



# INFOS JURIDIQUES

Flash sur le Droit social

## NEWSLETTER

N° 06/2017

30 juin 2017

**1. Compétence du tribunal : lieu de travail apprécié selon la situation réelle et concrète du salarié en tenant compte du lieu de travail effectif du salarié au moment du licenciement.** p.1

**2. Licenciement : le fait pour un salarié de se mettre à son compte et de travailler à titre d'indépendant suite à son licenciement n'est pas exclusif de l'existence d'un préjudice matériel dû à son licenciement.** p.3

**3. Reclassement : est-il conforme au principe constitutionnel d'égalité de traitement d'exiger un certificat d'aptitude au poste de travail, établi par le médecin du travail lors de l'embauche au dernier poste de travail, comme condition d'ouverture à un reclassement interne ou externe pour les salariés engagés depuis moins de trois ans?** p.5

**4. Qualification du salarié : il incombe à l'employeur qui conteste les indications contenues dans le contrat de travail et les fiches de salaires, d'établir que le salarié qu'il a engagé comme salarié qualifié a effectué d'autres travaux.** p.7

**5. DROIT EUROPÉEN : une faillite déclarée dans le cadre d'un pré-pack, qui vise à préparer la cession d'une entreprise afin de permettre le redémarrage rapide des unités viables de celle-ci après le prononcé de la faillite, peut ne pas satisfaire à l'ensemble des conditions prévues par le droit de l'Union pour déroger au régime de protection des travailleurs prévu par la directive sur le transfert d'entreprise.** p.9

## 1. Compétence du tribunal : pour la détermination du lieu de travail, il convient d'apprécier la situation réelle et concrète du salarié en tenant compte du lieu de travail effectif du salarié au moment du licenciement.

Arrêt de la Cour d'appel du 8 juin 2017, n° 44226 du rôle

### Antécédents

Le salarié A avait été engagé par la sàrl S1 le 1<sup>er</sup> septembre 2014. Il a été licencié avec un préavis de deux mois par lettre datée du 31 octobre 2015. Il a contesté son licenciement devant le Tribunal de travail de Luxembourg.

### Jugement de première instance

Par jugement du 3 octobre 2016, le Tribunal de travail, statuant par défaut<sup>1</sup> à l'encontre de la sàrl S1, s'est déclaré incompétent pour connaître de la demande de A.

Pour ce faire, il a retenu :

- que dans le cadre d'un défaut, il est amené à vérifier d'office sa compétence territoriale, alors qu'une prorogation de compétence ne se conçoit que par l'accord exprès ou tacite des parties,

- que le fait pour un chauffeur de circuler sur l'intégralité du territoire ne rend pas, la juridiction de travail de Luxembourg territorialement compétente alors que le lieu de travail d'un chauffeur est a priori celui du siège de la société, centre névralgique à partir duquel sont organisées les activités de ses salariés et
- que suivant le contrat de travail conclu entre parties, le lieu de travail est l'entrepôt de stockage sis à Kayl.

### Arguments des parties devant la Cour d'appel

De ce jugement, le salarié A a régulièrement relevé appel.

Par réformation du jugement entrepris, il demande à la Cour de dire que le Tribunal de travail de Luxembourg est ter-

<sup>1</sup>) Un jugement est rendu par défaut lorsque la partie défenderesse, ici l'employeur, a été jugée sans être ni présente, ni représentée et n'a même pas été informée de l'audience.



ritorialement compétent pour connaître de sa demande, de le décharger de la condamnation aux frais prononcée à son encounter et de renvoyer l'affaire en prosecution de cause devant le Tribunal du travail de Luxembourg.

L'employeur soulève in limine litis l'incompétence territoriale du Tribunal de travail de Luxembourg et conclut à la confirmation du jugement de première instance.

L'ETAT se rapporte à la sagesse de la Cour en ce qui concerne la recevabilité de l'appel. Pour autant que de besoin, il interjette appel incident contre le jugement de première instance et demande la condamnation de l'employeur au paiement du montant de 9.596,77 euros avancé à titre d'indemnités de chômage au salarié pendant la période de janvier 2016 à août 2016 et ce « *au cas où l'appel serait déclaré fondé, donc en cas de réformation du jugement de première instance* ».

Le salarié A reproche à la juridiction de première instance de s'être déclarée d'office territorialement incompétente pour connaître de sa demande en faisant valoir que le moyen tenant à l'incompétence territoriale n'est pas d'ordre public.

Or, le pouvoir du juge de se déclarer d'office incompétent est plus large et n'est pas limité à l'ordre public lorsque le défendeur ne comparait pas. En effet, on ne peut dans ce cas compter sur le défendeur pour soulever l'incompétence. Le juge peut donc en ce cas relever toute compétence territoriale, il n'est pas besoin que la règle soit d'ordre public.

L'employeur ayant, par ailleurs, soulevé en instance d'appel in limine litis l'in-

compétence territoriale du Tribunal de travail de Luxembourg pour connaître de la demande du salarié A, il y a partant lieu d'examiner le bien-fondé de ce moyen.

Selon l'employeur, l'article 2 du contrat de travail conclu entre parties prévoit en effet que « *le lieu de travail est l'entrepôt de stockage situé (...)* » et du moment où le lieu de travail s'étend sur plusieurs juridictions, ce serait le Tribunal du lieu de travail principal qui serait compétent pour connaître du litige, soit, en l'espèce, le Tribunal de travail d'Esch-sur-Alzette.

Le salarié conclut à la compétence du Tribunal de travail de Luxembourg. Il donne à considérer qu'il n'a pas été chauffeur, mais monteur. Sa fonction auprès de la sàrl S1 qui était une société spécialisée dans la location de matériel pour événements, aurait été de livrer et d'installer le matériel loué par le client sur le site de l'évènement, d'attendre la fin de l'évènement, de démonter et de ramener le matériel auprès de son employeur.

Comme il aurait été amené à exercer sa fonction sur l'ensemble du territoire du Grand-Duché, ce que l'employeur aurait reconnu dans ses conclusions, le Tribunal de travail compétent pour connaître de ses demandes serait le Tribunal de travail de Luxembourg.

### **Analyse de la Cour**

**L'article 47 du NCPC dispose qu'« en matière de contestations relatives aux contrats de travail (...), la juridiction compétente est celle du lieu de travail. Lorsque celui-ci s'étend sur le ressort de plusieurs juridictions, est compétente la juridiction du lieu de travail principal. Lorsque le lieu de**

**travail s'étend sur tout le territoire du Grand-Duché, est compétente la juridiction siégeant à Luxembourg.(...).** ».

**Pour la détermination du lieu de travail, il convient d'apprécier la situation réelle et concrète du salarié, partant de tenir compte du lieu de travail effectif du salarié au moment du licenciement.**

Il résulte des pièces versées en cause que si A a été engagé en qualité de chauffeur livreur suivant le contrat de travail du 1<sup>er</sup> septembre 2014, il a été promu « *technicien installateur event* » à partir du 1<sup>er</sup> mai 2015 avec une augmentation de salaire de 200 euros par mois.

En cette qualité, il a non seulement livré mais également installé et démonté le matériel loué par les clients sur les sites des événements sur l'ensemble du territoire de Luxembourg.

Le lieu de travail d'A n'est partant pas à considérer comme s'étant étendu sur le ressort de plusieurs juridictions au sens de l'article 47 alinéa 2 du NCPC, mais comme s'étendant sur tout le territoire du Grand-Duché de Luxembourg au sens de l'article 47 alinéa 3 du NCPC.

Par réformation du jugement entrepris, il y a dès lors lieu de dire que la juridiction compétente pour connaître du litige est le Tribunal du travail siégeant à Luxembourg.

Il s'ensuit que l'affaire est à renvoyer devant le Tribunal de travail de Luxembourg, autrement composé, pour statuer sur le bien-fondé de la demande d'A.

## 2. Licenciement : le fait pour un salarié de se mettre à son compte et de travailler à titre d'indépendant suite à son licenciement n'est pas exclusif de l'existence d'un préjudice matériel dû à son licenciement.

Arrêt de la Cour d'appel du 1<sup>er</sup> juin 2017, n° 44037 du rôle

### Faits

Au service de la société anonyme S1 en tant que « *Leitender Angestellter im Bereich Fassade und Trockenbau* » depuis le 10 septembre 2014, le salarié A fut licencié avec le préavis légal de deux mois le 13 juillet 2015, licenciement qu'il qualifia d'abusif, de sorte qu'il réclama à son ancien employeur, par requête du 15 octobre 2015, différents montants indemnitaires.

Le salarié contesta tant la précision que la réalité et le sérieux des motifs invoqués à la base de son licenciement.

### Le jugement du Tribunal du travail

Par un jugement contradictoire du 29 juin 2016, le Tribunal du travail a déclaré le licenciement abusif et débouté le salarié de ses demandes à l'exception de celles relatives à l'indemnité pour congé non pris qu'il a déclaré fondée pour un montant de 2.324,11 euros et en réparation du préjudice moral subi qu'il a fixé à 1.000 euros.

A a régulièrement relevé appel de ce jugement.

### La motivation de la Cour d'appel

#### Quant au préjudice matériel

Le salarié a limité son appel à la décision l'ayant débouté de sa demande tendant au paiement de dommages et intérêts pour le préjudice matériel subi suite au licenciement abusif.

Il soutient que le fait qu'il a pu reprendre seulement trois mois et demi après la fin de son préavis une société en Allemagne, prouverait à suffisance de droit les efforts actifs faits par lui pour minimiser au maximum son préjudice maté-

riel, de sorte que ce serait à tort que les premiers juges n'auraient pas fixé de période de référence. Il réclame partant pour la période de trois mois et demi des dommages et intérêts d'un montant de 6.955,77 euros.

Afin d'établir qu'il a mis tout en œuvre pour limiter son préjudice, il formule une offre de preuve par témoin tendant à prouver que pendant la période qui a suivi son licenciement, il a pris contact avec le propriétaire de la société S2 qui avait l'intention de vendre son entreprise et qu'il s'est rendu deux à trois fois par semaine pendant environ quatre heures sans rémunération dans la prédite société pour se familiariser avec l'entreprise qu'il envisageait d'acquérir, ce qu'il a fait en janvier 2016.

Il verse une attestation testimoniale dans ce sens.

L'employeur conclut à la confirmation du jugement entrepris à l'exception de la décision relative au dommage moral, de laquelle elle interjette appel incident.

Il conteste, en l'absence de preuve en ce sens, tout préjudice moral dans le chef du salarié.

Il conclut encore au rejet de l'attestation testimoniale versée par le salarié en raison de son caractère non pertinent. Il soutient que le choix délibéré du salarié de reprendre une société et de se familiariser avec cette dernière avant acquisition, ne pourrait pas être imputé à son ancien employeur, de sorte que le lien causal entre le prétendu préjudice matériel subi par le salarié et le licenciement abusif serait rompu.

D'après l'article L.124-12 paragraphe 1) du Code du travail, la juridiction du travail qui juge qu'il y a usage abusif du droit de résilier le contrat de travail condamne l'employeur à verser au salarié des dommages et intérêts compte tenu du dommage tant matériel que

moral subi par lui du fait de son licenciement.

Il incombe au salarié de prouver son préjudice matériel consistant en la différence entre le salaire qu'il aurait perçu s'il n'avait pas été licencié et ce qu'il a touché à titre d'indemnités de chômage. Il doit, dès lors, non seulement établir l'existence de son préjudice matériel, mais encore la relation causale directe entre ce préjudice matériel et le licenciement abusif.

Les pertes de revenus ne sont en effet à prendre en considération que pour autant qu'elles se rapportent à une période qui aurait raisonnablement dû suffire pour permettre au salarié de trouver un nouvel emploi, le salarié étant obligé de faire tous les efforts nécessaires en ce sens et partant minimiser dans la mesure du possible son préjudice, efforts personnels actifs de sa part en dehors de son inscription comme demandeur d'emploi.

A s'est inscrit comme demandeur d'emploi en Allemagne et a touché les indemnités de chômage à partir du 15 septembre 2015, à l'expiration de son délai de préavis.

Il résulte encore des éléments soumis à l'appréciation de la Cour, notamment de l'attestation testimoniale de T1, que ce dernier a, suite au décès de son épouse mi-juin 2015, décidé de mettre son entreprise de verrerie en vente sur internet. A a répondu à cette annonce vers la mi-juillet 2015 et s'est mis en contact avec lui, pour ensuite, sur une période de cinq mois, se familiariser avec ladite entreprise occupant cinq salariés et d'une longévité de 70 ans, consulter les bilans et les comptes, en s'y rendant plusieurs fois par semaine pour finalement l'acquérir en janvier 2016.

**Il suit des considérations qui précèdent que A a fait les efforts actifs nécessaires pour retrouver rapidement un**

**emploi, la période de cinq mois constituant une période de référence normale et raisonnable, au vu de la conjoncture économique sur le marché du travail, pour finaliser son projet d'acquisition d'une société.**

**Le fait que A s'est finalement mis à son compte et travaille à titre d'indépendant n'est pas exclusif de l'existence d'une relation causale entre le préjudice matériel de ce dernier sur la période de cinq mois et le licenciement abusif, l'esprit de la loi résidant dans l'exigence que le salarié mette tout en œuvre pour limiter son préjudice étant bien respecté en l'espèce.**

Il s'ensuit que la demande de A en paiement de dommages et intérêts pour le préjudice matériel subi est fondée en principe.

Le montant réclamé par lui de ce chef à savoir 6.955,77 euros n'est cependant pas justifié.

En effet, le calcul fait par A dans son acte d'appel et consistant à soustraire de son salaire mensuel brut de 3.735 euros les indemnités de chômage perçues en valeur net est incorrect et abouti à amplifier erronément son préjudice matériel.

Il y a dès lors lieu de soustraire de son salaire mensuel brut de 3.735 euros, qu'il aurait touché s'il n'avait pas été

abusivement licencié, les indemnités de chômage perçues sur la période de 3 mois et demi en valeur brute, à savoir :

$3.735 \times 3,5 - 2.691$  euros (89,70 par jour  $\times$  30 jours  $\times$  3,5 = 3.654 euros.

La demande de A en paiement de dommages et intérêts en réparation de son dommage matériel est dès lors fondée et justifiée pour le montant de 3.654 euros.

Le jugement entrepris est partant à réformer en ce sens.

#### **Quant au préjudice moral**

Contestant l'existence d'un préjudice moral dans le chef du salarié A suite au congédiement abusif, la société anonyme S1 a relevé appel incident de la décision lui ayant alloué la somme de 1.000 euros à ce titre.

Par adoption des motifs du Tribunal du travail qui a sagement retenu, qu'en raison de l'atteinte portée à la dignité du salarié, de l'anxiété subie par lui quant à son avenir professionnel et compte tenu de la durée de la relation de travail et des circonstances dans lesquelles le licenciement est intervenu, le préjudice moral subi par le salarié est à fixer à 1.000 euros, le jugement est à confirmer sur ce point.

#### **Quant aux indemnités de procédure réclamées par les parties**

A réclame, par réformation du jugement de première instance, une indemnité de procédure de 1.000 euros et une indemnité de procédure de 1.500 euros pour l'instance d'appel.

La société anonyme S1 réclame une indemnité de procédure de 1.500 euros pour l'instance d'appel.

Au vu du résultat positif pour A du présent recours, il ne paraît pas inéquitable de lui allouer, par réformation, pour la première instance une indemnité de procédure de 1.000 euros et pour l'instance d'appel une indemnité de procédure de 1.500 euros.

La partie qui succombe et qui est condamnée aux frais et dépens de l'instance ne peut se prévaloir des dispositions de l'article 240 du NCPC, de sorte que la demande afférente de la société anonyme S1 est à rejeter.

### 3. Reclassement : est-il conforme au principe constitutionnel d'égalité de traitement d'exiger un certificat d'aptitude au poste de travail, établi par le médecin du travail lors de l'embauche au dernier poste de travail, comme condition d'ouverture à un reclassement interne ou externe pour les salariés engagés depuis moins de trois ans ?

Arrêt du Conseil supérieur de la sécurité sociale du 1<sup>er</sup> juin 2017, n°2017/0198

#### Faits

Saisie par le Contrôle médical de la sécurité sociale, la Commission mixte de reclassement des travailleurs incapables à exercer leur dernier poste de travail (Commission mixte ci-après) a déclaré irrecevable le dossier de A, au motif qu'il n'était pas en possession d'un certificat d'aptitude au poste de travail qu'il occupait depuis moins de 3 ans.

#### Art. L. 551-1 du Code du travail<sup>2</sup> :

«(1) Le salarié qui n'est pas à considérer comme invalide au sens de l'article 187 du Code de la sécurité sociale, mais qui par suite de maladie ou d'infirmité présente une incapacité pour exécuter les tâches correspondant à son dernier poste de travail, peut bénéficier, dans les conditions prévues au présent Titre, d'un reclassement professionnel interne ou d'un reclassement professionnel externe, ainsi que du statut de personne en reclassement professionnel.

Les salariés qui occupent leur dernier poste de travail depuis moins de trois ans ne sont éligibles pour le reclassement professionnel que sous condition qu'ils soient en possession d'un certificat d'aptitude au poste de travail, établi par le médecin du travail compétent lors de l'embauche à ce dernier poste de travail<sup>3</sup>. Le médecin du travail compétent en informe la Commission mixte lors de la saisine.»

A a formé un recours contre cette décision devant le Conseil arbitral de la sécurité sociale, qui a confirmé l'irrecevabilité de sa demande.

A a interjeté appel devant le Conseil supérieur de la sécurité sociale.

A demande à ce qu'il soit admis à demander une mesure de reclassement et par conséquent voir renvoyer son dossier devant la Commission mixte afin de poursuivre l'instruction de son dossier, sinon saisir la Cour constitutionnelle de la question de la compatibilité de l'article L.551-1 alinéa 2 du Code du travail avec l'article 10 bis de la Constitution.

#### « Art. 10bis de la Constitution

(1) Les Luxembourgeois sont égaux devant la loi.

À l'appui de sa demande, l'assuré renvoie aux dispositions de l'article L.551-1 (1) alinéa 2, instauré par la loi du 23 juillet 2015 entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2016, en soulignant que ce texte peut poser problème dans la mesure où

- lorsque le salarié - ayant passé l'examen médical d'embauche pour un premier poste - est affecté à un autre poste, il n'est pas automatiquement soumis à un nouvel examen médical,
- même dans les cas où un nouvel examen devrait avoir lieu, en

pratique de nombreux salariés ne passent pas d'examen médical soit parce que leur employeur ne les y envoie pas, soit parce qu'ils ne s'y présentent pas, un contrôle renforcé étant nécessaire pour que cet examen soit respecté en pratique.

Il estime en effet que, de par l'intervention du législateur par la loi du 23 juillet 2015, il y aurait désormais 2 catégories de salariés, les uns étant admissibles à la procédure de reclassement et les autres en étant exclus. Il s'agirait de 2 catégories comparables, alors que les dispositions du Code du travail relatif aux visites médicales mettent à charge du seul employeur l'obligation de faire passer les visites médicales et que la loi ne pose pas de distinctions entre les salariés (uniquement en fonction du poste occupé).

Il y aurait dès lors une différence de traitement non justifiée entre les 2 catégories de salariés, la Cour constitutionnelle devant être saisie pour vérifier si le principe d'égalité est en l'espèce respecté, alors que la différenciation de traitement opérée par le législateur serait injustifiée au regard des critères de l'objectivité, de la rationalité, de la proportionnalité.

A relève que le seul remède dont dispose le salarié n'ayant pas passé la visite médicale prévue par l'article L.326-1 du Code du travail, serait d'agir en responsabilité contre son employeur négligent

2) Dans sa teneur depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2016.

3) Rappelons que l'employeur est obligé de soumettre tout nouveau salarié à un examen médical d'embauche, sous peine de sanctions : « Tout employeur qui occupe un salarié qui ne s'est pas soumis à un examen d'embauche encourt un emprisonnement de huit jours et une amende de 251 à 25.000 Euros ou d'une de ces peines seulement. » L'examen médical d'embauchage a pour objet de déterminer si le candidat est apte ou inapte à l'occupation envisagée. L'examen médical d'embauchage doit être effectué, outre sur les salariés et apprentis, sur les élèves et étudiants et sur les élèves en stage de formation, du moment qu'ils effectuent un travail sur un poste à risques. Pour les salariés de nuit et pour les postes à risques, l'examen doit être fait avant l'embauche. Pour les autres postes, l'examen doit être fait dans les deux mois de l'embauche.

en sollicitant des dommages et intérêts, ceci ne constituant toutefois pas une solution satisfaisante.

La motivation du législateur serait irrationnelle, alors qu'elle se baserait sur la « fiction » d'une application systématique d'une obligation légale, qui serait loin d'être toujours respectée, en faisant peser sur le salarié, les conséquences d'une négligence sur laquelle le salarié n'a pas d'influence.

### **Décision du Conseil supérieur de la sécurité sociale**

La loi du 27 juillet 1997 portant organisation de la Cour constitutionnelle prévoit, en son article 6 que « lorsqu'une partie soulève une question relative à la conformité d'une loi à la Constitution devant une juridiction de l'ordre judiciaire ou de l'ordre administratif, celle-ci est tenue de saisir la Cour constitutionnelle. Une juridiction est dispensée de saisir la Cour constitutionnelle lorsqu'elle estime que :

1. une décision sur la question soulevée n'est pas nécessaire pour rendre son jugement ;
2. la question de constitutionnalité est dénuée de tout fondement ;
3. la Cour constitutionnelle a déjà statué sur une question ayant le même objet ».

Si cet article dispose qu'une juridiction est dispensée de saisir la Cour constitutionnelle si elle estime qu'une des trois exceptions y énoncées est donnée, il ne s'agit toutefois pas d'un droit discrétionnaire, mais il faut que l'exception soit avérée et il faut dès lors examiner si les cas prévus pour une dispense de saisine de la Cour constitutionnelle sont donnés.

Il est constant en cause, d'une part, que la Cour constitutionnelle n'a pas encore statué sur une question ayant le même objet que la question préjudicielle actuellement posée, et d'autre part, contrairement à ce que les 1ers juges ont retenu, que la question posée paraît nécessaire à la solution du litige.

Il reste dès lors à déterminer si la question de la constitutionnalité est, le cas échéant, dénuée de fondement, étant souligné que la Cour de cassation retient, que le défaut de tout fondement qui dispense le juge du fond de saisir la Cour constitutionnelle doit être évident et manifeste au point de s'imposer à lui.

Dans la mesure où la question préjudicielle posée n'est pas dénuée de tout fondement, il y a lieu, avant tout autre progrès en cause, de la soumettre à la Cour constitutionnelle.

Le Conseil supérieur de la sécurité sociale a donc décidé de poser la question suivante à la Cour constitutionnelle :

« L'article L.551-1 (1) alinéa 2 du Code du travail

- tel qu'il a été modifié par 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,
- en ce qu'il impose aux salariés qui occupent leur dernier poste de travail depuis moins de trois ans d'être en possession d'un certificat d'aptitude au poste de travail établi par le médecin du travail compétent lors de l'embauche à ce dernier poste de travail, afin d'être éligible pour le reclassement professionnel,
- en ce qu'il opère dès lors une distinction entre les salariés engagés depuis moins de 3 ans à leur dernier poste de travail et ceux engagés depuis plus de 3 ans à leur dernier poste de travail,
- est-il conforme à l'article 10bis, paragraphe 1er, de la Constitution luxembourgeoise aux termes duquel « **Les Luxembourgeois sont égaux devant la loi** ». »

La CSL vous tiendra informés de la réponse apportée par la Cour constitutionnelle à cette question.



## 4. Qualification du salarié : il incombe à l'employeur qui conteste les indications contenues dans le contrat de travail et les fiches de salaires, d'établir que le salarié qu'il a engagé comme salarié qualifié a effectué d'autres travaux.

Arrêt de la Cour d'appel du 15 juin 2017, n° 43847 du rôle

### Faits

A expose avoir été engagé par la société S suivant contrat de travail du 19 novembre 2012 avec effet au 1<sup>er</sup> décembre 2012 en tant que CNC OPERATOR pour un salaire de 1.900 euros indice 756,27, qu'il a démissionné en date du 29 septembre 2014 avec effet au 31 octobre 2014.

Il réclame sur base de l'article L.222-4 (1) du Code du travail le paiement du salaire social minimum majoré de 20 % dans la mesure où il était titulaire d'un CATP qui lui a permis d'exercer la fonction de CNC OPERATOR, de sorte que son employeur avait connaissance, dès son embauche de sa qualification pour avoir recherché spécifiquement un collaborateur ayant ces qualifications.

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

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

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

« Sont à considérer comme certificats officiels au sens de l'alinéa qui précède, les certificats reconnus par l'Etat luxembourgeois et qui sont au moins du niveau du certificat d'aptitude technique et professionnelle (CATP) ou le diplôme d'aptitude professionnelle (DAP) de l'enseignement secondaire technique. L'équivalence des certificats qui sont au moins du niveau du certificat d'aptitude technique et professionnelle ou du niveau du diplôme d'aptitude professionnelle ou du diplôme d'aptitude professionnelle (DAP) au sens des dis-

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

### Position des 1ers juges

Par un jugement du 11 mai 2016, le Tribunal du travail a déclaré la demande du salarié non fondée.

Pour ce faire, il a décidé que si le salarié était détenteur d'un CATP, le contrat de travail n'en ferait cependant pas état, ni ne ferait aucune référence à une quelconque qualification requise, que de même les deux attestations testimoniales versées n'établiraient pas que l'employeur avait été informé de sa qualification, de sorte que les conditions de l'article L.222-4 du Code du travail ne seraient pas remplies.

A a relevé appel de ce jugement.

### Position de la Cour d'appel

Il résulte des pièces que A est détenteur d'un CATP de mécanicien d'usinage depuis le 7 juillet 2010, formation au cours de laquelle il a appris le pilotage par ordinateur des machines à commandes numériques.

D'après le supplément descriptif du certificat EUROPASS relatif à son CATP de mécanicien d'usinage, les éléments de compétences acquises par A sont les suivantes :

- lire et respecter les spécifications techniques inscrites sur les plans de fabrication,
- identifier et réaliser les différentes étapes de fabrication (fraisage, tournage, perçage, cisailage, ébarbage,...),
- choisir judicieusement les outils d'usinage et en assurer l'affûtage,
- calculer la vitesse de coupe, de rotation et d'avance en fonction de la qualité et des dimensions de la matière à usiner en respectant le choix de l'outil d'usinage,
- programmer la machine d'usinage (NC ou CNC),
- autocontrôle de la qualité des pièces produites (forme, tolérances,...) par rapport aux spécifications,
- effectuer l'entretien préventif des machines.

A aurait partant en principe dû être rémunéré en raison de son niveau de formation correspondant à celle de CNC OPERATOR conformément à l'article L.222-4 du Code du travail et percevoir une majoration de 20 %, à la **condition toutefois d'avoir effectivement ou réellement exercé les fonctions de CNC OPERATOR correspondantes, ce qui est contesté par l'employeur.**

Or, il résulte du contrat de travail qui fait la loi entre parties, confirmé par les fiches de salaires, dont les indications y figurant obligent l'employeur, que A a bien été engagé comme CNC OPERATOR.

**Il incombe partant à l'employeur qui conteste les indications contenues dans le contrat de travail et les fiches**

**de salaires, d'établir que le salarié qu'il a engagé comme CNC OPERATOR a effectué d'autres travaux, ce qu'il reste cependant en défaut de faire.**

**Il en résulte que le salarié a effectué le travail d'un CNC OPERATOR correspondant à sa qualification, à son CATP et qu'il y a lieu d'admettre que l'employeur avait connaissance de la qualification de son salarié au moment de son embauche, dans la mesure où il l'a engagé pour effectuer un travail qualifié et que ce dernier l'a effectivement effectué.**

En cas de contestation de l'employeur relative à la qualification de son salarié, celle-ci est appréciée par les juges du fond d'après les fonctions réellement exercées par l'intéressé et non d'après le titre qui lui est donné.

Il s'ensuit que le rôle des juridictions du travail est de rechercher en fait quelle est la nature de l'emploi effectivement occupé par le salarié et la qualification qu'il requiert.

De même, en vertu du principe selon lequel la rémunération est la juste contrepartie des services rendus, un

salarié qui se fait engager en vue d'exercer une fonction déterminée, comme en l'espèce, doit être rémunéré selon les fonctions effectivement exercées au sein de l'entreprise, indépendamment de sa qualification.

Par réformation du jugement entrepris, il y a dès lors lieu de retenir que A peut prétendre au paiement du salaire pour travailleurs qualifiés pendant la période de janvier 2013 à août 2014.



## 5. DROIT EUROPÉEN : une faillite déclarée dans le cadre d'un « pre pack », qui vise à préparer la cession d'une entreprise afin de permettre le redémarrage rapide des unités viables de celle-ci après le prononcé de la faillite, peut ne pas satisfaire à l'ensemble des conditions prévues par le droit de l'Union pour déroger au régime de protection des travailleurs prévu par la directive sur le transfert d'entreprise.

Arrêt de la CJUE (troisième chambre) du 22 juin 2017, Federatie Nederlandse Vakvereniging affaire, C-126/16

### Faits et procédure

L'affaire concerne Estro Groep BV, la plus grande société de garderie d'enfants aux Pays-Bas, qui compte 380 établissements et emploie près de 3 600 travailleurs. À la fin de l'année 2013, il est devenu évident que la société ne pourrait tenir ses engagements en 2014. La société a alors élaboré un plan de redémarrage d'une partie importante de l'entreprise (243 centres et 2 500 travailleurs) dans le cadre d'une procédure dite de « pre pack »<sup>4</sup>. Dans ce cadre, la société n'a contacté qu'un seul acheteur potentiel, H.I.G. Capital, société sœur de son actionnaire principal.

Le 10 juin 2014, sur saisine d'Estro Groep, le tribunal d'Amsterdam a désigné un curateur pressenti.

Le 20 juin 2014, la société Smallsteps a été constituée en tant qu'entreprise de redémarrage pour reprendre pour le compte de H.I.G. Capital une partie des centres de garderie d'Estro Groep dans le cadre du projet de reprise préétabli.

Le 3 juillet 2014, le personnel a été informé par courriel que la demande de déclaration de faillite devait être présentée dès le lendemain, et que ces derniers pourraient être convoqués à une réunion avant cette demande.

Le 4 juillet 2014, Estro Groep a saisi le tribunal d'Amsterdam d'une demande

en surséance de paiement, demande qui a été modifiée en demande de déclaration de faillite le lendemain, laquelle a été prononcée le même jour (5 juillet).

Toujours le même jour, un « pre pack » a été signé entre le curateur et Smallsteps aux termes duquel la dernière société s'engageait à acheter environ 250 établissements et offrir un emploi à près de 2 600 travailleurs au jour du prononcé de la faillite.

Le 7 juillet 2014, le curateur a licencié tous les travailleurs d'Estro Groep, et Smallsteps a offert un nouveau contrat de travail à 2 600 d'entre eux.

Un syndicat néerlandais (Federatie Nederlandse Vakvereniging, FNV) et 4 anciens travailleurs d'Estro Groep ont saisi le tribunal des Pays-Bas centraux pour faire constater que la directive 2001/23/CE<sup>5</sup> sur le transfert d'entreprise s'applique au « pre pack » conclu entre Estro Groep et Smallsteps et que les contrats de travail auraient dû être transférés de plein droit.

La juridiction de renvoi estime que la solution du litige requiert l'interprétation de dispositions de droit de l'Union, en particulier l'article 5 paragraphe 1 de la directive 2001/23/CE précitée. Elle a donc décidé de surseoir à statuer pour poser une question préjudicielle à la CJUE.

### Article 5 paragraphe 1 de la directive 2001/23/CE :

« Sauf si les États membres en disposent autrement, les articles 3 et 4 ne s'appliquent pas au transfert d'une entreprise, d'un établissement ou d'une partie d'entreprise ou d'établissement lorsque le cédant fait l'objet d'une procédure de faillite ou d'une procédure d'insolvabilité analogue ouverte en vue de la liquidation des biens du cédant et se trouvant sous le contrôle d'une autorité publique compétente (qui peut être un syndic autorisé par une autorité compétente). »

### La question préjudicielle

« L'article 5, paragraphe 1, doit-il être interprété en ce sens que la protection des travailleurs garantie par les articles 3 et 4 de cette directive est maintenue, dans une situation, telle que celle en cause au principal, où le transfert d'une entreprise intervient à la suite d'une déclaration de faillite dans le contexte d'un pre-pack, préparé antérieurement à celle-ci et mis en œuvre immédiatement après le prononcé de la faillite, dans le cadre duquel, notamment, un « curateur pressenti », désigné par un tribunal, examine les possibilités d'une éventuelle poursuite des activités de cette entreprise par un tiers et se prépare à passer des actes juste après le

4) À partir de l'année 2012, plusieurs tribunaux néerlandais ont commencé à recourir au « pre pack ». Il s'agit d'une opération sur actifs préparée avant la déclaration de faillite avec le concours du curateur pressenti, désigné par un tribunal, et est mise en œuvre par celui-ci immédiatement après le prononcé de la faillite. Dans le cadre de ce « pre pack », un juge commissaire pressenti est également désigné par ce tribunal. Cette procédure n'est pas prévue par la loi mais résulte de la pratique.

5) Directive 2001/23/CE du Conseil du 12 mars 2001 concernant le rapprochement des législations des États membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprises, d'établissements ou de parties d'entreprises ou d'établissements

**prononcé de la faillite afin de réaliser cette poursuite, et, par ailleurs, s'il est pertinent, à cet égard, que l'objectif poursuivi par l'opération de pre-pack vise tant la poursuite des activités de l'entreprise en cause que la maximisation du produit de la cession pour l'ensemble des créanciers de cette entreprise ? »**

### **L'appréciation de la Cour**

La Cour commence par rappeler que l'objectif de la directive est de protéger les travailleurs, en particulier en assurant le maintien de leurs droits en cas de changement de chef d'entreprise, comme cela résulte de son considérant n°3. L'article 3 paragraphe 1 concrétise le maintien auprès du cessionnaire des droits et obligations résultant du contrat de travail existant au moment du transfert, et l'article 4 paragraphe 1 protège les travailleurs contre tout licenciement effectué par le cédant ou le cessionnaire sur la seule base du transfert.

L'article 5 paragraphe 1 établit une dérogation à la protection accordée par les articles 3 et 4, et rend celle-ci inapplicable dans les conditions énoncées par celui-ci. Il doit donc faire l'objet d'une interprétation stricte.

#### **L'article 5 paragraphe 1 énonce trois conditions cumulatives :**

- le cédant doit faire l'objet d'une procédure de faillite ou d'une procédure d'insolvabilité analogue,
- la procédure doit être ouverte aux fins de la liquidation des biens du cédant,
- la procédure doit se trouver sous le contrôle d'une autorité publique compétente.

#### ***Condition n°1***

L'opération de « pre-pack » en cause est préparée en amont de la faillite mais est mise en œuvre après la déclaration de faillite, et implique effectivement la faillite. Elle relève donc de la notion de « procédure de faillite » au sens de l'article 5 paragraphe 1.

#### ***Condition n°2***

Une procédure visant la poursuite de l'activité de l'entreprise ne satisfait pas cette condition. Une procédure peut être qualifiée comme telle lorsqu'elle tend à sauvegarder le caractère opérationnel de l'entreprise ou de ses unités viables. « En revanche, une procédure tendant à la liquidation des biens vise à maximiser le désintéressement collectif des créanciers. S'il n'est pas exclu qu'un certain chevauchement puisse exister entre ces deux objectifs que poursuit une procédure donnée, l'objectif principal d'une procédure visant la poursuite de l'activité de l'entreprise demeure, en tout état de cause, la sauvegarde de l'entreprise concernée. »

En l'espèce, une opération de « pre-pack » vise « à préparer la cession de l'entreprise dans ses moindres détails afin de permettre le redémarrage rapide des unités viables de l'entreprise après le prononcé de la faillite dans le souci d'éviter ainsi la rupture qui résulterait de la cessation brutale des activités de cette entreprise à la date du prononcé de la faillite, de manière à préserver la valeur de ladite entreprise et l'emploi. »

Une telle opération ne vise donc pas la liquidation de l'entreprise, « l'objectif économique et social qu'elle poursuit ne saurait expliquer ni justifier que, lorsque l'entreprise concernée fait l'objet d'un transfert total ou partiel, ses travailleurs soient privés des droits que leur reconnaît la directive. »

Une telle opération ne peut être qualifiée de procédure ouverte aux fins de la liquidation des biens du cédant. Le fait qu'une telle opération puisse également viser la maximisation du désintéressement des créanciers ne remet pas en cause cette conclusion.

#### ***Condition n°3***

En l'espèce, la direction de l'entreprise cédante mène les négociations et adopte les décisions préparant la vente de l'entreprise en faillite. Le curateur pressenti et le juge commissaire pressenti ne disposent formellement d'aucun pouvoir. En pratique, « très rapide-

ment après l'ouverture de la faillite, le curateur demande et reçoit l'autorisation du juge commissaire pour la cession de l'entreprise, ce dernier doit avoir été informé et, en substance, n'avoir pas marqué d'opposition à cette cession, avant la déclaration de faillite. Or, [...] cette manière de procéder est susceptible de vider largement de son contenu tout éventuel contrôle de la part d'une autorité publique compétente sur la procédure de faillite et, partant, ne saurait satisfaire à la [troisième] condition. »

En conclusion, la dérogation prévue à l'article 5 paragraphe 1 n'est pas applicable en l'espèce.

### **La décision de la Cour**

« La directive 2001/23/CE du Conseil, du 12 mars 2001, concernant le rapprochement des législations des États membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprises, d'établissements ou de parties d'entreprises ou d'établissements, et notamment son article 5, paragraphe 1, doit être interprétée en ce sens que la protection des travailleurs garantie par les articles 3 et 4 de cette directive est maintenue dans une situation, telle que celle en cause au principal, où le transfert d'une entreprise intervient à la suite d'une déclaration de faillite dans le contexte d'un pre-pack, préparé antérieurement à celle-ci et mis en œuvre immédiatement après le prononcé de la faillite, dans le cadre duquel, notamment, un « curateur pressenti », désigné par un tribunal, examine les possibilités d'une éventuelle poursuite des activités de cette entreprise par un tiers et se prépare à passer des actes juste après le prononcé de la faillite afin de réaliser cette poursuite et, par ailleurs, qu'il n'est pas pertinent, à cet égard, que l'objectif poursuivi par cette opération de pre-pack vise également la maximisation du produit de la cession pour l'ensemble des créanciers de l'entreprise en cause. »