

# INFOS JURIDIQUES

## Flash sur le Droit du Travail

---

Publication mensuelle éditée par la CSL

Nr 5/10

Mai 2010

---

- 1) **Dispense de travail accordée à la demande écrite du salarié démissionnaire vaut résiliation du contrat de travail d'un commun accord** page 2
  
- 2) **Une succession de contrats avec maintien de l'emploi du salarié nonobstant l'utilisation d'autres moyens techniques de travail constitue un transfert d'entreprise - Interdiction de stipuler une nouvelle période d'essai** page 4
  
- 3) **Compétence territoriale des juridictions du travail - Esch-sur-Alzette, Diekirch ou Luxembourg - Quel tribunal choisir ?** page 7
  
- 4) **Incapacité de travail prolongée du salarié en période d'essai - Prolongation de la durée de l'essai limitée à un mois - application de la protection contre la résiliation de son contrat - L'employeur recouvre le droit de licencier au dernier moment** page 9



CHAMBRE DES SALAIRES  
LUXEMBOURG

18, rue Auguste Lumière L-1950 Luxembourg  
B.P. 1263 L-1012 Luxembourg  
T +352 48 86 16 1 F +352 48 06 14  
[www.csl.lu](http://www.csl.lu) csl@csl.lu

---

**Dispense de travail accordée à la demande écrite du salarié démissionnaire vaut résiliation du contrat de travail d'un commun accord:**

- absence de formalisme

- décharge de l'employeur du paiement des salaires à compter de la date de sa réponse

CSJ 18 août 2009, no 33833 du rôle

### Faits

Dans cette affaire, un salarié a relevé appel contre le jugement de première instance le déboutant de sa demande en paiement d'arriérés de salaire dirigée contre son employeur.

Engagé suivant contrat de travail à durée indéterminée, le salarié a démissionné de son poste de travail suivant lettre recommandée moyennant le préavis légal. Par courrier postérieur remis en mains propres à son employeur, le salarié démissionnaire a demandé d'être dispensé de l'exécution de son travail pendant la durée du préavis restant à courir tout en sollicitant de toucher son salaire jusqu'à la fin du préavis.

Par lettre recommandée, l'employeur se référant à l'actuel article L.124-9 paragraphe 2 du Code du travail a accordé à son salarié la dispense de travailler sollicitée tout en l'informant qu'en application du susdit article le contrat de travail est résilié d'un commun accord et prend fin à compter de ce jour.

Le salarié tient grief à la juridiction du premier degré en ce qu'elle a considéré que la dispense de travailler qui lui a été accordée suite à sa demande constitue une résiliation d'un commun accord du contrat de travail prenant effet à la date de l'écrit constatant l'accord de l'employeur et qu'il ne pourrait prétendre au maintien de son salaire pendant la durée du préavis restant à courir par opposition au salarié licencié.

### Raisonnement de la Cour

Le susdit article L.124-9 a la teneur suivante :

*(1) En cas de résiliation du contrat à l'initiative de l'employeur ou du salarié, l'employeur peut dispenser le salarié de l'exécution du travail pendant le délai de préavis. La dispense doit être mentionnée dans la lettre recommandée de licenciement ou dans un autre écrit remis au salarié.*

*Jusqu'à l'expiration du délai de préavis, la dispense visée à l'alinéa qui précède 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 ne peut pas prétendre aux avantages que représente le remboursement de frais occasionnés par le travail, notamment des indemnités de repas, des indemnités de déplacement ou des indemnités de trajet.*



*Le salarié bénéficiaire de la dispense de travailler est autorisé à reprendre un emploi salarié auprès d'un nouvel employeur; en cas de reprise d'un nouvel emploi, l'employeur est obligé, s'il y a lieu, de verser au salarié, chaque mois pour la durée de préavis restant à courir, le complément différentiel entre le salaire par lui versée au salarié avant son reclassement et celle qu'il touche après son reclassement. Le complément différentiel est soumis aux charges sociales et fiscales généralement prévues en matière de salaires.*

*(2) En cas de résiliation du contrat à l'initiative du salarié, la dispense de travailler sollicitée par écrit par le salarié et accordée par l'employeur constitue une résiliation d'un commun accord au sens des dispositions de l'article L. 124-13.*

L'article L.124-13 auquel renvoie le paragraphe 2 de l'article L.124-9 énonce :

*Le contrat de travail conclu à durée déterminée ou sans détermination de durée peut être résilié par le commun accord de l'employeur et du salarié.*

*Sous peine de nullité, le commun accord doit être constaté par écrit en double exemplaire signé par l'employeur et le salarié.*

La Cour estime que c'est par une application correcte de l'article L.124-9 du Code du travail que la juridiction du premier degré a considéré que les paragraphes premier et deuxième du susdit article traitent de deux hypothèses différentes, le premier du licenciement du salarié que l'employeur peut dispenser pour quelle que raison que ce soit de prêter son préavis tout en étant tenu de par l'effet de la loi de payer au salarié licencié les salaires échus et dus jusqu'à l'expiration du préavis, et le deuxième qui est claire et ne nécessite aucune interprétation, énonçant qu'en cas de démission, la dispense de travailler accordée à la demande du salarié constitue une résiliation d'un commun accord du contrat de travail prenant effet à la date de son attribution.

Selon la Cour, c'est encore à juste titre que le tribunal du travail a admis que le susdit article ne renvoie pas à l'article L.124-13 du même Code quant à d'éventuelles conditions de forme à respecter dans l'hypothèse visée par le deuxième paragraphe de l'article L.124-9, mais ne concerne que le sens à donner à la notion de « *résiliation d'un commun accord* » y prévue.

La Cour arrive donc à la conclusion que la conséquence de la résiliation inscrite dans les susdits articles est la même, à savoir la fin du contrat de travail à partir de l'acceptation par l'employeur de la demande de dispense de travailler pendant le préavis sollicitée par écrit par le salarié démissionnaire, ce qui implique qu'aucun salaire, contrepartie du travail accompli, n'est plus dû à compter de cette date.

**Une succession de contrats avec maintien de l'emploi du salarié nonobstant l'utilisation d'autres moyens techniques de travail constitue un transfert d'entreprise -**

**Interdiction de stipuler une nouvelle période d'essai**

CSJ 13 novembre 2008, n° 33669 du rôle

### Faits

Une salariée fait exposer devant la Cour d'appel qu'elle avait conclu un contrat de travail en date du 24 mars 2001 avec la société SOC 1.) S.A. en qualité d'agent d'entretien et qu'elle a été reprise en qualité de femme de charge en vertu d'un contrat de travail à durée indéterminée avec une période d'essai de trois mois conclu avec la société SOC 2.) s.à r.l., qui, par jugement du 4 novembre 2005, a été déclarée en état de faillite ; qu'elle a ensuite été reprise le jour même, à savoir en date du 4 novembre 2005, par la s.à r.l. SOC 3.) et qu'elle a finalement été engagée, suivant contrat de travail à durée indéterminée du 29 novembre 2005, par la S.A. X.).

La salariée fait valoir qu'il y a eu un transfert d'entreprise au sens de l'article L.127-2 du Code du travail entre la s.à.r.l. SOC 3.) et X.) S.A. ; qu'il y a de ce fait également eu un transfert de son contrat de travail, de sorte que la clause d'essai de trois mois figurant dans le contrat de travail du 29 novembre 2005 est nulle et de nul effet, conformément à l'article L.121-5(3) du Code du travail, la signature du contrat de travail avec X.) S.A. n'ayant été que la continuation des relations de travail existantes entre les parties.

### Raisonnement de la Cour

La Cour constate que le juge de première instance a fait une analyse exhaustive et saine de la théorie du transfert d'entreprise prévu à l'article L.127-2 du Code de travail et de ses conditions d'application et poursuit que c'est encore à bon escient que le tribunal a retenu que la première condition du transfert d'entreprise, à savoir la reprise du personnel, était remplie dans le cas d'espèce puisque la salariée a, nonobstant les transferts successifs des sociétés de nettoyage, travaillé continuellement et sans interruption pendant une période de 5 années pour la même société et au même endroit.

Cependant, contrairement à l'opinion des juges de première instance et tel que le fait plaider à bon droit la salariée, le critère de la persistance d'un ensemble de moyens de production organisés est bien donné en l'espèce, même si les produits d'entretien et le matériel de nettoyage ayant changé lorsque l'appelante a commencé à travailler pour la société X.) .

En effet l'article L.127- 2 du Code de travail définit le transfert d'entreprise comme « celui d'une entité économique qui maintient son identité et qui constitue un ensemble organisé de moyens, notamment personnels et matériels, permettant la poursuite d'une activité économique essentielle ou accessoire ».

Il en résulte, - à ce titre doctrine et jurisprudence s'accordent pour dire - que ce qui est déterminant pour l'application de la théorie du transfert d'entreprise c'est la survie du poste de travail, en d'autres termes, il faut que l'activité du salarié se perpétue.

La poursuite d'une activité identique ou similaire est une condition du maintien des salariés dans leur emploi, point n'est besoin de l'existence d'un lien de droit entre les employeurs successifs.

La jurisprudence est unanime pour retenir qu'il y a identité d'entreprise poursuivant son cours en cas de conclusion avec un nouveau fournisseur d'un simple contrat de service de nettoyage de locaux, peu importe que le matériel et ses fournitures aient été changés, que d'autres moyens techniques soient utilisés, dès l'instant où ils n'ont pas eu pour effet d'entraîner la disparition de l'emploi de l'intéressé.

Dès lors, si l'emploi dans lequel était occupée l'intéressée existait toujours, même si les produits et le matériel ont changé, le transfert d'entreprise est parfait.

Admettre le contraire aboutirait en effet à permettre au nouvel employeur de faire échec à l'application de la théorie du transfert d'entreprise, dès lors au principe de la stabilité de l'emploi et des garanties qui en découlent pour le salarié, en changeant simplement et uniquement les produits d'entretien ainsi que le matériel de nettoyage.

En fait, la règle de l'article 127-2 du Code de travail n'est écartée que lorsque des différences importantes dans les moyens techniques mis en œuvre ou dans les conditions de fonctionnement du service ne permettaient pas de considérer que la même entreprise avait continué avec les mêmes emplois.

En l'espèce, il résulte clairement de la déposition sous la foi du serment d'un témoin que si les produits utilisés par l'appelante dans le cadre de son travail ont dû être adaptés à la législation en vigueur dans l'industrie alimentaire, le travail ainsi que l'organisation du travail de cette dernière n'ont pas changé au cours des 5 dernières années de service.

### Conclusion de la Cour

Même si une certaine réorganisation devenait indispensable, même si des modifications étaient apportées dans les modalités du nettoyage par des produits nouveaux ainsi que par du matériel différent, l'activité économique de la nouvelle entreprise n'a pas changé et le poste de travail de la salariée est resté le même, de sorte que, par réformation du jugement de première instance, il y a lieu de retenir qu'il y a bien eu en l'occurrence transfert d'entreprise au sens de l'article L. 127-2 du Code de travail.

D'après l'article L.127-3 du Code du travail: « les droits et les obligations qui résultent pour le cédant d'un contrat de travail ou d'une relation de travail existant à la date du transfert sont, du fait de ce transfert, transférés au cessionnaire ».

Doit par conséquent être déclaré nul le nouveau contrat avec clause d'essai conclu avec la salariée comme la privant des garanties prévues par l'article L.127-2 et 3 du Code de Travail.

En conséquence, la clause d'essai conclu entre les parties est nulle conformément à l'article L.121-5(3) du même code, Le licenciement aurait donc dû intervenir moyennant respect du délai de préavis normal dans le cadre d'un CDI définitif, soit 2 mois, et non seulement 15 jours. La demande de la salariée en paiement de la différence, soit d'une indemnité compensatoire de préavis de 1 mois et demi de salaire est dès lors, fondée quant à son principe et son montant.

La demande de la salariée tendant au paiement d'une indemnité de départ d'un mois de salaire est encore fondée sur base de l'article L.124-7 du Code de travail alors qu'elle bénéficiait à l'expiration du délai de préavis d'une ancienneté de service de 5 années.



## Compétence territoriale des juridictions du travail - Esch-sur-Alzette, Diekirch ou Luxembourg – Quel tribunal choisir ?

Arrêt de la Cour d'appel du 4 mars 2010, numéro 33869 du rôle

### Article 47 du Nouveau Code de procédure civile (Extraits)

En matière de contestations relatives aux contrats de travail [...], la juridiction compétente est celle du lieu de travail.

Lorsque celui-ci s'étend sur le ressort de plusieurs juridictions, est compétente la juridiction du lieu de travail principal.

Lorsque le lieu de travail s'étend sur tout le territoire du Grand-Duché, est compétente la juridiction siégeant à Luxembourg.

### La répartition des cantons et communes entre les trois tribunaux du travail (Art.1 de la loi modifiée du 7 mars 1980 sur l'organisation judiciaire)

Les tribunaux de travail sont localisés au niveau des justices de paix.

Il y a trois justices de paix au Luxembourg : une à Luxembourg, une à Esch/Alzette et une à Diekirch.

La justice de paix de Luxembourg comprend les cantons de Luxembourg, Grevenmacher, Mersch, Remich et les communes de Garnich, Hobscheid, Kehlen, Koerich, Kopstal, Mamer, Septfontaines et Steinfort, celle d'Esch/Alzette comprend les cantons d'Esch/Alzette et les communes de Bascharage, Clemency et Dippach, celle de Diekirch comprend les cantons de Diekirch, Clervaux, Echternach, Redange, Vianden et Wiltz.

### Faits

Le salarié F. a été engagé par l'association à but non lucratif G., ayant son siège à Schifflange, par contrat à durée déterminée (CDD) du 1<sup>er</sup> août 2005 au 31 janvier 2006, en qualité de clown.

Par avenant du 30 janvier 2006, son contrat a été prolongé jusqu'au 31 janvier 2007.

Par requête du 15 mars 2007, F. a saisi le Tribunal du travail de Luxembourg pour demander la requalification de son CDD en contrat de travail à durée indéterminée (CDI) et voir déclarer abusif le licenciement sans préavis légal intervenu à son encontre le 26 janvier 2007.

Pour sa défense, l'employeur a invoqué l'incompétence du Tribunal du travail de Luxembourg en se basant sur une clause du contrat de travail qui énonce que le lieu de travail principal du salarié se trouve à Schifflange.

### Arguments du tribunal

Face au problème de recevabilité soulevé par l'employeur, le salarié aurait dû prouver que contrairement aux dispositions de son contrat de travail (le lieu de travail principal du salarié se trouve à Schifflange), il travaillait sur tout le territoire du Grand-duché de Luxembourg.

A défaut de rapporter cette preuve, les juges ont appliqué la clause invoquée par l'employeur.

Par un jugement du 8 mai 2008, le Tribunal du travail de Luxembourg s'est donc déclaré territorialement incompétent pour statuer sur cette requête.

### Appel du salarié

F. a contesté ce jugement d'incompétence devant la Cour d'appel<sup>1</sup>.

Il affirme que son lieu de travail s'étendait sur tout le territoire national et que son lieu de travail principal se trouvait à Strassen. Pour établir ses affirmations, il verse au dossier ses décomptes de frais de route.

La Cour d'appel conclut sur base des pièces versées en cause que le salarié n'a pas exercé son emploi de clown au siège social à Schifflange, mais qu'il a réalisé de nombreux déplacements à travers le Luxembourg, notamment dans l'arrondissement judiciaire de Luxembourg et plus particulièrement à Bertrange, respectivement à Strassen.

Le Tribunal du travail de Luxembourg aurait donc dû se déclarer compétent, conformément à l'article 47 du Nouveau Code de procédure civile.

L'affaire est donc renvoyée devant cette juridiction afin qu'elle examine le fond du litige.

### Importance du choix de la juridiction compétente

Si la Cour avait confirmé le jugement de première instance, la demande du salarié aurait été définitivement irrecevable devant le Tribunal du travail de Luxembourg.

Il aurait donc dû déposer une nouvelle requête devant le Tribunal du travail d'Esch-sur-Alzette, à condition qu'il soit toujours dans le délai pour agir contre le licenciement abusif.

A noter que ce délai est de trois mois<sup>2</sup>, mais qu'il peut être interrompu par une réclamation formelle introduite par le salarié auprès de son employeur, faisant alors courir un nouveau délai de 12 mois. La jurisprudence considère qu'une action judiciaire dans le délai de trois mois devant un tribunal territorialement incompétent vaut réclamation. Cette action interrompt donc le délai de trois mois et fait courir le nouveau délai d'un an. Par contre, si pendant dans ce délai d'une année, l'action n'est pas valablement réintroduite devant le tribunal réellement compétent, elle sera déclarée irrecevable.

<sup>1</sup> Il n'existe qu'une seule Cour d'appel siégeant à Luxembourg.

<sup>2</sup> à partir de la notification du licenciement ou de sa motivation ou de l'expiration du délai accordé par l'employeur pour communiquer les motifs.



**Incapacité de travail prolongée du salarié en période d'essai - Prolongation de la durée de l'essai limitée à un mois - application de la protection contre la résiliation de son contrat – L'employeur recouvre le droit de licencier au dernier moment**

**Arrêt de la Cour d'appel du 4 mars 2006, numéro 29896 du rôle**

### Faits

Le salarié T. a été engagé suivant contrat de travail à durée indéterminée du 11 août 2003 prévoyant une période d'essai de 3 mois.

Le 1<sup>er</sup> octobre 2003, il arrive en retard à son lieu de travail et quand le concubin de sa patronne lui a fait des remontrances à ce sujet, il lui porte des coups.

Le salarié se met ensuite en congé de maladie tout le mois d'octobre et jusqu'au 14 décembre 2003, suivant plusieurs certificats médicaux dûment envoyés à l'employeur.

L'employeur le licencie avec effet immédiat en date du 10 décembre 2003.

Le salarié saisit le Tribunal du travail, car il s'estime abusivement licencié. Le Tribunal a rejeté sa demande. Il a interjeté appel.

### Position de la Cour d'appel

#### *Prolongation de la période d'essai*

L'incapacité de travail du salarié en période d'essai entraîne la prolongation de cette période pour la durée de l'absence. Si l'incapacité est supérieure à 1 mois, la prolongation de l'essai reste toutefois limitée à un mois.

En l'espèce, la période d'essai, initialement de 3 mois et expirant le 11 novembre 2003, a été prolongée à hauteur d'un mois, soit jusqu'au 11 décembre 2003.

Le licenciement contesté est donc intervenu pendant la période d'essai, mais à une date où le salarié était absent pour incapacité de travail.

#### *Protection contre le licenciement pas illimitée*

La période d'essai met en conflit d'une part le principe d'une résiliation aisée du contrat sans indication des motifs et d'autre part le principe de protection du salarié contre tout licenciement pendant sa maladie.

En effet, l'interdiction de licencier pendant l'incapacité de travail du salarié s'applique également pendant la période d'essai. Mais l'employeur est obligé de mettre fin au contrat à l'essai avant l'expiration de la période d'essai convenue afin d'éviter que le contrat de travail ne se transforme en contrat à durée indéterminée. De ce fait, il recouvre nécessairement la liberté de résilier le contrat à l'essai à la fin de la période de prolongation maximale de ce dernier, même si le salarié est toujours en incapacité de travail.

Il en résulte que le licenciement avec effet immédiat pour motif grave de Monsieur T., intervenu le dernier jour avant l'expiration de la période d'essai prolongée, n'est pas abusif en dépit de la maladie du salarié.

**Motif grave**

Un motif grave doit être invoqué dans le délai d'un mois à partir du fait ou de la connaissance du fait invoqué par l'employeur pour résilier le contrat de travail du salarié qui en est l'auteur. La suspension du droit de licencier pendant l'incapacité de travail du salarié s'applique au licenciement pour motif grave. Il en résulte que si à l'expiration de ce délai d'un mois, le salarié se trouve en congé de maladie dûment justifié, ce délai est prolongé pendant la durée de l'incapacité de travail pour expirer le jour suivant la fin de l'interdiction de licencier.

L'employeur de T. pouvait donc valablement invoquer les faits survenus le 1<sup>er</sup> octobre 2003, à savoir avoir frappé le concubin de la patronne qui lui faisait des reproches quant à son arrivée tardive sur son lieu de travail. Ce fait constitue un motif grave justifiant son licenciement avec effet immédiat.

**Application au licenciement avec préavis pendant l'essai d'un salarié malade de façon prolongée**

Rappelons que le délai de préavis<sup>3</sup> doit se situer dans la période d'essai. A défaut, le contrat de travail devient définitif et l'employeur doit respecter les forme et délais d'un licenciement « normal ».

<sup>3</sup> Le délai de préavis à respecter dépend de la durée de la période d'essai initialement convenue selon le tableau ci-dessous :

Durée de la période d'essai	Délai de préavis à respecter
2 semaines	résiliation impossible, sauf faute grave
3 semaines	3 jours
4 semaines	4 jours
1 mois	15 jours
2 mois	15 jours
3 mois	15 jours
4 mois	16 jours
5 mois	20 jours
6 mois	24 jours
7 mois	28 jours
8 mois	1 mois
9 mois	1 mois
10 mois	1 mois
11 mois	1 mois
12 mois	1 mois

A noter que le délai de préavis se compte en jours de calendrier et non en jours ouvrables (les samedi et dimanche sont décomptés). Le préavis débute le lendemain de l'envoi de la lettre recommandée de résiliation ou le jour de sa remise en mains propres contre signature d'un récépissé.

Selon l'arrêt objet du présent exposé, la jurisprudence reconnaît que l'employeur peut licencier le salarié malgré sa maladie, mais uniquement au tout dernier moment, lorsque le contrat risquerait de se transformer en contrat définitif, en l'absence de manifestation de volonté de résiliation des parties.

L'employeur doit donc procéder au calcul suivant pour déterminer la date à laquelle il peut prononcer la résiliation du contrat <sup>4</sup>:

Date du licenciement = date initiale de la fin de l'essai  
+ prolongation en raison de la maladie (maximum 1 mois)  
- durée du préavis à respecter.

Tout licenciement notifié avant cette date est abusif car intervenant en période de maladie du salarié. Tout licenciement notifié après cette date suivant les règles simplifiées de la période d'essai sera irrégulier en la forme puisqu'il aurait dû respecter les forme et délais du licenciement « normal » et l'employeur devra motiver sa décision.<sup>5</sup>

#### **Application au salarié T. :**

**Il était soumis à une période d'essai de 3 mois à partir du 11 août 2003. Il a été en maladie à partir du 1<sup>er</sup> octobre 2003, sans qu'il ne revienne travailler.**

**Sa période d'essai a été prolongée d'un mois, soit jusqu'au 11 décembre 2003.**

**Pour une période d'essai de 3 mois, le préavis est de 15 jours.**

**L'employeur aurait pu résilier son contrat sans devoir motiver sa décision le :**

**11 novembre + 1 mois (= 11 décembre) – 15 jours = 27 novembre 2003.**

Contrairement à l'arrêt commenté, certaines jurisprudences ont admis que l'employeur prononce la résiliation du contrat avant cette date, à condition de prévoir comme fin du contrat la date de fin de l'essai prolongé.

#### **Application au salarié T. :**

**L'employeur aurait pu résilier son contrat à partir du 1<sup>er</sup> novembre avec effet au 11 décembre 2003.**

Même interprétation dans l'ouvrage «L'employeur confronté à la maladie du salarié », Jean-Luc Putz, Pierrot Schiltz, Promoculture, Guide pratique

<sup>5</sup>