



# INFOS JURIDIQUES

Flash sur le Droit social

## NEWSLETTER

N° 11/2017 22 décembre 2017

**1. Période d'essai :** une clause d'essai signée et datée deux jours après l'embauche du salarié est nulle. p.1

**Licenciement pour faute grave :** des excès de vitesse pour un chauffeur-livreur constituent une faute grave.

**2. Sanction disciplinaire issue d'une convention collective :** sous quelles conditions une rétrogradation est valable ? p.4

**3. Licenciement pour motifs économiques :** le salarié dispose d'une priorité de réembauchage. Non-respect de la priorité de réembauchage : pour avoir droit à une indemnité, le salarié doit établir que des postes correspondant effectivement à sa qualification ou sa formation ont été pourvus par son employeur, sans qu'il n'en soit informé. p.7

**4. Licenciement avec effet immédiat :** le salarié peut toucher le chômage à titre provisoire sans que la loi ne lui impose aucun délai pour déposer la requête afférente. p.8

**5. DROIT EUROPÉEN :** Un travailleur doit pouvoir reporter et cumuler des droits au congé annuel payé non exercés lorsqu'un employeur ne met pas ce travailleur en mesure d'exercer son droit au congé annuel payé. p.10

- Période d'essai :** Une clause d'essai signée et datée deux jours après l'embauche du salarié est nulle.  
**Licenciement pour faute grave :** Des excès de vitesse pour un chauffeur-livreur constituent une faute grave.

### Arrêt de la Cour d'appel du 30 novembre 2017, n° 43526 du rôle

#### Faits

Le salarié B était au service de l'employeur A, en tant que chauffeur-courrier depuis le 6 octobre 2014. Le 12 octobre 2014, A a licencié B avec effet immédiat le même jour, en raison de la commission aux dates des 9 et 10 octobre 2014 d'excès de vitesse.

Le salarié a saisi le Tribunal du travail d'Esch/Alzette en date du 19 janvier 2015 pour contester son licenciement.

#### Les arguments des parties devant le Tribunal du travail

Le salarié réclame différents montants en estimant que le licenciement avec effet immédiat est abusif et en soulevant également la nullité de la clause d'essai insérée dans son contrat de travail dès lors que le contrat de travail n'a été signé que le 8 octobre 2014, partant postérieurement à son entrée en service le 6 octobre 2014, de sorte qu'il bénéficiait d'un contrat à durée indéterminée.

L'employeur, quant à lui, conclut d'abord à la nullité du contrat de travail pour cause de dol, étant donné que le salarié qui, connaissant le caractère déterminant lors de l'embauche de l'absence d'antécédents judiciaires, lui a caché les siens.

Il soutient ensuite avoir remis au salarié un contrat de travail qui a été signé le 6 octobre 2014, date à laquelle la période d'essai a débuté, de sorte que la clause d'essai serait valable et les parties ne seraient pas liées par un contrat à durée indéterminée.

#### Le jugement du Tribunal du travail

Le tribunal a notamment :

- dit que le moyen de nullité du contrat de travail soulevé à titre liminaire par A laisse d'être fondé;
- déclaré nulle la clause d'essai insérée dans le contrat de travail signé entre parties;



- déclaré abusif le licenciement de B intervenu en date du 12 octobre 2014;
- déclaré fondée la demande de B en paiement d'une indemnité compensatoire de préavis pour un montant de 1.777,96 euros;
- déclaré fondée la demande de B en paiement de dommages et intérêts pour préjudice moral pour un montant de 150 euros;
- déclaré non fondée la demande de B en paiement de dommages et intérêts pour préjudice matériel et en déboute;
- déclaré fondée la demande de B en attribution d'une indemnité de procédure en application des dispositions de l'article 240 du nouveau code de procédure civile pour un montant de 400 euros;
- condamné A à payer à B le montant de 400 euros de ce chef.

L'employeur a régulièrement relevé appel du susdit jugement.

### **L'arrêt de la Cour d'appel**

Les parties maintiennent leurs contestations de première instance et restent contraires sur les points litigieux suivants :

- la validité du contrat de travail en présence du dol,
- la validité de la clause d'essai,
- la régularité et la légitimité du licenciement.

#### ***Quant à la nullité du contrat de travail - existence du dol***

Aux termes de l'article 1116 du code civil : « *le dol est une cause de nullité de la convention lorsque les manœuvres pratiquées par l'une des parties sont telles qu'il est évident que sans ces manœuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté ...* » avec la considération que le dol peut être constitué par un simple mensonge, une réticence dolosive ou le simple silence gardé par le salarié sur un fait déterminant.

Comme le dol ne se présume pas, la partie qui prétend que son consentement a été vicié par le dol doit le prouver.

L'employeur doit donc non seulement prouver l'existence du mensonge ou de la réticence invoqués, mais encore que le candidat salarié ait agi intentionnellement pour le tromper, et finalement, que ce dol ait été déterminant du consentement de l'employeur, dans le sens que, sans ce mensonge l'employeur ne l'aurait pas engagé.

Il résulte du contrat de travail lui-même, que la condition de l'existence d'un casier judiciaire vierge dans le chef de B était déterminante pour l'employeur alors que cette condition a expressément été insérée in fine du contrat de travail dans les termes suivants : « *le soussigné déclare avoir un casier vierge, lequel il versera endéans les meilleurs délais* ».

Force est cependant de constater que l'employeur n'a pas établi que B lui ait menti sur le contenu de son casier judiciaire lors de l'entretien d'embauche qui s'est tenu le 6 octobre 2014.

En effet, il résulte du casier judiciaire versé par le salarié ainsi que des autres éléments du dossier, que les condamnations y figurant sont toutes postérieures à la conclusion du contrat de travail, voire même postérieures au licenciement de ce dernier, de sorte qu'au moment de l'embauche, le casier de B était vierge.

Il suit des considérations qui précèdent que A n'a pas prouvé que le salarié lui a menti sur ses antécédents judiciaires au moment de l'entretien d'embauche, de sorte que le jugement attaqué est à confirmer en ce qu'il a rejeté le moyen de nullité du contrat de travail invoqué comme étant non fondé.

#### ***Quant à la validité de la clause d'essai***

C'est à bon droit que la juridiction de première instance a rappelé les dispositions des articles L-121-4 et L.121-5 alinéa (2) et (4).

#### **Art. L. 121-4 du Code du travail :**

(1) Le contrat de travail, soit à durée indéterminée, soit à durée déterminée, doit être constaté par écrit pour chaque salarié individuellement au plus tard au moment de l'entrée en service du salarié.

#### **L.121-5 (2)**

La clause d'essai doit, sous peine de nullité, être constatée dans l'écrit visé au paragraphe (1) de l'article L.121-4, pour chaque travailleur individuellement, au plus tard au moment de l'entrée en service de celui-ci. »

#### **L.121-5 (4)**

« *A défaut d'écrit constatant que le contrat a été conclu à l'essai, il est réputé conclu pour une durée indéterminée, la preuve contraire n'est pas possible.* »

**C'est encore de façon correcte qu'elle a retenu que dans le cas d'un contrat de travail signé postérieurement à l'entrée en service effective, la clause d'essai contenue dans ce même contrat est nulle.**

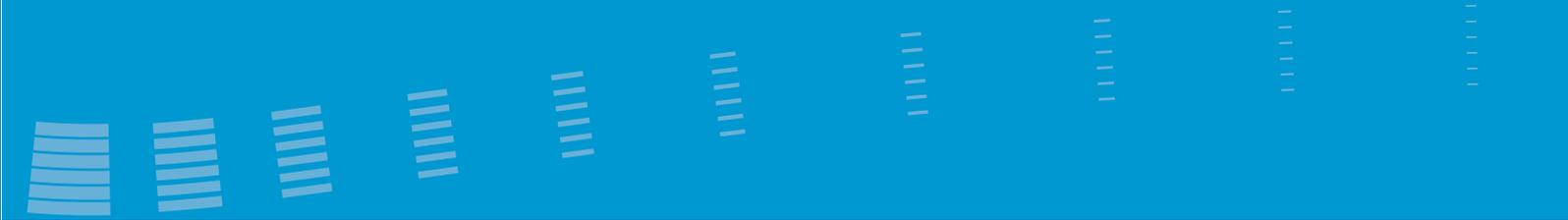
En l'espèce, il résulte des mentions du contrat de travail, qu'il a été établi et signé par A en date du 6 octobre 2014 ainsi que remis aux deux parties le même jour, alors que d'après la mention manuscrite de B, ce dernier ne l'a signé qu'en date du 8 octobre 2014.

La clause d'essai est dès lors nulle et le contrat est réputé conclu pour une durée indéterminée.

Le jugement est aussi à confirmer sur ce point.

#### ***Quant au bien-fondé du licenciement avec effet immédiat***

En indiquant dans son courrier de licenciement avec effet immédiat du 12 octobre 2014 que « *lors de la consultation de la fiche de géolocalisation des 9 et 10 octobre 2014, il a été constaté que vous avez commis plusieurs délits de vitesse, dont deux délits de grande vitesse en citant deux exemples concrets à l'appui, notamment celui du 9 octobre sur la collectrice du sud où la vitesse maximale autorisée est de 110 km/h, vers 9h27 à 163 km/h et l'après-midi du même jour sur l'autoroute de la Sarre à 155 km/h* », l'employeur a été suffisamment précis, puisque que le salarié ne pouvait se méprendre sur la nature des fautes lui reprochées et que la juridiction du travail était à même d'en vérifier tant la réalité que la gravité.



Il résulte du procès-verbal de police numéro 2014/XY du 14 octobre 2014 que lors de son audition par les agents de police, B a admis avoir circulé sur la voie publique à plusieurs reprises en excès de vitesse dans le cadre de son activité professionnelle.

Son aveu extrajudiciaire est encore corroboré par son SMS envoyé en date du 14 octobre 2014 à 10h55 et par ses publications et photos publiées sur sa page Facebook qui établissent que B est un adepte de la vitesse.

La réalité des motifs du licenciement est dès lors établie à suffisance de droit.

**Quant à la gravité des motifs invoqués, il y a lieu de rappeler que la condition première pour exercer la fonction ou**

**profession de chauffeur routier de quelque nature qu'elle soit, est celle de connaître et de respecter le code de la route, dès lors les limitations de vitesse.**

Or, d'après les pièces versées au dossier B n'avait pas le profil d'un conducteur ou d'un chauffeur raisonnable.

Par ailleurs, les excès de vitesse sont non seulement pénalement répréhensibles et entraînent des condamnations pénales telles que le retrait du permis de conduire, des interdictions de conduire et finalement des amendes, mais peuvent avoir des conséquences graves tant pour le conducteur que pour les autres usagers de la route par le fait qu'ils les mettent en danger.

Ce comportement inadapté et inadéquat pour un chauffeur/coursier est suffisamment grave, ce d'autant plus qu'il s'est perpétré à plusieurs reprises sur une période de seulement une semaine de travail, pour rompre irrémédiablement et immédiatement la confiance que l'employeur doit avoir en son salarié, partant de nature à justifier un licenciement sans préavis.

Il y a partant lieu de réformer le jugement de première instance sur ce point et de dire que le licenciement prononcé à l'égard de B le 12 octobre 2014 est régulier et justifié.

En conséquence, les demandes indemnitaires du salarié sont à rejeter pour être non fondées.

## 2. Sanction disciplinaire issue d'une convention collective : sous quelles conditions une rétrogradation est valable ?

**Une sanction disciplinaire issue d'une convention collective, moins lourde qu'une sanction de licenciement, est favorable au salarié mais doit néanmoins obéir à toutes les facettes du principe de légalité des peines qui implique que la peine disciplinaire soit déterminée de façon à permettre à l'intéressé de prédire, avec un degré suffisant de certitude, la nature et le degré de la sanction susceptible d'être infligée.**

Arrêt de la Cour d'appel du 12 octobre 2017, n°38055 du rôle

### Faits

Le 24 mai 2011, le collège des bourgmestre et échevins de la commune de B a prononcé à l'égard de la salariée A la sanction disciplinaire du reclassement dans une carrière inférieure pour la durée de 12 mois à partir du 1<sup>er</sup> juillet 2011 en application de l'article 39, 3 point e) de la convention collective des ouvriers de la commune de B pour une absence injustifiée de 6 jours.

Par jugement du 11 novembre 2011, le Tribunal du travail a rejeté les demandes de la salariée tendant notamment à l'annulation de la sanction disciplinaire précitée.

Suite à l'appel interjeté par A contre ce jugement, la Cour d'appel a, par arrêt du 10 juillet 2014, annulé la décision du 24 mai 2011 du collège des bourgmestre et échevins de l'administration communale de B en relevant que « La loi n'ayant ni prévu la diminution du salaire comme sanction de la conduite de la salarié, telle une absence non justifiée de plusieurs jours, ni confié aux employeurs le droit de créer et d'appliquer les sanctions qu'ils jugent appropriées en raison de cette conduite, ni confié aux employeurs et aux syndicats le soin de prévoir les mesures appropriées et notamment la diminution du salaire afin de sanctionner la conduite de la salariée, telle l'absence non justifiée pendant plusieurs jours, le collège échevinal de la commune de B n'a pu légalement sanctionner Mme A en la reclassant pendant une année dans une carrière inférieure et en la privant d'une partie de son salaire ».

Par arrêt du 2 juillet 2015, la Cour de Cassation, saisie par la commune de B, a cassé et annulé l'arrêt rendu le 10 juillet 2014 par la Cour d'appel et déclaré nuls et de nul effet ladite décision judiciaire et les actes qui s'en sont suivis pour violation des articles L.121-3 et L.162-12, paragraphe 6 du Code du travail et a remis les parties dans l'état où elles se sont trouvées avant l'arrêt cassé en relevant que :

*«...les seules sanctions disciplinaires expressément prévues au Code du travail sont le licenciement avec préavis et le licenciement avec effet immédiat ;*

*Que les articles L.121-3 et L.162-12, paragraphe 6 du Code du travail autorisent les parties au contrat de travail, respectivement à la convention collective, à déroger à ces dispositions dans un sens plus favorable au salarié ;*

*Attendu qu'une sanction disciplinaire consistant en un reclassement temporaire dans une carrière inférieure pour une durée de 12 mois, ensemble la diminution de salaire qu'elle comporte, est moins lourde que la sanction du licenciement et est dès lors plus favorable au salarié ».*

### Article L.121-3 du Code du travail:

Les parties au contrat de travail sont autorisées à déroger aux dispositions du présent titre dans un sens plus favorable au salarié.

Est nulle et de nul effet toute clause contraire aux dispositions du présent titre pour autant qu'elle vise à restreindre les droits du salarié ou à aggraver ses obligations.

### Article L.162-12 du Code du travail :

Contenu de la convention collective de travail

(6) Toute stipulation contraire aux lois et règlements est nulle, à moins qu'elle ne soit plus favorable pour les salariés.

### Position des parties

A reprend d'abord son moyen tendant à voir déclarer tant la convention collective que la sanction appliquée illégales en relevant que les sanctions disciplinaires devraient être prévues par une loi en vertu du principe de légalité de la peine prévu par l'article 14 de la Constitution, question non examinée par la Cour d'appel dans son arrêt du 10 juillet 2014. Il s'en suivrait qu'une convention collective ne pourrait pas se substituer à la loi et imposer des sanctions disciplinaires.

En ordre subsidiaire, elle demande à voir saisir la Cour constitutionnelle de la question préjudicielle suivante:

*« Est-ce qu'une convention collective prévoyant des sanctions disciplinaires est conforme à l'article 14 de la Constitution stipulant que nulle peine ne peut être établie ni appliquée qu'en vertu de la loi ? »*

A soutient également que les sanctions édictées dans la convention collective ne sont pas précises et laissent place à l'arbitraire de l'employeur dans l'exercice de son pouvoir disciplinaire, de sorte qu'elles ne seraient pas conformes au principe de légalité des peines.

En ordre plus subsidiaire, elle conteste le caractère réel des motifs invoqués, en affirmant avoir déposé ses demandes de congé à temps. Le silence gardé par l'Administration communale suite au dépôt de sa demande équivaldrait à un accord tacite de son employeur à sa demande de congé. La décision de l'Administration communale serait donc non fondée et abusive.

En ordre encore plus subsidiaire, A soutient que la sanction est disproportionnée par rapport à la faute qui lui est reprochée en relevant notamment son ancienneté de service de 26 ans.

Par conclusions du 15 mars 2016, la commune de B conclut à la confirmation du jugement du 11 novembre 2011.

Pour autant que de besoin, elle offre de prouver la réalité des faits à la base de la mesure prise par témoins.

L'employeur soutient d'abord que le principe de légalité des peines prévu à l'article 14 de la Constitution est inapplicable en droit du travail en matière disciplinaire.

A titre subsidiaire, et si la Cour devait considérer que le principe de légalité des peines est applicable en l'espèce, la commune de B soutient qu'il est inopportun de statuer à nouveau sur cette question au vu de l'arrêt de la Cour de cassation du 2 juillet 2015.

A titre plus subsidiaire, elle relève que seule la loi est soumise au contrôle de constitutionnalité et que ce contrôle appartient à la Cour Constitutionnelle.

A titre encore plus subsidiaire, elle fait plaider que le principe de légalité des peines a été respecté.

La commune de B donne à considérer que la sanction a été prise sur base de l'article 39 de la convention collective négociée entre les représentants des salariés et les représentants de l'employeur qui prévoirait tant une hiérarchie des sanctions que des critères précis d'application permettant à un salarié de prévoir avec un degré suffisant de certitude la nature et le degré de la sanction susceptible de lui être infligée. La convention collective empêcherait donc l'employeur d'abuser de son pouvoir disciplinaire qui serait, en outre, limité par des contraintes procédurales et soumis

a posteriori à un contrôle de proportionnalité.

Pour l'employeur, la sanction prise est également proportionnée à la gravité des faits commis alors que la salariée aurait été absente de manière injustifiée pendant six jours, ce qui constituerait une faute grave justifiant même un licenciement à son affirmation, la demande de congé de la salariée n'aurait pas été déposée antérieurement à son absence, mais seulement postérieurement après qu'elle avait pris connaissance du fait que ses absences injustifiées avaient été découvertes. L'employeur insiste à cet égard sur le fait que A avait déjà reçu plusieurs avertissements préalables et qu'une retenue sur salaire de 10% avait été prononcée à son encontre pour son absence injustifiée du 13 au 20 juillet 2009.

Même à supposer que la salariée ait réellement déposé sa demande de congé, la commune de B est encore d'avis que le comportement de A aurait été fautif alors qu'il ne saurait être admis qu'une salariée parte du principe que du seul fait du dépôt d'une demande de congé, les jours de congés sollicités seraient automatiquement accordés.

### **Position de la Cour**

La Cour retient en premier lieu que contrairement à l'affirmation de l'employeur, le principe de légalité des peines s'applique également aux peines disciplinaires.

En effet, il se dégage de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle luxembourgeoise (arrêts 23/04 et 24/04 du 3 décembre 2004), rejoignant la jurisprudence du Conseil constitutionnel français, que le principe de légalité des peines ne concerne pas seulement **les peines appliquées par les juridictions répressives mais s'étend à toute sanction ayant le caractère d'une punition même si le législateur a cru devoir laisser le soin de la prononcer à une autorité non judiciaire** (cf. Conseil constitutionnel, décision n° 82-155 du 30 décembre 1982).

Il se dégage encore de la jurisprudence de la Cour Constitutionnelle que les peines disciplinaires prononcées par l'employeur doivent avoir leur fonde-

ment dans la loi et doivent obéir au principe de légalité des peines.

Il est vrai que les seules sanctions disciplinaires expressément prévues par le Code du travail sont le licenciement avec préavis et le licenciement avec effet immédiat.

Dans son arrêt du 2 juillet 2015, la Cour de cassation a néanmoins retenu que les articles L.121-3 et L.162-12, paragraphe 6, du Code du travail autorisent les parties au contrat de travail, respectivement à la convention collective, à déroger à ces dispositions dans un sens plus favorable au salarié.

La Cour de cassation a encore retenu que la sanction disciplinaire consistant en un reclassement temporaire dans une carrière inférieure pour une durée de 12 mois, ensemble la diminution de salaire qu'elle comporte, est moins lourde que la sanction du licenciement et est dès lors plus favorable au salarié.

Il en suit que la sanction disciplinaire de la rétrogradation temporaire, tout en n'étant pas expressément prévue par la loi au sens formel, a quand-même son fondement dans la loi du moment qu'elle a été prévue à la convention collective des ouvriers de la commune de B.

Il est dès lors superflu de saisir la Cour constitutionnelle.

Pour pouvoir s'appliquer valablement, **la sanction doit néanmoins obéir à toutes les facettes du principe de légalité des peines qui implique, entre autres, que la peine disciplinaire soit déterminée de façon à permettre à l'intéressé de prédire, avec un degré suffisant de certitude, la nature et le degré de la sanction susceptible d'être infligée.**

Ainsi, même si le droit disciplinaire tolère, dans l'établissement des peines à encourir, une certaine marge d'appréciation à l'autorité qui prononce la sanction, **les critères de la peine doivent permettre à la personne concernée de prévoir avec une sûreté suffisante l'importance de la peine qu'elle risque d'encourir en cas de manquement avéré.**

Suivant l'article 39, points 1 et 2, de la convention collective applicable aux ouvriers de la commune de B, l'ouvrier, qui ne remplit pas consciencieusement ses devoirs et obligations, peut subir

une sanction fixée en fonction de la gravité des faits.

L'article 39 point 3 de la convention litigieuse prévoit six sanctions, à savoir :

1. Verwarnung durch den Schöfferrat;
2. Tadel durch den Schöfferrat;
3. Festsetzung einer Geldstrafe in Höhe eines Zehntels des Normallohns;
4. Zeitweilige Verweigerung des Aufsteigens im Lohn;
5. Zeitweilige Einstufung in eine niedrigere Lohngruppe;
6. Ausserordentliche Kündigung gemäss den gesetzlichen Bestimmungen.

Si les parties à la convention ont encore retenu spécialement l'absence du salarié sans autorisation de l'employeur comme comportement fautif au point 1 de l'article 39 de la convention collective et que quatre absences non autorisées du poste de travail au courant de douze mois peuvent entraîner un licenciement, la Cour constate que le libellé de la sanction en cause, à savoir la sanction de «*rétrogradation temporaire dans une classe de rémunération inférieure*», prévue au point 5, est trop vague et imprécis pour permettre à un salarié de prévoir la sévérité de la sanction susceptible de lui être infligée.

En effet, «*le libellé de la sanction de rétrogradation ne précise pas les critères déterminants du choix de la catégorie salariale dans laquelle la personne concernée risque d'être placée.*

*Le texte ne prévoit pas non plus de limite inférieure de la rétrogradation alors que pourtant l'influence sur le salaire peut sensiblement varier en fonction de la catégorie dans laquelle un salarié est effectivement rétrogradé. Aucune référence n'est par ailleurs faite quant à la durée ou au moins à la durée maximale de la sanction temporaire pouvant être prononcée.* »

**Dans ces conditions, le caractère évaluable de la sanction de la rétrogradation n'est pas donné et la formulation ne remplit pas les exigences de précision du principe de légalité des peines.**

Il en suit que la demande de A tendant à l'annulation de la sanction du 24 mai 2011 lui infligée est, par réformation du jugement du 11 novembre 2011, à déclarer fondée.

### 3. Licenciement pour motifs économiques : le salarié dispose d'une priorité de réembauchage.

**Non-respect de la priorité de réembauchage : pour avoir droit à une indemnité, le salarié doit établir que des postes correspondant effectivement à sa qualification ou sa formation ont été pourvus par son ancien employeur, sans qu'il n'en soit informé.**

Arrêts de la Cour d'appel du 23 novembre 2017, n°43948 et 43949 du rôle

#### Faits

Au service de la société S2 depuis le 1er janvier 1995, en tant que consultant bancaire, A a continué à travailler en cette même qualité durant les premières années suivant l'absorption de la société S2 par la société S1 SA en janvier 2001. Il fut, par la suite, affecté au service Hotline/support Helpdesk et ceci afin de conserver son poste.

A a été licencié pour motifs économiques le 1<sup>er</sup> août 2014, avec un préavis de six mois ayant pris effet le 15 août 2014 pour se terminer le 14 février 2015.

Par courrier recommandé du 22 avril 2015, il a fait valoir sa priorité de réembauchage, conformément à l'article L.125-9 du Code du travail.

#### Article L.125-9 du Code du travail :

Le salarié licencié pour motifs fondés sur les nécessités du fonctionnement de l'entreprise peut faire valoir une priorité de réembauchage durant un délai d'un an à compter de la date de son départ de l'entreprise. Si le salarié manifeste par écrit le souhait d'user de cette priorité, l'employeur est obligé de l'informer de tout emploi devenu disponible dans sa qualification.

Le salarié prétend que la société S1 n'a cependant pas respecté son obligation d'information.

A a donc réclamé le paiement d'une indemnité de réembauchage d'un montant de 20.000 euros.

#### Décision de 1<sup>ère</sup> instance

Par un jugement rendu le 16 juin 2016, le Tribunal du travail a débouté le salarié de sa demande.

A a formé appel de ce jugement. Il demande à la Cour de faire droit à sa demande en indemnisation pour non-respect de la priorité de réembauchage.

#### Position des parties

Le salarié prétend que la société S1 n'a pas respecté son obligation d'information, dès lors qu'elle ne lui a pas proposé les postes à pourvoir pour lesquels elle a cependant recruté d'autres salariés. Il en est ainsi du poste d'analyste « senior » ainsi que du poste de développeur « JAVA ».

Il reproche au Tribunal du travail d'avoir considéré qu'il était resté en défaut de prouver que son ancien employeur avait engagé d'autres salariés de même qualification après sa demande de réembauchage pour le débouter de sa demande. Il estime que ses compétences et formations sont prouvées à suffisance de droit par son curriculum vitae.

L'employeur conclut à la confirmation du jugement entrepris et maintient que le poste occupé par A a été supprimé et qu'aucune personne du même profil que A n'a été embauchée à la suite de son licenciement, qu'aucun poste correspondant à celui occupé par le salarié n'a été pourvu, et que les embauches depuis son licenciement sont sans rapport avec sa fonction ou avec la société « S2 », mais concernent d'autres lignes de

produits ou solutions, ce d'autant plus que la société, qui n'a pratiquement plus de clients « S2 », a dû développer son activité dans d'autres directions pour lesquelles A n'était pas compétent.

#### Position de la Cour d'appel

Il est de principe que le salarié licencié pour des motifs fondés sur les nécessités du fonctionnement de l'entreprise, soit des motifs économiques, dispose d'une priorité de réembauchage, qui perdure pendant un an à partir de la date où le salarié quitte l'entreprise et devient disponible pour le marché de l'emploi.

Le salarié doit se manifester par écrit auprès de son ancien employeur et exprimer son souhait d'user de cette priorité. À partir de cette date, l'employeur est tenu d'informer le salarié de tout emploi devenu disponible dans sa qualification.

Or, si A établit que des postes auprès de son ancien employeur ont été pourvus après son licenciement par d'autres salariés, il **reste en défaut de prouver que ces postes correspondaient effectivement à sa qualification ou sa formation. Le seul fait de verser un CV retraçant ses qualifications et formations ne suffit pas à établir qu'il avait réellement les qualifications professionnelles requises pour les postes annoncés.**

Il en suit que le jugement est à confirmer sur ce point.

## 4. Retour sur notre IJ de février 2017 : Licenciement avec effet immédiat : le salarié peut toucher le chômage à titre provisoire sans que la loi ne lui impose aucun délai pour déposer la requête afférente, mais 2 conditions à remplir au jour du dépôt de sa requête :

- être inscrit comme demandeur d'emploi auprès des bureaux de placement publics
- avoir contesté son licenciement devant le Tribunal du travail.

### Ordonnance de la Cour d'appel du 16 novembre 2017, n° 45261 du rôle

#### Faits

A a été licenciée avec effet immédiat le 30 novembre 2016. Elle a fait une demande d'inscription à l'Adem le 12 décembre 2016, demande qui a été refusée le 17 mars 2017 alors qu'elle ne disposait pas de l'autorisation judiciaire requise.

Elle a trouvé un nouvel emploi le 20 mars 2017 et a été licenciée le 28 avril 2017 pendant sa période d'essai. Elle s'est à nouveau inscrite comme demanderesse d'emploi le 18 mai 2017.

Elle a déposé une requête au fond en juin 2017, pour contester le licenciement avec effet immédiat du 30 novembre 2016.

Par requête déposée le 25 juillet 2017, A a demandé au Président du Tribunal du travail sur base de l'article L.521-4(2) du Code du travail, à se voir autoriser l'attribution provisionnelle de l'indemnité de chômage complet en attendant la décision judiciaire définitive du litige concernant la régularité ou le bien-fondé de son licenciement.

#### Article L. 521-3 du Code du travail :

Pour être admis au bénéfice de l'indemnité de chômage complet, le salarié doit répondre aux conditions d'admission suivantes:

1. être chômeur involontaire;
2. être domicilié sur le territoire luxembourgeois au moment de la notification du licenciement dans le cadre d'une relation de travail à durée indéterminée et au plus tard six mois avant le terme du contrat

dans le cadre d'une relation de travail à durée déterminée et y avoir perdu son dernier emploi, sans préjudice des règles applicables en vertu de la réglementation communautaire ou de conventions bilatérales ou multilatérales en vigueur;

3. être âgé de seize ans au moins et de soixante-quatre ans au plus;
4. être apte au travail, disponible pour le marché du travail et prêt à accepter tout emploi approprié dont les critères sont fixés par règlement grand-ducal, et ceci sans préjudice de l'application des dispositions des articles L. 551-1 à L. 552-3;
5. «[...]» *[abrogé par la loi du 31 octobre 2012];*
6. être inscrit comme demandeur d'emploi auprès des bureaux de placement publics et avoir introduit une demande d'octroi d'indemnité de chômage complet;
7. remplir la condition de stage définie à l'article L. 521-6.»

#### Article L. 521-4 du Code du travail :

(1) Aucune indemnité de chômage n'est due:

1. en cas d'abandon non justifié du dernier poste de travail, sauf si l'abandon est dû à des motifs exceptionnels, valables et convaincants;
2. en cas de **licenciement pour motif grave.**

(2) Dans les cas d'un licenciement pour motif grave ou d'une démission motivée par un acte de harcèlement sexuel, le

demandeur d'emploi peut, par voie de simple requête, demander au président de la juridiction du travail compétente d'autoriser l'attribution par provision de l'indemnité de chômage complet en attendant la décision judiciaire définitive du litige concernant la régularité ou le bien-fondé de son licenciement ou de sa démission.

Le président de la juridiction du travail statue d'urgence, l'employeur entendu ou dûment convoqué.

L'Agence pour le développement de l'emploi peut intervenir à tout moment dans l'instance engagée; à cet effet, le greffe lui adresse copie de la requête introductive visée au premier alinéa.

La demande visée au premier alinéa n'est recevable qu'à condition que le demandeur d'emploi ait suffi aux conditions visées à l'article L. 521-7 et qu'il ait porté préalablement le litige concernant son licenciement devant la juridiction du travail compétente.

(3) Le président de la juridiction du travail détermine la durée pour laquelle l'attribution provisionnelle de l'indemnité de chômage est autorisée, sans préjudice des conditions d'attribution visées à l'article L.521-3. La durée ne peut être supérieure à cent quatre-vingt-deux jours de calendrier.

Le chômeur peut demander, conformément à la procédure du paragraphe (2) du présent article, la prorogation de l'autorisation d'attribution provisionnelle de l'indemnité de chômage sans que la durée totale de l'autorisation ne puisse excéder trois cent soixante-cinq jours de calendrier. [...]

### **Article L. 521-7 du Code du travail :**

Pour bénéficier de l'indemnité de chômage complet, le salarié sans emploi est tenu de s'inscrire comme demandeur d'emploi auprès des bureaux de placement publics et d'y introduire sa demande d'indemnisation.

### **Décision de 1ère instance**

Par ordonnance rendue le 1<sup>er</sup> septembre 2017, la présidente de la juridiction du premier degré saisie a déclaré la demande recevable.

### **Position des parties**

L'ÉTAT DU GRAND-DUCHÉ DE LUXEMBOURG, pris en sa qualité de gestionnaire du Fonds pour l'emploi, a formé appel de cette ordonnance.

Il fait grief à la juridiction du travail d'avoir accordé l'attribution des indemnités de chômage et demande, par réformation, de la déclarer irrecevable.

Il est d'avis que la demande de A, à la date du dépôt de sa requête en obtention par provision de l'indemnité de chômage complet (le 25 juillet 2017), n'était plus en lien causal direct avec son licenciement avec effet immédiat survenu le 30 novembre 2016, celle-ci ayant retrouvé un nouvel emploi le 20 mars 2017 et ayant été licenciée avec préavis le 12 avril 2017.

Elle n'avait plus d'intérêt à agir sur base de l'article L.521-4(2) du Code du travail puisqu'elle a pu vivre pendant plusieurs

mois sans indemnités de chômage. À défaut d'intérêt à agir, la demande de A aurait dû être déclarée irrecevable sinon non fondée.

Il se prévaut finalement d'une ordonnance rendue le 1<sup>er</sup> décembre 2016 no. 44147 du rôle dans une affaire similaire (IJ 2/2017, page 6).

L'employeur se rallie aux conclusions prises par l'ÉTAT DU GRAND-DUCHÉ DE LUXEMBOURG.

La salariée conclut à la confirmation de l'ordonnance attaquée.

Elle soutient que ni l'article L.521-3 et 4 du Code du travail ni aucun autre texte de loi ne prévoit un délai endéans lequel elle aurait dû déposer sa demande, de sorte qu'exiger qu'elle formule sa demande dans un délai précis reviendrait à ajouter une condition non prévue par la loi. Elle conclut que dans la mesure où l'affaire au fond n'est pas terminée, elle a un intérêt à agir.

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

La Présidente relève dans un premier temps que la jurisprudence dont fait état l'ÉTAT DU GRAND-DUCHÉ DE LUXEMBOURG n'est pas transposable au cas d'espèce dans la mesure où les faits à la base de la présente affaire diffèrent de ceux de la décision<sup>1</sup>.

Aux termes de l'article L.521-4 du Code du travail, dans le cas d'un licenciement pour motif grave, le demandeur d'emploi peut, par voie de simple requête, demander au président de la juridiction

du travail d'autoriser l'attribution par provision de l'indemnité de chômage complet pour une durée maximale de 182 jours en attendant la décision judiciaire définitive du litige et ceci à condition, d'une part, d'avoir suffi aux conditions de l'article L.521-7 dudit Code aux termes duquel le travailleur sans emploi est tenu de s'inscrire comme demandeur d'emploi auprès des bureaux de placement publics et d'y introduire sa demande d'indemnisation, et, d'autre part, d'avoir porté préalablement le litige concernant son licenciement devant la juridiction du travail compétente.

**Si la finalité de l'article L.521-4 du Code du travail est de permettre au salarié qui perd son emploi avec effet immédiat et se retrouve sans ressources, d'obtenir des indemnités de chômage, force est de constater que la loi ne lui impose aucun délai pour déposer la requête afférente.**

Partant, par adoption des motifs retenus par la Présidente du Tribunal du travail, qui a fait une application correcte des articles L.521-4 et L.521-7 du Code du travail compte tenu des éléments de l'espèce, l'ordonnance déférée est à confirmer en ce qu'elle a déclaré la demande recevable et autorisé l'attribution par provision de l'indemnité de chômage complet, laquelle est à verser à A en attendant la décision judiciaire définitive du litige concernant la régularité de son licenciement, et pendant une durée de 182 jours de calendrier au maximum.

<sup>1</sup>) La demanderesse a été inscrite comme demanderesse d'emploi auprès de l'Adem depuis le 18 janvier 2016, et qu'elle a introduit une demande d'octroi des indemnités de chômage complet le 21 mars 2016. Or, au mois de mai 2016, la salariée a trouvé un nouvel emploi, de sorte qu'au jour du dépôt de sa requête le 25 août 2016, elle n'était plus inscrite comme demanderesse d'emploi. La Cour considère dès lors sa demande irrecevable dans la mesure où les conditions de recevabilité d'une demande doivent être remplies au moment de son introduction, ce qui n'était pas le cas en l'espèce.

## 5. Un travailleur doit pouvoir reporter et cumuler des droits au congé annuel payé non exercés lorsqu'un employeur ne met pas ce travailleur en mesure d'exercer son droit au congé annuel payé<sup>2</sup>.

Arrêt de la CJUE (cinquième chambre) du 29 novembre, King, affaire C-214/16

### Faits et procédure

Entre le 1<sup>er</sup> juin 1999 et la fin de sa carrière, le 6 octobre 2012, M. King a travaillé sur la base d'un « *contrat de travailleur indépendant rémunéré à la commission uniquement* », et en application de ce contrat ses périodes de congés annuels n'étaient pas rémunérées.

Au moment de son départ à la retraite, M. King a réclamé à son employeur le paiement d'une indemnité financière pour congés annuels pris et non payés, ainsi que pour les congés annuels non pris. Ce dernier a refusé. M. King a alors saisi le Tribunal du travail (Royaume-Uni) et obtenu le paiement d'indemnités pour :

- les congés acquis mais non pris à la date où la relation de travail a pris fin au cours de la dernière année de référence (2012-2013),
- les congés effectivement pris entre l'année 1999 et l'année 2012, mais au titre desquels aucune rémunération n'a été perçue,
- les congés acquis mais non pris pendant toute la période au cours de laquelle M. King a travaillé, soit 24,15 semaines au total.

L'employeur a fait appel du jugement devant la Cour d'appel, qui a fait droit à sa demande et renvoyé l'affaire devant le Tribunal du travail. Les deux parties ont interjeté appel de cette décision en ce qui concerne la troisième catégorie de congés, ceux acquis mais non pris pendant toute la durée du contrat à l'exception de la dernière année de référence.

La juridiction de renvoi estime que la solution du litige requiert l'interpréta-

tion de dispositions de droit de l'Union, en particulier l'article 7 de la directive 2003/88<sup>3</sup>. Elle a donc décidé de surseoir à statuer pour poser plusieurs questions préjudicielles à la CJUE.

#### Article 7 directive 2003/88 :

« 1. Les États membres prennent les mesures nécessaires pour que tout travailleur bénéficie d'un congé annuel payé d'au moins quatre semaines, conformément aux conditions d'obtention et d'octroi prévues par les législations et/ou pratiques nationales.

2. La période minimale de congé annuel payé ne peut être remplacée par une indemnité financière, sauf en cas de fin de relation de travail. »

### Les questions préjudicielles

« L'article 7 de la directive 2003/88 ainsi que le droit à un recours effectif, consacré à l'article 47 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (ci-après la « la Charte »), doivent-ils être interprétés en ce sens que, dans l'hypothèse d'un litige entre un travailleur et son employeur quant au point de savoir si le travailleur a droit à un congé annuel payé conformément au premier de ces articles, ils s'opposent à ce que le travailleur doive d'abord prendre son congé avant de savoir s'il a droit à être rémunéré au titre de ce congé ?

L'article 7 de la directive 2003/88 doit-il être interprété en ce sens qu'il s'oppose à des dispositions ou à des pratiques nationales selon lesquelles un travailleur est empêché de reporter et, le cas échéant, de cumuler, jusqu'au moment

où sa relation de travail prend fin, des droits au congé annuel payé non exercés au titre de plusieurs périodes de référence consécutives, en raison du refus de l'employeur de rémunérer ces congés ? »

### L'appréciation de la Cour

Il est de jurisprudence constante que le droit au congé annuel payé est considéré comme un principe du droit social de l'Union revêtant une importance particulière et expressément consacré par la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Il a pour finalité de permettre au travailleur de se reposer et de disposer d'une période de détente et de loisirs.

### Première question

La Cour estime qu'un travailleur n'est pas en mesure de jouir pleinement d'une période de congé s'il est placé dans une situation de nature à susciter de l'incertitude au sujet de sa rémunération pendant la période de congé. De plus, une telle situation est susceptible de dissuader le travailleur de prendre ses congés annuels. De sorte que « toute pratique ou omission d'un employeur susceptible d'avoir un tel effet dissuasif est incompatible avec la finalité du droit au congé annuel payé ».

En application du droit britannique, il ressort que pour faire valoir son droit au congé en justice, le travailleur était contraint de prendre ses congés sans solde puis d'introduire un recours visant à en obtenir le paiement. La Cour juge que ceci est incompatible avec le droit à

2) Communiqué de presse n°126/17.

3) Directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail.

un recours effectif garanti par l'article 47 de la Charte.

### **Deuxième question**

Dans le cadre de sa jurisprudence concernant le report de périodes de congé annuel non prises pour cause de maladie, la Cour a jugé que lorsqu'un travailleur n'a pas été en mesure, pour des raisons indépendantes de sa volonté, d'exercer son droit au congé annuel payé avant la fin de la relation de travail, il a droit à une indemnité financière. Dans ce cadre, et prenant en compte le risque que le cumul trop important de périodes d'absence d'un travailleur pourrait engendrer pour l'organisation du travail, la Cour n'a pas sanctionné le droit national qui limitait le cumul des droits au congé annuel payé par une période de report de quinze mois à l'expiration de laquelle le droit s'éteint.

Cependant, en l'espèce, « *contrairement à une situation dans laquelle le travailleur n'a pas pu prendre ses congés annuels payés pour cause de maladie, l'employeur qui ne met pas un travailleur en mesure d'exercer son droit au congé annuel payé doit en assumer les conséquences* ». En conséquence, admettre une extinction des droits au congé annuel payé acquis par le travailleur reviendrait à valider un comportement menant à un enrichissement illégitime de l'employeur au détriment de l'objectif de la directive visant le respect de la santé du travailleur.

### **La décision de la Cour**

« *L'article 7 de la directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil, du 4 novembre 2003, concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail, ainsi que le droit à un recours effectif, consacré à l'article 47*

*de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, doivent être interprétés en ce sens que, dans l'hypothèse d'un litige entre un travailleur et son employeur quant au point de savoir si le travailleur a droit à un congé annuel payé conformément au premier de ces articles, ils s'opposent à ce que le travailleur doive d'abord prendre son congé avant de savoir s'il a droit à être rémunéré au titre de ce congé.*

*L'article 7 de la directive 2003/88 doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à des dispositions ou à des pratiques nationales selon lesquelles un travailleur est empêché de reporter et, le cas échéant, de cumuler, jusqu'au moment où sa relation de travail prend fin, des droits au congé annuel payé non exercés au titre de plusieurs périodes de référence consécutives, en raison du refus de l'employeur de rémunérer ces congés.* »