



INFOS JURIDIQUES

Flash sur le Droit social

NEWSLETTER

N° 05/2017

31 mai 2017

1. Recours de l'État : le litige entre la salariée et l'employeur concernant le bien-fondé du licenciement et les revendications de l'État qui tendent au remboursement des indemnités de chômage sont indivisibles. p.1

2. Maladie : L'absence pour raison de santé peut être une cause de rupture du contrat de travail, en présence d'une part des absences longues ou nombreuses et répétées et d'autre part, d'une gêne considérable dans le fonctionnement de l'entreprise, du moment qu'il n'y a pas de certitude ou probabilité d'amélioration dans un avenir proche. p.4

3. Contrat de travail : en présence d'un contrat de travail écrit, il incombe à l'employeur contestant la validité du contrat d'en établir le caractère fictif. p.7

4. Salaire : non remise de la carte d'impôt par le salarié - obligation pour l'employeur de retenir 33%. p.9

5. DROIT EUROPÉEN : en cas de transfert d'entreprise, les clauses du contrat de travail stipulant un renvoi « dynamique » à des conventions collectives de travail s'imposent au cessionnaire. p.11

1. Le litige entre la salariée et l'employeur concernant le bien-fondé du licenciement et les revendications de l'Etat qui tendent au remboursement des indemnités de chômage sont indivisibles.

Arrêt de la Cour d'appel du 23 mars 2017, n° 43615 du rôle.

La procédure

Par jugement du 10 novembre 2015, le Tribunal du travail de Luxembourg s'est déclaré territorialement incompétent pour connaître de la demande de la salariée dirigée contre son employeur, afin d'obtenir des indemnités en raison d'un licenciement considéré comme abusif.

L'employeur ayant opposé l'incompétence territoriale, le Tribunal a retenu qu'au regard du lieu de travail de la salariée, situé dans un autre ressort judiciaire, il n'était pas compétent.

Le Tribunal du travail compétent se détermine d'après le lieu de travail du salarié.

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

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

Il y a trois justices de paix, dont une à Luxembourg, une à Esch-sur-Alzette et une à Diekirch.

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

Pour connaître le tribunal compétent, il est possible de consulter l'outil de recherche de la Commission européenne accessible sur le site www.justice.public.lu sous « Répertoire des localités ».

En raison du caractère indivisible du litige entre la salariée et l'employeur ayant pour objet l'appréciation du licenciement et les demandes d'indemnisation de la salariée avec la demande de l'Etat tendant au remboursement des indemnités de chômage versées suite au licenciement avec effet immédiat, le Tribunal a conclu à son incompétence pour connaître des revendications de l'Etat.



L'Etat a fait appel contre le jugement.

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) ...

(4) ...

(5) Le jugement ou l'arrêt déclarant abusif le licenciement du salarié ou justifiée la démission motivée par un acte de harcèlement sexuel condamne l'employeur à rembourser au Fonds pour l'emploi les indemnités de chômage par lui versées au salarié pour la ou les périodes couvertes par les salaires ou indemnités que l'employeur est tenu de verser en application du jugement ou de l'arrêt. Il en est de même du jugement ou de l'arrêt condamnant l'employeur au versement des salaires, ou indemnités en cas d'inobservation de la période de pré-

avis ou en cas de rupture anticipée du contrat conclu à durée déterminée.

Le montant des indemnités de chômage que l'employeur est condamné à rembourser au Fonds pour l'emploi est porté en déduction des salaires ou indemnités que l'employeur est condamné à verser au salarié en application du jugement ou de l'arrêt .

Les indemnités de chômage attribuées au salarié sur la base de l'autorisation lui accordée conformément aux dispositions des paragraphes (2) et (3) demeurent acquises au salarié dans les cas visés au présent paragraphe.

(6) Le jugement ou l'arrêt déclarant justifié le licenciement du salarié ou non justifiée la démission du salarié motivée par un acte de harcèlement sexuel condamne ce dernier à rembourser au Fonds pour l'emploi, le cas échéant de façon échelonnée, tout ou partie des indemnités de chômage lui versées par provision.

Lorsque l'Agence pour le développement de l'emploi procède à l'exécution du jugement ou de l'arrêt ordonnant le remboursement visé à l'alinéa qui précède, le salarié peut solliciter le bénéfice d'un sursis d'exécution auprès du président de la juridiction qui a prononcé la condamnation. Le président statue en référé dès le dépôt de la demande au greffe. Il peut prendre tous renseignements utiles concernant la situation matérielle du salarié.

(7) Lors de la saisine de la juridiction du travail compétente du fond du litige, le Fonds pour l'emploi est mis en intervention par le salarié qui a introduit auprès de l'Agence pour le développement de l'emploi une demande en obtention de l'indemnité de chômage complet. A défaut de cette mise en intervention du Fonds pour l'emploi, la juridiction saisie peut l'ordonner en cours d'instance jusqu'au jugement sur le fond. Il en est de même pour le Fonds pour l'emploi qui peut intervenir à tout moment dans l'instance engagée. »

La position de l'Etat

Dans son acte d'appel, l'Etat soutient qu'au vu de l'article L. 521-4 du Code du travail il est en droit d'exercer un recours tendant au remboursement des

indemnités de chômage dans le cadre de la procédure engagée par la salariée.

Il observe que dans un arrêt du 3 avril 2014, la Cour de cassation a décidé ce qui suit : « La double obligation du salarié lui impose de mener à terme son action en indemnisation, tout incident de procédure l'empêchant de ce faire entraînant pour lui l'obligation de rembourser les indemnités de chômage. »

Il conclut à la réformation du jugement en ce que le Tribunal « s'est déclaré territorialement incompétent pour connaître de la demande de l'Etat, refusant ce faisant de faire droit à la demande de l'Etat ».

Dans ses conclusions du 27 janvier 2017, l'Etat fait le développement suivant :

« ... que tout en se déclarant le cas échéant incompétent territorialement pour décider quant au fond du litige lui soumis, il aurait appartenu au Tribunal du travail, et nonobstant cet « incident de procédure », de condamner la partie initialement requérante au remboursement en question, qu'il y a donc lieu de comprendre le dispositif en ce sens, que la partie appelante ne demande pas la réformation de la décision d'incompétence, mais demande la réformation du jugement, en ce qu'il s'est déclaré territorialement incompétent, et a ce faisant refusé de faire droit à la demande de l'Etat ».

L'Etat conclut à la condamnation de la salariée à lui payer le montant de 4.487,19 euros.

L'employeur se rapporte à la sagesse de la Cour en ce qui concerne la demande de remboursement dirigée contre la salariée.

La compétence de la juridiction du travail

Licenciée avec effet immédiat par courrier du 29 octobre 2012, la salariée a déposé auprès du Tribunal du travail de Luxembourg une demande tendant à ce que le licenciement soit déclaré abusif et à ce que lui soient allouées une indemnité compensatrice de préavis et des indemnités au titre des préjudices matériel et moral.

Lors des débats devant le Tribunal du travail, l'Etat a conclu à la condamnation

soit de l'employeur soit de la salariée à rembourser les indemnités de chômage versées, à titre provisoire, sur demande de la salariée au Président du Tribunal du travail.

La Cour n'est pas saisie d'un appel tendant à ce que soit réformé le jugement en ce qu'il a retenu l'incompétence territoriale pour connaître de la demande de la salariée.

Au cas où un salarié a saisi la juridiction du travail d'une demande tendant à ce que le licenciement soit déclaré abusif et à ce que des indemnités lui soient accordées en raison de ce licenciement, l'article L. 521-4, paragraphe 7, du Code du travail permet la mise en intervention de l'Etat à tout moment en première instance ou en instance d'appel, jusqu'au jugement sur le fond.

Cette disposition légale impose au salarié de mettre l'Etat en intervention et permet à l'Etat d'intervenir volontairement.

La finalité de cette mise en intervention est de mettre la juridiction en mesure de prononcer une décision conforme à l'article L. 521-4, paragraphes 5 et 6. Aux termes de ces dispositions, la juridiction qui déclare le licenciement abusif, a l'obligation de condamner l'employeur au remboursement à l'Etat des indemnités de chômage. La juridiction qui déclare justifié le licenciement immédiat a l'obligation de condamner, le cas échéant, le salarié au remboursement.

Le litige engagé par un salarié contre son employeur afin d'obtenir des indemnités en raison du licenciement qu'il considère comme abusif, se meut non seulement entre le salarié et l'employeur, mais si des indemnités de chômage ont été versées au salarié, l'Etat constitue aussi une partie obligatoire de l'instance d'indemnisation introduite par le salarié, la loi imposant la mise en cause de cette partie, le cas échéant à l'initiative de la juridiction.

Ainsi qu'a retenu le Tribunal du travail, ce litige entre la salariée et l'employeur et les revendications de l'Etat qui tendent au remboursement des indemnités de chômage, sont indivisibles.

En raison de cette indivisibilité, c'est à juste titre que le Tribunal du travail a décliné la compétence pour connaître des revendications de l'Etat, étant donné qu'il n'avait pas compétence pour connaître des revendications de la salariée.

L'article L. 521-4 du Code du travail, invoqué par l'Etat pour justifier la compétence en ce qui concerne sa demande en dépit de l'incompétence quant à la demande de la salariée, est étranger aux règles relatives à la compétence territoriale et aux conséquences de l'indivisibilité du litige.

L'appel de l'Etat n'est pas fondé.

2. L'absence pour raison de santé peut être une cause de rupture du contrat de travail, en présence

- d'une part des absences longues ou nombreuses et répétées
- et d'autre part, d'une gêne considérable dans le fonctionnement de l'entreprise,

du moment qu'il n'y a pas de certitude ou probabilité d'amélioration dans un avenir proche. En effet, à défaut pour le salarié d'informer l'employeur de l'évolution de son état de santé, ce dernier ne peut pas savoir si dans un proche avenir le salarié peut oui ou non réintégrer son poste de travail.

Arrêt de la Cour d'appel du 11 mai 2017, n°43240 du rôle

Les faits

La salariée A a été licenciée avec un préavis de quatre mois par courrier du 12 juin 2014 par son employeur la société B.

Par lettre du 16 juin 2014, elle a demandé les motifs du licenciement.

Par courrier du 9 juillet 2014, la société B répond à la demande de motifs en invoquant l'absence pour raison de santé de la salariée à partir du 27 novembre 2013, qui a considérablement perturbé et désorganisé le déroulement habituel de ses activités.

Par requête du 12 août 2014, A a fait convoquer son employeur B devant le Tribunal du travail de Luxembourg pour faire qualifier son licenciement d'abusif.

La décision de première instance

Par jugement du 10 novembre 2015, le Tribunal du travail a déclaré le licenciement abusif.

Selon le tribunal, le reproche relatif aux absences habituelles pour cause de maladie est libellé avec la précision requise par la loi, l'employeur ayant indiqué les différentes périodes d'incapacité de travail couvertes par les certificats et ajouté un tableau des présences et absences de la salariée sur la période allant de novembre 2013 à juin 2014.

Le tribunal a ensuite retenu que l'employeur était en droit de licencier A avec préavis après 26 semaines d'incapacité

de travail, tout en relevant que l'adjonction de la période du congé de maladie postérieure à la convocation à l'entretien préalable n'est pas de nature à contredire le reproche lié à l'absentéisme de la requérante.

La juridiction de première instance a néanmoins considéré que les absences de la salariée ne peuvent pas être qualifiées d'absentéisme habituel. Selon le Tribunal de travail, il s'agit d'une absence unique qui, même si elle est longue, n'est pas à elle seule une cause justifiant un licenciement. Il appartient donc à l'employeur de démontrer que cette absence unique a entraîné un dysfonctionnement de son entreprise, ce que la société B resterait cependant en défaut de faire.

De ce jugement, la société B a relevé appel.

En instance d'appel

Quant à la précision des motifs

La salariée A reprend d'abord son moyen tiré de l'imprécision des motifs de son licenciement.

Elle fait valoir que la société B mentionne uniquement l'existence de problèmes organisationnels sans les expliquer autrement et elle ne préciserait ni comment ses fonctions ont été effectivement réparties ni le coût des mesures de remplacement.

La précision des motifs doit permettre à la partie qui subit la résiliation du contrat de travail de connaître exacte-

ment le ou les faits qui lui sont reprochés et de pouvoir ainsi juger, en pleine connaissance de cause, de l'opportunité d'une action en justice. Elle doit être de nature à empêcher l'auteur de la résiliation d'invoquer a posteriori des motifs différents de ceux qui ont réellement provoqué la rupture. Elle doit enfin permettre aux juges d'apprécier la gravité de la faute commise et d'examiner si les griefs invoqués devant eux s'identifient aux motifs invoqués.

La société B indique dans sa lettre de motivation que le licenciement est basé sur l'absentéisme pour raison de santé de l'intimée qui, d'après elle, a considérablement perturbé et désorganisé le déroulement habituel de ses activités au vu de la récurrence des arrêts de travail et de l'incertitude persistante attachée à la disponibilité de la salariée qui auraient rendu très aléatoire toute tentative d'organisation et de gestion de « *planning* » intégrant l'éventuelle présence de A.

L'appelante a précisé, en outre, les dates et la durée des différents certificats d'incapacités de travail et a annexé un tableau récapitulatif reprenant le nombre des jours de présence et d'absence pour cause de maladie ainsi que le taux d'absentéisme de A à partir de novembre 2013.

L'appelante a ajouté que le remplacement de la salariée ne pouvait s'effectuer qu'au fur et à mesure de la réception des certificats de prolongation de maladie de la salariée, de sorte qu'elle ne pouvait engager une personne pour pallier les absences de la salariée.

Elle devait, dès lors, avoir recours à du personnel intérimaire tout en restant contraint de déplacer constamment des membres du personnel interne qui étaient affectés à des postes bien précis, de sorte qu'ils ne pouvaient être déplacés à long terme. Les membres du personnel interne concernés auraient, par ailleurs, manifesté un mécontentement croissant face aux déplacements et heures supplémentaires qu'ils devaient effectuer.

L'employeur a également relevé qu'eu égard à la récurrence des certificats de maladie successivement établis, il ne pouvait émettre une quelconque hypothèse quant à une éventuelle reprise de travail de la salariée ou prévoir une amélioration de son état de santé.

La Cour est d'avis qu'il s'ensuit que la société B a décrit à suffisance les difficultés qu'elle a rencontrées pour faire face aux absences de la salariée. Sa lettre de motivation reprend donc avec une précision suffisante le motif de licenciement reproché à la salariée et elle permet à celle-ci d'apprécier l'opportunité d'intenter une action en justice et aux juges de vérifier si le motif débattu devant eux correspond à celui de la lettre de motivation et d'examiner s'il est réel et suffisamment grave pour justifier un licenciement.

Les motifs du licenciement sont donc de l'avis de la Cour, énoncés avec suffisamment de précision.

Quant au caractère réel et sérieux des motifs

La société B reproche à la juridiction de première instance d'avoir estimé que les absences de A ne constituaient pas un absentéisme habituel pour raison de santé, mais une « *absence unique* » en relevant que la salariée a remis neuf certificats médicaux différents sur une période de sept mois à partir du moment où elle devait intégrer une nouvelle affectation. La salariée ne l'aurait pas informé de l'évolution de son état de santé ce qui aurait engendré une incertitude persistante attachée à son indisponibilité, de sorte que toute tentative d'organisation et de gestion de planning serait devenue totalement aléatoire, voir inefficace.

Ce serait donc également à tort que le tribunal de première instance a estimé,

contrairement à la jurisprudence suivant laquelle les périodes longues et successives d'absences présument une gêne considérable au fonctionnement de l'entreprise, qu'il lui appartiendrait de prouver la gêne causée par la maladie.

En ordre subsidiaire et pour autant qu'il lui appartiendrait de prouver les perturbations de l'entreprise, elle verse deux attestations testimoniales et formule une offre de preuve testimoniale.

A, de son côté, soutient que l'employeur ne saurait se baser sur le seul taux d'absence pour motiver le licenciement, mais qu'il devrait établir que l'absentéisme a apporté une gêne indiscutable au fonctionnement de l'entreprise et qu'il n'a plus pu compter sur sa collaboration suffisamment régulière. Par ailleurs, il n'y aurait lieu de tenir compte que de ses absences jusqu'à la convocation à l'entretien préalable, de sorte que le taux d'absentéisme retenu par l'employeur ne serait pas correct.

La durée des absences devrait également être appréciée par rapport à sa période d'occupation totale de sept ans au cours de laquelle elle n'avait été absente que pendant un seul mois en raison d'une intervention chirurgicale. Ses certificats médicaux couvriraient le plus souvent un mois et ne présentaient donc aucun caractère irrégulier ou imprévisible de nature à mettre l'employeur dans une situation où il ne pouvait plus organiser raisonnablement le bon fonctionnement de son entreprise.

En outre, la société B serait une entreprise de grande taille qui a des salariés de remplacement à disposition pour prendre en charge les tâches accomplies par les salariés malades. Selon l'intimée, ses incapacités de travail trouveraient, par ailleurs, leur origine dans son activité professionnelle puisque ce serait en raison de son changement d'affectation dont elle avait été informée le 26 novembre 2013 et qui, d'après elle, serait une sanction injustifiée contestée le même jour lors de l'entretien avec les représentants de l'employeur, qu'elle se serait trouvée en maladie en raison de son état dépressif.

A affirme encore que son employeur était informé de son état de dépression et est d'avis qu'il ne pouvait exclure d'office son rétablissement dans un futur

proche au vu des certificats du docteur B.

L'absentéisme pour raison de santé peut être une cause de rupture du contrat de travail, en présence d'une part des absences longues ou nombreuses et répétées et d'autre part, d'une gêne considérable dans le fonctionnement de l'entreprise, sans certitude ou même probabilité d'amélioration dans un avenir proche.

La Cour retient d'abord que la salariée n'a pas rapporté la preuve que sa maladie trouve son origine dans ses conditions de travail et notamment dans sa mutation. En effet, abstraction faite que le seul certificat médical du 11 septembre 2014, a été émis par son médecin traitant seulement trois mois après son licenciement, et dix mois après le début de la période d'incapacité de travail, ce certificat n'est pas suffisamment circonstancié pour permettre de retenir que sa maladie est directement liée à son activité salariale, d'autant plus que le premier certificat d'incapacité de travail du 27 novembre 2013 fait en premier lieu état d'une tendinite.

Il résulte ensuite des éléments de la cause qu'au moment de l'envoi de la convocation à l'entretien préalable en date du 3 juin 2014 ainsi que de la lettre de licenciement du 12 juin suivant, A était absente pour cause de maladie depuis le 27 novembre 2013, et ce durant neuf périodes d'incapacités successives, soit au total pendant sept mois.

S'il est exact que la période de congé de maladie postérieure au licenciement ne constitue pas un motif valable de licenciement, les périodes longues et successives d'absence de A ayant précédé son licenciement sont cependant d'une importance telle qu'elles font présumer une gêne considérable au fonctionnement du service auquel était affectée la salariée en raison du fait que son employeur a dû pourvoir à son remplacement en confiant ses tâches à des salariés intérimaires qui devaient encore être formés par le personnel interne. A cela s'ajoute qu'il n'est pas établi que la société B était à chaque fois informée avant le dernier jour du certificat de maladie en cours de la prolongation de l'état d'incapacité de travail de la

salariée et ne pouvait donc organiser un planning à moyen terme.

L'argument de la salariée selon lequel l'employeur disposait d'une équipe volante pour pallier l'absence des salariés ne saurait valoir au regard de la spécificité du travail confiée à A qui s'occupait de la caisse « Restopolis », ce d'autant plus que les membres de l'équipe volante n'ont pas pour vocation de pourvoir durablement au remplacement d'une salariée.

Il suit de ce qui précède, et sans qu'il n'y ait lieu de procéder à une mesure d'instruction complémentaire, que **les**

absences de A ont eu pour conséquence une perturbation sérieuse de l'organisation interne de l'entreprise.

La salariée n'ayant pas établi avoir informé l'employeur de l'évolution de son état de santé, ce dernier ne pouvait pas non plus savoir si dans un proche avenir A allait pouvoir réintégrer son poste de travail. En effet, ses certificats d'incapacité de travail portent uniquement la mention « *syndrome dépressif* » et le seul « *certificat* » préalable au licenciement versé en cause établi par le docteur B, à supposer que la salariée l'ait continué à son employeur, précise que « *A prend un traitement antidépres-*

seur et anxiolytique depuis plusieurs semaines, traitement qui doit être poursuivi à long terme ».

L'employeur était dans ces conditions en droit d'estimer qu'il ne pouvait plus compter à l'avenir sur une collaboration régulière de la salariée.

Il en suit que le motif tiré de l'absentéisme important de la salariée constitue un motif suffisamment sérieux pour justifier le licenciement avec préavis de A et qu'il y a dès lors lieu de dire, par réformation du jugement entrepris, que le licenciement du 12 juin 2014 est régulier.

3. En présence d'un contrat de travail écrit, il incombe à l'employeur contestant la validité du contrat d'en établir le caractère fictif. En l'absence de toute rémunération, de fiches de salaire, d'affiliation au Centre commun de la sécurité sociale et ceci pendant presque une année, A ayant toujours agi au nom de la société de son propre esprit d'initiative et en toute indépendance, n'est pas à considérer comme un salarié.

Arrêt de la Cour d'appel du 30 mars 2017, n° 42365 du rôle

Faits

Le salarié A a été au service de la société S1¹ suivant contrat de travail signé le 1er juin 2012 avec B en tant qu'employeur et fondateur de la prédite société créée le 18 février 2013.

A a fait convoquer la société S1 et B, administrateur, devant le Tribunal du travail de Luxembourg pour les entendre condamner d'une part à lui payer, du chef d'arriérés de salaires, la somme de 107.332 euros, d'autre part voir constater la faute grave des défendeurs et par conséquent, requalifier sa démission avec effet immédiat du 24 mai 2013 en licenciement abusif.

La procédure devant le Tribunal du travail

A fit valoir que par courrier du 24 mai 2013, il a démissionné pour faute grave dans le chef des parties défenderesses qui lui sont redevables de la somme de 84.000 euros à titre d'arriérés de salaires pendant 12 mois, de juin 2012 à mai 2013; qu'elles ne lui ont pas mis à disposition un logement de service, soit un avantage en nature évalué à la somme totale de 15.240 euros pendant 12 mois et qu'elles lui doivent également des commissions sous la forme d'un bonus calculé sur le chiffre d'affaires et sur la marge dégagée par la société.

Les parties défenderesses soulevèrent l'incompétence rationae materiae du Tribunal du travail pour connaître du litige, au motif qu'aucun contrat réel, caractérisé par un lien de subordination n'a existé entre le requérant et elles. Elles firent valoir que A n'a pas rapporté

la preuve d'une prestation de travail pour leur compte, ni rapporté l'existence d'un lien de subordination entre parties. Les échanges de courriers montreraient qu'il se comportait comme futur associé de la société en voie de formation et non pas comme salarié de celle-ci. Le contrat de travail signé le 1er juin 2012 aurait constitué un contrat purement fictif pour rendre service au requérant qui aurait eu des problèmes avec la justice française.

Le paiement du montant de 7.200 euros fin avril 2013 n'aurait pas constitué un salaire, mais une aide consentie au concerné pour lui permettre de louer un appartement.

Le fait que le requérant n'aurait pas réclamé le paiement des salaires prétendument redus pendant 11 mois serait en effet incompatible avec l'existence d'une véritable relation de travail.

Par jugement du 30 mars 2015, le Tribunal du travail s'est déclaré incompétent rationae materiae pour connaître du litige.

Pour statuer comme il l'a fait, le tribunal a relevé que :

« S'il est constant en cause que le requérant a fourni des prestations en vue de la création de la société S1 Luxembourg S.A., la description des tâches effectuées par lui ayant notamment consisté dans la prise de contact avec des banques, des sociétés de consulting et des clients, ne permet pas, à elle seule, de conclure à l'existence d'un lien de subordination entre lui et C² ou B.

Malgré le fait qu'ils partageaient un appartement, A et l'actuel administra-

teur-délégué de la société anonyme S1 Luxembourg S.A., ne semblent, au vu de leurs propres déclarations, ne s'être échangés que peu sur les prestations à accomplir dans le cadre de la création de la société.

Les échanges de courriels entre A et C montrent qu'une collaboration a existé entre les concernés, mais n'établissent aucunement que C ait donné des ordres à A quant à l'exécution de son travail, qu'il en ait contrôlé l'accomplissement ou en ait vérifié les résultats.

Les éléments du dossier montrent, au contraire, que c'est au moment où A a été écarté comme associé de la société à créer par ses anciens partenaires et que la collaboration a cessé, qu'il a fait valoir ses revendications en invoquant les dispositions du contrat de travail signé le 1^{er} juin 2012 ».

Le raisonnement de la Cour d'appel quant à la compétence

En principe, celui qui invoque l'existence d'un contrat de travail doit en établir la preuve.

Cependant, lorsque les parties sont en présence d'un contrat de travail apparent, il incombe à celui qui conteste l'existence d'un lien de subordination d'établir le caractère fictif du contrat.

En l'espèce, il est constant en cause que le 1^{er} juin 2012, les parties litigantes ont signé un document intitulé « Contrat de Travail à durée indéterminée » qui qualifie A de salarié et lequel contient sur 19 points toutes les clauses usuelles généralement insérées dans un tel contrat.

1) En cours de formation à cette date.

2) C connaissance de A, l'a mis en relation avec son frère B en vue de créer la société S1.

Il s'ensuit qu'il incombe à la société S1, qui conteste la validité du contrat, d'en établir le caractère fictif.

L'existence d'une relation de travail ne dépend ni de la volonté exprimée par les parties, ni de la dénomination qu'elles ont donnée à leur convention, mais des conditions de fait dans lesquelles est exercée l'activité. Le lien de subordination, élément caractéristique du contrat de travail, est caractérisé par l'exécution d'un travail sous l'autorité d'un employeur qui a le pouvoir de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements de son subordonné.

La Cour entend rappeler à ce stade que la société S1 soutient que A, connaissance de C, s'est vu proposer de mener à bien la mise en place d'une structure dans laquelle il serait associé et consistant notamment à fournir du conseil en matière d'investissements. D'après elle, les pièces soumises à l'appréciation de la Cour documenteraient que A n'avait aucun statut de salarié, que son rôle consistait à la mise en place, en toute indépendance, d'une structure opérationnelle pour début 2013 et qu'il n'était jamais question de toucher une quelconque rémunération à ce stade.

La Cour constate qu'il ressort effectivement du contenu du courriel du 8 janvier 2011 versé par l'appelant, que C, conscient des difficultés tant privées que professionnelles rencontrées par son ami à cette époque, lui propose de venir s'installer au Luxembourg pour travailler ensemble. À la lecture des pièces versées, il semble évident que C, avec le concours de A, envisage de mettre en place une structure de conseil d'investissement pour laquelle il estime que

son ami dispose des relations nécessaires pour attirer une clientèle fortunée.

Il est un fait que la société S1 n'a effectivement été constituée que le 18 février 2013. L'explication selon laquelle le contrat de travail daté au 1 juin 2012, donc plus d'un an après ce courriel du 8 janvier 2011, et plus de 11 mois avant la création de la société, a uniquement été établi afin de permettre à l'appelant de s'établir plus facilement au Luxembourg devient, sous cet aspect, crédible.

En effet, durant onze mois, A n'a pas eu de fiche de salaire, n'a pas été affilié au Centre commun de la sécurité sociale, n'a pas reçu de rémunération du tout et n'a, à aucun moment, manifesté son étonnement et encore moins émis une protestation quant à l'absence de tout paiement de salaire, sans même parler de l'absence de formulation de la moindre revendication généralement quelconque jusqu'à l'assignation en justice. Le seul virement du 29 avril 2013 d'un montant de 7.200.-EUR intitulé « TRFT » n'est pas de nature à énerver cette constatation.

Contrairement au soutènement de A, les courriels échangés entre lui et les frères B et C notamment, les projets de lettres de mission rédigées et les contacts recherchés avec une clientèle prête à investir, ne documentent pas une prestation de services en qualité de salarié, mais s'inscrivent dans le cadre de démarches opérées par A en vue de la création de la société dans laquelle il devait figurer comme associé et administrateur.

Cette dernière position se trouve soutenue par les multiples démarches que A a effectuées auprès d'établissements

bancaires, de cabinets d'avocats, d'une fiduciaire, ainsi que de cabinets d'audit et de conseil et lesquelles témoignent de son esprit d'initiative, de ses marges de manœuvre et de son indépendance, donc d'un comportement guère compatible avec le statut de simple salarié.

Les éléments fournis ne permettent donc pas de déceler, comme l'ont souligné à juste titre les premiers juges, un lien de subordination. Il ressort, au contraire, de l'étude des pièces, que A a toujours bénéficié d'une autonomie et d'une liberté d'action certaines, sans avoir été soumis à des instructions précises, sans avoir dû tenir des comptes rendus d'activité, sans avoir dû justifier ses horaires de travail, ses absences ou ses congés, ni avoir été rappelé à l'ordre durant ladite période, si bien qu'il ne peut valablement soutenir qu'il se serait trouvé placé sous la subordination de la société S1.

Il résulte également des échanges de mails entre C et A les dimanches, les samedis et même les jours fériés légaux, que les parties s'échangent entre eux sur un pied d'égalité et discutent de leur future rémunération, une fois la société mise sur pied, en tant que partenaire. Non seulement le ton employé par A n'est pas celui d'un salarié face à son employeur, mais encore ses ambitions étaient toutes autres que celles d'un simple salarié.

La Cour rejoint donc les premiers juges pour retenir que la preuve du caractère fictif du contrat de travail a bien été rapportée et confirme le jugement déféré en ce qu'il a déclaré le Tribunal du travail incompetent ratione materiae pour connaître des revendications de A.

4. Non remise de la carte d'impôt par le salarié – obligation pour l'employeur de retenir 33% - à défaut, il ne peut pas, a posteriori, retenir un salaire entier pour compenser les retenues non opérées - Démission pour faute grave de l'employeur pour non-paiement des salaires justifiée – Indemnité compensatoire de préavis à payer.

Arrêt de la Cour d'appel du 23 mars 2017, n° 42145 du rôle

Faits

A, aux services de la société S1 depuis le 17 décembre 2012, a résilié le 24 avril 2014 son contrat de travail avec effet immédiat pour faute grave dans le chef de l'employeur pour n'avoir pas respecté ses obligations élémentaires, à savoir le paiement des salaires de février et de mars 2014.

Par requête du 6 mai 2014, A a fait convoquer son ancien employeur devant le Tribunal du travail de Luxembourg pour voir déclarer fondée et justifiée la susdite résiliation avec effet immédiat du contrat de travail pour faute grave dans le chef de l'employeur et pour le voir condamner à lui payer une indemnité de préavis (2 mois), ainsi que des dommages-intérêts pour préjudices matériel et moral.

La société S1 explique qu'elle s'était rendu compte, au début de l'année 2014, qu'elle avait payé la somme de $(12 \times (1.537,50 \times 33\%)) = 6.088,50$ euros en trop au salarié du fait des retenues légales non opérées et qu'elle n'a dès lors plus procédé au paiement des salaires de février et mars 2014. Le non-paiement des salaires des mois de février et mars 2014 ne saurait donc être considéré comme faute grave, étant donné qu'il ne s'agissait, d'une part, pas d'une période prolongée et que, d'autre part, les deux salaires avaient déjà été payés, étant donné que pendant toute l'année 2013 elle avait payé à A l'intégralité du salaire brut et qu'elle n'avait pas procédé aux retenues d'impôt sur le revenu.

Elle soutient n'avoir pas été « consciente » de son obligation légale d'opérer, en raison de la non-remise par le salarié de sa carte d'impôt, une retenue d'impôt sur son salaire d'après les conditions tarifaires les plus onéreuses, à savoir une retenue de 33 % du salaire et de

verser le montant en question à l'Administration des Contributions directes. Craignant d'être mise personnellement en cause pour non-paiement de la retenue d'impôt pour toute l'année 2013, elle aurait décidé de retenir l'équivalent du trop-payé afin de régulariser sa situation à l'égard de l'Administration des Contributions directes. Le trop-perçu par le salarié se compensait ainsi naturellement avec le non-paiement des salaires de février et mars 2014.

Position de la Cour d'appel

a. Quant à la résiliation du contrat de travail avec effet immédiat pour faute grave dans le chef de l'employeur

L'article 143 (4) de la loi modifiée du 4 décembre 1967 de l'impôt sur le revenu prévoit que « *La fiche (d'impôt) sera délivrée au salarié qui sera tenu de la remettre à l'employeur, faute de quoi l'employeur devra opérer la retenue d'après les dispositions tarifaires les plus onéreuses, à moins qu'il en soit dispensé par l'Administration des contributions (...)* ». Or A n'avait pas encore, au début de l'année 2014 remis à son employeur sa carte d'impôt de l'année 2013.

Si, conformément à l'article 136 paragraphe 4 de la prédite loi, « *l'employeur est personnellement responsable de l'impôt retenu ainsi que de l'impôt qu'il aurait dû retenir, à moins que, dans ce dernier cas, il ne soit établi que le défaut ou l'insuffisance de retenue ne lui est pas imputable* », il n'en demeure pas moins, que **la retenue faite par la société S1 de la totalité des salaires réduits à A pour les mois de février et mars 2014, abstraction faite de la question de sa léga-**

lité, constituait une mesure démesurée par rapport au comportement fautif du salarié, même si celui-ci, contrairement à son engagement formel, n'avait toujours pas remis sa carte d'impôt de l'année 2013.

En effet, le salaire mensuel, outre son caractère rémunérateur pour le travail fourni, permet au salarié de subvenir à ses besoins vitaux et à ceux de sa famille. L'employeur ne saurait dès lors, sauf exception prévue par la loi, se faire justice soi-même et retenir l'entièreté des salaires réduits au salarié, ce à plus forte raison qu'**eu égard au comportement récalcitrant du salarié de verser sa carte d'impôt, il aurait pu procéder aux retenues légales aux conditions les plus onéreuses, soit 33 %, ce qu'il a toutefois omis de faire, en raison de sa propre négligence.**

Il en suit que le non-paiement par la société S1 des salaires de A de février et mars 2014 en vue de compenser le trop-perçu par le salarié au cours de l'année 2013, respectivement au début de l'année 2014, au titre des retenues légales non opérées, la constituait en faute et que cette que faute était suffisamment grave pour justifier la résiliation avec effet immédiat le 24 avril 2014 par le salarié A de la relation de travail entre parties.

b. Quant aux montants indemnitaires réclamés par les deux parties

L'indemnité compensatoire de préavis réclamée par A

A demande à titre d'indemnité de préavis le montant de 3.075 euros correspondant à deux mois de salaires.

La société S1 s'y oppose au motif que la jurisprudence et la doctrine s'accordent pour retenir que lorsque le salarié résilie pour faute grave de l'employeur son contrat de travail, il peut obtenir des dommages et intérêts s'il établit le lien de causalité entre la faute et le préjudice subi, mais qu'il n'a nullement le droit à une indemnité de préavis.

A résiste en faisant valoir qu'il serait injuste et inique de priver le salarié qui prend l'initiative de résilier le contrat de travail pour une faute grave de l'employeur de l'indemnité compensatoire de préavis, alors que dans l'hypothèse d'un licenciement avec effet immédiat jugé abusif par la juridiction du travail, l'employeur est condamné en sus des dommages et intérêts à une indemnité compensatoire de préavis. Il demande, dès lors, à voir dire que les dispositions de l'article L.124-6 du Code du travail sont contraires à l'article 10 bis point 1 de la Constitution aux termes duquel « les Luxembourgeois sont égaux devant la loi ».

Par son arrêt rendu le 8 juillet 2016 dans l'affaire n°124 du registre, la Cour Constitutionnelle a statué que :

« Considérant que les dispositions sous examen (les articles L.124-6 et L.124-7 du Code du travail) en ce qu'elles n'accordent pas au salarié qui a résilié son contrat de travail avec effet immédiat pour faute grave de l'employeur et dont la résiliation est déclarée justifiée par la juridiction du travail, le bénéfice des indemnités de préavis et départ qui reviennent de plein droit au salarié dont le licenciement avec effet immédiat par l'employeur est déclaré abusif, instituent entre ces deux catégories de salariés se trouvant dans des situations comparables une différence de traitement qui ne procède pas de disparités objectives et qui n'est pas rationnellement justifiée, adéquate et proportionnée à son but ;

Considérant qu'il y a partant lieu de dire, par rapport aux deux questions préjudicielles posées, que les articles L.124-6 et L.124-7 du Code du travail ne sont pas conformes au principe d'égalité devant

la loi consacré par l'article 10bis, paragraphe 1, de la Constitution. »

Il découle de ce qui précède que A peut prétendre à une indemnité compensatoire de préavis du fait de la résiliation justifiée du contrat de travail avec effet immédiat pour faute grave de l'employeur.

Le montant réclamé de 3.075 euros correspondant à un préavis de deux mois n'étant pas contesté, il y a lieu d'y faire droit.

Le préjudice matériel

A demande à titre de dommage matériel subi et calculé sur une période de référence de deux mois, la somme de 3.075 euros. Il soutient que malgré ses différentes demandes d'emploi restées infructueuses, il a été en mesure de retrouver un emploi dès le mois de mai 2014, mais qu'il n'a rien perçu du Pôle Emploi en France. Pour étayer sa demande, il fait valoir qu'il a dû d'abord faire reconnaître le caractère légitime et fondé de la résiliation du contrat de travail.

La société S1 conteste l'existence d'un préjudice matériel dans le chef de A au motif que celui-ci n'a subi aucune perte de salaire entre la démission du 24 avril 2014 et le mois de mai 2014 au cours duquel il a retrouvé un emploi. Elle s'oppose encore à la prise en compte d'un préjudice incertain.

Si l'indemnisation du dommage matériel du salarié doit être aussi complète que possible, il n'y a cependant lieu de prendre en compte que le préjudice qui se trouve en relation causale directe avec le congédiement.

Or, force est de constater que A qui a retrouvé un emploi dès le mois de mai 2014 et qui bénéficie d'une indemnité compensatoire de préavis de deux mois, n'établit pas le préjudice matériel par lui invoqué. A ne saurait pas davantage fonder sa demande sur un préjudice qui reposait sur des éléments futurs et dont la réalisation était incertaine.

Il en découle que sa demande en obtention de dommages et intérêts pour préjudice matériel subi n'est pas fondée.

Le préjudice moral

A réclame à son ancien employeur à titre de dommages et intérêts pour préjudice moral subi la somme de 5.000 euros. Il invoque son désarroi et ses soucis concernant tant sa situation familiale et sociale causés par la résiliation du contrat de travail due à la faute de son ancien employeur.

La société S1 conteste l'existence d'un quelconque dommage moral dans le chef du salarié au motif qu'il a trouvé un emploi dès le mois suivant et que ses dires sont insuffisants pour caractériser un préjudice moral en relation causale avec la résiliation du contrat de travail litigieux.

La Cour admet que A a dû se faire des soucis quant à son avenir professionnel au moment de la résiliation du contrat de travail.

A n'a en effet pas fait preuve d'indifférence vis-à-vis de son avenir professionnel dès lors qu'il a fait des démarches pour retrouver un nouvel emploi en mai 2014.

Compte tenu des soucis que A a dû se faire pour son avenir, mais aussi compte tenu de son ancienneté de service réduite et de son jeune âge au moment de la résiliation du contrat de travail, sa demande du chef de préjudice moral subi est à déclarer fondée pour le montant de 750 euros.

L'indemnité compensatoire de préavis réclamée par la société S1

La résiliation avec effet immédiat du contrat de travail étant à déclarer justifiée, il en suit que la demande de la société S1 en paiement d'une indemnité de préavis égale à un mois, soit la somme de 1.537,50 euros, pour non-respect des délais visés aux articles L.124-4 et L.124-5 du Code du travail est à déclarer non fondée.

5. DROIT EUROPÉEN : en cas de transfert d'entreprise, les clauses du contrat de travail stipulant un renvoi « dynamique » à des conventions collectives de travail s'imposent au cessionnaire.

Arrêt de la CJUE (troisième chambre) du 27 avril 2017, Asklepios, affaire C-680/15

Faits et procédure

L'affaire concerne deux travailleurs qui exerçaient respectivement les métiers d'ouvrier polyvalent/jardinier et d'assistante de soins au sein d'un hôpital géré par une collectivité territoriale communale en Allemagne. Après la cession dudit hôpital en 1995 à une société à responsabilité limitée, la partie d'établissement dont dépendaient les deux travailleurs a été transférée à cette société en 1997.

Les contrats conclus après le transfert entre ladite société, qui n'était membre d'aucune organisation patronale ayant négocié et participé à l'adoption d'une convention collective de travail, et les travailleurs contenait une clause de renvoi « dynamique » à la convention collective fédérale des travailleurs des administrations et des établissements communaux, précisant que la relation de travail serait régie par cette convention, ainsi que toutes conventions la complétant, la modifiant ou la remplaçant.

La société employeuse a par la suite été intégrée dans un groupe d'entreprises du secteur hospitalier.

Le 1^{er} juillet 2008, la partie d'établissement employant les deux travailleurs a été transférée à une autre société du groupe, Asklepios. Cette dernière, tout comme la société précédente, n'était pas liée en tant que membre d'une organisation patronale à la convention collective à laquelle le contrat de travail faisait référence ou à celles l'ayant depuis remplacée et complétée.

En effet, le 1^{er} octobre 2005, la convention collective précitée a été remplacée par la convention collective de la fonction publique, et complétée par la convention

collective relative au transfert des travailleurs des collectivités locales relevant de la convention collective de la fonction publique et portant règlement du droit transitoire.

Les deux travailleurs ont alors introduit un recours judiciaire tendant à faire reconnaître l'application de ces deux conventions collectives en vertu de la clause de renvoi contenue dans leurs contrats de travail. Asklepios soutient que la directive européenne sur le transfert d'entreprise¹ et la liberté d'entreprise garantie par l'article 16 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE (la Charte) s'opposent à l'application dynamique des conventions collectives de la fonction publique en cas de transfert, et imposent une conception statique du renvoi opéré par le contrat de travail.

Alors que la juridiction de première instance a fait droit aux demandes des travailleurs, Asklepios a donc formé un recours en révision devant la Cour fédérale du travail.

Cette Cour estime que la solution du litige requiert l'interprétation de dispositions de droit de l'Union, en particulier l'article 3 de la directive 2001/23/CE (précitée). Elle a donc décidé de surseoir à statuer pour poser une question préjudicielle à la CJUE.

Article 3 directive 2001/23/CE :

« 1. Les droits et les obligations qui résultent pour le cédant d'un contrat de travail ou d'une relation de travail existant à la date du transfert sont, du fait de ce transfert, transférés au cessionnaire.
[...]

3. Après le transfert, le cessionnaire maintient les conditions de travail convenues par une convention collective dans la même mesure que celle-ci les a prévues pour le cédant, jusqu'à la date de la résiliation ou de l'expiration de la convention collective ou de l'entrée en vigueur ou de l'application d'une autre convention collective.

Les États membres peuvent limiter la période du maintien des conditions de travail, sous réserve que celle-ci ne soit pas inférieure à un an.

[...]»

La question préjudicielle

« L'article 3 de la directive 2001/23, lu en combinaison avec l'article 16 de la Charte, doit-il être interprété en ce sens que, en cas de transfert d'établissement, le maintien des droits et des obligations résultant pour le cédant d'un contrat de travail s'étend à la clause, dont le cédant et le travailleur sont convenus en vertu du principe d'autonomie de la volonté, en vertu de laquelle leur relation de travail est régie non seulement par la convention collective en vigueur à la date du transfert, mais également par des conventions postérieures à ce transfert et qui la complètent, la modifient ou la remplacent, dès lors que le droit national prévoit, au bénéfice du cessionnaire, des possibilités d'adaptation aussi bien consensuelle qu'unilatérale ? »

L'appréciation de la Cour

La Cour commence par constater qu'une clause du contrat de travail peut tout à fait renvoyer à d'autres instruments juridiques, et notamment les conventions

¹ Directive 2001/23/CE du Conseil du 12 mars 2001 concernant le rapprochement des législations des États membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprises, d'établissements ou de parties d'entreprises ou d'établissements.

collectives de travail, et ceci de deux façons : de manière « statique » [droits et obligations fixés par le texte en vigueur à la date du transfert d'entreprise], ou de manière « dynamique » [renvoi aux évolutions conventionnelles futures entraînant possiblement une modification de ces droits et obligations].

La Cour précise ensuite qu'elle a déjà jugé que la directive sur le transfert d'entreprise n'impose aucune de ces deux conceptions du renvoi.

Elle poursuit en précisant qu'un contrat se caractérise par le principe de l'autonomie de la volonté, et que l'article 3 de la directive sur le transfert d'entreprise ne déroge nullement à ce principe. La directive, et plus particulièrement son article 3, ne peuvent être interprétés en ce sens que toute clause contractuelle de nature « dynamique » serait interdite. Par conséquent, « si le cédant et les travailleurs ont librement convenus d'une clause contractuelle de nature « dynamique » et si celle-ci est en vigueur à la date du transfert, la directive 2001/23, et notamment son article 3, doivent être lus comme prévoyant, en principe, que cette obligation résultant d'un contrat de travail est transférée au cessionnaire. »

Cependant, la Cour a déjà souligné que dans l'hypothèse d'une clause contractuelle de nature « dynamique », la directive vise un double objectif : sauvegarder les intérêts des travailleurs, et assurer un juste équilibre entre les intérêts de ces derniers et ceux du cessionnaire. Il en découle que « le cessionnaire doit être en mesure de procéder, postérieurement à la date du transfert, aux ajustements et aux adaptations nécessaires à la continuation de son activité ». Or en l'espèce, le droit allemand prévoit précisément que le cessionnaire a la possibilité, postérieurement au transfert, d'adapter consensuellement ou unilatéralement les conditions de travail en vigueur au moment du transfert.

La directive lue à la lumière de la liberté d'entreprise telle que garantie par la Charte ne s'oppose donc pas à l'insertion d'une clause telle que celle en cause dans un contrat de travail.

La décision de la Cour

« L'article 3 de la directive 2001/23/CE du Conseil, du 12 mars 2001, concernant le rapprochement des législations des États membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas

de transfert d'entreprises, d'établissements ou de parties d'entreprises ou d'établissements, lu en combinaison avec l'article 16 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, doit être interprété en ce sens que, en cas de transfert d'établissement, le maintien des droits et des obligations résultant pour le cédant d'un contrat de travail s'étend à la clause, dont le cédant et le travailleur sont convenus en vertu du principe d'autonomie de la volonté, en vertu de laquelle leur relation de travail est régie non seulement par la convention collective en vigueur à la date du transfert, mais également par des conventions postérieures à ce transfert et qui la complètent, la modifient ou la remplacent, dès lors que le droit national prévoit, au bénéfice du cessionnaire, des possibilités d'adaptation aussi bien consensuelle qu'unilatérale. »