Exempt - appel en matière de droit du travail.

Audience publique du douze novembre deux mille quinze.

Numéro 41245 du rôle

Présents:

Carlo HEYARD, président de chambre,
Ria LUTZ, premier conseiller,
Théa HARLES-WALCH, premier conseiller,
Isabelle HIPPERT, greffier.

E n t r e :

la société anonyme A S.A., établie et ayant son siège social à L-(…), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Nadine TAPELLA d'Esch-sur-Alzette du 9 mai 2014,

comparant par Maître Céline LELIEVRE, avocat à la Cour à Luxembourg,

e t :

1)B, demeurant à L-(…),

intimée aux fins du susdit exploit TAPELLA,

comparant par Maître Andrée BRAUN, avocat à la Cour à Luxembourg,

2) l'ETAT DU GRAND-DUCHE DE LUXEMBOURG, pris en sa qualité de gestionnaire du Fonds pour l'emploi, représenté par son Ministre d'Etat, établi à L-1352 Luxembourg, 4, rue de la Congrégation,

intimé aux fins du susdit exploit TAPELLA,

comparant par Maître Georges PIERRET, avocat à la Cour à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL:

Vu l'ordonnance de clôture de l'instruction du 16 juin 2015.

Ouï le magistrat de la mise en état en son rapport oral à l'audience.

Au service de la société A Luxembourg depuis le 5 juillet 2010 en tant que réceptionniste, B fut licenciée avec le préavis légal de deux mois en date du 29 mai 2012. Elle qualifia le licenciement assorti d'une dispense de travail, d'abusif, de sorte qu'elle réclama, par requête du 8 janvier 2013 déposée au greffe du tribunal du travail d'Esch-sur-Alzette, les montants plus amplement détaillés dans la prédite requête.

L'employeur reprocha à sa salariée une insuffisance professionnelle, à savoir une mauvaise exécution de sa mission et un manque de réactivité, ainsi qu'une violation de ses obligations contractuelles, par une utilisation massive d'un site de jeux communautaires sur internet, sans aucun rapport avec l'activité de l'entreprise.

B, qui contesta tant la précision que la réalité et le sérieux des reproches lui faits, exposa qu'au cours de l'exécution du contrat de travail, elle s'est vue progressivement élargir ses responsabilités et confier des missions de gestionnaire de la production d'assurances, des missions relatives à la facturation et au traitement de données comptables, sans cependant avoir obtenu une formation adéquate pour exécuter ces nouvelles missions.

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

L'employeur a reconnu avoir confié à B des activités autres que celles pour lesquelles elle avait été engagée mais seulement parce qu'elle avait affirmé, au moment de son embauche, avoir des connaissances en la matière, ce qu'elle affirme encore toujours dans ses nouvelles recherches d'emploi ; il soutint lui avoir donné une formation adéquate pour exécuter ses nouvelles tâches ; il prétendit avoir soumis à sa salariée le règlement intérieur limitant l'utilisation de l'internet professionnel et que le contrat de travail signé par elle ferait une référence expresse à ce règlement intérieur, qui lui a encore été expliqué lors d'une formation de quatre heures ; il versa des pièces prouvant l'utilisation massive par B de l'internet à des fins autres que professionnelles et formula une offre de preuve par témoins en ce sens.

Par un jugement rendu contradictoirement le 1er avril 2014, le tribunal du travail a déclaré le licenciement de B abusif, a déclaré ses demandes fondées et partant condamné l'employeur à lui payer un montant total au titre de dommages-intérêts de 3.384,70 euros avec les intérêts tels que de droit ; il a encore dit la demande de l'ETAT pris en sa qualité de gestionnaire du Fonds pour l'emploi fondée à l'égard de l'employeur pour un montant de 3.706,60 euros et a condamné ce dernier à lui rembourser la susdite somme.

Pour statuer comme il l'a fait, le tribunal du travail a, d'une part, retenu que la lettre de motivation est précise, d'autre part, se basant sur un rapport d'entretien annuel d'évaluation du 7 décembre 2011 et sur les commentaires de l'évaluateur, qui relève un manque de formation de B à ses nouvelles tâches, a conclu qu'il aurait appartenu à l'employeur de faire bénéficier B d'une formation appropriée pour l'exécution de ses nouvelles missions, ce qui n'a manifestement pas été le cas, de sorte que le motif tenant à une insuffisance professionnelle dans le chef de la salariée ne procède pas d'une cause réelle.

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

La société anonyme A Luxembourg a régulièrement relevé appel du prédit jugement par acte de l'huissier de justice Yves TAPELLA d'Esch-sur-Alzette, du 9 mai 2014.

L'appelante demande de dire son appel fondé et, par réformation, de déclarer le licenciement régulier et justifié, de la décharger de toute condamnation au paiement mise à sa charge et de déclarer la demande de l'Etat non fondée à son égard.

Elle réitère l'ensemble de ses moyens développés en première instance et conteste tant le principe que les montants des demandes de la salariée.

L'intimée réitère le moyen tenant à l'imprécision de la motivation. Dans un ordre subsidiaire, elle conclut à la confirmation du jugement entrepris par adoption de ses motifs.

Elle interjette appel incident du jugement à quo portant sur le montant du dommage moral qu'elle voudrait voir augmenté à 5.000 euros.

L'Etat pris en sa qualité de gestionnaire du Fonds pour l'emploi réclame sur base de l'article L.521-4 du code du travail à la partie mal-fondée, le montant de 3.706,6 euros versé à la salariée à titre d'indemnités de chômage pour la période d'août 2012 à septembre 2012.

Chacune des parties réclame une indemnité de procédure sur base de l'article 240 du NCPC.

Concernant la précision de la lettre de motivation du 26 juin 2012, la Cour fait sienne la motivation du tribunal du travail, pour dire que la motivation répond aux exigences de précision requises par la loi et la jurisprudence, de sorte que la salariée et les juridictions du travail étaient à même de connaître la nature et la portée des fautes lui reprochées, ainsi que d'en d'apprécier le caractère réel et sérieux et de vérifier si les motifs invoqués s'identifient à ceux énoncés dans le courrier de motivation.

Concernant les motifs gisant à la base du licenciement et dont la réalité et le sérieux sont contestés par la salariée, il échet de relever que l'employeur lui reproche d'abord une insuffisance professionnelle et ensuite une utilisation massive d'un site internet de jeux communautaires pendant les heures de travail.

Relativement au premier motif invoqué, l'employeur, qui reconnaît avoir confié à sa salariée en cours d'exécution du contrat de travail, des missions autres que celles de réceptionniste, pour laquelle elle avait été initialement engagée, fait grief à la juridiction du travail d'avoir décidé que, faute d'avoir donné à sa salariée une formation adéquate et adaptée aux nouvelles missions lui confiées en cours d'exécution du contrat de travail, il ne pouvait la licencier au motif d'une insuffisance professionnelle.

Il énumère en conséquence les formations données à la salariée aux 15 et 31 décembre 2011 et verse les pièces justificatives de ces formations.

La salariée quant à elle prétend que le changement de son activité de réceptionniste constitue une modification d'une clause substantielle du contrat de travail qui n'a jamais fait l'objet d'un avenant ni d'un descriptif des tâches lui dévolues. Elle

conteste encore avoir eu les connaissances nécessaires en vue de remplir ses nouvelles affectations ainsi qu'une formation appropriée pour exécuter ses nouvelles tâches.

Dans la mesure où le contrat de travail de B précise en son point 3 sous la nature de l'emploi :
« L'employée est occupée en qualité de Réceptionniste au sein du département Operations, sans préjudice d'une nouvelle affectation ultérieure tenant compte des aptitudes professionnelles et personnelles de l'employée et/ou des besoins de l'employeur », l'employeur était autorisé à lui confier de nouvelles fonctions en tenant compte des aptitudes professionnelles de sa salariée.

Par ailleurs une modification d'une clause essentielle du contrat de travail au sens de l'article L.121-7 du contrat de travail n'est sanctionnée légalement que si elle est faite en défaveur du salarié concerné. Or, en l'espèce ces modifications, outre qu'elles étaient prévues par le contrat de travail, n'ont pas été faites en défaveur de la salariée, mais au contraire pour valoriser son travail au sein de la société, ont toutes toujours été acceptées par cette dernière.

Dès lors enfin que la salariée avait elle-même indiqué dans son offre d'embauche (CV) remis à l'employeur au moment de son engagement, qu'elle avait obtenu en 2009 l'agrément comme agent d'assurances pour la compagnie le Foyer, formation qu'elle a mis en avant dans ses demandes d'emploi ultérieures, elle devait nécessairement avoir les connaissances pour exécuter les tâches lui confiées par son employeur ultérieurement, notamment pour les missions concernant la gestion de la production d'assurance.

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

Partant, le jugement a quo est à confirmer en ce qu'il a décidé que le motif de licenciement de B, dans la mesure où il est fondé sur une insuffisance professionnelle décrite dans la rubrique (A) de la motivation « mauvaise exécution de votre mission », ne procède pas d'une cause sérieuse.

Concernant le motif du licenciement tenant à l'utilisation massive par la salariée d'un site de jeux communautaires sur internet, sans aucun rapport avec l'activité de l'entreprise, l'employeur fait grief au tribunal du travail d'avoir également rejeté, nonobstant les pièces justificatives versées en cause, ce motif comme n'étant pas établit.

La salariée quant à elle conclut à la confirmation du jugement entrepris par adoption de ses motifs et soutient comme en première instance que la surveillance de son poste de travail par son employeur s'est faite en violation de l'article L.261-1 du code du travail, dans la mesure où il n'a pas fait de déclaration préalable auprès de la Commission de Surveillance de la Protection des Données et que les conditions prévues auxdits articles n'ont pas été respectées, que le fait de mettre un ordinateur sous un contrôle exclusif et régulier fait à distance est attentatoire à la vie privée et que le fait d'enregistrer des données de manière non occasionnelle et d'en déterminer le comportement du salarié est à qualifier de surveillance au sens de l'article 2 de la loi modifiée du 2 août 2002 relative à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel, qui ne peut être mise en œuvre en vertu de l'article L.261-1 du code du travail. Elle soutient encore que le cas de surveillance effectué sur son poste tel qu'allégué par l'employeur ne rentre dans aucune des hypothèses prévues par l'article L.261-1 du code du travail ; elle soutient finalement, que les documents afférents doivent être écartés des débats pour défaut de licéité.

La salariée maintient que, même à prendre en considération ces documents, ils ne prouvent pas l'utilisation prétendument abusive d'internet durant les heures de travail, alors qu'il n'y a aucune indication sur les heures passées sur internet, que par ailleurs, comme l'indique à juste titre le tribunal du travail, il n'y a pas de preuve qu'il s'agit de son poste de travail, qu'il est en effet facile de créer un compte d'utilisateur avec les initiales d'une personne, que de plus, son ordinateur n'est pas bloqué par un mot de passe connu d'elle seule, que son ordinateur est donc accessible à tous. Elle conteste qu'il s'agit de ses activités sur internet, alors que certaines de ces prétendues activités sont effectuées après 17.00 heures, alors qu'elle ne travaillait pas au-delà de 17.00 heures, que ces documents ne sont dès lors ni précis, ni pertinents, ni concluants.

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

Il s'ensuit que la salariée, en signant son contrat de travail, était censée avoir pris connaissance du règlement intérieur de son employeur et était également censée le respecter, à moins qu'elle n'ait pas été le consulter « online », et dans ce cas, elle est malvenue de se prévaloir de son ignorance du règlement intérieur pour expliquer son comportement.

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

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

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

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

Aux termes de l'article 261-1du contrat de travail :
« (1) Le traitement des données à caractère personnel à des fins de surveillance sur le lieu de travail peut être mis en oeuvre, conformément à l'article 14 de la loi du 2 août 2002 relative à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel, par l'employeur s'il en est le responsable.
Un tel traitement n'est possible que s'il est nécessaire:
1. pour les besoins de sécurité et de santé des salariés, ou
2. pour les besoins de protection des biens de l'entreprise, ou
3. pour le contrôle du processus de production portant uniquement sur les machines, ou
4. pour le contrôle temporaire de production ou des prestations du salarié, lorsqu'une telle mesure est le seul moyen pour
déterminer le salaire exact, ou
5. dans le cadre d'une organisation de travail selon l'horaire mobile conformément au présent code.
Dans les cas visés aux points 1, 4 et 5, le comité mixte d'entreprise, le cas échéant institué, a un pouvoir de décision tel que défini à l'article L. 423-1, points 1 et 2.
Le consentement de la personne concernée ne rend pas légitime le traitement mis en oeuvre par l'employeur.

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

En l'espèce, la société A Luxembourg ne prouve ni que le traitement des données ait fait l'objet d'une notification préalable auprès de la Commission nationale pour la Protection des Données (CNPD) en application de la loi du 2 août 2002 précitée, ni que cette dernière ait accordé une autorisation.

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

Il est en effet de principe que le salarié a droit, même au temps et lieu de travail, au respect de sa vie privée qui implique en particulier le secret de la correspondance dont font partie les courriers électroniques reçus et envoyés par lui grâce à un outil informatique mis à sa disposition pour son travail et ce même au cas où l'employeur aurait interdit une utilisation non professionnelle de l'ordinateur.

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

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

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

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

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

Or, en l'espèce, dans la mesure où l'employeur n'a pas procédé à un contrôle des données à caractère personnel de B, il n'a en effet à aucun moment contrôlé le courrier électronique personnel et privé de sa salariée effectué sur son site de travail et plus particulièrement contrôlé sa correspondance, ses emails personnels, ni enregistré toutes ses données de façon régulière et non occasionnelle, mais il s'est contenté d'effectuer un contrôle ponctuel en conformité avec le règlement intérieur de la société, des sites les plus visités par sa salariée, que l'article L.261-1 du code du travail ne trouve pas à s'appliquer .

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

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

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

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

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

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

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

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

Les pièces versées prouvent à suffisance que B a utilisé au mois de mars 2012 le site « kapilhospital.com » à raison de 51,4% de son temps de travail, soit en a fait

un usage massif, plus précisément entre 9 heures et 15 heures 59, avec la considération que le site litigieux précité est un site internet de jeux communautaires.

Dès lors que la salariée, en jouant sur son ordinateur professionnel pendant les heures de travail dans une mesure qui ne peut être tolérée, a violé les obligations découlant du contrat de travail, elle a compromis, par cette attitude fautive, la confiance qui doit exister entre les parties au contrat de travail, de sorte que l'employeur était autorisé pour ce seul motif à la licencier avec préavis.

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

Le licenciement étant régulier et justifié, les demandes indemnitaires de la salariée ne sont pas fondées, de sorte que son appel incident est à déclarer non fondé.

La demande de l'ETAT pris en sa qualité de gestionnaire du Fonds pour l'emploi est également à déclarer, par réformation du jugement entrepris, non fondée au vu de la décision rendue par la Cour quant au préjudice matériel subi par D du fait de son licenciement abusif, dès lors qu'à défaut de fixation de dommages-intérêts pour le préjudice matériel subi par rapport à une période de référence déterminée, l'assiette de calcul de la demande de l'ETAT fait également défaut.

N'ayant pas établi en quoi il serait inéquitable de laisser à leur charge une partie des frais non compris dans les dépens, les demandes respectives des parties basées sur l'article 240 du NCPC sont à rejeter.

PAR CES MOTIFS :

la Cour d'appel, troisième chambre, siégeant en matière de droit du travail, statuant contradictoirement, sur le rapport oral du magistrat de la mise en état,

déclare les appels principal et incident recevables,

déclare l'appel principal fondé,

réformant :

dit que le licenciement de B est régulier et justifié,

déboute B de ses demandes indemnitaires,

décharge la société A Luxembourg des condamnations prononcées à son encontre en première instance,

déclare l'appel incident non fondé,

rejette les demandes des parties basées sur l'article 240 du NCPC,

condamne B aux frais et dépens des deux instances avec distraction au profit de Maître Céline LELIEVRE qui la demande, affirmant en avoir fait l'avance.