



INFOS JURIDIQUES

Flash sur le Droit social

NEWSLETTER

N° 02/2017 28 février 2017

1. Heures supplémentaires : un salarié qualifié de cadre supérieur par son employeur peut demander le paiement de ses heures supplémentaires, si en réalité il ne remplit pas les conditions de la définition du cadre supérieur. p.1

2. Licenciement avec préavis : même si le salarié ne demande pas les motifs, il conserve le droit de prouver son caractère abusif. p.4

SSM qualifié : quand l'employeur engage un salarié pour ses qualifications, il ne peut pas lui verser le SSM non qualifié en prétendant ne pas avoir connaissance des qualifications du salarié.

3. Licenciement avec effet immédiat : bénéfice du chômage à titre provisoire via une procédure d'urgence à lancer rapidement et non rétroactivement plusieurs mois plus tard, après que le salarié a retrouvé un emploi. p.6

4. DROIT EUROPÉEN : la prise en compte de périodes de scolarité aux fins du classement dans les échelons barémiques accompagnée de l'allongement du délai d'avancement entre le premier et le deuxième échelon barémique, ne constitue pas une discrimination fondée sur l'âge, dès lors que cet allongement s'applique à tout employé bénéficiant de la prise en compte de ces périodes, y compris de façon rétroactive à ceux ayant déjà atteint les échelons suivants. p.7

1. Heures supplémentaires : un salarié qualifié de cadre supérieur par son employeur peut demander le paiement de ses heures supplémentaires, si en réalité il ne remplit pas les conditions de la définition du cadre supérieur. Face aux contestations du salarié, c'est à l'employeur de prouver la qualité de cadre supérieur.

Arrêt de la Cour d'appel du 15 décembre 2016, n° 42671 du rôle

Faits

A a été engagé comme carrossier par la société B en janvier 1991. En mars 2001, il a été affecté au département vente en tant que commercial. Le 1^{er} mars 2012, il a signé un avenant à son contrat de travail le nommant chef de vente. Le 1^{er} juillet 2012, A a été à nouveau nommé vendeur par avenant. Le 30 avril 2013, A et la société B ont mis fin d'un commun accord au contrat de travail.

A a réclamé le montant de 33.648,10 euros au titre de 629,12 heures supplémentaires effectuées entre janvier 2011 et janvier 2012. L'employeur lui oppose un refus du fait qu'il considère que A avait la qualité de cadre supérieur en tant que chef de vente pendant cette période.

Le 13 janvier 2014, A a saisi le Tribunal du travail de cette demande. Par jugement du 2 juin 2015, le Tribunal du travail a déclaré la demande de A non

fondée. Pour ce faire, il a retenu que si B n'a pas prouvé que le requérant avait la qualité d'un cadre supérieur au sein de la société, et que s'il résulte des attestations testimoniales versées en cause, que les heures prestées en dehors de l'horaire de travail normal par les membres du personnel qualifiés de « *Leiter* », comme A, constituent des heures supplémentaires. Néanmoins le salarié n'a pas réussi à prouver le nombre d'heures supplémentaires prestées.

Le 10 juin 2015, A a interjeté appel.

Article L.162-8(3) du Code du travail :

Sont considérés comme cadres supérieurs au sens du présent titre, les salariés disposant d'un salaire nettement plus élevé que celui des salariés couverts par la convention collective ou barémisés par un autre biais, tenant compte du temps nécessaire à l'accomplissement des fonc-



tions, si ce salaire est la contrepartie de l'exercice d'un véritable pouvoir directif effectif ou dont la nature des tâches comporte une autorité bien définie, une large indépendance dans l'organisation du travail et une large liberté des horaires du travail et notamment l'absence de contrainte dans les horaires.

Position de l'employeur

L'employeur B insiste sur le fait que A était chef de vente pendant la période de janvier 2011 à janvier 2012, poste qui implique un pouvoir de direction individuel et un pouvoir de surveillance des différents vendeurs. B renvoie au descriptif du poste occupé et aux organigrammes versés au dossier.

L'employeur précise que le salaire de A s'élevait à 5.000 euros bruts, salaire qui aurait tenu compte du temps nécessaire à l'accomplissement de ses fonctions. En outre, le salarié aurait bénéficié d'une voiture de fonction, de primes et d'une carte d'essence.

Il aurait également eu la libre gestion du travail et donc du nombre d'heures qui devaient être prestées pour l'exécution de ses tâches.

L'employeur avance encore que le relevé du 23 février 2012 versé en cause par le salarié pour prouver le nombre d'heures supplémentaires prestées serait un document uniquement disponible pour les salariés qui bénéficient du statut de cadre supérieur afin de leur permettre d'opérer un contrôle sur les autres salariés et de voir la tendance globale de travail dans l'entreprise.

Position du salarié

A conteste avoir eu la qualité de cadre supérieur pendant la période de janvier 2011 à janvier 2012 inclus. Il explique qu'il n'a été promu chef de vente et signé un avenant à son contrat de travail que le 1^{er} mars 2012. Pendant les années précédentes il aurait, par contre, travaillé en tant que simple vendeur. Il ajoute qu'en date du 1^{er} juillet 2012, les parties avaient signé un nouvel avenant selon lequel il avait de nouveau été reclassé comme vendeur.

Le fait que son salaire dépassait parfois le montant de 5.000 euros s'expliquerait

par la vente d'un nombre important de voitures, mais non par la qualité de cadre supérieur. En effet, son salaire fixe mensuel ne se serait élevé qu'à 2.100 euros auquel se seraient ajoutées les primes pour les véhicules vendus. Par ailleurs, tous les vendeurs du garage auraient bénéficié d'un véhicule de leasing et des primes en fonction du nombre de véhicules vendus.

La notion de cadre supérieur devrait d'ailleurs s'analyser en fonction des situations concrètes et non en fonction de ce qui est prévu au contrat de travail ou par tout autre accord entre parties, de sorte que le descriptif de son poste ne permettrait pas à lui seul de déduire qu'il a eu un poste de direction effective au sein du garage. Contrairement à la « *Zusatzvereinbarung zum Arbeitsvertrag* » du 1^{er} mars 2012, la « *Stellenbeschreibung* » à laquelle se réfère l'employeur n'aurait jamais été appliquée. Le fait qu'il était le supérieur hiérarchique d'autres salariés ne permettrait pas non plus de le qualifier de cadre supérieur.

A conteste également avoir pu fixer librement son temps de travail et l'organisation de celui-ci. Il explique que le fait qu'il a dû pointer ses heures et son nom, figurant sur la liste de pointage avec les autres salariés, démontrerait à suffisance qu'il n'était pas cadre supérieur. Il conteste encore avoir eu accès à cette liste dans le cadre de ses fonctions et affirme qu'il l'a obtenue par une personne du service comptable.

Position de la Cour d'appel

Quant à la qualité de cadre supérieur

Face aux contestations du salarié, l'employeur doit rapporter la preuve de sa qualité de cadre supérieur pendant la période de janvier 2011 à janvier 2012.

Le salarié n'a signé un avenant d'après lequel il a été promu « *Verkaufsleiter* » que le 1^{er} mars 2012, date à partir de laquelle il a bénéficié en contrepartie du travail exécuté dans cette fonction d'un salaire mensuel brut de 6.500 euros, soit un salaire horaire de 37,5723 euros.

Or, suivant les fiches de salaires couvrant les années 2010 à 2012, son salaire horaire fixe pour la période litigieuse s'élevait seulement à 12,5010 euros, montant correspondant au salaire social

minimum pour travailleurs qualifiés, auquel se sont ajoutées des primes voire des commissions, tel qu'il est d'usage pour les vendeurs de voitures dont la rémunération dépend fortement du nombre de véhicules vendus. Le fait que les salaires mensuels de A étaient assez élevés s'explique donc par la vente d'une importante quantité de véhicules.

L'employeur reste en défaut de prouver que A a été le seul salarié à bénéficier d'un véhicule de service et à toucher des primes.

L'employeur n'a pas établi que A n'a pas été rémunéré d'une façon différente des autres vendeurs du garage, ni que sa rémunération élevée lui avait été versée compte tenu du temps nécessaire à l'accomplissement des fonctions de cadre.

Dans la mesure où les conditions prévues par l'article L.162-8 (3) du Code du travail doivent être remplies cumulativement, la Cour constate que la deuxième condition n'est pas remplie.

En effet, A ne disposait pas d'un véritable pouvoir de direction et d'une large indépendance et liberté dans l'organisation du travail et des horaires de travail au cours de la période litigieuse. A cet égard, il ne suffit pas de se référer aux organigrammes et descriptif de poste invoqués, mais il y a lieu d'analyser si A jouissait en réalité des attributs de la fonction de cadre supérieur, d'autant plus que le salarié conteste que le descriptif de poste auquel se réfère l'employeur a été appliqué concrètement et que les deux organigrammes pour l'année 2011 correspondent à la réalité.

A l'instar du Tribunal de première instance, la Cour constate que l'employeur reste en défaut d'établir que le descriptif de poste a été réellement appliqué.

Il est vrai que suivant les explications de l'employeur confirmées par des attestations testimoniales, A avait certaines responsabilités, à savoir l'encadrement de l'équipe de vente X, la vérification des bons de commande et la commande de voitures, ce travail ne permet cependant pas de retenir qu'il a effectivement bénéficié d'un véritable pouvoir directif. Le salarié n'a d'ailleurs obtenu que suite à la signature de l'avenant du 1^{er} mars 2012 l'autorisation de représenter la partie X du départe-

ment vente vis-à-vis des interlocuteurs internes et externes.

A cela s'ajoute que A n'avait pas la libre organisation de son travail et qu'il devait suivre les instructions de la direction. En effet, F indique dans son attestation qu'il exigeait, en sa qualité de « *Geschäftsführer* », la présence de A en dehors des heures d'ouverture pour des réunions de services et des événements spéciaux organisés par le garage. D confirme les dires de F et précise que la direction exigeait, en outre, que A fasse les commandes avant l'heure d'ouverture ou après l'heure de fermeture du garage pour éviter que le salarié ne soit dérangé par ses collègues de travail, les appels téléphoniques et les clients.

En outre, A a pointé ses heures d'arrivée et de départ, ce que l'employeur ne pouvait manifestement pas avoir ignoré étant donné que la direction a reçu mensuellement une copie des heures prestées par le personnel qui ont fait l'objet de discussions entre les « *Abteilungsleiter* » et la direction.

Le fait que le salarié a versé à l'appui de sa demande un relevé des heures supplémentaires effectuées par une partie du personnel, relevé qui était, d'après l'employeur, seulement destiné aux cadres supérieurs, n'est pas non plus de nature à contredire ces constatations, d'autant plus que suivant le salarié la pièce lui avait été remise par une personne de la comptabilité.

G a encore confirmé dans son attestation que A n'avait pas accès au système et H a précisé que lui-même y avait accès bien que l'employeur ne l'ait pas considéré comme cadre supérieur dans la mesure où il lui a payé ses heures supplémentaires.

La Cour constate finalement **que l'employeur n'a pas non plus fait référence à une fonction de responsabilité de A dans le certificat de travail du 10 mai 2013, dans lequel il a indiqué que A a d'abord été engagé comme débos-**

seleur-peintre et ensuite en tant que conseiller de vente.

La décision de première instance est par conséquent à confirmer en ce qu'elle a retenu que l'employeur n'a pas établi que A avait la fonction de cadre supérieur au cours de la période allant de janvier 2011 à janvier 2012.

Quant à l'accord de l'employeur avec la prestation d'heures supplémentaires

Même si le directeur du garage à partir du 11 novembre 2011, n'a pas demandé personnellement à A de prêter des heures supplémentaires, il résulte néanmoins de l'attestation de F que ce dernier, en sa qualité de supérieur du salarié, a demandé à A de prêter des heures supplémentaires en dehors des horaires d'ouverture du garage. D, supérieur hiérarchique direct de A, confirme ces dires. Il résulte encore des attestations testimoniales de que l'employeur a nécessairement toujours été au courant de la prestation d'heures supplémentaires par A, les heures supplémentaires prestées ayant régulièrement fait l'objet de discussions lors des réunions hebdomadaires sans que l'employeur ne s'y soit opposé. L'employeur a reçu, en outre, chaque mois un relevé exact des heures supplémentaires prestées par le personnel.

La Cour déduit de ce qui précède que A a régulièrement presté des heures supplémentaires dans le cadre de son contrat de travail à la demande, sinon avec l'accord de l'employeur.

La décision de la juridiction de première instance est donc à confirmer en ce qu'elle a retenu que la demande de l'appelant en paiement d'heures supplémentaires est fondée en son principe.

Quant au nombre d'heures prestées

A l'appui de sa demande, A a versé deux relevés suivant lesquels il a presté 629,19 heures supplémentaires jusqu'au

mois de janvier 2012 inclus qui se sont cumulées de mois en mois.

L'employeur estime que le salarié a « *mis en place, de sa propre discrétion, l'encodage des heures soi-disant supplémentaires sur les relevés d'horaire mobile* ». Il en conclut que le salarié n'a pas établi que l'employeur a encodé les heures supplémentaires de sorte que ces relevés ne sauraient prouver le nombre d'heures supplémentaires prestées par A.

Il résulte d'attestations testimoniales que A a dû pointer ses heures dans le système mis à disposition des salariés par l'employeur et que A n'avait pas de possibilité pour manipuler le système. Différents chefs de département avaient également des heures supplémentaires à leurs comptes respectifs. Il s'en suit que les contestations de l'employeur quant à la réalité de la prestation des heures supplémentaires réclamées sont vaines.

Suivant l'article 211-27 (3) du Code du travail, « *si pour des raisons inhérentes à l'organisation de l'entreprise, la récupération ne peut pas se faire selon les modalités définies sous (1) et (2) ou si le salarié quitte l'entreprise pour une raison quelconque avant d'avoir récupéré les heures supplémentaires prestées, le salarié a droit, pour chaque heure supplémentaire, au paiement de son salaire horaire normal majoré de quarante pour cent.* »

Le salaire horaire de A ayant été suivant les fiches de salaires de 12,5010 euros en janvier 2012, le salarié peut prétendre au montant de $629,19 \times 12,5010 = 7.865,50 +$ (majoration de 40%) $3.146,20 = 11.011,70$ euros.

L'employeur B doit donc payer à A le montant de 11.011,70 euros à titre d'heures supplémentaires.

2. Licenciement avec préavis : même si le salarié ne demande pas les motifs¹, il conserve le droit de prouver son caractère abusif.

SSM² qualifié : quand l'employeur engage un salarié pour ses qualifications, il ne peut pas lui verser le SSM non qualifié en prétendant ne pas avoir connaissance des qualifications du salarié.

Arrêt de la Cour d'appel du 15 décembre 2016, n° 43081 du rôle

Faits

Le 9 mars 2012, A a été engagée en qualité de « responsable adjoint administrative » par la société B SARL.

Le 12 mars 2013, l'employeur a licencié la salariée avec un préavis de deux mois.

Le 12 juin 2013, A a agi contre la société B SARL devant le Tribunal du travail de Diekirch. Outre sa demande concernant son licenciement, A demande le paiement d'arriérés de salaire pour la période du 9 mars 2012 au 15 mai 2013, aux motifs qu'elle n'a pas touché le SSM qualifié.

Par jugement du 2 mai 2014, le Tribunal du travail de Diekirch, après avoir constaté que A n'a pas demandé les motifs à la base de son licenciement, a retenu que la salariée avait cependant conservé le droit de prouver son caractère abusif ; que la multitude de courriers échangés entre la demandeuse et D, managing director du magasin C, concernant les méthodes d'exploitation du magasin et le certificat U1 portant la mention « licenciement pour raisons économiques » ne sont toutefois pas de nature à prouver le caractère abusif du licenciement. Il a retenu, en conséquence que le licenciement du 12 mars 2012 est régulier et a rejeté les demandes indemnitaires de A y relatives.

Le Tribunal du travail a ensuite relevé que A a été engagée et rémunérée comme une salariée non qualifiée mais qu'elle a un CAP bijouterie et a fait une formation comme secrétaire-comptable

et un « apprentissage vente ». Le tribunal a néanmoins rejeté la demande de la salariée, faute par cette dernière de rapporter la preuve qu'elle avait informé l'employeur de ses qualifications lors de l'embauche ou en cours d'exécution du contrat de travail.

Article L.222-4. du Code du travail :

« [1] Le niveau du salaire social minimum des salariés justifiant d'une qualification professionnelle est majoré de vingt pour cent.

[2] Est à considérer comme salarié qualifié au sens des dispositions du présent chapitre, le salarié qui exerce une profession comportant une qualification professionnelle usuellement acquise par un enseignement ou une formation sanctionnée par un certificat officiel.

« Sont à considérer comme certificats officiels au sens de l'alinéa qui précède, les certificats reconnus par l'Etat luxembourgeois et qui sont au moins du niveau du certificat d'aptitude technique et professionnelle [CATP] ou le diplôme d'aptitude professionnelle [DAP] de l'enseignement secondaire technique. L'équivalence des certificats qui sont au moins du niveau du certificat d'aptitude technique et professionnelle ou du niveau du diplôme d'aptitude professionnelle [DAP] au sens des dispositions du présent alinéa est reconnue par le ministre ayant l'Education nationale dans ses attributions, sur avis

du ministre ayant le Travail dans ses attributions. Le détenteur du certificat de capacité manuelle (CCM) ou d'un certificat de capacité professionnelle (CCP) doit être considéré comme salarié qualifié au sens des dispositions de l'alinéa 1^{er} du présent paragraphe après une pratique d'au moins deux années dans le métier dans lequel le certificat a été délivré. » Le détenteur du certificat d'initiation technique et professionnelle [CITP] doit être considéré comme salarié qualifié au sens des dispositions de l'alinéa 1^{er} du présent paragraphe après une pratique d'au moins cinq années dans le métier ou la profession dans lesquels le certificat a été délivré. » [...]

Le 12 juin 2014, A a interjeté appel pour obtenir paiement de ces arriérés de salaires pour la période du 9 mars 2012 au 15 mai 2013.

Concernant son licenciement, A soutient qu'il ressort du certificat U1 établi par l'employeur qu'il a été mis fin à son contrat de travail pour motifs économiques. Or, peu de temps avant son licenciement, l'employeur envisageait d'engager une autre personne pour répondre à l'accroissement de « l'activité renseigné par les volumes des ventes communiqués à l'employeur » ce qui, d'après elle, contredirait toute difficulté économique.

Quant aux arriérés de salaires, A reproche au Tribunal de première instance d'avoir rejeté sa demande en paiement d'arriérés de salaires cor-

1) Il est toutefois fortement recommandé au salarié de demander les motifs dans le mois qui suit la réception de sa lettre de licenciement. L'employeur a alors, à son tour, un mois pour exposer les motifs du licenciement. S'il ne répond pas, le licenciement est ipso facto abusif. S'il répond, c'est à l'employeur de prouver la réalité de tous les motifs avancés à l'encontre du salarié. Le salarié a 3 mois pour les contester, ce qui lui ouvre un délai d'un an pour agir en justice.

2) Salaire social minimum.

respondant à la différence entre les montants que l'employeur aurait dû lui payer en tant que travailleur qualifié et les montants qu'elle avait effectivement perçus correspondant aux salaires d'un travailleur non qualifié, au motif qu'elle n'avait pas établi qu'elle avait informé son employeur de ses qualifications. Or son employeur aurait eu connaissance de ses diplômes qui faisaient partie intégrante de son curriculum vitae. Ce sont par ailleurs ses compétences, qui auraient conduit à son recrutement, dans la mesure où son employeur recherchait une personne expérimentée, qu'elle avait une expérience de plus de 10 ans dans la vente et en qualité de responsable, et que le poste qu'elle occupait consistait à assurer l'accueil des clients et la vente ainsi que la gestion de l'activité journalière en vue de renvoyer à l'employeur les résultats chiffrés mensuellement.

Position de la Cour d'appel

Quant au licenciement

C'est à juste titre que le Tribunal a retenu que **la salariée, qui n'a pas demandé les motifs à la base de son licenciement du 12 mars 2013, conserve le droit d'établir le caractère abusif de son licenciement.**

Tout comme la juridiction de première instance, la Cour constate que les courriels échangés entre A et D, Managing Director du magasin C, concernant l'exploitation du magasin ne permettent cependant pas d'établir le caractère abusif du licenciement. Il en résulte, en effet, que le chiffre d'affaires du mois de janvier 2013 a diminué de moitié en février 2013. Les chiffres d'affaires journaliers du début du mois de mars ne permettent pas non plus de déceler une hausse des ventes. Face à la chute importante du chiffre d'affaires, la livraison d'une soixantaine de paires de chaussures de la collection printemps-été et le fait d'envisager d'engager éventuellement une stagiaire ne

permettent pas à eux seuls de contredire l'existence de difficultés économiques réelles, d'autant plus qu'il résulte également des courriels échangés qu'un fournisseur en attente de paiement de ses frais depuis un certain temps a menacé de renvoyer la marchandise en cas de non-paiement dans les 24 heures et qu'une autre salariée a formulé des réclamations en paiement pour congés non pris.

La juridiction de première instance est donc à confirmer en ce qu'elle a retenu que le licenciement du 12 mars 2013 est à déclarer régulier.

Quant aux arriérés de salaires

Il résulte des pièces versées au dossier que la salariée dispose d'un certificat du Ministre de l'Éducation nationale et de la Formation professionnelle du 16 décembre 2011 suivant lequel son niveau d'études et de formation est assimilable au CATP de vendeuse et d'un deuxième certificat du même ministère du 9 février 2012 suivant lequel le certificat de capacité professionnelle Niveau IV Secrétaire Administrative et Commerciale Option Comptabilité/Bureautique, qui lui a été décerné par l'Institut de Formation Commerciale Permanente à Rungis est reconnu équivalent au diplôme de technicien dans l'enseignement secondaire technique luxembourgeois.

Selon le contrat de travail de la salariée, elle a été engagée en qualité de responsable adjoint administratif et ses attributions sont précisées comme suit :

« - *En tant que responsable ; la vente et développement de l'activité commerciale, la contribution directe à la rentabilité de la boutique, la gestion globale de la boutique, les opérations commerciales, le management de l'équipe et les plannings, le merchandising, l'optimisation des stocks, la réception et transfert de marchandises, la gestion et responsabilité de la caisse, le suivi et analyse des indicateurs, le nettoyage et rangement du magasin*

-En tant qu'adjoint administratif ; le traitement des dossiers, la rédaction de courriers, notes, mails, le classement, la gestion d'agendas et de plannings, l'organisation de réunions et de déplacements, l'accueil téléphonique, la mise en forme de documents, la mise à jour de bases de données. »

Compte tenu de la description des fonctions faite dans son contrat de travail, les explications de la salariée selon lesquelles ce sont précisément ses qualifications qui ont amené l'employeur à l'engager sont plausibles, ce dernier ne recherchant manifestement pas une simple aide mais une personne ayant de l'expérience tant dans la vente que dans l'exercice de certaines tâches administratives dans le cadre de l'exploitation de sa boutique. Il y a lieu d'en conclure que l'employeur avait connaissance des qualifications de A dès son engagement.

Il résulte également des courriels échangés, que A exerçait, du moins pour partie, réellement les fonctions reprises dans le cadre de son contrat de travail pendant la durée de son engagement.

Il y a dès lors lieu de retenir que A peut prétendre au paiement du salaire pour travailleurs qualifiés pendant la période du 9 mars 2012 au 15 mai 2013, date de la fin de son préavis. La salariée a droit à un montant total de 31.929,59 euros pour la période du 9 mars 2012 au 15 mars 2013.

La Cour constate que suivant le décompte versé en première instance A n'a pas touché de salaire pour les mois de mars à mai 2013. L'employeur n'établissant pas qu'il a réglé un montant supérieur à 21.548,56 euros au cours de la période concernée, la demande de A en paiement d'arriérés de salaires est à déclarer fondée à concurrence du montant de : 31.929,59 - 21.548,56 = 10.381,03 euros.

3. Licenciement avec effet immédiat : bénéfice du chômage à titre provisoire via une procédure d'urgence à lancer rapidement et non rétroactivement plusieurs mois plus tard, après que le salarié a retrouvé un emploi.

Arrêt de la Cour d'appel du 15 décembre 2016, n° 152/16 du rôle

Faits

A était au service de la société B SARL sur base d'un contrat de travail signé le 22 février 2013 en qualité de « femme d'entretien ». Elle a été licenciée avec effet immédiat par courrier recommandé du 7 janvier 2016.

Elle a déposé une requête en licenciement abusif devant le Tribunal du travail le 17 février 2016. Elle s'est ensuite inscrite comme demanderesse d'emploi auprès de l'ADEM le 18 janvier 2016 et a demandé à pouvoir bénéficier des indemnités de chômage complet le 21 mars 2016.

Elle a précisé avoir rédigé avec l'aide du Service d'accueil et d'information juridique une requête en attribution provisionnelle de l'indemnité de chômage qui n'a cependant pas été déposée, de sorte qu'elle a régularisé la situation en déposant le 25 août 2016 une requête aux mêmes fins.

Entre-temps, A avait retrouvé un emploi en mai 2016.

Dans la requête déposée le 25 août 2016, A a demandé au Président du Tribunal du travail de Luxembourg sur base de l'article L.521-4 (2) du Code du travail, à se voir autoriser l'attribution provisionnelle de l'indemnité de chômage complet en attendant la décision judiciaire définitive du litige concernant la régularité ou le bien-fondé de son licenciement, soit à partir du 7 janvier 2016 jusqu'au 9 mai 2016, date à laquelle elle a retrouvé un emploi.

Article L. 521-7 du Code du travail :

« Pour bénéficier de l'indemnité de chômage complet, le salarié sans emploi est tenu de s'inscrire comme demandeur d'emploi auprès des bureaux de placement publics et d'y introduire sa demande d'indemnisation. »

Article L. 521-4 du Code du travail :

« (1) Aucune indemnité de chômage n'est due:

1. en cas d'abandon non justifié du dernier poste de travail, sauf si l'abandon est dû à des motifs exceptionnels, valables et convaincants;
2. en cas de licenciement pour motif grave.

(2) Dans les cas d'un licenciement pour motif grave ou d'une démission motivée par un acte de harcèlement sexuel, le demandeur d'emploi peut, par voie de simple requête, demander au président de la juridiction du travail compétente d'autoriser l'attribution par provision de l'indemnité de chômage complet en attendant la décision judiciaire définitive du litige concernant la régularité ou le bien-fondé de son licenciement ou de sa démission.

Le président de la juridiction du travail statue d'urgence, l'employeur entendu ou dûment convoqué.

L'Agence pour le développement de l'emploi peut intervenir à tout moment dans l'instance engagée; à cet effet, le greffe lui adresse copie de la requête introductive visée au premier alinéa.

La demande visée au premier alinéa n'est recevable qu'à condition que le demandeur d'emploi ait suffi aux conditions visées à l'article L. 521-7 et qu'il ait porté préalablement le litige concernant son licenciement devant la juridiction du travail compétente.

(3) Le président de la juridiction du travail détermine la durée pour laquelle l'attribution provisionnelle de l'indemnité de chômage est autorisée, sans préjudice des conditions

d'attribution visées à l'article L.521-3. La durée ne peut être supérieure à cent quatre-vingt-deux jours de calendrier.

Le chômeur peut demander, conformément à la procédure du paragraphe (2) du présent article, la prorogation de l'autorisation d'attribution provisionnelle de l'indemnité de chômage sans que la durée totale de l'autorisation ne puisse excéder trois cent soixante-cinq jours de calendrier. ... »

Décision de 1ère instance

Par ordonnance rendue le 16 septembre 2016, la Présidente du Tribunal du travail a déclaré la demande irrecevable dans la mesure où la requérante, qui avait retrouvé un emploi au mois de mai 2016, n'était plus inscrite comme demandeuse d'emploi le jour de l'introduction de la requête, soit le 25 août 2016, de sorte que les conditions de recevabilité de la demande, qui doivent être remplies au moment de l'introduction de la susdite demande, ne l'étaient plus.

A a relevé appel de cette décision. Elle prétend qu'exiger des demandeurs d'emploi d'être toujours au chômage afin de pouvoir leur attribuer provisoirement une indemnité de chômage pour une période révolue revient à les dissuader de retrouver un emploi, ce qui n'aurait pas de sens.

Position de la Cour d'appel

Il résulte des pièces que la demandeuse a été inscrite comme demandeuse d'emploi auprès de l'ADEM depuis le 18 janvier 2016, et qu'elle a introduit une demande d'octroi des indemnités de chômage complet le 21 mars 2016.

Or, au mois de mai 2016, la salariée a trouvé un nouvel emploi, de sorte qu'au jour du dépôt de sa requête le 25 août 2016, elle n'était plus inscrite comme demandeuse d'emploi.

La Cour considère dès lors sa demande irrecevable dans la mesure où les conditions de recevabilité d'une demande

doivent être remplies au moment de son introduction, ce qui n'est pas le cas en l'espèce.

La procédure prévue aux articles L.521-4(2) et L.521-7 du Code du travail est **une procédure d'urgence** qui permet au salarié licencié avec effet immédiat et qui risque dès lors, du jour au lendemain, de

se retrouver sans ressource, donc dans une situation financière précaire, de solliciter l'allocation par provision des indemnités de chômage en attendant que son litige sur le fond soit tranché, de sorte que **sa demande doit être déposée rapidement et non rétroactivement plusieurs mois plus tard**, à un moment où il n'est plus demandeur d'emploi.

4. DROIT EUROPÉEN : la prise en compte de périodes de scolarité aux fins du classement dans les échelons barémiques accompagnée de l'allongement du délai d'avancement entre le premier et le deuxième échelon barémique, ne constitue pas une discrimination fondée sur l'âge, dès lors que cet allongement s'applique à tout employé bénéficiant de la prise en compte de ces périodes, y compris de façon rétroactive à ceux ayant déjà atteint les échelons suivants.

Arrêt de la CJUE (sixième chambre) du 21 décembre 2016, Bowman, affaire C-539/15

Faits

Le 1^{er} avril 1988, M. Bowman a été engagé en tant qu'employé des organismes assureurs de la sécurité sociale autrichienne sur base d'un contrat de travail de droit privé. Suite à l'entrée en vigueur d'une modification de la convention collective applicable concernant les échelons barémiques et la prise en compte de périodes de scolarité antérieures, le 17 mai 2012, M. Bowman a présenté une demande afin que d'une part, soient prises en compte les périodes de scolarité antérieures à son entrée en service pour déterminer l'échelon auquel il appartient et d'autre part, que sa date d'avancement soit recalculée. Le 27 mai 2012, l'administration a décidé que l'ancienneté de M. Bowman pouvait être complétée de trois années au maximum, et que ceci était sans effet sur son classement salarial et sa prochaine date d'avancement.

M. Bowman a contesté la décision de l'administration devant le Tribunal du travail et des affaires sociales qui a déclaré la demande de M. Bowman fondée. Il considère que l'allongement de deux à cinq ans du délai d'avancement du premier au deuxième échelon consti-

tue une discrimination indirecte fondée sur l'âge.

L'administration a interjeté appel devant le Tribunal supérieur de Vienne qui a constaté que la possibilité de prendre en compte les périodes de scolarité a été introduite par la modification de la convention collective applicable aux employés des organismes assureurs de la sécurité sociale autrichienne en même temps que la mesure concernant l'allongement du délai d'avancement du premier au deuxième échelon. M. Bowman a été traité de la même manière que les autres travailleurs, donc il ne fait pas l'objet d'une discrimination fondée sur l'âge.

M. Bowman a saisi la Cour suprême d'un recours en révision. La Cour observe que l'objectif de ladite modification vise à permettre une valorisation de la carrière, et non à supprimer une inégalité de traitement préexistante.

La Cour se demande néanmoins si l'allongement du délai pourrait être constitutif d'une différence de traitement indirectement fondée sur l'âge, et pourrait le cas échéant être justifiée.

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

de dispositions de droit de l'Union, en particulier l'article 2 paragraphes 1 et 2 et l'article 6 paragraphe 1 de la directive 2000/78³. Elle a donc décidé de surseoir à statuer pour poser une question préjudicielle à la CJUE.

Article 2 paragraphes 1 et 2 de la directive 2000/78/CE :

« 1. Aux fins de la présente directive, on entend par "principe de l'égalité de traitement" l'absence de toute discrimination directe ou indirecte, fondée sur un des motifs visés à l'article 1^{er}.

2. Aux fins du paragraphe 1 :

a) une discrimination directe se produit lorsqu'une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne le serait dans une situation comparable, sur la base de l'un des motifs visés à l'article 1^{er};

b) une discrimination indirecte se produit lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre est susceptible d'entraîner un désavantage particulier pour des personnes d'une religion ou de convictions, d'un handicap, d'un âge ou d'une orientation

sexuelle donnés, par rapport à d'autres personnes, à moins que:

- i) cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un objectif légitime et que les moyens de réaliser cet objectif ne soient appropriés et nécessaires, ou que
- ii) dans le cas des personnes d'un handicap donné, l'employeur ou toute personne ou organisation auquel s'applique la présente directive ne soit obligé, en vertu de la législation nationale, de prendre des mesures appropriées conformément aux principes prévus à l'article 5 afin d'éliminer les désavantages qu'entraîne cette disposition, ce critère ou cette pratique. »

Article 6 paragraphe 1 de la directive 2000/78/CE :

« 1. Nonobstant l'article 2, paragraphe 2, les États membres peuvent prévoir que des différences de traitement fondées sur l'âge ne constituent pas une discrimination lorsqu'elles sont objectivement et raisonnablement justifiées, dans le cadre du droit national, par un objectif légitime, notamment par des objectifs légitimes de politique de l'emploi, du marché du travail et de la formation professionnelle, et que les moyens de réaliser cet objectif sont appropriés et nécessaires.

Ces différences de traitement peuvent notamment comprendre:

- a) la mise en place de conditions spéciales d'accès à l'emploi et à la formation professionnelle, d'emploi et de travail, y compris les conditions de licenciement et de rémunération, pour les jeunes, les travailleurs âgés et ceux ayant des personnes à charge, en vue de favoriser leur insertion professionnelle ou d'assurer leur protection;
- b) la fixation de conditions minimales d'âge, d'expérience professionnelle ou d'ancienneté dans l'emploi, pour l'accès à l'emploi ou à certains avantages liés à l'emploi;

c) la fixation d'un âge maximum pour le recrutement, fondée sur la formation requise pour le poste concerné ou la nécessité d'une période d'emploi raisonnable avant la retraite. »

La question préjudicielle

« L'article 21 de la Charte ainsi que l'article 2, paragraphes 1 et 2, et l'article 6, paragraphe 1, de la directive 2000/78 doivent-ils être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à une convention collective de travail nationale, en vertu de laquelle un employé, qui bénéficie de la prise en compte de périodes de scolarité aux fins de son classement dans les échelons barémiques, est soumis à un délai d'avancement du premier échelon au deuxième échelon barémique plus long que celui qui s'applique entre les échelons suivants ? »

L'appréciation de la Cour

Absence de discrimination directe

Dans un premier temps, la Cour détermine si la convention collective institue une discrimination directement fondée sur l'âge.

La Cour rappelle à cet égard qu'« **une discrimination directe se produit lorsqu'une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre se trouvant dans une situation comparable** » sur base d'un des critères interdits par la Directive, qui recouvre notamment l'âge.

En l'espèce, les périodes de scolarité de M. Bowman qui excèdent l'obligation scolaire générale et ce dans la limite de trois années ont effectivement pu être prises en compte. Le délai d'avancement du premier au deuxième échelon a bien été allongé de trois ans, mais l'avancement dans le barème des salaires s'effectue en pratique en fonction des années de services accomplies. Cette convention n'établit pas de différence de traitement directement fondée sur l'âge.

Absence de discrimination indirecte

Dans un deuxième temps, la Cour cherche à déterminer l'existence d'une

discrimination indirecte fondée sur l'âge. Elle examine si la convention « **désavantage en fait un nombre beaucoup plus élevé de personnes relevant d'un certain âge ou d'une certaine catégorie d'âge.** »

« Une discrimination indirecte fondée sur l'âge se produit lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre est susceptible d'entraîner un désavantage particulier pour des personnes d'un âge donné, par rapport à d'autres personnes, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un objectif légitime et que les moyens de réaliser cet objectif ne soient appropriés et nécessaires. »

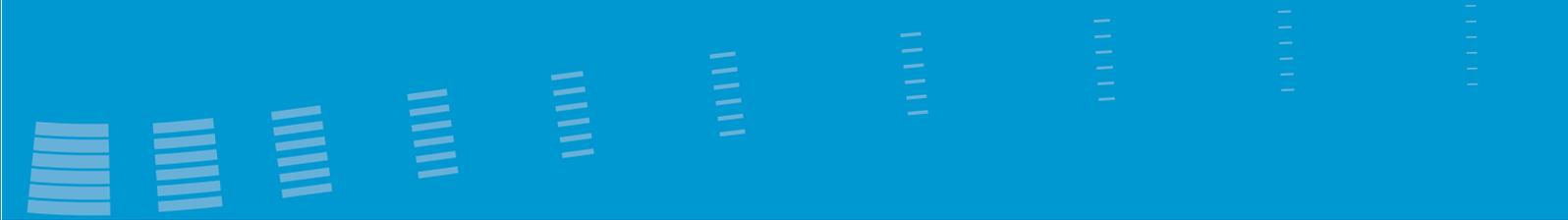
En application de la convention, pour l'avancement au deuxième échelon, la période est portée à cinq ans. À partir du deuxième échelon, l'avancement se fait tous les deux.

Selon la juridiction de renvoi, l'allongement du premier échelon concernerait plutôt les nouveaux travailleurs recrutés, qui ne peuvent pas se prévaloir de périodes antérieures à leur entrée en service en vue de leur classement dans les échelons barémiques. L'impact de cette modification se refléterait donc principalement sur les salaires des travailleurs plus jeunes, qui seraient ainsi défavorisés par cette disposition.

À cet égard, la Cour rappelle que la modification de la convention collective applicable prévoit la prise en compte des périodes de scolarité antérieures indépendamment de l'âge de l'employé au moment de son recrutement. « **Dès lors, un tel régime se fonde sur un critère qui n'est ni indissociablement ni indirectement lié à l'âge des salariés.** »

L'allongement et la prise en compte de la scolarité s'appliquent à tous, y compris rétroactivement pour les travailleurs déjà employés par l'administration.

En l'espèce, la prise en considération des périodes de scolarité soumise à un allongement du délai d'avancement, a les mêmes conséquences pour un travailleur avec une expérience professionnelle importante, comme M. Bowman, que pour un jeune travailleur débutant dans l'administration. M. Bowman ne peut donc pas se prévaloir de la directive



pour établir une discrimination fondée sur l'âge.

La décision de la Cour

« L'article 2 paragraphes 1 et 2, de la directive 2000/78 du Conseil du 27 novembre 2000, portant création d'un

cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, doit être interprété en ce sens qu'il ne s'oppose pas à une convention collective de travail nationale, telle que celle en cause au principal, en vertu de laquelle un employé, qui bénéficie de la prise en compte de périodes de scolarité aux fins de son classement dans

les échelons barémiques, est soumis à l'allongement du délai d'avancement du premier au deuxième échelon barémique, dès lors que cet allongement s'applique à tout employé bénéficiant de la prise en compte de ces périodes, y compris de façon rétroactive à ceux ayant déjà atteint les échelons suivants ».