

**Arrêt N° 86/17 - III – TRAV**

Exempt - appel en matière de droit du travail.

Audience publique du six juillet deux mille dix-sept.

Numéro 43731 du rôle

Composition:

Ria LUTZ, présidente de chambre,  
Théa HARLES-WALCH, premier conseiller,  
Mireille HARTMANN, premier conseiller,  
Isabelle HIPPERT, greffier.

Entre :

**la société anonyme S1 S.A.**, établie et ayant son siège social à L-(...), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

appelante aux termes d'exploits de l'huissier de justice suppléant Véronique REYTER d'Esch-sur-Alzette des 1<sup>er</sup> et 6 juin 2016,

intimée sur appels incidents,

comparant par Maître Christian JUNGERS, avocat à la Cour à Luxembourg,

et :

**1) A**, demeurant à L-(...),

intimé aux fins du susdit exploit REYTER,

appelant par incident,

intimé sur appel incident,

comparant par Maître Pierre GOERENS, avocat à la Cour à Luxembourg,

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

intimé aux fins du susdit exploit REYTER,

appelant par incident,

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

### **LA COUR D'APPEL:**

Vu l'ordonnance de clôture de l'instruction du 23 mai 2017

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

A a été aux services de la société S1 S.A. en qualité de « *Business Area Manager* » suivant contrat de travail à durée indéterminée du 27 février 2008.

Il a été en incapacité de travail à partir du 14 juin 2014.

Le 20 août 2014, il a été licencié avec effet immédiat pour s'être rendu, ensemble 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, 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.

Par requête du 25 septembre 2014, A a fait convoquer son ancien employeur devant le tribunal du travail de Luxembourg pour l'entendre condamner du chef de son licenciement qu'il qualifia d'abusif, à lui payer différents montants indemnitaires plus amplement décrits dans la prédite requête.

Par une requête additionnelle du 21 août 2015, A a fait convoquer l'ÉTAT DU GRAND-DUCHE DE Luxembourg, en sa qualité de gestionnaire du Fonds pour l'emploi, aux fins d'intervenir dans le présent litige.

A fit plaider que son licenciement intervenu le 20 août 2014 était abusif pour être intervenu en violation de l'article L.121-6 du code du travail, alors qu'il avait été déclaré incapable de travailler du 18 août au 21 septembre 2014. Il invoqua la forclusion de la demande au motif que les faits lui reprochés remontent à plus d'un mois avant le licenciement. Il contesta enfin la précision et le caractère réel et sérieux des motifs du licenciement.

La société S1 résista au motif qu'elle avait des sérieux doutes quant à la réalité de l'incapacité de A et se prévalut de différents indices tendant à renverser la présomption de maladie du salarié.

L'ETAT demanda que la partie mal fondée au litige soit condamnée à lui rembourser la somme de 23.773,37 euros à titre des indemnités de chômage versées à A.

Par un jugement contradictoire du 21 avril 2016, après avoir procédé à une comparution personnelle des parties, le tribunal a :

- déclaré abusif le licenciement avec effet immédiat de A intervenu le 20 août 2014;
- déclaré non fondée la demande de A en indemnisation du préjudice matériel, partant en a débouté;
- déclaré fondées les demandes de A en paiement d'une indemnité de départ de 8.830,42 euros, d'une indemnité compensatoire de préavis de 35.321,68 euros, en indemnisation de son préjudice moral subi pour un montant évalué ex aequo et bono à 5.000 euros;
- en conséquence,
- condamné la société anonyme S1 à payer à A la somme de 49.152,10 euros avec les intérêts légaux à partir du jour de la demande en justice jusqu'à solde;
- dit la demande de l'ETAT DU GRAND-DUCHE DE LUXEMBOURG, pris en sa qualité de gestionnaire du Fonds pour l'Emploi, non-fondée et en a débouté;
- débouté A et la société anonyme S1 de leurs demandes respectives en obtention d'une indemnité de procédure.

Pour statuer comme il l'a fait, le tribunal, après avoir examiné les trois indices invoqués par l'employeur pour renverser la présomption d'incapacité de travail, a retenu que l'employeur n'a pas réussi à la renverser pour la période allant du 12 juillet au 17 août 2014, ni pour la période du 18 août au 21 septembre 2014. Il en a tiré la conclusion 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 du 20 août 2014.

Le tribunal a, en conséquence, examiné le bien-fondé de la demande de A en paiement d'une indemnité compensatoire de préavis et d'une indemnité de départ. Il a alloué des dommages et intérêts pour le préjudice moral subi et déclaré non fondée la demande en obtention de dommages et intérêts pour le préjudice matériel subi, au motif que la période allant du 21 août 2014 à mai 2015 était couverte par les indemnités de maladie perçues et l'indemnité compensatoire de préavis et que la période du 1<sup>er</sup> juin 2015 au 15 novembre 2015, date à laquelle A a retrouvé un nouvel emploi, n'est plus à considérer comme étant en lien causal avec le licenciement.

Suivant actes d'appel des 1<sup>er</sup> juin et 6 juin 2016, la société S1 a relevé appel de ce jugement lui notifié le 26 avril 2016.

L'appelante conclut, par réformation, à titre principal, à voir constater que la présomption de maladie a été valablement renversée, à voir dire qu'elle était en droit de notifier la résiliation avec effet immédiat du contrat de travail à A en date du 20 août 2014, partant, à voir réformer le jugement du 21 avril 2016, la voir décharger de l'ensemble des condamnations prononcées en première instance et voir renvoyer l'affaire devant le tribunal du travail afin de statuer sur la demande en surséance à statuer et ce tant sur le fondement de l'article 3 du code d'instruction criminelle que dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice.

Elle demande, à titre subsidiaire, au cas où le licenciement du 20 août 2014 était déclaré abusif, quod non, de réduire le montant de l'indemnité de départ à 8.794,52 euros, lui donner acte qu'elle se rapporte à la sagesse de la Cour quant au principe de l'allocation d'une indemnité compensatoire de préavis, de confirmer le jugement entrepris en ce qu'il a débouté l'intimé de sa demande en réparation du prétendu préjudice moral, à titre subsidiaire, de réduire la demande en réparation du prétendu préjudice moral à de plus justes proportions.

Elle demande encore une indemnité de procédure pour chaque instance.

A soulève l'irrecevabilité de l'appel en ce qui concerne plus particulièrement le point 3.2 « *quant à l'indemnité compensatoire de préavis* » de l'acte d'appel pour libellé obscur.

Il interjette appel incident du jugement en ce que le tribunal ne lui a alloué que 5.000 euros en réparation de son préjudice moral et en ce qu'il l'a débouté de sa demande en paiement de dommages et intérêts en réparation de son préjudice matériel, évalué à 24.793,94 euros.

A conclut pour le surplus à la confirmation du jugement et demande une indemnité de procédure pour chaque instance. En ordre subsidiaire, et pour le cas où le licenciement ne devait pas être déclaré abusif pour être intervenu en période de protection spéciale du salarié, A est d'accord à renvoyer l'affaire devant les premiers juges pour statuer sur le bien-fondé du licenciement.

L'ETAT interjette, pour autant que de besoin, appel incident du jugement. Il demande de condamner la société S1, sinon A au paiement de la somme de 23.773,37 euros perçue par lui au titre des indemnités de chômage.

- **Quant à la recevabilité des appels principal et incidents :**

A soulève l'irrecevabilité de l'acte d'appel concernant le point 3 de l'acte d'appel en ce que l'appelante s'est rapportée à la sagesse de la Cour et n'a pas développé de moyen concret à l'encontre de la motivation du jugement entrepris.

La société S1 résiste au motif que ce point est à lire ensemble ses conclusions d'appel prises en ordre subsidiaire pour le cas où la Cour devait considérer que les indices invoqués n'auraient pas suffi à renverser la présomption de maladie de A et qu'elle devait faire droit à la demande en paiement d'une indemnité compensatoire de préavis. Elle soutient que, dans cette hypothèse, elle ne conteste pas le montant qui lui a été alloué en première instance.

Il résulte de la motivation de l'acte d'appel que la société S1 reprend sous le point 3 de son acte d'appel intitulé « *A titre subsidiaire : quant aux revendications financières* » ses moyens par rapport aux différents chefs de la demande de A. Concernant plus particulièrement l'indemnité compensatoire de préavis allouée par les premiers juges, elle s'est rapportée à la sagesse de la Cour quant au principe de cette demande.

Force est de constater que ce libellé est suffisamment clair pour permettre de comprendre que l'appelante n'a pas formulé de critique précise quant à cette prétention, pour le cas où la Cour devait être amenée à en examiner son bien-fondé.

Le moyen tiré du libellé obscur n'est dès lors pas fondé.

Les appels principal et incidents ayant été pour le surplus interjetés dans les délais et formes prévus par la loi, sont recevables.

- **Quant au rapport de mission du 8 août 2014 :**

A demande le rejet du rapport de mission établi le 8 août 2014 versé en instance d'appel par la société S2 au motif que les faits observés se rapportent à sa vie privée et qu'il y a dès lors atteinte à sa vie privée protégée par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme et des libertés fondamentales

Selon la société S1, il n'y a pas eu atteinte à la vie privée du salarié, dès lors que les faits observés se sont déroulés dans des lieux publiques et que 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 faire. 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.

Il résulte du rapport de mission querellé que pendant la période du 24 juillet au 7 août 2014, la société S1 a fait observer, par une société de surveillance et au moyen d'un « *agent de mission* » et d'« *un véhicule de dotation* », les allées et venues de A et d'B à partir de leurs domiciles respectifs et ce à leur insu.

Force est de constater que 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 protection spéciale contre le licenciement :**

La société S1 qui ne conteste pas que A a rempli ses obligations résultant de l'article L.121-6 du code du travail, reproche aux premiers juges d'avoir considéré qu'elle n'avait pas réussi à renverser la présomption découlant des certificats médicaux versés par A.

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

- A s'est rendu, ensemble 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 avec l'appelante 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.

C'est à bon droit que les premiers juges ont rappelé 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'espèce.

C'est également à bon droit qu'ils ont retenu que la charge de la preuve que les certificats médicaux adressés par le salarié ne correspondent pas à la réalité pèse sur l'employeur.

Il y a lieu d'abord de relever que, 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 prédits 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 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, force est de constater que la prétendue incapacité de travail de A qui perdurait 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.

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.

Il résulte du courrier adressé le 6 août 2014 par la CNS à la société S1 que A ne s'est pas présenté au contrôle fixé le 21 juillet 2014 par elle.

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 d'D.

Les déclarations d'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.

Selon l'appelante, l'affirmation du salarié suivant laquelle il n'aurait pas réceptionné le courrier et il n'aurait pas pu se rendre à la poste pour retirer la convocation en raison de sa dépression rendant tout déplacement difficile, ne saurait valoir, alors qu'il aurait été avisé du courrier et qu'il aurait tout simplement refusé de l'accepter et n'aurait manifestement pas eu trop de difficultés pour se déplacer à deux reprises afin de rencontrer B le 31 juillet 2014 et le 7 août 2014, ce malgré sa prétendue dépression.

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.

Il se dégage des développements qui précèdent 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.

La société S1 demande de renvoyer l'affaire devant le tribunal du travail afin de statuer sur le bien-fondé du licenciement et des demandes qui sont directement liées à la régularité du licenciement.

A conclut qu'il est d'accord à voir renvoyer l'affaire devant les premiers juges pour statuer sur le bien-fondé du licenciement.

Il y a lieu de faire droit aux conclusions des parties et de renvoyer l'affaire devant le tribunal du travail, autrement composé, pour statuer sur le bien-fondé du licenciement.

Il suit des développements qui précèdent que l'appel principal de la société S1 est fondé et que les appels incidents de A et de l'ETAT ne sont pas fondés.

Eu égard à l'issue du présent litige, la demande de A en obtention d'une indemnité de procédure pour la première instance et pour l'instance d'appel n'est pas fondée.

Faute par la société S1 de justifier l'iniquité requise par l'article 240 du NCPC, sa demande en obtention d'une indemnité de procédure pour la première instance et pour l'instance d'appel n'est pas fondée.

**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,

reçoit les appels principal et incidents;

dit les appels incidents non fondés ;

écarte des débats le rapport de mission du 8 août 2014 ;

dit l'appel principal fondé;

**réformant :**

dit que A ne bénéficiait pas de la protection spéciale au moment de son licenciement;

partant, dit que le licenciement n'était pas abusif de ce chef ;

décharge la société S1 SA des condamnations prononcées de ce chef à son encontre ;

dit non fondées les demandes respectives des parties sur base de l'article 240 du NCPC ;

renvoie l'affaire devant le tribunal du travail autrement composé ;

condamne A à tous les frais et dépens des deux instances et en ordonne la distraction au profit de Maître Christian JUNGERS et de Maître Georges PIERRET qui la demandent affirmant en avoir fait l'avance.

La lecture du présent arrêt a été faite en la susdite audience publique par Madame la présidente de chambre Ria LUTZ, en présence du greffier Isabelle HIPPERT.