



INFOS JURIDIQUES

Flash sur le Droit social

NEWSLETTER

N° 1/2019 30 janvier 2018

1. **CIE : L'absence de protection contre le licenciement de la femme enceinte liée par un CIE n'est pas conforme au principe d'égalité devant la loi.** p.1
2. **Travailleur intérimaire : même salaire que le salarié de même qualification embauché par l'utilisateur ou salaire prévu par la Convention collective applicable.** p.3
3. **Modification essentielle du contrat de travail : mutation de la salariée, d'un poste de standardiste à l'accueil - fonction de nature essentiellement intellectuelle - à un poste d'aide-magasinière, comportant un travail essentiellement manuel, accompagné d'un transfert de son bureau spacieux vers le hangar de l'entreprise ? Oui.** p.5
4. **Allocations familiales des familles recomposées : saisine de la Cour de justice de l'Union européenne.** p.8
5. **Droit européen : Pendant son congé annuel minimal garanti par le droit de l'Union, un travailleur a droit à sa rémunération normale indépendamment des périodes antérieures de chômage partiel.** p.9

1. L'absence de protection contre le licenciement de la femme enceinte liée par un CIE¹ n'est pas conforme au principe d'égalité devant la loi.

Arrêt de la Cour constitutionnelle n°142
du 14 décembre 2018

Faits

X a été placée par l'ADEM auprès de la société à responsabilité limitée Y sur base d'un contrat d'initiation à l'emploi du 2 mai 2017 en vue d'une formation pratique et théorique afin de remplir les tâches de vendeur-décorateur. Le 14 février 2018, le promoteur a résilié son contrat avec le

préavis légal. X a saisi le président du Tribunal du travail de Luxembourg pour voir déclarer nul son licenciement en raison de son état de grossesse au moment de celui-ci et pour voir ordonner son maintien, sinon sa réintégration conformément à l'article L. 337-1, paragraphe 1, du Code du travail.

Titre III – Emploi de personnes enceintes, accouchées et allaitantes

Chapitre Premier.- Champ d'application et définitions

Art. L.331-1. Le présent titre s'applique à toutes les femmes, sans distinction d'âge ou de nationalité, mariées ou non, qui sont liées par un contrat de travail ou d'apprentissage ou qui sont occupées en tant qu'élèves ou étudiantes pendant les vacances scolaires, pour autant qu'elles ne bénéficient pas d'autres dispositions légales ou conventionnelles plus favorables.

[...]

Art. L.337-1. (1) Il est interdit à l'employeur de notifier la rupture de la relation de travail ou, le cas échéant, la convocation à l'entretien préalable d'une femme salariée lorsqu'elle est en état de grossesse médicalement constaté et pendant une période de douze semaines suivant l'accouchement.

En cas de notification de la rupture avant la constatation médicale de la grossesse, la femme salariée peut, dans un délai de huit jours à compter de la notification du congé, justifier de son état par la production d'un certificat par lettre recommandée. Tout licenciement notifié en violation de l'interdiction de licen-

1. Contrat d'initiation à l'emploi.



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

ciement telle que visée dans les deux alinéas précédents, et, le cas échéant, la convocation à l'entretien préalable, sont nuls et sans effet.

Dans les quinze jours qui suivent la résiliation du contrat, la femme salariée peut demander, par simple requête, au président de la juridiction du travail, qui statue d'urgence et comme en matière

sommaire, les parties entendues ou dûment convoquées, de constater la nullité du licenciement et d'ordonner son maintien, le cas échéant, sa réintégration conformément aux dispositions de l'article L.124-12, paragraphe (4). L'ordonnance du président de la juridiction du travail est exécutoire par provision. Elle est susceptible d'appel

qui est porté par simple requête dans les quarante jours à partir de la notification par la voie du greffe devant le magistrat présidant la chambre de la Cour d'appel à laquelle sont attribués les appels en matière de droit du travail. Il est statué d'urgence, les parties entendues ou dûment convoquées.

[...]

L'ordonnance du président du Tribunal du travail

Par ordonnance du 27 avril 2018, le Président du Tribunal du travail s'est déclaré incompétent pour connaître de la demande au motif qu'il est uniquement compétent lorsque la femme enceinte se trouve dans les liens d'un contrat de travail ou d'apprentissage ou si elle est occupée en tant qu'élève ou étudiante pendant les vacances scolaires, et non quand la demande émane d'une femme enceinte qui se trouve dans les liens d'un contrat d'initiation à l'emploi.

X a relevé appel de cette ordonnance.

Devant le Président de la Cour d'appel

X a soulevé la contrariété de l'article L.331-1 du Code du travail, combiné à l'article L.337-1 du même code, à l'article 10bis de la Constitution aux motifs que l'exclusion de la protection contre le licenciement des femmes enceintes se trouvant dans les liens d'un contrat d'initiation à l'emploi serait discriminatoire, dès lors que ces femmes enceintes seraient traitées différemment et moins favorablement que celles bénéficiant d'un contrat de travail ou d'apprentissage ou qui sont occupées en tant qu'élèves ou étudiantes pendant les vacances scolaires.

Le Président de la chambre de la Cour d'appel à laquelle sont attribués les appels en matière de droit du travail a saisi la Cour constitutionnelle pour poser une question préjudicielle.

Article 10bis de la Constitution

(1) Les Luxembourgeois sont égaux devant la loi.

Question préjudicielle posée à la Cour constitutionnelle

La question préjudicielle est formulée comme suit :

« L'article L.331-1, combiné à l'article L.337-1 du Code du travail luxembourgeois, en ce qu'il ne prévoit pas que la femme enceinte qui se trouve dans les liens d'un contrat d'initiation à l'emploi conformément aux articles L.543-14 et suivants du Code du travail bénéficie de la protection contre le licenciement des femmes salariées enceintes, alors qu'il accorde cette protection en question aux femmes qui sont liées par un contrat de travail ou d'apprentissage ou qui sont occupées en tant qu'élèves ou étudiantes pendant les vacances scolaires, est-il conforme à l'article 10bis de la Constitution ? »

Arguments de Madame X

L'article L.337-1, paragraphe 1, alinéa 1, du Code du travail dispose :

« Il est interdit à l'employeur de notifier la rupture de la relation de travail ou, le cas échéant, la convocation à l'entretien préalable d'une femme salariée lorsqu'elle est en état de grossesse médicalement constaté et pendant une période de douze semaines suivant l'accouchement. »

Cet article figure au Chapitre VII – « Interdiction de licenciement », du Titre III – « Emploi de personnes enceintes, accouchées et allaitantes », du Livre III – « Protection, sécurité et santé des salariés » du Code du travail.

L'article L.331-1, qui figure au Chapitre Premier – « Champ d'application et définitions » du même Titre III, dispose :

« Le présent titre s'applique à toutes les femmes, sans distinction d'âge ou de nationalité, mariées ou non, qui sont

liées par un contrat de travail ou d'apprentissage ou qui sont occupées en tant qu'élèves ou étudiantes pendant les vacances scolaires, pour autant qu'elles ne bénéficient pas d'autres dispositions légales ou conventionnelles plus favorables. ».

L'article 10bis, paragraphe 1, de la Constitution dispose :

« Les Luxembourgeois sont égaux devant la loi. ».

La mise en œuvre de la règle constitutionnelle d'égalité suppose que les catégories de personnes entre lesquelles une discrimination est alléguée se trouvent dans une situation comparable au regard de la mesure invoquée.

Or la situation de la femme enceinte liée par un contrat d'initiation à l'emploi qui est résilié par le promoteur est comparable à celle de la femme enceinte liée par un contrat de travail ou d'apprentissage ou occupée en tant qu'élève ou étudiante pendant les vacances scolaires au contrat de laquelle il est mis fin par l'employeur ou le patron en ce que toutes ces femmes font l'objet d'une rupture d'un contrat de travail ou d'une relation contractuelle assimilable pendant qu'elles se trouvent en état de grossesse.

Le législateur peut, sans violer le principe constitutionnel de l'égalité, soumettre certaines catégories de personnes à des régimes légaux différents, à la condition que la différence instituée procède de disparités objectives et qu'elle soit rationnellement justifiée, adéquate et proportionnée à son but.

L'objectif poursuivi par le législateur au Titre III – « Emploi de personnes enceintes, accouchées et allaitantes » du Code du travail, sous lequel figurent les articles L.331-1 et L.337-1, est celui de la protection, de la sécurité et de la santé au travail des femmes enceintes,

accouchées et allaitantes et, plus particulièrement, à travers l'article L.337-1 du Code du travail, celui de la protection de la femme enceinte contre le licenciement.

Considérant que l'article L.331-1 du Code du travail, combiné à l'article L.337-1 du même code, en ce qu'ils n'accordent pas à la femme enceinte qui est liée par un contrat d'initiation à l'emploi la protection contre le licen-

ciement qu'ils confèrent aux femmes enceintes liées par un contrat de travail ou d'apprentissage ou occupées en tant qu'élèves ou étudiantes pendant les vacances scolaires, institue entre ces catégories de femmes se trouvant dans des situations comparables une différence de traitement qui ne procède pas d'une disparité objective et qui n'est pas rationnellement justifiée, ni adéquate, ni proportionnée à son but.

Arrêt de la Cour constitutionnelle

L'article L.331-1 du Code du travail, combiné à l'article L.337-1 du même code, n'est pas conforme au principe d'égalité devant la loi consacré par l'article 10bis, paragraphe 1, de la Constitution.

2. Travailleur intérimaire : même salaire que le salarié de même qualification embauché par l'utilisateur.

À défaut de salarié permanent possédant la même qualification ou une qualification équivalente, salaire prévu par la Convention collective applicable.

C'est au salarié de prouver qu'il remplit les conditions d'application de la grille de salaire dont il se prévaut.

Arrêt de la Cour d'appel du 29 novembre 2018, n°135/18

Faits

A a été engagé par la société S1 du 23 février au 31 août 2015, selon différents contrats de mission intérimaire. A a travaillé auprès de la société S2, une filiale de S3 BANKING SERVICES.

Le 12 juin 2015, A a prématurément résilié le contrat de mission, ayant réussi à conclure un contrat à durée indéterminée avec une autre entreprise.

A fait valoir que la rémunération qu'il a perçue pendant la durée de ses missions intérimaires correspondait à celle prévue pour le groupe III de la Convention collective de Travail des Salariés de Banque 2014-2016 (ci-après : « *la Convention* »), tandis qu'en vertu de l'article L.131-13 (1) du Code du travail, son salaire aurait dû correspondre à celui du groupe V de la Convention, étant donné que le titre et les compétences demandées pour la mission ainsi que l'objectif de cette mission correspondaient à la définition du groupe V de la Convention.

A demande donc à la société S1 LUXEMBOURG S.A. de lui payer la différence entre la rémunération prévue pour le groupe III et celle prévue pour le groupe V, tant en ce qui concerne son salaire mensuel que la prime de treizième mois et l'indemnité pour congés non pris.

Arguments du salarié intérimaire

A avance :

- que le contrat de mission stipule qu'il était engagé en tant qu'analyste financier et que l'article 22 de la Convention prévoyait que cette fonction est classée dans le groupe V ;
- qu'il est détenteur d'un Master en Ingénierie économique et financière (Bac +5) ;
- qu'il avait une expérience professionnelle de 27 mois ;
- qu'il parle couramment le français et l'anglais ;
- qu'il a exercé une mission de conseil d'une haute technicité auprès de la société S2 ;
- qu'il a travaillé de façon autonome.

Arguments de l'employeur, l'agence intérimaire

La société S1 LUXEMBOURG S.A. fait valoir que les fonctions du groupe V de la Convention engloberaient des fonctions de conseil, de gestion et/ou d'encadrement d'un groupe de personnes, généralement soumises à un contrôle périodique et qui ont un impact sur la performance de la banque.

Ce groupe s'adresserait aux personnes qui disposent d'études très qualifiées, ciblées pour le secteur bancaire, d'une expérience de plusieurs années et qui exercent des fonctions à responsabilité élevée, voire un pouvoir de direction. Seraient ainsi classés dans le groupe V les gérants de banque, les responsables de service, les seniors dealers, ce qui ne correspondrait nullement aux fonctions occupées par A auprès de la société S2. À cet égard, elle souligne que même si A disposait d'un diplôme universitaire de 4 ans minimum et s'il pouvait avoir un profil linguistique adapté, son diplôme universitaire n'aurait toutefois pas correspondu aux besoins du poste pour lequel il a été placé. A aurait, en effet, été mis à disposition de la société S2 pour occuper un poste d'analyste financier et ce poste aurait correspondu aux fonctions de comptable prévu par le groupe

III de la Convention, étant donné qu'il aurait été chargé de définir et de mettre à jour les prix des produits proposés par l'entreprise. Il n'aurait, en revanche, jamais eu en charge une équipe, mais aurait uniquement dû renforcer une équipe en raison d'un accroissement temporaire d'activité, ce qui résulterait de l'attestation testimoniale établie par T1, chargée des ressources humaines de la société S2.

La société S1 LUXEMBOURG S.A. insiste encore pour dire que A n'avait qu'une faible expérience professionnelle dans des domaines variés auprès de plusieurs établissements financiers situés surtout sur Paris et qu'il n'avait que trois mois d'expérience sur la place financière luxembourgeoise.

La société S1 LUXEMBOURG S.A. en conclut que les fonctions occupées par A auprès de la société S2 correspondraient parfaitement aux critères prévus par la Convention pour la classification dans le groupe III, à savoir des fonctions de gestion de tâches quotidiennes ou d'assistance qualifiées relatives à l'exécution de travaux administratifs, techniques ou de tâches à caractère commercial :

- régies par des règles, instructions, modes opératoires, procédure générales ;
- soumises à des contrôles périodiques ;
- contribuant indirectement à la performance du domaine d'activité.

Étant donné que les fonctions réellement exercées par A correspondraient au groupe III de la Convention (comptable) et non pas à celles prévues par le groupe V de la Convention, ce serait à juste titre qu'il a été classé dans le groupe III.

La société S1 LUXEMBOURG S.A. ajoute qu'en vertu d'une jurisprudence constante, il incombe d'ailleurs au salarié de prouver qu'il remplit les conditions d'application de la grille dont il se prévaut, ce que A reste en défaut de faire, dans la mesure où il se contente d'affirmer qu'il a exercé une fonction correspondant aux critères de classification prévus par la Convention pour le groupe V, sans toutefois fournir le moindre élément de preuve à l'appui de cette affirmation.

Position de la Cour d'appel

Le problème qui oppose les parties en l'espèce est celui de savoir si les fonctions réellement exercées par A correspondent au groupe III ou V de la Convention collective du secteur bancaire.

La Cour adopte la motivation du jugement attaquée qui répond de manière correcte tant aux moyens de première instance qu'aux conclusions prises en instance d'appel et qui sont restées les mêmes, pour arriver à la conclusion, à l'instar du Tribunal du travail, que les fonctions exercées par A relèvent du groupe III et non V de la Convention collective.

C'est en effet à bon droit que le tribunal a tout d'abord rappelé les dispositions de l'article L.131-12 et 13(1) du Code du travail qui posent **le principe que la rémunération du travailleur intérimaire par l'entrepreneur de travail intérimaire ne peut être inférieure à celle à laquelle pourrait prétendre un salarié de même qualification ou de qualification équivalente embauché dans les mêmes conditions comme travailleur permanent par l'utilisateur, avec la considération que si l'utilisateur ne comprend pas de salarié permanent possédant la même qualification ou une qualification équivalente à celle du salarié intérimaire**, le salaire ne peut être inférieur à celui prévu par la Convention collective de branche applicable au salarié intérimaire, soit en l'espèce la Convention collective des salariés du secteur bancaire déclarée d'obligation générale suivant règlement grand-ducal du 21 novembre 2014.

C'est ensuite à bon escient que le Tribunal du travail a analysé les critères généraux énumérés pour les groupes III et V prévus à l'article 22 de la Convention collective, pour arriver à la conclusion que le susdit article prévoit **la classification du salarié par application du critère de la fonction exercée et du profil linguistique requis et non par application du critère du diplôme, étant donné que la garantie de classification dans ces deux groupes, même en présence des diplômes requis et dont A bénéficiait, est liée à l'exercice d'une fonction correspondant au diplôme en question** (« dans une orientation correspondant aux besoins du poste »).

C'est encore de façon correcte qu'il a ensuite rappelé qu'il **incombait au salarié de prouver, en présence des contestations de l'employeur et de l'attestation testimoniale de T1 attestant du contraire, qu'il remplissait les conditions d'application de la grille dont il se prévaut correspondant aux critères prévus par l'article 22 de la Convention pour le groupe V, le fait qu'il ait été engagé en qualité de « financial analyst », qualité figurant certes parmi les fonctions relevant du groupe V, n'étant pas suffisant à cet égard.**

En effet, en cas de contestations portant, comme en l'espèce, sur la qualification du salarié, en termes de carrière ou de rémunération, celle-ci est appréciée par les juges du fond d'après les fonctions réellement exercées par l'intéressé et non d'après le titre qui lui est donné, de sorte que le rôle des juridictions du travail est de rechercher en fait quelle est la nature de l'emploi effectivement occupé par le salarié et la qualification qu'il requiert, ce d'autant plus et dans la mesure où un salarié est libre d'accepter un emploi requérant une qualification moindre que celle dont il est titulaire.

A verse plusieurs attestations testimoniales aux fins d'établir son appartenance au groupe V de la Convention collective.

Si le témoin T2 qui a fait un stage de six mois auprès de S3 INTERNATIONAL LUXEMBOURG en 2015 a attesté des qualités de A en précisant qu'il avait « une capacité de travailler de façon autonome, comme un consultant indépendant, qu'il était investi dans sa tâche, montrait une marque de dévotion pour son travail et qu'il trouvait bien sa place au sein de l'entreprise », force est cependant de constater que le témoin ne donne aucune précision sur les fonctions réellement exercées par le salarié permettant à la Cour de vérifier si ce dernier est à classer dans le groupe III ou V de la Convention, sauf si ce n'est qu'il indique que A préparait un modèle de simulation des prix, qu'il préparait des meetings internes avec des personnes de la direction exécutive, indications cependant insuffisantes pour déterminer son appartenance à un des deux groupes litigieux.

Il en va de même de l'attestation testimoniale de T3 qui a pris la succession de A auprès de S3 et qui atteste que « ses tâches consistaient en l'élaboration de modèles financiers élaborés et très pointus reprenant un ensemble de variable et paramètre avec le support de macco UBA sur l'outil de bureautique EXCEL, avec une présentation des projets, conclusions et résultats des simulations auprès du board de l'employeur et du manager B ».

Cette déclaration ne permet pas non plus à la Cour de déterminer si le travail effectué par le témoin et le salarié correspondait « aux fonctions incluant une responsabilité de conseil, de gestion d'une activité commerciale technique, administrative et/ou d'encadrement d'une équipe contribuant de façon significative à la performance de l'activité », comme l'exige l'article 22 de la Convention pour la classification dans le groupe

V, ou plutôt « aux fonctions de gestion de tâches quotidiennes ou d'assistance qualifiées relatives à l'exécution de travaux administratifs, techniques ou de tâches à caractère commercial contribuant indirectement à la performance du domaine d'activité » prévues par le groupe III .

La lettre de référence du supérieur hiérarchique de A, B dans laquelle ce dernier indique les fonctions exécutées par le salarié n'est pas plus éloquent dans la mesure où fait défaut dans cette pièce ainsi que dans les deux attestations précédentes le critère essentiel pour être classé dans le groupe V à savoir « une fonction de responsabilité, de conseil, de gestion et d'encadrement d'une équipe » critère distinctif de la fonction de celle d'un simple exécutant.

A formule finalement une offre de preuve par témoins dont le libellé est repris ci-dessus et demande à la Cour

d'auditionner les auteurs des attestations testimoniales versées aux débats.

Or, cette offre de preuve qui ne fait que recopier mot pour mot les qualités requises par les salariés tombant dans le groupe V de la Convention, qualités listées dans l'article 22 de la Convention collective et qui sont pour certaines identiques à celles du groupe III, sans cependant indiquer les fonctions réelles exercées par lui au courant de sa mission, n'est partant ni pertinente, ni concluante, de sorte qu'il y a lieu de la rejeter.

En conséquence, le salarié reste toujours en défaut de prouver qu'il exerçait les fonctions entrant dans la grille de salaire du groupe V de la Convention, de sorte que sa demande n'est pas fondée et le jugement est à confirmer à cet égard.

3. La mutation de la salariée, d'un poste de standardiste à l'accueil - fonction de nature essentiellement intellectuelle - à un poste d'aide-magasinière, comportant un travail essentiellement manuel, et qui en l'espèce a été accompagné d'un transfert de la salariée de son bureau spacieux vers le hangar de l'entreprise, constitue une modification essentielle du contrat de travail, en défaveur de la salariée.

Arrêt de la Cour d'appel du 3 janvier 2019 Numéro CAL-2018-00121 du rôle

Faits

Par requête du 25 janvier 2017, la salariée A a demandé la convocation de son ancien employeur, la sàrl S1, à comparaître devant le Tribunal du travail d'Esch-sur-Alzette, aux fins d'y entendre condamner la sàrl S1 à lui verser différents montants, suite à son refus d'accepter la modification unilatérale de son contrat de travail en date du 22 février 2016, qu'elle considère comme constituant un licenciement abusif.

À l'appui de sa demande, la salariée expose que suivant contrat de travail du 3 avril 2003, elle est entrée au service de la sàrl S1 en tant que « laborantine » avec reprise d'une ancienneté remontant au 26 juin 1995.

Suite à une incapacité de travail prolongée (à partir du mois de mars 2015), elle a dû se rendre compte, lors de son retour (dans le cadre d'un mi-temps thérapeutique) en date du 13 juillet 2015, que son poste de travail avait été confié à un autre salarié ; qu'elle avait été rétrogradée au statut de simple exécutante et que son lieu de travail avait été transféré de son bureau spacieux vers le hangar, sans fenêtres, de l'entreprise.

Alléguant l'inobservation de la procédure prévue à l'article L.121-7 du Code du travail, A réclama auprès de son employeur le 12 janvier 2016 avec la conséquence, que celui-ci la réaffecta provisoirement à son ancien poste de travail, avant de lui notifier le 22 février 2016, par cour-

rier recommandé, la modification de son contrat de travail avec préavis, les nouvelles conditions de travail devant s'appliquer dès le 1^{er} septembre 2016.

Suite à sa demande du 29 février 2016, la requérante reçut le 30 mars 2016 la communication des motifs. Elle estimait que ceux-ci n'étaient ni précis, ni réels, ni sérieux.

Il ressort d'un courrier recommandé du 13 septembre 2016 que A a, en date du 12 septembre 2016, démissionné de son poste, suite à son refus d'accepter la modification de son contrat de travail.

2 voir page 7 ci-après

La décision du Tribunal du travail

Par jugement du 11 décembre 2017, le Tribunal du travail d'Esch-sur-Alzette, a :

- dit que la résiliation du contrat de travail découlant du refus de A d'accepter la modification unilatérale en sa défaveur d'un élément substantiel dudit contrat équivalait à un licenciement susceptible du recours judiciaire ;
- déclaré la demande en réparation des préjudices matériel et moral dudit licenciement irrecevable pour cause de forclusion ;
- déclaré la demande de A relative à l'indemnité compensatoire de préavis non fondée ;
- déclaré sa demande relative à l'indemnité de départ fondée pour le montant de 16.804,62 € .

Pour statuer ainsi, le tribunal a dit qu'il n'y a eu ni acceptation expresse, ni tacite de la modification du contrat de travail. Il a ensuite conclu qu'« *on est donc bien en présence d'une modification unilatérale du contrat de travail* ».

Le tribunal a ensuite, sur base du constat qu'après douze ans de travail prestés en tant que standardiste à l'accueil, l'employeur voulait affecter sa salariée à un poste d'aide-magasinier, conclu que cette modification est une modification essentielle du contrat de travail en défaveur de la requérante.

Il a de même constaté que le 13 septembre 2016, quelques jours après l'écoulement du préavis, la salariée a informé son employeur qu'elle n'acceptait pas cette modification de son contrat de travail et que ce dernier avait pris fin. Le licenciement remontait donc au jour de la notification de la modification que la salariée a refusée, à savoir le 22 février 2016.

Les juges de première instance ont relevé que la requérante avait par courrier du 29 février 2016 réclamé les motifs et ladite motivation ayant fait l'objet du courrier du 30 mars 2016, le délai de trois mois pour agir en justice ou pour réclamer contre la modification a commencé à courir le 30 mars 2016 à minuit pour expirer le 30 juin 2016.

Ils ont ensuite décidé qu'au vu du fait que la requérante n'a qu'en date du 12, respectivement du 13 septembre 2016 (donc en dehors du délai de trois mois prévu à l'article L.124-11 paragraphe (2) du Code du travail) réclamé contre la motivation, a refusé la modification substantielle de son contrat de travail et a démissionné de son poste, sa réclamation n'avait pas pu faire courir de nouveau délai d'un an, de sorte que sa demande du 25 janvier 2017 a été déposée en dehors du délai légal.

Au vu de ce qui précède, les juges de première instance ont déclaré irrecevables les demandes en indemnisation des préjudices matériel et moral.

La demande relative à l'indemnité compensatoire de préavis a été rejetée comme non fondée, motifs pris que l'employeur avait respecté le préavis de six mois et que la requérante n'avait pas autrement développé à l'audience sa demande en paiement de la somme de 16.804,62 euros.

La demande relative à l'indemnité de départ a été déclarée fondée en raison du fait que la résiliation du contrat de travail découlant de la démission de la requérante a été considéré comme étant un licenciement avec préavis.

En instance d'appel

Par exploit d'huissier du 22 janvier 2018, A a interjeté appel contre ce jugement qui lui avait été notifié en date du 18 décembre 2017.

L'appelante demande essentiellement à la Cour de dire qu'elle n'est pas forclosée à solliciter des dommages et intérêts au titre de réparation de son préjudice matériel et moral découlant de son refus d'accepter la modification unilatérale de son contrat de travail intervenu le 13 septembre 2016.

La Cour est d'avis qu'elle doit dans un premier temps, examiner si l'employeur a substantiellement modifié le contrat de travail en défaveur de A et si cette dernière a valablement refusé d'accepter cette modification, avant de pouvoir statuer sur le moyen de forclusion.

L'article 121-7 du Code du travail, qui régit la procédure à respecter par l'employeur en cas de modification uni-

latérale du contrat en défaveur du salarié, dispose que :

« *Toute modification en défaveur du salarié portant sur une clause essentielle du contrat de travail doit, sous peine de nullité, être notifiée au salarié dans les formes et délais visés aux articles L.124-2 et L.124-3 et indiquer la date à laquelle elle sort ses effets. Dans ce cas, le salarié peut demander à l'employeur les motifs de la modification et l'employeur est tenu d'énoncer ces motifs dans les formes et délais prévus à l'article L.124-5.*

La modification immédiate pour motif grave doit être notifiée au salarié, sous peine de nullité, dans les formes et délais prévus aux articles L.124-2 et L.124-10.

La résiliation du contrat de travail découlant du refus du salarié d'accepter la modification lui notifiée constitue un licenciement susceptible du recours judiciaire visé à l'article L.124-11. »

Pour être sujette à l'article L.121-7 précité, la modification doit donc non seulement être unilatérale mais doit encore porter sur une clause essentielle/substantielle du contrat et être en défaveur du salarié.

La modification unilatérale du contrat de travail ne peut se faire arbitrairement mais doit être justifiée par des motifs soumis aux mêmes conditions de précision et d'exhaustivité qu'en matière de licenciement. En cas de modification avec préavis, comme dans le présent litige, l'employeur doit adresser au salarié un courrier dans lequel il annonce les changements apportés au contrat après l'expiration d'un préavis qui se détermine en fonction de l'ancienneté du salarié. Le salarié dispose ensuite d'un délai d'un mois pour solliciter la communication des motifs de la modification et l'employeur est tenu d'y répondre endéans un mois.

En l'espèce, l'employeur conteste qu'il y ait eu modification unilatérale d'une clause essentielle du contrat de travail, en défaveur de la salariée et il soutient que la modification a été réalisée d'un commun accord, à l'initiative de la salariée et essentiellement pour des motifs de santé.

Il n'a plus maintenu sa demande de comparution personnelle des parties et son offre de preuve par l'audition de témoins, qui avaient été rejetées par les juges de

première instance et il n'a pas, au vu des éléments soumis à la Cour, établi que la modification ait été consensuelle.

À ce titre, la Cour rappelle que la charge de la preuve de la modification unilatérale en défaveur du salarié incombe à ce dernier.

Pour être substantielle, la modification doit porter sur un élément du contrat qui avait été considéré par les parties comme essentiel lors de la conclusion, c'est-à-dire sur un élément qui avait pu les déterminer à contracter. Il ne suffit pas que le salarié ressente le changement opéré comme préjudiciable, mais il faut qu'un désavantage objectif résulte de la modification.

En l'occurrence, c'est à bon droit et pour des motifs que la Cour adopte, que les juges de première instance ont retenu que **la mutation de la salariée, d'un poste de standardiste à l'accueil - fonction de nature essentiellement intellectuelle - à un poste d'aide-magasinière, comportant un travail essentiellement manuel, et qui en l'espèce a été accompagné d'un transfert de la salariée de son bureau spacieux vers le hangar de l'entreprise, constitue une modification essentielle du contrat de travail, en défaveur de la salariée. Il ne saurait être contesté que le poste d'aide-magasinière comporte nettement moins de pouvoirs et de responsabilités que le poste à l'accueil.**

Au vu de ce qui précède, c'est donc à bon droit que le tribunal a constaté qu'il y a

eu modification unilatérale du contrat de travail en défaveur de la salariée.

Pour être sujette à l'article L.121-7 précité, la modification substantielle du contrat de travail en défaveur du salarié doit encore avoir été refusée par ce dernier.

Pour qu'il y ait rupture des relations de travail, il faut, mais il suffit, que le salarié, qui a fait connaître à l'employeur son désaccord sur la modification, quitte l'entreprise le jour où la modification doit entrer en vigueur.

Cette démission sera considérée comme étant un licenciement à l'initiative de l'employeur. Le salarié pourra ensuite seulement saisir le Tribunal du travail, qui vérifiera si l'employeur disposait de motifs suffisants pour procéder à la modification du contrat.

La situation est plus difficile à apprécier si le salarié n'est pas présent au moment de l'entrée en vigueur du changement (p.ex. parce qu'il est en congé). La jurisprudence exige toutefois de la part du salarié un acte positif. S'il ne réagit pas au moment de l'entrée en vigueur du changement, il ne pourra plus faire état d'une résiliation valant licenciement (cf. Jean-Luc PUTZ, *Le contrat de travail*, T.I., éd. 2018, n° 621). **Le salarié, qui ne quitte pas l'entreprise le jour où la modification lui signifiée doit entrer en vigueur, n'a pas rompu le contrat de travail.**

En l'espèce, il est établi que la modification devait entrer en vigueur le 1^{er} septembre 2016, à la fin du préavis de 6 mois ;

que la salariée s'est présentée à son nouveau poste en date du 12 septembre 2016, après son congé de récréation ; qu'elle a refusé oralement, de façon non équivoque, la modification unilatérale et que par courrier du 13 septembre 2016, son mandataire a confirmé cette démission.

Il y a donc eu résiliation du contrat de travail par la salariée en date du 12 septembre 2016.

Au vu des développements qui précèdent, cette résiliation est tardive et rend inapplicable les dispositions de l'article L.121-7 du Code du travail. La démission de A n'est donc pas à assimiler à un licenciement susceptible du recours judiciaire visé à l'article L.124-11 du Code du travail.

En outre, la protestation de la salariée, en date du 12 septembre 2016, contre la modification du contrat, a déjà été formulée en dehors du délai de forclusion de trois mois prévu à l'article L.124-11 (2)³ du Code du travail qui a commencé à courir le 30 mars 2016 (date de la notification des motifs) et qui a expiré le 30 juin 2016. La réclamation du 12 septembre 2016 n'a partant pas pu faire courir un nouveau délai d'un an pour introduire l'action en justice.

La décision des juges de première instance déclarant irrecevable la demande de A en réparation des préjudices matériel et moral subis du fait du licenciement abusif est donc, par adoption partielle d'autres motifs, à confirmer.

L'appel principal n'est donc pas fondé.

3 « (2) L'action judiciaire en réparation de la résiliation abusive du contrat de travail doit être introduite auprès de la juridiction du travail, sous peine de forclusion, dans un délai de trois mois à partir de la notification du licenciement ou de sa motivation. (...) »

Ce délai est valablement interrompu en cas de réclamation écrite introduite auprès de l'employeur par le salarié, son mandataire ou son organisation syndicale. Cette réclamation fait courir, sous peine de forclusion, un nouveau délai d'une année. »

4. Allocations familiales des familles recomposées : saisine de la Cour de justice de l'Union européenne.

Arrêt du Conseil supérieur de la sécurité sociale⁴ du 17 décembre 2018, n°2018/0320

Faits

La définition de « *membre de la famille* » a été revue pour les non-résidents dans le cadre de la réforme des prestations familiales⁵. Celle-ci se limite désormais aux enfants nés dans et hors mariage (enfants biologiques), ainsi qu'aux enfants adoptifs. Dans ce cadre, la Caisse pour l'avenir des enfants (CAE) avance que n'ouvrent plus droit aux prestations ni les enfants du conjoint ou partenaire du travailleur, ni les enfants placés auprès de ce dernier.

Ceci a pour conséquence dans le cadre des familles recomposées que les enfants du conjoint ou du partenaire du travailleur frontalier ne travaillant pas au Luxembourg se sont vus supprimer du jour au lendemain les allocations familiales.

Ainsi par exemple, dans l'un des cas soumis aux juges, une famille s'est vu supprimer le 1^{er} août 2016 les allocations familiales pour l'un des enfants issus d'une première union de l'épouse, et donc sans lien biologique avec le travailleur frontalier. Cet enfant faisait pourtant partie intégrante du ménage depuis 8 ans, quand les allocations ont été supprimées.

Jugement de première instance

Dans un jugement du 17 novembre 2017, le Conseil Arbitral de la sécurité sociale de Luxembourg a pris en considération l'article 7, point 2 du règlement UE n°492/2011 du Parlement européen et du Conseil du 5 avril 2011 relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de l'Union et a considéré que la suppression des allocations familiales de cet enfant « *était contraire à l'égalité dans les avantages sociaux entre travailleurs nationaux et non nationaux* ».

Il a conclu à une discrimination liée à la résidence des enfants concernés suivant qu'ils résident au Luxembourg ou pas.

Il a donc décidé que les allocations familiales devaient être versées aux enfants non biologiques à charge des travailleurs frontaliers.

La Caisse pour l'avenir des enfants a donc fait appel de cette décision devant le Conseil Supérieur de la sécurité sociale.

Arrêt du Conseil supérieur de la Sécurité sociale

Contrairement au premier juge qui avait fait directement droit à la demande des parents de l'enfant, le Conseil supérieur de la Sécurité sociale a saisi la Cour de Justice de l'Union Européenne par le biais de plusieurs questions préjudicielles.

Le juge communautaire devra donc prendre position quant au fait de savoir si les allocations familiales luxembourgeoises, dans ce cas d'espèce bien précis, doivent être assimilées ou non à un avantage social au regard des textes applicables.

Dans l'affirmative, la juridiction européenne devra se prononcer sur la définition de la famille applicable en la matière et si l'État qui verse les allocations familiales, en l'occurrence le Luxembourg, a ou non toute latitude pour définir les membres de la famille qui ouvrent droit aux allocations familiales.

À suivre...

4 Source : <https://www.lesfrontaliers.lu/famille/allocations-familiales-des-familles-recomposees-suite/>

5 Le législateur luxembourgeois avait remanié en 2016 la définition de membre de la famille en excluant les enfants du conjoint ou du partenaire, donc les enfants non-biologiques.

Conformément à l'article 269, point 1 du Code de la sécurité sociale,

« Ouvre droit à l'allocation familiale:

a) chaque enfant, qui réside effectivement et de manière continue au Luxembourg et y ayant son domicile légal;

b) les membres de famille tels que définis à l'article 270 de toute personne soumise à la législation luxembourgeoise et relevant du champ d'application des règlements européens ou d'un autre instrument bi- ou multilatéral conclu par le Luxembourg en matière de sécurité sociale et prévoyant le paiement des allocations familiales suivant la législation du pays d'emploi. Les membres de la famille doivent résider dans un pays visé par les règlements ou instruments en question. »

Le nouvel article 270 du Code de la sécurité sociale, en vigueur depuis le 1^{er} août 2016, indique que « sont considérés comme membres de la famille d'une personne et donnent droit à l'allocation familiale, les enfants nés dans le mariage, les enfants nés hors mariage, et les enfants adoptifs de cette personne ».

Les enfants non-biologiques, dans l'hypothèse courante d'une famille recomposée, en sont donc exclus.

5. **Droit européen : Pendant son congé annuel minimal garanti par le droit de l'Union, un travailleur a droit à sa rémunération normale indépendamment des périodes antérieures de chômage partiel.**

Arrêt de la CJUE (4^e chambre) du 13 décembre 2018, Hein, affaire C-385/17

Faits et procédure

M. Hein travaille en Allemagne pour le compte de la société Holzkamm en tant que coffreur, sa relation de travail avec son employeur est régie par la convention collective du bâtiment. Pendant une période de 26 semaines au cours de l'année 2015, M. Hein s'est trouvé en chômage partiel. En 2015 et 2016, il a par ailleurs pris 30 jours de congé qu'il avait acquis au cours de l'année 2015.

La législation allemande prévoit que : « l'indemnité légale de congés payés est fonction de la rémunération moyenne perçue par le salarié au cours de la période de référence, à savoir les treize dernières semaines précédant le début du congé. [...] les réductions de rémunération résultant, au cours de la période de référence, d'un chômage partiel, d'un chômage accidentel ou d'une absence non fautive du salarié ne sont pas prises en compte pour le calcul de l'indemnité légale de congés payés ». Mais la loi permet aux partenaires sociaux de déroger à cette règle par convention collective. La convention collective du secteur du bâtiment fait usage de cette possibilité de dérogation. Les salariés ont droit à un congé annuel de repos de 30 jours, indépendamment des périodes de chômage partiel. Cependant, les périodes de chômage partiel sont prises en compte aux fins du calcul de la rémunération versée au titre du congé annuel. Dans le cas de M. Hein, l'application de cette convention collective a entraîné une réduction importante de sa rémunération.

Ce dernier a donc saisi le Tribunal du travail de Verden en Allemagne pour obtenir le paiement du montant total de 2.260,27 euros au motif que les périodes de chômage partiel au cours de la période de référence ne sauraient avoir pour effet de réduire le montant de l'indemnité de congés payés auquel il peut prétendre.

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

de dispositions de droit de l'Union, en particulier l'article 7, paragraphe 1, de la directive 2003/88⁶ (ci-après, la directive), et l'article 31 paragraphe 2 de la charte des droits fondamentaux de l'UE (ci-après, la charte). Elle a donc décidé de surseoir à statuer pour poser une question préjudicielle à la CJUE.

Article 7 paragraphe 1, directive 2003/88

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

Article 31 paragraphe 2 CDFUE

« Tout travailleur a droit à une limitation de la durée maximale du travail et à des périodes de repos journalier et hebdomadaire, ainsi qu'à une période annuelle de congés payés. »

La question préjudicielle

« L'article 7, paragraphe 1, de la directive 2003/88 ainsi que l'article 31, paragraphe 2, de la Charte doivent-ils être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à une réglementation nationale, telle que celle en cause au principal, qui, aux fins du calcul de l'indemnité de congés payés, permet de prévoir par convention collective la prise en compte des réductions de rémunération résultant de l'existence, au cours de la période de référence, de jours où, en raison d'un chômage partiel, aucun travail effectif n'est fourni, ce qui a pour conséquence que le salarié perçoit, pour la durée du congé annuel minimum dont il bénéficie au titre de cet article 7, paragraphe 1, une indemnité de congés payés inférieure à celle qu'il aurait perçue si cette dernière avait été calculée sur la base de la rémunération moyenne

dont il a bénéficié au cours de la période de référence sans la prise en compte de ces réductions de rémunération ? »

Dans l'affirmative, dans le cadre de l'interprétation conforme de la législation nationale, jusqu'à quel niveau l'indemnité de congés payés peut-elle être réduite sans enfreindre le droit de l'Union ?

L'appréciation de la Cour

L'article 7 paragraphe 1 de la directive consacre pour tous les travailleurs un droit au congé annuel payé d'au moins quatre semaines, auquel il n'est pas possible de déroger. La protection de ce droit est renforcée par l'article 31 paragraphe 2 de la charte, qui a même valeur que les Traités. La Cour considère par ailleurs ce droit comme un principe de droit social de l'Union revêtant une importance particulière.

Le droit au congé annuel et celui à l'obtention d'un paiement à ce titre constituent les deux volets d'un droit unique. La Cour examine donc ces deux volets successivement.

Durée du congé

La durée de quatre semaines du congé annuel minimal repose sur la prémisse que le salarié a effectivement travaillé au cours de la période de référence. En conséquence, ce sont les périodes de travail effectif qui servent de base au calcul des droits au congé annuel payé.

Les périodes de chômage partiel ne sont pas considérées comme des périodes de travail effectif. Ce qui signifie qu'en l'espèce, et compte tenu des 26 semaines durant lesquelles M. Hein a été en chômage partiel, celui-ci n'aurait droit qu'à deux semaines de congé annuel payé.

Cependant, la Cour rappelle le droit de l'Union n'encadre que la durée minimale du congé et ne s'oppose pas à des règles nationales, d'origine législative ou conventionnelle, plus favorables.

Montant de l'indemnité

Pendant la période de congé annuel, le salarié a droit au maintien de sa rémunération ordinaire, l'octroi d'un montant moindre pouvant en effet inciter le salarié à ne pas prendre ses congés. La Cour estime que le fait pour un salarié de se trouver dans une situation telle que celle de M. Hein, qui pendant ses jours de congé annuel obtient une rémunération qui ne correspond pas à sa rémunération ordinaire, est en contradiction avec les règles de droit de l'Union précitées.

La Cour précise néanmoins que le droit de l'Union n'exige le paiement de la rémunération ordinaire que pour la période de congé obligatoire en vertu de la directive et correspondant aux périodes de travail effectif. Les périodes de congés accordées au-delà du minimum prévu par la directive ne sont pas régies par celle-ci.

La Cour précise cependant que si une augmentation des droits au congé annuel payé au-delà du minimum requis par la directive constitue une mesure favorable aux travailleurs conforme au droit de l'UE, une telle mesure ne peut « servir

à compenser l'effet négatif, pour le travailleur, d'une réduction de la rémunération due au titre de ce congé, sous peine de remettre en cause le droit au congé annuel payé au titre de ladite disposition, dont fait partie intégrante le droit pour le travailleur de jouir, durant sa période de repos et de détente, de conditions économiques comparables à celles concernant l'exercice de son travail ».

Le montant de l'indemnité de congé annuel payé ne peut donc pas être réduit du fait de la prise en compte des périodes de chômage partiel.

La décision de la Cour

« L'article 7, paragraphe 1, de la directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil, du 4 novembre 2003, concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail, ainsi que l'article 31, paragraphe 2, de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne doivent être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à une réglementation nationale, telle que celle en cause au principal,

qui, aux fins du calcul de l'indemnité de congés payés, permet de prévoir par convention collective la prise en compte des réductions de rémunération résultant de l'existence, au cours de la période de référence, de jours où, en raison d'un chômage partiel, aucun travail effectif n'est fourni, ce qui a pour conséquence que le salarié perçoit, pour la durée du congé annuel minimum dont il bénéficie au titre de cet article 7, paragraphe 1, une indemnité de congés payés inférieure à la rémunération ordinaire qu'il reçoit pendant les périodes de travail. Il appartient à la juridiction de renvoi d'interpréter la réglementation nationale, dans toute la mesure du possible, à la lumière du texte ainsi que de la finalité de la directive 2003/88, de manière à ce que l'indemnité de congés payés versée aux travailleurs, au titre du congé minimum prévu audit article 7, paragraphe 1, ne soit pas inférieure à la moyenne de la rémunération ordinaire perçue par ceux-ci pendant les périodes de travail effectif. »