.

En application de l'article L. 234-48, paragraphe 7 du Code du travail (article L. 234-47, paragraphe 9, actuel), l'employeur a en plus l'obligation de conserver l'emploi du salarié pendant le congé parental. Au cas où cette conservation n'est pas possible, il est tenu de conserver au salarié un emploi similaire.

Dans le commentaire des articles du projet de loi n° 4459, qui a conduit à l'adoption de la disposition de l'article

L. 234-48, paragraphe 7, contient le développement suivant :

« Afin d'éviter tout malentendu en ce qui concerne les effets de la suspension du contrat de travail pendant le congé parental et au moment de l'échéance du congé parental, il a paru nécessaire de préciser que, pendant la durée du congé parental, l'employeur est tenu de conserver son emploi. Ce n'est que d'une façon exceptionnelle et objectivement justifiée, p.ex. pour les cas de force majeure, que l'employeur peut offrir un emploi similaire correspondant à ses qualifications et assorti d'une rémunération au moins équivalente au salarié absent. L'essentiel consiste à ce que les conditions de travail après le congé parental ne soient pas diminuées. Il est cependant loisible à l'employeur d'attribuer un meilleur poste de travail après le congé parental. »

Dans son avis relatif à ce projet, la Chambre de commerce avait demandé à ce qu'il soit tenu compte d'une résiliation pour motif économique ou d'une cessation d'entreprise.

Cependant, le texte a été adopté sans changement qui aurait pris en considération ces observations.

Il convient de relever, d'une part, que **si le licenciement pour motifs graves est permis durant le congé parental, le licenciement pour motifs économiques est interdit.**

D'autre part, l'article L. 234-48 ne prévoit **pas d'exception à l'obligation de l'employeur de conserver l'emploi, ou un emploi équivalent, en cas de restructuration de l'entreprise ou de suppression d'emplois pour des motifs économiques.**

L'article L. 234-48, paragraphe 7, du Code du travail, consacrant le droit du salarié de retrouver son poste après la fin de son congé, a par sa nature même un effet au-delà de la durée du congé.

La garantie de l'emploi n'est effective que si le poste du salarié subsiste le jour même de la reprise de son travail, ou s'il peut accéder à ce moment à un poste équivalent, la conservation de l'ancien poste ayant été impossible.

Au vu de la lettre de motivation, il est établi que durant la période du congé parental, l'employeur a supprimé le poste de la salariée bénéficiaire du congé.

À l'issue du congé parental, la salariée n'a pas retrouvé son poste ni un poste équivalent ou similaire.

Dès lors, en licenciant la salariée le premier jour qui suit le congé parental, l'employeur ne lui a pas permis de retrouver son poste de travail ni un poste équivalent ou similaire.

L'employeur n'a donc pas conservé son emploi, ou à supposer que cette conservation ait été impossible, un autre emploi équivalent et a procédé à un licenciement violant le droit de la salariée de retrouver son poste ou un poste équivalent ou similaire.

C'est à juste titre que le Tribunal du travail a déclaré le licenciement abusif en raison de cette violation. L'appel de l'employeur tendant à ce que le licenciement soit déclaré régulier n'est donc pas fondé.

Il est dès lors sans intérêt pour la solution du litige d'examiner et d'apprécier si, au vu de la situation de l'entreprise le licenciement économique avait des motifs réels et sérieux.

3. Licenciement abusif : dommages et intérêts.

Dommege matériel : 109.599, 22 euros du fait que le licenciement intervienne moins de 2 ans après le débauchage du salarié, de la spécificité de ses fonctions, de son âge et de ses recherches actives d'emploi.

Dommege moral : 10.000 euros du fait de l'atteinte portée à la dignité du salarié, l'incertitude quant à son avenir, son âge, le milieu de travail et la nature des fonctions occupées.

Arrêt de la Cour d'appel du 2 février 2017, n°43246 du rôle

Faits

A, spécialiste en matière financière, a été recrutée par la société B suite à un débauchage. Moins de 2 ans plus tard, le 15 septembre 2013, la société B a licencié A avec préavis.

A n'a retrouvé un emploi qu'avec effet à partir du 1^{er} décembre 2014. Le contrat conclu ayant toutefois été résilié à la fin de la période d'essai pour des raisons budgétaires, elle est toujours sans travail à l'heure actuelle.

A a contesté son licenciement et demandé un juste dédommagement de ses préjudices matériel et moral.

Par jugement du 14 décembre 2015, le licenciement a été déclaré abusif. L'employeur a été condamné à payer des dommages-intérêts de 60.678,19 euros et de 5.000 euros en réparation des préjudices matériels et moraux causés et une indemnité de procédure de 1.500 euros à A.

L'employeur a formé appel contre le jugement pour voir baisser le montant des condamnations prononcées à son encontre.

Le préjudice matériel

L'employeur reproche à A de ne pas avoir fourni suffisamment d'efforts et d'avoir fait prévaloir des critères trop sélectifs dans sa recherche d'un nouvel emploi. Il estime donc qu'elle doit être déboutée de sa demande, sinon que le montant alloué est à réduire à de plus justes proportions.

La Cour d'appel n'a pas partagé cette vue des choses.

Compte tenu du fait que l'intimée était spécialiste en matière financière, qu'elle avait exercé une fonction dirigeante auprès de l'appelante et qu'elle était âgée de presque 50 ans au moment de la résiliation de son contrat de travail, elle a nécessairement rencontré des difficultés majeures dans la recherche d'un poste tant soit peu équivalent à celui qu'elle avait occupé auprès de B. Cette conclusion n'est pas mise en échec par la circonstance que la salariée avait été recrutée par l'appelante moins de 2 ans avant son congédiement, étant donné que cet engagement était le résultat d'un débauchage.

Afin d'établir qu'elle n'a pas été inactive, la salariée verse un certain nombre d'actes de candidature déposés à partir du mois de janvier 2014. Elle produit en outre des attestations testimoniales, délivrées par des connaissances ayant des liens étroits avec le secteur bancaire, dont il résulte qu'elle les a contactées et qu'ensemble, elles se sont, dès le licenciement, mises en quête de débouchés. Elle a été inscrite auprès de l'Adem à partir du 11 septembre 2013 et a accompli une formation spécifique de février à septembre 2014.

Contrairement à ce qui est soutenu par l'employeur, le fait de suivre des cours n'aurait pas empêché A d'accepter un nouvel emploi, si elle en avait eu l'occasion.

Par ailleurs, aucun élément du dossier ne permet d'admettre que les chances de A d'être embauchée auraient augmenté, si elle avait commencé à envoyer des demandes d'emploi à une date plus rapprochée de celle de son licenciement et en nombre plus élevé.

Il n'est pas non plus établi que c'était par la faute de A ou en raison d'exigences excessives de sa part que les opportunités qui se présentaient étaient rares, et qu'elles n'étaient, de surcroît, pas couronnées de succès.

Dans les conditions données, il convient de retenir que c'était uniquement en raison de son licenciement que A est restée sans travail jusqu'au mois de décembre 2014.

Elle peut dès lors prétendre à la réparation du préjudice matériel qu'elle a subi durant la période du 15 septembre 2013 au 30 novembre 2014, le préavis ayant pris fin le 14 septembre 2013.

Le salaire mensuel brut dont elle fait état, à savoir 10.324,79 euros en septembre 2013 et 10.582,91 euros à partir d'octobre 2013, n'étant pas contesté, elle aurait touché un total de $(10.324,79 : 2 =) 5.162,40 + (14 \times 10.582,91 =) 148.160,74 = 153.323,14$ euros, si elle avait continué à travailler auprès de la société B.

Jusqu'au 30 novembre 2014 des indemnités de chômage à concurrence de 43.723,92 euros lui ont été versées suivant décompte de l'Adem.

Son préjudice matériel se chiffre partant à $153.323,14 - 43.723,92 = 109.599,22$ euros, de sorte que le jugement de première instance est à réformer dans cette mesure.

Le préjudice moral

L'employeur fait valoir que la preuve d'un dommage moral n'est pas rapportée, sinon que le montant alloué est surfait.

Du fait qu'il a porté atteinte à sa dignité et l'a plongée dans l'incertitude quant à

son avenir, il est certain que le licenciement injustifié a été source d'un préjudice moral dans le chef de A.

En tenant compte de son âge, du milieu de travail et de la nature de la fonction occupée, la Cour d'appel a fixé le montant lui revenant de ce chef à 10.000 euros.

Le recours de l'État

Le jugement ou l'arrêt déclarant abusif le licenciement du salarié condamne l'employeur à rembourser au Fonds pour l'emploi les indemnités de chômage par lui versées au salarié pour la ou les périodes couvertes par les salaires ou indemnités que l'employeur est tenu de verser en application du jugement ou de l'arrêt.

La période pour laquelle l'employeur est tenu de dédommager le préjudice matériel causé s'étend du 15 septembre 2013 au 30 novembre 2014.

Les indemnités de chômage que A a perçues durant ce laps de temps se sont élevées à 43.723,92 euros.

Le recours de l'État est dès lors fondé à concurrence de ce montant.

La demande reconventionnelle

A l'appui de cette demande, la société B expose que le montant de 7.372,39 euros aurait été versé par erreur à A.

Pour pouvoir prospérer dans son action, il appartient à l'appelante d'établir non seulement qu'elle a payé par erreur, mais également que le règlement intervenu n'était pas dû.

Or, aucune de ces conditions n'est remplie en l'espèce.

Tout d'abord, le simple fait pour la société B d'avoir, à deux reprises, invité la salariée à rembourser le montant litigieux, ne signifie pas que le paiement qu'elle avait fait reposait sur une erreur.

Ensuite, B ne justifie absolument pas que le montant réclamé, qui aurait été viré avec la mention « *rémunération non périodique* » (un document y relatif ne figure pas parmi les pièces versées en cause), ne revenait pas à A.

C'est partant à juste titre que la demande reconventionnelle a été déclarée non fondée.

Les indemnités de procédure

L'employeur n'obtenant pas gain de cause, il ne peut pas prétendre à une indemnité de procédure, que ce soit pour la première instance ou pour la procédure devant la Cour.

A ayant été contrainte d'agir en justice pour avoir satisfaction, il serait par contre inéquitable de laisser à sa charge l'intégralité des sommes qu'elle a dû exposer. La procédure devant le Tribunal du travail ayant nécessité des devoirs autrement plus importants de la part de son mandataire (assistance à quatre enquêtes et une contre-enquête), que celle en appel, la Cour fixe aux montants respectifs de 4.000 euros (première instance) et de 2.000 euros (instance d'appel) les indemnités qu'il convient d'allouer à la salariée sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile.

4. Modification du contrat de travail : 2 voies de recours sont offertes au salarié, à savoir un recours en nullité ou un recours en licenciement abusif.

Un salarié qui n'a pas démissionné suite à son refus d'accepter la modification de son contrat de travail ne peut pas agir pour établir le caractère abusif de cette mesure, alors qu'il est censé avoir maintenu son contrat de travail aux nouvelles conditions.

Arrêt de la Cour d'appel du 29 juin 2017, n°42824 du rôle (extraits)

Faits et rétroactes

Par requête du 12 septembre 2013, le salarié A a demandé la nullité de sa rétrogradation lui notifiée le 27 avril 2012 par son employeur S1 et la condamnation de ce dernier à lui payer des indemnités.

Il a fait exposer avoir été au service de la société S1 depuis le 14 juin 1999 en qualité de pilote, et plus précisément de « *captain* » depuis le 13 mars 2007, et s'être vu notifier sa rétrogradation avec effet immédiat aux fonctions de « *senior First Officer* » le 27 avril 2012 pour avoir raté son vol surveillé.

Le salarié A conteste la régularité de cette rétrogradation.

L'employeur soutient avoir respecté les formes et délais de l'article L.121-7 du Code du travail lors de la rétrogradation. Le salarié, qui n'a pas accepté ladite mesure, aurait dû démissionner avec effet immédiat et agir, le cas échéant, en justice pour voir constater la résiliation du contrat de travail du fait de l'employeur découlant de son refus d'accepter la modification lui notifiée. Cependant, A aurait continué à travailler en ses nouvelles fonctions jusqu'au 7 décembre 2013, date de la prise d'effet de sa démission.

Jugement de première instance

Par un jugement du 10 juillet 2015, le Tribunal a entre autres dit qu'il n'y avait pas lieu à annulation de la mesure de rétrogradation et a déclaré non fondée les demandes de A en indemnisation des conséquences de la mesure de rétrogradation, ainsi que du dommage moral.

Pour statuer comme il l'a fait, le Tribunal a constaté que l'employeur avait respecté les conditions de formes et de

délai de l'article L.121-7 du Code du travail, de sorte que la nullité de la mesure ne se justifiait pas, que l'employeur avait encore avec précision décrit les fautes commises par A justifiant la rétrogradation.

Il a encore relevé que A qui n'a pas démissionné suite à son refus d'accepter la modification de son contrat de travail ne pouvait pas agir pour établir le caractère abusif de cette mesure, alors qu'il a maintenu son contrat de travail aux nouvelles conditions.

Le salarié A a relevé appel de ce jugement.

Instance d'appel

Le salarié A demande, par réformation, de déclarer nulle et de nul effet, sinon irrégulière, la décision de rétrogradation de la société S1 lui notifiée le 27 avril 2012, de lui donner acte qu'il offre de prouver par toutes voies de droit et notamment par expert que son comportement lors du vol surveillé du 12 avril 2012 ne peut pas être qualifié de faute ou de négligence grave justifiant sa rétrogradation avec effet immédiat, de condamner la société S1 à lui indemniser les pertes de salaires et les pertes de participation à la pension complémentaire de retraite depuis la notification de la décision de rétrogradation du 27 avril 2012 jusqu'à la fin du contrat de travail, de condamner la société S1 à lui payer le montant évalué ex aequo et bono à 50.000 euros à titre de préjudice moral, ou toute autre somme même supérieure à arbitrer par le Tribunal ou à dire d'expert.

Portée de l'action basée sur l'article L.121-7 du Code du travail

Il résulte des pièces dont la Cour a eu connaissance, que suite au vol surveillé (Line Check) du 12 avril 2012, la société S1 a convoqué A par lettre recommandée du 24 avril 2012 à l'entretien préalable du 26 avril 2012 et lui a notifié par lettre recommandée du 27 avril 2012 sa rétrogradation avec effet immédiat aux fonctions de « *Senior First Officer* ».

Les parties s'accordent pour dire que la société S1, en rétrogradant en date du 27 avril 2012 A de ses fonctions de capitaine à celles de « *Senior First Officer* », suite au « *line Check* » du 12 avril 2012, a procédé à une modification d'une condition essentielle du contrat de travail de A en sa défaveur en application de l'article L.121-7 du Code du travail.

En revanche, les parties s'opposent quant à la portée de l'article L.121-7 du Code du travail.

Tandis que le salarié considère qu'il est autorisé à attaquer la décision litigieuse tant sur la forme que sur le fond, l'employeur, au contraire, soutient que ces deux actions sont soumises à des conditions d'exercice distinctes, non cumulatives.

Position de la Cour

Article L.121-7 du Code du travail :

« Toute modification en défaveur du salarié portant sur une clause essentielle du contrat de travail doit, sous peine de nullité, être notifiée au salarié dans les formes et délais visés aux articles L. 124-2 et L. 124-3 et indiquer la date à laquelle elle sort ses effets. Dans ce cas, le salarié peut demander à

l'employeur les motifs de la modification et l'employeur est tenu d'énoncer ces motifs dans les formes et délais prévus à l'article L. 124-5.

La modification immédiate pour motif grave doit être notifiée au salarié, sous peine de nullité, dans les formes et délais prévus aux articles L. 124-2 et L. 124-10.

La résiliation du contrat de travail découlant du refus du salarié d'accepter la modification lui notifiée constitue un licenciement susceptible du recours judiciaire visé à l'article L. 124-11.

Les dispositions du présent article ne s'appliquent pas en cas de reclassement interne au sens du livre V, titre V, relatif à l'emploi des salariés incapables d'exercer leur dernier poste de travail. »

Le prédit article confère partant au salarié 2 possibilités de réagir suite à une modification d'une clause essentielle de son contrat de travail en sa défaveur.

Si la modification est notifiée dans les conditions et formes de la loi, le salarié peut refuser cette modification. Son refus vaut résiliation du contrat de travail et la résiliation est considérée comme licenciement, donc comme rupture imputable à l'employeur. Dans ce cas, le salarié peut agir en justice du chef de licenciement abusif.

Au cas où la modification n'est pas notifiée dans les conditions et formes de la loi, le salarié peut agir en nullité de la modification.

L'action qui tend à l'annulation de la modification n'est pas soumise à la condition d'une démission du salarié.

Au contraire, le recours qui lui est conféré tend à la continuation des relations de travail aux mêmes conditions.

En l'espèce, A a, dans sa requête introductive d'instance du 12 septembre 2013, circonscrit de façon précise l'objet de sa demande en indiquant à titre liminaire que la présente demande est limitée à la constatation de la nullité de la décision de rétrogradation et aux conséquences à tirer de ce constat, à savoir le retrait de cette décision et la réintégration de Monsieur A dans ses fonctions de « *captain* », pour conclure dans le dispositif de la requête introductive d'instance à la nullité de la rétrogradation notifiée suivant courrier du 21 avril 2012.

Son action tendant à l'annulation de la rétrogradation lui notifiée est encore confirmée par la situation de A au moment où il a introduit son action, dans la mesure où il était toujours au service de la société S1, de sorte qu'il ne pouvait logiquement pas considérer la modification intervenue comme constituant un licenciement abusif. Le salarié

n'a en effet démissionné qu'en date du 7 décembre 2013, soit 18 mois après la modification.

Il en découle que l'action tendant actuellement à voir déclarer abusive la rétrogradation intervenue en date du 27 avril 2012 constitue une demande nouvelle prohibée en instance d'appel.

La Cour relève ensuite, concernant l'action en nullité de la rétrogradation dont elle est exclusivement saisie, que cette rétrogradation est intervenue régulièrement en conformité avec les exigences de formes et de délai prévues par la loi.

En effet, la société S1 a convoqué le 24 avril 2012 le salarié à un entretien préalable qui s'est tenu le 26 avril 2012, pour ensuite lui notifier par courrier recommandé du 27 avril 2012, motivé sur deux pages, sa rétrogradation avec effet immédiat pour faute grave.

La Cour en conclut que c'est à bon droit que le Tribunal du travail a retenu, compte tenu du fait que l'employeur a respecté les conditions de forme et de délai de l'article L.121-7 du Code du travail, A n'a pas prouvé une cause de nullité de ladite modification.

5. DROIT EUROPÉEN : La surveillance des communications électroniques d'un employé emporte violation du droit au respect de la vie privée et de la correspondance.

Cour européenne des droits de l'homme³, 5 septembre 2017, *Bărbulescu c/ Roumanie*, requête n° 61496/08

Faits

M. Bărbulescu, ressortissant roumain, a travaillé en qualité d'ingénieur des ventes du 1^{er} août 2004 au 6 août 2007. Conformément aux recommandations de son employeur, ce dernier a ouvert un compte Yahoo Messenger afin de répondre aux demandes des clients.

Le 3 juillet 2007, le personnel de l'entreprise a été informé par une note distribuée par l'employeur qu'une employée avait fait l'objet d'un licenciement disciplinaire au motif qu'elle avait utilisé Internet, le téléphone et le photocopieur à des fins personnelles.

Le 13 juillet 2007, M. Bărbulescu a été convoqué par son employeur, et à cette occasion, informé que ses communications sur Yahoo Messenger avaient été surveillées, et que certains éléments indiquaient qu'il avait fait un usage personnel d'Internet. Par écrit, M. Bărbulescu a assuré qu'il n'avait utilisé le service de messagerie qu'à des fins professionnelles. L'employeur lui présenta alors un document de 45 pages retranscrivant des messages privés qu'il avait échangés avec son frère et sa fiancée entre le 5 et le 12 juillet 2007, et dont certains revêtaient un caractère intime.

Le 1^{er} août 2007, l'employeur a prononcé le licenciement de M. Bărbulescu pour infraction au règlement intérieur de l'entreprise.

M. Bărbulescu a invoqué sans succès la nullité de son licenciement devant le Tribunal au motif que l'employeur aurait porté atteinte à son droit à la correspondance en consultant ses communications en violation de la Constitution roumaine et du Code pénal. M. Bărbulescu a fait appel de la décision, son recours a été à nouveau rejeté le 17 juin 2008.

Se fondant sur l'article 8 (droit au respect de la vie privée et familiale, du domicile et de la correspondance) de la

Convention européenne des droits de l'homme (CEDH), le 15 décembre 2008, M. Bărbulescu introduit une requête devant la Cour européenne des droits de l'homme. Le 12 janvier 2016, dans son arrêt de chambre, la Cour a conclu à la non-violation de l'article 8 reconnaissant que la vie privée et la correspondance du salarié avaient été mises en jeu mais que la surveillance opérée par l'employeur dans le cadre d'une procédure disciplinaire avait été raisonnable.

Le 6 juin 2016, l'affaire a été renvoyée devant la Grande Chambre à la demande de M. Bărbulescu.

Appréciation de la Cour

La Cour conclut tout d'abord à l'applicabilité de l'article 8 de la CEDH dans la mesure où les communications de M. Bărbulescu sur son lieu de travail sont couvertes par les notions de « *vie privée* » et de « *correspondance* » telles qu'envi-sagées dans cet article.

La Cour déclare ensuite que si le droit au respect de la vie privée et de la confidentialité de la correspondance peut être limité dans le cadre du travail, les instructions de l'employeur ne peuvent réduire à néant l'exercice de la vie privée sociale sur le lieu de travail.

« *La mesure litigieuse, à savoir la surveillance des communications de M. Bărbulescu qui a conduit à son licenciement, a certes été prise par une entreprise privée, mais elle a été admise par les juridictions nationales. La Cour estime donc qu'il y a lieu d'analyser le grief sous l'angle des obligations positives de l'État. Les autorités nationales étaient tenues de mettre en balance les intérêts concurrents en jeu, à savoir le droit de M. Bărbulescu au respect de sa vie privée, d'une part, et le droit de l'employeur de prendre des mesures pour assurer le bon fonctionnement de l'entreprise, d'autre part.* »

Dans leur appréciation, les juridictions nationales ont effectivement fait expressément référence au droit de M. Bărbulescu au respect de sa vie privée, mais ces dernières ont omis de « *rechercher si M. Bărbulescu avait été averti préalablement de la possibilité que son employeur mette en place des mesures de surveillance ainsi que de la nature de ces mesures* ». Un avertissement est considéré comme préalable à condition qu'il soit donné avant le commencement de l'activité de surveillance. Or, en l'espèce, M. Bărbulescu ne connaissait ni l'étendue ni la nature de la surveillance opérée par son employeur ni de la possibilité pour celui-ci d'accéder au contenu de ses messages.

Bien que l'employeur ait enregistré en temps réel toutes les communications du salarié et imprimé leur contenu, les juridictions nationales n'ont pas abordé la question de l'étendue de la surveillance et du degré d'intrusion dans la vie privée du salarié.

Celles-ci n'ont par ailleurs :

- pas vérifié l'existence d'une raison légitime justifiant une telle surveillance,
- pas cherché à savoir si le but poursuivi par l'employeur pouvait être atteint par des moyens moins intrusifs,
- pas évalué la gravité des conséquences de la mesure de surveillance (le comportement de M. Bărbulescu a été sanctionné par la mesure disciplinaire la plus sévère possible),
- pas recherché à quel moment de la procédure disciplinaire l'employeur avait eu accès au contenu des communications, et en particulier si cela était intervenu avant ou après la convocation de M. Bărbulescu.



Décision de la Cour

« Au vu de ces éléments, la Cour est d'avis que les autorités nationales n'ont

pas protégé de manière adéquate le droit de M. Bărbulescu au respect de sa vie privée et de sa correspondance et que, dès lors, elles n'ont pas ménagé un

juste équilibre entre les intérêts en jeu. Partant, il y a eu violation de l'article 8. »

3) La Cour européenne des droits de l'homme (siégeant à Strasbourg) peut être saisie par un individu contre un Etat, seulement après avoir utilisé tous les recours en justice nationale. Elle est chargée de veiller au respect de la Convention européenne des droits de l'homme.

