



# **Bulletin d'Information sur la Jurisprudence**

**2/2013**  
07 mai 2013

## **SOMMAIRE**

<b>Cour d'appel, 8<sup>e</sup> Chambre, 5 mai 2011</b>	<b>20</b>
Résiliation d'un contrat à l'essai – Préavis commençant avant mais expirant après la fin de la période d'essai – Résiliation valablement intervenue pendant la période d'essai (non) – Parties liées par un contrat à durée indéterminée (oui) – Application des règles relatives à la résiliation d'un contrat à durée indéterminée – Allocation d'une indemnité compensatoire de préavis (oui)	
<b>Cour d'appel, 8<sup>e</sup> Chambre, 12 mai 2011</b>	<b>23</b>
Mise à pied d'un délégué du personnel – Action sur base de l'article L. 415-11 (3) du Code du travail – Appréciation de la durée du délai pour intenter l'action en maintien du salaire – Violation des principes communautaires d'équivalence et d'effectivité (non) – Violation de l'article 10bis de la Constitution (non)	
<b>Cour d'appel, 8<sup>e</sup> Chambre, 26 mai 2011</b>	<b>27</b>
Heures supplémentaires – Chauffeur routier – Accord de l'employeur inhérent à l'approbation des missions confiées au salarié (oui)	
<b>Cour d'appel, 8<sup>e</sup> Chambre, 26 mai 2011</b>	<b>28</b>
Licenciement avec préavis – Demande de motifs – Délai d'un mois pour répondre – Point de départ – Notification à l'employeur – Théorie de la réception (oui)	
<b>Cour d'appel, 8<sup>e</sup> Chambre, 26 mai 2011</b>	<b>30</b>
Témoignage en justice – Administrateur-délégué d'une société partie au procès – Capacité à déposer (non)	
<b>Cour d'appel, 8<sup>e</sup> Chambre, 9 juin 2011</b>	<b>31</b>
Licenciement abusif – Salarié âgé de 57 ans – Période de référence jusqu'à l'âge de la retraite (oui)	
<b>Cour d'appel, 8<sup>e</sup> Chambre, 9 juin 2011</b>	<b>32</b>
Maladie du salarié – Article L. 121-6. (3) du Code du travail – Licenciement après une période d'incapacité de travail de 26 semaines – Calcul du délai	
<b>Cour d'appel, 8<sup>e</sup> Chambre, 9 juin 2011</b>	<b>34</b>
Période d'essai – Licenciement avec préavis – Action en licenciement abusif – Charge de la preuve dans le chef du salarié – Prise en compte d'éléments postérieurs à la notification du licenciement (non)	
<b>Cour d'appel, 8<sup>e</sup> Chambre, 9 juin 2011</b>	<b>35</b>
Licenciement – Droit du salarié au bonus de fin d'année – Illustration	
<b>Cour d'appel, 8<sup>e</sup> Chambre, 9 juin 2011</b>	<b>36</b>
Licenciement pour motif économique – Précision des motifs – Faillite du client le plus important de l'employeur – Nécessité de nommer le client (non)	
<b>Cour d'appel, 8<sup>e</sup> Chambre, 9 juin 2011</b>	<b>37</b>
Action en justice – Demande en requalification d'un contrat – Défaut de pertinence de la question de la nature des relations contractuelles sur les demandes en indemnisation – Défaut d'intérêt à agir quant à la demande en requalification du contrat (oui)	



Publié par la Conférence du Jeune Barreau de Luxembourg

Comité de rédaction: Marc THEWES, Pierre REUTER, Albert MORO, Pierre SCHLEIMER, Claudine ERPELDING, Steve JACOBY, Pierre BEISSEL, Anne LAMBE, Steve HELMINGER, Marc ELVINGER et Alex ENGEL



## Droit du travail et droit de la sécurité sociale

**Cour d'appel**  
05 mai 2011

**Résiliation d'un contrat à l'essai – Préavis commençant avant mais expirant après la fin de la période d'essai – Résiliation valablement intervenue pendant la période d'essai (non) – Parties liées par un contrat à durée indéterminée (oui) – Application des règles relatives à la résiliation d'un contrat à durée indéterminée – Allocation d'une indemnité compensatoire de préavis (oui) – Licenciement abusif de plein droit pour être contraire à la loi (non) – Obligation pour le salarié d'établir le caractère socialement et économiquement abusif du licenciement au vu de l'article L. 124-11 du Code du travail pour obtenir réparation pour licenciement abusif (oui)**

Le salarié avait basé sa demande sur le non-respect par l'employeur du délai de préavis à observer en cas de résiliation du contrat contenant une clause d'essai et avait conclu à voir dire qu'en raison de ce non-respect, le contrat de travail non régulièrement dénoncé durant la période d'essai, devait, par application de l'article L. 121-5.(5) du Code du travail, être considéré comme conclu à durée indéterminée.

L'employeur a, par lettre du 24 octobre 2008 informé le salarié qu'il résiliait avec effet à partir du 27 octobre 2008 moyennant un préavis qui devait, selon l'employeur, expirer le 14 novembre 2008, le contrat de travail signé entre parties le 1er août 2008, mais dont la date de prise d'effet avait été fixée au 4 août 2008.

Selon l'article 6 dudit contrat, les trois premiers mois constituaient la période d'essai.

L'employeur devait aux termes de l'article L.121-5(4) du Code du travail dont question ci-après respecter un délai de préavis de 15 jours pour mettre fin au contrat à l'essai.

Dès lors cependant que l'employeur a dénoncé le contrat avant l'expiration de la période d'essai, mais avec échéance (14 novembre 2008) après la fin de ladite période, soit le 4 novembre 2008, se pose la question de savoir si l'employeur est tenu de résilier le contrat à l'essai moyennant le délai de préavis dont le dernier jour doit au maximum coïncider avec la fin de la période d'essai, soit en l'espèce le 4 novembre 2008, ou s'il pouvait dénoncer le contrat jusqu'au plus tard le 4 novembre 2008, tout en respectant le délai de préavis de 15 jours.

L'article L.121-5(5) du Code du travail est de la teneur suivante:

«Lorsqu'il n'est pas mis fin au contrat à l'essai dans les conditions visées au paragraphe qui précède avant l'expiration de la période d'essai convenue par les parties, le contrat de travail est considéré comme étant conclu pour une durée indéterminée à partir du jour de l'entrée en service».

Le paragraphe (4) auquel il est renvoyé dispose ce qui suit :

«...il peut être mis fin au contrat à l'essai dans les formes prévues aux articles L.124-3 et L.124-4 (lettre recommandée); dans ce cas, le contrat prend fin à l'expiration d'un délai de préavis qui ne peut être inférieur:

- à autant de jours que la durée de l'essai convenue au contrat compte de semaines ;
- à quatre jours par mois d'essai convenu au contrat sans pouvoir être inférieur à quinze jours et sans devoir excéder un mois».



Sous l'empire de la loi du 20 avril 1962 portant réforme du règlement légal du louage de service des employés privés, la disposition légale relative à la résiliation du contrat de travail assorti d'une clause d'essai était ainsi conçue :

«L'engagement à l'essai d'un employé détenteur du certificat de fin d'études secondaires, d'un diplôme de fin d'études de l'Ecole technique de l'Institut 'enseignement technique ou d'une école technique équivalente étrangère, ou ayant participé avec succès au concours organisé par l'employeur, ne peut avoir une durée supérieure à deux mois. Pour l'employé qui ne remplit pas ces conditions de formation, pareil engagement ne peut dépasser, si l'employé est majeur, une durée de quatre mois et s'il est mineur, une durée de six mois.

Si quinze jours avant l'expiration du délai prévu, aucune des deux parties n'a averti l'autre de la résiliation de l'engagement à l'essai, celui-ci est à considérer comme définitif à partir du jour de l'entrée en service provisoire.»

Il découle de cette formulation que l'expiration du délai de préavis, qui à l'époque était uniformément de 15 jours, devait nécessairement se situer avant respectivement au plus tard le jour-même de l'expiration de la période d'essai.

Même si la formulation du texte actuel relative au moment où la résiliation doit être faite, est moins explicite que celle de la loi de 1962, la portée en est toujours restée la même et se dégage de la lecture combinée des paragraphes (4) et (5) de l'article L.121-5 du Code du travail, le paragraphe (5) en disposant « lorsqu'il n'est pas mis fin au contrat à l'essai dans les conditions visées au paragraphe qui précède avant l'expiration de la période d'essai... » ne permettant pas d'autre interprétation que celle que la partie qui veut mettre fin au contrat à l'essai doit obligatoirement résilier le contrat à l'essai autant de jours que comporte le délai de préavis avant l'expiration de la période d'essai.

Cette interprétation est corroborée par les travaux préparatoires (exposé des motifs) de la loi du 24 mai 1989 sur le contrat de travail où il est dit: «le paragraphe 5 rappelle que le contrat à l'essai qui n'est pas résilié dans les délais et formes requis par le texte avant l'expiration de la période d'essai convenue au contrat doit être considéré comme conclu (...) pour une durée indéterminée à partir de l'entrée en service (...)» (Doc. parl., n° 3222, p. 29).

Il en résulte que le législateur n'avait pas l'intention de changer le régime légal antérieur, mais qu'il a voulu maintenir la règle que le contrat contenant une clause d'essai doit être résilié au plus tard autant de jours qu'en compte le délai de préavis fixé au paragraphe (4) avant l'expiration de la période d'essai. (Cour, 21.10.2010, n° 33438 du rôle)

Le tribunal du travail a partant retenu à juste titre que l'employeur n'avait, en licenciant l'appelant le 24 octobre 2008 alors que la période d'essai prenait fin le 4 novembre 2008, pas respecté le délai de préavis de quinze jours.

Conformément à l'article L. 121-5(5) du Code du travail, les parties étaient dès lors liées au moment de la résiliation par un contrat de travail à durée indéterminée.

Ce sont partant les règles régissant le contrat de travail à durée indéterminée qui sont applicables au cas d'espèce.

L'article L.124-6 du Code du travail dispose que « La partie qui résilie le contrat à durée indéterminée sans y être autorisée par l'article L.124-10 ou sans respecter les délais de préavis visés aux articles L.124-3 et L.124-4 est tenue de payer à l'autre partie une indemnité compensatoire de préavis égale à la rémunération correspondant à la durée du préavis ou, le cas échéant, à la partie de ce délai restant à courir ».



L'employeur, en résiliant le contrat de travail de L., sans respecter le délai de préavis de deux mois tel que prévu à l'article L.124-3(1) du Code du travail, est tenu de lui verser l'indemnité compensatoire du préavis non respecté qui, au regard du délai de préavis de 11 jours d'ores et déjà accordé (24.10 - 4.11 2008), était de 49 jours.

L. a partant droit de ce chef à la somme de  $(49/60 \times 173h \times 2m \times 13 \text{ €}) = 3.673 \text{ €}$ . N'en réclamant que 3.373,50 €, ce dernier montant est à lui allouer.

L'appelant réclame à titre de réparation du préjudice matériel et moral à chaque fois la somme de 2.000 €.

Il base sa demande sur l'article L. 124-11(1) du Code du travail qui dispose qu'est abusif et constitue un acte socialement et économiquement anormal notamment le licenciement qui est contraire à la loi.

Déclarer le licenciement abusif en raison du non-respect du délai de préavis légal tel que demandé par l'appelant reviendrait à sanctionner l'employeur à deux reprises : d'une part, ce non-respect a eu pour conséquence que le contrat de travail à l'essai a été requalifié en contrat de travail à durée indéterminée; d'autre part il entraînerait pour l'employeur l'obligation de devoir réparer le préjudice accru du chef dudit non-respect du délai de préavis.

En raison de la sanction légale expresse prévue à l'article L.121-5(5) du Code du travail, il n'y a pas lieu de déclarer abusif le licenciement intervenu du seul fait que le délai de préavis légal n'a pas été respecté et partant d'interpréter l'article L.124-11(1) du Code du travail en ce sens que la formule «contraire à la loi» engloberait ce cas de figure.

L'appelant n'établissant pas le caractère abusif du licenciement au regard des autres cas de figure mentionnés à l'article L.124-11(1) du Code du travail, – son assertion selon laquelle la résiliation serait due à un motif qui n'est pas en rapport avec la période d'essai est, à la supposer pertinente, non établie – sa demande tendant à se voir allouer des dommages-intérêts du chef de la réparation du préjudice subi n'est pas fondée.

(Cour d'appel – 8e Chambre – 5 mai 2011 – Rôle: 35985)

Référence du BIJ: 2013/2-CL 08 10229



## Droit du travail et droit de la sécurité sociale

**Cour d'appel**  
12 mai 2011

**Mise à pied d'un délégué du personnel – Action sur base de l'article L. 415-11 (3) du Code du travail – Appréciation de la durée du délai pour intenter l'action en maintien du salaire – Violation des principes communautaires d'équivalence et d'effectivité (non) – Violation de l'article 10bis de la Constitution (non) – Violation de l'article 6 § 1) et 3b) de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (non) – Violation du principe communautaire de non discrimination (non) – Violation des articles 11 et 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (non)**

Aux termes de l'article L.415-11. (3) du Code du travail, le délai imparti au salarié délégué du personnel pour saisir le président du tribunal du travail d'une demande en maintien de la rémunération est de huit jours à partir de la notification de la mise à pied.

M. juge ce délai trop court en invoquant un certain nombre de moyens sans faire de distinction entre les moyens qui ne touchent que la question du délai et ceux qui visent de façon générale la discrimination résultant, selon M., du fait que le délégué ne disposerait pas de recours de droit commun pour se faire indemniser des conséquences d'un licenciement qu'il juge abusif.

### Violation des principes communautaires d'équivalence et d'effectivité:

M. juge le délai de huit jours trop court pour assurer une protection juridique effective au salarié délégué entraînant en cela une violation du principe communautaire de l'effectivité du recours.

Il se réfère notamment au considérant (19) de la directive 2002/73/CE du Parlement Européen et du Conseil du 23 septembre 2002 modifiant la directive 76/207/CEE du Conseil relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles et les conditions du travail selon lequel « les règles nationales relatives aux délais de recours ne peuvent s'appliquer pour autant qu'elles ne soient pas moins favorables que celles concernant des recours similaires de nature interne et qu'elles ne rendent pas impossible pratiquement l'exercice des droits conférés par l'ordre juridique communautaire. »

Dans la mesure où le salarié délégué ne disposerait que d'un délai de huit jours pour demander le maintien de son salaire tandis que le salarié non délégué disposerait d'un délai de trois mois, voire douze mois en cas de réclamation contre le licenciement, pour demander réparation du préjudice subi du fait d'un licenciement qu'il juge abusif, il y aurait violation des principes communautaires d'équivalence et d'effectivité.

Il se réfère à un arrêt rendu par la Cour de Justice des Communautés Européennes (C-63/08 du 29 octobre 2009, Virginie Régine REBAI/T-COMALUX) saisie d'une question préjudicielle par le tribunal du travail d'Esch-sur-Alzette (Virginie Régine REBAI/ T-COMALUX S.A., 12 février 2010, répertoire 371/08 ) dans le cadre d'une affaire où s'était posé la question de savoir si le délai de quinze jours endéans lequel la femme enceinte licenciée pouvait demander la nullité de son licenciement n'était pas trop bref pour garantir une protection effective de ses droits.

Dans cette affaire, la Cour de Justice des Communautés Européennes a dit pour droit :

1) Les articles 10 et 12 de la directive 92/85/CEE du Conseil, du 19 octobre 1992, concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des



travailleuses enceintes, accouchées ou allaitantes au travail (dixième directive particulière au sens de l'article 16 paragraphe 1 de la directive 89/391/CEE) doivent être interprétés en ce sens qu'ils ne s'opposent pas à la législation d'un Etat membre qui prévoit une voie de recours spécifique relative à l'interdiction du licenciement des travailleuses enceintes, accouchées ou allaitantes, énoncée audit article 10, exercée selon des modalités procédurales propres à ce recours, pour autant toutefois que celles-ci ne soient pas moins favorables que celles afférentes à des recours similaires de nature interne (principe d'équivalence) et ne soient pas aménagées de manière à rendre pratiquement impossible l'exercice des droits reconnus par l'ordre juridique communautaire (principe d'effectivité).

2) Un délai de forclusion de quinze jours, tel que celui institué à l'article L. 337-1, paragraphe 1, quatrième alinéa, du Code du travail luxembourgeois, n'apparaît pas de nature à satisfaire cette condition, ce qu'il appartient cependant à la juridiction de renvoi de vérifier.

S'emparant de cette décision, M. estime que dès lors que la Cour de Justice des Communautés Européennes aurait déjà jugé trop court un délai de quinze jours a fortiori un délai de huit jours devrait l'être aussi.

La lecture que fait M. dudit arrêt n'est pas tout à fait exacte dans la mesure où la Cour de Justice des Communautés Européennes a laissé à l'appréciation de la juridiction de renvoi de vérifier si un délai spécifique satisfait aux exigences des principes communautaires d'équivalence et d'effectivité.

Il appartient dès lors à la Cour de vérifier si le délai spécifique de huit jours est moins favorable que les délais afférents à des recours similaires et s'il est le cas échéant de nature à rendre pratiquement impossible l'exercice des droits reconnus par l'ordre juridique communautaire.

S'agissant, en premier lieu, de la question de savoir si le principe d'équivalence est respecté, la Cour constate que les actions ouvertes, d'une part au salarié délégué en maintien de salaire et d'autre part au salarié non délégué en réparation du préjudice subi par un licenciement qu'il juge abusif, ne peuvent être considérées comme comparables tant en ce qui concerne leur objet, leur cause et leurs éléments essentiels.

La mise à pied prévue par l'article L.415-11. (2) n'est en effet pas un licenciement, mais une mesure provisoire et immédiate qui suspend les obligations respectives des parties et qui peut être prise en cas de faute grave du salarié-délégué par l'employeur en attendant la décision définitive de la juridiction du travail sur la demande de l'employeur en résolution du contrat de travail.

Dans le cadre d'un licenciement par contre, l'employeur notifie au salarié sa décision de résiliation des relations de travail qui est définitive et irrévocable.

L'action du salarié délégué a pour objet un maintien de salaire tandis que l'action du salarié non délégué licencié a pour objet la réparation d'un dommage.

S'il peut paraître judicieux d'accorder au salarié licencié un temps de réflexion pour juger de l'opportunité d'une action en justice en indemnisation contre son ancien employeur, un délai plus long ne se justifie pas pour le salarié délégué qui, bien au contraire, a intérêt à rentrer le plus vite possible en jouissance de sa rémunération.

Il n'y a donc pas en l'espèce violation du principe communautaire d'équivalence, les situations n'étant pas comparables.

En ce qui concerne, en second lieu, le principe d'effectivité, la Cour juge qu'un délai de huit jours endéans lequel une demande en maintien de salaire doit être déposée ne rend pas « impossible



pratiquement » l'exercice des droits conférés par l'ordre juridique communautaire alors que le salarié délégué n'a pas à constituer de dossier mais qu'il lui suffit de déposer une simple requête au tribunal du travail. S'agissant d'une procédure dépourvue de tout formalisme pour l'exercice de laquelle l'assistance d'un avocat n'est pas obligatoire, le délai de huit jours est suffisant pour le salarié délégué d'agir ce d'autant plus qu'il n'a pas, contrairement au salarié licencié, à réfléchir sur l'opportunité de l'action judiciaire à entamer.

La Cour juge dès lors que le délai de huit jours n'est pas contraire aux principes communautaires d'équivalence et d'effectivité.

#### Violation de l'article 10bis de la Constitution:

M. soutient que le délai de huit jours serait contraire à l'article 10 bis de la Constitution aux termes duquel: « Les Luxembourgeois sont égaux devant la loi » au motif que ce délai extrêmement bref emporterait une rupture d'égalité entre un salarié délégué du personnel mis à pied pour faute grave en vertu de l'article L.415-11. (2) du Code du travail et un salarié non délégué licencié pour faute grave qui aurait un délai de trois voire douze mois pour introduire sa demande en indemnisation du chef de licenciement abusif et il demande à la Cour de saisir la Cour Constitutionnelle de la question préjudicielle suivante :

« la législation dérogatoire au droit commun en matière de mise à pied conservatoire des délégués du personnel issue de l'article L.415-11. (3) du code du travail en ce qu'il prévoit un délai très court concernant la demande en maintien du salaire et celle en nullité du licenciement (8 et 15 jours) est-elle conforme à l'article 10bis de la Constitution ? »

Aux termes de l'article 6 b) de la loi du 27 juillet 1997 portant création d'une Cour Constitutionnelle, une juridiction est dispensée de saisir la Cour Constitutionnelle lorsqu'elle estime que la question de constitutionnalité est dénuée de tout fondement.

Tel est le cas en l'espèce alors que le législateur peut, sans violer le principe constitutionnel de l'égalité, soumettre certaines catégories de personnes à des régimes légaux différents, à condition que la différence instituée procède de disparités objectives.

La Cour renvoie aux développements faits à propos de l'examen d'une éventuelle violation du principe communautaire d'équivalence pour répéter que la différence de traitement se justifie par la disparité objective entre la situation du salarié délégué de personnel mis à pied pour faute grave et celle du salarié non délégué licencié avec effet immédiat pour faute grave.

Il ne saurait ainsi être question de rupture d'égalité devant la loi et il n'y a pas lieu de saisir la Cour Constitutionnelle de la question posée.

#### Violation de l'article 6 paragraphes 1) et 3b) de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales:

S'emparant des paragraphes 1 et 3 b) de l'article 6 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme disposant: « Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle.... » respectivement « ... disposer du temps et des facilités nécessaires à la préparation de sa défense... » M. soutient qu'un délai de huit jours ne suffirait pas aux exigences desdits textes et ne garantirait pas au délégué le droit à un procès équitable.

La Cour renvoie aux développements qui précèdent pour répéter que le délai de huit jours prévu par



l'article L.415-11. (3) du Code du travail est suffisant pour permettre au salarié délégué de préparer son dossier et lui garantit ainsi le droit à un procès équitable

Violation du principe communautaire de non discrimination:

M. soutient ensuite que la législation luxembourgeoise serait contraire au principe communautaire de non discrimination, directe ou indirecte, arrêté dans la directive 2000/78/CE du conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail.

Indépendamment du fait que cette directive ne vise que la discrimination fondée sur la religion ou les convictions, l'handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle, la Cour n'a pas à examiner cette question dans la mesure où M. invoque cette directive pour critiquer le fait que le salarié délégué dispose uniquement d'un recours en nullité du licenciement prononcé avec réintégration respectivement d'un recours pour demander le maintien du salaire dans l'attente de la solution à intervenir sur la demande en résolution judiciaire du contrat de travail mais non pas d'un recours en indemnisation pour congédiement abusif, critiquant encore le fait que contrairement au salarié non délégué licencié auquel l'employeur devrait communiquer les motifs de son licenciement, l'article L.415-11. (2) ne prévoirait pas de telle obligation à charge de l'employeur prononçant une mise à pied à l'égard du délégué.

Or, pour pouvoir examiner le mérite de ce moyen, il faudrait que le recours soit recevable au point de vue du délai de forclusion ce qui n'est pas le cas ainsi que cela résultera de la décision à prendre par la Cour.

Violation des articles 11 et 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales:

M. fait une lecture combinée des articles 11 et 14 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme ainsi conçus: « Toute personne a droit à la liberté de réunion pacifique et à la liberté d'association, y compris le droit de fonder avec d'autres des syndicats et de s'affilier à des syndicats pour la défense de ses intérêts. » respectivement « La jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autres situation » pour soutenir que le fait de priver le salarié délégué d'un recours en indemnisation contre le licenciement jugé abusif et de l'accès à un revenu de remplacement dans l'attente de la solution définitive sur la résolution du contrat de travail constituerait une violation du droit à la liberté syndicale créant en cela une discrimination non objectivement justifiée.

S'agissant ici aussi d'un moyen touchant le fond du litige, la Cour est dispensée de l'examiner au regard à la décision à intervenir quant à la recevabilité du recours.

Au vu du rejet de tous les moyens qui tendaient à faire dire que le délai de huit jours est trop court, il y a lieu à confirmation de l'ordonnance entreprise en ce que la demande a été déclarée irrecevable pour cause de forclusion.

(Cour d'appel – 8e Chambre – 12 mai 2011 – Rôle: 35874)

Référence du BIJ: 2013/2-CL 08 10230





**Droit du travail et droit de la sécurité sociale**

**Cour d'appel**

26 mai 2011

**Heures supplémentaires – Chauffeur routier – Accord de l'employeur inhérent à l'approbation des missions confiées au salarié (oui)**

C'est à tort que le tribunal du travail a appliqué à la demande le principe général selon lequel le salarié ne saurait mettre en compte des heures supplémentaires au gré de sa seule volonté, mais qu'il doit en justifier la nécessité et rapporter la preuve de l'accord de l'employeur.

Les heures supplémentaires prestées dans le domaine du transport routier sont en effet générées par la nature particulière du travail à accomplir qui est partiellement tributaire des aléas du trafic routier. L'approbation par l'employeur des missions confiées aux chauffeurs, laquelle n'est pas mise en doute en l'espèce, est par conséquent incompatible avec un défaut d'accord pour la prestation d'heures supplémentaires effectives requises pour l'accomplissement de la mission. (Cour d'appel 9 janvier 1997, numéro 18839 du rôle ; Cour d'appel 18 novembre 2010, numéro 34263 du rôle).

(Cour d'appel – 8e Chambre – 26 mai 2011 – Rôle: 35565)

Référence du BJ: 2013/2-CL 08 10233



## Droit du travail et droit de la sécurité sociale

**Cour d'appel**  
26 mai 2011

### **Licenciement avec préavis – Demande de motifs – Délai d'un mois pour répondre – Point de départ – Notification à l'employeur – Théorie de la réception (oui)**

Par lettre recommandée du 19 novembre 2008, il a sollicité les motifs de son licenciement qui lui ont été fournis par courrier recommandé du 22 décembre 2008.

Pour déclarer abusif le licenciement, les premiers juges ont retenu que l'employeur n'avait pas, comme l'exige l'article L.124-5. (2) du code du travail, fourni les motifs du licenciement dans le délai d'un mois après la notification de la lettre recommandée du salarié demandant les motifs en question.

Pour ce faire les premiers juges ont pris comme point de départ du délai la date indiquée sur le tampon de la poste apposé sur la lettre par laquelle A. avait demandé les motifs de son licenciement, soit le 19 novembre 2008 et ils ont ainsi retenu que le délai avait ainsi expiré le 19 décembre 2008 à minuit.

Aux termes de l'article L.124-5. (2) du code du travail « l'employeur est tenu d'énoncer avec précision par lettre recommandée, au plus tard un mois après la notification de la lettre recommandée, le ou les motifs du licenciement liés à l'aptitude ou à la conduite du salarié ou fondés sur les nécessités du fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service qui doivent être réels et sérieux ».

En employant le terme de « notification », le législateur a entendu faire courir le délai seulement à partir du jour où le destinataire, en l'occurrence l'association sans but lucratif B. a reçu la lettre contenant la demande des motifs respectivement le jour où il en a été avisé par la poste. (Cour 21 décembre 1995, n° 17040 du rôle, Konica Business Machines Belgium / Wilfried Bormann)

Le délai pour répondre à une lettre ne peut en effet courir qu'à partir de la date à laquelle le destinataire en a pris connaissance (réception) ou dû en prendre connaissance (avisé).

C'est dès lors à tort que le tribunal du travail a retenu que le délai a commencé à courir le jour-même de l'envoi de la lettre contenant la demande des motifs soit le 19 novembre 2008.

Comme A. oppose à l'association sans but lucratif B. la déchéance du délai pour répondre, il a la charge de la preuve de la date à laquelle celle-ci a réceptionné respectivement a été régulièrement avisée de sa lettre, cette date faisant courir le délai d'un mois.

S'agissant d'un simple envoi recommandé sans avis de réception, il n'y a aucune trace écrite de la date de sa remise à l'employeur.

Restant en défaut de prouver ou d'offrir en preuve que l'association sans but lucratif B. a reçu la lettre de demande des motifs antérieurement au 22 novembre 2008, la lettre de motivation expédiée le 22 décembre 2008 ne saurait être considérée comme tardive, étant encore précisé pour être complet que, contrairement à ce que soutient A., c'est la date de l'expédition de la lettre de motivation qui doit être prise en considération pour vérifier si le délai du mois a été respecté, l'obtention de la missive par le salarié ne constituant pas une condition de validité de la notification mais ayant pour seul effet de faire courir les délais s'il y a lieu.



C'est dès lors à tort que le licenciement a été déclaré abusif pour non respect du délai de l'article L.124-5. (2) du code du travail.

Il n'y a pas lieu de faire droit à la demande de l'association sans but lucratif B. de renvoyer l'affaire devant le tribunal du travail autrement composé, l'effet dévolutif de l'appel conférant à la Cour la connaissance de l'entier litige.

(Cour d'appel – 8e Chambre – 26 mai 2011 – Rôle: 35987 et 36090)

Référence du BIJ: 2013/2-CL 08 10244



**Procédure civile et commerciale**

**Cour d'appel**  
26 mai 2011

**Témoignage en justice – Administrateur-délégué d'une société partie au procès – Capacité à déposer (non)**

Admettre, pour le cas où l'offre de preuve dût être pertinente, le témoignage de l'administrateur-délégué G. reviendrait à recueillir les déclarations de la personne qui en justice représente ladite société et qui de ce fait est censée déposer dans sa propre cause. Le témoin serait partant incapable de déposer.

(Cour d'appel – 8e Chambre – 26 mai 2011 – Rôle: 35700)

Référence du BIJ: 2013/2-CL 08 10235



**Droit du travail et droit de la sécurité sociale**

**Cour d'appel**  
09 juin 2011

**Licenciement abusif – Salarié âgé de 57 ans – Période de référence jusqu'à l'âge de la retraite (oui)**

Il est constant en cause qu'au moment de son licenciement en 2006, l'appelant était âgé de 57 ans et qu'il aurait, d'après ses dires, pu prendre sa retraite en 2009. Il est incontestable qu'une personne de cet âge, qui de surcroît a des problèmes de santé, n'a aucune chance de trouver un nouvel emploi. C'est à tort que l'intimée soutient que l'appelant n'a pas fait d'effort pour trouver un nouvel emploi, aucun employeur n'étant disposé à offrir un emploi dans les conditions prédécrites. A. pouvant prétendre à sa retraite au Luxembourg dès le 1er mai 2009, il y a lieu de fixer la période de référence jusqu'à cette date. Son préjudice matériel à partir du 1er février 2007 jusqu'au 1er mai 2009 s'élève à  $27 \times 5.463,38 \text{ euros} = 147.511,26 \text{ euros}$ , montant duquel il faut déduire les indemnités pécuniaires de maladie du 1er février 2007 au 30 juin 2007 d'un montant de 27.316,90 euros et les indemnités de chômage de 13.044,20 euros, ce qui fait 107.150,16 euros.

A. conclut encore à se voir allouer la somme de 38.955,75 euros à titre de bonus annuel à partir du 27 juillet 2006, date du licenciement, jusqu'au 1er septembre 2009, date de sa retraite en Belgique. Il fait valoir que ce bonus constitue un élément de rémunération et qu'il doit être ajouté à son salaire pendant la période de référence.

L'intimée s'oppose à cette demande et soutient qu'A. n'a pas prouvé que ce bonus est devenu partie intégrante du salaire.

Il résulte d'un avenant au contrat de travail signé le 21 septembre 2005, qu'un bonus a été fixé pour l'année 2005. Il y est indiqué « que les paramètres repris dans le plan de bonus ne sont valables que pour l'année transitoire 2005 et ne constituent en aucun cas un précédent ». Il n'est pas contesté que depuis 1997 A. a touché des primes annuelles variables. Il est cependant en défaut de prouver qu'il s'agit d'un élément du salaire.

Etant donné qu'il a touché depuis 1997 une telle prime, il y a également droit pour l'année 2006 et la Cour l'évalue ex aequo et bono à 5.000 euros.

A. réclame encore la somme de 75.000 euros pour la perte d'une chance d'avoir une pension plus élevée à l'âge de 65 ans. Ce préjudice est en contradiction avec les déclarations d'A. sur son état de santé et sa tentative d'obtenir une pension d'invalidité peu après son licenciement. Il s'agit d'un préjudice hypothétique et incertain dont la relation causale avec le licenciement n'est pas établie. Ce chef de la demande doit partant être déclaré non fondé.

(Cour d'appel – 8e Chambre – 9 juin 2011 – Rôle: 34256)

Référence du BIJ: 2013/2-CL 09 10246

Observations: Pour la période de référence à appliquer à un salarié proche de la retraite, voir aussi: Cour d'appel, 14 juillet 2011, n° 36224 du rôle: "Au vu de l'âge de A., 60 ans au moment du licenciement, et des répercussions que la crise économique a eues dans le domaine de la navigation de plaisance, documentées par certains articles de presse versées, la Cour juge appropriée une période de référence d'un an pendant laquelle le préjudice subi peut légitimement être mis en relation causale avec le licenciement",



## Droit du travail et droit de la sécurité sociale

**Cour d'appel**  
09 juin 2011

### **Maladie du salarié – Article L. 121-6. (3) du Code du travail – Licenciement après une période d'incapacité de travail de 26 semaines – Calcul du délai**

Aux termes de l'article L.121-6. (3) du Code du travail :

«L'employeur averti conformément au paragraphe (1) ou en possession du certificat médical visé au paragraphe (2) n'est pas autorisé, même pour motif grave, à notifier au salarié la résiliation de son contrat de travail, ou le cas échéant, la convocation à l'entretien préalable visé à l'article L.124-2 pour une période de vingt-six semaines au plus à partir du jour de la survenance de l'incapacité de travail.»

Lors de la continuation des débats pour statuer sur le résultat de la mesure d'instruction, B. a soulevé que la période de vingt-six semaines n'aurait pas été révolue à la date de la notification du licenciement le 21 novembre 2006.

C'est à bon droit que les premiers juges ont déclaré recevable ce moyen alors même que B. n'en avait pas fait état dans sa requête introductive d'instance ni lors des premières plaidoiries qui ont donné lieu au jugement interlocutoire du 12 décembre 1997.

Comme l'a correctement retenu le tribunal du travail, il ne s'agissait en effet pas d'une demande nouvelle mais d'un moyen nouveau tendant à voir déclarer abusif le licenciement, partant un moyen touchant le fond de la demande qui peut être soulevé à tout stade de la procédure et même pour la première fois en instance d'appel.

Se référant à l'article 1257 du Nouveau Code de procédure civile par rapport au calcul d'un délai exprimé en semaines et retenant que le premier jour d'incapacité de travail de B. a été le 23 mai 2006 les premiers juges ont dit que le délai de protection avait pris fin le mardi, 22 novembre 2006 et ils ont déclaré abusif le licenciement, la lettre ayant été postée en date du 21 novembre 2006 à partir de la Grande-Bretagne.

Les parties sont en désaccord sur la question de savoir quel a été le premier jour de l'incapacité de travail de B., la société A. affirmant que ce serait à partir du 22 mai 2006, voire même déjà depuis le 20 mai 2006, tandis que B. soutient que son premier jour de maladie aurait été le 23 mai 2006.

Il est un fait que le premier certificat de maladie qui a été remis à l'employeur date du 22 mai 2006. Dans ce certificat le docteur C. atteste une incapacité de travail de B. à partir du 22 mai 2006 jusqu'au 27 mai 2006.

Il est vrai que celle-ci verse actuellement ce même certificat médical mais contenant en haut une ajoute manuscrite du docteur C. selon laquelle «d'Madame B. wor am Krankenschein vum 23.5. un» ainsi qu'un certificat du même médecin, datant du 25 août 2008, selon lequel elle se serait présentée à sa consultation en date du 22 mai 2006 vers 17.00 heures.

Pour apprécier la légitimité d'un licenciement, il faut se placer au moment où la décision de licencier a été prise.

Or, il n'est pas contesté qu'au moment où l'employeur a expédié la lettre de licenciement, il n'était en possession que du seul certificat médical du 22 mai 2006 attestant une incapacité de travail à



partir du 22 mai 2006, date à laquelle il a ainsi légitimement pu se référer pour calculer l'expiration de la période de protection de 26 semaines.

Il ne saurait être admis que ses prévisions légitimes puissent être remises en cause plus de 3 ans après la décision de licenciement par les déclarations faites par le docteur C. en date du 25 août 2009.

Indépendamment de la question de savoir si B. a effectivement encore été présente au bureau le 22 mai 2006 jusqu'à 17 heures, il n'en reste pas moins que le certificat médical originaire renseigne la date du 22 mai 2006 comme premier jour d'incapacité de travail et que c'est à cette pièce objective qu'il faut se référer pour déterminer le point de départ du délai de 26 semaines.

Il y donc lieu à rejet, pour manque de pertinence, de l'offre de preuve tendant à établir sa présence au bureau en date du 22 mai 2006.

Pour les mêmes raisons, il y a lieu à rejet du plan de travail qui ne constitue qu'un planning établi à l'avance par l'employeur, les renseignements y fournis selon lesquels elle aurait même encore présente du 24 au 27 mai 2006 étant d'ailleurs contredits par les propres propos de B. dans la mesure où elle admet avoir été en incapacité de travail à partir du 23 mai 2006.

Aux termes de l'article 1257 du Nouveau Code de procédure civile :

«Lorsqu'un délai est exprimé en semaines, il expire le jour de la dernière semaine dont le nom correspond au jour de l'acte, de l'événement, de la décision ou de la signification qui fait courir le délai »

La période de protection de 26 semaines qui a commencé le lundi, 22 mai 2006 a ainsi expiré le lundi, 20 novembre 2006 à minuit de sorte que l'employeur a légitimement pu expédier la lettre de licenciement le mardi, 21 novembre 2006.

Le licenciement est dès lors régulier au regard de l'article L.121-6- (3) du Code du travail.

(Cour d'appel – 8e Chambre – 9 juin 2011 – Rôle: 35518)

Référence du BJI: 2013/2-CL 08 10247



## Droit du travail et droit de la sécurité sociale

**Cour d'appel**  
09 juin 2011

### **Période d'essai – Licenciement avec préavis – Action en licenciement abusif – Charge de la preuve dans le chef du salarié – Prise en compte d'éléments postérieurs à la notification du licenciement (non)**

Chaque partie est libre de résilier durant la période d'essai le contrat de travail sauf à respecter le délai de préavis, hormis le motif grave qui permet la résiliation avec effet immédiat.

Contrairement au licenciement avec préavis et à celui avec effet immédiat, l'employeur n'est pas tenu, ni sur demande du salarié, ni d'office, de justifier des causes réelles et sérieuses l'ayant amené à rompre la relation de travail.

L'essai est dans l'intérêt commun des parties en ce que le salarié a la possibilité de prouver à son employeur qu'il possède les qualifications professionnelles requises pour occuper le poste et espérer que ce dernier l'engagera moyennant un contrat de travail à durée déterminée ou indéterminée à l'issue de la période d'essai et que l'employeur a l'occasion de juger les capacités professionnelles du salarié, chacune des parties restant cependant libre de résilier le contrat de travail durant ladite période.

Cependant, si l'employeur peut discrétionnairement mettre fin aux relations contractuelles avant l'expiration de la période d'essai, ce n'est que sous la réserve de ne pas faire dégénérer ce droit en abus.

Il appartient au salarié qui s'est vu notifier la cessation du contrat de travail durant la période d'essai de présenter des éléments de nature à démontrer que la rupture présente un caractère abusif. L'existence d'un abus du droit de rompre peut résulter des circonstances dans lesquelles la relation de travail et la rupture du contrat de travail se sont déroulées. Il lui appartiendra d'établir l'exercice malveillant, de mauvaise foi, avec l'intention de nuire ou la légèreté blâmable de l'auteur de la résiliation ou encore le détournement de l'objet de la période d'essai. (voir Jurisclasseur Travail fasc.17-16, édition 2010, plus partic.65 ss). Le juge du fond dispose d'un pouvoir souverain d'appréciation quant aux éléments de preuve réunis par le salarié. (même ouvrage, numéro 72)

Il n'y a pas lieu, tel que l'intimée le fait valoir à bon droit, d'examiner les circonstances qui ont entouré le départ de l'appelante de l'entreprise qui soutient qu'elle aurait dû, après avoir été informée de la cessation de l'essai, la quitter sur le champ au vu et au su des autres employés de la banque, l'employeur ayant ainsi fait preuve d'une attitude humiliante à son égard. Ces circonstances se sont en effet déroulées après que la salariée s'était vu notifier la décision de la banque de mettre fin à l'essai de sorte que le motif inhérent à la rupture n'est pas établi. A supposer même que ces circonstances eussent porté atteinte à l'honneur de la salariée et lui eussent causé un dommage moral qui mériterait réparation, leur matérialité n'est ni établie, ni offerte en preuve.

(Cour d'appel – 8e Chambre – 9 juin 2011 – Rôle: 35767)

Référence du BIJ: 2013/2-CL 08 10248





## Droit du travail et droit de la sécurité sociale

**Cour d'appel**  
09 juin 2011

### **Licenciement – Droit du salarié au bonus de fin d'année – Illustration**

C'est à bon droit et par une analyse correcte des pièces versées que les premiers juges ont débouté A. de sa demande en paiement d'un bonus pour l'année 2008.

En effet, l'article 2 du contrat du travail stipule: «Für darüber hinausgehende Zahlungen (c'est-à-dire au-delà du 13ième mois), die der Arbeitgeber auf freiwilliger Basis von zeit zu Zeit an den Angestellten leiste, besteht, auch bei wiederholter Gewährung, kein Rechtsanspruch » mais encore l'employeur a-t-il pris soin de préciser à l'occasion du paiement de chacun des bonus pour les années 2005, 2006 et 2007 que : Aus dieser Zahlung, die einmalig und freiwillig ist und ein ungekündigtes Anstellungsverhältnis am Auszahlungstag voraussetzt, können Rechtsansprüche für die folgenden Geschäftsjahre nicht hergeleitet werden».

A cela s'ajoute que le bonus a été payé chaque fois au mois de février de l'année suivante. Or A. a été licencié le 12 février 2009 de sorte qu'il ne remplissait plus la condition d'être au moment du paiement dans une relation de travail non encore dénoncée avec la B.

(Cour d'appel – 8e Chambre – 9 juin 2011 – Rôle: 36126)

Référence du BJI: 2013/2-CL 08 10250



**Droit du travail et droit de la sécurité sociale**

**Cour d'appel**  
09 juin 2011

**Licenciement pour motif économique – Précision des motifs – Faillite du client le plus important de l'employeur – Nécessité de nommer le client (non)**

[La salariée] était ainsi parfaitement au courant des affaires et de ce fait en mesure d'apprécier si la baisse de 30% en chiffres d'affaires invoquée par A était réelle ou non alors même que celui-ci n'avait pas fourni des chiffres concrets. Pour les mêmes raisons elle pouvait juger si l'affirmation que l'agence avait perdu des clients importants était conforme à la réalité alors même que A n'avait pas nommé cité les clients perdus. Elle ne pouvait finalement ignorer le nom du client «très important» qui avait fait faillite, en l'occurrence la société à responsabilité limitée Administration Immobilière de Luxembourg, en abrégé A.I.L., alors même que l'employeur n'en avait pas cité le nom, l'ajoute «faillite hyper médiatisée» étant suffisante pour permettre à B de savoir de quel client il s'agissait.

La Cour juge dès lors que les motifs invoqués ont été énoncés avec la précision suffisante pour permettre à B de juger de leur caractère réel et sérieux et de l'opportunité d'une action en justice.

La précision est encore suffisante pour permettre aux juridictions de vérifier si les faits invoqués devant eux s'identifient avec les motifs notifiés et s'ils sont réels et sérieux.

Finalement et comme il s'agissait d'une petite agence ne comportant qu'une seule employée, A a encore suffi aux exigences d'exposer les mesures de rationalisations en déclarant dans la lettre de motivation qu'il reprendrait personnellement les fonctions de B.

(Cour d'appel – 8e Chambre – 9 juin 2011 – Rôle: 36281)

Référence du BIJ: 2013/2-CL 08 10251



Procédure civile et commerciale

**Cour d'appel**

09 juin 2011

**Action en justice – Demande en requalification d'un contrat – Défaut de pertinence de la question de la nature des relations contractuelles sur les demandes en indemnisation – Défaut d'intérêt à agir quant à la demande en requalification du contrat (oui)**

Soutenant avoir travaillé de 2004 à 2008 de façon continue dans la même fonction de manutentionnaire pour le chargement et le déchargement auprès de l'entreprise utilisatrice L., A. a d'une part demandé au tribunal du travail de requalifier la relation de travail l'ayant lié à l'intimée en contrat de travail à durée indéterminée en raison de la violation des articles L. 131-11., L.131-4. et L.131-8. du Code du travail (en instance d'appel, il invoque encore la violation de l'article L.131-9. du même code) et d'autre part demandé à voir condamner l'intimée à lui payer la somme de 4.910,81 € du chef de différentes primes.

Selon l'exploit d'appel, il a conclu à voir fixer le préjudice matériel à la somme déjà réclamée en première instance. Il n'a jamais demandé à la Cour au dispositif de ses conclusions de réformer le jugement de première instance qui n'a pas fait droit à la demande en requalification. Il convient cependant de relever qu'il développe dans la motivation de l'acte d'appel et de ses conclusions ultérieures des moyens tendant à la réformation de ce volet spécifique du jugement attaqué.

A supposer partant que la Cour soit régulièrement saisie de cette demande en requalification se pose, ainsi que relevé à bon droit par la partie intimée, la question de l'intérêt à agir dans le chef de l'appelant.

La société soutient à bon droit que les demandes en indemnisation de l'appelant sont indépendantes de la question de la nature des relations contractuelles (contrat de mission qui est un contrat de travail à durée déterminée ou contrat de travail à durée indéterminée) ayant existé entre parties, étant donné que l'appelant ne réclame pas de dommages-intérêts du fait d'une hypothétique résiliation abusive du contrat de travail, ni une indemnité compensatoire pour préavis non respecté.

Le moyen tiré du défaut d'intérêt présenté par la société pour la première fois en instance d'appel - sa recevabilité n'a pas été contestée par l'appelant qui par ailleurs n'a pas pris position quant à son bien - fondé - est à accueillir de sorte que sa demande est irrecevable.

(Cour d'appel – 8e Chambre – 9 juin 2011 – Rôle: 35901)

Référence du BIJ: 2013/2-CL 08 10249