



INFOS JURIDIQUES

Flash sur le Droit social

NEWSLETTER

N° 02/2015 février 2015

1. CDD: « Réorganisation des activités de marchés » en tant que « chargé de missions » non suffisant pour qualifier un contrat de travail comme CDD. Sanction : requalification du contrat en CDI p.1

2. Menaces de mort envers un collègue = faute grave - Licenciement avec effet immédiat justifié : remboursement des indemnités de chômage perçues à titre provisoire à l'État p.3

3. Salarié âgé de 56 ans et 9 mois licencié abusivement : indemnisation correspondant à la différence de salaire jusqu'à l'âge de la retraite p.5

4. Annulation de deux avenants au contrat de travail qui organisent chacun un congé sans solde du salarié pendant les vacances scolaires, au motif qu'ils constituent des clauses défavorables au salarié, partant contraires à la loi p.7

5. Droit européen : Pays compétent pour le chômage p.9

1. CDD : « Réorganisation des activités de marchés » en tant que « chargé de missions » non suffisant pour qualifier un contrat de travail comme CDD. Sanction : requalification du contrat en CDI, donc licenciement oral considéré comme abusif.

Arrêt de la Cour d'appel du 5 février 2015, n° 38506 du rôle

Faits

Le salarié A a agi contre son ancien employeur, la société B - pour voir reconnaître son licenciement abusif et en obtenir réparation.

Au service de l'employeur depuis le 21 mars 2007 en tant que « chargé de mission », sur base d'un contrat à durée déterminée (CDD) pour la période du 23 avril 2007 au 22 avril 2009, comprenant une période d'essai de 12 mois, A conclut à la requalification de son CDD en contrat à durée indéterminée (CDI) pour non-respect des exigences posées par l'article L.122-2 du Code du travail, dans la mesure où le contrat ne portait pas la définition de son objet, ni la nature de la tâche précise du salarié.

Subsidiairement, le salarié prétend que les tâches effectuées par lui dépassaient largement le cadre d'une tâche précise et non durable, caractéristique du contrat à durée déterminée. Il estime que les tâches sensibles et à haute responsabilité qu'il effec-

tuait et qu'il énumère dans sa requête avaient manifestement pour objet de pourvoir durablement à un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise.

Le jugement du Tribunal du travail

Le Tribunal du travail a constaté que tant l'objet du contrat que la tâche du salarié étaient suffisamment définis et répondaient aux exigences de l'article L.122-1 et L.122-2 du Code du travail et que les fonctions exercées par le salarié rentraient dans celles prévues au contrat de travail et que le salarié n'avait pas prouvé que ces tâches rentraient dans l'activité normale et permanente de la société employeuse, pour décider qu'il n'y avait pas lieu de procéder à la requalification du contrat de travail.

Il en a encore conclu que lié par un contrat à durée déterminée, la surveillance du terme a mis fin au contrat

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.



et non un licenciement, de sorte qu'il a déclaré les demandes du salarié non fondées.

A a régulièrement relevé appel du préjugement.

L'arrêt de la Cour d'appel

Quant à la nature juridique du contrat de travail signé par les parties

L'article L.121-2 du Code du travail pose le principe général selon lequel le recours au CDI est le principe en droit du travail, de sorte que le recours au CDD constitue l'exception.

Partant, ce n'est que dans les cas et sous les conditions prévues par le code du travail, que le contrat de travail peut comporter un terme fixé avec précision dès sa conclusion ou résultant de la réalisation de l'objet pour lequel il est conclu (article L.121-1 alinéa 2).

D'après l'article L.122-1 paragraphe 1 du code du travail les parties n'ont la faculté de conclure un CDD que « pour l'exécution d'une tâche précise et non durable » ; il ajoute que le CDD ne peut avoir pour objet de pourvoir durablement à un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise.

Doivent partant être indiqués dans le CDD, non seulement la nature précise de la tâche que le salarié est amenée à remplir qui doit être limitée à l'exécution d'une tâche précise et non durable, c'est-à-dire à des situations exceptionnelles, mais encore le justificatif au recours d'un tel contrat par la définition précise de son objet.

Le contrat de travail signé entre les parties litigantes le 21 mars 2007 indique tout d'abord en son article 1.1 que « le contrat est conclu pour une durée déterminée en raison de la réorganisation des activités de marchés au sein de la ligne métier Banque privée » et ensuite en son article 2.1 que « l'employé est engagé comme attaché dans la fonction de « chargé de missions » et sera affecté à « BPMA/MARC/DIR » sans préjudice d'une nouvelle affectation ultérieure à décider par l'employeur, en tenant compte des aptitudes professionnelles et personnelles de l'employé ou des besoins de sa propre gestion, ou

de celle des autres sociétés membres du groupe ».

Si le prédit contrat indique bien l'objet pour lequel il a été conclu, soit la réorganisation des activités de marchés au sein de la ligne métier Banque privée, il laisse d'y être précisé en quoi cet objet est exceptionnel et ne tombe pas dans l'activité normale et permanente de l'entreprise.

Finalement, le contrat de travail qui indique que le salarié est engagé comme « Chargé de missions », n'indique pas la tâche précise et non durable pour laquelle il a été engagé.

Il est intéressant de relever à cet égard, que l'employeur lui-même émet, dans un email du 15 octobre 2007 versé en cause, des doutes quant à la légalité du CDD qu'il a fait signer à A.

En l'absence d'une spécification précise dans le contrat de travail lui-même, de son objet ainsi que d'un renvoi à l'exécution d'une tâche précise et non durable, le contrat est d'après l'article L.122-9 présumé conclu pour une durée indéterminée.

Le jugement est partant à réformer en ce sens.

Quant à la nature juridique de la résiliation du contrat de travail

Le salarié soutient que le licenciement, intervenu dans le cadre d'un CDD non conforme à la loi, est contraire à la loi et comme tel abusif au sens de l'article L.124-11 du Code du travail.

L'employeur au contraire conteste tout licenciement prononcé par lui, il se prévaut de la démission du salarié, qui ne s'est plus présenté à son poste de travail au terme du CDD.

La requalification de la relation de travail entre parties en CDI, mesure de protection du salarié, constitue la seule sanction prévue par la loi sur le contrat de travail en cas de violation de l'article L.122-1 du Code du travail, le but de la loi n'étant pas la résiliation automatique donnant lieu à des indemnités, mais le droit du salarié au maintien des relations de travail à l'expiration du terme illégal. En dehors de cette sanction, le code ne déroge pas aux règles

relatives à la cessation du CDI (Cour, 21 février 2013, n° 37966 du rôle).

La Cour constate qu'il n'y a pas eu d'acte de licenciement posé par l'employeur, ni de démission donnée par le salarié, ni de résiliation d'un commun accord au sens de la loi sur le contrat de travail.

Cependant, le fait par l'employeur de ne plus fournir de travail au salarié et de lui indiquer que le 22 avril 2009 est son dernier jour de travail doit être assimilé à un licenciement oral et comme tel abusif.

La preuve qu'en l'espèce l'employeur est à l'origine de la résiliation du contrat à durée déterminée non conforme à la loi résulte d'ailleurs des pièces soumises à l'appréciation de la Cour, alors que l'employeur par l'intermédiaire d'un dénommé C, le reconnaît lui-même clairement dans un courriel du 5 octobre 2007 versé aux débats et confirmé par l'email du 15 octobre 2007.

Le jugement est partant également à réformer sur ce point.

Quant aux montants réclamés

La demande du salarié en paiement d'une indemnité compensatoire de préavis est partant fondée en principe.

Comme l'employeur reconnaît dans ses conclusions le montant de 7.295,2 euros figurant sur la fiche de salaire du mois de mars 2009, il y a lieu de fixer l'indemnité compensatoire de préavis à 2 x 7.295,2 euros brut, soit 14.590,4 euros brut.

Abusivement licencié, le salarié a en principe droit à l'indemnisation des préjudices tant matériel que moral découlant du licenciement illégal ou illégitime, à la double condition que les préjudices soient prouvés et qu'ils soient en relation causale directe avec le licenciement abusif.

Sur base des pièces soumises à l'appréciation de la Cour témoignant que A a fait un grand nombre de demandes d'emploi auprès d'employeurs différents et dans des secteurs d'activité variés, le préjudice matériel de ce dernier peut dès lors être fixé en fonction d'une période de référence de six mois qui aurait raisonnablement dû lui suffire pour trouver un nouvel emploi ; compte tenu de l'indemnité compensatoire de préavis de 2 mois

lui allouée, qui vient déjà compenser deux des six mois composant la période de référence, le préjudice matériel de A est suffisamment réparé par des dommages et intérêts d'un montant de 4 x 7.295,2 soit 29.180,8 euros.

Quant au préjudice moral allégué par le salarié, il est adéquatement indemnisé par un montant fixé, compte tenu de son âge, de son ancienneté de service de deux années, de l'atteinte portée à sa dignité de salarié, par les soucis qu'il

a dû se faire quant à son avenir professionnel, à 1.000 euros.

Au vu du résultat positif du présent recours pour le salarié, la Cour lui a alloué une indemnité de procédure de 1.000 euros sur base de l'article 240 du NCPC.

2. Des menaces de mort envers un collègue sont constitutifs d'une faute grave. Licenciement avec effet immédiat justifié : Pas de droit aux prestations de chômage, donc remboursement à l'État des indemnités de chômage perçues à titre provisoire. Mais possible réduction et échelonnement du paiement en cas de situation financière très précaire.

Arrêt de la Cour d'appel du 29 janvier 2015, n° 40443 du rôle

Faits

Engagé suivant contrat de travail à durée indéterminée du 30 mars 2007 par l'établissement public autonome E en tant qu'ouvrier à tâche artisanale, A a été licencié avec effet immédiat par lettre recommandée du 7 février 2011.

L'employeur lui a reproché d'avoir à plusieurs reprises, et notamment le 17 septembre 2010 à 10.40 heures et le lundi, 31 janvier 2011 à 10.30 heures et à 14.00 heures, menacé de mort son collègue et chef d'équipe B ainsi que d'avoir, par l'intermédiaire de celui-ci, et en présence du témoin C, proféré les mêmes menaces de mort à l'encontre du responsable technique du service gérance D.

L'employeur a ajouté qu'il avait en outre été constaté à plusieurs reprises que A éprouvait des difficultés à se soumettre aux ordres de ses supérieurs hiérarchiques et qu'il perturbait le travail de toute l'équipe du service « gérance » par son comportement agressif et son attitude irrespectueuse en ajoutant que cela avait déjà fait l'objet d'un premier avertissement par courrier du 27 juillet 2008.

A a contesté les motifs invoqués à l'appui du licenciement et a saisi le Tribunal du travail pour voir déclarer abusif son licenciement.

Parallèlement, il a demandé, sur base de l'article L.521-4 du Code du travail, à

se voir autoriser l'attribution par provision de l'indemnité de chômage complet en attendant la décision judiciaire définitive du litige concernant la régularité ou le bien-fondé de son licenciement pour faute grave.

Jugement de première instance

Le licenciement a été déclaré régulier et les demandes de A en paiement d'une indemnité compensatoire de préavis et de dommages et intérêts ont été déclarées non fondées de même que sa demande en paiement d'une indemnité de procédure et il a été condamné à payer une indemnité de procédure de 500 euros à E.

A a encore été condamné à rembourser 20.997,85 euros à l'État du chef d'indemnités de chômage touchées par mensualités de 150 euros.

A a interjeté appel contre ce jugement. Il demande, par réformation, à la Cour, de déclarer le licenciement abusif. Il demande encore de déclarer non fondée la demande de l'État en remboursement des indemnités de chômage sinon de réduire le montant à rembourser à de plus justes proportions.

E conclut à la confirmation du jugement et conteste en ordre subsidiaire les montants réclamés et demande une indemnité de procédure de 500 euros pour l'instance d'appel.

L'État réclame le remboursement de 20.997,85 euros et s'oppose à une réduction du montant à rembourser ainsi qu'à un paiement échelonné.

Appréciation de la Cour d'appel

Le licenciement

Les témoins D, B et C ont confirmé que A a, à plusieurs reprises menacé B de mort.

A ce sujet, le principal concerné et victime des menaces, B, a déclaré :

« Il est exact que Monsieur A a à plusieurs reprises menacé de me tuer. Il me menaçait quand quelque chose n'allait pas. Il avait des problèmes avec moi alors que j'étais son supérieur hiérarchique malgré le fait que mon ancienneté était inférieure à la sienne. Il pensait que je voulais me débarrasser de lui. Il minait mon autorité et ne faisait pas ce que je disais.

Je me souviens qu'il m'a ainsi menacé en date du 17 septembre 2010 à Gasperich. Il l'a également fait fin janvier, début février 2011 au Verlorenkost. Je ne me souviens plus de la date exacte. Monsieur A pensait que j'avais la grippe porcine et que j'allais contaminer ses enfants. Il a dit que si ses enfants allaient contracter la maladie, il me tuerait.[...]

Etant donné que je n'ai pas réussi à régler le problème entre nous, j'en ai parlé à Monsieur D qui est mon supérieur hiérarchique. M. A m'a même un jour dit qu'il pouvait également tuer Monsieur D. (...)

Les faits se sont déroulés en 2010 et début 2011. Je peux vous dire qu'il m'a menacé plus de 5 fois (...).

J'ai été mis en maladie parce que je n'en pouvais plus. J'étais vraiment très stressé notamment en raison des menaces de Monsieur A.

(...) Je n'ai pas fait la plainte plus tôt parce que je ne voulais pas faire perdre son emploi à M. A qui a une famille. »

La Cour constate que le 4 février 2011, B a porté plainte au commissariat de police de Schifflange contre A pour menaces d'attentat envers personnes. Lors de son audition, il a déclaré que les derniers incidents se sont produits le lundi 31 janvier 2011.

Les dépositions de B sont confirmées par celles de C et D.

Le témoin D a également déclaré :

« Les faits que je viens de vous rapporter se sont déroulés pendant toute l'année 2010, mais je ne saurais plus vous fournir de date précise. Je peux cependant vous indiquer que Monsieur B m'a dit à plusieurs reprises que Monsieur A m'a menacé. »

L'état de santé de Monsieur B s'est dégradé pendant les années 2010, 2011.

« Le vendredi précédant le licenciement de Monsieur A, Monsieur B m'a dit qu'il était à bout. »

La Cour retient de l'ensemble de ces dépositions que B était régulièrement la cible de menaces sérieuses de la part de A.

C'est à tort que A fait remarquer que les faits lui reprochés ne seraient pas suffisamment graves pour entraîner un licenciement avec effet immédiat en donnant à considérer que tout en soutenant que ces faits se seraient répétés tout au long de l'année 2010, ni B, ni ses collègues de travail, ni son supérieur hiérarchique D ne les auraient dénoncés plus tôt.

B a en effet expliqué qu'il n'a pas réagi plus tôt parce qu'il ne voulait pas faire perdre son emploi à A qui avait une famille à entretenir.

C'est encore à tort que A entend minimiser les effets que ses menaces auraient eu sur l'état de santé de B en soutenant que celui-ci aurait déjà au départ eu une santé fragile alors qu'il résulte à suffisance des dépositions de B qu'il a été mis en congé de maladie parce qu'il n'en pouvait plus et qu'il était très stressé notamment en raison des menaces de A.

La Cour considère le fait de proférer des menaces de mort à l'encontre de ses collègues de travail comme suffisamment grave pour justifier un licenciement avec effet immédiat.

Le recours de l'État en remboursement des indemnités de chômage

Aux termes du paragraphe (6) de l'article L.521-4 du Code du travail, le jugement ou l'arrêt déclarant justifié le licenciement du salarié condamne ce dernier à rembourser au Fonds pour l'emploi, le cas échéant de façon échelonné, tout ou partie des indemnités de chômage par lui versées par provision.

L'État demande la condamnation de A à lui rembourser la somme de 20.997,85 euros ce qui correspond aux indemnités de chômage versées à celui-ci durant la période de février 2011 à février 2012.

A demande à la Cour de réduire le montant à rembourser en faisant valoir qu'il

se trouverait dans une situation exceptionnelle et qu'il aurait fait les efforts nécessaires pour retrouver un emploi. En ordre subsidiaire, il demande la confirmation du jugement en ce qu'il a été décidé qu'il pouvait se libérer par des mensualités de 150 euros.

L'État s'oppose tant à la réduction du montant à rembourser qu'à un remboursement échelonné.

Il découle des pièces versées en cause que A s'est inscrit comme demandeur d'emploi dès le 9 février 2011 donc immédiatement après son licenciement. Il a touché des indemnités de chômage jusqu'en février 2012 et entre mars 2012 et mai 2012, il a bénéficié de l'allocation complémentaire dans le cadre de la loi modifiée du 29 avril 1999 portant création du droit à un revenu minimum garanti. Du 1^{er} juin 2012 au 31 décembre 2012, il a travaillé comme ouvrier auprès de X et il a bénéficié d'une indemnité de réinsertion de 1.801,49 euros.

Il découle de ces pièces que A éprouve des difficultés pour se réintégrer sur le marché de l'emploi.

Il découle d'autre part des pièces du dossier qu'il a des problèmes de santé, souffrant notamment d'une arythmie cardiaque en raison de laquelle il a déjà subi une intervention chirurgicale.

Il est marié et a deux enfants de 7 et 5 ans à charge. Il paie un loyer mensuel de 440,20 euros et rembourse mensuellement 347,36 euros sur un prêt.

Il bénéficie de l'assistance judiciaire pour la présente instance.

Il se trouve dès lors dans une situation financière très précaire de sorte que la Cour réduit à 7.000 euros le montant qu'il devra rembourser à l'État et l'autorise à s'en exécuter par des versements mensuels de 150 euros.

3. Un salarié employé dans une petite structure ne saurait être tenu responsable de la désorganisation interne concernant la remise au supérieur hiérarchique de son certificat médical endéans le délai légal.

Âgé de 56 ans et 9 mois, un salarié licencié abusivement peut bénéficier d'une période de référence de 26 mois et obtenir l'indemnisation d'un préjudice futur, mais certain, correspondant à la différence de salaire jusqu'à l'âge de la retraite.

Arrêt de la Cour du 9 février 2015, n° 40652 et n° 40663 du rôle.

Faits et rétroactes

Engagé à partir du 15 juin 2008 en qualité de cadre par la société S, le salarié A a été licencié avec un préavis de deux mois par lettre recommandée du 9 octobre 2012. Suite à la demande du salarié, l'employeur lui a indiqué les motifs du licenciement par courrier du 7 novembre 2012.

Par requête déposée le 19 décembre 2012, A a fait convoquer son ancien employeur, la société S, devant le Tribunal du travail de Luxembourg aux fins de s'y entendre déclarer abusif son licenciement avec préavis du 9 octobre 2012 et l'entendre condamner à lui payer 200.000 euros à titre de réparation du préjudice matériel et le même montant à titre de préjudice moral subi du fait du licenciement. Par même requête, il a mis en intervention l'État du Grand-Duché de Luxembourg, pris en sa qualité de gestionnaire du Fonds pour l'emploi.

Par jugement du 14 octobre 2013, le licenciement a été déclaré abusif et la société S a été condamnée à payer à A 25.704,52 euros à titre de réparation de ses préjudices matériel et moral subis. La demande de l'État du Grand-Duché de Luxembourg en remboursement des indemnités de chômage dirigée à l'encontre de la société S fut déclarée fondée pour le montant de 4.685,48 euros.

Instance d'appel

Contre ce jugement, A a régulièrement interjeté appel limité par exploit d'huissier de justice du 21 novembre 2013, demandant, par réformation, à la Cour de lui allouer un montant de 189.170

euros à titre de préjudice matériel et 189.170 euros à titre de préjudice moral.

Par exploit d'huissier du 22 novembre 2013, la société S a régulièrement interjeté appel. Elle demande à la Cour, par réformation, de déclarer le licenciement régulier et de la décharger des condamnations prononcées à son encontre.

L'État du Grand-Duché de Luxembourg, ès-qualité, interjetée, pour autant que de besoin, appel incident et demande la condamnation de l'employeur, sur base de l'article L. 521-4 du Code du travail, au paiement de 9.370,60 euros au titre d'indemnités de chômage.

Analyse par la Cour de la régularité et du bien-fondé du licenciement

En ordre principal, A conteste la régularité du licenciement au regard de l'article L.121-6 (3) du Code du travail. En ordre subsidiaire, il soutient que les motifs n'auraient pas été indiqués avec la précision requise et qu'ils ne seraient ni réels, ni sérieux de nature à justifier le licenciement.

La régularité du licenciement au regard de l'article L. 121-6 du Code du travail

Suivant certificat médical du docteur C, A était incapable de travailler du 8 au 13 octobre 2012.

Il résulte d'une attestation testimoniale de D, comptable aux services de la société S, que celui-ci a reçu en mains propres le certificat médical le 8 octobre 2012 et qu'il l'a placé le même jour dans le courrier interne pour consultation et prise de connaissance de tous les employés et dirigeants de la société.

L'employeur soutient que la remise du certificat médical à un salarié de la société S ne prouve pas la réception du certificat par l'employeur. Faute par A d'avoir apporté la preuve que les personnes exerçant l'autorité de l'employeur au sein de la société S ont effectivement été informées et à quel moment, le salarié n'aurait pas satisfait à son obligation légale d'avertir l'employeur de son incapacité de travail le premier jour de son empêchement. Dès lors le licenciement serait à déclarer régulier et fondé, et l'employeur serait à décharger des condamnations prononcées à son encontre.

Le salarié A donne à considérer que la société S est une petite structure comptant moins de 10 personnes, de sorte qu'il aurait satisfait à la première condition prévue à l'article L. 121-6 du Code du travail en remettant le certificat médical à Monsieur D qui l'a remis le même jour dans le courrier de l'entreprise. Le jugement entrepris serait à confirmer en ce qu'il a retenu que le licenciement serait intervenu pendant la période de protection prévue au présent article.

L'article L.121-6. (1) du Code du travail est ainsi libellé :

« (1) Le salarié incapable de travailler pour cause de maladie ou d'accident est obligé, le jour même de l'empêchement, d'en avvertir personnellement ou par personne interposée l'employeur ou le représentant de celui-ci.

L'avertissement visé à l'alinéa qui précède peut être effectué oralement ou par écrit.

(2) Le troisième jour de son absence au plus tard, le salarié est obligé de soumettre à l'employeur un certificat médical attestant son incapacité de travail et sa durée prévisible.

(3) *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 tard à partir du jour de la survenance de l'incapacité de travail.(...)*

La résiliation du contrat effectuée en violation des dispositions du présent paragraphe est abusive. »

Il en découle que le salarié incapable de travailler pour cause de maladie a la double obligation d'avertir l'employeur le jour même de l'empêchement et de lui faire parvenir par la suite, et au plus tard le troisième jour, un certificat médical attestant son incapacité de travail et la durée de celle-ci.

À partir de l'avertissement de l'employeur, le salarié est protégé contre le licenciement jusqu'à l'expiration du troisième jour de l'absence. À défaut par celui-ci de remettre le certificat médical le troisième jour au plus tard de son absence, l'employeur recouvre son droit de procéder au licenciement.

Le salarié peut également présenter directement, sans avertissement préalable de l'employeur, un certificat médical à celui-ci. Dans ce cas, il bénéficie de la protection contre le licenciement à partir du moment où l'employeur est en possession du certificat médical.

En l'espèce, c'est à bon droit que la juridiction de première instance a retenu qu'en remettant le certificat de maladie **dès le premier jour de son absence à un salarié de la société S n'employant que quelques personnes, est à considérer comme information valable de l'employeur de l'état d'incapacité de travail**, au vu du fait que D indique avoir placé le certificat dans le courrier interne le même jour et que, même si le certificat médical n'est parvenu entre les mains des supérieurs hiérarchiques de A que le 9 octobre 2012 après 11 heures, à savoir après l'envoi de la lettre de licenciement, ce fait n'est pas imputable au salarié, mais résulte d'un problème d'organisation interne de l'entreprise.

Au moment de son licenciement, A bénéficiait dès lors de la protection

prévue à l'article L. 121-6 du Code du travail, de sorte que, par confirmation du jugement entrepris, **son licenciement intervenu le 9 octobre 2012 est abusif.**

L'indemnisation

A indique qu'il a été licencié l'année de ses 57 ans et qu'il a été en maladie du 8 octobre 2012 au 31 juillet 2013. Il a retrouvé un nouvel emploi début octobre 2013 avec un salaire nettement inférieur à celui perçu auprès de la société S. La période de référence serait à fixer à 36 mois, soit jusqu'à l'âge de la retraite du salarié à 60 ans et devrait courir du 15 décembre 2012 au 15 décembre 2015 et un montant de 189.170 euros devrait lui être alloué à titre de préjudice matériel.

Ayant été en dépression pendant plus d'une année suite au licenciement, A estime pouvoir prétendre, suivant conclusions notifiées le 27 février 2014, à un montant de 147.712 euros à titre de préjudice moral.

L'employeur soutient que le salarié n'aurait pas subi de préjudice matériel, alors qu'il fut incapable de travailler jusqu'au 31 juillet 2013. Il y aurait lieu de le débouter de sa demande en indemnisation sur une période de 36 mois, sinon de réduire le montant de l'indemnisation à une période de référence de 6 mois. L'employeur conteste que le salarié ait subi un préjudice moral et conclut au débouté de cette demande, sinon à la réduction de l'indemnisation réclamée de ce chef.

Le salarié A admet n'avoir pas subi de préjudice matériel durant la période du 9 octobre 2012, date du licenciement, jusqu'au 31 juillet 2013, date de la fin de sa période d'incapacité de travail. Pendant les mois d'août et de septembre 2013, il a touché des indemnités de chômage d'un montant mensuel brut de 4.685 euros, de sorte que pour ces deux mois sa perte financière se chiffre à 9.094 euros (9.232 x 2) - (4.685 x 2). À compter du 1^{er} octobre 2013, il a retrouvé un nouvel emploi avec un salaire mensuel de 2.306 euros bruts, de sorte qu'à partir de cette date, il a subi une perte mensuelle de (9.232 - 2.306 =) 6.926 euros.

Comme l'appelant était âgé de 56 ans et 9 mois au moment du licenciement

et qu'il a eu de sérieux problèmes de santé, il n'y a aucune chance qu'il puisse retrouver, jusqu'au moment où il peut faire valoir ses droits à la retraite, un emploi avec un salaire identique à celui perçu auprès de la société S. Dès lors c'est à juste titre que A soutient avoir subi suite au licenciement un dommage matériel de 9.094 euros, ainsi que la différence entre la rémunération perçue auprès de son ancien employeur et le salaire qu'il touche auprès de son nouvel employeur et ce jusqu'à l'âge de sa retraite, à savoir pendant 26 mois, partant le montant de 180.076 euros, ce dommage, tout en étant futur, est un dommage certain qui doit être indemnisé. La perte de revenus jusqu'à l'âge de la retraite est dès lors de 189.170 euros.

Au vu de l'ancienneté de service du salarié et des **circonstances du licenciement, les juges de première instance ont correctement évalué à 5.000 euros le préjudice moral qu'il a subi du fait de l'atteinte à son honneur et de l'anxiété de ne plus retrouver d'emploi équivalent.**

La demande de l'État

L'État du Grand-Duché de Luxembourg, interjetée, pour autant que de besoin, appel incident et demande la condamnation de l'employeur, sur base de l'article L. 521-4 du Code du travail, au paiement de 9.370,60 euros au titre d'indemnités de chômage pour les mois d'août et septembre 2013.

L'employeur demande à voir dire cette demande non fondée.

Compte tenu de la décision à intervenir quant à la régularité du licenciement, le recours de l'État dirigé à l'encontre de l'employeur sur base de l'article L.521-4 du Code du travail est justifié par les pièces versées au dossier à concurrence de 9.370,60 euros, montant qui est, conformément à l'article précité, à porter en déduction du dommage matériel alloué au salarié.

Le montant revenant à A

Compte tenu du recours de l'État, A a droit au paiement du montant de 189.170 + 5.000 - 9.370,60 = 184.799,40 euros.

4. Annulation de deux avenants au contrat de travail qui organisent chacun un congé sans solde du salarié pendant les vacances scolaires, au motif qu'ils constituent des clauses défavorables au salarié, partant contraires à la loi.

Arrêt de la Cour de cassation du 29 janvier 2015, n° de rôle 3428 suite à un Arrêt de la Cour d'appel du 24 avril 2014, n° 39509 du rôle

Les faits

Une salariée a été engagée comme agent de restauration à partir du 31 janvier 1989 et affectée à la cantine de différentes sociétés et établissements scolaires.

Elle a signé deux avenants en date du 20 septembre 2007, respectivement en date du 15 septembre 2009 qui l'ont obligée à prendre des congés sans solde pendant l'intégralité des vacances scolaires, ce qui a entraîné la suspension de son contrat de travail pendant les vacances scolaires et l'interruption de son ancienneté de service ainsi que de ses droits aux congés payés et qu'elle n'a pas été rémunérée pendant ces congés sans solde forcés.

Par requête en date du 26 août 2011, la salariée a réclamé à son ancien employeur la somme de 12.450,56 euros à titre d'arriérés de salaire.

Elle soutient que les deux avenants sont non seulement abusifs et doivent être annulés pour être contraires à l'article L.121-3 du Code du travail⁽¹⁾.

L'employeur par contre est d'avis que les parties au contrat de travail peuvent librement convenir de la durée de travail du salarié et ce d'autant plus que la salariée bénéficiait de la sorte de plus de congé ce qui lui était plus favorable même si elle n'a pas été payée pendant les vacances scolaires.

Il conteste encore le montant réclamé, plus précisément le nombre de semaines mises en compte pour le calcul.

La décision des premiers juges

Par jugement du 2 octobre 2012 le tribunal du travail a décidé que la clause

du premier avenant du 20 septembre 2007 au contrat de travail conclu par les parties au litige stipulant que « *l'horaire initial de travail sera de 40 heures par semaine pendant les périodes d'ouverture de l'exploitation* » est nulle et de nul effet, de même pour la clause du second avenant du 15 septembre 2009 à ce contrat de travail stipulant que « *L'horaire initial de travail sera de 40 heures par semaine pendant les seules périodes d'ouverture de l'école. Les parties contractantes conviennent en effet que pendant les vacances scolaires luxembourgeoises, le salarié ne travaillera pas, qu'il ne sera pas à la disposition de son employeur et qu'il ne sera partant pas rémunéré* ».

Le tribunal a partant annulé les deux avenants et déclaré la demande de la salariée en paiement d'arriérés de salaire fondée dans son principe.

Devant la Cour d'appel

Par exploit d'huissier du 7 septembre 2012, l'employeur a relevé appel du 1^{er} jugement.

Il demande de déclarer son appel recevable et fondé, et de déclarer par réformation les deux clauses du contrat de travail licites.

Il reproche aux juges de première instance de ne pas avoir constaté de violation des articles L.211-1 à L.215-12 du code du travail et d'avoir quand même annulé des clauses litigieuses sous le prétexte qu'elles violeraient « *les dispositions du code du travail en général* ». Pour l'appelante, cette motivation équivaudrait à une absence de motivation.

Il maintient ses arguments de première instance selon lesquels lesdites

clauses constitueraient un aménagement contractuel du temps de travail parfaitement licite car n'affectant ni l'ancienneté ni le droit au congé du salarié et n'apporterait aucune désaffiliation dans le chef du salarié.

Il estime que le tribunal en jugeant comme il l'a fait a méconnu la définition légale du temps de travail ainsi que le caractère synallagmatique du contrat de travail en mettant à la charge de l'employeur des périodes où le salarié est en aveu de ne pas avoir été à sa disposition.

La salariée, quant à elle, demande la confirmation du 1^{er} jugement.

La Cour renvoie quant aux faits et circonstances de la cause à la relation correcte et exhaustive faite par le tribunal du travail pour la faire sienne dans son intégralité.

Par adoption des motifs repris dans le jugement du tribunal du travail entrepris qui a décidé « *Ainsi, un employeur, qui a conclu avec un salarié un contrat de travail à durée indéterminée comportant un horaire de 40 heures par semaine, donc un contrat de travail à temps plein, ne peut imposer à ce salarié de prendre régulièrement, chaque année, du congé sans solde pendant les vacances scolaires.*

Le congé sans solde, qui dans des circonstances exceptionnelles peut être accordé au salarié à sa demande expresse, est une mesure exorbitante du droit commun qui ne peut jamais être octroyée par l'employeur à un salarié.

Le contrat de louage de service se caractérise essentiellement par l'état de dépendance juridique dans lequel le salarié se trouve placé en face de son employeur et toute dérogation aux dis-

1) Art. L. 121-3 CT Les parties au contrat de travail sont autorisées à déroger aux dispositions du présent titre dans un sens plus favorable au salarié. Est nulle et de nul effet toute clause contraire aux dispositions du présent titre pour autant qu'elle vise à restreindre les droits du salarié ou à aggraver ses obligations.

positions d'ordre public du code du travail ne peut se faire que dans un sens plus favorable au salarié.

En l'espèce, la disposition par laquelle l'employeur force le salarié à prendre du congé sans solde pendant les vacances scolaires constitue une disposition qui restreint les droits du salarié puisqu'elle le prive de son salaire pendant la durée du congé sans solde, mesure qui entraîne en outre sa désaffiliation pendant ce congé des organismes de sécurité sociale et son défaut de couverture en cas de maladie ou d'accident.

Cette disposition doit en conséquence être déclarée nulle et de nul effet.

Le tribunal de ce siège donne encore à considérer que pour annuler cette disposition, il ne s'est pas basé sur l'article L.121-3 du Code du travail, mais qu'il a fait référence aux dispositions d'ordre public violées, à savoir les dispositions du code du travail en général et plus particulièrement celles régissant la durée du travail, lesquelles sont, d'après l'article L.010-1 de ce code, des dispositions d'ordre public.

Il résulte de l'ensemble des considérations qui précèdent que la demande de la requérante en paiement d'arriérés de salaire est fondée dans son principe. »

et par référence à un arrêt de la Cour d'appel du 27 janvier 2011 numéro du rôle 34516 dans une affaire similaire et d'un arrêt de la Cour de cassation du 15 mars 2011 dans l'affaire E c/ A S.A ayant rejeté le recours en cassation formé par la société A, le jugement du 2 octobre 2012 est à confirmer en ce qu'il

a déclaré nulles les clauses litigieuses contenues dans les deux avenants des 20 septembre 2007 et 15 septembre 2009 et a déclaré la demande de la salariée en paiement d'arriérés de salaire fondée dans son principe.

La décision de la Cour de cassation

En date du 5 juin 2014, l'employeur a fait signifier un mémoire en cassation.

Un seul moyen de cassation est avancé.

L'employeur fait relever un défaut de base légale, en ce que l'arrêt attaqué, pour déclarer nul et de nul effet les deux avenants contractuels, a fait référence aux dispositions d'ordre public violées, à savoir les dispositions du Code du travail en général et plus particulièrement celles régissant la durée du travail, alors pourtant que cette motivation est insuffisante en fait pour que la Cour régulatrice soit en mesure d'exercer pleinement son contrôle de la qualification des faits et de l'application de la loi.

Selon la Cour de cassation, la motivation de l'arrêt attaqué ne se limite pas au bout de phrase cité dans le moyen de cassation de l'employeur.

Pour confirmer le jugement lui déféré, la Cour d'appel, après avoir cité les clauses incriminées du contrat de travail, a adopté, en les reproduisant *in extenso*, les motifs énoncés au jugement et par lesquels le tribunal du travail a notamment décidé : « *Le contrat de louage de service se caractérise essentiellement*

par l'état de dépendance juridique dans lequel le salarié se trouve placé en face de son employeur et toute dérogation aux dispositions d'ordre public du code du travail ne peut se faire que dans un sens plus favorable au salarié. En l'espèce, la disposition par laquelle l'employeur force le salarié à prendre du congé sans solde pendant les vacances scolaires constitue une disposition qui restreint les droits du salarié puisqu'elle le prive de son salaire pendant la durée du congé sans solde, mesure qui entraîne en outre sa désaffiliation pendant ce congé des organismes de sécurité sociale et son défaut de couverture en cas de maladie ou d'accident. Cette disposition doit en conséquence être déclarée nulle et de nul effet. Le tribunal de ce siège donne encore à considérer que pour annuler cette disposition il ne s'est pas basé sur l'article 121-3 du Code du travail, mais qu'il a fait référence aux dispositions d'ordre public violées, à savoir les dispositions du code du travail en général et plus particulièrement celles régissant la durée du travail, lesquelles sont, d'après l'article L.010-1 de ce code, des dispositions d'ordre public. »

Attendu qu'en statuant ainsi, la Cour d'appel a à suffisance motivé sa décision et ne saurait encourir le reproche d'un défaut de base légale.

Le moyen de cassation n'est dès lors pas fondé et la décision de la Cour d'appel est en quelque sorte confirmée.

5. Pays compétent pour le chômage : Un travailleur frontalier qui, immédiatement après la fin d'une relation de travail à temps plein avec un employeur dans un État membre, est employé à temps partiel² par un autre employeur dans ce même État membre, a la qualité de travailleur frontalier en chômage partiel et bénéficie des prestations éventuellement servies dans l'État membre de travail

Arrêt de la CJUE (huitième chambre) du 5 février 2015, *Mertens*, affaire C-655/13

Faits et procédure

Mme Mertens, résidente néerlandaise, était employée à temps plein dans une entreprise basée en Allemagne du 1^{er} janvier 2003 au 28 février 2009. Elle a ensuite été employée à temps partiel, à raison de 10 heures hebdomadaires, par une autre entreprise sise en Allemagne à partir du 1^{er} mars 2009.

Mme Mertens a formulé une demande de prestations auprès des institutions compétentes de son pays de résidence, à savoir les institutions néerlandaises. Celles-ci ont refusé d'octroyer lesdites prestations au motif que Mme Mertens devait être considérée comme travailleur frontalier dans la mesure où elle exerçait une activité professionnelle à temps partiel en Allemagne, elle devait donc s'adresser aux institutions compétentes allemandes. Mme Mertens a formé un recours contre cette décision devant les juridictions néerlandaises, qui ont cependant confirmé la position de l'organisme de gestion des assurances sociales.

Parallèlement, Mme Mertens a demandé l'octroi de prestations de chômage auprès de l'agence fédérale allemande pour l'emploi, qui a à son tour opposé un refus au motif que Mme Mertens devait être considérée comme travailleur frontalier en chômage complet puisque son nouveau contrat de travail (à temps partiel) avait été conclu avec un employeur différent. Elle devait donc être rattachée

à son pays de résidence pour le bénéfice des prestations de chômage. Mme Mertens a formé un recours contre cette décision devant les juridictions allemandes, recours qui a été définitivement rejeté.

Au Pays-Bas, Mme Mertens a saisi le Tribunal central du contentieux administratif en appel de la décision de refus rendu en première instance.

Cette juridiction estime que la solution du litige requiert l'interprétation de dispositions de droit de l'Union, en particulier l'article 71 paragraphe 1 sous a) du règlement (CEE) n°1408/71 du Conseil, du 14 juin 1971, relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés, aux travailleurs non-salariés et aux membres de leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté³.

Article 71 paragraphe 1 sous a) du règlement n°1408/71 :

« Le travailleur salarié en chômage qui, au cours de son dernier emploi, résidait sur le territoire d'un État membre autre que l'État compétent bénéficie des prestations selon les dispositions suivantes :

a) i) le travailleur frontalier qui est en chômage partiel ou accidentel dans l'entreprise qui l'occupe bénéficie des prestations selon les dispositions de la législation de l'État compétent, comme s'il résidait sur le territoire de cet État; ces prestations sont servies par l'institution compétente ;

ii) le travailleur frontalier qui est en chômage complet bénéficie des prestations selon les dispositions de la législation de l'État membre sur le territoire duquel il réside, comme s'il avait été soumis à cette législation au cours de son dernier emploi; ces prestations sont servies par l'institution du lieu de résidence et à sa charge; »

« Le libellé de ces dispositions ne [permettrait] pas de connaître l'État membre auquel incombe la charge des prestations de chômage dans la situation d'un travailleur frontalier en chômage partiel qui est employé directement par un autre employeur dans le même État membre. » Elle a donc décidé de surseoir à statuer pour poser une question préjudicielle à la CJUE.

La question préjudicielle

« L'article 71, paragraphe 1, sous a), i), du règlement n°1408/71 doit-il être interprété en ce sens qu'un travailleur frontalier qui, immédiatement après la fin d'une relation de travail à temps plein avec un employeur dans un État membre qui n'est pas celui de sa résidence, est employé à temps partiel par un autre employeur dans ce même État membre a la qualité de travailleur frontalier en chômage partiel, au sens de cette disposition? »³

2) L'expression chômage partiel ne vise ici pas le chômage partiel comme on l'entend en droit luxembourgeois. Est visée ici, la situation d'un salarié ayant perdu un travail à temps plein qui a retrouvé un travail à temps partiel.

3) Le règlement n°1408/71 a depuis été remplacé par le règlement n°883/2004 sur la coordination des systèmes de sécurité sociale. Les dispositions de l'article 71 paragraphe 1 sous a) i) ont été reprises par l'article 65 paragraphe 1 : « La personne en chômage partiel ou intermittent qui, au cours de sa dernière activité salariée ou non salariée, résidait dans un État membre autre que l'État membre compétent se met à la disposition de son employeur ou des services de l'emploi de l'État membre compétent. Elle bénéficie des prestations selon la législation de l'État membre compétent, comme si elle résidait dans cet État membre. Ces prestations sont servies par l'institution de l'État membre compétent. »

L'appréciation de la Cour

Placer le salarié dans les conditions les plus favorables à la recherche d'un nouvel emploi – rattachement au pays du travail en cas de chômage partiel

Les dispositions applicables en matière de chômage se distinguent de la règle générale selon laquelle une personne qui exerce une activité salariée sur le territoire d'un État membre est soumise à la législation de cet État en matière de sécurité sociale. Le salarié qui exerçait une activité salariée dans un autre État membre que son État membre de résidence sera en effet rattaché au pays de résidence en cas de chômage complet.

La Cour a déjà jugé qu'il résultait implicitement de cette disposition que le salarié bénéficiait ainsi des conditions les plus favorables à la recherche d'un nouvel emploi⁴⁾.

Par analogie, le fait que, en application de l'article 71 précité, le salarié en chômage partiel soit rattaché à l'État membre dans lequel il exerce une activité à temps partiel laisse présumer qu'il s'agit des conditions les plus favorables au salarié pour la recherche d'un nouvel emploi.

En effet, les institutions de l'État membre de lieu de travail seront bien plus à même d'aider le salarié à trouver

un emploi complémentaire qui soit compatible à son activité à temps partiel, qui sera vraisemblablement un emploi sur le territoire du même État membre. Si le salarié était rattaché à son pays de résidence, l'objectif de protection des travailleurs poursuivi par l'article 71 précité ne pourrait pas être atteint.

Le rattachement avec l'État membre de résidence ne se conçoit que dans l'hypothèse où le salarié n'a plus aucun lien avec l'État membre où il travaillait.

En l'espèce, le fait que la salariée ait conclu un contrat (à temps partiel) avec un employeur différent est dénué de pertinence à l'égard de la question posée. Si le champ de l'article 71 paragraphe 1 sous a) i) était restreint aux seules hypothèses où le salarié conclut, en lieu et place du contrat de travail à temps plein, un contrat à temps partiel avec le même employeur, alors ceci réduirait le champ d'application de cet article d'une manière qui porterait atteinte à l'effet utile de celui-ci.

La distinction entre chômage partiel et complet relève du droit de l'Union et non du droit national

Les critères permettant de distinguer entre chômage partiel et chômage complet afin de déterminer la loi applicable doivent être uniformes au sein de l'UE et donc prévus par le droit de l'Union.

À cet égard, pour qualifier une situation de chômage complet, il convient que le salarié ait cessé totalement de travailler. En l'espèce, le fait que le contrat de travail de la salariée ne prévoit qu'une durée de travail de 10 heures hebdomadaires est dépourvu de pertinence. La Cour estime en effet qu'un salarié ne peut être exclu du champ d'application du règlement en raison du temps qu'il consacre à l'exercice de son activité.

La décision de la Cour

En conclusion, « *L'article 71, paragraphe 1, sous a), i), du règlement (CEE) n°1408/71 du Conseil, du 14 juin 1971, relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés, aux travailleurs non-salariés et aux membres de leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté, [...] doit être interprété en ce sens qu'un travailleur frontalier qui, immédiatement après la fin d'une relation de travail à temps plein avec un employeur dans un État membre, est employé à temps partiel par un autre employeur dans ce même État membre a la qualité de travailleur frontalier en chômage partiel, au sens de cette disposition.* »

4) CJCE, 12 juin 1986, Miethé, Aff. 1/85, Rec. 1986 01837