The logo features a large, stylized white letter 'G' on a black circular background. The 'G' is composed of a thin white line that curves around to form the letter. To the right of the 'G', the word 'iabbani' is written in a lowercase, sans-serif font, also in white.

Giabbani

NEWSLETTER

N°10 | JANVIER 2018



M^e David GIABBANI

L'Etude GIABBANI spécialisée en droit du travail et en droit de la sécurité sociale est une Etude d'avocats indépendante installée au centre ville de Luxembourg.

GIABBANI publie régulièrement des articles et ouvrages et donne régulièrement des conférences en droit du travail.

GIABBANI est responsable de la publication annuelle de la revue "L'Actualité du droit du travail au Luxembourg".



Etude GIABBANI

3, rue des Bains
L-1212 LUXEMBOURG
Telephone : 26 20 16 68
Tele copie : 28 22 50 45
Messagerie :
contact@etudegiabbani.lu

DANS CE NUMÉRO

JURISPRUDENCE

Indemnité de préavis et calcul de l'ancienneté au sein d'un groupe de société	3
Contrat de détachement : précisions sur la notion	4
Président du Tribunal du travail – juge de référé	7
Surveillance du salarié – objectifs à atteindre – insuffisance de résultats	8
Preuve du contrat de travail fictif – contrat apparent – lien de subordination	10
Licenciement économique et analyse par le juge des bilans de l'employeur	11
Dérogation à la loi – prescription des rémunérations – congés bâtiment	12

UNE ARTISTE À LA UNE : OH MAMIE	13
--	-----------

ARTICLES

Une loi en matière de harcèlement moral est urgente et nécessaire	14
Egalité entre hommes et femmes au travail – La discrimination en raison du sexel	15
Votre Syndicat est-il la meilleure personne pour défendre vos droits?	17
Les formes de la démission	20



JURISPRUDENCE

INDEMNITÉ DE PRÉAVIS ET CALCUL DE L'ANCIENNETÉ AU SEIN D'UN GROUPE DE SOCIÉTÉ

LICENCIEMENT AVEC PRÉAVIS DU 27 DÉCEMBRE 2012

A maintient ses contestations de première instance, notamment quant à la précision, la réalité et le sérieux des motifs invoqués à la base de son congédiement.

Or, à l'instar du tribunal du travail, la Cour relève que tant la lettre de motivation du 7 février 2013 que la lettre de motivation complémentaire du mandataire de la société S1 LUXEMBOURG du 8 février 2013 répondent aux exigences de précision requises par la loi et la jurisprudence.

En effet, les circonstances de temps et de lieu des reproches faits au salarié sont indiquées avec précision ainsi que le déroulement exact des incidents reprochés à A.

De même, à la lettre de licenciement sont encore annexés les lettres d'avertissements ainsi que le courriel du 20 décembre 2012 d'B relatif à l'incident de la station-service, de sorte que le salarié ne pouvait se méprendre sur la nature des faits lui reprochés et était à même d'organiser utilement sa défense.

La réalité des reproches faits à A résulte encore à suffisance des attestations judiciaires versées en cause ainsi que du courriel d'B, pièces qui n'ont pas été énoncées par d'autres éléments du dossier.

S'il est vrai que trois des quatre fautes reprochées à A ont fait l'objet d'avertissements et qu'il est de principe qu'un même fait ne peut être sanctionné deux fois, en ce sens que, s'il avait déjà fait l'objet d'un avertissement, il ne peut plus ultérieurement motiver un licenciement, il en va différemment, si le salarié a commis depuis le dernier avertissement et dans un délai raisonnable une nouvelle faute, auquel cas l'employeur peut invoquer, en complément de ce nouveau grief, les reproches antérieurs déjà sanctionnés par des avertissements qui, pris ensemble avec la faute récente, constituent un motif grave.

En l'espèce, A s'est vu adressé un premier avertissement le 13 février 2012 pour un fait commis le même jour, un deuxième le 10 septembre 2012 pour un fait commis le 31 août 2012 et enfin un troisième le 9 novembre 2012 pour les accidents de la circulation des 12 et 31 octobre 2012. Suite au dernier avertissement du 9 novembre 2012, A s'est encore vu reproché une faute consistant dans une fraude commise envers son employeur dans une station service le 16 décembre 2012, soit un mois seulement après le dernier avertissement, fraude dont la réalité résulte du courriel d'B du 20 décembre 2012, de sorte que ce dernier fait a pu faire revivre les fautes reprochées à A antérieurement et qui ont fait l'objet d'avertissements.

Ces faits avérés, pris dans leur ensemble, sont sérieux et d'une gravité suffisante pour justifier un licenciement avec préavis, de sorte que le jugement a quo est à confirmer en ce qu'il a d'une part, déclaré le licenciement régulier et légitime et d'autre part, débouté le salarié de ses demandes en paiement de dommages et intérêts.

ANCIENNETÉ DE SERVICE DE A.

L'employeur critique le jugement entrepris en ce qu'il a retenu dans le chef de A une ancienneté de service de plus de dix ans au sein de la société employeuse pour lui allouer une indemnité compensatoire de préavis supplémentaire de quatre mois et une indemnité de départ de trois mois. Il précise que l'intimé est entré à son service le 30 juin 1998 jusqu'au 16 octobre 1998, qu'il a été engagé, par la suite, par la société de droit belge S1 S.A. suivant contrat de travail du 24 octobre 1998. Les relations de travail entre l'intimé et la société belge S1 S.A. ont cessé le 31 décembre 2007 suite à la résiliation d'un commun accord entre parties sans préavis ni indemnités, qu'il n'a été engagé par la société S1 LUXEMBOURG qu'à partir du 2 janvier 2008, de sorte qu'il y a eu une interruption dans les relations de travail et aucun transfert d'entreprise ne fut convenu entre parties.

Il ajoute que l'ancienneté n'a pas été reprise dans le contrat de travail ou les fiches de salaire.

Pour l'employeur il y a donc eu création d'une nouvelle relation de travail, de sorte que l'éventuelle appartenance des deux sociétés au même groupe est sans incidence et l'intimé ne pourrait pas revendiquer une ancienneté de plus de dix années alors que son ancienneté de service était en fait de moins de cinq années.

A indique au contraire, tel qu'il résulte des pièces versées en cause et notamment des statuts de la société S1 LUXEMBOURG S.A., que cette dernière et la société anonyme S1 S.A. font partie du même groupe, de sorte qu'il était aux services du « groupe S1 S.A. » depuis le 24 octobre 1998 et bénéficiait en conséquence d'une ancienneté de service bien supérieure à dix années.

Il détaille sur base des pièces versées, avoir travaillé du 30 juin 1998 au 10 octobre 1998 pour le compte de S1 S.A. et du 26 octobre 1998 au 31 décembre 2007 pour le compte de S1 BELGIQUE;

que les parties ont décidé d'un commun accord de résilier le contrat de travail, mais qu'il a immédiatement retravaillé pour le compte de la partie appelante du 2 janvier 2008 au 28 février 2013 ; que les courriers des 13 février 2012, 10 septembre 2012 et 9 novembre 2012 attestent le caractère d'unité sociale et économique de S1 groupe, alors que la dénomination de la société comprend « S2 groupe », que le bas de page des courriers renseigne des adresses et coordonnées téléphoniques de « S2 Groupe Belgique » et « S2 groupe Luxembourg » notamment; qu'au surplus, l'ensemble des contrats de travail et le courrier de résiliation sont encore signés par la même personne, à savoir M. C, en sa qualité d'administrateur délégué de S2 Groupe Belgique et Luxembourg, de sorte qu'il bénéficierait d'une ancienneté de service de plus de dix années.

La Cour relève que les indemnités compensatoires de préavis et de départ à allouer au salarié licencié sont fonction de son ancienneté, concept qui repose essentiellement sur l'idée de fidélité à l'entreprise ; que par conséquent c'est l'intégralité du service qui doit être prise en considération pour le calcul de l'ancienneté et ni la modification du statut du salarié, ni un simple transfert du salarié d'une société à une autre du même groupe, considéré comme entreprise unique et seul véritable employeur, n'a une incidence sur l'ancienneté qui commence donc avec l'entrée en service du salarié dans l'entreprise.

Pour garantir au salarié ce droit lorsque le changement se fait au sein d'un groupe de sociétés, le groupe doit être considéré comme ne constituant qu'une entreprise unique, à moins qu'il n'y ait rupture du contrat, suivi d'une interruption réelle de service.

En effet, des sociétés juridiquement distinctes, comme en l'espèce, peuvent constituer en matière de droit du travail une unité économique et sociale consi-

dérée comme une seule entreprise. Les critères distinctifs sont au plan économique une concentration de pouvoirs de direction et des activités identiques et complémentaires, au plan social une communauté de travailleurs liés par les mêmes intérêts, ces deux types d'unité sont indispensables pour qu'il y ait unité économique et sociale.

Il résulte des pièces soumises à l'appréciation de la Cour que la partie appelante fait partie d'un groupe de sociétés, sociétés qui ont des activités identiques sinon complémentaires et dont les salariés sont engagés aux mêmes fins, donc dans un intérêt commun et qu'il y a une concentration de pouvoirs respectivement une direction commune des sociétés du groupe dès lors que A a été engagé par la même personne, à savoir C, tant en Belgique qu'au Luxembourg.

La Cour relève finalement que s'il y a bien eu résiliation du contrat de travail belge de l'accord des parties et la conclusion d'un nouveau contrat avec la société luxembourgeoise, force est de constater qu'il n'y a pas eu interruption des relations de travail, de sorte que A n'a fait l'objet que d'une simple mutation, respectivement d'un transfert d'une société à une autre faisant partie d'un même groupe de sociétés, garantissant au salarié son ancienneté de service depuis le 30 juin 1998, soit de plus de dix ans.

Le jugement est partant à confirmer sur ce point et en ce qu'il a en conséquence alloué à A une indemnité de préavis supplémentaire de quatre mois ainsi qu'une indemnité de départ de trois mois.

La société anonyme S1 S.A. réclame par réformation du jugement entrepris une indemnité de procédure de 1.500 euros et pour l'instance d'appel une indemnité de procédure de 1.800 euros.

A réclame également une indemnité de procédure de 2.500 euros pour les deux instances.

La partie qui succombe et est condamnée aux frais de l'instance ne peut se prévaloir des dispositions de l'article 240 du NCPC, de sorte que la demande de la société anonyme S1 S.A. pour l'instance d'appel est à rejeter et le jugement a quo est à confirmer en ce qu'il a rejeté la demande afférente de la société S1 S.A. en paiement d'une indemnité de procédure pour la première instance.

Il ne paraît cependant pas inéquitable d'allouer au salarié une indemnité de procédure de chaque fois 1.000 euros pour les deux instances.

(C.S.J., 19/10/2017, n°42530).

CONTRAT DE DÉTACHEMENT : PRÉCISIONS SUR LA NOTION

1) La qualification des relations de travail entre parties :

A la différence de la société S1, l'appelant conteste avoir été lié à elle par un contrat de détachement. Les parties étant contraires sur la qualification à donner à leur contrat de travail, la Cour est amenée, sur base des éléments du dossier, à donner au contrat sa véritable qualification.

D'après l'article L.141-1 du code du travail :

« (1) Les dispositions du paragraphe 1er de l'article L. 010-1, à l'exclusion des points 1, 8 et 11, sont applicables aux entreprises qui, dans le cadre d'une prestation de services transnationale, détachent des salariés sur le territoire du Grand-Duché, à l'exception des entreprises de la marine marchande maritime.

L'adaptation automatique des salaires à l'évolution du coût de la vie prévue au point 2. du paragraphe (1) de l'article L. 010-1 s'applique, pour les salariés détachés, uniquement par rapport au salaire social minimum légal ou par rapport aux taux de salaires minima applicables dans le secteur, la branche et/ou la profession par application d'une convention collective déclarée d'obligation générale.

(2) On entend notamment par détachement au sens du paragraphe (1) qui précède, les opérations suivantes effectuées par les entreprises concernées, pour autant qu'il existe une relation de travail entre l'entreprise d'envoi et le salarié pendant la période de détachement:

1. le détachement d'un salarié, même pour une durée courte ou prédéterminée, pour le compte et sous la direction des entreprises, telles que visées au paragraphe (1) du présent article, sur le territoire du Grand-Duché de Luxembourg, dans le cadre d'un contrat conclu entre l'entreprise d'envoi et le destinataire de la prestation de services établi ou exerçant son activité au Luxembourg;

2. le détachement, même pour une durée courte ou prédéterminée, d'un salarié sur le territoire du Grand-Duché de Luxembourg dans un établissement appartenant à l'entreprise d'envoi ou dans une entreprise appartenant au groupe dont fait partie l'entreprise d'envoi;

3. le détachement, sans préjudice de l'application du titre III du présent livre, par une entreprise de travail intérimaire, ou dans le cadre d'un prêt de main-d'œuvre, d'un salarié auprès d'une entreprise utilisatrice établie ou exerçant son activité sur le territoire du Grand-Duché de Luxembourg, et ce même pour une durée courte ou prédéterminée. (Loi du 11 avril 2010) Les détachements visés aux points 1. à 3. qui précèdent doivent avoir lieu dans le cadre d'un contrat de

prestations de services portant sur un objet ou une activité précise limitée dans le temps et prenant fin avec l'exécution de l'objet du contrat.

(3) On entend par salarié détaché, tout salarié travaillant habituellement à l'étranger et qui exécute son travail sur le territoire du Grand-Duché de Luxembourg, pendant la durée limitée déterminée par l'exécution de la prestation de services précise pour laquelle le contrat de prestations de services au sens du paragraphe (1), et du paragraphe (2) a été conclu.

La durée limitée s'apprécie en fonction de la durée, de la fréquence, de la périodicité et de la continuité de la prestation de services ainsi qu'en relation avec la nature de l'activité qui fait l'objet du détachement. ».

Si depuis la modification de la loi sur le détachement intervenue en novembre 2010 la conclusion d'un contrat local n'est plus nécessaire, les parties restent cependant libres, comme elles l'ont fait en l'espèce, d'en conclure un aux fins de concrétiser d'un point de vue administratif le détachement.

La seule condition pour qu'il y ait détachement est le maintien du contrat d'origine, ainsi que du lien de subordination avec l'employeur d'origine, bien que le salarié doive exécuter momentanément sa prestation de travail à l'étranger ; de ce fait, le salarié devra se plier au pouvoir de direction de l'entreprise d'accueil, notamment en ce qui concerne la réglementation intérieure de cette dernière, l'hygiène et la sécurité, mais également l'ordre public local, de sorte que le contrat local qui peut être conclu sans être légalement nécessaire, le sera pour des raisons administratives. Dans la pratique, le plus souvent, il est d'usage de concrétiser le détachement par un simple avenant au contrat de travail principal d'origine, voire une simple lettre de détachement.

Dans le contexte très précis de la création par S1 SA d'une succursale à Luxembourg pour y marquer sa présence et dès lors que le contrat de services signés entre parties au Portugal le 30 avril 2011 avec effet rétroactif au 1er avril 2011 prévoyait : - l'envoi temporaire du salarié, soit pour une durée renouvelable de 3 ans au Luxembourg - la garantie pour le salarié de revenir au Portugal, ainsi que sa réintégration à l'expiration du contrat de services à son poste initial au Portugal (article 17) - un budget de 8.000 euros pour le rapatriement au Portugal des objets personnels du salarié à la fin du contrat (article 19).

Il ne fait aucun doute que le prédit contrat constituait un contrat de détachement au sens de la loi du 20 décembre 2012 portant transposition de la directive 967717CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 1996 concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services telle qu'elle a été modifiée par une loi du 11 novembre 2010 et dès lors de l'article L-141-1 du code du travail, ce d'autant plus que le contrat d'origine et le lien de subordination avec l'employeur d'origine ont, comme il sera expliqué ultérieurement, été maintenus.

2) Le maintien du contrat d'origine :

L'appelant soutient ensuite que par la signature du second contrat de travail à durée indéterminée en date du 1er janvier 2012, les parties ont implicitement, mais nécessairement mis fin à l'existence du contrat de travail signé par les mêmes parties en date du 1er avril 2011, ce qui est contesté par l'intimée. Cette dernière est d'avis que suite à la signature du contrat de travail à Luxembourg avec la succursale de la société S1, deux contrats régissaient les relations entre parties, le contrat local luxembourgeois ayant fixé uniquement les modalités d'exercice du détachement au Luxembourg en lui allouant : - une

bonification de 8.000 euros pour déménagement, - un paiement d'un loyer de 3.000 euros par mois, - une voiture de fonctions, - 52.000 euros par an pour la scolarisation des trois enfants de l'employé au sein de l'« International School » ou une école équivalente, une assurance complémentaire de santé, une assurance vie à hauteur de 250.000 euros en cas de décès ou invalidité permanente, une assurance contre les accidents du travail, deux voyages par an en avion pour l'employé et sa famille pour retourner au Portugal, une compensation de 8.000 euros pour le déménagement des effets personnels à la fin du contrat de services.

Il échet dans un premier temps de relever que si le contrat de travail local ne fait aucune référence au contrat d'origine, il ne l'exclut pas non plus, de sorte que la renonciation au contrat d'origine par les parties telle qu'elle est avancée par le salarié, renonciation qui ne se présume pas, mais se prouve, laisse d'être établie.

Au contraire, le détachement ou mise à disposition internationale conduit à une dualité de contrats de travail. Le contrat de travail d'origine du salarié n'est pas rompu, il est maintenu avec toutefois une particularité, celle de sa mise en sommeil le temps de la mission à l'étranger ou plus juridiquement celle de sa suspension. Le contrat initial est suspendu afin que puisse vivre le contrat local conclu avec la filiale étrangère, et qui régit les conditions de travail à l'étranger.

Il s'agit donc bien de deux contrats de travail distincts, le contrat d'origine et l'avenant ou le contrat concrétisant le détachement qui coexistent, l'un étant suspendu et l'autre exécuté jusqu'à la fin du détachement temporaire.

Cette hypothèse est confirmée en l'espèce par l'attitude même du salarié qui a, pendant toute la durée

de son détachement et même après la conclusion du contrat local censé, d'après lui, remplacer le premier, continué à signer les avenants lui soumis par son employeur d'origine aux fins de renouvellement de la période de détachement, respectivement de modification du délai prévu pour la signification de la fin du détachement ; de même et suite au courrier de son employeur d'origine mettant fin au détachement il a encore coopéré avec ce dernier pour organiser les modalités de son retour au Portugal.

Il suit des considérations qui précèdent que c'est à tort que le salarié prétend que par la contraction du contrat luxembourgeois le premier contrat a disparu.

3) La fin du contrat de détachement :

L'appelant soutient enfin avoir fait l'objet d'un licenciement abusif. L'appelant soutient que l'employeur l'a, en date du 13 février 2015, informé oralement de la rupture de leur relation de travail avec effet immédiat.

Il fait valoir que le contrat de travail du 1er janvier 2012 n'avait pas été résilié à la date du 13 février 2015 puisque par un addendum du 31 décembre 2014 au contrat du 1er janvier 2012, il a été informé que son nouvel employeur à la date du 31 décembre 2014 demeurait S1 SA - Succursale de Luxembourg, en lieu et place de S2 SA - succursale Luxembourg et du maintien de tous les droits et obligations découlant des contrats de travail en vigueur pour en déduire que l'effectivité du contrat de travail du 1er janvier 2012 a été confirmée.

Il soutient partant avoir été parfaitement fondé à se présenter, le 13 février 2015, à son lieu de travail sis à Luxembourg, dont l'accès lui fut cependant refusé, de sorte que par cette attitude l'employeur a procédé oralement avec effet immédiat

et de façon abusive à son licenciement.

Il échet dans un premier temps de relever que la lecture que A fait de l'addendum du 31 décembre 2014 est erronée ; l'addendum litigieux doit être replacé et lu dans le contexte de la faillite de S2 SA, faillite qui aurait normalement signifié la fin de plein droit de tous les contrats de travail de ses salariés. Or, par cet addendum le nouvel employeur signifiait uniquement que les contrats ne se terminaient pas de plein droit, mais étaient repris pas S1 SA, sans toutefois remettre en cause la décision du 12 novembre 2014 de mettre un terme au détachement dès lors au contrat de travail à durée indéterminée luxembourgeois de A.

Finally, par son courrier du 12 novembre 2014, l'employeur a officiellement informé le salarié de la cessation du détachement en qualité de directeur adjoint de la succursale de Luxembourg avec effet au 12 février 2015, donc en respectant le délai de préavis de 90 jours, prévu au contrat de détachement et il l'a encore invité à se présenter le 13 février 2015 au siège de la société S1 à Lisbonne afin de réintégrer son poste de travail.

Compte tenu des développements faits ci-avant sur la dualité des contrats de travail dans l'hypothèse d'un détachement avéré comme en l'espèce, c'est à bon droit que le tribunal du travail a retenu que le contrat de travail établi à Luxembourg a pris fin en même temps que le détachement du requérant au Luxembourg, de sorte que le salarié ne pouvait pas prétendre que son contrat de travail au Luxembourg a perduré au-delà du 12 février 2015.

C'est encore à bon escient que le tribunal du travail en a conclu que le refus d'accès du requérant à son lieu de travail auprès de la succursale en date du 13 février 2015 était légitime, dès lors que la relation de travail au Luxembourg avait

pris fin et que ce refus d'accès ne pouvait partant pas constituer un licenciement oral abusif engendrant des indemnités de rupture pour le salarié.

Il suit finalement de l'ensemble de ces considérations que les moyens présentés par le salarié et tirés de la résiliation par lui de son contrat de travail pour faute grave dans le chef de l'employeur en date du 27 février 2015, de la résiliation d'un commun accord soumise au salarié par l'employeur en date du 21 novembre 2014, de la modification substantielle par l'employeur de ses conditions de travail ne portent plus à conséquence et sont à rejeter pour ne pas être fondés.

Le jugement est partant à confirmer en ce qu'il a déclaré l'ensemble des demandes du salarié non fondées.

La demande reconventionnelle réitérée par l'employeur en instance d'appel, mais seulement à titre subsidiaire au cas où la Cour devait suivre le raisonnement du salarié, est redondante au vu de la décision de confirmation à intervenir.

L'appelant réclame par réformation, une indemnité de procédure de 3.500 euros pour la première instance ainsi qu'une indemnité de procédure de 5.000 euros pour l'instance d'appel. L'intimée réclame également pour la première instance, par réformation, une indemnité de procédure de 5.000 euros et une indemnité de 5.000 euros pour l'instance d'appel.

Par adoption des motifs du tribunal du travail le jugement est à confirmer en ce qu'il a rejeté les demandes afférentes des parties basées sur l'article 240 du NCPC.

Les demandes des parties pour l'instance d'appel sont encore à rejeter faute d'avoir établi en quoi il serait inéquitable de laisser à leur charge les frais non compris dans les dépens. (C.S.J., 26/10/2017, 43945).

PRÉSIDENT DU TRIBUNAL DU TRAVAIL – JUGE DE RÉFÉRÉ

Par requête déposée le 12 mai 2016 au greffe du tribunal du travail de Luxembourg, A a fait convoquer son ancien employeur, la société anonyme S1 (ci-après en abrégé S1 Luxembourg SA), devant le président du tribunal du travail siégeant comme juge des référés, aux fins de se voir condamner à lui payer, entre autres, une provision de 19.794,24 euros, avec les intérêts de retard légaux à partir de la mise en demeure, sinon à partir de la demande en justice, jusqu'à solde, du chef de remboursement de frais professionnels.

La société S1 Luxembourg SA formula deux demandes reconventionnelles tendant d'une part, au remboursement des frais d'inscription de la salariée à un tournoi de golf organisé par l'S2 d'un montant de 206 euros et d'autre part, au remboursement de la somme de 2.117,18 euros pour la remise en état du véhicule de service mis à la disposition de la salariée et qui présentait à la fin de la relation de travail de nombreux dégâts.

Par ordonnance du 13 juillet 2016, le président du tribunal du travail siégeant en matière de référé a déclaré irrecevables, car sérieusement contestables, les demandes principales et reconventionnelles et débouté la salariée de sa demande basée sur l'article 240 du NCPC.

Contre cette ordonnance, lui notifiée le 27 juillet 2016, A a régulièrement interjeté appel par exploit d'huissier du 3 août 2016 demandant à la Cour, par réformation, de condamner la société

à lui payer par provision la somme de 19.794,24 euros avec les intérêts tels que de droit, ainsi qu'une indemnité de procédure de 2.500 euros pour les deux instances.

La société S1 Luxembourg SA réitère en instance d'appel ses deux demandes reconventionnelles à l'égard de A.

- Demande principale :

A soutient que sa demande tendant au remboursement de ses frais professionnels n'est contestée par l'employeur ni dans son principe ni dans son montant, de sorte que sa créance n'est pas sérieusement contestable et devrait être payée.

La société S1 Luxembourg SA prétend que la salariée est forclosée à réclamer le remboursement de ses frais professionnels dès lors qu'elle n'a pas demandé le remboursement dans le délai de trois mois prévu à l'article 5 point a) du règlement d'ordre intérieur.

La salariée réplique qu'elle n'a pas eu connaissance de ce règlement intérieur qui ne lui a pas été soumis et qu'elle n'a pas signé, de sorte qu'il ne lui est pas opposable et qu'elle n'était partant tenue par aucun délai pour réclamer le remboursement des frais litigieux.

L'employeur précise d'une part, que le contrat de travail en son article 1.2. renvoie expressément au règlement d'ordre intérieur et d'autre part, qu'il résulte des pièces du dossier des présomptions que la salariée devait le connaître.

À cet égard, l'employeur cite la fonction de « Head of Compliance » attribuée à la salariée qui impliquerait qu'elle devait nécessairement connaître tous les règlements internes de la société, ensuite le fait qu'elle a rempli l'«expense reimbursement form » (pièce 5), la circonstance qu'elle-même approuvait les demandes de remboursement de ses collaborateurs (pièce 13) et finalement,

le fait que le « Business Management Comitee » avait demandé aux chefs de département, dont A, pour la période de la fin de l'année 2014 de faire en sorte que toutes les demandes en remboursement des frais professionnels des salariés soient rentrées dans ce délai de trois mois (pièces 8, 9 et 10).

Il verse encore des attestations testimoniales aux fins d'établir la connaissance par la salariée du règlement d'ordre interne.

L'employeur en conclut que la salariée devait avoir connaissance du règlement intérieur lui imposant un délai de trois mois pour faire sa demande de remboursement, de sorte qu'en étant hors délai, sa demande serait à rejeter.

À défaut, l'employeur estime que les présomptions avancées par lui constituent des contestations sérieuses rendant la demande de la salariée irrecevable.

La Cour constate, à la lecture des pièces soumises à son appréciation par l'employeur, que les nombreuses critiques formulées par ce dernier à l'égard de la demande de A ne sont pas dénuées de fondement et la conduiraient à procéder à une analyse approfondie des moyens des deux parties.

Or, le juge des référés est le juge de l'évident et de l'incontestable et il y a contestation sérieuse dès lors que l'un des moyens de défense opposés à la prétention du demandeur n'est pas manifestement vain, dès lors qu'il existe une incertitude sur le sens dans lequel trancherait le juge du fond.

Il s'ensuit qu'en l'espèce, la Cour serait amenée à se substituer au juge du fond, de sorte que la demande en provision de A doit être déclarée, par confirmation de la décision déferée, irrecevable. (C.S.J., ord, 26/10/2017, 43838).

SURVEILLANCE DU SALARIÉ – OBJECTIFS À ATTEINDRE – INSUFFISANCE DE RÉSULTATS

L'absence de concrétisation de vente ou de location pendant la période du 1er avril au 14 juin 2014 :

A conteste le caractère sérieux du reproche, au motif qu'au moment de son entrée en fonctions le 1er avril 2014, il bénéficiait d'une clause à l'essai d'un mois et qu'à son expiration, l'employeur aurait déjà dû tirer les conséquences d'un prétendu manque de performances dans son chef, ceci d'autant plus que la période d'essai n'était que d'un mois et donc inférieure à la durée qui est couramment appliquée en la matière.

La société S1 IMMOBILIER, au contraire, fait valoir qu'en sa qualité d'agent immobilier, la mission essentielle de A était de conclure des contrats de vente/ou des contrats de location avec de potentiels clients, ce qu'il n'aurait cependant pas fait, même pas après deux mois et demi de travail. Selon l'employeur, le manque de performance du salarié est intervenu bien après l'expiration de la période d'essai et qu'après deux mois et demi d'exécution du contrat de travail, il était en droit d'attendre la conclusion d'au moins un contrat de vente ou de location.

Il y a lieu d'abord de relever que l'insuffisance de résultats ne peut être invoquée à l'appui d'un licenciement que si des résultats sont attendus d'après les termes du contrat ou résultant de la nature même des fonctions du salarié. La charge de la preuve de la réalité et

du sérieux du motif invoqué incombe à l'employeur et celle du caractère fallacieux appartient au salarié.

Il résulte du contrat de travail du 24 février 2014 que A a été engagé en tant qu'agent immobilier. En cette qualité, il lui incombait d'« assurer le suivi et le développement de la clientèle de l'employeur ainsi que toute démarche visant à assurer le développement des activités de la société ».

Il ne saurait dès lors être reproché à l'employeur d'avoir attendu deux mois et demi avant de résilier le contrat de travail pour insuffisance professionnelle dans le chef de son salarié, étant donné que la prospection et le démarchage de la clientèle ainsi que les démarches inhérentes à la conclusion d'un contrat de vente ou d'un contrat de location prennent nécessairement un certain temps et que le salarié doit également bénéficier, comme l'ont relevé à juste titre les premiers juges, d'un certain temps pour s'initier à son travail.

Or, l'absence de résultats professionnels dans le chef de A a perduré au-delà de la période d'essai, sans amélioration aucune. A ne fournit pas non plus d'explications quant aux éventuelles raisons de cette carence.

Le premier motif du licenciement avec préavis est partant à déclarer fondé et la contestation tirée de son caractère non sérieux n'est dès lors pas fondée.

– L'utilisation du véhicule de fonction à des fins privées :

A conteste avoir fait une utilisation non autorisée du véhicule de service.

Il soutient que c'est à bon droit que les premiers juges ont refusé de prendre en considération les listings obtenus à l'aide d'un dispositif de géolocalisation installé dans son véhicule de service pour être contraire à l'article L.261-1 du

code du travail relatif au traitement de données à caractère personnel à des fins de surveillance des salariés sur le lieu du travail au motif que la société S1 GERANCE s.à.r.l., propriétaire du véhicule de service et responsable du traitement de données qui est effectué au moyen du dispositif de géolocalisation et qui a fait l'objet d'une autorisation délivrée par la Commission nationale de protection des données du 23 décembre 2013, n'est pas identique à l'employeur, la société S1 IMMOBILIER S.A., et qu'ils en ont déduit que l'employeur n'avait dès lors pas établi le deuxième reproche formulé à son encontre.

Il demande dès lors de rejeter les listings qu'il considère comme des moyens de preuve obtenus de manière illicite.

En ordre subsidiaire, A considère qu'il avait le droit d'utiliser le véhicule non seulement pour ses déplacements professionnels, mais également pour ses déplacements privés.

La société S1 IMMOBILIER, de son côté, fait valoir que l'autorisation sollicitée et accordée le 23 décembre 2013, l'a été au nom de la société S1 GERANCE, qui est propriétaire de la flotte de véhicules mise à disposition des salariés de la société S1 IMMOBILIER.

Pour le cas où il devait être considéré qu'elle n'a pas respecté les dispositions de l'article L.261-1 du code du travail, la société S1 IMMOBILIER demande à voir retenir, à l'instar de la jurisprudence de la Cour du 26 janvier 2006 (no 29384 du rôle), qu'une éventuelle irrégularité commise par l'employeur au niveau de la loi du 2 août 2002 n'a pas compromis le droit à un procès équitable, ni entaché la fiabilité du moyen de preuve contradictoirement débattu entre parties et de retenir que « compte tenu de ce qu'un contrôle des heures de travail prestées par le salarié constitue le corollaire des avantages résultant pour ce dernier de l'aménagement

de l'horaire mobile en ce qu'il a pour but d'éviter des abus, l'utilisation occasionnelle d'une installation de sécurité pour effectuer ce contrôle n'est pas de nature à faire échec à la prise en compte des données ainsi recueillies dans le cadre de l'administration de la preuve ».

Il résulte du contrat de travail du 24 février 2014 que l'employeur avait mis à disposition du salarié non pas à des fins privées, mais « dans le cadre de son activité » un véhicule de service, de sorte que l'argumentation faite en ordre subsidiaire par A est d'emblée à rejeter.

Il résulte encore des pièces qu'en date du 23 décembre 2013, la Commission nationale pour la protection des données avait autorisé la société S1 GERANCE s.à.r.l. à recourir aux moyens de surveillance sollicités, selon les modalités précisées dans sa demande du 27 novembre 2013, et sous réserve que les personnes concernées soient informées de la surveillance conformément aux dispositions de l'article L.261-1 du code du travail.

Il se dégage enfin des pièces versées et notamment de la signature apposée par A sur le document de mise à disposition du véhicule de service que ce dernier avait connaissance que le véhicule lui remis faisait partie du parc automobile du « groupe S1 » comprenant, entre autres, les sociétés S1 IMMOBILIER et S1 GERANCE, de sorte que le moyen tiré du fait que l'employeur ne disposait pas d'autorisation délivrée par la Commission nationale pour la protection des données n'est pas fondé.

A conteste pour le surplus avoir eu une connaissance préalable du système de géolocalisation, respectivement de la note de service du 26 novembre 2013.

La société S1 IMMOBILIER, de son côté, fait valoir qu'au moment de la mise à disposition du véhicule de service à A, elle lui avait remis sa note du 26

novembre 2013 à l'attention des salariés du groupe au sujet de la mise en place du système de surveillance.

Elle ajoute qu'en première instance, A n'avait pas protesté contre la licéité des listings qu'elle avait communiqués et donc contre la connaissance de l'existence des listings et de la mise en place d'un système de géolocalisation.

En vertu de l'article 261-1 du code du travail le traitement des données à caractère personnel à des fins de surveillance sur le lieu du travail n'est possible que dans certaines hypothèses spécifiques, notamment dans le cadre d'une organisation de travail selon l'horaire mobile et à condition que la personne concernée soit informée préalablement.

Si, au vu des explications circonstanciées fournies par la société S1 IMMOBILIER, il n'est pas à exclure que A ait pris connaissance, lors de la remise du véhicule, de la note de service du 26 novembre 2013 relative au système de géolocalisation dans les véhicules de service, étant donné que lors des premières plaidoiries, il n'avait pas dénié avoir reçu la susdite note de service, il n'en demeure pas moins qu'une preuve formelle qu'il a été « informé préalablement » par l'employeur n'est pas rapportée en l'espèce.

A ne conteste cependant pas avoir travaillé, selon un système d'horaire mobile, de sorte qu'il devait être conscient et accepter que son employeur procède périodiquement à un contrôle de son temps de travail afin de parer à d'éventuels abus et que la mise à disposition d'un véhicule de service pour l'exercice de son activité professionnelle avait comme corollaire l'obligation pour lui de ne pas utiliser le véhicule à des fins privées.

Dès lors, une éventuelle irrégularité commise par la société S1 IMMOBILIER

au niveau du respect de la disposition légale n'a, en l'espèce, ni compromis le droit à un procès équitable, ni entaché la fiabilité du moyen de preuve contradictoirement débattu entre parties. A n'ayant à aucun moment mis en cause la fiabilité du système de géolocalisation installé par son employeur.

Une éventuelle irrégularité ne saurait ainsi faire échec à la prise en compte des données recueillies par le système de géolocalisation dans le cadre de l'administration de la preuve en justice.

Il n'y a dès lors pas lieu d'écarter les listings obtenus à l'aide du système de géolocalisation installé dans le véhicule de service de A.

En ordre subsidiaire, A demande à voir écarter tous les listings antérieurs de plus de deux mois à la date du licenciement. Il résulte de l'autorisation précitée de la Commission nationale pour la protection des données que les données ne pourront être conservées au-delà de deux mois, mais que les données « relatives au temps de travail » peuvent être conservées pendant une durée maximale de trois ans.

Comme en l'espèce les données recueillies par le système de géolocalisation du véhicule de service permettent de contrôler le respect par le salarié de son temps de travail, il en suit que le moyen laisse d'être fondé.

Il résulte de l'autorisation précitée de la Commission nationale pour la protection des données qu'il y a lieu de distinguer suivant l'hypothèse où le salarié est autorisé à utiliser le véhicule professionnel à des fins privées, c'est-à-dire en dehors des heures de travail, auquel cas le salarié a droit au respect de sa vie privée et son employeur n'est pas autorisé, en vertu du respect du principe de proportionnalité, à mettre en œuvre la géolocalisation et

l'hypothèse où l'employeur s'oppose à l'utilisation du véhicule en dehors des horaires de travail, auquel cas le système de géolocalisation peut rester activé.

Il a été retenu ci-avant que A n'avait droit à un véhicule de service que pour l'exercice de son activité professionnelle.

Il en suit que le système de géolocalisation pouvait rester activé.

Un examen comparatif des dates et heures indiquées dans la lettre de motivation du licenciement avec les listings provenant du système de géolocalisation installé dans la voiture de service et les demandes de congés de A permet de constater que ce dernier a, à différentes reprises, utilisé son véhicule de fonction, le soir à des heures tardives, respectivement l'après-midi du 17 avril 2017 pour laquelle il avait demandé un congé de récréation, dès lors à des fins non professionnelles.

Il découle de l'ensemble de ces éléments, et sans qu'il n'y ait lieu d'examiner encore le reproche relatif à la prise « intempestive » de congés et le non respect de la procédure relative à la pose de congés, que le maintien de A dans sa fonction essentielle d'apporteur d'affaires en tant qu'agent immobilier pour laquelle il avait été embauché et eu égard encore à l'utilisation non autorisée de son véhicule de service à des fins privées, ne se justifiait plus.

Il en suit et sans qu'il n'y ait lieu de procéder à une mesure d'instruction complémentaire, qu'il y a lieu de déclarer le licenciement avec préavis de A justifié et non fondées ses demandes en indemnisation des dommages matériel et moral y relatives.

Il y a partant lieu de réformer en ce sens le jugement entrepris.
(C.S.J., 26/10/2017, 44278).

PREUVE DU CONTRAT DE TRAVAIL FICTIF - CONTRAT APPARENT - LIEN DE SUBORDINATION

Conformément à l'article 25 du Nouveau Code de Procédure Civile, le tribunal du travail est une juridiction d'exception, qui n'est compétente pour connaître que des contestations entre employeurs et salariés dans le cadre d'un contrat de travail.

Le contrat de travail est défini comme étant 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, avec la considération que pour qu'il y ait rapport de subordination juridique, il faut que le contrat place le salarié sous l'autorité de son employeur qui lui donne des ordres concernant la prestation du travail, en contrôle l'accomplissement et en vérifie les résultats.

L'existence d'un contrat de travail ne dépend ni de la volonté exprimée par les parties, ni de la dénomination ou de la qualification qu'elles ont donné à leur convention, mais des conditions de fait dans lesquelles s'exerce l'activité du salarié.

S'il n'existe pas d'incompatibilité de principe entre un contrat de travail et un mandat social, le contrat de travail doit cependant être une convention réelle et sérieuse qui correspond à une fonction technique effectivement exercée et nettement dissociable de celle découlant du mandat

social, caractérisée par un rapport de subordination de salarié à employeur.

La Cour rappelle à cet égard que le simple fait de devoir respecter les décisions du conseil d'administration de la société ne permet pas de retenir un lien de subordination.

En principe, il appartient à celui qui invoque l'existence d'un contrat de travail d'en rapporter la preuve. Cependant, lorsque les parties sont en présence 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.

Comme en l'espèce, les parties ont signé un contrat de travail et que des fiches de salaires ont été établies, il appartient à la partie intimée de rapporter la preuve du caractère fictif du contrat de travail du 15 avril 2010.

Suivant ledit contrat, A a été engagé en qualité de « directeur, délégué à la gestion journalière » avec le pouvoir d'engager la société S1 SA par sa signature individuelle.

Or, il résulte des pièces versées en cause que c'est A qui, en sa qualité de représentant de la société S2 LTD, avait demandé au notaire instrumentaire de dresser les statuts de la société S1 SA, en date du 28 septembre 2008. Il a également représenté, outre la société S2 LTD, les sociétés S3 SA et S4 SA nommées toutes les trois administrateurs de la société S1 SA.

Lors de la constitution de la société S1 SA, A a encore été nommé délégué à la gestion journalière avec le pouvoir d'engager la société par sa signature individuelle dans le cadre de cette gestion journalière. Il a disposé en outre d'un pouvoir de cosignature obligatoire pour tous les actes de commerce.

Contrairement à l'affirmation de l'appelant,

les tâches de la gestion journalière telles que retenues au contrat de travail ne sont pas incompatibles avec sa qualité d'administrateur-délégué et ne relèvent pas nécessairement de l'exécution d'une tâche de salarié, d'autant plus que la société S1 SA, était une très petite structure n'ayant à son effectif, outre l'appelant, qu'une secrétaire.

Par ailleurs, le contrat de travail a été signé par l'appelant non seulement en sa qualité de salarié, mais également en sa qualité de représentant de la société S1 SA.

Le contrat de travail ne précise pas d'horaire de travail.

Les autres pièces versées par l'appelant de sont pas non plus de nature à établir une activité salariale distincte du mandat social exercé par l'appelant.

En effet, les mails de B adressés à « St.S » ne permettent pas d'établir qu'ils sont effectivement à mettre en relation avec la société S1 SA.

Si A a indiqué aux auteurs des attestations testimoniales C et D qu'il n'était pas compétent pour décider d'effectuer des préparations avant l'envoi de marchandises, ce fait est insuffisant pour retenir que B lui donnait des ordres dans le cadre d'un contrat de travail conclu avec la société S1 SA, d'autant plus que tant C que D ont précisé qu'ils avaient non seulement contact avec A pour discuter des relations d'affaires entre leurs sociétés et la société S1 SA mais également des relations avec une société « S6 ». A cela s'ajoute que le mail de E fait état d'une situation conflictuelle entre associés : « ...c'est vous, Monsieur B, qui avez stoppé le développement du projet pour cause de divergence entre vous et A selon vos propos tenus lors de notre entrevue... » et « ..la situation conflictuelle avec votre associé ne nous concerne pas et ne peut être opposée au non règlement des sommes qui nous sont dues ».

C'est dès lors à juste titre que le tribunal

de travail a retenu que l'existence d'un contrat de travail effectif laisse d'être établie et qu'il s'est déclaré incompétent pour connaître de la demande de A. (C.S.J., 9/11/2017, 43514).

LICENCIEMENT ÉCONOMIQUE ET ANALYSE PAR LE JUGE DES BILANS DE L'EMPLOYEUR

Jugement intéressant sur l'office du juge en matière de licenciement économique.

S'il n'appartient pas au juge d'apprécier l'opportunité des choix de gestion opérés par l'employeur, il est en droit d'attendre de la part de ce dernier qu'il invoque une raison économique, qu'il apporte des éléments objectifs au soutien de son argumentation.

En particulier, en cas de licenciement pour motifs économiques, il appartient à l'employeur d'indiquer non seulement le motif économique le conduisant à prononcer un certain nombre de licenciements mais encore à préciser l'incidence de la réduction du personnel décidée sur l'emploi du salarié individuel licencié, expliquant pourquoi précisément le poste de travail occupé par ce salarié est supprimé, alors que les postes de travail d'autres membres du personnel sont maintenus.

La lettre de motivation du licenciement du 14 avril 2016 débute par une comparaison des résultats de l'entreprise des années 2013 et 2014. S'il résulte de cette motivation que la société connaît des difficultés financières depuis 2014, l'employeur ne donne cependant aucune

explication quant aux causes possibles pour ces difficultés.

Or, à cet égard il faut relever que suivant la note annexée au bilan 2014, l'employeur a changé sa politique comptable en 2014 en optant désormais pour la méthode de l'achèvement pour l'évaluation et la comptabilisation des produits et commandes en cours, tandis qu'avant il évaluait ces postes selon un pourcentage d'achèvement. Il appert encore des bilans qu'entre 2013 et 2014, le poste des stocks a varié de façon considérable. Compte tenu de ce changement des écritures comptables, il aurait appartenu à l'employeur de fournir plus de renseignements pour étayer la cause de ses difficultés économique en 2014.

Quant aux mesures de restructuration entreprises, l'employeur se borne à citer le nombre des licenciements intervenus pour cause économique au courant de l'année 2014, sans expliquer l'incidence de cette mesure sur la situation financière. Or, il résulte des pièces comptables versées que malgré le départ en 2014 d'une vingtaine de salariés, les dépenses salariales de la société sont restées quasi constantes de 2013 à 2015. Une explication de l'employeur dans la lettre de motivation aurait été de mise pour justifier pour quelle raison la réduction de la masse salariale n'a eu aucun effet sur les dépenses salariales.

Quant à la situation financière au moment du licenciement, soit au 14 mars 2016, l'employeur indique que les chiffres exacts pour l'année 2015 ne sont pas finalisés, mais qu'ils sont « très peu encourageants ». A la deuxième page l'employeur cite le montant de commandes de janvier 2015 à avril 2015 et les compare pour cette période à ceux de 2016. Or cette indication est très lacuneuse et floue. La référence à un cahier des commandes de janvier à avril 2015 sans donner le montant même provisoire du chiffre d'affaire réalisé pour l'année entière de 2015, respectivement pour le début de

2016, est insuffisante pour donner une image réelle de la situation du marché en général au moment du licenciement. A cela s'ajoute qu'en analysant de nouveau les pièces comptables versées, il faut relever que la société TR a cédé en 2015 une branche d'activité immobilière, le hall de production et de stockage à la société R, autre société du même groupe, pour un montant de 6.072.050,56 euros. Or aucun motif relatif à la scission de cette branche d'activité et de son incidence sur l'activité de l'employeur pour le futur et par conséquent sur les emplois des salariés, dont celui du requérant ne figure dans la lettre de motivation.

Il faut dès lors constater que la lettre de motivation ne donne pas des indications suffisamment précises pour justifier de manière circonstanciée et claire la décision de l'employeur de supprimer pour des motifs économiques le poste occupé par le requérant, par ailleurs compte tenu de ce qui précède, il faut relever qu'indépendamment de la précision de la lettre de licenciement, les pièces versées par l'employeur pour appuyer les motifs du licenciement n'apportent pas plus de réponse à ce sujet et ne permettent dès lors pas de rapporter la preuve du motif économique.

(JP, TT, 14/12/2017, 4186/17).

DÉROGATION À LA LOI – PRESCRIPTION DES RÉMUNÉRA- TIONS – CONGÉS BÂTIMENT

D'après l'article L.121-3 du code du travail, les parties sont seulement autorisées à déroger aux dispositions de la loi dans un sens plus favorable au salarié.

En allouant aux ouvriers du bâtiment dans la convention collective pour le bâtiment, deux jours de congé supplémentaires par an (soit 27 en tout) et en leur accordant un supplément de salaire de 11,77 % sur l'indemnisation du congé, partant des avantages non prévus par le code du travail, les parties à ladite convention collective ont valablement pu déroger à la loi sur le congé, de sorte que l'employeur est malvenu de vouloir en faire abstraction et de se référer au code du travail pour le calcul de l'indemnité de congé du salarié.

Concernant l'assiette à prendre en compte pour le calcul de l'indemnité de congé devant revenir aux ouvriers du bâtiment, il échet de relever que le salaire mensuel desdits ouvriers est sujet à des variations, ce qui est confirmé en l'espèce par les fiches de salaires de A.

Or, d'après l'article L.233-14 alinéa 2 « pour les salariés dont la rémunération (.....) est sujette à des variations prononcées, la moyenne de la rémunération des douze mois précédents sert de base au calcul de l'indemnité de congé ».

C'est partant à bon escient que le tribunal du travail a retenu que l'indemnité compensatoire de congé due au salarié se calcule à la fin de l'année en multipliant la masse salariale annuelle (à l'exclusion des jours de congé pris par le salarié) par 11,77% et en retranchant ensuite les montants correspondant au congé effectivement payé au salarié. Concernant la prescription triennale de l'article L.221-2 du code du travail pour l'action en paiement des rémunérations de toute nature dues au salarié, c'est encore à bon droit que le tribunal a retenu, pour rejeter le moyen tiré de la prescription, que le paiement du supplément de 11,77 % prévu par la convention collective ne devient exigible qu'après l'écoulement de l'année, soit après le 31 décembre, et que la requête déposée par le salarié en date du 19 décembre 2014 a valablement interrompu la prescription. (C.S.J., 09/11/2017, 44558).

UNE ARTISTE À LA UNE

OH MAMIE

Jennifer Lyszyszack, ou Mamie pour les intimes a fait ses études à Strasbourg (LISAA) où elle a été formé au graphisme. C'est à cette période que sont apparues les « Mamies » exubérantes, à l'origine de son nom.

Au premier coup d'oeil sur son travail, il est facile de remarquer un univers d'inspiration unique, tantôt cynique, tantôt ludique dissimulé par un traitement esthétique et/ou floral ou animalier. Caractérisés par leurs tracés fins et leurs ombrages hachurés, on aime s'attarder sur les détails qui composent ses oeuvres.

Sérigraphies disponibles sur le shop oh-mamie.com

Originaux sur commande

Contact:

jen@ohmamie.com
www.oh-mamie.com

Haut :

Big Fish, sérigraphie 3 couleurs, 72x90cm

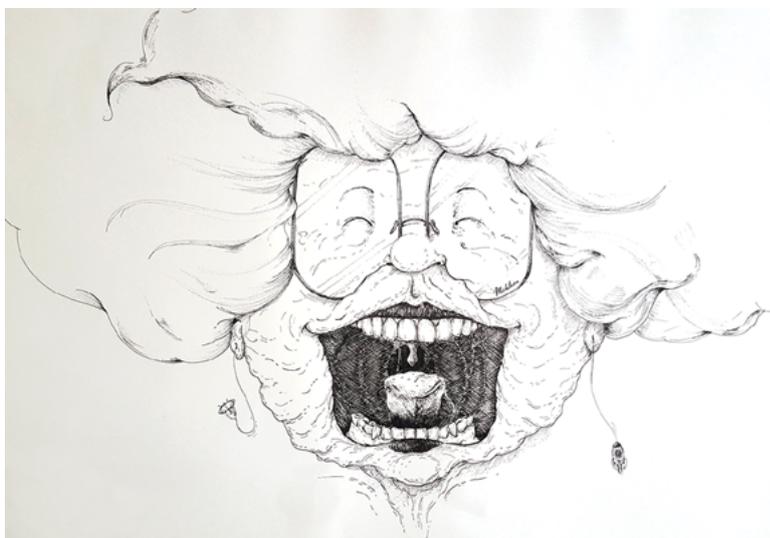
Fish 03, sérigraphie 3 couleurs, 50x50cm

Milieu :

Madeleine, Rotring, 70x50cm

Bas :

Gustave, Rotring et Posca, 116x76cm



ARTICLES



UNE LOI EN MATIÈRE DE HARCÈLEMENT MORAL EST URGENTE ET NÉCESSAIRE



David GIABBANI



Nous l'avons vu récemment, malgré les discussions et quelques mesurées, il n'existe pas de loi à proprement parler en matière de harcèlement moral au travail au Luxembourg.

Un arrêt récent de la Cour de cassation française marque encore plus l'écart qu'il y a dans le traitement des affaires de harcèlement moral entre pays voisins.

Cet arrêt en effet, presque passé inaperçu, met en avant le fait pour un salarié qui a dénoncé certains faits de les qualifier de harcèlement pour pouvoir se placer sur le terrain de la nullité du licenciement.

En d'autres termes, il faut qu'un salarié qui dénonce des agissements qualifie dans son courrier les faits qu'ils détaillent de « harcèlement moral » pour obtenir protection contre toute forme de licenciement.

Nos voisins ont cette chance de pouvoir faire bénéficier à leurs travailleurs d'une loi relative au harcèlement moral. Cette dernière prévoit notamment qu'il est interdit de licencier un salarié au motif que celui-ci a relaté des agissements de harcèlement moral. La rupture du contrat de travail intervenue dans ces conditions est nulle (c. trav. art. L. 1152-2 et L. 1152-3).

En l'espèce, un cadre dirigeant avait adressé à l'employeur un courriel dans lequel il dénonçait le traitement « abject, déstabilisant et profondément injuste » que l'entreprise lui faisait subir. Jugeant ces accusations sans aucun fondement, l'employeur avait licencié l'intéressé en invoquant un abus dans l'exercice de sa liberté d'expression (à différencier par ailleurs de la critique objective qui est libre).

La cour d'appel avait prononcé la nullité du licenciement, considéré comme une mesure de rétorsion consécutive à la dénonciation de faits de harcèlement moral.

Or, la Cour de cassation note qu'à aucun moment le salarié n'avait qualifié d'agissements de harcèlement moral les faits qu'il dénonçait.

Dans ses conditions, il était impossible de se placer sur le terrain de la nullité du licenciement. La question était en réalité de savoir si le salarié avait abusé ou non de sa liberté d'expression et s'il pouvait prétendre à des dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse.

Par conséquent, la Cour de cassation a cassé la décision de la cour d'appel, qui avait ordonné la réintégration du salarié et le paiement d'une indemnité de plus d'un million d'euros au titre

des salaires qui aurait dû être perçus depuis le licenciement, et renvoie les parties devant la Cour d'appel de Paris, autrement composée, pour qu'elle se penche à nouveau sur cette affaire.

Au Luxembourg, en l'absence d'un loi protectrice digne de ce nom, il faut appliquer le droit commun, c'est à dire l'article 1382 du Code civil (article relatif à la responsabilité). Il appartient en effet au salarié de prouver les faits de harcèlement moral.

A cet égard, la jurisprudence exige que le salarié dénonce au préalable les faits de harcèlement dont il serait victime mettant ensuite à charge de l'employeur l'obligation pour ce dernier de faire cesser les agissements au risque de voir sa responsabilité engagée.

La chose est peu commode à mettre en pratique.

Si en France il appartient à l'employeur de prouver que les agissements de harcèlement moral ne sont pas avérés, en l'absence de loi il appartient au salarié de prouver qu'ils le sont. En effet, la loi française prévoit que le salarié doit, dans un premier temps, établir la matérialité des faits qui permettent de présumer l'existence d'un harcèlement. Si le juge les reçoit, l'employeur doit, dans un second temps, prouver que les agissements ne sont pas constitutifs d'un harcèlement. Au Luxembourg, la preuve revient entièrement au salarié, preuve parfois impossible à apporter alors que bien souvent le salarié est en détresse morale au moment des faits et parfois déjà dispensé de travail lorsqu'il se rend compte du traitement qu'il a subi.

Si en France, le salarié doit mentionner expressément les faits dont il est victime et les qualifier expressément

de « harcèlement moral », en l'absence de loi, le salarié doit prendre garde aux termes qu'il utilise dans son courrier de dénonciation.

En effet, et cela s'est déjà vu, le salarié qui dénonce des faits de harcèlement sans prendre garde aux mots qu'il utilise peut se voir licencier par son employeur qui y verrait un abus dans la liberté d'expression. On se retrouve alors dans une situation diamétralement opposée à nos voisins.

En d'autres termes, il faut se poser la question du retard continu qui est pris dans l'adoption de cette loi au vu du nombre croissant de cas répertoriés de harcèlement moral (l'essentiel des consultations en cabinet derrière le licenciement abusif, l'un allant souvent avec l'autre, le licenciement étant la conclusion finale de l'œuvre destructrice du harceleur).

EGALITÉ ENTRE HOMMES ET FEMMES

AU TRAVAIL –

LA DISCRIMINATION EN RAISON DU SEXE



David GIABBANI

Tout d'abord que doit-on entendre par sexe ?

La question peut sembler anodine mais au fond elle ne l'est pas du tout. Il faut pouvoir donner une définition légale de ce qu'on entend par « sexe ». Pour cela il y a lieu de se référer à la jurisprudence de la Cour de justice. Selon la Cour, le sexe paraît devoir être entendu comme le sexe au sens biologique du terme. En réalité, les discriminations à raison du sexe devraient s'entendre comme une interdiction des discriminations fondées sur le genre.

« Le sexe est pertinent en tant que convention, que paramètre social. Les discriminations dont sont souvent victimes les femmes ne sont certainement pas dues à leurs caractéristiques physiques, mais bien au rôle, à image attribuée à la femme par la société » (CJCE, Affaire P c S, avocat général).

Quid de l'égalité de rémunération entre hommes et femmes ?

Chaque Etat membre assure l'application du principe de l'égalité des rémunérations entre travailleurs masculins et travailleurs féminins pour un même travail ou un travail de même valeur.

La rémunération inclut le salaire ou traitement ordinaire de base ou minimal et tout autre avantage, payés directement ou indirectement, en espèce ou en nature, par l'employeur au travailleur en raison de l'emploi de ce dernier.

Les éléments de rémunération peuvent être fixés par le contrat de travail, prévus par la loi ou octroyés à titre volontaire par l'employeur ou encore résulter de conventions collectives.

Quels sont les obstacles à la mise en place de l'égalité de rémunération ?

L'absence de transparence du système de rémunération est un obstacle à l'égalité salariale. La difficulté est grande pour la salariée qui s'estime victime de discrimination mais ne peut apporter la preuve, faute de pièce probantes.

A ce propos, la Cour de justice a considéré qu'un différentiel de salaire entre hommes et femmes qui résulte d'un système de rémunération non transparent peut être considéré comme l'origine d'un effet défavorable permettant d'établir une présomption de discrimination indirecte.

Selon la Cour, si le système de rémunération manque complètement de transparence, il revient à l'employeur de prouver que sa politique salariale n'est pas discriminatoire, dès lors qu'est établie, en prenant en compte un groupe relativement important de salariés, la moindre rémunération moyenne des femmes (CJCE, Danfoss).

Si pour deux groupes dont le travail est considéré de valeur égale, la rémunération est différente alors qu'elle dépend de la production individuelle, on peut conclure à l'existence d'une présomption de discrimination, en l'absence de transparence, c'est-à-dire s'il est impossible d'identifier les facteurs qui déterminent les taux ou unités de mesure utilisés pour calculer l'élément variable de la rémunération (CJCE, 31 mai 1995, Royal Copenhague, C-400/93).

Au Luxembourg, l'article L.253-2.(1) du code du travail dispose que lorsqu'une personne s'estime lésée par le non-respect à son égard du principe de l'égalité de traitement et établit des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte, il appartient à la partie défenderesse de prouver qu'il n'y a pas eu violation du principe de l'égalité de traitement.

Il appartient d'abord au salarié qui s'estime discriminé d'établir les faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte, auquel cas il appartient à l'employeur de prouver qu'il n'y a pas eu violation du principe de l'égalité de traitement. Les éléments apportés par le salarié doivent en outre laisser supposer l'existence d'un lien de causalité entre la décision de l'employeur et un quelconque cri-

tère discriminatoire, toute présomption de discrimination devant être écartée.

Qu'entend-on par transparence des salaires ?

Une véritable transparence n'est assurée que si ledit principe s'applique à chacun des éléments de rémunération respectivement accordée aux travailleurs masculins et aux travailleurs féminins, à l'exclusion d'une appréciation globale des avantages consentis aux intéressés (CJCE, Barber, Et 27 mai 2004, Elsner-Lakeberg, C-285/02).

Qu'entend-on par travail de même valeur ?

Selon la jurisprudence de la Cour, les notions de même travail, de même poste de travail et de travail de valeur égale revêtent un caractère purement qualitatif, en ce qu'elles s'attachent exclusivement à la nature des prestations de travail effectivement accomplies par les intéressés (CJCE, Macrathys, Et 1er juillet 1986, Runmler, 237/85).

Pour apprécier si des travailleurs exercent un même travail ou un travail auquel une valeur égale peut être attribuée, il convient de rechercher si ces travailleurs, compte tenu d'un ensemble de facteurs, tels que la nature du travail, peuvent être considérés comme se trouvant dans une situation comparable. L'appréciation relève donc de critères objectifs (CJCE, Royal Copenhague, préc).

Existe-t-il encore certains domaines d'activité où le sexe tient une importance particulière ?

La Cour de justice a insisté sur le fait que, si les Etats membres disposent de la faculté d'exclure du champ d'application de l'égalité entre hommes et femmes les activités professionnelles pour lesquelles, en raison de leur nature ou des conditions de leur exercice, le sexe constitue une condition déterminante, cette dérogation a un droit individuel consacré par la directive est d'interprétation stricte.

Si le sexe peut constituer une condition déterminante pour des emplois tels que ceux de surveillants et surveillants chefs des prisons, pour certaines activités telles que des activités de police exercées dans une situation de troubles intérieurs graves ou, encore, pour le service dans certains unités combattantes spéciales, l'exclusion totale des femmes des emplois militaires comportant l'utilisation d'armes est trop générale pour être justifiée par la nature des emplois ou leurs conditions d'exercice.

VOTRE SYNDICAT EST-IL LA MEILLEURE PERSONNE POUR DÉFENDRE VOS DROITS?



David GIABBANI

ALEBA, OGBL, LCGB, CGFP etc....
autant de syndicats qui négocient en
lieu et place des salariés contre un
abonnement au mois.

Retour avec cet excellent article de
Laurence RAPHAEL publié chez
Legimag:

La promesse des syndicats d'aider
et de fournir à leurs membres une
protection juridique en cas de pépin
avec l'employeur est particulièrement
alléchante. Mais... il y a un mais.

Un avocat, c'est utile. Mais un avocat
n'est pas une a.s.b.l. et attend de
l'argent en retour de la défense des
intérêts de son client, et quoi de plus
normal ? Sauf que les frais peuvent
s'avérer élevés a fortiori pour les
personnes qui ne bénéficient pas de
l'assistance judiciaire.

Alors à la lecture de la brochure de
l'OGB.L, le salarié s'enthousiasme :
en devenant membre, il recevra une
« assistance » et une « protection
juridique[s] gratuite[s] en matière de
droit du travail et de bail à loyer après
une période d'affiliation de 12 mois ». Ces
promesses se trouvent aux deux
premières lignes de la page intitulée
« services au membres, services
individuels »1), ainsi qu'au dos du
bulletin d'adhésion. On les retrouve
ensuite dans les statuts en ligne2) au

point 3.5, mais le bulletin d'adhésion
ne pousse pas à leur lecture et leur
acceptation par une case à cocher.
A noter à ce stade que la LCGB ne
parle, prudemment, que d'assistance
juridique et d'une protection juridique
de l'assureur DAS pour les seuls
chauffeurs professionnels.

Las, le libellé OGB.L, clair au premier
abord, cache une pratique beaucoup
plus... nuancée. Car, au vu des termes
« protection juridique » utilisés,
identiques à ceux de la Directive
87/344/CE3), il n'est pas extravagant
d'inclure dans cette prestation et
par analogie, les frais de procédure
judiciaire et les autres services relatifs
au règlement des contentieux tels que
les frais d'avocat et les frais d'expertise.
Or, et premier temps de la
manoeuvre, la protection juridique
est déclenchée après signature
obligatoire d'un document dont il
n'a jamais été question auparavant.
Ce « contrat d'assistance juridique
» que Legimag s'est procuré, liant le
membre à un « conseiller-secrétaire
» syndical, reprend en les détaillant
les dispositions des statuts, dont on
se demande finalement s'ils ont une
valeur juridique.

Il indique ainsi que le syndicat va tout
d'abord négocier avec l'employeur un
arrangement avant toute procédure
contentieuse. Concrètement, en

cas par exemple de licenciement,
le secrétaire syndical va demander
les motifs, les contester dans la
foulée pour suspendre les délais de
recours à un an, puis par un nouveau
courrier informer l'employeur que,
malgré la contestation, « et à titre
tout à fait confidentiel, [le salarié] ne
serait pas hostile à un arrangement à
l'amiable sur base d'une convention
transactionnelle. »

A prendre ou à laisser !

Le département juridique de l'OGB.L
se réserve d'ailleurs le droit de refuser
ou de cesser son intervention «
spécialement lorsqu'il juge raisonnable
les offres transactionnelles. »

On imagine aisément la litanie des
motifs invoqués pour justifier le
modus operandi : le Luxembourg
étant petit, il n'est pas bon pour sa
réputation de traîner son employeur
devant les tribunaux ; la lenteur de
la justice; il vaut mieux un mauvais
arrangement qu'un bon procès. On
peut aussi imaginer ce que le syndicat
a à y gagner: l'économie des honoraires
d'avocat, soit autant d'argent qui reste
dans les caisses du syndicat. Il est
donc particulièrement intéressant de
faire accepter l'arrangement à tout le
monde. L'avocat, plus que le secrétaire
syndical en charge du dossier a les
armes pour défendre et conseiller
son client même pendant la phase
précontentieuse.

Mais à cette étape, il n'est pas sollicité.

Le membre n'a donc pas le choix.
Il doit passer, pour bénéficier de la
fameuse protection, -et encore ce
n'est qu'une condition parmi d'autres,
par la tentative d'arrangement entre
un « conseiller » OGB.L et l'employeur.

Et si par esprit mutin, de rébellion débridée ou plus prosaïquement parce que d'expérience, il sait que la demande d'arrangement avec son employeur est peine perdue, le membre se lance directement à la recherche d'un avocat, il reçoit un sévère rappel à l'ordre par écrit, que Legimag s'est aussi procuré. Le ton invite à la réflexion sur qui est aux côtés de qui, dans ce conflit provoqué, faut-il le rappeler, par un différend entre l'employeur et le (ex-) salarié.

Ce courrier commence par un rappel exhaustif, des points des statuts (référéncés supra) mentionnant les conditions d'octroi de la sacro-sainte protection : il est rappelé la carence des 12 mois, l'octroi préalable de la protection avant tout paiement de frais et des règles plus absconses comme celle-ci :

« 3.5.3.3.La protection juridique n'est pas accordée: a) dans les cas où, du point de vue du service juridique de l'OGB.L, il n'existe aucune perspective de succès en faveur du membre ayant déposé la requête. »

C'est maintenant au juriste de s'émerveiller devant autant de certitude sur l'issue d'un procès. Et l'opinion publique qui pense que si une crapule notoire sort blanchie de son procès, c'est grâce à l'excellence de son avocat...

Le syndicat sévite quand même l'outrecuidance en envisageant que le membre puisse, par on ne saurait quel tour de magie, gagner son procès malgré tout. Dans cette insolente improbabilité, le membre pourra prétendre à voir ses frais pris en charge, au tarif OGB.L, sous condition bien sûr d'avoir continué à cotiser.

Le courrier prend, dans une seconde page, une tournure moins courtoise et jette l'opprobre sur le membre désobéissant: « Le service aux membres de l'OGB.L est notamment chargé [NDLR : oui, rappelez-vous, le membre a dû signer le contrat d'assistance juridique] d'engager une procédure de conciliation vis-à-vis de tout employeur. Par votre recours unilatéral à un avocat de votre choix, vous l'avez empêché de faire son travail jusqu'au bout, apparemment, selon votre avocat, parce que vous n'auriez pas accepté que soit faite une tentative d'arrangement, qui est pourtant le préalable à toute décision de vous accorder une protection juridique éventuelle. »

COTISEZ pour la gloire et la communauté

Le courrier, toujours accusateur, perd ensuite en clarté: « Je vous signale que la protection juridique d'un syndicat n'est pas comparable à une assistance juridique commerciale, mais qu'elle est payée avec la cotisation normale de chaque membre et consiste en une aide mutuelle gratuite sujette à conditions. »

L'emploi de la première personne du singulier supposerait-il que ces propos n'engagent que son auteur ? Rien ne permet de l'affirmer. L'auteur met toutefois en balance la protection juridique, - qui a une définition légale, avec l'assistance juridique commerciale, non autrement définie. On s'interroge. Qu'entend-on par commerciale ? Le fait de payer pour obtenir une assistance ? Le fait qu'une société puisse se faire de l'argent avec votre cotisation ? Et en quoi cette assistance différerait-elle d'une protection ? Parce que la protection est une aide mutuelle

gratuite et sujette à conditions, on vient de vous le dire !

Vous êtes embrouillés ? Nous aussi. Les statuts du Service information, conseil et assistance de l'OGB.L, A.s.b.l., publiés au Mémorial C n° 551 du 22/06/2011, p. 26424 prévoient pourtant dans leur article 15 que les « Les recettes de l'association consistent dans:

(...)

- les cotisations des membres;

(...)

L'énumération qui précède n'est pas limitative. (...) »

Or, la protection OGB.L soumise à cotisations ne répond pas spécifiquement à la définition de la gratuité sauf si par gratuit, on entend que l'a.s.b.l. prend les cotisations des membres et leur fournit des conseils et de l'aide qui ne lui coûteront rien, - la solidarité est le moteur du syndicat. En revanche, la mutualité est soumise à conditions : certains seront plus mutualisés que d'autres...

Vous l'aurez donc compris, mieux vaut se plier aux règles si vous ne voulez pas vous mettre à dos votre syndicat en plus de votre employeur.

Ceci étant dit, il n'est pas rare que l'employeur ne réponde pas à cette demande d'arrangement et, dans nombre de cas, la menace contentieuse reste lettre morte. Que s'est-il donc passé, qu'a-t-on pu dire pour que le salarié abandonne ?

L'accès au syndicat, pas à la justice

Il arrive au demeurant que l'employeur se manifeste mais que l'arrangement n'aboutisse pas. Si le département juridique de l'OGB.L le juge opportun, on fait appel à l'avocat, deuxième

étape du contrat d'assistance juridique préalablement évoqué. Or, là non plus, le choix n'est pas libre. Le département juridique l'impose. Et si d'aventure, le choix ne convient pas au membre, le contrat précité annonce que « l'assistance juridique est en principe refusée ».

Donc, au mieux, il y a analyse, au pire, on force le membre à prendre l'un ou l'autre « habitué » du syndicat. Par habitué, il faut entendre une relation obscure entre l'avocat et le syndicat, un secret bien gardé. L'OGB.L n'évoque ni contrat, ni critères de compétence ou de spécialisation, mais uniquement des « honoraires normaux reconnus par lui »... qui ont l'avantage d'alimenter l'imaginaire... ou les petits arrangements divers. Les hypothèses les plus plausibles sont le contrat au forfait séduisant, l'avocat se rattrapant sur la quantité de dossiers à traiter et/ou sur les dossiers plus faciles.

La notion d'avocat du syndicat est d'ailleurs une notion complètement entrée dans les mœurs.

L'opinion publique se passe le mot. **En fait, le syndicat tentera de dissuader le salarié de prendre tout autre avocat, au moyen, pourquoi pas, de courrier aussi fleuri que celui précédemment décortiqué. Il en ressort que la plupart du temps, le membre choisira l'habitué.** Les avocats rejetés enragent, pour le manque à gagner. Mais plus encore que les considérations économiques d'un corps de métier, ce procédé crée un problème d'accès au droit, qui passe par le libre choix de l'avocat et porte dès lors un autre coup à la défense effective des salariés que le syndicat clame protéger.

La Directive 87/344/CEE4), dont

l'acte de transposition en droit luxembourgeois est inconnu, précise que la garantie « protection juridique » doit faire l'objet d'un contrat distinct par l'assureur. Elle considère ensuite qu'il est de l'intérêt de l'assuré qu'il puisse choisir lui-même son avocat. Un arrêt de la Cour de Justice de l'UE du 7 novembre 20135) ne laisse la voie à aucune ambiguïté : « Le droit de l'assuré de choisir librement son représentant a une portée générale et une valeur obligatoire. Il ressort tant du onzième considérant de la directive 87/344 que de l'article 4, paragraphe 1, de celle-ci que l'intérêt de l'assuré en protection juridique implique que ce dernier ait la liberté de choisir lui-même son avocat [...] dans le cadre de toute procédure judiciaire ou administrative. Ainsi, il découle [...] que le libre choix de l'avocat par le preneur d'assurance ne peut pas être limité aux seules situations dans lesquelles l'assureur décide qu'il faut faire appel à un conseil externe ».

La question reste donc posée : quel type de protection juridique est proposé par le syndicat ? Car à se comporter comme un assureur, il pourrait bien se voir appliquer les principes juridiques afférents ou s'il s'inscrit en faux sur cette qualité d'assureur, se voir obligé à plus de transparence sur la prestation.

Et d'ailleurs, ne serait-il pas mieux venu que cette prestation soit effectivement sous-traitée à un véritable assureur ?

La question est d'autant plus importante que, disons-le, la raison principale qui va motiver un salarié à cotiser à un syndicat est la protection qu'il va pouvoir obtenir en cas de problème avec son employeur.

Et de tous les développements supra, est-il exagéré de parler de dol à la signature du bulletin d'adhésion,

viciant le consentement du futur membre ? A étudier la démographie des membres des syndicats, loin d'être familiers avec la chose juridique, ne peut-on entrevoir un abus de faiblesse ou du moins un manque de loyauté dans l'exécution des conditions contractuelles ?

A noter que les syndicats luxembourgeois contactés à maintes reprises, sont encore officiellement à la recherche de la personne compétente pour nous répondre. On peut cependant comprendre que la question de l'éclaircissement de la prestation fasse tiquer : si la prestation est dévalorisée, pas sûr que le nombre de membres ne dégringole pas au profit d'une véritable assurance, car l'assistance juridique par des « secrétaires » non-juristes pourrait ne pas suffire à attirer le chaland. Si la prestation est valorisée, alors les cotisations se verraient probablement augmentées, mais surtout, l'argent changerait d'escarcelle.

Par Laurence Raphael, Legimag n°12, décembre 2015, Crochet du droit

Giabboni