



# INFOS JURIDIQUES

Flash sur le Droit social

## NEWSLETTER

N° 4/2014

avril 2014

**1. L'employeur qui n'informe pas son ancien salarié licencié pour motif économique et ayant fait une demande de priorité de réembauchage...** p.1

**2. Convocation à l'entretien préalable à un licenciement antérieur à la saisine de la Commission mixte en vue d'un reclassement...** p.3

**3. La lettre de motivation d'un licenciement pour motif économique...** p.5

**4. La période d'essai ne peut pas être renouvelée...** p.7

**5. Une décision européenne : « Lorsqu'un licenciement illégal intervient au cours d'un congé parental à temps partiel, l'indemnité forfaitaire de protection à laquelle a droit un travailleur engagé à temps plein doit être calculée sur la base de la rémunération à temps plein ».** p.9

- 1. L'employeur qui n'informe pas son ancien salarié licencié pour motif économique et ayant fait une demande de priorité de réembauchage, du nouveau poste disponible, a violé son obligation d'information et a privé celui-ci du droit au réembauchage prioritaire. Ce qui l'oblige à réparer le préjudice causé.**

**Arrêt de la Cour d'appel du 3 avril 2014 (n° 39585 du rôle)**

### Les faits

Par jugement du 8 janvier 2013, le tribunal du travail de Luxembourg a condamné la société S à payer à M. A des indemnités de 6.000 € et 5.000 € en réparation des préjudices matériel et moral subis par la violation du droit de M. A d'être réembauché par priorité dans l'année suivant son licenciement économique avec préavis au 15 mai 2009.

Le 7 février 2013, la société S a régulièrement formé appel contre ce jugement. Elle demande le rejet de la demande d'indemnisation.

Le 4 mars 2009, M. A engagé à partir du 3 décembre 2007 comme chauffeur-livreur par la société S, a été li-

centié avec préavis du 16 mars au 15 mai 2009.

En réponse à sa demande des motifs, l'employeur a indiqué que le licenciement était justifié par des motifs économiques. Il a exposé la situation économique de l'entreprise et en a déduit la nécessité de supprimer au moins un poste de chauffeur.

M. A a envoyé le 3 juin 2009 un courrier recommandé avec accusé de réception à la société S.

Suivant M. A cet envoi aurait contenu deux lettres, dont celle datée du 3 juin 2009 par laquelle il aurait invoqué son droit à la priorité d'embauchage pendant une année en raison des motifs économiques du licenciement et il au-



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.

rait demandé à être informé quant aux emplois disponibles.

La société S soutient qu'elle aurait reçu un seul courrier recommandé daté du 3 juin 2009, qui aurait eu pour objet le paiement de jours de congés non pris et d'heures supplémentaires. Elle conteste que cet envoi ait contenu une deuxième lettre par laquelle M. A aurait fait valoir le droit à la priorité d'embauche.

Par courriel du 14 octobre 2010, M. A a fait parvenir à une ancienne collègue de travail, Mme B, une copie des deux lettres qu'il soutient avoir envoyées par recommandé du 3 juin 2009 à la société S. Il lui a demandé si elle se souvenait de ces courriers contenus dans un recommandé et, si, le cas échéant, elle établirait une attestation testimoniale devant servir dans un litige avec la société S.

Par courriel du même jour, Mme B a répondu qu'elle se souvenait des deux courriers et de ce qu'ils ont été transférés à M. C, le responsable de l'entreprise.

Elle déclare avoir reçu un courrier recommandé contenant deux lettres, dont l'une était la demande de M. A de bénéficier de la priorité d'embauche. Elle explique se souvenir de ces courriers, étant donné que toute l'équipe avait de bonnes relations avec M. A et qu'il était connu qu'il ferait parvenir ces courriers.

Mme B déclare également que M. A représentait les chauffeurs pour négocier avec M. C le paiement des heures supplémentaires et le respect des conditions de travail et qu'il était en contact avec un syndicat et l'Inspection du travail et des mines. Pour cette raison, M. C était « en guerre » avec M. A.

### **L'avis de la Cour d'appel**

La Cour estime qu'aucun élément du dossier ne permet de mettre en doute le sérieux des attestations de Mme B.

L'affirmation de la société S que Mme B n'aurait pas été habilitée à réceptionner et à ouvrir le courrier recommandé, et que sa mission aurait été limitée à la réception et à l'ouverture du courrier simple, n'est pas convaincante eu égard aux missions d'une assistante de direction et ne permet pas de mettre en cause la déclaration formelle de Mme B en tant que témoin.

De toute manière, Mme B déclare que dans les faits elle ouvrait le courrier simple et recommandé, et qu'en particulier elle a reçu le courrier de M. A qui a demandé à bénéficier de la priorité d'embauche.

Au vu des attestations de Mme B et de son courriel du 14 octobre 2010, il est établi que la société S a reçu le courrier de M. A relatif à la priorité d'embauche.

Au vu de ce courrier du 3 juin 2009, M. A a fait valoir qu'en raison du licenciement pour des motifs économiques il avait droit à une priorité d'embauchage pendant un an à compter du départ de l'entreprise et il a demandé à être informé quant aux emplois disponibles.

**Dès lors, M. A a fait valoir son droit à l'embauche pendant une année à compter de la fin du préavis, soit du 16 mai 2009 au 15 mai 2010, et il avait droit à être informé par la société S de tout emploi devenu disponible dans sa qualification.**

Or en date du 1<sup>er</sup> avril 2010, M. D, embauché en contrat de travail à durée indéterminée, a commencé à travailler pour la société S en qualité de chauffeur-livreur.

Le même M. D avait précédemment travaillé comme chauffeur-livreur pour la société S sous contrat à durée déterminée du 15 décembre 2008 au 15 février 2009, et sous contrat à durée indéterminée à compter du 16 février 2009 jusqu'au 15 mars 2010.

Même s'il s'agit d'un salarié ayant déjà travaillé pour l'entreprise, M. D a été embauché pour une durée indéterminée comme chauffeur-livreur à partir du 1<sup>er</sup> avril 2010.

La société S soutient qu'aucun poste correspondant à la qualification de M. A n'aurait été vacant dans l'année de son départ et que M. D aurait été engagé pour une « tournée interroute » et M. A n'aurait pas eu les compétences pour ce travail.

M. A conteste ne pas avoir eu les compétences requises pour l'exécution du travail confié à M. D.

La Cour constate que M. D a été engagé à partir du 1<sup>er</sup> avril 2010 comme chauffeur-livreur. Précédemment, M. D a aussi été engagé comme chauffeur-livreur tout comme M. A a travaillé en tant que chauffeur-livreur pour la société S.

Il ne résulte d'aucun élément du dossier que l'exécution d'une « tournée interroute » ne relève pas de la qualification d'un chauffeur-livreur et que le poste de chauffeur-livreur auquel M. D a été engagé à partir du 1<sup>er</sup> avril 2010 ne correspond pas à la qualification de M. A.

Dès lors, la société S qui n'a pas informé M. A du poste de chauffeur-livreur disponible, occupé à partir du 1<sup>er</sup> avril 2010, a violé son obligation d'information de M. A et a privé celui-ci du droit au réembauchage prioritaire.

La violation de l'obligation d'information inscrite à l'article L.125-9 du Code du travail engage la responsabilité de l'auteur de la violation et oblige celui-ci à réparer le préjudice causé.

Dans sa requête déposée auprès de la juridiction du travail, M. A a soutenu que s'il avait bénéficié de la priorité d'embauche, il aurait gagné du 1<sup>er</sup> avril 2010 au 31 mars 2011 le montant net de 17.964,72 € (1.497,06/mois x 12). En fait, il aurait touché le montant net de 11.815,05 € au titre d'indemnités de chômage (32,37 € nets/jour x 365). Sa perte matérielle s'éleverait à 6.149,67 €.

En appel, M. A demande la confirmation de la condamnation au montant de 6.000 €. Subsidièrement, il conclut à l'allocation du montant de 6.149,67 €.

M. A explique qu'il est né en 1955 et qu'à son âge il est très difficile d'être embauché.

La société S conteste les préjudices matériel et moral. Elle considère qu'il ne peut pas être tenu compte d'une période de chômage de douze mois, étant donné que le salarié ne prouverait pas avoir fait des recherches d'emploi de manière à toucher rapidement un salaire, et qu'il « s'accommodait fort bien d'être au chômage ».

M. A a retrouvé un emploi le 19 avril 2011. Suivant contrat de travail versé en cause, il a été engagé comme chauffeur-livreur à partir du 1<sup>er</sup> juillet 2011.

S'il est exact que les recherches d'emploi effectuées par M. A ne sont pas documentées, comme il a touché des indemnités de chômage, il est cependant établi que les recherches requises pour l'allocation d'indemnités ont été effectuées.

Le nombre et l'intensité de toutes les recherches effectuées ne sont cependant pas établis.

Le 1<sup>er</sup> avril 2010, date à laquelle le poste libre a été pourvu en violation des droits de M. A, ce dernier était âgé de 55 ans.

Si M. A avait été informé du poste disponible, il aurait pu se faire réembaucher et toucher un salaire de l'ordre de 1750 €

brut au lieu des indemnités de chômage à hauteur de 32,37 € nets par jour qui lui ont été accordés par le Pôle emploi à compter du 24 mai 2009 .

En tenant compte des difficultés de réembauche en raison de l'âge de M. A, du fait qu'il était au chômage depuis le 16 mai 2009, fin du préavis, et du défaut de preuve du nombre et de l'intensité des recherches d'emploi, la Cour évalue

à 4.000 € le préjudice matériel en lien causal avec la violation du droit d'embauchage prioritaire, du fait de la différence entre les salaires qu'il aurait pu toucher et des indemnités de chômage perçues.

Le préjudice moral causé à M. A par la violation de son droit d'embauche prioritaire est évalué à 3.000 €.

## 2. Convocation à l'entretien préalable à un licenciement antérieur à la saisine de la Commission mixte en vue d'un reclassement : la protection contre le licenciement prévue à l'article L.121-8 du Code du travail ne jouera pas.

**Le seul fait de l'absence de la salariée pendant 26 semaines consécutives ne permet pas à lui seul un licenciement avec préavis. L'employeur doit encore, conformément à l'article L.124-5 (2) du Code du travail, justifier de motifs réels et sérieux fondés sur les nécessités du fonctionnement de l'entreprise.**

### Arrêt de la Cour d'appel du 3 avril 2014 (n° 39916 du rôle)

Par requête déposée le 24 octobre 2012 la salariée A a fait convoquer son ancien employeur B, devant le tribunal du travail aux fins de s'y entendre déclarer abusif son licenciement avec préavis du 16 mars 2012.

Par jugement du 26 février 2013, le licenciement a été déclaré régulier.

Contre ce jugement la salariée A a interjeté appel.

#### **La régularité du licenciement au regard des articles L.121-8 et L.551-10 du Code du travail**

La salariée A a été engagée par B en qualité d'infirmière de recherche suivant contrat de travail signé le 1<sup>er</sup> mars 2010 avec effet au 15 mai 2010.

Par lettre recommandée du 12 mars 2012 elle fut convoquée à un entretien préalable au licenciement pour le 15 mars 2012. Elle s'est vue notifier son licenciement avec préavis par lettre recommandée du 16 mars 2012. Par l'intermédiaire de son organisation syndicale, elle a protesté contre son licenciement en date du 22 mars 2012.

Elle conteste la régularité du licenciement au regard de l'article L.121-8 du Code du travail aux termes duquel :

*« Sans préjudice des dispositions des articles L.125-1, paragraphe (1), et L.125-2, l'employeur n'est pas autorisé à notifier au salarié la résiliation de son contrat de travail pendant la période se situant entre le jour de la saisine de la commission mixte par le Contrôle médical de la sécurité sociale en application de l'article L. 552-2 et le jour de la notification de la décision de la commission mixte. En cas de recours introduit par le salarié contre la décision de reclassement interne conformément à l'article L.552-3, le contrat de travail est suspendu jusqu'au jour où le recours est définitivement vidé. »*

Elle conclut au caractère abusif du licenciement, au motif que son employeur qui aurait été informé de la saisine de la commission mixte de reclassement par le contrôle médical de la Sécurité sociale en date du 15 mars 2012, l'aurait licenciée en pleine procédure de reclassement.

A soutient ensuite que les motifs du licenciement n'auraient pas été indiqués avec la précision requise et ne consti-

tueraient pas une cause réelle et sérieuse justifiant la résiliation du contrat de travail. Elle affirme avoir été en arrêt de maladie le jour fixé pour l'entretien préalable d'où son absence à cette réunion.

L'employeur fait valoir que la salariée aurait été régulièrement convoquée à l'entretien préalable à une époque où la procédure de reclassement n'avait pas encore été entamée, de sorte qu'elle ne pourrait plus invoquer l'irrégularité du licenciement intervenu au motif que la commission mixte de reclassement avait été saisie au moment de la notification de la lettre de licenciement. La procédure de licenciement aurait été déclenchée par la convocation à l'entretien préalable par lettre du 12 mars 2012 et n'aurait pu être stoppée par la saisine ultérieure de la commission mixte, à savoir en date du 15 mars 2012. Il donne à considérer que les certificats médicaux de la salariée prévoient un droit de sortie, de sorte que A aurait pu se rendre à l'entretien préalable à son licenciement. Ce ne serait que le 14 mars 2012 que A aurait signé les papiers portant ouverture de son dossier de reclassement professionnel. Il affirme qu'au moment du licenciement la salariée n'aurait pas

bénéficié de la protection inscrite à l'article L.121-8 du Code du travail.

En ordre subsidiaire B sollicite la saisine de la Cour constitutionnelle sur la question de la conformité des articles L.121-8 et L.551-10 du Code du travail à l'article 10bis de la Constitution.

La Cour d'appel rappelle les faits :

A était aux services de B en qualité d'infirmière de recherche à partir du 15 mai 2010. Depuis le 12 septembre 2011 elle était incapable de travailler, tel que cela résulte des certificats médicaux suivants :

- certificat du 12 septembre 2011 : 12 septembre au 13 septembre
- certificat du 14 septembre 2011 : 14 septembre au 25 septembre
- certificat du 26 septembre 2011 : 26 septembre au 9 octobre
- certificat du 9 octobre 2011 : 10 octobre au 30 octobre
- certificat du 15 novembre 2011 : 1er décembre au 1er janvier
- certificat du 14 décembre 2011 : 2 janvier au 31 janvier
- certificat du 15 janvier 2012 : 1er février au 29 février
- certificat du 15 février 2012 : 1er mars au 31 mars.

Par courrier du 12 mars 2012 l'employeur a convoqué A à un entretien préalable au licenciement pour le 15 mars 2012. Par lettre recommandée du 16 mars 2012, B a licencié la salariée A avec un préavis de deux mois expirant le 14 mai 2012.

En date du 14 mars 2012 A a par sa signature marqué son accord à ce que le contrôle médical de la sécurité sociale saisisse la commission mixte, la date effective de la saisine étant le 15 mars 2012.

Selon la loi, la procédure du licenciement doit parcourir trois phases, à savoir :

- 1) La phase préliminaire de l'entretien préalable dans les entreprises occupant 150 salariés au moins.
- 2) La notification du licenciement dans les formes et délais prévus par la loi.

- 3) L'énonciation par l'employeur du ou des motifs du licenciement à la demande écrite du salarié.

La Cour estime que c'est à bon droit que la juridiction de première instance a décidé qu'en postant en date du 12 mars 2012 la convocation à l'entretien préalable contenant l'information que B envisageait de licencier sa salariée, l'employeur a clairement manifesté sa volonté de mettre fin au contrat de travail.

En effet après l'expiration de la période de 26 semaines visée à l'article L.121-6(3), alinéa 1<sup>er</sup> du Code du travail, l'employeur était en droit, par application de l'article L.121-6(5) du même code, d'envoyer le 12 mars 2012 la lettre de convocation à l'entretien préalable. La régularité de l'envoi de la lettre portant convocation à l'entretien préalable au licenciement constitue la première étape de la procédure de licenciement dans une entreprise employant au moins 150 salariés.

L'accord postérieur de la salariée avec la saisine de la commission mixte par le contrôle médical de la sécurité sociale et la saisine effective qui s'en est suivie n'ont pas pour effet, ainsi que soutenu par l'appelante, de suspendre voire d'interdire la procédure régulièrement engagée en vue du licenciement du salarié, étant donné que cette interprétation de l'article L.121-8 du Code du travail placerait l'employeur qui occupe au moins 150 salariés dans une situation plus défavorable que l'employeur occupant moins de 150 salariés, non tenu de respecter la procédure prévue à l'article L.124-2 du Code du travail.

Le jugement entrepris est en conséquence à confirmer en ce qu'il a dit que le licenciement n'a pas été prononcé en violation des dispositions protectrices de l'article L.121-8 du Code du travail.

### **La régularité du licenciement au regard de l'article L.124-11(1) du Code du travail**

A était en état d'incapacité de travail non interrompue du 12 septembre 2011 jusqu'au jour de son licenciement.

Si le licenciement est ainsi régulier au regard des articles L.121-8 et L.551-10

du Code du travail, la Cour doit encore vérifier son caractère régulier au regard de l'article L.124-11. (1) du Code du travail, le seul fait de l'absence de la salariée pendant 26 semaines consécutives ne permettant pas à lui seul le licenciement mais l'employeur devant encore, conformément à l'article L.124-5 (2) du Code du travail, justifier de motifs réels et sérieux fondés sur les nécessités du fonctionnement de l'entreprise.

L'appelante affirme que le licenciement serait abusif, alors qu'il ne reposerait pas sur des motifs réels et sérieux.

Si la salariée ne conteste pas une absence ininterrompue de six mois pour cause de maladie, elle estime que l'employeur n'aurait eu aucune difficulté pour déterminer la répartition des tâches entre les autres salariés et la gestion des projets en cours, ce d'autant plus que les certificats médicaux ont été émis avant l'échéance de chaque période d'incapacité de travail. Une perturbation sérieuse de l'organisation de B ne saurait être présumée et ne serait pas prouvée.

L'employeur conclut à la régularité du licenciement au motif que l'absence ininterrompue de six mois ayant nécessairement entraîné une désorganisation et une gêne au niveau du fonctionnement du service justifierait le licenciement.

En ordre subsidiaire et pour prouver le motif réel et sérieux du licenciement, B a formulé une offre de preuve par témoin reprenant les motifs invoqués dans la lettre de licenciement. Il souligne que la salariée n'aurait jamais demandé les motifs de son licenciement.

L'appelante conclut au rejet de cette offre de preuve pour défaut de précision et de pertinence.

L'employeur a indiqué dans la lettre de licenciement du 16 mars 2012 les motifs l'ayant déterminé à résilier le contrat de travail. Si la loi permet au salarié qui n'a pas demandé les motifs de son congédiement, tel le cas en l'espèce, d'établir par tous les moyens que son licenciement était abusif, cette disposition n'enlève pas à l'employeur la charge de la preuve des motifs qu'il a invoqués.

L'absentéisme habituel pour raison de santé peut être une cause de rupture du contrat de travail, lorsqu'il apporte une

gêne indiscutable au fonctionnement de l'entreprise.

L'absentéisme habituel en tant que cause de licenciement comporte deux conditions séparées qui doivent être examinées distinctement, à savoir les absences longues ou nombreuses et répétées ainsi que la gêne considérable du fonctionnement de l'entreprise, sans certitude ou même probabilité d'amélioration dans un avenir proche. Un employeur doit pouvoir compter sur une collaboration suffisamment régulière de son personnel pour que le fonctionnement de son entreprise ne soit pas compromis. L'organisation de l'entreprise est d'autant plus dérégulée que les

absences se multiplient étant donné que l'employeur est mis dans l'impossibilité d'élaborer un plan de travail lorsqu'il ne peut plus compter sur une collaboration suffisamment régulière du salarié.

En l'espèce, la salariée fut absente de façon ininterrompue pendant plus de six mois. Durant cette période elle a remis à son employeur huit certificats de maladie d'une durée variant entre deux jours et un mois. S'il est vrai que les quatre derniers certificats ont été émis quinze jours avant la fin de l'incapacité de travail attestée par le certificat précédent, cela ne permettait cependant pas à l'employeur de savoir si dans un proche avenir il pouvait de nouveau compter sur la

collaboration de A ou si, pour assurer la bonne exécution du projet de recherche sur lequel était affectée la salariée, il devait pourvoir à son remplacement et, dans l'affirmative, pour quelle durée un tel remplacement devait être prévu.

En conséquence le licenciement avec préavis de A est fondé sur les nécessités du fonctionnement du service.

C'est partant à bon droit que la juridiction de première instance a déclaré régulier le licenciement de A et a débouté la salariée de ses demandes en dommages et intérêts pour préjudice matériel et moral.

### **3. La lettre de motivation d'un licenciement pour motif économique n'obéit aux exigences requises de précision que si l'employeur indique toutes les circonstances qui dans son optique empêchaient le reclassement du salarié concerné.**

**L'imprécision des motifs équivalant à une absence de motif, l'employeur ne peut être admis à pallier par une mesure d'instruction ou par une attestation les lacunes et carences de sa lettre de motivation.**

**L'indemnisation du salarié licencié abusivement dépend de ses démarches pour trouver un nouvel emploi.**

#### **Arrêt de la Cour d'appel du 3 avril 2014 (n° 38241 du rôle)**

##### **Faits et rétroactes**

Par lettre recommandée du 11 mai 2010, la salariée B a été licenciée par son employeur, la société A S.A., avec préavis du 15 mai au 14 juillet 2010.

Ayant demandé les motifs du licenciement, la société A S.A. lui a répondu le 18 mai 2010 en les termes suivants :

« (...) A la suite de la conjoncture économique difficile qui se fait sentir au Luxembourg et dans le monde, la société C a manifesté la volonté de ne pas renouveler, respectivement de résilier les conventions passées avec la société A S.A.

Comme vous le savez pertinemment, vous aviez été engagée et formée dans le seul but d'être affectée au service exclusif de la société C.

*Le contrat précité ayant été résilié, votre maintien au sein de la société A S.A. n'avait plus de raison d'être, alors qu'il n'y avait plus de travail à vous confier. Votre ex-employeur tient, en outre, à préciser que votre reclassement au sein de la société était également impossible, alors que celle-ci ne disposait d'aucun poste vacant adapté à vos compétences. (...) ».*

Par requête déposée le 15 février 2011 devant le Tribunal du travail de Luxembourg, B a demandé que la société A S.A. s'entende déclarer abusif le licenciement du 11 mai 2010 et qu'elle soit condamnée à lui payer des dommages-intérêts du chef de préjudice moral et matériel.

##### **Jugement de première instance**

Par jugement du 12 décembre 2011, le Tribunal du travail a déclaré le licenciement abusif au motif que la lettre de motivation n'obéit pas aux conditions de précision requise.

Le Tribunal a alloué à B des dommages-intérêts de 3.879 € du chef de préjudice matériel et de 2.000 € du chef de préjudice moral.

Il a rejeté la demande de B en obtention d'une indemnité de procédure et il a condamné la société A S.A. aux frais et dépens de l'instance.

## **Instance d'appel**

Par exploit d'huissier du 20 janvier 2012, la société A S.A. a relevé appel.

B a relevé appel incident.

Les appels principal et incident sont recevables pour avoir été introduits dans les formes et délai de la loi.

## **Arguments de l'employeur**

La société A S.A. fait valoir que c'est à tort que le Tribunal du travail a considéré que la lettre de motivation n'obéit pas aux conditions de précision.

Dans le cadre du licenciement avec préavis, la précision des motifs est exigée pour permettre au salarié qui s'est vu résilier son contrat, de connaître exactement le ou les faits qui justifient le licenciement, pour pouvoir juger ainsi, en pleine connaissance de cause de l'opportunité d'une action en justice et pour faire la preuve de la fausseté ou de l'inanité des motifs.

Elle a également pour but d'empêcher l'auteur de la résiliation d'invoquer a posteriori des motifs différents et son énoncé doit permettre au juge d'apprécier si le congédiement est intervenu pour des motifs valables ou au contraire, pour des motifs illégitimes, ou s'il constitue un acte économiquement et socialement anormal.

La société A S.A. explique que bien que le contrat de travail mentionne comme fonction « chauffeur-livreur », B n'a jamais occupé un tel poste, qu'elle a été formée au triage du courrier et a exercé cette fonction au sein de la société C auprès de laquelle elle a été détachée, qu'au moment où la société C a mis fin à ses relations contractuelles avec elle, B n'a pas pu être reclassée en son sein dès lors qu'elle ne disposait d'aucun poste adapté aux activités exercées auparavant par B auprès de la société C et que B a refusé d'accepter un poste de chauffeur-livreur disponible.

La société A S.A. estime qu'au regard de ces circonstances il était justifié et suffisant d'énoncer dans la lettre de motivation qu'en raison de la fonction que B exerçait auprès de la société C et de la fin des relations contractuelles avec celle-ci, il n'y avait plus aucun poste de travail permettant son reclassement au

sein de la société A S.A.. La société A S.A. estime qu'il n'était pas nécessaire d'énoncer dans la lettre de motivation que B a refusé d'accepter le poste de chauffeur-livreur lui proposé.

## **Position de la salariée**

La salariée B demande la confirmation du jugement en ce qui concerne l'imprécision des motifs. La salariée conteste en outre qu'un poste de chauffeur-livreur lui ait été offert et qu'elle ait refusé ce poste.

B soutient, entre autres, que la lettre de motivation aurait dû indiquer les possibilités de reclassement dont elle aurait le cas échéant pu profiter et les compétences requises pour des postes éventuellement vacants. Elle insiste dans ce contexte sur le fait que la société A S.A. aurait dû faire référence dans sa lettre de motivation au fait qu'elle aurait refusé le poste de chauffeur-livreur.

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

Le motif de licenciement avancé par la société A S.A. est un motif économique, à savoir que suite à la fin des relations avec la société C, elle n'a pas eu de possibilités de reclassement pour B.

Les parties au litige admettent que B n'a pas exercé auprès de la société C les fonctions de chauffeur-livreur pour lesquelles elle a été en principe engagée auprès de la société A S.A..

La lettre de motivation est rédigée en des termes tels qu'il n'est pas possible de savoir si, en raison des fonctions spécifiques exercées auparavant auprès de la société C, B ne peut être reclassée ou si elle ne peut être reclassée en tant que chauffeur-livreur.

La lettre de motivation aurait-elle visé, en ce qui concerne le reclassement, les fonctions de chauffeur-livreur, il aurait encore, pour respecter les conditions de précision, fallu indiquer ce qui a empêché le reclassement comme chauffeur-livreur.

L'imprécision aurait pu être levée par l'indication de la circonstance que le poste de chauffeur-livreur a été offert à B et que celle-ci a refusé ce poste.

Comme la société A S.A. n'a pas indiqué toutes les circonstances qui dans son optique empêchaient le reclassement, il n'a pas été possible à B de vérifier, sur base de la lettre de motivation, s'il y avait réellement impossibilité de reclassement et si partant le licenciement pour motif économique est fondé.

La Cour estime que c'est donc à bon droit que le Tribunal du travail a admis que la lettre de motivation n'obéit pas aux exigences de précision.

L'imprécision des motifs équivalant à une absence de motifs, l'employeur ne peut être admis à pallier par une mesure d'instruction ou par une attestation les lacunes et carences de sa lettre de motivation.

L'attestation invoquée par la société A S.A. et son offre de preuve par témoins, qui s'articulent autour de l'affirmation que B a refusé le poste de chauffeur-livreur lui offert, ne valant pas détails d'une motivation à la précision suffisante, ne peuvent pallier l'imprécision initiale.

L'attestation et l'offre de preuve sont partant à rejeter.

L'imprécision de la motivation valant absence de motivation, le licenciement du 11 mai 2010 a été à juste titre déclaré abusif.

## **Indemnisation des préjudices**

B, appelante sur incident, demande à se voir allouer 9.661,80 € du chef de préjudice matériel et 5.000 € du chef de préjudice moral.

Pour le cas où le licenciement serait déclaré abusif, la société A S.A. conclut à voir rejeter la demande en dommages-intérêts, sinon à voir réduire les montants alloués en première instance.

En ce qui concerne le préjudice matériel, B demande à voir fixer la période de référence à 10,5 mois à partir de la fin de la période de préavis.

La société A S.A. reproche à B de ne pas avoir fait les démarches nécessaires pour retrouver un nouvel emploi.

Si l'indemnisation du dommage matériel du salarié doit être aussi complète que possible, les juridictions du travail en statuant sur l'allocation des dommages

et intérêts pour sanctionner l'usage abusif du droit de résilier le contrat de travail ne prennent en considération que le préjudice se trouvant en relation causale directe avec le congédiement. A cet égard, les pertes subies ne sont à prendre en considération que pour autant qu'elles se rapportent à une période qui aurait dû raisonnablement suffire pour permettre au salarié licencié de trouver un nouvel emploi, le salarié était obligé de faire tous les efforts pour trouver un emploi de remplacement. Comme il lui appartient d'établir qu'il a subi un dommage, il lui appartient également de prouver avoir fait les efforts nécessaires pour réduire dans la mesure du possible son préjudice et trouver rapidement un nouvel emploi. C'est sur cette période pendant laquelle se trouve établi un lien de causalité entre la faute

de l'ancien employeur et le dommage subi que porte l'indemnisation.

La salariée B a pendant la période de préavis émis deux demandes pour trouver un nouvel emploi.

Pour la période qui a suivi la fin du préavis, soit le 14 juillet 2010, aucune demande d'emploi n'a été formulée et ce jusqu'à la fin du mois de janvier 2011.

B, âgée de 41 ans, aurait pu trouver un nouvel emploi endéans un délai de quatre mois, si elle avait fait les démarches nécessaires.

Les deux démarches faites pendant la période de préavis, où elle n'était pas disponible pour le marché de travail, n'ont pas été suffisantes pour pouvoir déboucher sur un nouvel emploi.

Les pertes de revenus subies par B à partir de la fin du préavis sont partant attribuables à l'absence de démarches adéquates de celle-ci et ne se trouvent donc pas en relation causale avec le licenciement.

La Cour estime donc que la salariée B n'a pas droit à des dommages-intérêts du chef de préjudice matériel.

Compte tenu des soucis que B a dû se faire suite à son licenciement, des circonstances de celui-ci et de son ancienneté de seulement 30 mois, il y a lieu d'indemniser son dommage moral par l'allocation d'un montant de 1.000 €.

## 4. La période d'essai ne peut pas être renouvelée par un avenant au contrat de travail en vue de justifier une promotion du salarié. La rétrogradation du salarié par l'employeur pendant la période d'essai renouvelée – considérée comme nulle – équivaut à une modification unilatérale par l'employeur réalisée en violation de l'article L.121-7, alinéa 1, du Code du travail

Arrêt de la Cour d'appel du 27 mars 2014 (n° 38755 du rôle)

### Faits

Le salarié A a été engagé en qualité d'aide-soignant auprès de l'employeur B en vertu d'un contrat de travail à durée indéterminée signé le 27 juin 1996, prévoyant une clause d'essai de 6 mois, qui a pris effet le 1<sup>er</sup> juillet 1996.

Le 18 janvier 2011, A a soumis à son employeur B son diplôme de bachelier en soins infirmiers et par un avenant au contrat de travail initial signé le 1<sup>er</sup> février 2011, il a été engagé comme infirmier à plein temps à partir du 1<sup>er</sup> mars 2011, le prédit avenant prévoyant une nouvelle période d'essai de 6 mois.

A fut ensuite convoqué oralement à deux entretiens auprès de la direction, ce qu'il ressentit comme un harcèlement, et fut en incapacité de travailler du 28 mars 2011 au 22 août 2011.

A son retour de maladie le 23 août 2011, il reçut notification par lettre recommandée de la décision de rétrogradation à ses anciennes fonctions d'aide-soignant à compter du 15 septembre 2011.

### Revendications du salarié

A réclama à son employeur B l'annulation d'une décision de rétrogradation lui notifiée le 23 août 2011 comme étant contraire à l'article L.121-7 du Code du travail ainsi que la nullité de la clause d'essai prévue par l'avenant du 1<sup>er</sup> février 2011 à son contrat de travail sur base de l'article L.121-5(3) du même code qui prohibe le renouvellement de la clause d'essai. A réclama encore le versement par l'employeur des salaires échus et à échoir conformément au salaire convenu dans l'avenant du 1<sup>er</sup> février 2011 ainsi qu'une indemnité de 3.500 euros pour le préjudice moral subi.

### Le jugement du Tribunal du travail

Par jugement du 21 mai 2012 le Tribunal du travail a déclaré non fondées les demandes du salarié.

Il a considéré que « dans la mesure où l'avenant du 1<sup>er</sup> février 2011 a conféré au salarié la fonction d'infirmier qui implique des attributions et responsabilités dépassant sensiblement celles de la fonction d'aide soignant, la période d'essai convenue qui se rapporte à la nouvelle fonction et non pas à la relation de travail entre parties, est valable. »

Pour statuer comme il l'a fait, le tribunal s'est appuyé sur un arrêt de la Cour d'appel de Toulouse du 28 octobre 2011.

Il a ensuite décidé qu'en présence d'une période d'essai de 6 mois valable, l'employeur peut modifier les conditions de travail sans donner les motifs, sans entretien préalable pour retenir que la rétrogradation du salarié n'est pas nulle.

Le salarié A a interjeté appel contre le jugement du Tribunal du travail.

## **L'arrêt de la Cour d'appel**

Les juges d'appel ont statué comme suit :

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

Les juges rappellent que A a été engagé par contrat à durée indéterminée le 27 juin 1996 en tant qu'aide-soignant, le prédit contrat comportait une période d'essai de 6 mois. Après 15 années de service dans cette fonction, A fut promu infirmier, de sorte que son employeur l'engagea en tant que tel par un avenant du 1<sup>er</sup> février 2011 au contrat de travail initial, avenant prévoyant une nouvelle période d'essai de 6 mois.

Tandis que l'employeur soutient avoir été en droit de soumettre son salarié, qui a changé de fonction à une nouvelle période d'essai pour lui permettre d'apprécier au mieux la nouvelle qualification et l'aptitude professionnelle du salarié à occuper la nouvelle fonction à laquelle il a été affecté, A considère au contraire, d'une part qu'un renouvellement d'une période d'essai dans un même contrat de travail serait contraire aux dispositions du Code du travail et d'autre part que ses nouvelles fonctions n'auraient pas changé à un point tel qu'il aurait dû, vu son ancienneté conséquente en tant qu'aide soignant, être soumis à une nouvelle période d'essai.

L'article L.121-5 (1) du Code du travail prévoit que le contrat de travail conclu pour une durée indéterminée peut prévoir une clause d'essai et d'après l'article L.121-5 (5) la clause d'essai ne peut être renouvelée.

Il en suit la législation luxembourgeoise en la matière, consacre le principe de la limitation stricte « *d'une période d'essai par contrat de travail* ».

Comme l'objet de l'essai est d'une part la mise à l'épreuve du salarié par l'employeur et d'autre part l'approbation par le salarié des conditions d'emploi lui offertes, la période d'essai se situe nécessairement au commencement de l'exécution du contrat de travail, et doit obligatoirement être stipulée lors de la

conclusion du contrat de travail, ce qui exclut donc, a contrario, que la clause d'essai puisse être valablement insérée dans le contrat au cours de son exécution.

La législation française au contraire prévoit non seulement la prolongation mais également le renouvellement de la clause d'essai et autorise une période de « *probation* » conçue pour permettre à l'employeur, qui entend promouvoir son salarié à des fonctions plus élevées et différentes, de le soumettre à un nouveau test, étant entendu que la période « *probatoire* » imposée à un salarié dans le cadre d'une promotion professionnelle au cours de l'exécution de son contrat de travail ne constitue pas une période d'essai au sens de la loi mais une période d'adaptation, période « *probatoire* » que le Code du travail luxembourgeois ne connaît pas.

Afin de protéger les intérêts du salarié concerné par un changement d'affectation, la Cour de cassation française a consacré en 2005 un nouveau principe selon lequel « *en présence de deux contrats de travail successifs, conclus entre les mêmes parties, ou en présence d'un avenant au premier contrat, la période d'essai stipulée dans le second contrat ou dans l'avenant ne peut être qu'une période probatoire dont la rupture a pour effet de replacer le salarié dans ses fonctions antérieures* » (Soc. 30 mars 2005, 3 arrêts, nos.02-46.103, 02-46.338 et 03-41-797, RJS 6/2005, NO. 594). Il en résulte que le salarié ne peut valablement se voir imposer une période d'essai qu'au commencement de sa relation de travail, de sorte que la clause d'essai n'est, désormais licite que si elle a été insérée dans son contrat de travail initial au moment de sa conclusion. En d'autres termes et corrélativement, toute clause d'essai insérée dans le contrat de travail du salarié au cours de son exécution ou dans un contrat successif doit être réputée non écrite, même si les fonctions initiales du salarié ont évolué ou si ce dernier a accepté un changement de ses fonctions, consécutif à une mutation assortie d'une promotion. (cf. DALLOZ DROIT DU TRAVAIL verbo : période d'essai).

Il faut constater que la jurisprudence française dont le Tribunal du travail s'est prévalu pour déclarer la clause d'essai valable, ne trouve pas application en

l'espèce, dès lors que la période probatoire consacrée par la Cour de Cassation française n'est - au regard de la législation luxembourgeoise - pas applicable.

La jurisprudence luxembourgeoise sur laquelle se base l'employeur pour justifier l'insertion dans un contrat de travail déjà existant et ayant comporté une clause d'essai d'une nouvelle clause d'essai, ne peut également pas trouver application en l'occurrence dans la mesure où dans l'affaire y référencée, le premier contrat de travail a été résolu et un nouveau contrat de travail a été conclu par la suite sur base des nouvelles fonctions du salariée, alors qu'en l'espèce l'employeur a greffé une deuxième clause d'essai dans un contrat de travail initial ayant déjà comporté une période d'essai.

La Cour ne peut de même pas suivre l'analyse faite par l'employeur selon laquelle l'avenant du 1<sup>er</sup> février 2011 devrait être considéré comme un nouveau contrat de travail vu les nouvelles fonctions du salarié, alors que l'employeur lui-même par son attitude, notamment par le fait qu'il a procédé à la rétrogradation du salarié, confirme qu'il s'agissait d'un seul et même contrat de travail et non de deux contrats successifs, une rétrogradation aurait en effet été impossible dans l'hypothèse de deux contrats de travail différents.

Il suit des considérations qui précèdent que c'est à tort que le Tribunal du travail a déclaré la clause d'essai valable, de sorte qu'il y a lieu de réformer le jugement déféré sur ce point.

### **b. Quant à la régularité de la rétrogradation du salarié aux fonctions d'aide-soignant**

Estimant être en période d'essai, l'employeur a rétrogradé par courrier du 23 août 2011 A de sa fonction d'infirmier à celle d'aide soignant sans procéder à un entretien préalable, sans énoncer les motifs de la rétrogradation et en respectant les délais de préavis prévus en période d'essai.

La période d'essai étant nulle, la modification unilatérale par l'employeur en défaveur du salarié portant sur une clause essentielle du contrat de travail aurait dû être faite selon les dispositions



de l'article L.121-7 alinéa 1 du Code du travail, à savoir dans les formes et délais prévus par la loi en matière de résiliation du contrat de travail avec préavis et indiquer la date à laquelle elle sort ses effets.

La modification effectuée en violation de la loi est nulle (Cour 11 janvier 1996, BIL c/ Ravasini).

Il en suit que la modification dans la fonction du salarié, qui est incontestablement une modification substantielle, opérée par l'employeur par lettre du

23 août 2011 viole les dispositions légales et en tant que telle à déclarer nulle et non avenue, de sorte que le jugement est encore à réformer en ce sens.

Il en résulte que A a exercé et continuera à exercer les fonctions d'infirmier.

## 5. Une décision européenne : « Lorsqu'un licenciement illégal intervient au cours d'un congé parental à temps partiel, l'indemnité forfaitaire de protection à laquelle a droit un travailleur engagé à temps plein doit être calculée sur la base de la rémunération à temps plein »<sup>1</sup>.

Arrêt de la CJUE<sup>2</sup> (troisième chambre) du 27 février 2014,  
Lyreco Belgium NV c/ Sophie Rogiers, Affaire C-588/12

### Faits et procédure

Mme Rogiers, citoyenne belge, était employée comme salariée à temps plein par la société de droit belge Lyreco Belgium NV en tant que gestionnaire de recrutement depuis le 3 janvier 2005.

Son contrat de travail à durée indéterminée a été suspendu pour la période du 9 janvier au 26 avril 2009 en raison d'un congé maternité. Mme Rogiers devait reprendre son activité à mi-temps pour une période de 4 mois à compter du 27 avril 2009 conformément à son souhait de bénéficier d'un congé parental.

Par lettre recommandée du 27 avril 2009, son employeur lui a notifié la rupture de son contrat de travail avec effet à l'issu d'un délai de préavis de 5 mois.

Mme Rogiers a introduit un recours en contestation de son licenciement, intervenu le 31 août 2009, devant le tribunal du travail d'Anvers.

Cette juridiction a condamné la société Lyreco au paiement de l'indemnité forfaitaire de protection de 6 mois de rémunération prévue par le droit belge, transposant l'accord-cadre sur le congé parental conclu par les partenaires sociaux européens le 14 décembre 1995 et mis en œuvre par la directive 96/34/

CE, en cas de résiliation unilatérale de la relation de travail sans motif grave ou suffisant pendant la période du congé parental, ladite indemnité devant être calculée sur base de la rémunération versée au moment du licenciement le 27 avril 2009, date à laquelle la salariée était d'ores et déjà à mi-temps.

L'employeur a fait appel en date du 14 décembre 2011 du jugement l'ayant condamné. La salariée a quant à elle formé un appel incident visant à obtenir que l'indemnité forfaitaire de protection soit calculée sur base de la rémunération à temps plein, et non de la rémunération à temps partiel comme cela avait été décidé en première instance.

La Cour d'appel a confirmé le jugement de première instance en ce qu'il condamnait l'employeur au paiement de l'indemnité.

Concernant le calcul de ladite indemnité, la Cour d'appel a considéré que celui-ci soulevait une question relevant de l'interprétation du droit de l'Union, et plus particulièrement de la clause 2 point 4 de l'accord-cadre sur le congé parental.

**Clause 2 point 4 de l'accord-cadre sur le congé parental conclu par les partenaires sociaux européens le 14 décembre 1995 et mis en œuvre par la directive 96/34/CE :**

« Afin d'assurer que les travailleurs puissent exercer leur droit au congé parental, les États membres et/ou les partenaires sociaux prennent les mesures nécessaires pour protéger les travailleurs contre le licenciement en raison de la demande ou de la prise de congé parental, conformément à la législation, aux conventions collectives ou aux pratiques nationales. »

Cette juridiction a donc décidé de surseoir à statuer pour poser une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne.

### La question préjudicielle

« La clause 2, point 4, de l'accord-cadre doit-elle être interprétée en ce sens qu'elle s'oppose à ce que l'indemnité forfaitaire de protection due à un travailleur bénéficiant d'un congé parental à temps partiel, en cas de résiliation unilatérale par l'employeur, sans motif

<sup>1</sup> CJUE, communiqué de presse n°28/14, Luxembourg, le 27 février 2014, arrêt dans l'affaire C-588/12, Lyreco Belgium NV / Sophie Rogiers

<sup>2</sup> Cour de justice de l'Union européenne

grave ou suffisant, du contrat de ce travailleur qui a été engagé pour une durée indéterminée et à temps plein, soit déterminée sur la base de la rémunération réduite perçue par ce dernier à la date de son licenciement ? »

## **L'appréciation de la Cour**

La Cour procède en trois temps.

### **a. Une interprétation large de la clause n°2 point 4**

Elle commence par replacer la question dans son contexte juridique. Il ressort des dispositions de l'accord-cadre que ce dernier a pour objectif de favoriser la conciliation entre vie professionnelle et vie familiale en fixant des prescriptions minimales.

Cet accord participe ainsi à la mise en œuvre de droits sociaux fondamentaux que sont l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes telle qu'envisagée par la charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs, l'amélioration des conditions de vie et de travail, et l'existence d'une protection sociale adéquate, droits sociaux inscrits quant à eux à l'article 151 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

En pratique, l'accord permet d'interrompre temporairement (totalement ou partiellement) son activité professionnelle pour se consacrer à ses obligations familiales, ici l'éducation des enfants, le salarié étant par ailleurs assuré de retrouver son poste de travail (ou un poste équivalent) à l'issue de ce congé.

Un droit ne saurait être garanti sans régime protecteur assurant sa mise en œuvre. Pour cette raison, l'accord a prévu que les travailleurs doivent faire l'objet d'une protection contre le licenciement qui serait motivé par la demande ou la prise d'un congé parental.

De ces constatations, la Cour déduit que le droit garanti par la clause n°2 point 4 de l'accord-cadre sur le congé parental reflète un droit social de l'Union revêtant une importance particulière, qui ne saurait être interprété de manière restrictive.

### **b. Une méthode de calcul allant à l'encontre de l'objectif de l'accord-cadre**

La Cour commence par rappeler que l'octroi d'une indemnité forfaitaire de protection (s'ajoutant aux indemnités liées à la rupture du contrat) en cas de licenciement sans motif grave ou suffisant d'un salarié bénéficiant d'un congé parental constitue bien une mesure de protection contre un éventuel licenciement motivé par la demande ou la prise d'un congé parental.

Si cette indemnité était calculée sur base de la rémunération correspondant à la prestation de travail à temps partiel, et non à celle applicable avant la prise du congé parental, la clause 2 point 4 serait en grande partie privée de son effet utile dans la mesure où ladite indemnité pourrait ne pas avoir un « *effet dissuasif suffisant pour empêcher le licenciement des travailleurs* » bénéficiant d'un congé parental à temps partiel. Ceci aurait pour effet d'accroître la précarité de ses travailleurs, « *vidant d'une partie de sa substance le régime de protection institué par la clause 2, point 4* », et « *affecterait ainsi gravement un principe de droit social de l'Union revêtant une importance particulière* ».

Un tel mode de calcul serait par ailleurs susceptible d'aller à l'encontre de l'objectif de l'accord en dissuadant certains salariés d'avoir recours au congé parental.

La Cour souligne enfin que ce mode de calcul favoriserait les salariés ayant opté pour un congé parental à temps plein au détriment de ceux ayant préféré un congé à temps partiel.

Un tel mode de calcul ne saurait donc être justifié.

### **c. Le travailleur a droit au maintien des droits acquis et en cours d'acquisition**

La clause 2 point 6 de l'accord prévoit en effet que le salarié a droit au maintien en l'état des droits acquis et en cours d'acquisition par le travailleur à la date du début du congé parental jusqu'à la fin de ce congé.

La Cour définit ces droits comme « *l'ensemble des droits et des avantages, en espèces ou en nature, dérivés directement ou indirectement de la relation de travail, auxquels le travailleur peut prétendre à l'égard de l'employeur à la date du début du congé parental* »<sup>2</sup>.

Le droit à une indemnité de protection tel que celui en cause constitue bien un droit acquis au sens de l'accord-cadre. Le fait que ce droit ne puisse être exercé qu'au moment du licenciement illégal intervenu pendant le congé parental est dépourvu de pertinence.

Ceci vient confirmer l'interprétation retenue au paragraphe précédent, le droit à cette indemnité a été acquis pendant la période ayant précédé le congé, son calcul doit donc être fondé sur la rémunération en vigueur avant la prise du congé.

## **La décision de la Cour**

L'indemnité forfaitaire de protection octroyée au salarié à temps plein licencié sans motif grave et suffisant pendant la période de son congé parental à temps partiel est calculée sur la base de sa rémunération applicable avant la prise du congé, soit le montant de la rémunération correspondant au temps plein.

2 CJUE, 22 octobre 2009, Meerts, Aff. C-116/08, Rec. 2009 p.I-10063

3 Dans cette hypothèse, l'employeur conserve son droit de rompre le contrat de travail avec effet immédiat.