

Arrêt N° 84/19 - VIII - Travail

Exempt – appel en matière de droit du travail

Audience publique du treize juin deux mille dix-neuf

Numéro 45150 du rôle.

Composition:

Lotty PRUSSEN, président de chambre;
Monique HENTGEN, premier conseiller;
Jeanne GUILLAUME, premier conseiller;
Alain BERNARD, greffier.

Entre:

A.), demeurant à FI-(...),

appelant aux termes d'un acte de l'huissier de justice Martine LISÉ de Luxembourg du 7 juillet 2017,

comparant par Maître Jean-Marie BAULER, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

et:

1) la société anonyme SOC.1.), établie et ayant son siège social à L-(...), représentée par son conseil d'administration,

intimée aux fins du prédit acte LISÉ,

comparant par Maître Guy CASTEGNARO, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

2) l'ÉTAT DU GRAND-DUCHE DE LUXEMBOURG, représenté par le ministre d'Etat, dont les bureaux sont établis à L-1352 Luxembourg, 4, rue de la Congrégation, et pour autant que de besoin, par le ministre du travail et de l'emploi, ayant dans ses attributions le Fonds pour l'emploi, dont les bureaux sont établis à L-2763 Luxembourg, 26, rue Zithe,

intimé aux fins du prédit acte LISÉ,

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

LA COUR D'APPEL:

A.) a été au service de la société anonyme **SOC.1.)** (ci-après la société **SOC.1.)**) depuis le 26 avril 1995, en qualité de pilote (*Pilot in command*).

Suite à l'entretien préalable du 8 avril 2015, la société **SOC.1.)** lui a notifié le 14 avril 2015 son licenciement avec préavis de six mois prenant effet au 15 avril 2015 pour s'achever au 14 octobre 2015.

Suite à sa demande des motifs du 15 avril 2015, son ancien employeur les lui a fait parvenir par courrier du 19 mai 2015.

Par courrier du 31 juillet 2015, il a contesté, par l'intermédiaire de son mandataire, les motifs du licenciement.

Par requête du 28 octobre 2015, il a fait convoquer la société **SOC.1.)** devant le tribunal du travail de Luxembourg pour, principalement, voir dire son licenciement nul et de nul effet, voir ordonner sa réintégration auprès de la société **SOC.1.)** et voir condamner la société **SOC.1.)** au paiement des salaires échus depuis la fin du préavis; subsidiairement, voir déclarer son licenciement abusif et se voir dédommager des préjudices subis.

Par la même requête, **A.)** a fait convoquer l'ETAT DU GRAND-DUCHE DE LUXEMBOURG, pris en sa qualité de gestionnaire du Fonds pour l'Emploi (ci-après l'ETAT), sur base de l'article L.521-4 du Code du travail.

Par jugement du 12 mai 2017, le tribunal du travail a

- déclaré irrecevable la demande en nullité du licenciement de **A.)** pour cause d'atteinte à la vie privée, pour cause de violation de la procédure interne et pour cause de violation du principe d'égalité;
- déclaré recevable mais non fondée la demande en nullité du licenciement sur base de l'article L. 251-1 du Code du travail;
- déclaré non fondée la demande en réintégration de **A.);**
- déclaré non fondée la demande en paiement des arriérés de salaire de **A.)** pour la période allant de la fin du préavis jusqu'au mois de février 2017;
- donné acte à l'ETAT qu'il n'avait pas de revendications à formuler;
- déclaré justifié le licenciement avec préavis prononcé le 14 avril 2015 à l'encontre de **A.);**

- déclaré non fondées les demandes de **A.)** en réparation de ses préjudices matériel et moral;
- déclaré non fondée la demande de **A.)** en allocation de dommages-intérêts sur base de l'article 1134 du Code civil;
- déclaré non fondées les demandes respectives en obtention d'une indemnité de procédure;
- condamné **A.)** aux frais et dépens de l'instance.

Par exploit d'huissier du 7 juillet 2017, **A.)** a interjeté appel contre le prédit jugement.

L'appelant demande, par réformation, à voir :

- principalement, dire le licenciement du 14 avril 2015 nul et de nul effet;
- partant, ordonner son maintien, sinon sa réintégration dans ses fonctions auprès de la société **SOC.1.)**;
- condamner la société **SOC.1.)** à lui payer à titre de salaires depuis la date de fin du préavis, le 15 octobre 2015, le montant de 194.838,59 EUR, avec les intérêts légaux à partir de la demande en justice jusqu'à solde;
- condamner la société **SOC.1.)** à communiquer le relevé détaillé de tous les arrêts de maladie de tous les pilotes engagés par la société **SOC.1.)** pour la période du 1^{er} janvier 2013 au 30 avril 2015 dans les 8 jours de la notification de la décision à intervenir sous peine d'astreinte;
- condamner la société **SOC.1.)** à lui payer, sur base de l'article 1134 du Code civil à titre de dommages-intérêts pour le préjudice moral subi suite au comportement fautif de l'employeur, le montant de 25.000,- EUR avec les intérêts légaux à partir de la demande en justice jusqu'à solde;
- lui donner acte qu'il offre sa version des faits en preuve par l'audition de témoins, sinon par voie de consultation, sinon par voie d'expertise, sinon par comparution personnelle des parties ;
- à titre subsidiaire, dire le licenciement du 31 mars 2015 abusif et
- condamner la société **SOC.1.)** à lui payer à titre de dommages et intérêts pour les préjudices moral et matériel subis le montant de (150.000+14.651,81) 164.651,81 EUR, avec les intérêts légaux à partir de la demande en justice jusqu'à solde.

L'appelant demande encore à voir déclarer l'arrêt à intervenir commun à l'ETAT.

L'ETAT demande acte qu'il n'a pas de revendications à formuler et demande à se voir déclarer commun l'arrêt à intervenir.

La société **SOC.1.)** soulève la nullité, sinon l'irrecevabilité de l'acte d'appel au titre du libellé obscur pour autant qu'il concerne la demande principale de la partie appelante du chef de la violation de la procédure interne et la demande subsidiaire tendant à voir déclarer son licenciement abusif. Elle demande à voir débouter la partie appelante de l'ensemble de ses demandes. A titre subsidiaire, l'intimée formule 3 offres de preuve par l'audition de témoins relativement aux faits reprochés à l'appelant.

Quant aux remarques préliminaires

Dans son acte d'appel, l'appelant formule tout d'abord des remarques préliminaires aux fins de situer l'affaire dans un contexte plus général, en soutenant que le licenciement est intervenu sur le fond d'un important litige collectif ayant notamment trait à la sécurité, qui opposait la société **SOC.1.)** aux partenaires sociaux.

L'intimée demande à voir écarter ces remarques préliminaires en faisant valoir principalement qu'elles sont irrecevables en raison de l'effet dévolutif dès lors qu'elles n'ont pas été soulevées en première instance et, subsidiairement, pour manquer de pertinence et pour être diffamatoires, s'agissant d'affirmations vagues et fausses sans aucun lien avec le licenciement de l'appelant.

Contrairement aux développements faits par l'intimée, les remarques préliminaires ne sont pas irrecevables, dès lors qu'elles ne contiennent aucune demande nouvelle, mais font, le cas échéant, uniquement état de faits nouveaux non invoqués en première instance tendant à illustrer le contexte de l'affaire.

Pour autant que ces remarques servent de soutien aux différents moyens invoqués par l'appelant, leur caractère pertinent et véridique sera analysé ensemble avec ces moyens.

Quant à la nullité sinon l'irrecevabilité de l'acte d'appel

L'intimée soulève la nullité, sinon l'irrecevabilité de l'acte d'appel pour libellé obscur pour autant qu'il concerne la demande principale de la partie appelante du chef de la violation de la procédure interne et la demande subsidiaire tendant à voir déclarer le licenciement abusif.

L'acte d'appel doit être rédigé d'une façon claire en vue de savoir quels sont les griefs que l'appelant adresse au jugement de première instance.

En ce qui concerne la demande en nullité du licenciement pour non-respect de la procédure interne, il résulte à suffisance de l'acte d'appel que l'appelant estime que le respect de cette dernière conditionne la validité même du licenciement et il critique l'absence d'avertissement préalable de la part de l'employeur en se référant à la procédure disciplinaire particulière mise en place par ce dernier.

En ce qui concerne la demande subsidiaire, l'appelant renvoie dans son acte d'appel à ses développements contenus dans sa requête introductive d'instance concernant le caractère abusif du licenciement pour absence de précision des motifs et comme ne reposant sur aucun motif réel et sérieux, sans pour autant reprendre ces développements ni joindre la requête à son acte d'appel. Par la suite il prend uniquement position quant au reproche tiré du non-respect de ses obligations pendant son arrêt de travail pour cause de maladie.

L'article 586 du Nouveau code de procédure civile qui dispose notamment que « Les conclusions d'appel doivent formuler expressément les prétentions de la partie et les moyens sur lesquels chacune de ces prétentions est fondée » implique que la critique d'un jugement sur base d'un renvoi général aux conclusions de première instance n'est pas pertinente et ne constitue pas une motivation suffisante alors que ces conclusions ne contiennent pas de développements relatifs à la motivation de l'appel.

En effet, les éléments du procès à trancher par la juridiction du second degré sont à rechercher dans le jugement entrepris qui constitue la seule base du litige.

Si l'acte d'appel ne contient ainsi pas de critiques précises à l'encontre de tous les développements contenus dans la décision attaquée, la société **SOC.1.)** reste cependant en défaut d'établir qu'elle a subi le moindre grief de ce chef, de sorte que le moyen tiré du libellé obscur est à rejeter.

L'appel, interjeté dans les forme et délai de la loi, est dès lors recevable.

Quant à la nullité du licenciement

L'appelant demande à voir constater la nullité de son licenciement pour violation manifeste par l'employeur du droit fondamental au respect de la vie privée, pour violation par l'employeur du principe de non-discrimination en raison de l'état de santé, pour non-respect de la procédure interne prévue dans le cadre du licenciement d'un pilote et pour violation par l'employeur de l'article 10 bis de la Constitution.

L'intimée sollicite, par la voie d'un appel incident, la réformation du jugement de première instance en ce qu'il a déclaré la demande en nullité du licenciement sur base de l'article L.251-1 du Code du travail recevable. Pour le reste, elle sollicite la confirmation pure et simple du jugement.

- *Nullité du licenciement pour violation manifeste par l'employeur du droit fondamental au respect de la vie privée*

L'appelant demande d'abord à voir constater la nullité de son licenciement pour violation manifeste par l'employeur du droit fondamental au respect de la vie privée pour avoir été suivi par un détective privé, mandaté par la société **SOC.1.)**, lors d'un arrêt de travail pour cause de maladie.

Il fait valoir que, si au départ, une nullité ne pouvait exister sans texte, la jurisprudence a progressivement dégagé, à côté des nullités dites textuelles, la notion de nullité « virtuelle » destinée à sanctionner les atteintes aux libertés ou droits fondamentaux, dont le droit au respect de la vie privée.

Cette notion de « nullité virtuelle » aurait été retenue à plusieurs reprises par les juridictions luxembourgeoises (Cour d'appel 30 juin 2005, rôle n° 29039; Cour d'appel 28 octobre 2010, rôle n° 35140; Tribunal du travail 21 octobre 2016 n° 3733/2016) ainsi que par la jurisprudence française.

Le droit au respect de la vie privée serait un droit fondamental reconnu notamment par l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, l'article 7 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, l'article 12 de la Déclaration universelle des droits de l'homme, l'article 11 de la Constitution et l'article 1^{er} de la loi du 11 août 1982 concernant la protection de la vie privée.

La nullité du licenciement devrait être impérativement retenue comme consistant en une sanction dissuasive et appropriée en cas de constat d'une violation d'un droit fondamental ou d'une liberté fondamentale.

La filature organisée par l'employeur pour contrôler et surveiller l'activité du salarié durant sa maladie constituerait un moyen de preuve illicite et tous les développements et éléments de preuve produits par l'intimée ayant trait aux soi-disant manquements qui auraient été constatés durant les absences pour cause de maladie et aux doutes quant à la réalité de la maladie de l'appelant devraient être rejetés.

L'intimée demande la confirmation du jugement en ce qu'il a déclaré irrecevable la demande en annulation du licenciement pour violation de la vie privée, à défaut de texte légal ou réglementaire prévoyant la nullité demandée par l'appelant.

A titre subsidiaire, elle conteste toute atteinte à la vie privée de l'appelant et toute violation d'une liberté fondamentale.

Aucun texte légal ou réglementaire ne prévoit la nullité du licenciement en cas de violation manifeste par l'employeur du droit fondamental au respect de la vie privée.

L'article 1131 du Code civil invoqué par l'appelant, aux termes duquel « L'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet », figure au chapitre des conditions essentielles pour la validité des conventions et ne saurait manifestement pas servir de base légale à une demande en nullité d'un licenciement.

A admettre qu'une nullité du licenciement pour violation des droits fondamentaux ou d'une liberté fondamentale puisse néanmoins être prononcée, force est cependant de constater que les moyens invoqués par l'appelant, tirés de la violation des droits fondamentaux en raison de la filature par un détective

pendant le congé de maladie du salarié, ne sauraient avoir comme conséquence la nullité du licenciement, mais seraient de nature à entraîner, le cas échéant, le rejet du motif reposant sur ce moyen de preuve.

- *Nullité du licenciement pour violation du principe de non-discrimination en raison de l'état de santé*

La société **SOC.1.)** interjette appel incident et conclut à l'irrecevabilité de la demande en nullité pour violation du principe de non-discrimination en raison de l'état de santé pour ne pas avoir été introduite dans les délais et devant la juridiction compétente, conformément à l'article L.253-1 du Code du travail.

L'appelant fait valoir que le reproche principal à la base du licenciement est celui tiré de l'incapacité de travail pour cause de maladie et, par conséquent, son état de santé. Il reproche aux premiers juges d'avoir retenu que l'article L.251-1 du Code du travail ne prévoit pas l'état de santé comme motif discriminatoire et d'avoir décidé qu'il appartenait au salarié d'apporter la preuve que ses maladies s'assimilent à un handicap, ce qui méconnaîtrait la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne dans son arrêt du 11 avril 2013 (n° C-335/11 et C-337/11) et ainsi le droit de l'Union en matière de non-discrimination.

L'intimée relève que l'état de santé d'une personne n'est pas un motif de discrimination visé par l'article L.251-1 (1) du Code du travail, que par ailleurs les incapacités de travail répétées de l'appelant ne constituent pas une maladie assimilable à un handicap alors que l'interprétation qu'il donne à l'arrêt précité de la CJUE serait erronée, que le salarié n'a pas été licencié en raison de son état de santé, mais en raison du trouble que ses absences prolongées et répétées ont causé au bon fonctionnement de la société employeuse et qu'il n'a été victime ni d'une discrimination directe, ni d'une discrimination indirecte.

C'est à bon droit et pour des motifs que la Cour fait intégralement siens que la juridiction de première instance a déclaré l'action en nullité recevable au regard de l'article L.253-1 du Code du travail lu en combinaison avec les articles L.124-11 et L.124-12 du même code.

Les juges de première instance ont encore retenu à juste titre qu'il appartient au salarié d'établir qu'il a fait l'objet d'un licenciement en raison d'un des faits mentionnés à l'article L.251-1 du Code du travail.

L'article L. 251-1. dispose que :

« (1) Toute discrimination directe ou indirecte fondée sur la religion ou les convictions, l'handicap, l'âge, l'orientation sexuelle, l'appartenance ou non appartenance, vraie ou supposée, à une race ou ethnique est interdite.

(2) Aux fins du paragraphe (1):

a) une discrimination directe se produit lorsqu'une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne le serait dans une situation comparable, sur la base de l'un des motifs visés au paragraphe (1);

b) une discrimination indirecte se produit lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre est susceptible d'entraîner un désavantage

particulier pour des personnes d'une religion ou de convictions, d'un handicap, d'un âge ou d'une orientation sexuelle, de l'appartenance ou la non appartenance, vraie ou supposée, à une race ou ethnies données, par rapport à d'autres personnes, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un objectif légitime et que les moyens de réaliser cet objectif soient appropriés et nécessaires.

(...) »

L'article précité ne prévoit dès lors pas l'état de santé comme motif de discrimination, mais vise expressément un handicap.

Selon la Cour de justice de l'Union européenne (arrêt du 11 avril 2013 dans les affaires jointes C-335/11 et C-337/11,) « La notion de «handicap» visée par la directive 2000/78/CE du Conseil, du 27 novembre 2000, portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, doit être interprétée en ce sens qu'elle inclut un état pathologique causé par une maladie médicalement constatée comme curable ou incurable dès lors que cette maladie entraîne une limitation, résultant notamment d'atteintes physiques, mentales ou psychiques, dont l'interaction avec diverses barrières peut faire obstacle à la pleine et effective participation de la personne concernée à la vie professionnelle sur la base de l'égalité avec les autres travailleurs, et que cette limitation est de longue durée. La nature des mesures que doit prendre l'employeur n'est pas déterminante pour considérer que l'état de santé d'une personne relève de cette notion. »

Contrairement à ce que fait plaider l'appelant, son état de santé n'est pas assimilable à un handicap au sens du précité arrêt, dès lors qu'il s'agit de différentes maladies répétées de courte durée.

Les premiers juges ont encore retenu à juste titre que le licenciement est intervenu en raison de la perturbation de l'entreprise suite aux absences répétées et prolongées du salarié et non pas en raison de son état de santé, de sorte que ledit motif de licenciement n'est pas constitutif d'une discrimination directe ou indirecte.

Finalement, les premiers juges ont relevé à bon droit que l'employeur, qui mettait en doute la véracité de l'incapacité de travail de l'appelant, a entendu sanctionner le salarié, non pas en raison de son état de santé, mais en raison de son manque de loyauté.

- *Nullité du licenciement pour violation de l'article 10 bis de la Constitution*

L'appelant renvoie à ses développements concernant la recevabilité de la demande en nullité pour violation d'un droit fondamental. Il soutient que l'intimée a appliqué un traitement inégalitaire en matière de licenciement de salariés pour absentéisme au travail, alors qu'il existerait des pilotes dans une situation tout à fait comparable à l'égard desquels aucune mesure disciplinaire n'aurait été prise. Si le traitement inégalitaire devait être contesté, il demande formellement la communication de tous les arrêts de maladie de chaque pilote travaillant pour compte de la société **SOC.1.**) pendant la période du 1^{er} janvier 2013 au 30 avril

2015 aux fins d'apprécier et vérifier le traitement égalitaire ou non des salariés placés dans une situation comparable à la sienne.

L'intimée demande principalement la confirmation du jugement en ce qu'il a déclaré cette demande en nullité irrecevable en raison de l'absence de texte légal ou réglementaire. A titre subsidiaire, elle donne à considérer qu'une décision de licenciement d'un employeur, n'étant pas assimilable à une loi, ne saurait faire l'objet d'un contrôle de conformité à l'article 10bis de la Constitution. En outre, le salarié ne prouverait pas avoir subi un traitement discriminatoire par rapport à d'autres pilotes se trouvant dans une situation comparable. L'intimée s'oppose à la production de toute forme de documents contenant des données médicales des salariés au motif qu'il s'agit de documents contenant des données strictement confidentielles qui ne sauraient être divulguées à des tiers sans le consentement exprès des salariés concernés et que la communication de ces documents manquerait de pertinence.

Aux termes de l'article 10bis de la Constitution « *Les Luxembourgeois sont égaux devant la loi.* »

Dans la mesure où l'appelant invoque un traitement inégalitaire en matière de licenciement de salariés pour absentéisme au travail, et non pas une inégalité de traitement résultant d'un texte légal, son moyen ne relève pas du principe de l'égalité des citoyens devant la loi.

Son action en nullité pour violation de l'article 10bis de la Constitution ne saurait dès lors aboutir et il n'y a pas lieu de faire droit à sa demande en injonction de communication des relevés de maladie de tous les pilotes travaillant pour compte de la société **SOC.1.)** pendant la période du 1er janvier 2013 au 30 avril 2015.

- *Nullité du licenciement pour non-respect de la procédure interne prévue dans le cadre du licenciement d'un pilote*

L'appelant soutient que le respect de la procédure disciplinaire interne conditionne la validité même du licenciement. Il fait état de l'absence d'avertissement préalable de la part de l'employeur en se référant à la procédure disciplinaire particulière mise en place par ce dernier en son sein.

L'intimée, qui explique en détail la procédure suivie, affirme avoir respecté les procédures internes en vigueur, tant la procédure disciplinaire et le Code éthique que la « *Just Culture Policy* ». Elle souligne qu'en tout état de cause aucune nullité n'est prévue en cas de violation de celles-ci.

C'est à juste titre que le tribunal du travail a déclaré cette demande en nullité irrecevable, en l'absence de texte légal ou réglementaire prévoyant le recours en annulation du licenciement du chef de violation de la procédure interne de licenciement et en l'absence de sanction prévue en cas de non-respect des procédures internes de la société **SOC.1.)**.

Au vu de ce qui précède, le jugement est encore à confirmer en ce qu'il a rejeté la demande de **A.)** en réintégration auprès de la société **SOC.1.)** de même que

sa demande en paiement d'arriérés de salaires pour la période de la fin du préavis jusqu'à la date de sa réintégration effective.

Quant à la régularité du licenciement

A titre subsidiaire, l'appelant demande à voir déclarer abusif son licenciement comme reposant sur des motifs illicites et contraires à la loi, sinon pour absence de précision des motifs, sinon comme étant dépourvu de caractère réel et sérieux.

- *Quant au caractère abusif du licenciement pour reposer sur un motif illicite, contraire à la loi*

L'appelant reprend les moyens développés dans le cadre de la nullité du licenciement pour en établir le caractère abusif.

Il fait valoir que les motifs sur lesquels est fondé le licenciement trouvent leur origine dans un procédé déloyal et illégal, à savoir la violation du droit fondamental au respect de la vie privée par l'employeur par le recours à un détective privé, et doivent être écartés des débats. Le licenciement serait encore abusif comme étant contraire à la loi et notamment aux principes de non-discrimination prévu à l'article L.251-1 du Code du travail et d'égalité de traitement prévu à l'article 10 bis de la Constitution.

L'intimée conteste toute illicéité ou inégalité de traitement et renvoie à cet égard aux développements faits dans le cadre de la nullité du licenciement.

Dans la mesure où, tel que le relève à bon droit l'intimée, les motifs à la base du licenciement ne reposent pas exclusivement sur les observations des détectives, le licenciement ne deviendrait en tout état de cause pas abusif du seul fait que le motif tiré du non-respect des obligations par l'appelant pendant son arrêt de travail pour cause de maladie devrait, le cas échéant, être écarté.

La Cour renvoie pour le surplus aux développements ci-dessus dans le cadre de la demande en nullité, dont il découle que les autres arguments de l'appelant sont également à rejeter.

- *Quant au caractère abusif du licenciement pour absence de précision des motifs et absence de motif réel et sérieux*

L'appelant souligne la gestion malsaine du personnel par l'intimée et sa stratégie de statuer des exemples pour éviter les absences pour cause de maladie de ses pilotes. Il estime que le licenciement prononcé à son encontre est une mesure manifestement excessive et injustifiée.

- Précision des motifs

La Cour retient, par adoption des motifs des premiers juges, que la lettre de motivation répond aux critères de précision définis par la loi et la jurisprudence.

- Caractère réel et sérieux des motifs

L'appelant conteste tous les motifs lui reprochés par l'employeur.

Quant au reproche tiré du non-respect de ses obligations pendant sa maladie, l'appelant soutient que les faits concernant le mois d'avril 2010 sont faux et trop anciens pour pouvoir être invoqués à la base d'un licenciement d'un salarié ayant 20 ans d'ancienneté.

Il fait valoir que la société **SOC.1.)** n'apporterait pas la moindre preuve d'un manquement de la part de l'appelant à son obligation de loyauté, ne faisant état et ne justifiant ni d'un comportement fautif à son égard, ni de l'existence d'un préjudice dans son chef.

En lui reprochant une violation de son obligation de loyauté la société **SOC.1.)** confondrait les obligations du salarié à l'égard de l'employeur avec celle à l'égard de la Sécurité sociale. Les manquements du salarié tenant aux heures de sortie autorisées de la CNS ne sauraient justifier son licenciement.

L'appelant fait valoir que les exemples cités pour tenter d'étayer une déloyauté dont il aurait fait preuve vis-à-vis de son employeur en ne respectant pas ses obligations à l'égard de la CNS (sorties ou activités non autorisées ou incompatibles avec la maladie) sont le fruit d'investigations d'un détective privé que l'employeur a mandaté pour espionner et suivre l'appelant et sa famille.

Il fait valoir que la filature par un détective privé organisée par l'employeur constitue un moyen de preuve illicite et ne saurait être légitimé par le fait que l'appelant réside à l'étranger. Par ailleurs, les déclarations du détective ne sauraient remettre en cause les certificats médicaux d'incapacité de travail.

L'appelant demande le rejet des attestations testimoniales établies par les détectives, ainsi que par les témoins **B.)** et **C.)** et le rejet des offres de preuve formulées par l'intimée.

L'intimée soutient que la violation de son obligation de loyauté par l'appelant est suffisamment prouvée, notamment par le biais d'attestations testimoniales rédigées par les détectives révélant la pratique par l'appelant d'activités incompatibles avec une incapacité de travail (telles que sorties dans des restaurants, bars et magasins d'alcool et consommation excessive d'alcool). Les preuves seraient légales dans la mesure où aucune violation de la vie privée n'aurait été commise, dès lors que les observations ont été faites sur la voie publique et n'ont concerné que l'appelant à l'exclusion de sa famille et qu'elles se sont révélées nécessaires pour protéger le climat social au sein de la société et les intérêts économiques de la société. L'intimée donne encore à considérer que l'appelant ne conteste pas la réalité du contenu du rapport des détectives privés.

La violation de l'obligation de loyauté serait de même prouvée du fait de la coïncidence des incapacités de travail avec la fin ou le début des périodes de repos et de la violation des dispositions de son contrat de travail, notamment les

règles relatives au domicile ainsi que les dispositions relatives au temps de repos avant chaque service.

Le licenciement serait encore justifié sur base de l'absentéisme habituel caractérisé de l'appelant perturbant le bon fonctionnement de la société employeuse.

- Motif tiré de l'absentéisme habituel de l'appelant pour cause de maladie

L'employeur fait état de 290 jours d'absence pour cause de maladie de **A.)** pour la période allant du 23 mars 2012 au 23 mars 2015, dont 118 jours au cours de la dernière année.

Pour étayer son reproche, la société **SOC.1.)** verse en cause une attestation testimoniale établie par **C.)**.

L'appelant demande le rejet de cette attestation au motif que le témoin attestateur est à l'origine du licenciement et a participé à toutes les étapes de la procédure du licenciement, étant signataire de la lettre de motivation du licenciement.

Aux termes de l'article 405 du Nouveau code de procédure civile, chacun peut être entendu comme témoin. Suite à l'abolition du système du reproche du témoin, seules peuvent être écartées les personnes ayant la qualité de partie au procès.

Il ne résulte d'aucun élément du dossier que **C.)**, qui occupait la fonction de « Vice-President Flight Operations » lors de la procédure de licenciement, ait été ou soit membre du conseil d'administration ou du comité exécutif de la société **SOC.1.)**.

En l'absence d'éléments objectifs du dossier établissant un manque d'objectivité et d'impartialité, ni le lien de subordination entre le témoin et la partie **SOC.1.)**, ni le simple fait d'avoir assisté à l'entretien préalable et d'avoir signé la lettre de licenciement ne sauraient rendre suspectes les déclarations faites dans l'attestation testimoniale qui remplit les formalités prévues à l'article 402 du Nouveau code de procédure civile, de sorte qu'il y a lieu d'en tenir compte.

L'absentéisme habituel pour raison de santé, caractérisé par des périodes longues ou nombreuses et répétées, peut être une cause sérieuse de rupture du contrat de travail, lorsqu'il apporte une gêne indiscutable au fonctionnement de l'entreprise et que, au vu de ces absences, l'employeur a de justes raisons d'admettre qu'il ne peut plus compter désormais sur la collaboration régulière et efficace de son salarié.

Il résulte des pièces versées en cause que l'appelant a été absent pour cause de maladie

du 1er juin au 10 juin 2012,
du 28 août 2012 au 4 septembre 2012,
du 5 septembre 2012 au 10 septembre 2012,

du 11 septembre 2012 au 19 septembre 2012,
du 2 octobre 2012 au 7 octobre 2012,
du 8 octobre 2012 au 14 octobre 2012,
du 13 décembre 2012 au 18 décembre 2012,
du 26 janvier 2013 au 29 janvier 2013,
du 30 janvier 2013 au 3 février 2013,
du 4 février 2013 au 6 février 2013,
du 1er novembre 2013 au 10 novembre 2013,
du 14 décembre 2013 au 27 décembre 2013,
du 27 décembre 2013 au 6 janvier 2014,
du 4 janvier 2014 au 19 janvier 2014,
du 20 janvier 2014 au 9 février 2014,
du 10 février 2014 au 13 avril 2014,
du 14 avril 2014 au 30 avril 2014,
du 1er mai 2014 au 31 mai 2014,
du 1er juin 2014 au 22 juin 2014,
du 31 octobre 2014 au 2 novembre 2014,
du 9 février 2015 au 12 février 2015,
du 5 mars 2015 au 16 mars 2015,
du 17 mars 2015 au 22 mars 2015,

sur base de 23 certificats médicaux, de durée plus ou moins importante.

La Cour retient d'abord, à l'instar du tribunal du travail, que la période de référence retenue par l'intimée n'est pas trop longue, ce d'autant plus que les pilotes sont soumis à des conditions strictes relatives à leur état de santé.

L'appelant ne fournit pas d'éléments permettant d'écarter l'une ou l'autre de ses absences dans la prise en compte de l'appréciation du taux d'absentéisme.

S'il est admis que l'appelant a été absent de façon continue durant la période allant du 14 décembre 2013 au 22 juin 2014 suite à une blessure à l'épaule et une opération consécutive, il y a lieu de noter que pendant cette absence continue de 6 mois, il a fait parvenir à son employeur 7 certificats de prolongation de durée variable. Il ne résulte pas des éléments soumis à l'appréciation de la Cour que durant cet arrêt de travail prolongé, l'appelant ait pris le soin d'informer son employeur de l'évolution de sa maladie et de la date probable de son retour.

La Cour constate encore que, tant avant qu'après cet arrêt de maladie continu de 6 mois, l'appelant cumulait de fréquentes absences.

Selon les explications fournies par la société **SOC.1.)** concernant l'organisation du travail des pilotes (répartition entre temps de travail, off-days et rest-days) et la nécessité de respecter des périodes de repos, étayées par l'attestation testimoniale de **C.)** et non contestées par le salarié, un pilote **SOC.1.)** travaille en moyenne 186 jours par an.

Il résulte des calendriers des équipages (« crew schedules ») versés par l'intimée que les fréquentes absences du salarié coïncidaient largement avec les dates auxquelles des vols ou des cours de formation avaient été programmés pour lui.

Face aux contestations de **A.)** que ses absences aient apporté une gêne au bon fonctionnement du service, estimant que le système « standby » des pilotes n'a pas fonctionné de façon efficace, la société **SOC.1.)** fournit à nouveau en appel des explications détaillées sur l'organisation de travail des pilotes. A chaque arrêt de maladie de l'appelant, les plannings de travail établis 14 jours à l'avance devaient être modifiés par les services en charge. Lorsque l'appelant était assigné à une mission, cette mission devait être réaffectée dans les plus brefs délais à un autre pilote en tenant compte de plusieurs éléments, dont la proximité du pilote du départ du vol et sa disponibilité pour la totalité du voyage assigné à ce pilote au regard de la législation sur le temps de travail.

Il y a lieu d'ajouter que l'incapacité de travail était généralement de courte durée et a souvent été prolongée.

La société **SOC.1.)** expose de manière très détaillée, pièces à l'appui, comment l'organisation du service a été perturbée en raison des différentes absences de **A.)**.

Il découle de ces pièces ainsi que de l'attestation testimoniale de **C.)** que le taux élevé de jours indisponibles en raison des arrêts de maladie, qui se situaient souvent à cheval entre des périodes de repos d'un ou de plusieurs jours, c'est-à-dire à un moment où l'employeur était en principe en droit de s'attendre à la reprise de son travail par le salarié, ont entraîné de nombreux changements de tableau de service et des heures supplémentaires pour les collègues de **A.)**, engendrant des coûts financiers supplémentaires pour l'employeur.

Les nombreux exemples cités par l'employeur dans sa lettre de motivation sont étayés à suffisance par les pièces versées en cause et ne font pas l'objet de contestations de la part de l'appelant.

Il résulte encore de l'attestation testimoniale de **C.)** que ces changements de planning ont eu des incidences sur d'autres équipes de travail (*Dispatch, Operation Flight et Ground Operations*).

En ce qui concerne les critiques de l'appelant au sujet de l'insuffisance du système stand-by de la société **SOC.1.)**, la Cour fait sienne la motivation exhaustive des premiers juges pour retenir que, s'il appartient à l'employeur de mettre en place le système stand-by qui correspond à ses besoins, la finalité d'un mécanisme d'appoint tel le stand-by n'est cependant pas de pouvoir durablement au remplacement d'un seul pilote accumulant les absences de courte durée.

Il s'y ajoute que chaque arrêt de maladie de l'appelant a entraîné une désorganisation en cascade, dès lors que suite au remplacement de l'appelant par d'autres pilotes, des adaptations des horaires et journées de travail, de repos et de stand-by, ainsi que des modifications des listes des participants aux cours de formation ont été inévitables, engendrant un travail considérable pour la « Crew Control ».

Les absences fréquentes et à durée variable de l'appelant et les nombreuses prolongations de courte durée des certificats de maladie ont ainsi apporté une gêne indiscutable au bon fonctionnement du service et la fréquence des absences était telle qu'elle ne permettait plus à l'employeur de compter sur une collaboration régulière et efficace de son salarié pour les nécessités du fonctionnement du service, dès lors qu'il devait à chaque certificat médical lui remis prévoir son remplacement, de sorte qu'elles constituent une gêne intolérable pour l'entreprise, ainsi qu'une cause sérieuse de licenciement avec préavis, même d'un salarié bénéficiant d'une ancienneté de service relativement longue.

Il s'y ajoute que, selon le témoin **C.**, l'appelant s'est déclaré à deux reprises (14 décembre 2013 et 9 février 2015) malade par téléphone 12 heures avant le début de son service et qu'il a produit, par la suite, un certificat médical délivré en Finlande.

Compte tenu de la durée de trajet entre la Finlande et le Luxembourg, l'appelant n'aurait pas pu commencer son service en respectant les règles relatives notamment au temps de repos obligatoire avant le service de vol.

L'absentéisme habituel pris ensemble le prédit comportement désinvolte de l'appelant, est suffisamment grave pour justifier son licenciement avec préavis.

Il devient dès lors oiseux d'examiner encore l'incidence des reproches relatifs aux activités du salarié pendant son arrêt de maladie et de se prononcer sur le caractère légal ou non des observations des détectives privés en tant que preuves.

Il suit de tout ce qui précède qu'il y a lieu à confirmation du jugement en ce que le licenciement avec préavis a été déclaré régulier et que les demandes en indemnisation de préjudices matériel et moral ont été rejetées.

Quant à la responsabilité de l'employeur

L'appelant estime que la responsabilité de l'employeur est engagée sur base de l'article 1134 du Code civil pour avoir sciemment utilisé un procédé clandestin, déloyal et illicite de surveillance portant gravement atteinte à la vie privée de l'appelant. Ces agissements inacceptables constitueraient des manquements graves de l'employeur à ses obligations contractuelles. La seule constatation de l'atteinte à la vie privée ouvrirait droit à réparation au bénéfice de son titulaire. Il demande de ce chef des dommages et intérêts de 25.000,- EUR pour préjudice moral.

L'intimée conclut à la confirmation du jugement en ce qu'il a rejeté cette demande. Elle conteste toute infraction à une loi quelconque et tout comportement fautif de sa part.

Sans qu'il soit nécessaire de se prononcer sur l'admissibilité du recours à un détective privé, la Cour constate que l'appelant reste en défaut d'établir que la filature pendant une courte période par un détective sur la voie publique ait porté

une atteinte à sa vie privée de nature à engendrer un préjudice dans son chef, de sorte que sa demande en dommages et intérêts est à rejeter.

Quant à la mise en intervention de l'ETAT

La société **SOC.1.)** s'oppose à voir déclarer l'arrêt à intervenir commun à l'Etat, en l'absence d'indemnités de chômage versées par l'Etat.

S'il est vrai que l'ETAT n'a pas payé d'indemnités de chômage à l'appelant et n'a pas de revendications à faire dans le cadre du présent litige, la société **SOC.1.)** ne justifie cependant pas pourquoi elle s'oppose à lui voir déclarer l'arrêt commun et en quoi la déclaration d'arrêt commun lui serait préjudiciable, ce d'autant plus que l'ETAT lui-même, qui était également mis en intervention en première instance, demande à se voir déclarer l'arrêt commun.

Il y a dès lors lieu de déclarer le présent arrêt commun à l'ETAT.

Quant aux indemnités de procédure

A.) demande une indemnité de procédure de 1.250,- EUR pour la première instance et de 3.500,- EUR pour l'instance d'appel.

Eu égard à l'issue du litige, le jugement est à confirmer en ce qu'il a débouté **A.)** de sa demande basée sur l'article 240 du Nouveau code de procédure civile et il n'y a pas non plus lieu de lui allouer une indemnité de procédure pour l'instance d'appel.

La société **SOC.1.)** demande, par appel incident, à se voir allouer une indemnité de procédure de 2.000,- EUR pour la première instance et elle sollicite une indemnité de procédure de 3.000,- EUR pour l'instance d'appel.

La société **SOC.1.)** restant en défaut d'établir qu'il serait inéquitable de laisser à sa charge l'intégralité des frais non compris dans les dépens, le jugement est à confirmer en ce qu'il l'a déboutée de sa demande en obtention d'une indemnité de procédure pour la première instance et il n'y a pas non plus lieu de lui allouer une indemnité de procédure pour l'instance d'appel.

PAR CES MOTIFS:

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

reçoit les appels principal et incident en la forme,

les dit non fondés,

confirme le jugement entrepris,

dit non fondées les demandes respectives des parties basées sur l'article 240 du Nouveau code de procédure civile,

déclare l'arrêt commun à l'ETAT DU GRAND-DUCHE DE LUXEMBOURG, pris en sa qualité de gestionnaire du Fonds pour l'Emploi,

condamne **A.)** aux frais et dépens de l'instance d'appel et en ordonne la distraction au profit de Maîtres Guy CASTEGNARO et Georges PIERRET, sur leurs affirmations de droit.

La lecture de cet arrêt a été faite à l'audience publique indiquée ci-dessus par Lotty PRUSSEN, président de chambre, en présence du greffier Alain BERNARD.