



INFOS JURIDIQUES

Flash sur le Droit social

NEWSLETTER

N° 7/2018 27 juillet 2018

1. Absence pour cause de maladie du salarié : le fait de ne pas respecter les dispositions de l'article L.121-6 (1) et (2) ne constitue pas toujours, à lui seul, une faute grave justifiant un licenciement immédiat. p.1

2. Congés : une clause contractuelle prévoyant qu'en cas de résiliation du contrat de travail, le congé non encore pris du salarié est imputé sur la dispense de travail que l'employeur peut lui accorder pendant le délai de préavis est nulle. p.3

3. Reclassement : la condition d'ancienneté de 3 ans est remplie lorsque la salariée a travaillé de manière continue au même poste de travail depuis 2007 pour des employeurs successifs, constitués certes sous forme de sociétés distinctes relevant de législations différentes, mais avec à chaque fois une dénomination sociale identique, et avec prise en compte, en termes d'ancienneté de service, du travail accompli depuis 2007. p.5

4. Contrat de travail : en principe, il appartient à celui qui invoque l'existence d'un contrat de travail d'en rapporter la preuve. Cependant, dans l'hypothèse d'un contrat de travail apparent, il incombe à celui qui conteste l'existence d'un lien de subordination d'établir le caractère fictif du contrat. p.6

5. DROIT EUROPÉEN : le fait pour une autorité publique - employeur d'ouvrir le contenu d'un dossier intitulé « rires » enregistré sur un disque dur dénommé « D:données personnelles » sur l'ordinateur professionnel d'un salarié ne constitue pas une violation de son droit au respect de la vie privée. p.8

- 1. Absence pour cause de maladie du salarié : le fait de ne pas respecter les dispositions de l'article L.121-6 (1) et (2)¹ ne constitue pas toujours, à lui seul, une faute grave justifiant un licenciement immédiat. Il convient d'analyser les circonstances dans lesquelles cette omission a eu lieu pour en apprécier le degré de gravité.**

Arrêt de la Cour d'appel du 14 juin 2018, n°43964 du rôle

Faits

Par requête du 28 juillet 2015, la salariée A a fait convoquer son ancien employeur, la société B, devant le Tribunal du travail de Luxembourg pour le voir condamner à lui payer, suite à son licenciement avec préavis intervenu à la date du 19 mai 2014 qu'elle qualifie d'abusif, des dommages et intérêts.

Par jugement du 4 mars 2016, le Tribunal du travail a déclaré justifié le licenciement avec préavis du 19 mai 2014 et débouté la salariée A de toutes ses demandes.

Pour le Tribunal du travail, l'absence non excusée de huit jours de la salariée constituait une cause réelle et sérieuse du licenciement intervenu et il aurait appartenu à la salariée d'avertir l'employeur de son incapacité de travail le

premier jour de la prolongation de sa maladie, soit le 5 mai 2014, et de faire en sorte que l'employeur soit en possession du certificat médical afférent dans le délai requis par l'article L.121-6 du Code du travail, soit le 7 mai 2014 avant 0.00 heures, ce d'autant plus que la rigueur au travail de la salariée avait, dans le passé, laissé à désirer, tel que cela résultait des manquements professionnels non contestés décrits dans les courriers d'avertissement.

Le tribunal a en outre relevé que la perturbation de l'entreprise est en principe inhérente à toute absence injustifiée, surtout si elle est prolongée.

La salariée A a par la suite relevé appel du jugement du 4 mars 2016 et elle demande à la Cour d'appel de déclarer abusif son licenciement avec préavis.

1) Art. L. 121-6. du Code du travail

(1) Le salarié incapable de travailler pour cause de maladie ou d'accident est obligé, le jour même de l'empêchement, d'en avvertir personnellement ou par personne interposée l'employeur ou le représentant de celui-ci. L'avertissement visé à l'alinéa qui précède peut être effectué oralement ou par écrit.

(2) Le troisième jour de son absence au plus tard, le salarié est obligé de soumettre à l'employeur un certificat médical attestant son incapacité de travail et sa durée prévisible.

[...]



La présente publication constitue un résumé d'un certain nombre de décisions de justice qui, d'un point de vue formel, ont été simplifiées et vulgarisées de sorte qu'en cas de divergences d'interprétation, seul le texte original fait foi.

Devant la Cour d'appel

La salariée A fait valoir qu'elle a fait poster le certificat médical à la date du 6 mai 2014 et le cachet de la poste ne renseignerait pas ce dépôt mais la date de l'envoi. En outre, les précédents certificats médicaux auraient également été envoyés avec retard ce qui aurait été toléré par l'employeur, qui n'aurait pas appliqué à la lettre l'article L.121-6 du Code du travail ni l'article 7.11 de la convention collective de travail. Cette tolérance devrait être admise en faveur du salarié et ôterait le caractère sérieux du motif de licenciement.

Selon A, l'employeur ne conteste pas avoir été informé par téléphone de la prolongation de sa maladie, la preuve de ce qu'elle a informé son employeur de la durée de la prolongation de sa maladie, résulterait de la durée de 2 minutes de l'appel en question.

Il serait de jurisprudence constante que le seul retard dans l'envoi du certificat médical ne constituerait pas un motif sérieux de licenciement et au vu du fait qu'il s'agissait d'une prolongation d'incapacité de travail, l'employeur n'aurait pas été pris au dépourvu. La société B n'aurait, par ailleurs, pas justifié une quelconque perturbation dans l'organisation de ses services.

Enfin, les références à des avertissements et un comportement nonchalant de la salariée évoquées lors d'un entretien d'évaluation n'auraient pas été annexées à la lettre de motifs, seraient trop vagues pour que lesdits avertissements puissent être pris en considération et les faits relatifs aux avertissements n'auraient pas concerné des absences pour raison de santé.

Selon la société B, les motifs du licenciement avec préavis donnés dans la lettre de réponse à la demande des motifs du licenciement répondraient au caractère de précision exigé par la loi et ils seraient également réels et sérieux.

La salariée A aurait envoyé le certificat médical relatif au prolongement de sa maladie avec un retard de huit jours, ce qui constituerait une faute de nature à justifier, au regard de la jurisprudence en la matière, un licenciement avec préavis. Le retard en question résulterait à suffisance du tampon postal de l'envoi

du certificat, ainsi que de la réception du certificat médical par la CNS.

L'absence injustifiée de 8 jours aurait également constitué une perturbation pour le bon fonctionnement de l'entreprise en ce qu'une perturbation serait inhérente à une telle absence. En l'espèce, le service « *Accueil et caisse* » concerné par l'absence de la salariée aurait été désorganisé en raison également de l'ignorance quant à la durée de l'absence de la salariée. L'employeur maintient à cet égard son affirmation, selon laquelle A aurait omis, lors de l'information téléphonique du 5 mai 2014, d'indiquer la durée de la prolongation de sa maladie.

Pour l'employeur, c'est à juste titre que les juges de 1^{ère} instance auraient retenu la prise en considération des antécédents professionnels de la salariée et notamment des avertissements émis et reconnus par A, qui renforceraient la faute commise par la salariée en ce qu'elle n'aurait pas adapté son comportement pour tenir compte des griefs de manque de rigueur soulevés à son encontre. Contrairement à l'affirmation de la salariée, les avertissements et les appréciations émises lors de l'évaluation de la salariée démontreraient l'absence de tolérance par l'employeur en matière de règles applicables en matière de droit du travail et partant des règles inscrites à l'article L.121-6 du Code du travail et de la convention collective en matière d'incapacité de travail.

La décision de la Cour d'appel

La Cour d'appel constate d'abord que par courrier recommandé du 19 mai 2014, la salariée A s'est vu notifier son licenciement avec préavis prenant cours le 1^{er} juin 2014 pour s'achever le 30 novembre 2014 et que, suite à sa demande des motifs, la salariée s'est vu communiquer les motifs à la base de son licenciement par courrier du 16 juin 2014 et qui consistent dans le grief tiré d'une absence injustifiée de A du 5 mai au 13 mai 2014, ensemble avec trois avertissements dont il est fait état dans la lettre de licenciement.

La Cour adopte la motivation du Tribunal du travail qui a retenu que les motifs du licenciement avec préavis répondent aux critères de précision exigés par l'article L.124-5 (2) du Code du travail dès lors

qu'ils ont été fournis avec une précision telle que leur énoncé en révèle la nature et la portée exacte et permette au salarié d'en rapporter la fausseté et au juge d'apprécier si le congédiement est intervenu pour des motifs valables, ou pour des motifs illégitimes ou s'il constitue un acte économiquement et socialement anormal.

Selon l'article L.121-6 (1) et (2) du Code du travail, le salarié incapable de travailler pour cause de maladie ou d'accident est obligé, le jour même de l'empêchement, d'en avertir personnellement ou par personne interposée l'employeur ou le représentant de celui-ci. Le troisième jour de son absence au plus tard, le salarié est obligé de soumettre à l'employeur un certificat médical attestant son incapacité de travail et sa durée prévisible.

En l'espèce, la salariée A a informé son employeur à la date du 5 mai 2014 de la prolongation de son état de maladie et elle soutient avoir fait poster par son époux le certificat médical établi le 5 mai 2014 à la date du 6 mai 2014.

Il appartient au salarié qui conteste la régularité du licenciement au regard de l'article L.121-6. (3) du Code du travail de prouver que l'employeur a procédé au licenciement malgré le fait d'avoir été informé de l'incapacité de travail dans les conditions prescrites par les paragraphes (1) et (2) dudit article.

Selon le tampon figurant sur l'enveloppe adressée à la société B, le courrier a été posté en France à la date du 9 mai 2014. La salariée A ne conteste d'ailleurs pas que le certificat médical n'a pas été soumis à l'employeur endéans le délai de trois jours tel que prescrit par l'article L.121-6 (2) du Code du travail.

Au vu de cet aveu et au regard du texte formel de l'article L.121-6 (2) du Code du travail, tant l'attestation testimoniale versée en cause que l'offre de preuve tendant à établir que le témoin C a posté le certificat d'arrêt de travail à la date du 6 mai 2014, sont dépourvus de pertinence et sont partant à rejeter.

Il s'en suit que la salariée A n'a pas respecté la condition du paragraphe (2) de l'article L.121-6 du Code du travail, à savoir soumettre à l'employeur un certificat médical attestant son incapacité de

travail et sa durée prévisible au plus tard le troisième jour de son absence.

Selon la Cour, le fait de ne pas respecter les dispositions de l'article L.121-6 (1) et (2) ne constitue pas toujours, à lui seul, une faute grave justifiant un licenciement immédiat. Il convient d'analyser les circonstances dans lesquelles cette omission a eu lieu pour en apprécier le degré de gravité.

En l'espèce, ce n'est que le 13 mai 2014 que l'employeur a eu connaissance du certificat médical attestant la maladie de A du 5 mai au 1^{er} juin 2014. L'affirmation de la salariée selon laquelle elle aurait informé l'employeur de la durée de sa maladie lors de l'information par téléphone donnée à la date du 5 mai 2014,

contestée par l'employeur, est restée à l'état de pure allégation.

Or, même si, dans le passé, la société B a admis un léger retard dans la fourniture du certificat médical par la salariée, le fait de laisser l'employeur dans l'ignorance des raisons de son absence et de la durée de huit jours d'absence non justifiée, constitue dans le chef de A une faute de nature à justifier un licenciement avec préavis eu égard également aux avertissements et au compte-rendu, qui avaient été adressés à la salariée au cours des années 2012 et 2013 et qui avaient souligné certaines négligences de la salariée dans l'exécution de son travail, même si ces avertissements ne concernaient pas les obligations de la salariée en matière de congé de maladie.

La finalité des paragraphes 1 et 2 de l'article L.121-6 sont notamment de permettre à l'employeur de prendre les mesures nécessaires pour assurer le bon fonctionnement de son entreprise malgré l'absence de son salarié.

En l'espèce, l'incertitude sur la légitimité de l'absence de la salariée et la durée prévisible de celle-ci au cours d'une période de huit jours ont sérieusement perturbé l'organisation du service « Accueil et caisse » auquel était affectée A au sein de la société B qui a dû organiser le service en question au jour le jour.

Il s'ensuit que le jugement entrepris est à confirmer en ce qu'il a déclaré le licenciement avec préavis du 19 mai 2014 justifié.

2. Congés : une clause contractuelle prévoyant qu'en cas de résiliation du contrat de travail, le congé non encore pris du salarié est imputé sur la dispense de travail que l'employeur peut lui accorder pendant le délai de préavis est nulle.

Arrêt de la Cour d'appel du 12 juillet 2018, n°40702 du rôle.

Les arguments des parties devant la Cour d'appel

Quant à la demande tendant au paiement d'une indemnité de congé non pris, la Cour a invité les parties à conclure sur base du paragraphe 4 (7) du contrat du 23 mai 2008, qui stipule :

« *Bei oder nach einer Kündigung dieses Vertrages, gleich durch welche Partei, ist die Gesellschaft jederzeit befugt, den Geschäftsführer unter Anrechnung auf etwaigen noch offenstehenden Urlaub von seiner Verpflichtung zur Arbeitsleistung für die Gesellschaft sofort freizustellen. Noch bestehende Urlaubsansprüche werden auf die Dauer der Freistellung angerechnet* ».

Le salarié fait plaider que cette clause serait nulle, pour contrevenir aux dispositions d'ordre public prévues par les articles L.233-10 et L.124-9 (1), alinéa 2 du Code du travail selon lesquelles, non seulement, le congé est fixé à la demande du salarié selon son désir, mais en outre, jusqu'à l'expiration du préavis, la dispense de prêter le préavis ne doit entraîner pour le salarié aucune

diminution des salaires, indemnités et autres avantages auxquels il aurait pu prétendre s'il avait accompli son travail.

Le salarié conteste avoir posé une demande de congé pour la période afférente et donne à considérer que l'employeur n'aurait versé ni la demande de congé, ni le livre de congé tel qu'exigé par l'article L.233-17 du Code du travail.

Il se réfère à une jurisprudence de la Cour aux termes de laquelle, si le salarié peut présenter une demande officielle de congés pendant la période de préavis, l'employeur, quant à lui, ne peut pas imputer automatiquement de son propre chef, le solde des congés sur le préavis, ni en affecter le salaire mensuel redû (Cour d'appel, 8 novembre 2001, n° 25405 du rôle).

Le salarié demande dès lors la confirmation du jugement entrepris en ce qu'il a condamné l'employeur à lui payer le montant de 7.053,81 euros au titre des congés non pris.

L'employeur, pour sa part, fait plaider que les congés n'auraient pas été imputés

sur la période de préavis en application de la clause précitée, mais parce que le salarié, même après avoir reçu sa lettre de licenciement, aurait d'un commun accord avec l'employeur préféré prendre ses congés pendant le délai de préavis plutôt que d'être dispensé de préavis. Il aurait en effet désiré partir dans le sud de la France et être tranquille.

L'employeur conclut partant au débouté de la demande au motif que le salarié aurait maintenu sa demande de congé, malgré la dispense de préavis. Il aurait confirmé son souhait au gérant, B, ce qui résulterait de l'attestation de ce dernier.

Ces faits seraient encore établis par les fiches de salaires qui renseignent que le congé a été pris pendant la période de préavis.

Ce n'est qu'à titre subsidiaire, que l'employeur conclut au débouté de la demande sur base de la clause litigieuse, tout en se rapportant à la sagesse de la Cour en ce qui concerne la validité de la clause.

Le salarié demande que l'attestation du gérant B soit rejetée pour ne pas être conforme aux exigences des articles 399 et suivants du Nouveau code de procédure civile, B étant le gérant de l'entreprise.

En outre, il demande son rejet pour défaut de précision et de pertinence.

L'employeur réplique que B aurait démissionné de son poste de gérant avec effet au 31 décembre 2017, de sorte qu'une éventuelle interdiction de témoigner ne serait plus d'actualité.

Il offre dès lors de prouver par l'audition de B que « *le salarié avait posé, sans préjudice quant à la date exacte avant la date de son licenciement, ses congés pour la période de juillet 2011 ; que suite à la remise de la lettre de licenciement, celui-ci déclara maintenir ses vacances et partit en vacances* ».

Dans ses conclusions notifiées en date du 29 mars 2018, le salarié conteste encore une fois avoir demandé congé pour la période litigieuse et verse diverses pièces aux fins d'établir qu'il était à Luxembourg pendant cette période et qu'il n'était donc pas parti en vacances.

Par ailleurs, il demande le rejet de l'offre de preuve présentée par l'employeur pour être imprécise, mensongère et non pertinente.

Le raisonnement de la Cour d'appel

Il ne résulte d'aucun élément du dossier que le salarié aurait demandé à partir en congé pendant la période de préavis. L'employeur ne verse ni une demande de congé écrite et signée par le salarié, ni son livre de congé duquel il résulterait que le salarié était en congé pendant la période litigieuse.

Eu égard aux contestations du salarié, la simple inscription sur les fiches de salaire établies par l'employeur n'est pas de nature à établir, à elle seule, les affirmations de ce dernier.

Dans son attestation, B relate qu'en date du 30 juin 2009, le salarié l'aurait informé qu'il ne prolongerait pas son congé de maladie au-delà du 10 juillet 2009, parce qu'il voulait partir en vacances avec sa famille dans le sud de la France, et qu'il ne pourrait s'y rendre s'il était toujours en congé de maladie. En date du 13 juillet 2009, après qu'il lui aurait remis sa lettre de licenciement, le salarié aurait rangé son bureau et ne serait plus revenu. Il serait ensuite parti en vacances.

Cette attestation n'est pas non plus de nature à établir que le salarié aurait demandé congé en date du 30 juin 2009 et qu'il aurait réitéré sa demande après avoir reçu sa lettre de licenciement. Puisque le salarié était dispensé de pré-

avis, il n'avait d'ailleurs aucune raison de demander congé pour cette période.

L'offre de preuve par audition dudit témoin doit quant à elle être rejetée pour défaut de précision et de pertinence, puisque le fait que le salarié déclare maintenir ses vacances, n'implique pas qu'il ait confirmé le congé. En effet, vu qu'il était dispensé de prêter son préavis, il était libre de toute façon de partir en vacances.

Il suit de ce qui précède qu'il n'est pas établi que le salarié se trouvait en congé de récréation pendant sa période de préavis.

Concernant la clause litigieuse, il y a lieu de dire qu'elle est nulle pour contrevenir aux dispositions d'ordre public prévues par l'article L.124-9 du Code du travail, selon lequel jusqu'à l'expiration du délai de préavis, la dispense de travail accordée au salarié ne doit entraîner pour le salarié aucune diminution des salaires, indemnités et autres avantages auxquels il aurait pu prétendre s'il avait accompli son travail.

Il s'ensuit que la demande en paiement de l'indemnité de congé, non autrement contestée quant à son montant, est à déclarer fondée à concurrence du montant réclamé de 7.053,81 euros.

3. Reclassement : la condition d'ancienneté de 3 ans est remplie lorsque la salariée a travaillé de manière continue au même poste de travail depuis 2007 pour des employeurs successifs, constitués certes sous forme de sociétés distinctes relevant de législations différentes, mais avec à chaque fois une dénomination sociale identique, et avec prise en compte, en termes d'ancienneté de service, du travail accompli depuis 2007.

Arrêt de la Cour de cassation N° 80 / 2018 du 10 juillet 2018, n° 3991 du registre

Faits

La Commission mixte de reclassement des travailleurs incapables à exercer leur dernier poste de travail (Commission mixte ci-après) a retenu que X n'était pas éligible à un reclassement professionnel, au motif qu'elle avait occupé son dernier poste de travail depuis moins de 3 ans et qu'elle n'était pas en possession d'un certificat d'aptitude au poste de travail établi par le médecin du travail.

X a contesté cette décision devant le Conseil arbitral de la sécurité sociale, qui a suivi la position de la Commission mixte.

X a interjeté appel contre ce jugement devant le Conseil supérieur de la sécurité sociale, qui a confirmé le jugement précédent.

X a décidé de porter son affaire devant la Cour de cassation².

Art. L. 551-1 du Code du travail

« Le salarié qui n'est pas à considérer comme invalide au sens de l'article 187 du Code de la sécurité sociale, mais qui par suite de maladie ou d'infirmité présente une incapacité pour exécuter les tâches correspondant à son dernier poste de travail, peut bénéficier, dans les conditions prévues au présent Titre, d'un reclassement professionnel interne ou d'un reclassement professionnel externe, ainsi que du statut de personne en reclassement professionnel.

Les salariés qui occupent leur dernier poste de travail depuis moins de trois ans ne sont éligibles pour le reclasse-

ment professionnel que sous condition qu'ils soient en possession d'un certificat d'aptitude au poste de travail, établi par le médecin du travail compétent lors de l'embauche à ce dernier poste de travail. Le médecin du travail compétent en informe la Commission mixte lors de la saisine.»

Décision attaquée

Le Conseil supérieur de la sécurité sociale a considéré que X ne remplissait pas la condition d'ancienneté minimale de 3 ans pour pouvoir prétendre à un reclassement, sans avoir un certificat d'aptitude au poste de travail, établi par le médecin du travail compétent lors de l'embauche à ce dernier poste de travail.

Pourtant X affirme que la société Soc1) sàrl, ayant son siège social au Luxembourg (où elle a travaillé à partir du 3 juin 2013 comme boulangère), d'une part, et la société Soc1) sprl, ayant son siège social en Belgique (où elle a travaillé à partir du 17 juillet 2007, toujours comme boulangère) auraient été exploitées par les mêmes personnes.

Le Conseil supérieur de la sécurité sociale considère que cette affirmation est contredite par les pièces versées en cause, les statuts de la société Soc1) sàrl, qui est son dernier employeur, ne contenant aucun élément permettant de conclure à l'existence d'un lien entre lesdites sociétés.

Il estime que les fiches de salaire établies par Soc1) sàrl qui renseignent une ancienneté de X à partir du 17 juillet

2007, ne sont à elles seules et en l'absence de tout lien juridique entre les deux susdites sociétés, pas de nature à pallier la carence au niveau de la preuve à rapporter.

Il relève finalement encore que les contrôles médicaux que X a passés entre 2007 et 2012 renseignent ... que son employeur était «Soc1)», sis en France, dont un quelconque lien avec la société luxembourgeoise fait, au niveau des éléments probants de la cause, pareillement défaut.

B a formé un pourvoi en cassation³.

Décision de la Cour de cassation

L'article L. 551-1, paragraphe 1, alinéa 2 du Code du travail subordonne l'éligibilité au reclassement à une continuité des relations de travail avant qu'il soit constaté que le salarié présente une incapacité pour exécuter les tâches correspondant à son dernier poste de travail.

Le salarié qui occupe son dernier poste de travail depuis moins de 3 ans doit être en possession d'un certificat d'aptitude au poste de travail établi par le médecin du travail compétent lors de l'embauche à ce dernier poste de travail.

Or l'arrêt attaqué retient que « suivant contrats de travail versés en cause, X était engagée à partir du 17 juillet 2007 par la société Soc1) sprl, sise en Belgique et à partir du 3 juin 2013 par la société Soc1) sàrl, sise au Luxembourg », et que les fiches de salaire établies par Soc1)

2) Le recours en cassation est un recours extraordinaire formé devant la Cour de cassation contre une décision de justice rendue en dernier ressort. La Cour de cassation ne tranche que des questions de droit ou d'application de droit. Il est obligatoire pour les parties de prendre un avocat.

3) Idem

sàrl renseignent une ancienneté de service de la demanderesse en cassation à partir du 17 juillet 2007.

Il résulte encore implicitement des constatations en fait opérées par les juges d'appel que X a toujours occupé le même poste de travail.

Il apparaît donc que X a travaillé de manière continue au même poste de

travail depuis 2007 pour des employeurs successifs, constitués certes sous forme de sociétés distinctes relevant de législations différentes, mais avec à chaque fois une dénomination sociale identique, et avec prise en compte, en termes d'ancienneté de service, du travail accompli depuis 2007.

L'arrêt attaqué, pour apprécier si X occupait son dernier poste de travail depuis

plus ou moins de trois ans, ne pouvait se limiter à faire état des seuls « *statuts de la société Soc1* » sàrl, qui est son dernier employeur, ne contenant aucun élément permettant de conclure à l'existence d'un lien » entre les sociétés, employeurs successifs, de X.

L'arrêt attaqué encourt par conséquent la cassation.

4. Contrat de travail : en principe, il appartient à celui qui invoque l'existence d'un contrat de travail d'en rapporter la preuve. Cependant, dans l'hypothèse d'un contrat de travail apparent, il incombe à celui qui conteste l'existence d'un lien de subordination d'établir le caractère fictif du contrat.

Arrêt de la Cour du 12 juillet 2018, n°44876 du rôle

Faits

Le salarié A a été employé par la SA S1 en qualité de délégué commercial suivant un contrat de travail signé le 17 octobre 2014 avec effet au 1er novembre 2014 pour un salaire mensuel brut de 3.600 euros. Le 30 janvier 2015, les parties avaient signé un nouveau contrat de travail avec effet au 1er février 2015 pour un salaire mensuel brut de 1.950 euros et le 12 février 2016, le salarié a été licencié avec un préavis de deux mois expirant le 15 avril 2016.

Par requête du 16 août 2016, le salarié A a fait convoquer son employeur la SA S1 devant le Tribunal du travail de Luxembourg aux fins de l'y entendre condamner à lui payer des arriérés de salaires.

Devant la juridiction de première instance, la SA S1 a soulevé à titre principal l'incompétence ratione materiae du Tribunal du travail en contestant l'existence d'un contrat de travail réel, à défaut de lien de subordination existant entre parties. Le salarié A disposerait en effet de 33% des actions de la société depuis le mois de novembre 2013 et les deux contrats de travail seraient fictifs.

Première instance

Par jugement du 11 mai 2017, le Tribunal du travail s'est déclaré compétent pour connaître de la demande qu'il a déclaré fondée pour le montant réclamé.

Pour ce faire, le tribunal a retenu qu'en présence d'un contrat de travail apparent, il appartient à la SA S1 d'établir le caractère fictif du contrat de travail, preuve que cette dernière n'aurait pas rapportée.

Le tribunal a relevé que le fait que les contrats de travail ne prévoient pas d'horaire de travail et que les fiches de salaires ne contiennent pas de rubriques relatives aux jours de congés ne permettent pas de conclure à leur caractère fictif, alors que les contrats indiquent la durée de travail hebdomadaire et qu'il n'est pas rare que sur les fiches de salaires ne figure aucun état des congés. La pièce relative à un remboursement de TVA versée par l'employeur serait également sans pertinence étant donné que le contexte et la cause de ce paiement ne ressortent pas de cet extrait et n'ont pas non plus été précisés.

Les versements faits par la SA S1 à A indiqueraient par contre que les sommes lui continuées sont des paiements de salaire et il résulterait, en outre, des attestations testimoniales établies par T1, T2 et T3 que A a effectivement travaillé pour le compte de la société S1 dans un lien de subordination par rapport à la société.

Instance d'appel

De ce jugement, la SA S1 a régulièrement relevé appel par exploit d'huissier du 24 mai 2017.

Par réformation de la décision entreprise, l'employeur demande à voir constater que le salarié ne rapporte pas la preuve d'un lien de subordination juridique, qu'il ne dispose donc pas de la qualité de salarié, de dire en conséquence que les juridictions de travail sont incompétentes pour connaître de la demande de A et de le décharger de toute condamnation du chef d'arriérés de salaires.

La SA S1 fait plaider qu'il appartient à celui qui prétend être salarié de rapporter la preuve du lien de subordination juridique entre les parties.

Le salarié n'aurait cependant pas rapporté la preuve qu'il avait réellement exercé des activités techniques différentes de sa qualité d'actionnaire et partant qu'il existait un lien de subordination entre lui-même et la société.

L'employeur ajoute qu'en tout état de cause et même en présence d'un contrat écrit apparent, l'inexistence du moindre lien de subordination entre parties serait d'ores et déjà avérée. Ainsi, A serait actionnaire à 33% de la société depuis le 5 novembre 2013, soit avant la signature du prétendu contrat de travail du 17 octobre 2014.

Il n'aurait commencé à réclamer des arriérés correspondant à 17 mois de salaires qu'à partir du mois d'août 2016.

Les éléments du dossier ne permettraient pas de retenir que A recevait des

ordres ou instructions précises de la part de la société S1 quant à l'exécution de son prétendu contrat de travail.

L'existence de fiches de salaire et les mentions sur les extraits bancaires ne suffiraient pas pour prouver une relation de travail entre parties qui ne dépendrait ni de la dénomination que les parties ont donné à leur convention, mais des conditions de fait dans lesquelles l'activité a été exercée.

L'attestation de T1 serait à rejeter alors que le témoin a indiqué que A était une connaissance personnelle sans cependant préciser la nature de cette relation, de sorte que l'impartialité du témoin ne serait pas garantie. Son attestation manquerait, par ailleurs, de précision. Les attestations de T2 et de T3 seraient également à rejeter compte tenu des déclarations floues, sinon sibyllines des témoins.

Les auteurs des attestations feraient, en outre, état de faits qui ne correspondraient manifestement pas à la réalité alors qu'ils indiqueraient que B est l'employeur de A, respectivement la personne qui lui avait donné des instructions. Or, ce dernier n'avait aucune qualité pour ce faire, étant donné qu'il avait déjà démissionné de sa fonction d'administrateur unique de la société le 21 août 2014.

Le salarié A conclut à la confirmation du jugement entrepris par adoption de ses motifs.

Le salarié A fait valoir qu'en présence d'un contrat de travail écrit, il incombe à l'employeur de prouver le caractère fictif du contrat, ce que la SA S1 n'aurait pas fait.

Il explique qu'il n'avait pas de mandat social et ne pouvait pas engager la SA S1 avec laquelle il avait signé deux contrats de travail et qui a procédé à son licenciement en 2016.

La réalité de l'exercice d'une fonction salariale sous les ordres et la direction de la SA S1 résulterait des attestations testimoniales versées en cause.

A ajoute, pièces à l'appui, que la SA S1 lui avait remis des fiches de salaires. Il résulterait, en outre, des extraits bancaires que la société lui versait des salaires. La SA S1 aurait également fait une demande en obtention d'une aide

à l'embauche d'un chômeur âgé, ainsi qu'une déclaration affirmative suite à une saisie sur son salaire.

A explique le fait qu'il a attendu avant d'agir judiciairement contre son employeur par les multiples promesses de paiement reçues oralement, ainsi que par le fait qu'il avait reçu une importante somme dans le cadre d'un héritage.

Pour autant que de besoin, A formule une offre de preuve testimoniale tendant à établir qu'il a exécuté des tâches salariales et qu'il a reçu des ordres de son supérieur hiérarchique B pour l'exécution de ces tâches.

Analyse de la Cour d'appel

Les juridictions du travail sont des juridictions d'exception qui ne peuvent connaître que des affaires qui leur sont réservées par la loi.

Il y a, dès lors, lieu d'examiner si les parties sont liées par un contrat de travail tel que défini par la jurisprudence luxembourgeoise suivant laquelle le contrat de travail est la convention par laquelle une personne s'engage à mettre son activité à la disposition d'une autre, sous la subordination de laquelle elle se place, moyennant rémunération.

L'existence d'un contrat de travail ne dépend pas de la qualification que les parties ont donné à leur convention, mais des conditions de fait dans lesquelles s'exerce l'activité du salarié.

En principe, il appartient à celui qui invoque l'existence d'un contrat de travail d'en rapporter la preuve. Cependant, dans l'hypothèse d'un contrat de travail apparent il incombe à celui qui conteste l'existence d'un lien de subordination d'établir le caractère fictif du contrat.

En l'espèce, les parties ont signé deux documents intitulés « contrat de travail à durée indéterminée », d'abord en date du 17 octobre 2014 et ensuite en date du 30 janvier 2015, qui reprennent la nature de l'emploi, un horaire à plein temps et une rémunération brute mensuelle sous déduction des charges légales.

Le fait que les contrats ne précisent pas d'horaire journalier précis n'est, devant la précision de la durée de travail hebdomadaire, pas de nature à contredire leur caractère d'apparence.

Il s'ensuit qu'il n'appartient pas au salarié d'établir l'existence d'un contrat de travail, mais il appartient à l'employeur, qui conteste la validité des contrats, d'en rapporter le caractère fictif.

Cette preuve ne résulte pas de la seule qualité d'associé d'une société anonyme, cette qualité n'étant pas nécessairement exclusive de celle de salarié. Il n'est pas non plus allégué, ni a fortiori établi, que A avait un mandat social dans la société.

Le fait que A a, devant les promesses de l'appelante de lui régler son dû, attendu un certain temps pour réclamer les arriérés de salaires n'est pas non plus de nature à permettre de conclure à son caractère fictif, d'autant plus que le salarié soutient, pièce à l'appui, qu'il a hérité d'une importante somme, de sorte qu'il n'était pas dans un besoin immédiat d'argent.

Les éléments du dossier ne permettent pas non plus de conclure à l'absence d'un lien de subordination.

Au contraire, il résulte des attestations testimoniales de T2, T3 et T1, qui sont toutes à prendre en considération, alors que le fait pour les témoins d'indiquer connaître personnellement une personne n'est pas de nature à permettre de conclure à l'impartialité des témoins, que A a effectivement travaillé pour le compte de l'appelante sous un lien de subordination.

Ainsi T2, qui en tant que retraité a beaucoup de temps libre a passé de nombreuses heures/jours dans les bureaux de la société, atteste que B a donné des instructions à A pour trouver des terrains, s'occuper de la comptabilité ou préparer des virements. D'après ce témoin, B lui a également donné des instructions pour se rendre avec deux clients auprès de la société S2 avec laquelle la SA S1 travaillait.

T3, qui s'est également rendu plusieurs fois par mois dans les bureaux de la société S1 au cours de la période concernée, a constaté que A s'est occupé de la préparation de la comptabilité et du classement des documents de caisse. Le témoin ajoute qu'il a entendu B ordonner à A de contacter des clients, de fixer des rendez-vous et des visites de lieux.

T1, qui au cours de la période de fin 2014 à début 2016, s'est rendu une trentaine de fois au bureau de l'employeur, affirme avoir aidé A à rédiger des lettres ou remplir des formulaires. Il a précisé que A s'est occupé des clients et a reçu, à maintes reprises, des ordres de la part du directeur de la société, B, en relation avec des rendez-vous avec des clients, des entretiens avec la société S2

ou la préparation de documents pour la comptabilité.

Le fait que B ait démissionné de son poste d'administrateur unique de la société S1 ne l'empêchait pas d'avoir exercé la fonction de directeur de la société et de supérieur hiérarchique de A.

Il suit des développements qui précèdent que la juridiction de première instance est à confirmer en ce qu'elle a retenu que la société S1 n'a pas rapporté la preuve du caractère fictif de la relation de travail entre parties.

La juridiction du travail est encore à confirmer, par adoption de ses motifs, en ce qu'elle a retenu que A a droit aux arriérés de salaires réclamés.

5. DROIT EUROPÉEN : le fait pour une autorité publique - employeur d'ouvrir le contenu d'un dossier intitulé « rires » enregistré sur un disque dur dénommé « D:/données personnelles » sur l'ordinateur professionnel d'un salarié ne constitue pas une violation de l'article 8 de la CEDH.

Arrêt de la CEDH (cinquième section) du 22 février 2018, Libert c. France, requête n°588/13

Faits et procédure

M. Libert travaillait pour la société nationale des chemins de fer française (SNCF) depuis 1976. En dernier lieu, il y a occupé le poste d'adjoint au chef de la brigade de surveillance de la région d'Amiens.

En 2007, celui-ci a été mis en examen pour dénonciation calomnieuse après avoir dénoncé auprès de sa direction un de ses subordonnés qui selon ses dires avait adopté un langage outrancier à l'encontre d'un collègue. M. Libert a été suspendu de ses fonctions du fait de cette mise en examen.

L'affaire ayant fait l'objet d'un non-lieu, M. Libert a transmis une demande de réintégration dans ses anciennes fonctions à son employeur. En dépit de l'invitation à intégrer un autre poste, il a maintenu sa demande et a réintégré son service le 17 mars 2008.

Le jour de son retour, M. Libert a constaté que son ordinateur avait été saisi. Convoqué par sa hiérarchie le 5 avril 2008, il a été informé que le disque dur de son ordinateur professionnel avait été analysé en raison de soupçons exprimés en mars 2007 et en janvier 2008 par la personne l'ayant remplacé durant son absence. Cette analyse avait permis de trouver des « attestations de changement de résidence rédigées à l'entête de la brigade SUGE de Lille et au bénéfice de tiers »,

ainsi que de nombreux fichiers contenant des images et des films à caractère pornographique.

Suite à une demande d'explications lui ayant été adressée le 7 mai 2008, il a répondu qu'en raison d'un problème affectant son ordinateur personnel, il avait transféré le contenu d'une clef USB sur son ordinateur professionnel. Quant aux fichiers à caractère pornographique, il a expliqué que ceux-ci lui avait été envoyés par des personnes qu'il ne connaissait pas par le biais de l'intranet de la SNCF.

Le 21 mai 2008, M. Libert a été convoqué à un entretien disciplinaire, puis a été informé le 9 juin 2008 qu'il allait être traduit devant le conseil de discipline en date du 15 juillet 2008 où une proposition de radiation des cadres serait examinée. Celle-ci a finalement été confirmée le 17 juillet 2008.

Le 28 octobre 2008, M. Libert a saisi le conseil des prud'hommes d'Amiens pour voir son licenciement déclaré comme dépourvu de cause réelle et sérieuse. Après rejet de sa demande, il a saisi la Cour d'Appel d'Amiens, qui a, à son tour, rejeté sa demande. Le requérant s'est alors pourvu en cassation au motif que l'article 8 de la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales (la Convention) avait été violé. Son pourvoi ayant été rejeté, il a saisi la Cour européenne

des Droits de l'Homme d'une requête dirigée contre la République française le 27 décembre 2012.

Il avance notamment que l'ouverture par son employeur, en dehors de sa présence, de fichiers figurant sur le disque dur de son ordinateur professionnel a emporté violation de l'article 8 de la Convention.

Article 8 de la Convention

« 1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.

2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. »

L'appréciation de la Cour

Sur l'existence d'une ingérence

La Cour constate que des fichiers du requérant ont été ouverts sur l'ordinateur professionnel de ce dernier sans qu'il en ait été informé et en dehors de

sa présence. Compte tenu des circonstances particulières de la cause, la Cour est donc prête à accepter qu'il y a eu ingérence dans son droit au respect de la vie privée.

Sur la qualification d'autorité publique

La SNCF en tant que personne morale de droit public (un « *établissement public à caractère industriel et commercial* »), placée sous la tutelle de l'État, dont la direction est nommée par lui, qui assure un service public, qui détient un monopole et qui bénéficie d'une garantie implicite de l'État, doit être qualifiée d'autorité publique au sens de l'article 8 paragraphe 2 de la Convention.

Le fait que celle-ci exerce une activité « *à caractère industriel et commercial* », que son personnel relève du droit privé, que les décisions non règlementaires qu'elle prend à l'égard de celui-ci sont des actes de droit privé et que les litiges du travail auxquels elle est partie relèvent du juge judiciaire, ne remet pas en cause cette qualification.

Sur une ingérence prévue par la loi

Cette condition d'application de l'article 8 paragraphe 2 de la Convention vise à garantir une certaine protection contre les atteintes arbitraires de la puissance publique au droit au respect de la vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance. Celui-ci impose le respect des dispositions de droit interne mais concerne également la qualité de celles-ci, et exige qu'elles soient conformes aux principes caractérisant l'État de droit. Pour satisfaire à ces exigences, « *la loi doit user de termes assez clairs pour indiquer à tous, de manière suffisante, en quelles circonstances et sous quelles conditions, elle habilite la puissance publique à prendre pareilles mesures* ».

La Cour juge que, grâce à l'application combinée des articles L. 1121-1 et L. 1321-3 du Code du travail français⁴ et

de la jurisprudence de la Cour de cassation française⁵, tel était le cas en l'espèce.

Sur l'existence d'un but légitime

La Cour relève qu'en l'espèce l'ingérence visait à garantir la protection des droits d'autrui, en l'occurrence ceux de l'employeur. Celui-ci peut en effet « *légitimement vouloir s'assurer que ses salariés utilisent les équipements informatiques qu'il met à leur disposition pour l'exécution de leurs fonctions en conformité avec leurs obligations contractuelles et la réglementation applicable* ».

Sur le caractère nécessaire d'une telle mesure dans une société démocratique

Le caractère nécessaire implique qu'une ingérence soit fondée sur un besoin social impérieux et notamment proportionnée au but légitime recherché. Les États contractants disposent d'une certaine marge d'appréciation, cependant dans le cadre de son contrôle, la Cour vérifie si les motifs invoqués à l'appui des ingérences en cause sont pertinents et suffisants, si la législation et la pratique internes offrent des garanties adéquates et suffisantes contre les abus et l'arbitraire.

La Cour constate que le droit positif français contient un dispositif visant à la protection de la vie privée, en vertu duquel « *si l'employeur peut ouvrir les fichiers professionnels qui se trouvent sur le disque dur des ordinateurs qu'il met à la disposition de ses employés dans le cadre de l'exercice de leurs fonctions, il ne peut, « sauf risque ou événement particulier », ouvrir les fichiers identifiés comme étant personnels. Il ne peut procéder à l'ouverture de fichiers ainsi identifiés qu'en présence de l'employé concerné ou après que celui-ci ait été dûment appelé* ». Il ressort des éléments de l'affaire que les juridictions ont dûment fait application de ce dispositif, et ont jugé que celui-ci ne faisait pas obstacle à l'ouverture par l'employeur

des fichiers litigieux dans la mesure où ceux-ci n'avaient pas été identifiés comme privés.

Sous réserve d'une interprétation arbitraire ou manifestement déraisonnable, il appartient aux juridictions nationales d'interpréter le droit interne, la Cour ne contrôlant que la compatibilité avec la Convention des effets de pareille interprétation.

Dans cette affaire, les juridictions nationales ont relevé que les fichiers litigieux étaient stockés dans un dossier dénommé « *pires* », et que le disque « *D* » [dénommé par défaut « *D:/données* »] servait traditionnellement aux agents à stocker leurs documents professionnels. Elles ont constaté à cet égard que :

- un salarié ne pouvait utiliser l'intégralité d'un disque dur, censé enregistrer des données professionnelles, pour un usage privé,
- le terme générique de « *données personnelles* » pouvait se rapporter à des dossiers professionnels traités personnellement par le salarié et ne désignait donc pas de façon explicite des éléments relevant de la vie privée,
- le terme « *pire* » ne conférait pas d'évidence au fichier ainsi désigné un caractère nécessairement privé, cette désignation pouvant se rapporter à des échanges entre collègues de travail ou à des documents professionnels, conservés à titre de « *bêtisier* », par le salarié,
- la mesure prise contre le requérant – sa radiation des cadres – n'était pas disproportionnée, étant donné que le requérant avait « *massivement contrevenu* » au code de déontologie de la SNCF et aux référentiels internes, qui rappellent que les agents doivent utiliser les moyens informatiques mis à leur disposition à des fins exclusivement professionnelles, une utilisation

4) Ces deux articles indiquent que « *au sein de l'entreprise, nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives des restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché, et que le règlement intérieur établi par l'employeur ne peut contenir des dispositions apportant aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives des restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché* ».

5) Sauf risque ou événement particulier, l'employeur ne peut ouvrir les fichiers identifiés par le salarié comme personnels contenus sur le disque dur de l'ordinateur mis à sa disposition qu'en présence de ce dernier ou après que celui-ci ait été dûment appelé. Cependant, les dossiers et fichiers créés par un salarié grâce à l'outil informatique mis à sa disposition par son employeur pour l'exécution de son travail sont présumés, sauf si le salarié les identifie comme étant personnels, avoir un caractère professionnel, de sorte que l'employeur peut y avoir accès hors sa présence.

ponctuelle à titre privée étant seulement tolérée.

La Cour estime que les juridictions internes ont ainsi dûment examiné le moyen du requérant tiré d'une violation de son droit au respect de sa vie privée. La Cour juge les motifs invoqué à l'appui de l'ingérence en cause pertinents et suffisants.

Le fait que M. Libert ait utilisé le mot « *personnel* », tel qu'envisagé par la jurisprudence de la Cour de cassation française, et non le terme de « *privé* »,

ne suffit pas à remettre en cause le caractère pertinent et suffisant des motifs invoqués, et ce d'autant que la charte de l'utilisateur pour l'usage du système informatique de la SNCF indique spécifiquement que « *les informations à caractère privé doivent être clairement identifiées comme telles (option « Privé » dans les critères OUT-LOOK, notamment) [et qu'il en est de même des supports recevant ces informations (répertoire « PRIVÉ »)]* ».

La Cour ajoute enfin que compte tenu du fait que le requérant avait utilisé une

partie importante des capacités de son ordinateur professionnel pour stocker les fichiers litigieux (1 562 fichiers représentant un volume de 787 mégaoctets), il est concevable que la SNCF et les juridictions internes aient jugé nécessaire d'examiner sa cause avec rigueur.

La décision de la Cour

« *Les autorités internes n'ont pas excédé la marge d'appréciation dont elles disposaient, il n'y a donc pas eu violation de l'article 8 de la Convention.* »