



# INFOS JURIDIQUES

Flash sur le Droit social

## NEWSLETTER

N° 11/2015 décembre 2015

**1. Période d'essai:** La durée de la période d'essai est définie en fonction de l'existence d'un CATP ou diplôme équivalent et non pas en fonction de l'expérience professionnelle. p.1

**2. Transaction:** Le consentement de la salariée doit être donné après réflexion mûre et éclairée. p.3

**3. CDD:** Précisions à indiquer dans le contrat écrit, sous peine de requalification en CDI. p.5

**4. Faute grave d'un délégué du personnel:** Demande en résolution du contrat de travail pour vol domestique: demande non-fondée en raison du fait que la relation de travail a été maintenue pendant 15 mois après que le vol a été établi. p.6

**5. DROIT EUROPÉEN:** La passation de marchés publics peut être subordonnée par la loi à un salaire minimal. p.8

### 1. La durée de la période d'essai est définie en fonction de l'existence d'un certificat d'aptitude technique ou diplôme équivalent et non pas en fonction de l'expérience professionnelle.

Arrêt de la Cour d'appel du 12 novembre 2015,  
n° 40340 du rôle

#### La procédure suivie

Par jugement du 12 juillet 2013, le Tribunal du travail de Luxembourg a déclaré irrégulier le licenciement du 15 septembre 2011 du salarié A par l'employeur, la société B, et a condamné celle-ci à payer au salarié le montant de 4.325.- euros.

Le tribunal a retenu que le salarié n'avait pas accompli une formation professionnelle d'au moins le niveau du CATP et, appliquant l'article L. 121-5, paragraphe 2, du Code du travail, a réduit la clause d'essai de six mois insérée au contrat de travail à trois mois. Il a aussi retenu qu'au moment du licenciement le contrat de travail était définitif et que le licenciement qui n'était pas motivé par une faute grave était irrégulier. Le tribunal a évalué les préjudices matériel et moral au montant de 4.325.- euros, qui correspond à deux mois de préavis, délai que l'employeur aurait dû observer.

Le 21 août 2013, la société B a régulièrement formé appel contre le jugement.

#### Le cadre juridique

L'article L. 121-5 du Code du travail dispose :

« (1) Sans préjudice des dispositions de l'article L. 122-8, alinéa 2, le contrat de travail conclu pour une durée indéterminée peut prévoir une clause d'essai.

(2) La période d'essai convenue entre parties ne peut être inférieure à deux semaines, ni supérieure à six mois.

Par dérogation aux dispositions de l'alinéa qui précède, la période maximale d'essai ne peut excéder: trois mois pour le salarié dont le niveau de formation professionnelle n'atteint pas celui du certificat d'aptitude technique et professionnelle de l'enseignement secondaire technique; douze mois



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

pour le salarié dont le salaire mensuel brut de début atteint un niveau déterminé par voie de règlement grand-ducal.

...

(3) ...

(4) Il ne peut être mis fin unilatéralement au contrat à l'essai pendant la période d'essai minimale de deux semaines, sauf pour motif grave conformément à l'article L. 124-10.

Sans préjudice des dispositions de l'alinéa qui précède, il peut être mis fin au contrat à l'essai dans les formes prévues aux articles L. 124-3 et L. 124-4; ...

...

(5) ... »

**L'article L. 122-11 a la teneur suivante :**

« (1) Le contrat de travail conclu pour une durée déterminée peut prévoir une clause d'essai conforme aux dispositions de l'article L. 121-5.

Lorsque le contrat ne comporte pas de terme précis, la période d'essai est calculée par rapport à la durée minimale du contrat.

(2) ...

(3) Il peut être mis fin au contrat comportant une clause d'essai dans les formes et sous les conditions prévues à l'article L. 121-5.

(4)... »

## La durée de la clause d'essai

### **Les positions des parties**

L'employeur critique le jugement en ce qu'il a réduit la clause d'essai à trois mois en constatant que le salarié n'avait pas de diplôme d'un niveau équivalent au CATP (certificat d'aptitude technique et professionnelle) de l'enseignement secondaire technique. Il considère que le tribunal aurait dû rechercher si le salarié n'avait pas un niveau de forma-

tion équivalent au vu de son expérience professionnelle.

Le salarié ayant exercé la profession de peintre en bâtiment pendant au moins six années après avoir été à l'école primaire et à l'école secondaire jusqu'en 1995, il aurait exercé cette profession pendant trois années de plus que les trois années de formation qui conduisent au certificat d'aptitude technique et professionnelle.

La période d'essai aurait été valablement fixée à six mois.

Le salarié soutient que la clause d'essai ne pourrait pas dépasser les trois mois au cas où le salarié n'a pas un niveau de formation professionnelle d'au moins le CATP. L'expérience professionnelle ne constituerait pas le critère légal.

### **L'appréciation de la Cour**

**En excluant la possibilité de prévoir une clause d'essai jusqu'à six mois et en limitant la durée de la période d'essai à trois mois si le salarié n'a pas un niveau de formation professionnelle d'au moins le certificat d'aptitude technique et professionnelle de l'enseignement secondaire technique, l'article L. 121-5 vise les aptitudes professionnelles acquises durant un cycle de formation d'un établissement d'enseignement et documentées par un diplôme et ne prend pas en considération l'expérience professionnelle du salarié.**

En effet, le fait de travailler et d'acquérir une expérience professionnelle constitue un processus d'acquisition d'aptitudes professionnelles distinct d'un cursus de formation professionnelle. **Le législateur ne fait référence qu'à la formation professionnelle et ne prévoit pas que le degré de l'expérience professionnelle est à déterminer et à prendre en considération en vue de la fixation de la durée de la période d'essai.**

En fait, il est établi que le salarié A n'a ni suivi ni accompli avec succès une formation professionnelle du niveau du

certificat d'aptitude technique et professionnelle de l'enseignement secondaire technique luxembourgeois. Il ne dispose ni de ce certificat ni d'un certificat équivalent ni d'un diplôme documentant une formation professionnelle d'un niveau plus élevé.

Contrairement à ce que soutient l'employeur, il ne résulte pas des éléments du dossier tels que soumis à l'appréciation de la Cour que le salarié A, né le 31 janvier 1982, ait acquis un niveau équivalent au CATP de par sa scolarisation en écoles primaire et secondaire jusqu'en 1995, et de par l'exercice du métier de peintre en bâtiment de 2002 à 2005 au Portugal, de 2007 à 2009 auprès de sociétés intérimaires, et de 2009 à 2010 auprès d'une entreprise au Luxembourg.

Il n'est pas prouvé que cette expérience professionnelle pendant « au moins six années après son secondaire », soit « trois années de plus que la formation requise pour obtenir le CATP », soit à considérer comme formation professionnelle du niveau d'au moins le CATP. Même si on admettait, comme l'employeur, que l'article L. 121-5 du Code du travail permet de prendre en considération l'expérience professionnelle au même titre que la formation professionnelle documentée par un diplôme, il n'est pas établi que les conditions de l'insertion d'une clause d'essai de six mois soient remplies.

Dès lors, le salarié A n'ayant pas accompli une formation professionnelle du niveau d'au moins le CATP, c'est à juste titre qu'en application de l'article L. 121-5, paragraphe 2, du Code du travail, le Tribunal du travail a réduit la durée de la période d'essai à trois mois courant à partir du 18 avril 2011, date du début de la relation de travail, et a retenu que le licenciement du 15 septembre 2011 constitue la résiliation d'un contrat définitif.

## 2. Transaction : le consentement de la salariée doit être donné après réflexion mûre et éclairée.

### Arrêt de la Cour du 10 décembre 2015, n° 41238 du rôle

#### Faits

Par jugement rendu en date du 3 avril 2014 le Tribunal du travail de Luxembourg a annulé une convention transactionnelle signée le 4 avril 2012 entre la salariée A et la société B.

Pour prononcer la nullité de la transaction conclue, les premiers juges ont, en suivant l'argumentation développée en ordre subsidiaire par la salariée A, retenu qu'elle se caractériserait par une asymétrie financière certaine et anormale au profit de l'employeur.

Par exploit du 8 mai 2014 la société B a interjeté appel contre le jugement en question.

#### Procédure d'appel

##### Position de la salariée

La salariée fait valoir en ordre principal que son consentement à la transaction n'aurait pas été donné valablement.

« La salariée maintient en effet que son consentement n'a pas été librement donné, mais a été extorqué par violence et n'est donc pas valable conformément à l'article 1109 du code civil, sinon n'a pas été donné de façon éclairée ;

En effet, le fait de convoquer la salariée, le jour même de son retour après plus de 5 mois d'absence dus à un arrêt maladie, à une réunion en présence des deux dirigeants de l'employeur et de son avocat, de l'accuser d'un délit pénal, puis de la menacer d'une plainte et de poursuites si elle ne signait pas immédiatement une transaction pré-rédigée unilatéralement, sans lui en expliquer la teneur, ni les conséquences, était indéniablement destiné à impressionner la salariée ;

Dans ce contexte, les menaces formulées par l'employeur à l'encontre de la salariée si celle-ci ne signait pas

immédiatement la transaction doivent être considérées comme illégitimes et partant constitutives de violences ;

En effet, la menace par l'employeur de porter plainte contre un salarié pour vol commis par lui avec comme intention de le contraindre à conclure une transaction désavantageuse constitue une violence morale illégitime ;

Les affirmations de la partie adverse selon lesquelles la salariée aurait bénéficié d'explications détaillées, aurait été traitée avec bienveillance et invitée à la réflexion sont formellement contestées ;

La réunion n'a duré en tout et pour tout qu'une demi-heure, et la salariée s'est retrouvée totalement prise au dépourvu et harcelée par son employeur dont la stratégie et le discours avaient été habilement préparés bien avant ladite réunion, comme en atteste d'ailleurs le fait que l'ensemble des documents, y compris la transaction, était entièrement finalisé et prêt à être signé ;

Or, en raison de son état la salariée était particulièrement impressionnable et vulnérable ;

La mise en scène de l'employeur démontre à suffisance sa volonté de prendre la salariée par surprise et de tirer parti de son état ;

Le consentement de la salariée ayant été obtenu sous la violence, la transaction est nulle ;

De plus, ce consentement ne saurait avoir été donné de façon éclairée, la transaction encourageant donc la nullité également de ce chef ».

##### Position de l'employeur

Pour établir que la décision de la salariée A de consentir à la transaction a été mûrement réfléchie, la société B a formulé une offre de preuve par l'au-

dition de témoins qui est de la teneur suivante :

« En date du 4 avril 2012, vers 10H00 du matin, sans préjudice quant aux date et heure exactes, Monsieur F.) a convoqué la dame A à une réunion, réunion où étaient également présents Madame C.), employée de la société B. et Me XY en sa qualité de conseil de ladite société.

Une fois les personnes en question réunies, tant Monsieur F.) que Me XY ont fait savoir à Madame A les tenants et aboutissants de la réunion, et notamment que son employeur estimait, sur base d'indices précis, graves et concordants, qu'elle avait commis des vols à son préjudice.

Monsieur F.) et Me XY ont exposé à Madame A dans ce contexte que l'employeur avait découvert qu'elle avait commis divers actes selon un modus operandi bien défini et qui étaient, à ses yeux, susceptibles de revêtir une qualification pénale.

Me XY lui a ensuite expliqué que dans les conditions données, son employeur ne pouvait plus la conserver à son service, eu égard à la perte de confiance irrémédiable provoquée par les actes lui reprochés, et lui a fait part de l'intention de sa mandante de la licencier et de l'éventualité de déposer une plainte pénale à son encontre.

Ensuite, la dame A s'est vue remettre sa lettre de licenciement.

Ensuite Me XY a réexposé la situation dans laquelle se trouvaient les parties et le souhait que l'employeur de Madame A manifestait, à savoir celui de lui épargner les désagréments et conséquences susceptibles d'être induites de la situation.

Il lui a notamment expliqué que son employeur ne voulait en aucun cas la soumettre à une quelconque pression, mais qu'au contraire, il voulait lui donner

la possibilité de prendre une décision en connaissance de cause en faisant état des deux possibilités qui s'offraient à elle :

- soit s'exposer au dépôt d'une plainte pénale avec une constitution de partie civile ;

- soit convenir d'un arrangement entre parties, au travers d'une transaction en bonne et due forme, afin de terminer de manière amiable toutes les contestations nées, à brève échéance.

Après lui avoir présenté les deux alternatives en question, il a encore été dit à Madame A que son employeur lui laissait le temps de la réflexion et qu'elle pouvait prendre son temps afin qu'elle puisse faire un choix éclairé.

Madame A, informée des griefs lui reprochés, n'a pas contesté les accusations de vol.

Elle a toutefois demandé à connaître exactement tous les motifs de son licenciement et a demandé de pouvoir lire l'exposé détaillé des reproches formulés à son encontre.

Après lecture attentive des motifs, Madame A a commenté les motifs un par un et s'en est expliquée.

Elle a notamment admis la plupart des faits qui lui étaient reprochés.

Ensuite, Me XY a repris la parole et, tout en rappelant les points qu'il avait exposés à Madame A en début de réunion, l'a remise en face de l'alternative qui s'offrait à elle. A cette occasion, Me XY lui a expliqué qu'elle avait une totale liberté de choix, et qu'au cas où elle n'était pas d'accord avec l'arrangement proposé, l'employeur respecterait son point de vue.

Me XY lui a expliqué calmement et en des termes non équivoques, qu'il lui était loisible d'avoir sa propre vision des faits, qu'elle avait des droits, qu'elle devait réfléchir et prendre une décision sereine et qu'elle ne devait pas interpréter la

démarche de son employeur comme une menace, mais qu'elle ne visait qu'à l'informer et à lui faire connaître le point de vue de son employeur.

Madame A s'est alors vue remettre un exemplaire de la transaction, afin qu'elle puisse en prendre connaissance.

Après qu'elle ait lu de manière attentive et minutieuse les termes de la transaction, Monsieur F.) lui a encore rappelé que bien que la situation lui causait de la peine alors qu'il la connaissait de longue date, il n'était cependant pas possible à l'employeur de garder à son service une personne au sujet de laquelle il avait de bonnes raisons de penser qu'elle avait commis des vols à son préjudice.

Il lui a encore rappelé qu'il était très déçu de ce qu'elle avait fait et que si elle avait eu besoin d'argent, il lui aurait simplement suffi de venir lui en parler et qu'il l'aurait soutenue financièrement avec ses propres deniers.

Lors de sa conversation avec Monsieur F.), Madame A a une nouvelle fois admis avoir commis la plupart des actes lui reprochés.

Après près de 1H30 de réunion, sans préjudice quant à la durée exacte, et d'échanges courtois entre parties, Madame A a demandé à pouvoir se retirer, le temps de la réflexion.

Après quelque 10 minutes de réflexion, Madame A est revenue et a déclaré à ses interlocuteurs qu'elle avait conscience des risques qu'elle encourait et qu'elle savait à quoi elle s'engageait en donnant son consentement à la transaction qui lui avait été proposée.

Madame A était parfaitement lucide ainsi qu'en témoigne le fait qu'elle a cherché à négocier le contenu de la transaction, notamment en tentant d'obtenir davantage de concessions de la part de son employeur, en essayant de faire monter les enchères et en réclamant, outre les concessions initialement prévues, un

montant indemnitaire supplémentaire, ce que l'employeur a cependant refusé.

En dépit de ce refus, Madame A a finalement fait savoir qu'elle acceptait l'arrangement et a, partant signé la transaction en deux exemplaires et cela en toute connaissance de cause.

La réunion a duré plus d'1H30 et s'est déroulée en bonne intelligence, dans un climat calme et serein.

Lors de cette réunion, l'employeur s'est efforcé d'informer la dame A de la situation et des droits de chacune des parties, afin de lui permettre de décider en connaissance de cause de l'opportunité de conclure l'arrangement proposé et de donner un consentement éclairé dans ce contexte ».

#### **Appréciation de la Cour d'appel**

Lors de la réunion du 4 avril 2012, l'un des dirigeants de l'entreprise, assisté de l'avocat de cette dernière et d'un membre du personnel, a remis à la salariée une lettre de licenciement avec préavis. La transaction soumise ensuite à la salariée A avait été préparée minutieusement à l'avance par l'avocat de la seule société B, à l'insu de la salariée et partant sans que cette dernière ou son propre avocat aient pu collaborer à son élaboration.

L'objet de la réunion du 4 avril 2012, qui a eu lieu à l'issue d'un congé de maladie de plusieurs mois de A, ne lui avait pas été annoncé, de sorte qu'elle n'était pas assistée d'un avocat ou d'une autre personne. De l'aveu même de l'employeur, les discussions qui ont été menées n'ont duré qu'environ une heure et demie et la salariée a signé après s'être retirée pendant une dizaine de minutes.

Par conséquent, le consentement de A, donné sans réflexion mûre et éclairée, n'est pas valable. A défaut de consentement valable des deux parties, la transaction est à annuler.

### 3. CDD : précisions à indiquer dans le contrat écrit, sous peine de requalification en CDI.

Arrêt de la Cour d'appel du 29 octobre 2015, n° 40996 du rôle  
Arrêt de la Cour d'appel du 30 novembre 2015, n° 41437 du rôle

#### Faits

Arrêt 1 : CDD conclu pour remplacer un salarié absent

La salariée A a été engagée via deux CDDs renouvelés par avenant pour la même tâche d'hôtesse de caisse sans que les contrats ne précisent l'identité de la personne qui était remplacée.

L'employeur soutient et offre de prouver par l'audition de témoins que les contrats conclus les 11 avril 2011 et 29 avril 2012 auraient été destinés à remplacer deux salariées distinctes, successivement absentes, à savoir Mme VA, absente du 28 décembre 2010 au 16 novembre 2011 (congé de maternité, congé parental à plein temps) et Mme VW, absente du 18 septembre 2011 au 5 janvier 2013 (dispense de travail, congé de maternité, congé parental à plein temps, congés personnels).

Arrêt 2 : CDD conclu pour accroissement temporaire d'activité

L'article 1er du CDD conclu avec le salarié B dit que « Monsieur A.) est engagé par la société SOC1.) en vue de faire face à un accroissement temporaire d'activité consécutif à une nouvelle commande ».

#### Dispositions légales applicables

##### Art. L. 122-1 du Code du travail

(1) Le contrat de travail à durée déterminée peut être conclu pour l'exécution d'une tâche précise et non durable; il ne peut avoir pour objet de pourvoir durablement à un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise.

(2) Sont notamment considérés comme tâche précise et non durable au sens des dispositions du paragraphe (1):

1. le remplacement d'un salarié temporairement absent ou dont le contrat de travail est suspendu pour des motifs autres qu'un conflit

collectif de travail ou le manque de travail résultant de causes économiques ou d'intempéries, ainsi que le remplacement d'un salarié sous contrat à durée indéterminée dont le poste est devenu vacant, dans l'attente de l'entrée en service effective du salarié appelé à remplacer celui dont le contrat a pris fin;

[...]

5. l'exécution d'une tâche précise et non durable en cas de survenance d'un accroissement temporaire et exceptionnel de l'activité de l'entreprise ou en cas de démarrage ou d'extension de l'entreprise;

[...]

##### Art. L. 122-2 du Code du travail

(1) Sans préjudice des dispositions de l'article L. 121-4, le contrat de travail conclu pour une durée déterminée doit comporter, outre la définition de son objet, les indications ci-après:

1. lorsqu'il est conclu pour une durée précise, la date d'échéance du terme;
2. lorsqu'il ne comporte pas de date d'échéance du terme, la durée minimale pour laquelle il est conclu;
3. lorsqu'il est conclu pour le remplacement d'un salarié absent, le nom du salarié absent. Au cas où il s'agit d'un remplacement indirect d'un salarié absent pour cause de congé parental, le contrat indiquera le nom de ce salarié, même si le remplacement s'effectue sur un autre poste;
4. la durée de la période d'essai éventuellement prévue;
5. le cas échéant, la clause de renouvellement visée à l'article L. 122-5, paragraphe (1).

(2) A défaut d'écrit ou d'écrit spécifiant que le contrat de travail est conclu pour une durée déterminée, celui-ci est présumé conclu pour une durée indéterminée; la preuve contraire n'est pas admissible.

##### Art. L. 122-9 du Code du travail

Tout contrat conclu en violation des dispositions des articles L. 122-1, L. 122-3, L. 122-4, L. 122-5 et L. 122-7 est réputé à durée indéterminée.

#### Position de la Cour d'appel quant à la qualification du contrat : CDD ou CDI

Arrêt 1 : CDD conclu pour remplacer un salarié absent

Au vu de l'article L. 122-1, paragraphe 1, le contrat conclu afin de remplacer un salarié temporairement absent a pour objectif l'exécution d'une tâche précise et non durable. En cas de remplacement d'un salarié absent, l'article L. 122-1, paragraphe 1, prescrit l'indication du nom du salarié remplacé dans le contrat de travail.

**Le nom du salarié remplacé constituant un élément du contrat de travail à durée déterminée, cet élément est à prouver, à l'égard du salarié, par le contrat de travail écrit.**

Or les deux contrats précisent qu'ils sont conclus « aux fins de remplacement du salarié [ ] temporairement absent au rayon ou poste Hôtesse de Caisse » et « ou au Poste Secteur Caisses ». Ils contiennent un blanc à l'endroit réservé à l'insertion du nom du salarié.

Les deux parties discutent les pièces versées par l'employeur afin d'établir que les contrats à durée déterminée, qui n'indiquent pas les noms des salariés remplacés, avaient pour objectif de remplacer deux salariées précises.

La Cour analyse les dates d'absence des deux salariées dont l'absence est avancée par l'employeur pour justifier la conclusion des CDDs pour en conclure qu'il n'est pas établi que les deux contrats de travail à durée déterminée litigieux et leurs avenants aient été conclus pour remplacer les deux salariées indiquées par l'employeur au courant de la procédure judiciaire.

La conclusion des contrats et des avenants pour l'exécution d'une tâche précise et non durable au sens de l'article L. 122-1, paragraphe 1, n'est donc pas prouvée et en application de l'article L. 122-9 les contrats conclus à durée déterminée sont réputés conclus à durée indéterminée.

*Arrêt 2 : CDD conclu pour accroissement temporaire d'activité*

En vertu du point 5 de l'article L. 122-1 (2) du Code du travail, « l'exécution d'une tâche précise et non durable en cas de survenance d'un accroissement

*temporaire et exceptionnel de l'activité de l'entreprise ou en cas de démarrage ou d'extension de l'entreprise » est considérée comme tâche précise et non durable au sens des dispositions du paragraphe (1) de cet article.*

**Pour que la loi soit respectée, il ne suffit pas que le contrat se limite à en recopier les termes et à faire laconiquement état d'une nouvelle commande. Afin que le juge soit en mesure de vérifier que le recours au contrat à durée déterminée n'est pas abusif, il faut que le contrat indique la nature de cette commande et son caractère suffisamment exceptionnel pour justifier une augmentation passagère des effectifs.**

Ces précisions ne résultant pas du contrat conclu le 29 mai 2012, c'est à bon droit que les premiers juges ont retenu qu'en application de l'article L. 122-9 du Code du travail il est à considérer comme contrat à durée indéterminée.

### **Position de la Cour d'appel quant à la fin de la relation de travail**

Les parties étant dans une relation de travail à durée indéterminée, les employeurs auraient dû respecter les règles applicables à la résiliation avec effet immédiat d'un CDI, à savoir envoyer une lettre de licenciement contenant les reproches faits aux salariés et les circonstances qui confèrent un caractère grave aux faits reprochés.

A défaut, les salariés ont fait l'objet d'un licenciement avec effet immédiat qui est abusif.

Les salariés ont droit au paiement d'une indemnité compensatoire de préavis, ainsi qu'à l'indemnisation des préjudices tant matériel que moral découlant du licenciement abusif.

## **4. Demande en résolution du contrat de travail d'un délégué du personnel pour vol domestique : demande non-fondée en raison du fait que la relation de travail a été maintenue pendant 15 mois après que le vol a été établi.**

**Arrêt de la CSJ du 19 novembre 2015, n° 40899 du rôle.**

### **Les faits et la décision des 1ers juges**

Par jugement du 15 octobre 2013, le Tribunal du travail d'Esch-sur-Alzette a résilié, avec effet au 29 mai 2013, jour d'une mise à pied, le contrat de travail liant la société X au salarié A.

Le tribunal a retenu que le vol de 16 sacs de ciment de 25 kg chacun au préjudice de son employeur, constitue une faute grave du salarié A et que ce comportement malhonnête et déloyal a définitivement ébranlé la confiance de l'employeur.

Le 22 novembre 2013, le salarié A a régulièrement formé appel contre ce jugement.

### **Devant la Cour d'appel**

#### ***La position du salarié***

Le salarié critique le jugement en relevant que les faits reprochés se sont déroulés deux ans avant la mise à pied.

L'employeur aurait dû invoquer les faits de vol du 12 mars 2011 dans le mois,

conformément à l'article L. 124-10, paragraphe 6 du Code du travail<sup>1</sup>.

Le salarié explique qu'il a reconnu ces faits dès le 16 mai 2011 devant la police, et lors de l'interrogatoire du 13 février 2012 par le juge d'instruction, il a à nouveau reconnu le vol de 15 sacs de ciment.

La condamnation au pénal à une amende de 251.- euros et au paiement de dommages et intérêts à hauteur de 49,60.- euros a été prononcée le 21 mars 2013.

Le 29 mai 2013, le salarié a été mis à pied et, le 30 mai 2013, la demande en

<sup>1</sup> Art. L. 124-10 (6) CT « Le ou les faits ou fautes susceptibles de justifier une résiliation pour motif grave ne peuvent être invoqués au-delà d'un délai d'un mois à compter du jour où la partie qui l'invoque en a eu connaissance, à moins que ce fait n'ait donné lieu dans le mois à l'exercice de poursuites pénales. »

résolution a été introduite, le salarié étant délégué du personnel<sup>2</sup>.

L'employeur n'a donc pas prononcé la mise à pied dès qu'il a eu connaissance des faits. « *A défaut, l'employeur admet implicitement qu'il n'y a pas de faute grave rendant impossible le maintien de la relation de travail...* ». Il n'a pas non plus déposé une demande en résolution dès la connaissance des faits.

Même si on admettait que les poursuites pénales suspendent le délai d'un mois de l'article L. 124-10, paragraphe 6, l'employeur n'aurait pas agi dans le délai d'un mois.

L'employeur serait donc forclos à agir en résolution.

Subsidiairement, l'employeur n'ayant pas réagi aux faits, la faute aurait perdu de sa gravité et ne pourrait plus être considérée comme grave et de nature à justifier la résolution du contrat.

### **La position de l'employeur**

L'employeur conclut à la confirmation du jugement.

Il soutient qu'il aurait déposé sa demande en résolution dans le mois à partir du jour où le jugement du tribunal correctionnel du 21 mars 2013 a acquis force de chose jugée.

Il relève que l'article L. 124-10, paragraphe 6, qui oblige l'employeur à invoquer dans le mois de leur connaissance les faits constituant un motif grave à l'appui d'un licenciement immédiat contient une exception : le fait qui a donné lieu dans le mois à l'exercice de poursuites pénales.

L'employeur rappelle qu'il a appris les faits le 12 mai 2011 et que les poursuites pénales ont été déclenchées dès le lendemain.

### **La décision des juges en appel**

A partir du 17 janvier 2000, le salarié A était au service de la société X.

Il était membre de la délégation du personnel suivant procès-verbal d'élections du 11 novembre 2008.

Après avoir procédé à la mise à pied le 29 mai 2013, l'employeur a déposé, le 30 mai 2013, une requête tendant à la résolution du contrat de travail.

Il reproche au salarié d'avoir volé au préjudice de l'entreprise, le 12 mai 2011, 15 ou 16 sacs de ciment de 25 kg chacun. Il reproche d'autres faits qui se seraient produits dans la période de juin 2004 à septembre 2010 (essentiellement des journées d'absence non justifiées).

Suivant l'article L. 415-11 du Code du travail, un employeur n'a pas le droit de procéder au licenciement d'un salarié qui a le statut de délégué du personnel.

Ce n'est qu'en cas de faute grave que l'employeur peut prononcer la mise à pied immédiate et demander à la juridiction du travail de prononcer la résolution du contrat avec effet à partir du jour de la mise à pied.

La mise à pied a pour effet de suspendre immédiatement, sans préavis, l'exécution du contrat de travail : le salarié ne doit pas prêter son travail et l'employeur n'est pas tenu de rémunérer le salarié.

La décision de mise à pied a donc deux effets similaires à ceux d'un licenciement avec effet immédiat.

L'employeur peut faire ratifier sa décision en saisissant la juridiction d'une demande en résolution du contrat, tandis que le délégué peut se défendre contre la mise à pied en demandant au président de la juridiction du travail d'ordonner que la rémunération soit main-

tenue en attendant la décision sur une demande en résolution du contrat.

La mise à pied ayant un effet immédiat et étant ratifiée ex post, le cas échéant, par la juridiction qui prononce la résolution du contrat de travail, seul un fait qui rend immédiatement impossible le maintien de la relation de travail constitue la faute grave qui justifie la mise à pied et la résolution avec effet au jour de celle-ci.

Au vu du jugement définitif du 21 mars 2013 du tribunal correctionnel de Luxembourg, il est établi que, le 12 mai 2011, le salarié A a volé à son employeur 16 sacs de ciment de 25 kg. A titre de réparation du préjudice matériel, le salarié A a été condamné à payer à son employeur le montant de 49,60 euros.

Suivant procès-verbal de la police du 13 mai 2011, M. G, gérant de la société X, a porté plainte le même jour du chef de vol de sacs de ciment. Le 16 mai 2011, le salarié A a reconnu devant les agents de police le vol de plus de 10 sacs de ciment.

Le 7 juin 2011, l'employeur a déposé auprès du juge d'instruction une plainte avec constitution de partie civile du chef de vols de sacs de ciment, qui indique notamment que le salarié A serait impliqué dans ces vols.

Le 13 février 2012, lors de l'inculpation et de l'interrogatoire de A par le juge d'instruction, en présence de l'avocat de l'employeur, le salarié a maintenu ses déclarations du 16 mai 2011 auprès de la police et a reconnu le vol d'une dizaine de sacs de ciment.

Dans ses conclusions du 30 juin 2015, l'employeur relève qu'il a appris les faits le 12 mai 2011 et que des poursuites ont été déclenchées dès le 13 mai 2011.

Il est vrai que le vol n'est judiciairement établi à l'égard de tous qu'à partir du

2) Art. L. 415-11. (1) Pendant la durée de leur mandat, les membres titulaires et suppléants des différentes délégations du personnel, le/la déléguée à l'égalité et le/la délégué-e à la sécurité ne peuvent être licencié-e-s; le licenciement notifié par l'employeur à un de ces délégués ou, le cas échéant, la convocation à l'entretien préalable sont nuls et sans effet. Dans les quinze jours qui suivent la résiliation du contrat, le salarié peut demander, par simple requête, au président de la juridiction du travail qui statue d'urgence et comme en matière sommaire, les parties entendues ou dûment convoquées, de constater la nullité du licenciement et d'ordonner son maintien, ou le cas échéant, sa réintégration conformément aux dispositions de l'article L. 124-12. L'ordonnance du président de la juridiction du travail est exécutoire par provision; elle est susceptible d'appel qui est porté par simple requête, dans les quarante jours à partir de la notification par la voie du greffe, devant le magistrat président la chambre de la Cour d'appel à laquelle sont attribués les appels en matière de droit du travail. Il est statué d'urgence, les parties entendues ou dûment convoquées.

(2) Toutefois, en cas de faute grave, le chef d'entreprise a la faculté de prononcer la mise à pied immédiate de l'intéressé en attendant la décision définitive de la juridiction du travail sur sa demande en résolution du contrat de travail.

Lorsque la juridiction du travail refuse de faire droit à cette demande, la mise à pied est annulée et ses effets sont supprimés de plein droit.

jour où le jugement du 21 mars 2013 du tribunal correctionnel est devenu définitif.

Cependant, ni l'article L. 415-11 du Code du travail applicable à la mise à pied du délégué ni aucune autre disposition légale n'obligent un employeur à attendre que le fait qu'il considère comme faute grave soit établi avant de prononcer la mise à pied et de demander la résolution du contrat.

Le fait qui est reproché à un salarié doit être réel au moment de la mise à pied, tout comme au moment de tout licenciement, et la preuve du fait doit être établie au cours de la procédure judiciaire, le cas échéant après une surséance de la procédure devant la juridiction du travail durant le cours de l'action publique en raison du fait constitutif d'une infraction, invoqué par l'employeur.

La Cour constate que, le 12 mai 2011, le salarié a commis le vol domestique de 16 sacs de ciment. Le 13 mai 2011, l'employeur a saisi la police de ces faits.

Le 7 juin 2011, dans sa plainte avec constitution de partie civile auprès du juge d'instruction, l'employeur a précisé

que le salarié A était impliqué dans le vol.

Au plus tard, lors de l'interrogatoire du 13 février 2012 par le juge d'instruction, en présence de l'avocat de l'employeur, celui-ci avait connaissance de la reconnaissance du vol par le salarié.

Néanmoins, la société X a maintenu la relation de travail au-delà du 13 février 2012 jusqu'au 28 mai 2013, n'a procédé à la mise à pied que le 29 mai 2013 et a introduit une demande en résolution le 30 mai 2013.

Durant ces quinze mois, l'employeur n'a donc pas considéré que le vol du 12 mai 2011 rendait impossible la continuation de la relation de travail.

La condamnation du 21 mars 2013 par le tribunal correctionnel n'a pas conféré au fait de vol une gravité qu'il n'aurait pas eue dès sa commission.

**L'employeur ayant eu une connaissance caractérisée du vol du 12 mai 2011 à partir du 13 février 2012 et ayant néanmoins maintenu la relation de travail durant plus de quinze mois, le vol domestique du 12 mai 2011 ne constitue pas, les 29 et 30 mai 2013, un fait**

**qui rend immédiatement impossible le maintien de la relation de travail.**

**Une rupture immédiate à ce moment en raison du vol du 12 mai 2011 n'est pas justifiée, le fait invoqué n'ayant pas à ce moment le caractère d'une faute grave.**

Les autres faits invoqués pour justifier la résolution se situent dans la période de juin 2004 à septembre 2010 : absences non justifiées, non reprise du travail après un arrêt pour cause de maladie, omission de porter le casque sur le chantier, contravention à l'article 200 des statuts de la Caisse nationale de santé. Ces faits précédant d'au moins deux ans et demi le jour de la mise à pied ne constituent pas des fautes graves à la date de la mise à pied, le 29 mai 2013.

Dès lors, au vu de l'article L. 415-11, paragraphe 2, du Code du travail, la demande tendant à la résolution du contrat de travail avec effet au 29 mai 2013, jour de la mise à pied, n'est pas justifiée.

L'appel du salarié est fondé et la demande en résolution du contrat par l'employeur est à rejeter.

## 5. La passation de marchés publics peut être subordonnée par la loi à un salaire minimal<sup>3</sup>.

Arrêt de la CJUE (quatrième chambre) du 17 novembre 2015, RegioPost, affaire C-115/14

### Faits et procédure

L'affaire concerne un appel d'offres lancé par la ville de Landau en Allemagne et ayant pour objet un marché public sous la forme de la signature d'un contrat-cadre d'une durée de deux ans pour le ramassage, le transport et la distribution de lettres, de colis et de paquets.

L'avis de marché exigeait de l'adjudicataire qu'il respecte la loi du Land de Rhénanie-Palatinat relative à la garantie du respect des conventions collectives et du salaire minimal dans l'attribution des marchés publics.

En pratique, tout soumissionnaire devait fournir une déclaration par laquelle il s'engage à verser à ses salariés, dans le cadre de l'exécution du marché, au moins la rémunération horaire due en vertu du règlement du Land fixant le niveau du salaire minimal visé par la loi du Land précitée. Il fournit des déclarations d'engagement similaires par ses sous-traitants le cas échéant.

En l'espèce, la société allemande RegioPost a déposé son offre auprès du pouvoir adjudicateur, mais, par lettre du 16 mai 2013, elle a fait valoir que l'exigence de déclaration n'était pas conforme au

droit des marchés publics. Elle n'a donc pas fourni cette déclaration.

Par courriel du 25 juin 2013, le pouvoir adjudicateur a offert la possibilité à RegioPost de produire ladite déclaration dans un délai de 15 jours, sous peine de quoi il serait contraint d'exclure son offre.

Par lettre du 27 juin 2013, RegioPost a refusé de fournir la déclaration et a rappelé ses griefs.

Par lettre du 11 juillet 2013, le pouvoir adjudicateur a informé RegioPost que son offre ne pouvait être évaluée en

3) CJUE, communiqué de presse n°139/15, Luxembourg, le 17 novembre 2015, arrêt dans l'affaire C-115/14, RegioPost

raison du défaut de présentation de la déclaration requise.

Le 15 juillet 2013, la société a donc introduit un recours devant la chambre des marchés publics du Land de Rhénanie-Palatinat. Son recours a été rejeté. Elle a fait appel de cette décision.

La juridiction saisie estime que la solution du litige requiert l'interprétation de dispositions de droit de l'Union, en particulier l'article 56 paragraphe 1 TFUE lu en combinaison avec l'article 3 paragraphe 1 de la directive 96/71 relative au détachement de travailleurs<sup>4</sup>, ainsi que l'article 26 de la directive 2004/18 relative aux marchés publics<sup>5</sup>. Elle a donc décidé de surseoir à statuer pour poser deux questions préjudicielles à la CJUE.

#### Article 56 § 1 TFUE :

« Dans le cadre des dispositions ci-après, les restrictions à la libre prestation des services à l'intérieur de l'Union sont interdites à l'égard des ressortissants des États membres établis dans un État membre autre que celui du destinataire de la prestation. »

#### Article 3 § 1 directive 96/71 :

« Les États membres veillent à ce que, quelle que soit la loi applicable à la relation de travail, les entreprises visées à l'article 1er paragraphe 1 garantissent aux travailleurs détachés sur leur territoire les conditions de travail et d'emploi concernant les matières visées ci-après qui, dans l'État membre sur le territoire duquel le travail est exécuté, sont fixées:

- par des dispositions législatives, réglementaires ou administratives

et/ou

- par des conventions collectives ou sentences arbitrales déclarées d'application générale au sens du paragraphe 8, dans la mesure où elles concernent les activités visées en annexe:

[...]

c) les taux de salaire minimal, y compris ceux majorés pour les heures supplémentaires; le présent point ne s'applique pas aux régimes complémentaires de retraite professionnels;

[...]

*Aux fins de la présente directive, la notion de taux de salaire minimal visée au second tiret point c) est définie par la législation et/ou la pratique nationale(s) de l'État membre sur le territoire duquel le travailleur est détaché. »*

#### Article 26 directive 2004/18 :

« Les pouvoirs adjudicateurs peuvent exiger des conditions particulières concernant l'exécution du marché pour autant qu'elles soient compatibles avec le droit communautaire et qu'elles soient indiquées dans l'avis de marché ou dans le cahier des charges. Les conditions dans lesquelles un marché est exécuté peuvent notamment viser des considérations sociales et environnementales. »

### Les questions préjudicielles

« L'article 26 de la directive 2004/18 doit-il être interprété en ce sens qu'il s'oppose à une législation d'une entité régionale d'un État membre, telle que celle en cause au principal, qui oblige les soumissionnaires et leurs sous-traitants à s'engager, par une déclaration écrite devant être jointe à leur offre, à verser au personnel qui sera appelé à exécuter les prestations faisant l'objet du marché public considéré un salaire minimal fixé par cette législation ? »

« L'article 26 de la directive 2004/18 doit-il être interprété en ce sens qu'il s'oppose à une législation d'une entité régionale d'un État membre, telle que celle en cause au principal, qui prévoit l'exclusion de la participation à une procédure d'attribution d'un marché public des soumissionnaires et de leurs sous-traitants qui refusent de s'engager, par une déclaration écrite devant être jointe à leur offre, à verser au personnel qui sera appelé à exécuter les prestations faisant l'objet du marché public considéré un salaire minimal fixé par cette législation ? »

### L'appréciation de la Cour

#### Première question

La disposition nationale en cause constitue bien une « condition particulière concernant l'exécution du

marché » visant des « considérations sociales », au sens de l'article 26 de la directive 2008/14. Les conditions procédurales de transparence, envisagées par la directive, sont par ailleurs remplies puisque cette obligation a été indiquée dans l'avis de marché ainsi que dans le cahier des charges.

Une condition particulière d'exécution du marché est considérée comme compatible avec le droit de l'UE si elle n'est pas directement ou indirectement discriminatoire. Ce qui ne fait aucun doute en l'espèce.

Le considérant 34 de la directive 2008/14 prévoit que, lors de l'examen de la compatibilité avec le droit de l'Union dans le cas, même non réalisé en pratique, où des travailleurs détachés depuis un autre État membre fournissent des services pour la réalisation dudit marché public, il convient d'examiner si les conditions minimales énoncées par la directive 96/71 sont respectées dans le pays d'accueil à l'égard des travailleurs détachés. En l'espèce, la disposition nationale en cause constitue une disposition législative au sens de la directive 96/71, qui fixe elle-même le taux de salaire minimal et est limitée aux marchés publics (à l'exclusion des marchés privés), précisément parce qu'elle s'inscrit dans le cadre de la directive 2008/14. La lecture conjointe des articles 3 de la directive 96/71 et 26 de la directive 2008/14 permet de conclure que « une telle règle fait partie du niveau de protection qui doit être garanti auxdits travailleurs ».

Selon une jurisprudence constante de la Cour, lorsque la mesure nationale considérée entre dans un domaine qui ne fait pas l'objet d'une harmonisation exhaustive au niveau de l'UE, cette mesure doit être examinée au regard du droit primaire de l'UE, et notamment l'article 56 TFUE qui concerne la libre prestation de service. Ce que confirme le considérant 2 de la directive 2008/14.

Une mesure telle qu'en l'espèce « constitue une charge économique supplémentaire qui est susceptible de prohiber, de gêner ou de rendre moins attrayante l'exécution de leurs prestations dans l'État membre d'accueil. Dès lors, une mesure telle que celle en

4) Directive 96/71/CE du parlement européen et du conseil du 16 décembre 1996 concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services

5) Directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services

cause au principal est susceptible de constituer une restriction, au sens de l'article 56 TFUE ».

Cette mesure est en pratique justifiée par l'objectif de protection des travailleurs, car le salaire minimal est ici imposé par « une disposition législative qui, en tant que règle impérative de protection minimale, s'applique, en principe, de manière générale à la passation de tout marché public dans le Land de Rhénanie-Palatinat, quel que soit le secteur concerné ». En outre, celle-ci « confère une protection sociale minimale dès lors que, à la date des faits au principal, ni l'AEtG ni une autre réglementation nationale n'imposaient, pour le secteur des services postaux, de salaire minimal d'un niveau inférieur ».

L'article 26 de la directive 2008/14 ne s'oppose donc pas à une disposition nationale telle que celle en cause.

#### **Deuxième question**

Cette deuxième question concerne les conséquences du non-respect de la mesure nationale faisant l'objet de la première question, à savoir l'exclusion

du processus d'évaluation de l'offre d'un soumissionnaire n'ayant pas fourni de déclaration relative au respect des conditions de salaire minimal.

Une telle exclusion ne saurait tout d'abord être qualifiée de sanction, elle n'est que la conséquence du manquement à une exigence clairement formulée dans l'avis de marché. Ensuite, la contrainte d'inclure un engagement de respecter un salaire minimal est tout à fait négligeable, et ce d'autant plus que le soumissionnaire pouvait se contenter de remplir un formulaire préétabli.

Une telle mesure est donc appropriée et proportionnée, et ce d'autant qu'elle ne s'applique qu'après que le soumissionnaire a été invité à rectifier son offre en fournissant la déclaration mais a persisté dans son refus.

#### **La décision de la Cour**

« L'article 26 de la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, telle que modifiée

par le règlement (UE) n° 1251/2011 de la Commission, du 30 novembre 2011, doit être interprété en ce sens qu'il ne s'oppose pas à une législation d'une entité régionale d'un État membre, telle que celle en cause au principal, qui oblige les soumissionnaires et leurs sous-traitants à s'engager, par une déclaration écrite devant être jointe à leur offre, à verser au personnel qui sera appelé à exécuter les prestations faisant l'objet du marché public considéré un salaire minimal fixé par cette législation.

L'article 26 de la directive 2004/18, telle que modifiée par le règlement n° 1251/2011, doit être interprété en ce sens qu'il ne s'oppose pas à une législation d'une entité régionale d'un État membre, telle que celle en cause au principal, qui prévoit l'exclusion de la participation à une procédure d'attribution d'un marché public des soumissionnaires et de leurs sous-traitants qui refusent de s'engager, par une déclaration écrite devant être jointe à leur offre, à verser au personnel qui sera appelé à exécuter les prestations faisant l'objet du marché public considéré un salaire minimal fixé par cette législation. »