



# INFOS JURIDIQUES



DROIT

## FLASH SUR LE DROIT SOCIAL

### SOMMAIRE

1. **Employé de l'État** : Même si l'engagement d'un employé de l'État est effectué dans les formes et modalités du Code du travail, une demande d'indemnisation sur base d'un harcèlement moral de l'État est de la compétence des juridictions civiles de droit commun et non pas du Tribunal du travail ..... **p. 2**
2. **Reclassement et réévaluation médicale** : Une récupération seulement partielle des capacités de travail équivaut à une absence de récupération de ces capacités ..... **p. 3**
3. **Rétrogradation** : Respect de la procédure de modification des conditions essentielles de travail ou accord des parties dans un avenant au contrat de travail. Tout autre moyen de preuve est inadmissible. Le silence du salarié ne vaut pas acceptation ..... **p. 6**
4. **Période d'essai** : CDI successifs, pas de nouvelle période d'essai, sauf interruption effective et réelle de plusieurs mois, même si le salarié est réembauché pour la même activité ..... **p. 9**
5. **Droit européen** : Un ancien travailleur migrant et ses enfants bénéficiant d'un droit de séjour au titre de la scolarisation des enfants ne peuvent pas être automatiquement exclus de prestations sociales de base prévues par le droit national au motif que ce travailleur est tombé au chômage ..... **p. 12**

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.



# 1. Employé de l'État : Même si l'engagement d'un employé de l'État est effectué dans les formes et modalités du Code du travail, une demande d'indemnisation sur base d'un harcèlement moral de l'État est de la compétence des juridictions civiles de droit commun et non pas du Tribunal du travail.

Arrêt de la Cour d'appel du 2 juillet 2020, n° CAL-2019-01132 du rôle

## 1.1 Faits

A est actuellement engagée en tant qu'employée de l'État en vertu d'un contrat d'engagement du 12 janvier 2005.

Elle soutient avoir fait l'objet d'un harcèlement moral au sein de l'institution qui l'occupe et voudrait partant obtenir réparation du préjudice subi de ce chef.

## 1.2 Le jugement du Tribunal du travail

A a saisi le Tribunal du travail de Luxembourg, soutenant que ce dernier serait compétent pour connaître du litige, en plaçant que les litiges des employés de l'État relatifs à l'indemnisation du préjudice pécuniaire résultant de la mise en œuvre de la relation de travail relèvent des juridictions de l'ordre judiciaire.

Elle explique encore baser sa requête sur l'article 1134 du Code civil et sur le règlement grand-ducal du 15 décembre 2009 portant déclaration d'obligation générale de la convention relative au harcèlement et à la violence au travail.

L'État conteste la compétence matérielle du Tribunal du travail de Luxembourg soutenant que la requérante, en tant qu'employée de l'État, ne tombe pas sous la compétence des tribunaux du travail.

Il fait valoir qu'elle devrait s'adresser aux juridictions administratives dans le cas d'un litige en relation avec le droit de réclamation ou bien aux tribunaux civils si une indemnisation pécuniaire est demandée.

Par jugement du 30 septembre 2019, le Tribunal du travail, s'appuyant sur l'article 25 du Nouveau code de procédure civile (NCPC) et sur la loi du 25 mars 2015 déterminant le régime des indemnités des employés de l'État, s'est déclaré matériellement incompétent pour connaître de la demande.

A a régulièrement relevé appel.

## 1.3 L'arrêt de la Cour d'appel : quant à la compétence ratione materiae des juridictions du travail

L'article 20 du NCPC dispose que : « en matière civile et commerciale, le tribunal d'arrondissement est juge de droit commun et connaît de toutes les affaires pour lesquelles compétence n'est pas attribuée expressément à une autre juridiction, en raison de la nature ou du montant de la demande ».

L'article 25 du NCPC énonce en son alinéa premier : « le Tribunal du travail est compétent pour connaître des contestations relatives au contrat de travail, aux contrats d'apprentissage et aux régimes complémentaires de pension qui s'élevèrent entre les employeurs, d'une part, et leurs salariés, d'autre part, y compris celles survenant après que l'engagement a pris fin ».

Il résulte de la combinaison de ces articles que la juridiction du travail est une juridiction d'exception qui ne connaît que des causes qui lui sont spécialement attribuées par la loi.

Comme en l'espèce A est engagée en tant qu'employée de l'État, la loi du 25 mars 2015 déterminant le régime et les indemnités des employés de l'État s'applique.

Si d'après l'article 4 de la susdite loi, l'engagement d'un employé de l'État est effectué dans les formes et suivant les modalités prévues par le Code du travail, force est cependant de constater que l'article 10 de cette même loi stipule :

« Les contestations résultant du contrat d'emploi, de la rémunération et des sanctions et mesures disciplinaires sont de la compétence du tribunal administratif, statuant comme juge du fond. ».

C'est partant à bon droit que le Tribunal du travail en a déduit :

« Ainsi, bien que le contrat d'engagement de la requérante a la forme d'un contrat de travail prévue par le Code du travail, il reste néanmoins que l'article 10 de la loi du 25 mars 2015 déterminant le régime et les indemnités des employés de l'État attribue expressément compétence au tribunal administratif pour les contestations résultant du contrat d'emploi d'un employé de l'État.

En conséquence, le Tribunal du travail est matériellement incompétent pour connaître de ces litiges (en ce sens CSJ, cassation, 10/3/05, n°2168). ».

A se prévaut néanmoins comme en première instance, de la compétence des juridictions de l'ordre judiciaire pour les litiges des employés de l'État relatifs à l'indemnisation du préjudice pécuniaire résultant de la mise en œuvre de la relation de travail.

En effet, le tribunal administratif, qui est compétent pour connaître des contestations résultant du contrat d'emploi d'un employé de l'État, ne peut cependant pas allouer des indemnités pécuniaires telles que réclamées dans la présente affaire (« La procédure administrative contentieuse », Marc FEYEREISEN et Jérôme GUILLOT, 4<sup>e</sup> édition, point 46b).

C'est cependant à bon escient que le Tribunal du travail a retenu :

« Au regard du fait que le Tribunal du travail n'est matériellement pas compétent pour connaître des litiges relatifs aux relations de travail des employés de l'État et au regard du fait que la requérante base sa requête sur l'article 1134 du Code civil en invoquant dès lors une faute contractuelle de l'État du Grand-Duché de Luxembourg consistant dans le harcèlement moral subi, il y

a lieu de retenir que les juridictions civiles de droit commun sont compétentes en l'espèce.

En conséquence, le Tribunal du travail de Luxembourg doit se déclarer matériellement incompétent pour connaître de la requête de A. »

Le jugement est partant à confirmer à cet égard.

## 2. Reclassement et réévaluation médicale : une récupération seulement partielle des capacités de travail équivaut à une absence de récupération de ces capacités.

Arrêts de la Cour de cassation du 8 octobre 2020 n° 120 et 121 / 2020 - CAS-2019-00137 et CAS-2019-00138 du registre

### 2.1 Faits

#### a. 1<sup>er</sup> affaire

Le 1<sup>er</sup> août 2005, la Commission mixte de reclassement des travailleurs incapables à exercer leur dernier poste de travail a décidé le reclassement externe de X, dès lors qu'en raison de ses problèmes de dos, celle-ci était incapable d'exercer son dernier emploi en tant que serveuse/dame de service polyvalente à temps plein.

Par décision du 14 août 2007, l'indemnité d'attente lui fut accordée.

Lors d'une réévaluation médicale au cours de l'année de 2016, le médecin mandaté du contrôle estima que la concernée avait récupéré les capacités de travail nécessaires lui permettant d'occuper un poste similaire à son dernier poste de travail avant la décision de reclassement professionnel, tout en émettant certaines restrictions, notamment quant au poids maximal des charges à porter.

Suite à cet avis médical, la Caisse nationale d'assurance pension (CNAP) a cessé le paiement des indemnités d'attente<sup>1</sup> en faveur de X.

X a attaqué cette décision devant le comité-directeur de la CNAP, qui a confirmé la cessation du paiement de l'indemnité d'attente.

X a saisi le Conseil arbitral de la sécurité sociale, qui a ordonné une expertise médicale, estimant « au vu des conclusions médicales de l'ADEM, d'une part, et des médecins traitants de la requérante, d'autre part, utile et nécessaire de recourir, avant tout autre progrès en cause, aux lumières d'un homme de l'art avec la mission (...) d'examiner la requérante X, (...) de se prononcer dans un rapport détaillé sur la question de savoir si la requérante a récupéré les capacités de travail nécessaires lui permettant d'occuper un poste similaire à son dernier poste de travail avant la décision de reclassement professionnel ».

Sur base de ce rapport, le Conseil arbitral de la sécurité sociale a déduit que X avait récupéré les capacités de travail nécessaires lui permettant d'occuper un poste similaire à son dernier poste de travail exercé avant la décision de reclassement professionnel. Par jugement du 5 décembre 2018, il a donc rejeté le recours de X.

X a interjeté appel.

#### b. 2<sup>e</sup> affaire

Le 29 décembre 2011, la Commission mixte de reclassement des travailleurs incapables à exercer leur dernier poste de travail a décidé le reclassement externe de Y, dès lors qu'en raison de ses problèmes de dos, celui-ci était incapable d'exercer son dernier emploi en tant que chauffeur-livreur.

Lors d'une réévaluation médicale au cours de l'année de 2016, le médecin mandaté du contrôle estima que le concerné avait récupéré les capacités de travail nécessaires lui permettant d'occuper un poste similaire à son dernier poste de travail avant la décision de reclassement professionnel, tout en émettant certaines restrictions, notamment quant au poids maximal des charges à porter.

Suite à cet avis médical, la CNAP a cessé le paiement des indemnités d'attente en faveur de Y.

Y a attaqué cette décision devant le comité-directeur de la CNAP, qui a confirmé la cessation du paiement de l'indemnité d'attente.

Y a saisi le Conseil arbitral de la sécurité sociale, qui a ordonné une expertise médicale, pour pouvoir « statuer en connaissance de cause au sujet de la question de savoir si pour la période à partir du 1<sup>er</sup> avril 2017 l'intéressé a récupéré les capacités de travail nécessaires lui permettant d'occuper un poste similaire à son dernier poste de travail avant la décision du 14 décembre 2011 de reclassement professionnel ». En effet, Y a versé des certificats médicaux établis par son médecin traitant, attestant que son état de santé n'autorisait pas une reprise d'une activité professionnelle quelconque.

<sup>1</sup> Indemnité versée au salarié en reclassement externe n'ayant pas retrouvé un emploi au terme de la durée légale de paiement de l'indemnité de chômage, y compris les périodes de prolongation.

Dans son rapport du 7 décembre 2017, l'expert arrive à la conclusion suivante : « Il est vrai que l'on peut raisonnablement penser que depuis cette date, après deux interventions chirurgicales, l'une réussie en 2011 au niveau cervical et l'autre en 2013 où le résultat est plus incertain, Y peut avoir retrouvé des capacités suffisantes à reprendre son dernier poste avant le reclassement mais sur un poste très aménagé.

Il s'agirait en quelque sorte d'un reclassement interne alors qu'évidemment Y a été licencié de sa Société d'origine soc1) de sorte que la question du tribunal est un peu ambiguë. En effet, on ne peut pas dire stricto sensu que le requérant a repris des capacités de travail lui permettant de retrouver le même poste qu'avant la décision de reclassement en tant que chauffeur-livreur coursier car, à l'époque, il conduisait des poids lourds et livrait des matériaux lourds.

En revanche, il avoue lui-même pouvoir être capable, éventuellement, de conduire un véhicule plus léger type camionnette et de livrer des petits colis.

Ceci correspond malgré tout à un reclassement sur la même définition de poste en y ajoutant des restrictions quant au port de charges aux stations debout ou assise prolongées de sorte que les courses devraient être de courte durée avec un rythme peu soutenu. ».

Le Conseil arbitral de la sécurité sociale en a déduit que le rapport d'expertise corroborait les avis de réévaluation médicale des 4 février 2016 et 27 juin 2016 et que Y avait donc récupéré les capacités de travail nécessaires lui permettant d'occuper un poste similaire à son dernier poste de travail exercé avant la décision de reclassement professionnel, à savoir un poste correspondant à la qualification professionnelle de l'assuré et à son expérience professionnelle et pouvant générer un salaire comparable à celui occupé précédemment.

Par jugement du 11 décembre 2018, il a donc rejeté le recours de Y comme n'étant pas fondé.

Y a interjeté appel.

## 2.2 Décisions du Conseil arbitral de la sécurité sociale

### a. 1<sup>re</sup> affaire

Le Conseil supérieur de la sécurité sociale analyse le rapport d'expertise de la manière suivante :

« Il convient de constater en premier lieu que l'expert V avait été chargée de la mission de vérifier si l'appelante avait récupéré les capacités de travail nécessaires lui permettant d'occuper un poste similaire à son dernier poste de travail avant la décision de reclassement, correspondant à sa qualification et son expérience professionnelle et générant un salaire comparable. L'expert a répondu de façon ambiguë à cette question. Le docteur V considère en effet que la requérante reste capable d'exercer une activité similaire à son dernier poste de travail, sous certaines restrictions, d'une part, quant à la durée de travail, et, d'autre part, quant à la position,

quant à l'exposition à des vibrations et quant au port de charges lourdes. ».

Il rappelle ensuite

« qu'un salarié, dont les capacités de travail sont réduites, n'est pas nécessairement invalide au sens de l'article 187 du Code de la sécurité sociale, mais qu'un salarié dont les capacités de travail sont réduites par rapport à ce qu'elles étaient avant la décision de reclassement, ne peut pas être considéré comme ayant récupéré les capacités de travail nécessaires pour exécuter des tâches similaires à celles correspondant à son dernier poste de travail avant la décision de reclassement au sens de l'article IV des dispositions transitoires de la loi du 23 juillet 2015 concernant le reclassement externe. ».

Il en déduit :

« X était occupée en tant que « serveuse/dame de service polyvalente temps plein » avant son reclassement, suivant évaluation par l'ADEM du 25 janvier 2016. Suivant avenant au contrat de travail versé en cause, le temps de travail de l'appelante aurait été de 30 heures hebdomadaires depuis le 22 septembre 2003.

L'expert n'a pas autrement précisé dans quelle mesure la requérante serait encore capable de reprendre cette activité ou une activité similaire. Cependant l'expert a retenu qu'une reprise de l'ancienne activité n'était envisageable que sous certaines restrictions (...).

Il en résulte clairement, du moins pour ce qui est de la restriction du temps de travail, de la position corporelle et du port de charges, que X n'a pas récupéré les capacités de travail lui permettant de reprendre son ancienne activité d'avant son reclassement ou un poste similaire.

Dans ces conditions c'est à tort que les premiers juges ont admis que X avait récupéré les capacités de travail nécessaires lui permettant d'occuper un poste similaire à son dernier poste de travail avant la décision de reclassement professionnel. ».

Par arrêt du 11 juillet 2019, le Conseil supérieur de la sécurité sociale a donc fait droit à l'appel de X et décidé, par réformation du jugement entrepris, que celle-ci n'avait pas récupéré les capacités de travail lui permettant d'occuper un poste similaire à son dernier poste de travail avant le reclassement professionnel, de sorte que l'indemnité d'attente doit être maintenue au-delà du 31 mars 2017.

### b. 2<sup>e</sup> affaire

Le Conseil supérieur de la sécurité sociale, après avoir cité différents passages du rapport d'expertise et rappelé la signification de la notion de « poste similaire », a suivi le raisonnement suivant :

« En admettant que le poste de chauffeur-livreur de petits colis puisse le cas échéant être considéré comme un poste similaire au poste de chauffeur de poids lourds, il n'en reste pas moins qu'en l'occurrence l'expert est formel pour dire et il le répète, que le poste de chauffeur-livreur, à le supposer similaire au poste de chauffeur de poids lourds, doit être soumis à certaines restrictions et doit

être aménagé quant au port de charges, quant à la station debout ou assise prolongée et quant au rythme de travail qui doit être peu soutenu.

*Dans ces conditions, c'est à tort que les premiers juges ont admis que Y a récupéré les capacités de travail nécessaires lui permettant d'occuper un poste similaire à son dernier poste de travail avant la décision de reclassement professionnel. »*

Par arrêt du 11 juillet 2019, le Conseil supérieur de la sécurité sociale a donc fait droit à l'appel de Y et décidé, par réformation du jugement entrepris, que celui-ci n'avait pas récupéré les capacités de travail lui permettant d'occuper un poste similaire à son dernier poste de travail avant le reclassement professionnel, de sorte que l'indemnité d'attente doit être maintenue au-delà du 31 mars 2017.

L'État a introduit un recours en cassation contre ces 2 arrêts.

## 2.3 Pourvoi en cassation

### a. Arguments de l'État

Les arrêts attaqués ont considéré que les salariés n'ont pas récupéré les capacités de travail leur permettant d'occuper un poste similaire à leur dernier poste de travail avant le reclassement professionnel au motif que les postes pouvant être occupés par Y ou Y, même à les considérer comme similaires au dernier poste de travail occupé avant la décision de reclassement professionnel, devaient être soumis à certaines restrictions et être aménagés quant aux modalités d'exécution du travail.

Or la loi distingue entre l'hypothèse où l'intéressé est toujours incapable d'exercer son dernier poste et celle où il a récupéré les capacités de travail nécessaires lui permettant d'occuper un poste similaire à son dernier poste de travail.

La loi n'envisage pas l'hypothèse d'une aptitude avec des restrictions, qui, selon l'État, devrait être assimilée au maintien de l'incapacité.

#### **Article IV de la loi du 23 juillet 2015 portant modification du Code du travail et du Code de la sécurité sociale concernant le dispositif du reclassement interne et externe :**

*« Les personnes bénéficiant d'une indemnité d'attente sont soumises à l'examen de réévaluation médicale visée à l'article L.551-6, paragraphe 4 du Code du travail. Les médecins mandatés par le directeur de l'Agence pour le développement de l'emploi sont compétents pour procéder à ces examens de réévaluation médicale.*

*Le médecin compétent convoque et examine l'intéressé.*

*Si le médecin compétent constate que l'intéressé est toujours incapable d'exercer son dernier poste ou régime de travail, l'indemnité d'attente continue à être payée. Le médecin compétent arrête dans son avis la périodicité endéans laquelle le salarié doit se soumettre à la réévaluation médicale visée à l'article*

*L.551-6, paragraphe 4 du Code du travail. La personne incapable d'exercer son dernier poste ou régime de travail acquiert le statut de personne en reclassement professionnel.*

*Si le médecin compétent constate que l'intéressé a récupéré les capacités de travail nécessaires lui permettant d'occuper un poste similaire à son dernier poste de travail avant la décision de reclassement professionnel, il saisit l'organisme de pension compétent qui décide la cessation du paiement de l'indemnité d'attente. Cette décision prend effet après un préavis de 12 mois qui commence à courir à la date de sa notification.*

*Toute personne qui se soustrait à l'examen de réévaluation médicale prévue ci-dessus, se voit retirer l'indemnité d'attente par décision de l'organisme de pension compétent saisi par le médecin compétent. Cette décision prend effet à la date de sa notification.*

*Les examens médicaux prévus au présent article sont remboursés annuellement par l'État à l'Agence pour le développement de l'emploi. ».*

### b. Position du Parquet général

S'il est vrai que la loi ne prévoit pas l'hypothèse d'une récupération des capacités de travail, assortie de restrictions. Selon la loi, soit le salarié a récupéré les capacités pour exercer son dernier poste de travail, soit il n'a pas récupéré ces capacités.

Or, dans le cas d'un salarié qui ne remplit que partiellement les conditions pour s'adonner à un travail similaire à celui qu'il exerçait avant la décision de reclassement, s'il faut prendre des mesures de précaution et prévoir des restrictions quant aux modalités d'exécution de ce travail, le juge doit apprécier si cette récupération partielle ou conditionnelle s'apparente plutôt à une récupération totale ou bien à une absence de récupération des capacités de travail.

Il doit décider dans quelle des deux hypothèses prévues par la loi il fait rentrer le cas concret qui lui est soumis.

Or, loin de créer une catégorie non prévue par la loi, les magistrats d'appel ont décidé « qu'un salarié dont les capacités de travail sont réduites par rapport à ce qu'elles étaient avant la décision de reclassement, ne peut pas être considéré comme ayant récupéré les capacités de travail nécessaires pour exécuter des tâches similaires à celles correspondant à son dernier poste de travail avant la décision de reclassement au sens de l'article IV des dispositions transitoires de la loi du 23 juillet 2015 concernant le reclassement externe ».

Pour les juges d'appel, une récupération seulement partielle des capacités de travail équivaut donc à une absence de récupération de ces capacités, dès lors que la comparaison doit se faire in concreto, par rapport au dernier poste de travail occupé par le salarié avant la décision de reclassement, aux tâches et aux heures de travail qu'il comportait.

C'est donc sans violer la loi que le Conseil supérieur de la sécurité sociale a décidé, par une appréciation des circons-

tances factuelles de la cause et des conclusions de l'expert, pouvoir qui lui est souverain et qui échappe au contrôle la Cour de cassation, que les salariés n'avaient pas récupéré les capacités de travail nécessaires leur permettant d'occuper un poste similaire à leur dernier poste de travail avant la décision de reclassement professionnel.

Il en suit que le moyen de l'État n'est pas fondé.

## 2.4 Décision de la Cour de cassation

L'État tente de remettre en discussion l'appréciation, par les juges du fond, des capacités de travail nécessaires permettant à X ou Y d'exercer un poste similaire à leur dernier poste de travail, appréciation qui relève de leur pouvoir souverain et échappe au contrôle de la Cour de cassation.

Le pourvoi en cassation est donc à rejeter dans les 2 affaires.

**3. Rétrogradation :** La rétrogradation d'un salarié doit s'opérer dans le respect de la procédure de modification des conditions essentielles de travail prévue à l'article 121-7 du Code du travail ou bien être actée de l'accord des parties dans un avenant au contrat de travail. Tout autre moyen de preuve est inadmissible. Le silence du salarié ne vaut pas acceptation.

Arrêt de la Cour d'appel du 25 juin 2020, n° CAL-2019-00793 du rôle

### 3.1 Faits

Le salarié A a fait convoquer son ancien employeur, la société anonyme SOC 1 SA (ci-après la SOC 1), devant le Tribunal du travail d'Esch-sur-Alzette pour voir déclarer abusif le licenciement avec effet immédiat intervenu le 6 juillet 2017 à son égard et l'y entendre condamner à lui payer l'indemnité de préavis, de départ, des dommages et intérêts ainsi que des arriérés de salaires.

Il demande encore à voir enjoindre à l'employeur de lui délivrer les fiches de salaire rectifiées des mois d'octobre 2016 à juillet 2017, sous peine d'astreinte.

Par jugement du 18 juin 2019, le Tribunal du travail a déclaré le licenciement de A abusif et a rejeté la demande de A relative aux arriérés de salaires.

Pour statuer comme il l'a fait, le Tribunal du travail a retenu que la protection spéciale stipulée à l'article L.121-6 du Code du travail ne s'appliquait pas, faute de preuve par A de la remise du certificat médical établi le 28 juin 2017, couvrant la période du 30 juin 2017 au 30 août 2017, à son employeur.

Le tribunal a qualifié la lettre de licenciement avec effet immédiat du 6 juillet 2017 de suffisamment précise. Il a par contre estimé « qu'une absence de sept jours, couverte par un certificat médical, même si ce certificat médical n'est pas parvenu à l'employeur dans le délai légal, ne constitue en l'espèce pas un fait qui rend immédiatement et définitivement impossible le maintien des relations de travail justifiant un licenciement avec effet immédiat.

*En effet, en présence de ces éléments, le tribunal ne peut que constater que l'absence du 30 juin au 6 juillet 2017 pour cause de maladie dûment certifiée par un médecin, sans référence à un autre reproche, constitue un fait unique qui n'est pas d'une gravité telle qu'il rend immédiatement et définitivement impossible le maintien des relations de travail entre parties (cf. C.S.J., 26 avril 2012, n° 36321) », pour déclarer le licenciement abusif.*

Quant aux arriérés de salaires, le tribunal a considéré, qu'en l'absence de preuve littérale d'un commun accord des parties quant à un changement d'affectation de A de « chef de cuisine » vers « second de cuisine » à partir d'octobre 2016, ce chef de la demande fondé à hauteur de 4 500 euros pour une période de 9 mois.

En prenant en considération le salaire ainsi retenu, l'indemnité compensatoire de préavis correspondant à 4 mois de salaires a été déclarée fondée à hauteur de 12 931 euros ; la demande relative à l'indemnité de départ équivalente à 1 mois de salaire a été reçue à hauteur de 3 232,75 euros, au vu de l'ancienneté supérieure à cinq ans de A.

Quant au préjudice matériel, la juridiction de première instance a fixé la période de référence à 4 mois, qui sont couverts par l'indemnité compensatoire de préavis, de sorte que la demande en réparation du préjudice matériel a été rejetée.

Au vu des circonstances de la résiliation du contrat de travail et de l'ancienneté de A, l'indemnisation du préjudice moral a été fixée, ex aequo et bono, à 1 500 euros.

Quant à la demande en délivrance des fiches de salaire rectifiées des mois d'octobre 2016 à juillet 2017, sous peine d'astreinte, le tribunal y a fait droit en condamnant la SOC 1 à le faire, dans un délai de quinzaine et sous peine d'une astreinte de 50 euros par document et par jour de retard, le maximum de l'astreinte ayant été limité à 250 euros par document.

### 3.2 Instance d'appel

La SOC 1 a régulièrement interjeté appel contre ce jugement.

La SOC 1 fait grief aux juges du premier degré de ne pas l'avoir admis à prouver par attestation testimoniale, respectivement par offre de preuve, que A a demandé dès octobre 2016 de reprendre sa carrière de « second de cuisine », ne se sentant

plus capable d'assumer le rôle de « *chef de cuisine* ». Les parties étaient en accord et il existait un commencement de preuve par écrit : les fiches de salaires acceptées pendant 9 mois, avec le salaire correspondant à la tâche de « *second de cuisine* ».

La SOC 1 conclut à la confirmation du jugement a quo en ce qu'il a retenu que A ne bénéficie pas de la protection spéciale de l'article L.121-6 du Code du travail et que la lettre de licenciement est rédigée de façon suffisamment précise.

Elle sollicite néanmoins la réformation quant à la gravité et la réalité des motifs : la SOC 1 insiste sur le problème de la date d'établissement du certificat médical déclarant A inapte à travailler pour la période du 30 juin au 30 août 2017 ; cette date aurait été modifiée du 30 juin au 28 juin 2017, afin de coïncider avec la date d'un appel téléphonique figurant sur le relevé téléphonique de l'intimé ; cet appel aurait toutefois uniquement eu pour but de s'enquérir du planning, tel que cela serait confirmé par un témoin.

De plus, une absence de 7 jours serait à elle seule constitutive d'une faute grave, aux termes d'une jurisprudence établie.

La SOC 1 conteste encore l'existence de tout préjudice matériel et moral, en l'absence de preuve de ces préjudices et de recherches d'un nouvel emploi.

À titre subsidiaire, la SOC 1 demande de tenir compte du salaire de 2 801,04 euros, dans l'établissement des montants auxquels A pourrait prétendre.

### 3.3 Appréciation de la Cour

#### a. Quant au salaire mensuel de A

C'est pour de justes et valables motifs, que le Tribunal du travail a rappelé que les parties peuvent toujours apporter des modifications à une convention formée entre eux, en faveur ou en défaveur du salarié, pour peu qu'elles soient acceptées, c'est-à-dire prises d'un commun accord.

En l'espèce, A a été engagé en qualité de « *cuisinier* » suivant contrat de travail du 1<sup>er</sup> novembre 2010, avec prise d'effet au même jour. Différents avenants ont modifié ce contrat, à savoir :

- celui du 1<sup>er</sup> mai 2011 a principalement augmenté le salaire mensuel brut à 2 309,25 euros ou 2 000 euros net. La fonction exercée est décrite comme celle de « *cuisinier* » ;
- celui du 1<sup>er</sup> mars 2013 a porté le salaire mensuel brut à 2 666,12 euros ou 2 329,04 euros net pour la fonction de « *second de cuisine* » ;
- celui du 1<sup>er</sup> mars 2016 a augmenté le salaire mensuel brut à 3 232,75 euros et la qualité exercée par A a été désignée comme « *chef de cuisine* ».

Aucun autre avenant n'est versé, ni d'ailleurs invoqué par les parties.

La SOC 1 entend prouver la modification vers le poste de second de cuisine de A, à partir d'octobre 2016, par une offre de preuve tendant à faire entendre un témoin.

La possibilité d'apporter des modifications unilatérales à la relation de travail est réservée à l'employeur, tant en faveur qu'en défaveur du salarié ; dans le premier cas, ces dernières donnent rarement lieu à contestation. Mais dans le second cas, le but recherché est souvent le maintien de la relation de travail, à des conditions différentes, notamment pour éviter un licenciement ou une procédure disciplinaire. Vu que l'idée d'une telle modification unilatérale d'un contrat de travail se heurte aux concepts de base de la relation contractuelle, surtout si le salarié s'en trouve préjudicié et que la modification porte sur une clause substantielle du contrat de travail, le Code du travail a fortement encadré cette procédure.

Cette procédure doit également être utilisée pour des accords non écrits, tels qu'allégués en l'espèce. Si l'employeur n'a pas respecté la procédure prévue à l'article L.121-7 du Code du travail, le contrat se poursuit aux conditions antérieures.

Il s'ensuit que la SOC 1, si elle avait voulu rétrograder A au poste de « *second de cuisine* », avec un salaire moindre que celui fixé dans le dernier avenant du 1<sup>er</sup> mars 2016, elle devait ou respecter la susdite procédure ou acter l'accord des parties dans un quatrième avenant au contrat de travail.

Tel n'étant pas le cas, elle ne peut déroger à la loi en voulant en apporter la preuve par l'audition d'un témoin. L'offre de preuve est à rejeter, même en présence des fiches de salaires : l'on ne saurait en effet déduire du silence de A une acceptation tacite des modifications intervenues.

Il convient partant de confirmer le jugement entrepris en ce qu'il a fixé le salaire mensuel brut de A à 3 232,75 euros et déclaré fondée la demande en arriérés de salaires à hauteur de 4 500 euros.

L'appel de la SOC 1 n'est donc pas fondé sur ce point.

#### b. Quant à la régularité du licenciement

##### ► La protection spéciale de l'article L.121-6 du Code du travail

À titre préalable, la Cour constate que le certificat médical du docteur B, spécialiste en « *médecine familiale* », qui a déclaré A incapable de travailler pour la période du 30 juin 2017 au 30 août 2017 semble effectivement avoir fait l'objet d'une modification quant à la date d'établissement. Ce changement ne prête toutefois plus à conséquence, au vu de l'écrit officiel dudit médecin du 18 décembre 2018, dans lequel ce dernier explique avoir lui-même procédé au changement du « 30 » juin vers le « 28 » juin.

C'est partant pour de justes motifs que les juges de première instance ont retenu pour établi que ce certificat date du 28 juin.

Les parties se querellent sur les conditions d'application de l'article L.121-6 du Code du travail.

Il ressort de l'attestation testimoniale de l'épouse de A rédigée en date du 19 octobre 2017 qu'elle a téléphoné auprès de la SOC 1 le 28 juin 2017 à 17.02 heures, pour signaler la prolongation de l'arrêt de maladie de son époux. La réceptionniste, Madame C, a dit continuer le message à la patronne et au chef de cuisine.

Le relevé avec le détail des communications du téléphone est versé en pièce : ce relevé confirme un appel audit jour à 17.02 heures vers le numéro « xxxxxx » pour une durée de 46 secondes : il n'est pas contesté que ce numéro soit celui de la SOC 1.

Cette attestation testimoniale ainsi que ladite pièce ne sont pas contredites par l'attestation testimoniale rédigée le 16 mai 2019 par C, la réceptionniste de la SOC 1.

Le salarié A rapporte ainsi uniquement la preuve de l'information de la prolongation de sa maladie le 1<sup>er</sup> jour, voire avant le 1<sup>er</sup> jour, de sa prolongation. Il n'est toujours pas établi que l'employeur ait reçu le certificat du 28 juin 2017, a fortiori pour le 3<sup>e</sup> jour de la prolongation.

C'est dès lors à juste titre que le jugement entrepris a décidé que la protection contre le licenciement en cas d'incapacité de travail ne s'applique pas en l'espèce.

#### ► La précision de la lettre de licenciement

C'est à raison et pour de judicieux motifs que le tribunal a considéré que la lettre de licenciement suffit au caractère de précision exigé par la loi et la jurisprudence.

L'appel incident de A n'est pas fondé sur ce point.

#### ► La réalité et le sérieux des motifs du licenciement

Au vu des développements sur l'application de l'article L.121-6 du Code du travail, la réalité des motifs se trouve pour partie établie.

Sans devoir analyser la réalité du deuxième motif constitué par la perturbation du bon fonctionnement de l'entreprise exploitée par la SOC 1, la Cour reprend l'argumentaire du Tribunal du travail quant à la gravité de la faute.

En effet, il convient de situer les faits dans leur contexte, à savoir que A avait, au moment de son licenciement avec effet

immédiat, une ancienneté de service avoisinant les 7 années, sans n'avoir jamais reçu d'avertissement.

La SOC 1 a de plus été informée par l'épouse de A que son époux, qui se trouvait en période d'incapacité de travail depuis le 19 mai 2017 suivant deux certificats médicaux précédents le certificat litigieux, ne reviendrait pas travailler le 30 juin 2017. L'employeur avait donc connaissance de l'état de santé défaillant de son salarié, dès avant la période actuellement visée du 30 juin au 30 août 2017.

L'absence injustifiée de plusieurs jours, 7 en l'occurrence, constitue ainsi un fait unique et isolé sur une période d'activité de 7 années ; même si le certificat médical n'est pas parvenu à la SOC 1, celle-ci ne comptait pas sur le retour de A, puisqu'elle était informée de la prolongation de la période de maladie. Le comportement incriminé ne constitue subséquemment pas une faute grave rendant immédiatement et définitivement impossible le maintien des relations de travail.

C'est partant à raison que le jugement a quo a déclaré le licenciement intervenu le 6 juillet 2017 abusif.

#### ► Les indemnités suite au licenciement abusif

Au vu d'une part du caractère abusif du licenciement et de l'ancienneté de A et d'autre part du salaire mensuel ci-devant retenu, il convient de confirmer l'allocation d'une indemnité compensatoire de préavis de 4 mois (4 x 3 232,75 = 12 931 euros) et d'une indemnité de départ correspondant à 1 mois de salaire (3 232,75 euros).

Il y a encore lieu de confirmer l'évaluation des préjudices matériel et moral.

Même en l'absence de pièces certifiant la recherche active d'un nouvel emploi, il ressort néanmoins des pièces soumises à la Cour que A a retrouvé un emploi moins de 3 mois après son licenciement : il a partant nécessairement entrepris toutes les démarches pour trouver ce nouvel emploi.

La Cour rejoint l'argumentation du Tribunal du travail pour fixer à 4 mois la période durant laquelle A aurait dû retrouver un emploi, période actuellement couverte par l'indemnité compensatoire de préavis.

Au vu des circonstances de l'espèce, de l'âge et du domaine d'activité concerné, c'est encore à juste titre que le préjudice moral a été fixé à 1 500 euros.



**4. Période d'essai :** dans le cadre de contrats de travail à durée indéterminée successifs, une nouvelle période d'essai n'est en principe pas valable si ces contrats sont rapprochés dans le temps. Mais s'il y a une véritable césure contractuelle, une interruption effective et réelle de plusieurs mois, les deux embauches étant indépendantes l'une de l'autre, il est permis de prévoir une nouvelle période d'essai, même si le salarié est réembauché pour la même activité.

**Licenciement prononcé par écrit mais non notifié dans les formes légales<sup>2</sup> :** il y a irrégularité formelle du licenciement.

**Licenciement oral :** lorsque le licenciement est prononcé oralement par une manifestation claire et non équivoque de la volonté de l'employeur de mettre fin au contrat de travail, il est à déclarer abusif.

**Irrégularité formelle du licenciement :** il n'y a pas d'indemnisation lorsque le salarié refuse délibérément de signer la lettre de licenciement qui lui était remise, de sorte que l'irrégularité formelle est due à son fait.

Arrêt de la Cour d'appel du 28 mai 2020, n° CAL-2019-00591 du rôle

#### 4.1 En première instance

Par requête déposée au greffe de la justice de paix de Luxembourg le 2 novembre 2018, la société SOC 1. S.à r.l. ( ci-après l'employeur) a fait convoquer devant le Tribunal du travail de Luxembourg le salarié A, pour :

- à titre principal, voir constater la résiliation de son contrat de travail en date du 14 février 2018 pendant la période d'essai ;
- à titre subsidiaire, voir constater la démission de A découlant de ses absences depuis le 1<sup>er</sup> mars 2018 ;
- en tout état de cause, entendre décharger l'employeur du paiement des arriérés de salaires depuis le 28 février 2018, date de la fin du préavis, et plus précisément des mois de mars, avril, mai et juin 2018 ;
- dire pour droit que l'employeur ne redoit aucun montant au défendeur au-delà du 28 février 2018 ;
- s'entendre donner acte qu'elle se réserve le droit de déposer plainte au pénal pour tentative sinon escroquerie à jugement.

A a demandé à voir débouter l'employeur de tous les chefs de sa demande.

Il a demandé, reconventionnellement, la condamnation de la société SOC 1. S.à r.l. à lui payer les montants suivants :

- arriérés de salaires :
  - > mars à juin 2018 : 9 593,20 euros
  - > juillet au 18.10.2018 : 8 587,46 euros
- préjudice moral (2 mois de salaire) : 4 796,60 euros
- indemnité compensatoire de congés non pris : 2 218,00 euros (160 heures x 13,86 euros)
- indemnisation pour procédure abusive et vexatoire sur base de l'article 6-1 du Code civil : 1 500,00 euros

Le présent litige a trait aux questions de savoir qui de l'employeur ou du salarié a résilié le contrat de travail et si la clause d'essai prévu au contrat de travail est valable.

En l'espèce, A a été engagé par la société SOC 1. S.à r.l. suivant contrat de travail du 2 janvier 2018 en qualité de boucher, à partir du 2 janvier 2018, avec une période d'essai de 3 mois.

Il résulte ensuite des pièces versées en cause que A avait déjà été engagé auparavant par l'employeur suivant contrat de travail à durée indéterminée du 1<sup>er</sup> février 2015 et que l'employeur a résilié ce contrat de travail par courrier remis en mains propres le 31 octobre 2016 moyennant le préavis légal de 2 mois.

<sup>2</sup> c-à-d. non notifié moyennant un envoi recommandé ou ni par la signature apposée par le salarié sur le double de la lettre de licenciement.

Le salarié soutient qu'en présence de cette succession de contrats de travail, la stipulation d'une période d'essai de 3 mois dans le contrat du 2 janvier 2018 n'était pas valable.

Ensuite, l'employeur soutient avoir remis au salarié en mains propres une lettre de licenciement datée au 14 février 2018 moyennant un préavis de 15 jours se terminant le 28 février 2018, lettre que ce dernier a prise, mais refusée de signer.

L'employeur indique encore l'avoir désaffilié avec effet au 28 février 2018, de sorte qu'il serait constant que le contrat de travail a pris fin à son initiative à cette date.

Subsidiairement, il fait valoir que le salarié n'est plus venu travailler à partir du 28 février 2018, de sorte qu'il faudrait considérer qu'il a démissionné.

Cette version des faits est critiquée par le salarié qui conteste s'être vu remettre une lettre de licenciement en date du 14 février 2018 et avoir démissionné, alors que son absence à partir de cette date se justifiait par une incapacité de travailler allant du 3 mars au 5 mai 2018 et dont l'employeur avait dûment été informé.

Il en conclut que la relation de travail n'a pas pris fin, de sorte qu'il serait en droit de faire les revendications financières ci-avant détaillées.

Il reconnaît cependant qu'en date du 1<sup>er</sup> mars 2018, l'employeur lui a présenté un courrier de licenciement avec effet au 28 février 2018, qui aurait été antidaté au 14 février 2018, tout en lui demandant d'y apposer sa signature, ce qu'il aurait refusé de faire.

Le Tribunal du travail a par jugement du 5 avril 2019 :

- dit que le contrat de travail conclu en date du 2 janvier 2018 entre la société à responsabilité limitée SOC 1. S.à r.l. et A a pris fin le 1<sup>er</sup> mars 2018 ;
- déclaré fondée la demande principale de la société à responsabilité limitée SOC 1. S.à r.l. tendant à voir dire qu'aucun salaire n'est réduit à A à partir du 1<sup>er</sup> mars 2018 ;
- déclaré non fondée la demande reconventionnelle de A à titre d'arriérés de salaires pour la période du 1<sup>er</sup> mars au 18 octobre 2018 ;
- déclaré fondée la demande reconventionnelle de A à titre d'indemnité compensatoire de congés non pris à concurrence de la somme de 461,26 euros ;
- déclaré non fondée la demande reconventionnelle de A en indemnisation du préjudice moral ;
- déclaré non fondée la demande reconventionnelle de A en indemnisation pour procédure abusive et vexatoire sur base de l'article 6-1 du Code civil ;
- partant, condamné la société à responsabilité limitée SOC 1. S.à r.l. à payer à A la somme de 461,26 euros (quatre cent soixante-et-un euros et vingt-six centimes) ;
- condamné A à payer à la société à responsabilité limitée SOC 1. S.à r.l. une indemnité de procédure de 750 euros

(sept cent cinquante euros) sur base de l'article 240 du nouveau code de procédure civile ;

- débouté A de sa demande en allocation d'une indemnité de procédure sur base de l'article 240 du nouveau code de procédure civile.

## 4.2 En instance d'appel

A a régulièrement relevé appel. Il fait tout d'abord grief au Tribunal du travail d'avoir décidé que la clause d'essai contenue dans le contrat de travail du 2 janvier 2018 était valable et d'autre part, que l'employeur avait de manière non équivoque manifesté sa volonté de mettre fin à la relation de travail en date du 1<sup>er</sup> mars 2018.

### a. Validité de la clause d'essai

Le salarié fait valoir que la clause d'essai ne serait pas valable alors que la finalité de la période d'essai est de permettre :

- à l'employeur l'évaluation des aptitudes professionnelles du salarié à la tâche lui confiée, et
- au salarié d'apprécier si le travail à accomplir lui convient, s'il correspond à ses attentes.

Or, il est constant qu'il a occupé le même poste de boucher de février 2015 à décembre 2016, soit pendant deux ans ; que son employeur était toujours le même et la fonction de boucher exercée aussi, de sorte que ce dernier a donc amplement eu le temps d'apprécier ses qualités pendant ces deux années.

De la même manière, contrairement à certains métiers sujets à une évolution importante (informatique par exemple), la profession de boucher ne connaît pas de changements, et à plus forte raison pas durant la période entre les 1<sup>er</sup> et 2<sup>nd</sup> contrats.

À cela s'ajoute que durant les deux tiers de la prétendue période d'essai, l'employeur n'avait strictement rien à reprocher au salarié.

Par conséquent, étant donné les circonstances et le fait que le nouveau contrat de travail est assez rapproché dans le temps du premier, le premier juge a fait une erreur d'appréciation en considérant que, faute de contrats successifs, la clause d'essai était valable dans le cadre du deuxième contrat.

Dans ces conditions, il y aurait lieu de considérer que la clause d'essai n'est pas valable et ne sortirait pas ses effets dans le cadre du contrat de travail du 2 janvier 2018.

#### ► Appréciation de la Cour d'appel

La période d'essai est destinée à permettre à l'employeur de vérifier les compétences et aptitudes du salarié qu'il vient d'embaucher et au salarié de vérifier si le poste lui convient.

Avec un même salarié, l'employeur ne peut en principe convenir que d'une seule et unique période d'essai, sauf en cas de changement de fonction.

La période d'essai ne peut pas être renouvelée selon l'article L.121-5 (3) du Code du travail.

N'est partant pas valable une clause d'essai dans un second contrat, qui ne constitue que la continuation d'une relation de travail antérieure ; autrement dit, lorsque l'employeur recourt au même salarié dans le cadre de contrats successifs, une nouvelle période d'essai n'est en principe pas valable si ces contrats sont rapprochés dans le temps.

S'il y a eu une véritable césure contractuelle, une interruption effective et réelle de plusieurs mois, les deux embauches étant indépendantes l'une de l'autre, il est permis à l'employeur de convenir une nouvelle période d'essai, même si le salarié est réembauché pour la même activité.

En l'espèce, A a été engagé une première fois comme boucher par la société SOC 1. sur base d'un contrat à durée indéterminée du 1<sup>er</sup> février 2015, résilié le 31 octobre 2016 moyennant le préavis légal de 2 mois, ce contrat comportait une période d'essai.

Ensuite, A a été engagé par la même société pour la même fonction sur base d'un contrat signé le 2 janvier 2018 avec une période d'essai de 3 mois.

Le deuxième engagement étant intervenu un an plus tard, l'insertion par l'employeur d'une clause d'essai dans le deuxième contrat de travail est dès lors valable.

Le jugement est partant à confirmer sur ce point.

## b. Résiliation du contrat de travail

La question est de savoir qui de l'employeur ou du salarié a résilié le contrat de travail.

À l'instar du Tribunal du travail, la Cour relève que « dans la mesure où A était encore en période d'essai aussi bien à la date du 14 février 2018 qu'aux dates des 28 février 2018 et 1<sup>er</sup> mars 2018, il y a lieu de se référer à l'article L.121-5 (4) du Code du travail, qui prévoit qu'il peut être mis fin au contrat à l'essai dans les formes prévues aux articles L.124-3 et L.124-4 du Code du travail.

Aux termes de l'article L.124-3 (1) du Code du travail, « L'employeur qui décide de licencier doit, sous peine d'irrégularité pour vice de forme, notifier le licenciement au salarié par lettre recommandée à la poste. Toutefois, la signature apposée par le salarié sur le double de la lettre de licenciement vaut accusé de réception de la notification ».

Conformément à cette disposition, tout licenciement doit être prononcé par écrit ; lorsque le licenciement est prononcé par écrit-mais qu'il n'est pas notifié moyennant un envoi recommandé ou par la signature apposée par le salarié sur le double de la lettre de licenciement, il y a irrégularité formelle du licenciement, et lorsque le licenciement est prononcé oralement, il est à déclarer abusif ; toutefois, ni dans l'une ni dans l'autre de ces hypothèses, le licenciement intervenu n'est rendu non avenu.

Il est ensuite admis que la résiliation du contrat de travail doit s'exprimer par une manifestation claire et non équivoque de la

volonté de l'employeur de mettre fin au contrat de travail liant l'employeur au salarié (Cour, 11 janvier 2018, n°44637 du rôle).

En l'espèce, au vu de la contestation formulée par A et du contenu contradictoire des attestations testimoniales versées de part et d'autre - et donc de l'absence de pertinence de l'instauration d'une mesure d'instruction - , il n'est pas établi qu'en date du 14 février 2018 la société SOC 1. S.à r.l. ait présenté au défendeur un courrier de licenciement, respectivement qu'elle ait d'une autre façon manifesté de manière non équivoque sa volonté de licencier le défendeur. ».

C'est partant à bon droit que le Tribunal du travail a retenu que la version des faits présentée par l'employeur, à savoir la remise au salarié de la lettre de licenciement en mains propres le 14 février 2018 n'a pas été établie.

Il laisse encore d'être prouvé que les absences du salarié après le 14 février 2018 établissent la volonté de ce dernier de démissionner, alors qu'il est établi qu'il se trouvait en période de maladie allant du 2 mars 2018 au 5 mai 2018, maladie dûment portée à la connaissance de l'employeur.

Il résulte en revanche tant du jugement entrepris que d'un courrier de l'ancien mandataire du salarié du 30 mai 2018, que A a admis, qu'en date du 1<sup>er</sup> mars 2018, l'employeur lui a présenté un courrier de licenciement avec effet au 28 février 2018 - qui aurait été antidaté au 14 février 2018 - tout en lui demandant d'y apposer sa signature.

C'est partant de façon judicieuse que la juridiction du premier degré a décidé qu'« en agissant de la sorte, et en procédant en parallèle à la désaffiliation de A, l'employeur a de manière non équivoque manifesté sa volonté de mettre fin à la relation de travail avec effet au 1<sup>er</sup> mars 2018, de sorte qu'il y a lieu de retenir que la relation de travail a pris fin à cette date ».

Le jugement est partant encore à confirmer sur ce point et en ce qu'il a, en conséquence, débouté le salarié de toutes ses demandes à l'exception de la demande en paiement d'une indemnité pour congé non pris d'un montant de 461,26 euros.

Par adoption des motifs corrects du Tribunal du travail les demandes de A en réparation du dommage moral et pour procédure abusive et vexatoire sont à déclarer non fondées.

A requiert pour la première fois en instance d'appel, pour le cas où la Cour déciderait que le licenciement a été valablement prononcé au 1<sup>er</sup> mars 2018, la condamnation de son ancien employeur au paiement de la somme de 2 439,36 euros du chef d'irrégularité formelle.

L'employeur n'ayant pas soulevé l'irrecevabilité de cette demande nouvelle en instance d'appel, il y a lieu d'en examiner son bien-fondé.

Il y a irrégularité formelle du licenciement lorsqu'une formalité substantielle de la procédure de licenciement n'a pas été respectée selon l'article L.124-12 (3) al.1<sup>er</sup> du Code du travail.

L'indemnité légale pour irrégularité formelle n'est due que si le licenciement n'est pas déclaré abusif comme en l'espèce, dans le cas contraire elle n'est pas due.

La loi considère comme irrégularité formelle lorsque la lettre de licenciement n'a pas été envoyée par recommandé ou n'a pas fait l'objet d'un accusé de réception moyennant signature du salarié.

Il en suit qu'en l'espèce, le salarié qui n'a pas signé la lettre de licenciement qui lui était remise, a en principe droit, confor-

mément à l'article L.124-12 (3) alinéa 1<sup>er</sup> du Code du travail à une indemnité qui ne peut être supérieure à 1 mois de salaire.

Or, il résulte des aveux mêmes du salarié qu'il a délibérément refusé de signer la lettre de licenciement qui lui était remise, de sorte que l'irrégularité formelle est due à son fait.

Partant, il est malvenu de venir en réclamer réparation. La demande afférente doit partant être déclarée non fondée.

Chaque partie réclame une indemnité de procédure. Or, faute d'avoir établi l'iniquité requise par l'article 240 du nouveau code de procédure civile, ces demandes sont à rejeter.

## 5. Droit européen : Un ancien travailleur migrant et ses enfants bénéficiant d'un droit de séjour au titre de la scolarisation des enfants ne peuvent pas être automatiquement exclus de prestations sociales de base prévues par le droit national au motif que ce travailleur est tombé au chômage.

Arrêt de la CJUE (grande chambre), du 6 octobre 2020, Jobcenter Krefeld – Widerspruchsstelle contre JD, C-181/19

### 5.1 Faits et procédure

JD est un ressortissant polonais qui, depuis 2013, réside avec ses deux filles mineures en Allemagne, où celles-ci sont scolarisées. En 2015 et 2016, JD a exercé plusieurs activités salariées dans cet État membre avant de se retrouver au chômage. De septembre 2016 à juin 2017, la famille a perçu, notamment, des prestations de protection sociale de base prévues par la réglementation allemande, à savoir des « allocations subsidiaires de chômage » pour JD (Arbeitslosengeld II) et des « allocations sociales » pour ses enfants (Sozialgeld). Depuis le 2 janvier 2018, JD exerce à nouveau un emploi à plein temps en Allemagne.

En juin 2017, JD avait demandé le maintien du versement des prestations de subsistance, c'est-à-dire des allocations subsidiaires de chômage et des allocations sociales pour ses enfants. Le Jobcenter allemand lui a refusé sa demande sur le fondement que JD n'avait pas conservé la qualité de travailleur salarié et séjournait en Allemagne à la seule fin de rechercher un emploi.

JD et ses deux filles ont alors saisi le Sozialgericht de Düsseldorf (tribunal contentieux social de Düsseldorf, Allemagne) d'un recours en annulation de la décision du Jobcenter allemand. Par jugement du 8 mai 2018, la juridiction en question a fait droit à la demande de JD et ses filles.

Néanmoins, le 14 juillet 2018, le Jobcenter a interjeté appel de ce dernier jugement.

Dans ces conditions, le Landessozialgericht Nordrhein-Westfalen (tribunal supérieur du contentieux social de Rhéna-

nie-du-Nord-Westphalie, Allemagne) a décidé de surseoir à statuer et de poser à la CJUE les questions préjudicielles suivantes :

« 1) Est-il compatible avec l'exigence d'égalité de traitement consacrée à l'article 18 TFUE, lu en combinaison avec les articles 10 et 7 du règlement 492/2011, d'exclure du bénéfice des prestations d'assistance sociale au sens de l'article 24, paragraphe 2, de la directive [2004/38] les citoyens de l'Union qui disposent d'un droit de séjour au titre de l'article 10 du règlement 492/2011 ?

a) Une prestation d'assistance sociale au sens de l'article 24, paragraphe 2, de la directive 2004/38 constitue-t-elle un avantage social au sens de l'article 7, paragraphe 2, du règlement 492/2011 ?

b) La règle dérogatoire établie à l'article 24, paragraphe 2, de la directive 2004/38 s'applique-t-elle à l'exigence d'égalité de traitement consacrée à l'article 18 TFUE, lu en combinaison avec les articles 10 et 7 du règlement 492/2011 ?

2) Est-il compatible avec l'exigence d'égalité de traitement consacrée à l'article 18 TFUE, lu en combinaison avec l'article 4 du règlement 883/2004, d'exclure du bénéfice des prestations spéciales en espèces à caractère non contributif au sens de l'article 3, paragraphe 3, et de l'article 70, paragraphe 2, du règlement 883/2004 les citoyens de l'Union qui disposent d'un droit de séjour au titre de l'article 10 du règlement 492/2011 et qui sont affiliés à un système de sécurité sociale ou à un système de prestations familiales au sens de l'article 3, paragraphe 1, du règlement 883/2004 ? »

## Règlement (CE) n° 492/2011 du Parlement européen et du Conseil du 5 avril 2011 relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de l'Union

### Article 2, paragraphe 1, sous b)

« Tout ressortissant d'un État membre et tout employeur exerçant une activité sur le territoire d'un État membre peuvent échanger leurs demandes et offres d'emplois, conclure des contrats de travail et les mettre à exécution, conformément aux dispositions législatives, réglementaires et administratives en vigueur, sans qu'il puisse en résulter de discrimination. »

### Article 7

« 1. Le travailleur ressortissant d'un État membre ne peut, sur le territoire des autres États membres, être, en raison de sa nationalité, traité différemment des travailleurs nationaux, pour toutes conditions d'emploi et de travail, notamment en matière de rémunération, de licenciement et de réintégration professionnelle ou de réemploi s'il est tombé au chômage.

2. Il y bénéficie des mêmes avantages sociaux et fiscaux que les travailleurs nationaux.

[...] »

### Article 10

« Les enfants d'un ressortissant d'un État membre qui est ou a été employé sur le territoire d'un autre État membre sont admis aux cours d'enseignement général, d'apprentissage et de formation professionnelle dans les mêmes conditions que les ressortissants de cet État, si ces enfants résident sur son territoire.

Les États membres encouragent les initiatives permettant à ces enfants de suivre les cours précités dans les meilleures conditions. »

## Règlement (CE) n° 883/2004 du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 sur la coordination des systèmes de sécurité sociale

### Article 4

« À moins que le présent règlement n'en dispose autrement, les personnes auxquelles le présent règlement s'applique bénéficient des mêmes prestations et sont soumises aux mêmes obligations, en vertu de la législation de tout État membre, que les ressortissants de celui-ci. »

## Directive 2004/38/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres

### Article 24

« [...] »

2. Par dérogation au paragraphe 1, l'État membre d'accueil n'est pas obligé d'accorder le droit à une prestation d'assistance sociale pendant les trois premiers mois de séjour ou, le cas échéant, pendant la période plus longue prévue à l'article 14, paragraphe 4, point b), ni tenu, avant l'acquisition du droit de séjour permanent, d'octroyer des aides d'entretien aux études, y compris pour la formation professionnelle, sous la forme de bourses d'études ou de prêts, à des personnes autres que les travailleurs salariés, les travailleurs non-salariés, les personnes qui gardent ce statut, et les membres de leur famille. »

## 5.2 Appréciation de la Cour

La CJUE rappelle dans son arrêt qu'il est de jurisprudence constante que l'enfant d'un travailleur migrant ou d'un ancien travailleur migrant dispose d'un droit de séjour propre dans l'État membre d'accueil.

En effet, le règlement 492/2011 reconnaît à l'enfant un droit de séjour autonome sur le fondement du droit à l'égalité de traitement en ce qui concerne l'accès à l'enseignement, qui ne dépend pas du fait que les parents qui en assurent la garde conserve la qualité de travailleur migrant dans l'État membre d'accueil. La reconnaissance d'un droit de séjour propre au profit d'un enfant implique que soit reconnu un droit de séjour correspondant en faveur du parent assurant effectivement la garde de celui-ci, au-delà du fait qu'il maintienne ou non sa qualité de travailleur.

Les parents et les enfants peuvent donc se prévaloir d'un droit de séjour autonome sans être tenus de satisfaire aux conditions définies par la directive 2004/38, telles que la condition imposant de disposer de ressources suffisantes et d'une assurance maladie complète dans l'État membre d'accueil.

En ce qui concerne les allocations subsidiaires de chômage et les allocations sociales en cause dans cette affaire, la CJUE constate qu'elles constituent des avantages sociaux au sens de l'article 7, paragraphe 2, du règlement 492/2011, de sorte que le principe d'égalité de traitement s'applique.

De la même manière que pour le maintien du droit de séjour du parent ayant perdu sa qualité de travailleur, le parent et ses enfants doivent pouvoir bénéficier du maintien des avantages sociaux sur le fondement de l'égalité de traitement. Une telle interprétation permet d'éviter de devoir interrompre la scolarité des enfants pour rentrer dans le pays d'origine, faute de pouvoir bénéficier d'avantages sociaux dans l'État membre d'accueil qui garantissent de disposer de moyens d'existence suffisants.

En outre, la CJUE a jugé que l'État membre d'accueil ne peut pas se prévaloir de la dérogation au principe d'égalité de traitement en matière d'assistance sociale prévue à l'article 24 paragraphe 2 de la directive 2004/38, qui permet de refuser l'octroi de prestations d'assistance aux personnes qui bénéficient, en vertu de cette directive, d'un droit de séjour au titre de la recherche d'un emploi dans l'État membre d'accueil. Cette dérogation a été introduite dans le seul but d'éviter que ces personnes ne deviennent une charge déraisonnable pour le système d'assistance sociale de l'État membre d'accueil.

Or, la CJUE rappelle que cette dérogation doit être interprétée de manière stricte et ne peut s'appliquer qu'à des personnes dont le droit de séjour est fondé uniquement sur ladite directive.

Dans la présente affaire, JD et ses filles bénéficient, certes, d'un droit de séjour fondé sur la directive 2004/38 mais peuvent également se prévaloir d'un droit de séjour autonome, au titre de l'article 10 du règlement 492/2011, de sorte que ladite dérogation ne peut pas leur être opposée. Ainsi, une réglementation nationale qui les exclut de tout droit aux prestations de protection sociale instaure une différence de traitement en matière d'avantages sociaux par rapport aux ressortissants nationaux, qui est contraire au règlement 492/2011.

Enfin, la CJUE a jugé qu'un travailleur migrant et ses enfants, qui jouissent d'un droit de séjour fondé sur l'article 10 du règlement 492/2011 et qui sont affiliés au système de sécurité sociale dans l'État membre d'accueil, disposent aussi du droit à l'égalité de traitement découlant de l'article 4 du règlement 883/2004. Ainsi, le fait de leur refuser tout droit aux prestations de protection sociale constitue une différence de traitement par rapport aux ressortissants nationaux, qui est contraire au règlement 883/2004.

### 5.3 Décision de la Cour

*« 1) L'article 7, paragraphe 2, et l'article 10 du règlement (UE) n° 492/2011 du Parlement européen et du Conseil, du 5 avril 2011, relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de l'Union, doivent être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à une réglementation d'un État membre en vertu de laquelle un ressortissant d'un autre État membre et ses enfants mineurs, qui jouissent tous, dans le premier État membre, d'un droit de séjour fondé sur l'article 10 de ce règlement, au titre de la scolarisation de ces enfants dans ce même État, sont en toutes circonstances et automatiquement exclus du droit aux prestations visant à assurer leur subsistance. Cette interprétation n'est pas remise en cause par l'article 24, paragraphe 2, de la directive 2004/38/CE du Parlement européen et du Conseil, du 29 avril 2004, relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, modifiant le règlement (CEE) n° 1612/68 et abrogeant les directives 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE et 93/96/CEE.*

*2) L'article 4 du règlement (CE) no 883/2004 du Parlement européen et du Conseil, du 29 avril 2004, sur la coordination des systèmes de sécurité sociale, lu en combinaison avec l'article 3, paragraphe 3, et l'article 70, paragraphe 2, de ce règlement, doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à une réglementation d'un État membre en vertu de laquelle un ressortissant d'un autre État membre et ses enfants mineurs, qui jouissent tous, dans le premier État membre, d'un droit de séjour fondé sur l'article 10 du règlement n° 492/2011, au titre de la scolarisation de ces enfants dans ce même État, et y sont affiliés à un système de sécurité sociale au sens de l'article 3, paragraphe 1, du règlement n° 883/2004, sont en toutes circonstances et automatiquement exclus du droit aux prestations spéciales en espèces à caractère non contributif. »*