



# INFOS JURIDIQUES

Flash sur le Droit social

## NEWSLETTER

N° 11/2019 19 décembre 2019

1. **Présence au travail** : Il appartient au salarié de se mettre à la disposition de l'employeur, soit à tout le moins de s'enquérir tous les jours auprès de lui de l'existence d'un travail, sinon d'établir une dispense de travail de sa part. p.1
2. **Heures supplémentaires** : la demande de l'employeur d'exécuter des heures supplémentaires ne doit pas être expresse, mais peut résulter des circonstances de la cause. p.3
3. **Attention au délai de forclusion de trois mois, respectivement d'une année et à la prescription triennale en droit du travail !** p.5
4. **Droit européen** : le refus d'un État membre de prendre en compte, aux fins de déterminer l'éligibilité à une pension de retraite anticipée, les prestations de pension auxquelles un travailleur ayant fait usage de son droit à la libre circulation a droit dans un autre État membre, est discriminatoire. p.7

## 1. **Présence au travail** : Il appartient au salarié de se mettre à la disposition de l'employeur, soit à tout le moins de s'enquérir tous les jours auprès de lui de l'existence d'un travail, sinon d'établir une dispense de travail de sa part.

Arrêt de la Cour d'appel du 14 novembre 2019  
N° CAL-2018-00940 du rôle

### Faits

A a été engagé par la société anonyme SOC1 suivant contrat de travail à durée déterminée (ci-après CDD) pour une période allant du 30 août 2016 au 18 décembre 2016.

Par lettre recommandée du 10 octobre 2016, A a été licencié par son employeur avec effet immédiat.

A a fait convoquer son ancien employeur devant le Tribunal du travail de Luxembourg pour le voir condamner du chef de son licenciement qualifié d'abusif à lui payer le montant total de 39.204,20 €, dont le montant de 4.379,72 € au titre de salaires jusqu'au terme de son contrat de travail à durée déterminée, le montant de 2.545,82 € au titre d'arriérés de salaires, les montants respectifs de 11.537,76 € et de 20.000 € en réparation de ses dommages matériel et

moral et le montant de 740,90 € au titre de l'indemnité compensatoire de congé non pris.

A a encore demandé, sous peine d'astreinte, la remise de son certificat de travail, de ses fiches de salaires des mois de septembre et d'octobre 2016, ainsi que la restitution d'une somme de 50 €, indûment retenue par l'employeur sur le salaire du mois d'août 2016. Il a également demandé une indemnité de procédure de 2.000 € sur base de l'article 240 du Nouveau code de procédure civile.

Lors de l'audience du 8 mai 2017, A a augmenté sa demande relative à la perte de salaires au montant de 4.468,36 € et réduit sa demande relative au préjudice matériel au montant de 966,85 € et celle relative aux arriérés de salaires au montant de 2.456,48 €.



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.

## **Jugement du Tribunal du travail**

À la suite des enquête et contre-enquête, le Tribunal du travail a déclaré le licenciement abusif ; dit qu'il y a lieu de requalifier la demande relative aux salaires échus jusqu'à la fin du contrat de travail en demande en dommages et intérêts ; dit cette demande fondée sur base de l'article L.122-13 du Code du travail pour le montant de 3.845,92 € correspondant à deux mois de salaire social minimum ; dit la demande relative aux dommages et intérêts pour préjudices matériel et moral supplémentaires non fondée ; dit la demande relative aux arriérés de salaire fondée à concurrence du montant de 434,22 € ; dit la demande relative au congé non pris fondée à concurrence du montant de 41,79 € et dit la demande relative à la retenue illégale fondée pour le montant de 50 €.

En conséquence le Tribunal du travail a condamné la société SOC1 à payer à A le montant total de 4.371,93 €, avec les intérêts légaux à partir de la demande en justice, le 16 janvier 2017, jusqu'à solde.

Le tribunal a encore dit la demande relative à la communication du certificat de travail et de la fiche de salaire du mois d'octobre 2016 fondée et condamné la société SOC1 à remettre à A un certificat de travail, ainsi que la fiche de salaire du mois d'octobre 2016, sous peine d'une astreinte de 50 € par jour de retard et par document, astreinte limitée à un montant total de 500 € par document ; dit non fondée la demande relative à la fiche de salaire du mois de septembre 2016 ; condamné la société SOC1 à payer à A une indemnité de procédure de 800 € ; dit non fondée la demande de la société SOC1 relative à l'indemnité de procédure.

Par exploit d'huissier du 17 juillet 2018, la société SOC1 a relevé appel.

## **Arrêt de la Cour d'appel**

La société SOC1 demande, par réformation du jugement entrepris, à voir déclarer le licenciement intervenu régulier et à voir débouter le salarié de toutes ses demandes.

Elle demande encore une indemnité de procédure de 1.500 € pour la première

instance et le même montant pour l'instance d'appel.

A demande la confirmation du jugement entrepris en ce qu'il a déclaré le licenciement abusif et en ce qu'il a condamné l'employeur au paiement du montant de 3.845,92 € de ce chef.

Il relève appel incident et demande à voir condamner la société SOC1 à lui payer le montant de 2.456,48 € au titre d'arriérés de salaires, ainsi que le montant de 740,90 € au titre d'indemnité compensatoire de congé non pris et le montant de 10.000 € en réparation de son dommage moral.

A demande encore à voir condamner son ancien employeur à lui remettre la fiche de salaire rectifiée du mois de septembre 2016, sous peine d'une astreinte de 50 € par jour de retard, astreinte limitée au montant de 500 €.

### ***Quant au bien-fondé du licenciement***

Il convient de rappeler d'abord qu'à l'appui du licenciement avec effet immédiat du 10 octobre 2016, la société SOC1 fait grief à A, d'un côté, d'avoir refusé le travail auprès de la société SOC2 sans en avertir la direction de la société employeuse et d'être parti du chantier SOC2 sans donner d'explications et, d'un autre côté, de ne pas avoir, au cours d'une période allant du 5 septembre au 10 octobre 2016, donné de nouvelles, alors que l'employeur pensait qu'il était toujours au poste auprès de la société SOC2.

La société SOC1 reproche ainsi à A de ne pas s'être présenté au siège de l'entreprise ni de s'être informé sur un travail à prester par courrier ou par téléphone, à partir du 5 septembre et jusqu'au 10 octobre 2016, laissant l'employeur sans nouvelles pendant plus d'un mois.

La Cour d'appel retient, à l'instar de la juridiction de première instance que les faits reprochés au salarié et énoncés dans la lettre de licenciement, à les supposer établis, revêtent le sérieux nécessaire pour justifier le licenciement avec effet immédiat.

La Cour rejoint encore la juridiction de première instance en ce qu'elle a retenu que le grief tiré de l'abandon de poste par A le matin du 5 septembre 2016 n'était pas établi, dès lors que le témoin B n'indique pas l'heure à laquelle

A s'est présenté au chantier à Dudelange, qu'il ne connaissait pas A et que son témoignage est contredit par les témoignages des voisins du salarié qui sont concordants pour dire qu'ils ont vu A un peu avant 8 heures et jusqu'à environ 11.30 heures.

Il y a cependant lieu de constater que l'employeur a établi une absence injustifiée de A du 5 septembre au 5 octobre 2016.

En effet, A ne conteste pas ne pas avoir travaillé au cours de la période litigieuse, tout en invoquant une dispense de travail, étant donné qu'il aurait téléphoné tous les jours à son supérieur hiérarchique E pour demander s'il y avait des chantiers pour lui.

Or, il ressort d'abord du contrat de travail que A devait rendre compte de son activité à F (article 3 du contrat). Il ressort encore des attestations testimoniales de E qu'il n'est pas le supérieur hiérarchique de A et qu'il n'avait pas connaissance de l'ensemble des clients chez lesquels les opérateurs étaient envoyés.

Il ne ressort également d'aucun élément du dossier que E était en charge des ressources humaines et pouvait recevoir les appels relatifs aux absences ou aux détachements à effectuer pour les salariés. En outre, le témoin indique ne pas avoir reçu d'appel téléphonique journalier du salarié.

Le témoin G, qui était en charge d'élaborer le tableau des détachements des opérateurs auprès des clients et de recevoir les pointages des interventions de ces derniers, a déclaré n'avoir reçu aucun appel de la part de A.

Enfin, même à retenir que le numéro de téléphone indiqué sur la liste téléphonique que A affirme avoir appelé pour s'informer sur le travail à effectuer, est celui de E, toujours est-il, d'une part, qu'il ne ressort pas de ces appels quel en a été le contenu et, d'autre part, qu'il en ressort que A ne s'est pas manifesté du tout auprès de l'employeur au cours des périodes allant du 7 au 9 septembre, du 9 au 15 septembre, du 19 au 21 septembre et du 21 septembre au 7 octobre 2016.

**Or, il appartient au salarié de se mettre à la disposition de l'employeur soit en se rendant à son lieu de travail, en l'occurrence le siège de la société ou**

éventuellement un chantier, soit à tout le moins de s'enquérir tous les jours auprès du patron ou auprès de la personne lui indiquée comme responsable de l'existence d'un travail, sinon d'établir une dispense de travail de la part de l'employeur.

Eu égard aux contestations de la société employeuse, dans la mesure où en l'espèce une dispense de travail n'est pas établie et dans la mesure où A ne conteste pas ne pas s'être rendu à son travail, son absence du 5 septembre au 5 octobre 2016 constitue une absence injustifiée.

Cette absence prolongée constitue un motif grave rendant immédiatement et définitivement impossible le maintien de la relation de travail, une telle absence devant être présumée entraîner une perturbation de l'entreprise de la société employeuse.

Le licenciement du 10 octobre 2016 est, en conséquence et par réformation du jugement entrepris, à déclarer régulier et justifié.

#### **L'appel incident**

A relève appel incident dès lors que ce serait à tort que la juridiction de première instance n'aurait pas fait droit à sa demande en paiement de ses salaires jusqu'à la fin de son CDD. La non-prestation de travail au cours de la période litigieuse ne lui serait pas imputable, dès lors que ce serait la société

employeuse qui n'aurait pas eu de chantiers sur lesquels elle pouvait l'envoyer. Ce serait à tort que le Tribunal du travail aurait imposé la charge de la preuve d'avoir travaillé au salarié, dès lors que si le salarié est resté à la disposition de l'employeur, il appartient à ce dernier, pour être dispensé de son obligation de payer le salaire, d'établir que l'absence de travail effectif résulte du fait de son préposé ou de la force majeure (Cour 17 février 2005, rôle n° 28657). En outre, il ressortirait des pièces versées en cause que le salarié a contacté tous les jours au téléphone son supérieur hiérarchique E.

Les salaires seraient, en conséquence, dus pour toute la durée du CDD. De même, l'indemnité compensatoire de congé non pris pour la période concernée serait également due.

Il y aurait, à cet égard, également lieu d'enjoindre à l'appelante de lui envoyer une fiche de salaire rectifiée pour le mois de septembre 2016, celle reçue indiquant erronément un salaire de zéro euro.

La société SOC1 demande le rejet de l'appel incident de A et la confirmation du jugement entrepris.

Il résulte de ce qui précède au sujet du caractère régulier du licenciement que A n'a pas travaillé et n'était pas à la disposition de son employeur au cours de la période du 5 septembre au 5 octobre 2016, de sorte que son appel incident est à rejeter.

#### **Les indemnisations**

Eu égard au caractère justifié du licenciement, les demandes de A en réparation de ses dommages matériel et moral sont à déclarer non fondées et la société SOC1 est à décharger de la condamnation au paiement du montant de 3.845,92 €.

Par adoption des motifs de la juridiction de première instance, la décision concernant les demandes de A relatives aux arriérés de salaires, à l'indemnité compensatoire de congé, à la retenue illégale, à la communication du certificat de travail et des fiches de salaire des mois de septembre et d'octobre 2016 et à l'indemnité de procédure allouée au salarié en première instance, est à confirmer.

#### **Les indemnités de procédure**

Eu égard à l'issue du litige, la demande de A en obtention d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel est à rejeter.

La société SOC1 ne justifiant pas de l'iniquité requise par l'article 240 du Nouveau code de procédure civile, ses demandes en paiement d'une indemnité de procédure pour la première instance et pour l'instance d'appel sont à rejeter.

## **2. Heures supplémentaires : la demande de l'employeur d'exécuter des heures supplémentaires ne doit pas être expresse, mais peut résulter des circonstances de la cause.**

### **Arrêt de la Cour d'appel du 16 mai 2019, N° 41477 du rôle**

La société à responsabilité limitée B a été déclarée en état de faillite en date du 21 mai 2012.

Son salarié A a produit au passif de la faillite une demande au titre du travail supplémentaire qu'il aurait presté les dimanches et lundis d'un montant total de 45.411,30 €.

Par jugement du 3 juin 2014, le Tribunal du travail a déclaré non fondée la demande de A au motif que le salarié n'avait pas rapporté la preuve de la prestation des heures de travail alléguées.

Le salarié A a relevé appel du jugement.

Devant la Cour d'appel, il a demandé la production par la société à respon-

sabilité limitée C du backup (mis sur support CD ou imprimé), réalisé à partir de l'ordinateur de la société B et contenant les relevés de caisses concernant les samedis, dimanches, lundis et jours fériés pour la période allant du 2 mai 2008 au 31 juillet 2011 au cours de laquelle le salarié prétend avoir travaillé les dimanches et les lundis. Le salarié A

s'est encore basé sur plusieurs attestations testimoniales pour démontrer ses prétentions.

Par un premier arrêt rendu à la date du 1er décembre 2016, la Cour d'appel a ordonné à la société C de déposer au greffe de la Cour d'appel un support informatique, dans une application standard ou avec une application permettant de lire les données, contenant l'enregistrement des relevés de caisse de la période du 2 mai 2008 au 31 juillet 2011 de la société B en faillite, correspondant aux données électroniques enregistrées de la société B.

Pour statuer ainsi, la Cour d'appel a retenu « *que le salarié prétend avoir travaillé les dimanches, samedis et jours fériés dans la période du 2 mai 2008 au 31 juillet 2011 et revendique le paiement des journées de travail effectuées. Même si le salarié ne le dit pas explicitement, son affirmation doit être interprétée en ce sens qu'il a travaillé tous les dimanches, samedis et jours fériés de la période litigieuse. Cependant, il ne précise pas le nombre d'heures travaillées à chaque fois. Le contenu précis des inscriptions aux relevés de caisses électroniques n'étant pas établi, il ne peut pas être exclu au stade actuel que la production des relevés de caisse permettra de rapporter la preuve de la réalité du travail allégué et de son ampleur. La Cour observe que même si le curateur déclare ne pas détenir matériellement les documents informatiques litigieux, il est en droit de prendre possession de tous les éléments de la comptabilité de l'entreprise en faillite. En l'espèce, seule la communication par un tiers est demandée. Comme les relevés de caisse peuvent être utiles dans l'administration de la preuve, il y a lieu de faire droit aux conclusions tendant à la communication.* »

À la suite de l'arrêt précité, le salarié A a fait savoir qu'il avait pris soin de conserver les supports informatiques relatifs au travail allégué et qu'il renonçait à la production par la société C du support informatique contenant l'enregistre-

ment des relevés de caisse de la période du 2 mai 2008 au 31 juillet 2011 de la société B. Selon A, il résulte des pièces versées en cause qu'il a travaillé tous les dimanches, lundis et jours fériés et il fournit un tableau duquel il ressortirait qu'il presté en tout 1.980 heures supplémentaires, à rémunérer au taux horaire brut de 22,935 €.

Il demande encore à voir condamner la société B en faillite au paiement des frais relatifs au tirage sur papier du support électronique à concurrence d'un montant de 2.340 €.

Aux termes de son contrat de travail, A a été engagé en qualité de gérant administratif pour un travail de 40 heures par semaine. Ses jours de repos étaient les dimanches et les lundis. L'employeur n'a pas produit le registre spécial prescrit par l'article L.211-29<sup>1</sup> du Code du travail.

Conformément à l'article 1315<sup>2</sup> du Code civil, il incombe au salarié, qui soutient avoir presté des heures supplémentaires le dimanche ou un autre jour en dehors de son horaire hebdomadaire normal, de prouver la réalité de ces heures de travail et le fait qu'elles ont été prestées à la demande de l'employeur et avec son accord.

En ce qui concerne la demande de l'employeur d'exécuter des heures supplémentaires, elle ne doit pas être expresse, mais elle peut résulter des circonstances de la cause.

Si à cet égard, la tenue par l'employeur d'un registre spécial des heures de travail renseignant toutes les prolongations de la durée normale de travail ou les heures supplémentaires prestées est certes de nature à alléger la charge de la preuve du salarié, l'absence de la tenue d'un tel registre ou encore l'absence d'un décompte détaillé quant au mode de calcul de son salaire n'a pas d'incidence au niveau de la charge de la preuve et n'est pas de nature à rendre impossible la preuve du salarié quant au bien-fondé de ses prétentions

En l'espèce, il ressort de la transcription du support informatique relatant l'activité des caisses du magasin de la société au cours de la période allant du 2 mai 2008 au 30 juin 2011 que des relevés de caisse ont été établis du mardi au samedi pendant toute la journée et le dimanche jusqu'à midi. Pour les lundis il n'y a aucun relevé de caisse, le lundi ayant été le jour de fermeture du magasin de la société B. Il ressort encore de huit attestations testimoniales versées en cause que des clients de la société B ont régulièrement rencontré A au magasin les dimanches matin.

Ces éléments suffisent à la Cour d'appel pour conclure que A a presté les heures de travail alléguées les dimanches matin avec l'accord de l'employeur, accord qui n'est par ailleurs pas autrement contesté et qui est établi par le fait de l'ouverture du magasin de la société B les dimanches matin

Par contre, s'agissant des heures de travail que le salarié allègue avoir prestées les lundis, les bons de commande versés en cause et portant en partie la date de lundis n'établissent pas un travail presté par A dès lors qu'il n'en ressort pas que c'est lui qui a établi les bons de commande et qui a effectué les livraisons relatives aux bons de commande les lundis en question. En outre, les deux attestations testimoniales dans lesquelles les témoins indiquent qu'ils ont souvent vu A les lundis, sans autre précision, sont trop générales pour établir que le salarié a régulièrement travaillé les lundis de l'accord de l'employeur.

A a établi un décompte des heures supplémentaires, qui comporte, pour tous les dimanches du 2 mai 2008 au 30 juin 2011, le nombre total de 660 heures prestées, en l'occurrence pour chaque dimanche 4 heures de travail, soit pour l'année 2008 en tout 128 heures, pour les années 2009 et 2010 chaque fois 192 heures et pour l'année 2011 en tout 148 heures. Ce décompte correspond au nombre de dimanches au cours de la période concernée.

1 **Article L.211-29 du Code du travail** : « L'employeur est tenu d'inscrire sur un registre spécial ou sur un fichier le début, la fin et la durée du travail journalier ainsi que toutes les prolongations de la durée normale du travail, les heures prestées les dimanches, les jours fériés légaux ou la nuit ainsi que les rétributions payées de l'un ou de l'autre de ces chefs. Ce registre ou fichier est à présenter à toute demande de la part des agents de l'Inspection du travail et des mines. »

2 **Art. 1315 du Code civil** : « Celui qui réclame l'exécution d'une obligation, doit la prouver. Réciproquement, celui qui se prétend libéré, doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation. »

Il suit de ce qui précède que la demande de A en paiement d'heures supplémentaires prestées est fondée à concurrence des 660 heures prestées les dimanches matin.

Quant au taux horaire à appliquer pour les heures supplémentaires à retenir, il y a lieu de tenir compte des taux horaires moyens pour les années concernées en application de l'article L.211-27(3) alinéa 2<sup>3</sup> du Code du travail. Le taux horaire

moyen des huit mois concernés de l'année 2008 est de 13,06 €, celui de l'année 2009 est de 16,66 €, celui de l'année 2010 est de 16,87 € et celui des six mois de l'année 2011 est de 22,93 €.

Le salarié a partant droit aux montants de  $128 \times 13,06 = 1.671,68 \text{ €} + 192 \times 16,66 = 3.198,72 \text{ €} + 192 \times 16,87 = 3.239,04 \text{ €} + 148 \times 22,93 = 3.393,64 \text{ €}$ , ce qui donne un montant total de 11.503,08 €.

Il y a en conséquence lieu de fixer la créance de A à l'égard de la masse de la faillite de la société B au montant de 11.503,08 € du chef d'heures supplémentaires prestées.

Les frais et dépens des deux instances sont à mettre à charge de la faillite de la société B y compris les frais relatifs à la transcription technique du support informatique d'un montant de 2.340 €.

### 3. **Attention au délai de forclusion de trois mois, respectivement d'une année et à la prescription triennale en droit du travail !**

L'action judiciaire en réparation de la résiliation abusive du contrat de travail doit être introduite auprès de la juridiction du travail, sous peine de forclusion, dans un délai de trois mois à partir de la notification du licenciement ou de sa motivation, sauf à interrompre ce délai par une réclamation écrite auprès de l'employeur, son mandataire ou son organisation syndicale. Cette réclamation fait courir, sous peine de forclusion, un nouveau délai d'une année.

Cette forclusion s'applique également au cas de la contestation d'un licenciement pour motifs graves intervenu au cours de la période d'essai.

L'article L.221-2 du Code du travail dispose que « l'action en paiement des rémunérations de toute nature dues au salarié se prescrit par trois ans... ».

Le congé payé est un congé de récréation et constitue la contrepartie de la

prestation effective de travail et l'indemnité de congé non pris constitue ainsi une rémunération non périodique tombant sous l'application de la prescription triennale.

En cas de faillite de l'employeur, le salarié doit faire sa déclaration de créance pour des arriérés de salaire entre les mains du curateur dans le délai de trois ans de la date de la créance.

#### Arrêt de la Cour d'appel du 7 novembre 2019, N° CAL-2019-00108 du rôle

Par requête du 30 avril 2018, Maître H, agissant en sa qualité de curateur de la faillite de la société à responsabilité limitée SOC1 déclarée en état de faillite, a fait convoquer A devant le Tribunal du travail de Diekirch pour voir statuer sur la contestation de la déclaration créance de A, déposée sous le numéro 25 au tableau des créanciers de la faillite de la société SOC1 tendant à son admission au passif privilégié de ladite faillite à concurrence d'un montant de 1.622,55 € (arriérés de salaire pour le mois de mai 2014) + 653,87 € (indemnité de congé non pris) + 2.891,33 € (indemnité compensatoire de préavis de 24 jours) + 1.000,- € (dommage moral).

Par jugement du 26 novembre 2018, le Tribunal du travail a reçu la requête de Maître H et déclaré la demande de A irrecevable.

Par exploit d'huissier du 22 janvier 2019, A a régulièrement relevé appel du jugement précité, notifié le 11 décembre 2018.

Il demande, par réformation du jugement entrepris, à voir fixer ses créances aux montants réclamés dans sa déclaration de créances, sinon à voir condamner Maître H, agissant ès qualités, à lui payer lesdits montants.

Maître H, conclut à la confirmation du jugement entrepris.

#### **L'indemnité compensatoire de préavis**

A fait grief à la juridiction de première instance d'avoir retenu la forclusion sur base de l'article L.124-11 du Code du travail concernant sa demande en allo-

cation de l'indemnité compensatoire de préavis, dès lors que la forclusion édictée par l'article L.124-11, précité, ne viserait que l'action en réparation d'un licenciement abusif. La jurisprudence distinguerait les demandes en obtention d'une indemnité compensatoire de préavis ou d'une indemnité de départ et les demandes en obtention de dommages et intérêts pour licenciement abusif (Cour 12 juillet 2007, rôle 31954).

Or, le salarié ayant vu son contrat de travail résilié au cours de la période d'essai, il ne serait pas en droit d'obtenir l'allocation de dommages et intérêts et l'article L.124-11 ne saurait en conséquence trouver application en l'espèce. La demande du salarié tendrait à voir déclarer abusive la résiliation du contrat à l'essai au motif que l'employeur n'y aurait pas été autorisé en vertu de

3 Article L.211-27(3) alinéa 2 du Code du travail : « Le salaire horaire est obtenu en divisant les salaires mensuels par le nombre forfaitaire de cent soixante-treize heures. »



l'article L.124-10 du Code du travail et à obtenir en conséquence un montant équivalent à l'indemnité compensatoire de préavis.

L'allocation d'un montant équivalent à l'indemnité compensatoire de préavis n'aurait pas la nature de dommages et intérêts et il conviendrait de toiser le caractère abusif de la résiliation litigieuse du contrat de travail et d'allouer le montant de 2.891,33 € au titre de l'indemnité compensatoire de préavis.

Le curateur rappelle d'abord que A a été licencié avec effet immédiat pour faute grave pour avoir refusé de prendre son poste de travail, refus qui n'aurait jamais été contesté.

Les articles L.121-5 (4) et L.124-10 du Code du travail permettraient une résiliation immédiate du contrat de travail, même au cours de la période d'essai, et dans un tel cas le contrat de travail prendrait fin immédiatement et aucun délai de préavis ne serait à respecter. L'arrêt cité par l'appelant ne serait donc pas applicable au présent cas d'espèce, alors qu'il y serait expressément stipulé que le salarié n'a droit à une indemnité compensatoire de préavis que si l'employeur a résilié le contrat de travail sans y être autorisé par l'article L.124-10(1) du Code du travail.

Aux termes de l'article L.121-5 (4) du Code du travail : « Il ne peut être mis fin unilatéralement au contrat à l'essai pendant la période d'essai minimale de deux semaines, sauf pour motif grave conformément à l'article L.124-10 ».

L'article L.124-10(1) du Code du travail dispose que : « Chacune des parties peut résilier le contrat de travail sans préavis ou avant l'expiration du terme, pour un ou plusieurs motifs graves procédant du fait ou de la faute de l'autre partie, avec dommages et intérêts à charge de la partie dont la faute a occasionné la résiliation immédiate. Le salarié licencié conformément à l'alinéa qui précède ne peut faire valoir le droit à l'indemnité de départ visée à l'article L.124-7 ».

Selon l'article L.124-10(2) « Est considéré comme constituant un motif grave pour l'application des dispositions du paragraphe qui précède, tout fait ou faute qui rend immédiatement et définitivement impossible le maintien des relations de travail ».

Aux termes de l'article L.124-11(2) du Code du travail « L'action judiciaire en réparation de la résiliation abusive du contrat de travail doit être introduite auprès de la juridiction du travail, sous peine de forclusion, dans un délai de trois mois à partir de la notification du licenciement ou de sa motivation (...) Ce délai est valablement interrompu en cas de réclamation écrite introduite auprès de l'employeur par le salarié, son mandataire ou son organisation syndicale. Cette réclamation fait courir, sous peine de forclusion, un nouveau délai d'une année ».

Il s'ensuit que la réclamation du salarié contre son licenciement doit être intervenue dans les trois mois de sa notification ou de sa motivation, auquel cas le salarié bénéficie d'un nouveau délai d'une année pour introduire une action judiciaire en réparation de la résiliation abusive du contrat de travail.

**L'article L.124-11(2) du Code de travail vise, au vu de sa formulation générale, toute revendication d'indemnisation présentée à la suite d'une prétendue résiliation abusive d'un contrat de travail, y compris l'indemnité de préavis et l'indemnité de départ, le but recherché par le législateur étant la sécurité juridique en protégeant l'employeur contre des actions tardives.**

**Il est fait une différence entre l'indemnité compensatoire de préavis, réclamée dans le contexte d'un licenciement avec préavis, qui est indépendante du caractère irrégulier et abusif du licenciement, et l'indemnité compensatoire de préavis réclamée dans le cadre d'un licenciement immédiat pour motifs graves où l'indemnité compensatoire de préavis n'est due que si le licenciement est abusif. Dans le cas d'un licenciement avec effet immédiat, l'indemnité compensatoire de préavis et l'indemnité de départ ne sont dues que lorsque le licenciement avec effet immédiat est abusif. Or le caractère abusif ou non d'un licenciement avec effet immédiat ne saurait être constaté que dans le cadre d'une action introduite dans les délais de l'article L.124-11(2) du Code du travail (cf : Cour 18 mai 2000, rôle 22950, Cour 8 décembre 2008, rôle 32923, Cour 12 février 2009, rôle 33583, Cour 15 décembre 2016, rôle 42857 et Cour 22 décembre 2016 rôle 42220, Cour 17 mai 2018 rôle 44559). Tel est égale-**

**ment le cas pour la contestation d'un licenciement pour motifs graves intervenu au cours de la période d'essai.**

En l'espèce, il est constant en cause qu'à la suite de la notification de son licenciement avec effet immédiat pour motifs graves à la date du 20 mai 2014, le salarié n'a pas introduit de réclamation ou de recours contre ce licenciement endéans les trois mois à partir de la notification de ce licenciement.

C'est partant à bon droit que le Tribunal du travail a retenu que A était forcloso à agir sur base de l'article L.124-11(2) du Code du travail et que sa demande tendant à l'allocation de l'indemnité compensatoire de préavis était irrecevable.

### **L'indemnité pour congé non pris et les arriérés de salaire**

A demande la réformation du jugement entrepris en ce qu'il a déclaré prescrites tant sa demande en paiement d'arriérés de salaire qu'en ce qui concerne sa demande en paiement de l'indemnité pour congé non pris.

Il conteste que l'indemnité pour congé non pris soit assimilable à un salaire et cette indemnité ne tomberait donc pas sous l'application de la prescription triennale des articles L.221-2 du Code du travail et 2277 du Code civil, mais sous la prescription ordinaire de trente ans. Ni l'indemnité de départ, ni l'indemnité pour congé non pris ne constituerait la contrepartie d'un travail fourni et l'indemnité pour congé non pris constituerait un droit dont le salarié n'aurait pu bénéficier.

Quant aux arriérés de salaire, l'appelant fait valoir que sa requête du 31 janvier 2017 constitue un acte interruptif de la prescription et ce serait à tort que la juridiction de première instance n'aurait pas admis cette requête comme action en justice interruptive de la prescription.

Le curateur fait valoir que l'indemnité pour congé non pris tomberait incontestablement dans la catégorie d'indemnités de toute nature dues au salarié au sens de l'article L.221-2 du Code du travail.

Quant aux arriérés de salaire relatifs au mois de mai 2014, ils auraient dû être réclamés jusqu'à la fin du mois de mai 2017. Ce ne serait que par requête du

31 janvier 2017 que A aurait réclamé le montant de 574,10 € au titre d'arriérés de salaire pour le mois de mai 2014. Cette affaire n'aurait jamais été plaidée devant le Tribunal du travail saisi.

Par courrier du 3 février 2017, le curateur aurait informé A de la survenance de la faillite et il l'aurait invité à déposer une déclaration de créance, ce que l'appelant aurait fait à la date du 13 juillet 2017 après l'expiration du délai triennal.

Ce serait à juste titre que le Tribunal du travail aurait retenu que l'interruption est réputée non avenue étant donné que le demandeur n'a pas poursuivi l'instance introduite et la prescription ne serait toujours pas interrompue si l'appelant demandait à voir réappeler l'affaire devant le Tribunal du travail. A partir du jugement déclaratif de faillite et en application des articles 496 et suivants du Code de commerce, les créanciers auraient l'obligation de faire valoir leurs revendications au moyen du dépôt d'une

déclaration de créance et toute demande introduite en lieu et place d'une telle déclaration serait irrecevable.

Quant à l'indemnité compensatoire pour congé non pris, il y a lieu de relever qu'en vertu de l'article L.221-2 du Code du travail et de l'article 2277 du Code civil, l'action en paiement des rémunérations de toute nature se prescrit par trois ans.

**Le congé payé est un congé de récréation et constitue la contrepartie de la prestation effective de travail. L'indemnité de congé non pris constitue ainsi une rémunération non périodique tombant sous l'application des articles L.221-2 et 2277, précités.**

A n'ayant réclamé le paiement de l'indemnité pour congé non pris que dans sa déclaration de créance à la date du 13 juillet 2017 et aucun autre acte interruptif de la prescription n'ayant été posé par lui avant cette date, c'est à bon droit que la juridiction de première instance a

déclaré sa demande en allocation d'une indemnité pour congé non pris prescrite et partant irrecevable.

**Quant aux arriérés de salaire pour le mois de mai 2014, c'est encore à bon droit que la juridiction de première instance a retenu que l'interruption par la requête introduite devant le Tribunal du travail par A à la date du 31 janvier 2017 devait, en application de l'article 2247 du Code civil, être regardée comme non avenue, dès lors qu'en raison de la faillite prononcée à la date du 29 juin 2016, le salarié n'a pas poursuivi et ne pouvait poursuivre la procédure introduite par la citation en raison de la faillite de son ancien employeur, la procédure applicable pour réclamer la créance alléguée étant celle prescrite par les articles 496 et suivants du Code de commerce.**

Il s'ensuit que la demande de A tendant au paiement des arriérés de salaire est également à rejeter.

#### **4. Droit européen : le refus d'un État membre de prendre en compte, aux fins de déterminer l'éligibilité à une pension de retraite anticipée, les prestations de pension auxquelles un travailleur ayant fait usage de son droit à la libre circulation a droit dans un autre État membre, est discriminatoire.**

**Arrêt de la CJUE (huitième chambre) du 5 novembre 2019,  
Antonio Bocero Torrico et Jörg Paul Konrad Fritz Bode c/ Instituto Nacional de la Seguridad Social et Tesoreria General de la Seguridad social, affaires jointes C-398/18 et C-428/18**

##### **Faits et procédure**

Cet arrêt porte sur deux affaires similaires et concerne des demandes de pension de retraite anticipée. Les deux demandes sont faites en Espagne où les salariés ont travaillé et donc cotisé pendant un certain temps. Cependant dans les deux cas, les salariés ont aussi travaillé et cotisé en Allemagne, ce qui leur donne un droit à la pension de retraite dans les deux États membres, c'est-à-dire en Espagne et en Allemagne.

M. Bocero Torrico a accompli une période de cotisation de 16.637 jours au total, dont 9.947 jours se rapportent à l'Espagne et 6 690 jours à l'Allemagne. Une prestation de vieillesse de 507,35 € lui a été attribuée en Allemagne. La prestation anticipée de vieillesse qui lui

serait due en Espagne serait de 530,15 € mensuels, résultant de l'application d'un coefficient correcteur en raison de l'âge de 88 % à une base de calcul de 773,75 €, ainsi que d'un prorata de 76,86 % à la charge de l'Espagne.

M. Bode a accompli une période de cotisation de 16.725 jours au total, dont 2.282 jours se rapportent à l'Espagne et 14.443 jours à l'Allemagne. Une pension de retraite d'un montant effectif de 1.185,22 € lui a été attribuée en Allemagne. La prestation anticipée de vieillesse qui lui serait due en Espagne serait de 206,60 €, en conséquence de l'application d'un coefficient correcteur de 87 % au titre de l'âge à une base de calcul de 1.357,80 €, dont un prorata de 17,49 % est à la charge de l'Espagne.

Les pensions demandées ont été refusées au motif que leur montant n'atteint pas celui de la pension mensuelle minimum en Espagne, à savoir 784,90 €. Les recours introduit par M. Bocero Torrico et M. Bode devant les tribunaux de 1<sup>ère</sup> instance en Espagne ont été rejetés.

Ils ont interjeté appel devant la Cour supérieure de justice de Galice.

Les salariés contestent le fait que les institutions compétentes et les juridictions espagnoles interprètent, afin de déterminer l'éligibilité à une pension de retraite anticipée, la notion de « pension à percevoir » comme visant la seule pension à la charge de l'Espagne, à l'exclusion de pensions à la charge d'autres États membres auxquelles les salariés auraient éventuellement droit. Ils esti-

ment que les prestations de vieillesse perçues en Espagne doivent être additionnées à des prestations comparables ou équivalentes perçues en Allemagne.

Ils considèrent que cette façon de procéder est constitutive d'une discrimination contraire au droit de l'Union.

La Cour espagnole estime cette argumentation pertinente. Elle relève qu'un travailleur ayant droit à une pension à la charge d'au moins deux États membres pourrait ne pas être éligible à une telle pension de retraite anticipée alors qu'un travailleur ayant droit à une pension du même montant, mais qui est uniquement à la charge de l'Espagne, y serait éligible.

#### **Article 48 TFUE (Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne)**

« Le Parlement européen et le Conseil, statuant conformément à la procédure législative ordinaire, adoptent, dans le domaine de la sécurité sociale, les mesures nécessaires pour l'établissement de la libre circulation des travailleurs, en instituant notamment un système permettant d'assurer aux travailleurs migrants salariés et non-salariés et à leurs ayants droit :

a) la totalisation, pour l'ouverture et le maintien du droit aux prestations, ainsi que pour le calcul de celles-ci, de toutes périodes prises en considération par les différentes législations nationales ;

b) le paiement des prestations aux personnes résidant sur les territoires des États membres. »

**Règlement n°883/2004 du Parlement européen et du Conseil, du 29 avril 2004, portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale**

#### **Article 5**

« À moins que le présent règlement n'en dispose autrement et compte tenu des dispositions particulières de mise en œuvre prévues, les dispositions suivantes s'appliquent :

a) si, en vertu de la législation de l'État membre compétent, le bénéfice de prestations de sécurité

sociale ou d'autres revenus produit certains effets juridiques, les dispositions en cause de cette législation sont également applicables en cas de bénéfice de prestations équivalentes acquises en vertu de la législation d'un autre État membre ou de revenus acquis dans un autre État membre ;

b) si, en vertu de la législation de l'État membre compétent, des effets juridiques sont attribués à la survenance de certains faits ou événements, cet État membre tient compte des faits ou événements semblables survenus dans tout autre État membre comme si ceux-ci étaient survenus sur son propre territoire. »

#### **Le droit espagnol**

**Article 208, paragraphe 1, sous c), de la loi générale de la sécurité sociale espagnole (LGSS)**

« L'éligibilité à la retraite anticipée à la demande de l'intéressé(e) requiert la réunion des conditions suivantes :

a) Avoir atteint un âge qui ne soit pas inférieur de plus de deux ans dans chaque cas d'espèce à l'âge fixé à l'article 205, paragraphe 1, sous a), sans prendre en compte les coefficients de réduction auxquels se réfère l'article 206.

b) Avoir validé une durée minimum de cotisation effective de 35 ans, indépendamment de toute prise en compte de la part proportionnelle relative aux primes [...]

c) Lorsque les conditions générales et spécifiques applicables au présent type de retraite sont remplies, le montant de la pension à percevoir doit être supérieur au montant minimum de pension applicable à l'intéressé compte tenu de sa situation familiale lorsqu'il atteint l'âge de 65 ans. Dans le cas contraire, l'intéressé ne peut pas bénéficier de ce type de retraite anticipée. »

#### **Question préjudicielle**

La Cour supérieure de justice de Galice a décidé de poser à la Cour la question préjudicielle suivante :

« L'article 48 TFUE doit-il être interprété en ce sens qu'il s'oppose à une législation nationale qui impose comme condition d'éligibilité à une pension de retraite anticipée que le montant de la pension à percevoir soit supérieur au montant minimum de pension que l'intéressé serait en droit de recevoir en vertu de cette même législation nationale, la notion de "pension à percevoir" étant entendue comme renvoyant à la pension effective à la charge du seul État membre compétent (en l'espèce, l'Espagne), sans prendre également en compte la pension effective que l'intéressé pourrait percevoir au titre de prestations de même nature à la charge d'un ou de plusieurs autres États membres ? »

#### **Appréciation de la Cour**

Le règlement n°883/2004 n'organise pas un régime commun de sécurité sociale, mais laisse subsister des régimes nationaux distincts et a pour unique objet d'assurer une coordination entre ces derniers. Ainsi, selon une jurisprudence constante, les États membres conservent leur compétence pour aménager leur système de sécurité sociale. Dès lors, en l'absence d'une harmonisation au niveau de l'Union, il appartient à la législation de chaque État membre de déterminer, notamment, les conditions qui donnent droit à des prestations. Dans l'exercice de cette compétence, les États membres doivent néanmoins respecter le droit de l'Union et, en particulier, les dispositions du traité FUE relatives à la liberté reconnue à tout citoyen de l'Union de circuler et de séjourner sur le territoire des États membres. Les personnes qui exercent ce droit à la libre circulation ne sauraient être législativement pénalisées pour avoir exercé ce droit.

Un État membre est en principe libre de prévoir un droit à une pension minimale de vieillesse et de soumettre ce droit à des conditions d'accès, sous réserve que ces conditions ne fassent pas obstacle à la libre circulation des travailleurs.

L'article 5, sous a), du règlement n° 883/2004 est applicable au cas d'espèce.

Suivant cet article, les autorités compétentes espagnoles doivent prendre en compte non seulement le bénéfice de prestations de sécurité sociale acquises par les travailleurs en vertu de la législation espagnole, mais aussi le bénéfice



des prestations équivalentes acquises dans tout autre État membre.

Il s'ensuit que l'article 5, sous a), du règlement n°883/2004 s'oppose à une interprétation de la notion de « pension à percevoir », telle qu'elle figure à l'article 208, paragraphe 1, sous c), de la loi générale de la sécurité sociale espagnole, qui vise uniquement la pension à la charge de l'Espagne, à l'exclusion de celle à laquelle les requérants au principal ont droit en Allemagne.

À cet égard, la Cour rappelle que le principe d'égalité de traitement prohibe non seulement les discriminations ostensibles, fondées sur la nationalité des bénéficiaires des régimes de sécurité sociale, mais encore toutes formes dissimulées de discrimination qui, par application d'autres critères de distinction, aboutissent en fait au même résultat.

Ainsi, les conditions du droit national qui, bien qu'indistinctement applicables selon la nationalité, affectent essentiellement ou dans leur grande majorité les travailleurs migrants, ainsi que les conditions applicables sans distinction particulières, qui peuvent être plus facilement remplies par les travailleurs nationaux que par les travailleurs migrants ou encore qui risquent de jouer, en particulier, au détriment de ces derniers, sont indirectement discriminatoires.

Or, le refus des autorités compétentes d'un État membre de prendre en compte, aux fins de déterminer l'éligibilité à une pension de retraite anticipée, les prestations de pension auxquelles un travailleur ayant fait usage de son droit à la libre circulation a droit dans un autre État membre, est susceptible de mettre ce travailleur dans une situation moins favorable que celle d'un travailleur qui a accompli toute sa carrière dans le premier État membre.

Une législation nationale telle que celle en cause dans ce cas, peut néanmoins être justifiée, dans la mesure où elle poursuit un objectif d'intérêt général, à condition qu'elle soit propre à garantir la réalisation de celui-ci et qu'elle n'aille pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif poursuivi.

En l'espèce, la législation espagnole a pour finalité de réduire le recours à la retraite anticipée et d'éviter des charges supplémentaires au système de sécurité sociale espagnol. La CJUE retient sur ce point que, même si les justifications apportées pourraient constituer des objectifs d'intérêt général, les arguments avancés par l'Institut national de la sécurité sociale espagnol et le gouvernement espagnol ne sont pas de nature à justifier l'application discriminatoire d'une telle condition au détriment des travailleurs ayant fait usage de leur droit à la libre circulation.

## **Décision de la Cour**

*« L'article 5, sous a), du règlement (CE) no 883/2004 du Parlement européen et du Conseil, du 29 avril 2004, portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale, doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à la législation d'un État membre qui impose, comme condition d'éligibilité d'un travailleur à une pension de retraite anticipée, que le montant de la pension à percevoir soit supérieur au montant minimum de pension que ce travailleur serait en droit de recevoir à l'âge légal de la retraite en vertu de cette législation, la notion de « pension à percevoir » étant entendue comme visant la pension à la charge de ce seul État membre, à l'exclusion de la pension que ledit travailleur pourrait percevoir au titre de prestations équivalentes à la charge d'un ou de plusieurs autres États membres. »*