

Arrêt N° 17/22 - III – TRAV

Exempt - appel en matière de droit du travail.

Audience publique du vingt-sept janvier deux mille vingt-deux.

Numéro CAL-2021-00184 du rôle

Composition:

Alain THORN, président de chambre,
Paul VOUEL, conseiller,
Anne-Françoise GREMLING, conseiller,
Isabelle HIPPERT, greffier.

Entre :

la société à responsabilité limitée SOC 1) s.à r.l. en faillite, ayant été établie et ayant eu son siège social à L-(...), représentée par son curateur, la société E2M s.à r.l.,

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Josiane GLODEN d'Esch-sur-Alzette du 15 décembre 2020,

intimée sur appel incident,

comparant par la société E2M sarl, inscrite à la liste V du Tableau de l'ordre des avocats du Barreau de Luxembourg, établie et ayant son siège social à L-2419 Luxembourg, 2, rue du Fort Rheinsheim, représentée aux fins des présentes par Maître Max MAILLIET, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

et :

A, demeurant à L-(...),

intimée aux fins du susdit exploit GLODEN,

appelante par incident,

comparant par Maître Patrice MBONYUMUTWA, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL

Vu l'ordonnance de clôture du 21 septembre 2021.

Par requête déposée au greffe du tribunal du travail de Luxembourg en date du 26 mars 2020, la société à responsabilité limitée SOC 1) s.à r.l., (ci-après : la société SOC 1)), fit convoquer son ancienne salariée A, devant le tribunal du travail pour voir dire que « *la mise à pied immédiate datant du 23 mars 2020 est intervenue pour de justes motifs et que c'est partant à bon droit que le contrat de travail a été résilié par l'employeur conformément à la procédure prévue à l'article L.337-2(2) alinéa 1^{er} du Code du travail* » et par voie de conséquence, voir résilier le contrat de travail avec effet à la date de la mise à pied avec effet immédiat du 23 mars 2020, sinon à la date du dépôt de la requête introductive d'instance, sinon à toute autre date à déterminer par le tribunal du travail.

La société SOC 1) sollicite encore l'allocation du montant de 1.500 euros sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile ainsi que la condamnation d'A aux frais et dépens de l'instance.

Par jugement de la XVIème chambre du tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, du 5 juillet 2021, siégeant en matière commerciale, la société SOC 1) fut déclarée en faillite et la société E2M s.à r. l., représentée par Maître Claire RIOU-LE JEUNE, fut nommée curateur.

La société SOC 1) exposa que suivant contrat de travail à durée indéterminée conclu en date du 26 novembre 2019, prenant effet au 1^{er} janvier 2020, et assorti d'une clause d'essai de quatre mois, A fut engagée en tant qu'auditeur (pièce 1 de Maître Patrice MBONYUMUTWA).

En date du 21 février 2020, pendant la période d'essai, la société SOC 1) résilia avec préavis, le contrat de travail. Le délai de préavis fut assorti de la dispense de travail.

Le 24 février 2020, par courriel adressé à son employeur, A demanda l'annulation de cette résiliation en raison de son état de grossesse dûment constaté par certificat médical établi en date du 24 février 2020, par le docteur B, médecin spécialiste en gynécologie-obstétrique (pièce 3 de Maître Patrice MBONYUMUTWA).

Le 28 février 2020, A déposa une requête en nullité du licenciement auprès du président du tribunal d'arrondissement de Luxembourg.

Le 23 mars 2020, la société SOC 1) prononça la mise à pied avec effet immédiat pour faute grave dans le chef d'A.

Par requête du 26 mars 2020, la société SOC 1) demanda au juge de déclarer cette mise à pied « *bonne et valable* », la faute grave alléguée consistant, d'après elle, dans la découverte d'échanges de courriels racistes envers C, une autre salariée, et encore désobligeants envers la société SOC 1), et sollicita, par voie de conséquence, la résiliation du contrat de travail, avec effet au 23 mars 2020.

Par ordonnance numéro 1078/20 du 23 avril 2020, la présidente du tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg constata la nullité du licenciement avec préavis notifié à A en date du 21 février 2020 et ordonna son maintien dans la société SOC 1) à partir de la date de ce licenciement, soit le 21 février 2020.

Par ordonnance numéro 1243/20 du 19 mai 2020, la présidente du tribunal du travail de et à Luxembourg déclara non fondée, la demande d'A en maintien de son salaire jusqu'à la solution définitive du litige.

La VIIIème chambre de la Cour supérieure de justice, siégeant en matière de droit du travail, rendit en date du 1^{er} avril 2021, un arrêt numéro 33/21, dont le dispositif est conçu comme suit :

*« déclare l'appel recevable,
le dit partiellement fondé, partant,
réformant l'ordonnance présidentielle du 19 mai 2020,
ordonne le maintien de la rémunération d'A à partir du jour de la mise à pied en attendant la solution définitive du litige,
confirme l'ordonnance pour autant qu'elle a déclaré non fondée la demande d'A en allocation d'une indemnité de procédure pour la première instance,
déclare non fondées les demandes respectives des parties basées sur l'article 240 du Nouveau code de procédure civile pour l'instance d'appel,
condamne la société à responsabilité limitée SOC 1) aux frais et dépens des deux instances. »*

A l'appui de sa demande introduite auprès du tribunal du travail, la société SOC 1) précisa que, suite au départ d'A consécutivement à la résiliation avec préavis du contrat à l'essai, C, la secrétaire de direction, responsable des ordinateurs et postes de travail, avait été chargée en date du 24 février 2020, de préparer l'ordinateur d'A afin de sauvegarder d'éventuels documents en relation avec son travail. Le 26 février 2020, la secrétaire aurait informé son employeur que cet ordinateur était allumé, SOC 1) cessible sans autre protection, que le mot de passe était affiché sur l'écran et que sur cet ordinateur, une discussion avait été ouverte, notamment avec la salariée D, par l'intermédiaire de l'application « *WHATSAPP* ». Or, d'après la société SOC 1), certains mots de cette discussion tels que repris à la page 3 du jugement du 23 octobre 2020, ainsi que dans la requête du 26 mars 2020, (pièce 6 de Maître Patrice MBONYUMUTWA), auraient été racistes, discriminatoires, injurieux et pour la plupart, échangés pendant les heures de travail.

A toutes fins utiles, la société SOC 1) formula une offre de preuve par témoins telle que plus amplement détaillée dans le jugement a quo.

A demanda à voir déclarer « *nulle et non avenue* », la mise à pied du 23 mars 2020 pour reposer sur des motifs et preuves illégaux.

Elle ne contesta pas être à l'origine des messages litigieux, mais précisa que la communication aurait eu lieu au moyen de l'application privée « *WHATSAPP* » et que les propos en question auraient été tirés de leur contexte par la société SOC 1).

En conséquence, elle conclut à voir écarter ces messages au motif que la société SOC 1) se serait procuré des preuves en violation des conditions prévues au règlement général sur la protection des données et de l'article L.261-1 (1) du Code du travail et aurait partant violé l'article 6 (1) du règlement UE 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016.

La Cour précise d'emblée qu'il s'agit de l'article 6, intitulé « *licéité du traitement* », du « *règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016, relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données)* », tel que modifié par le « *rectificatif au règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données)*. »

A sollicite encore une indemnité de procédure de 2.500 euros sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile.

Par jugement contradictoire du 23 octobre 2020, le tribunal du travail déclara la mise à pied avec effet immédiat du 23 mars 2020, non justifiée, et l'annula, dit la demande de la société SOC 1) en résiliation du contrat de travail, non fondée, constata que la réintégration d'A était de droit et condamna la société SOC 1) au paiement d'une indemnité de procédure de 500 euros ainsi qu'au frais et dépens de l'instance. La société SOC 1) fut encore déboutée de sa demande en allocation d'une indemnité de procédure.

A l'appui de cette décision, le tribunal du travail détailla la façon dont les messages avaient pu être découverts par la société SOC 1), pour en arriver à la conclusion que, si l'employeur n'avait pas exercé une surveillance prohibée par l'article L.261-1 (1) du Code du travail, les messages privés, même affichés ou transmis par un

ordinateur de la société SOC 1), gardaient cependant leur nature privée, précisant, en citant deux arrêts, (CSJ VIIIème, 31 mai 2018, n°43972 du rôle et CSJ, IIIème, 12 novembre 2015, n°41245), que « *le fait que l'application ait été visible ou accessible ne suffisait pas à démontrer une quelconque intention de la divulgation de la part de la salariée... »*.

En conséquence, la société SOC 1), qui aurait dû « *s'abstenir de prendre connaissance de messages couverts par le secret des correspondances ne pouvait se prévaloir de la communication WHATSAPP affichée sur le poste de travail d'A pour justifier la mise à pied avec effet immédiat du 23 mars 2020 »*.

Par exploit d'huissier du 15 décembre 2020, la société SOC 1) interjeta régulièrement appel de ce jugement lui notifié le 6 novembre 2020.

D'après l'appelante, le tribunal du travail aurait certes décidé à bon droit qu'elle n'avait pas exercé de surveillance « *continue et exclusive* » au sens de l'article L.261-1(1) du Code du travail. Cependant l'analyse subséquente des juges de première instance serait viciée, étant donné que le prétendu caractère personnel des messages serait mis à néant par le fait que « *les applications auraient été ouvertes et affichées sans aucune protection par un mot de passe, sur l'écran d'un ordinateur de travail... »*.

En conséquence, la société SOC 1) demande à la Cour, par réformation du jugement entrepris, de dire que la mise à pied avec effet immédiat du 23 mars 2020 est intervenue pour de justes motifs, conformément à la procédure prévue par l'article L.337-1 (2) du Code du travail, de confirmer que le contrat de travail est résilié avec effet à la date de la mise à pied, sinon à celle du dépôt de la requête adressée au tribunal du travail, de débouter l'intimée de sa demande en allocation d'une indemnité de procédure et de la condamner aux frais et dépens des deux instances.

L'intimée conclut à la confirmation du jugement entrepris et revient à son argumentaire en relation avec le caractère privé des messages litigieux, sauf à interjeter encore appel incident quant au montant de l'indemnité de procédure lui allouée en première instance. Elle réclame le montant de 2.500 euros de ce chef.

A réclame également ce montant sur la même base légale, pour l'instance d'appel.

Par conclusions notifiées en date du 10 août 2021, Maître Max MAILLIET, le curateur de la faillite de la société SOC 1), conclut au rejet de la demande de l'intimée en allocation d'une indemnité de procédure, pour les deux instances, alors qu'il serait inéquitable de mettre de telles sommes à charge de la société en faillite.

A titre subsidiaire, il demande à la Cour de fixer le montant dû et d'en ordonner la déclaration au passif de la faillite.

Il demande encore, en tout état de cause, de déclarer la demande en réintégration irrecevable pour être dépourvue d'objet, la société SOC 1) étant en faillite.

Appréciation de la Cour

La mise à pied et la notion de faute grave

Aux termes de l'article L. 337-1 (1) du Code du travail, il est interdit à l'employeur de notifier la rupture de la relation de travail ou, le cas échéant, la convocation à l'entretien préalable d'une femme salariée lorsqu'elle est en état de grossesse médicalement constaté et pendant une période de douze semaines suivant l'accouchement.

Ce même article dispose en son paragraphe 2) qu'«*en cas de faute grave, l'employeur a la faculté de prononcer la mise à pied immédiate de la femme salariée en attendant la décision définitive de la juridiction du travail sur sa demande en résiliation du contrat de travail. Lorsque la juridiction du travail refuse de faire droit à cette demande, la mise à pied est annulée et ses effets sont supprimés de plein droit.* »

A défaut de disposition légale contraire, et en l'absence de définition spécifique de la notion de faute grave dans le contexte de l'article L.337- (2) du Code du travail, la volonté implicite du législateur s'exprime dans l'assimilation de la notion de faute grave prévue à l'article L.124-10 du Code du travail, à celle de l'article L.337-1 (2) de ce même Code.

Le tribunal du travail est dès lors à confirmer en ce qu'il a décidé que la notion de faute grave, prévue à l'article L.337-1 (2), doit s'apprécier de la même façon pour une salariée enceinte protégée, que pour une salariée ne tombant pas sous le régime de l'article L.337-1 du Code du travail.

La découverte des messages litigieux

L'article L.261-1 du Code du travail figurant au « *Titre VI – Traitement de données à caractère personnel à des fins de surveillance dans le cadre des relations de travail* » dispose notamment que « (1) *Le traitement de données à caractère*

personnel à des fins de surveillance des salariés dans le cadre des relations de travail ne peut être mis en œuvre par l'employeur que dans les cas visés à l'article 6, paragraphe 1er, lettres a) à f), du règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données), et conformément aux dispositions du présent article.

(2) Sans préjudice du droit à l'information de la personne concernée, sont informés préalablement par l'employeur : 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. Cette information préalable contient une description détaillée de la finalité du traitement envisagé, ainsi que des modalités de mise en œuvre du système de surveillance et, le cas échéant, la durée ou les critères de conservation des données, de même qu'un engagement formel de l'employeur de la non-utilisation des données collectées à une finalité autre que celle prévue explicitement dans l'information préalable.

(3) Lorsque le traitement des données à caractère personnel prévu au paragraphe 1er est mis en œuvre : 1. pour les besoins de sécurité et de santé des salariés, 2. pour le contrôle de production ou des prestations du salarié, lorsqu'une telle mesure est le seul moyen pour déterminer le salaire exact, ou 3. dans le cadre d'une organisation de travail selon l'horaire mobile conformément aux dispositions du présent code, les dispositions prévues aux articles L.211-8, L.414-9 et L.423-1 s'appliquent, sauf lorsque le traitement répond à une obligation légale ou réglementaire...».

Le règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 cité ci-avant, dispose au paragraphe 1^{er} de l'article 6, intitulé « *Licéité du traitement* », que :

1. Le traitement n'est licite que si, et dans la mesure où, au moins une des conditions suivantes est remplie:

a) la personne concernée a consenti au traitement de ses données à caractère personnel pour une ou plusieurs finalités spécifiques;

b) le traitement est nécessaire à l'exécution d'un contrat auquel la personne concernée est partie ou à l'exécution de mesures précontractuelles prises à la demande de celle-ci;

c) le traitement est nécessaire au respect d'une obligation légale à laquelle le responsable du traitement est soumis;

d) le traitement est nécessaire à la sauvegarde des intérêts vitaux de la personne concernée ou d'une autre personne physique;

e) le traitement est nécessaire à l'exécution d'une mission d'intérêt public ou relevant de l'exercice de l'autorité publique dont est investi le responsable du traitement;

f) le traitement est nécessaire aux fins des intérêts légitimes poursuivis par le responsable du traitement ou par un tiers, à moins que ne prévalent les intérêts ou les libertés et droits fondamentaux de la personne concernée qui exigent une protection des données à caractère personnel, notamment lorsque la personne concernée est un enfant...».

Or, la découverte des messages litigieux ne résulte pas de la mise en place par la société SOC 1) d'un traitement « *de données à caractère personnel à des fins de surveillance des salariés dans le cadre des relations de travail* », mais de la présence de certains de ces messages sur l'écran de l'ordinateur, mis à disposition de l'intimée par la société SOC 1), dans le cadre de son travail, alors que cet outil informatique était librement accessible, allumé et non protégé par un mot de passe.

La recherche ponctuelle subséquente effectuée par la secrétaire de direction dans le cadre de la mission qui lui avait été confiée par son employeur, a permis de découvrir d'autres messages échangés au moyen de l'application privée « *WHATSAPP* », qu'A utilisait sur l'ordinateur de son poste de travail en le connectant à son téléphone portable.

Dans ces conditions, le tribunal du travail est à confirmer en ce qu'il a décidé que « *la découverte des échanges « WHATSAPP » litigieux suite au licenciement avec préavis d'A lors d'une recherche ponctuelle de documents à sauvegarder avant la remise à zéro de l'ordinateur ne tombe, dès lors, pas sous la définition d'une surveillance continue et exclusive prohibée par l'article L.261-1 (1) du Code du travail* ».

Tel que mis en exergue par la juridiction de première instance, le droit de l'employeur de surveiller l'activité de ses salariés se voit limité par le respect de l'intimité de la vie privée du salarié dont font nécessairement partie les discussions échangées sur ou à partir d'une messagerie privée.

Cependant, en l'espèce, il est établi et non contesté par l'intimée, que les messages litigieux ont été échangés sur l'ordinateur professionnel mis à sa disposition par son employeur, au moyen de l'application privée « *WHATSAPP* », qu'elle avait décidé d'y connecter, alors que les messages échangés n'étaient pas spécifiquement identifiés comme relevant de son intimité personnelle et privée et qu'ils étaient librement accessibles.

En laissant cet ordinateur allumé et non protégé par un mot de passe, permettant la lecture directe sur l'écran de certains des messages faisant partie de l'ensemble des échanges découverts par la suite, A a nécessairement conféré à ces messages un caractère professionnel, non protégé par le secret des correspondances.

Dans ce contexte, il est dès lors indifférent que l'intimée n'ait pas été présente lors de la découverte des messages en cause.

Faute de précisions et d'élément probant, la Cour ne saurait accorder crédit à l'affirmation de l'intimée que, lors de son départ précipité le jour de son licenciement en date du 21 février 2020, « *elle a été pressée par la secrétaire de direction de l'appelante, de sorte qu'elle a été empêchée de se déconnecter de ses applications sur l'ordinateur et a seulement eu le temps de fermer ses applications et de récupérer son sac et ses quelques affaires* ».

Aucun élément du dossier ne permet par ailleurs de retenir qu'A aurait informé son employeur de la présence sur son ordinateur professionnel d'une messagerie qualifiée de privée, respectivement, aurait demandé le temps nécessaire pour l'effacer.

Contrairement à la décision du tribunal du travail, qui est à réformer sur ce point, le contenu de la messagerie découvert et consulté par la société SOC 1) dans les circonstances de l'espèce, pouvait par la suite être utilisé par l'employeur à l'appui de la mise à pied d'A.

Le caractère des messages litigieux

Il ressort de la lecture du nombre élevé de messages échangés pendant le temps de travail, (pièce 12 de Maître Max MAILLIET), découverts sur la période de travail relativement courte d'A, que leur nature est souvent irrespectueuse, dénigrante et pour certains, gravement injurieuse, tant envers l'employeur, qu'envers la salariée C.

Ainsi le fait qualifier une collègue de travail de « *lying bitch* » (page 5, courriel de 10.54 heures, pièce 12 de Maître Max MAILLIET), d'écrire que C, « *is acting like a stupid ghetto girl* » (page 8, courriel de 15.40 heures, pièce 12 de Maître Max MAILLIET), de parler des collègues de travail dont C en les décrivant comme étant des « *bloody lonely alcoholics* » (page 19, courriel de 9.58 heures, pièce de Maître Max MAILLIET), ne font qu'illustrer le comportement et l'attitude d'A envers ses collègues de travail et son employeur qui est décrit comme étant un « *crazy boss* » (page 21, courriel de 13.04 heures, pièce 12 de Maître Max MAILLIET) et dont la

véritable ampleur découle de la totalité de messages, qu'il serait inopportun de reproduire dans leur intégralité.

Aucun élément du dossier ne permet par ailleurs de confirmer que ces messages auraient été sortis de leur contexte. Les propos échangés sont clairs et non équivoques.

Aux termes de l'article L.124-10 (2) du Code du travail, le motif grave se définit comme étant « *tout fait ou faute qui rend immédiatement et définitivement impossible le maintien des relations de travail* ».

L'échange de ces messages totalement inappropriés est constitutif d'un comportement fautif d'une gravité telle que la poursuite de la relation de travail est devenue immédiatement et définitivement impossible.

Etant conforme aux dispositions de l'article L.337-1 (2) du Code du travail, la mise à pied d'A doit être déclarée justifiée, et la demande en résiliation du contrat de travail doit être déclarée fondée, par réformation du jugement entrepris.

L'appel est dès lors fondé sur ce point.

Les indemnités de procédure

Au vu de la décision à intervenir, le jugement a quo est encore à réformer en ce qu'il a alloué une indemnité de procédure à A et a condamné la société SOC 1) à lui payer le montant de cinq cents euros sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile.

La société SOC 1) doit donc être déchargée de cette condamnation.

Sur base de la même motivation, l'appel incident de l'intimée, tendant à l'allocation d'une indemnité de procédure de 2.500 euros pour la première instance, n'est pas fondé, de même que la demande en allocation de ce montant pour l'instance d'appel.

Faute pour la société SOC 1) d'établir l'iniquité requise par l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile, la demande en allocation d'une indemnité de procédure n'est pas fondée, pour l'instance d'appel.

PAR CES MOTIFS :

la Cour d'appel, troisième chambre, siégeant en matière de droit du travail, statuant contradictoirement,

reçoit les appels principal et incident,

dit l'appel incident non fondé,

dit l'appel principal fondé,

réformant,

dit la mise à pied avec effet immédiat du 23 mars 2020, justifiée,

dit la demande de la société à responsabilité limitée SOC 1) s.à r.l. (en faillite), en résiliation du contrat de travail d'A, fondée,

dit le contrat de travail à durée indéterminée du 26 novembre 2019, prenant effet au 1^{er} janvier 2020, conclu entre A et la société à responsabilité limitée SOC 1) s.à r.l., (en faillite), résilié, avec effet au 23 mars 2020,

décharge la société à responsabilité limitée SOC 1) s.à r.l. de la condamnation au paiement du montant de 500 euros à A, à titre d'indemnité de procédure, telle que prononcée en première instance,

déclare la demande de société à responsabilité limitée SOC 1) s.à r.l. sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile, non fondée, pour l'instance d'appel,

condamne A aux frais et dépens des deux instances.

La lecture du présent arrêt a été faite en la susdite audience publique par Monsieur le président de chambre Alain THORN, en présence du greffier Isabelle HIPPERT.