



INFOS JURIDIQUES

Flash sur le Droit social

NEWSLETTER

N° 5/2018

31 mai 2018

1. Faillite : pas de fin automatique des contrats travail lorsque la faillite est susceptible d'entraîner des licenciements qui en raison du nombre des salariés concernés sont à qualifier de licenciements collectifs. p.1

2. Maladie du salarié et harcèlement moral : absence de la salariée déclarée apte au travail = absence injustifiée, fait suffisamment grave pour justifier un licenciement sans préavis, SAUF si actes de harcèlement moral à la base de l'incapacité de travail, connus de l'employeur et qu'il a omis de régler au préalable. p.3

3. CDD : le recours au CDI est le principe en droit du travail, le recours au CDD l'exception. En l'absence d'une spécification précise dans le contrat de travail quant à l'exécution d'une tâche précise et non durable, le contrat est présumé conclu pour une durée indéterminée. Sanction : pas d'indemnité, mais droit du salarié au maintien des relations de travail à l'expiration du terme illégal. Si l'employeur met fin au contrat, le salarié peut contester le licenciement. p.7

Licenciement oral abusif : droit à une indemnité compensatoire de préavis. Dommage matériel : le salarié doit le minimiser. p.7

4. DROIT EUROPÉEN : le demandeur d'emploi indemnisé par un État membre peut se rendre dans un autre État membre pour y chercher un emploi en conservant le droit aux prestations de chômage en espèces pendant 3 mois. p.9

1. Faillite : pas de fin automatique des contrats travail lorsque la faillite est susceptible d'entraîner des licenciements qui en raison du nombre des salariés concernés sont à qualifier de licenciements collectifs. Respect de la procédure des licenciements collectifs par le curateur.

Arrêt de la Cour d'appel du 19 avril 2018, n° 44476 du rôle

Faits

A a été au service de la société anonyme SOC1, en tant que chargée de production, du 15 juin 2006 au 15 octobre 2010, date à laquelle la société qui l'employait a été déclarée en état de faillite par le tribunal d'arrondissement de Luxembourg.

Dans le cadre de la faillite, A a déposé au greffe du tribunal de commerce deux déclarations de créance. La seconde, enregistrée sous le numéro 59, porte sur le montant de 10.000 euros auquel A estime avoir droit sur base du plan social, qui avait été conclu le 10 août 2010, soit deux mois avant la survenance de la faillite, entre la société SOC1 et les délégués du personnel en vue de licenciements collectifs envisagés afin d'assurer la survie de l'entreprise.

Le curateur de la société faillie s'est opposé à l'admission au passif de la créance au motif que la salariée n'avait pas fait l'objet du licenciement collectif mis en place par la société SOC1, mais que son contrat de travail avait été résilié

lié par l'effet de la cessation de l'activité de son employeur suite à la survenance de la faillite. Il estime, par conséquent, que la créance de A devrait se limiter au montant dû du fait de la survenance de la faillite.

Art. L. 125-1 du Code du travail :

(1) Sans préjudice des dispositions du chapitre VII ci-après, le contrat de travail est résilié avec effet immédiat en cas de cessation des affaires par suite de décès, d'incapacité physique ou de déclaration en état de faillite de l'employeur. En cas de transfert d'entreprise au sens des dispositions du même chapitre VII, les contrats résiliés renaissent de plein droit au moment de la reprise des affaires suite au transfert, dans les conditions visées aux articles L. 127-3 à L. 127-5. Dans cette dernière hypothèse, la reprise des affaires doit cependant intervenir dans les trois mois à partir de la cessation des affaires. Ce délai peut être prolongé ou réduit par la convention visée au paragraphe (2) de l'article L. 127-5.



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.

Sauf continuation des affaires par le curateur ou le successeur de l'employeur, le salarié a droit:

1. au maintien des salaires se rapportant au mois de la survenance de l'événement et au mois subséquent, et
2. à l'attribution d'une indemnité égale à cinquante pour cent des mensualités se rapportant au délai de préavis auquel le salarié aurait pu prétendre conformément aux dispositions de l'article L. 124-3.

Les salaires et indemnités allouées au salarié conformément à l'alinéa qui précède ne peuvent toutefois excéder le montant des salaires et indemnités auxquelles il aurait pu prétendre en cas de licenciement avec préavis.

Position du curateur

Le curateur de la faillite fait valoir que le contrat de travail qui liait A à la société SOC1 a pris fin par la survenance de la faillite de l'employeur et que le plan social en cause a été établi pour répondre aux exigences des articles L. 166-1 et suivants du Code du travail prescrites pour les cas de licenciements collectifs.

Ainsi, un salarié dont le contrat de travail a pris fin par la survenance de la faillite de son employeur ne saurait réclamer, outre les indemnités légales dues sur base de l'article L. 125-1(1) du Code du travail, des indemnités dues en vertu du plan social.

Selon le curateur, il y aurait lieu de distinguer, en l'espèce, entre les salariés de la société SOC1 dont le contrat de travail a été résolu, avant la survenance de la faillite, dans le cadre d'un licenciement collectif et ceux, dont A, dont le contrat a cessé par la mise en faillite de leur employeur. La nature des indemnités auxquelles ils auraient droit dépendrait de ce critère.

Décision de la Cour d'appel

Le cadre légal

L'article L.125-1 du Code du travail, qui semble impliquer que la faillite produit un effet immédiat et inéluctable de cessation du contrat de travail, est contraire, dans certains cas, à une

règle de droit européen que le législateur luxembourgeois a transposée aux articles L. 166-1 et suivants du Code du travail, lesquels s'appliquent non point à toutes les cessations de contrats de travail consécutifs à une faillite, mais uniquement aux cessations collectives (« licenciements collectifs »), c'est-à-dire, en droit luxembourgeois, aux licenciements d'au moins 7 salariés pour une même période de 30 jours et aux licenciements d'au moins 15 salariés pour une même période de 90 jours.

Cette règle applicable aux licenciements collectifs prend son origine dans une série de directives européennes, depuis la directive 75/129/CEE du Conseil, du 17 février 1975. Selon cette dernière directive, elle ne s'appliquait pas aux travailleurs touchés par la cessation des activités de l'établissement lorsque celle-ci résultait d'une décision de justice telle la faillite. Depuis la directive 92/56/CEE du Conseil du 24 juin 1992, cette restriction au champ d'application de la directive a été supprimée. La directive 75/129, telle que modifiée par la directive 92/56, a été abrogée et remplacée par la directive 98/59, actuellement en vigueur, qui maintient l'inclusion des licenciements collectifs suite à une faillite dans son champ d'application.

Il résulte de cette directive, ainsi que de l'article L. 166-2 du Code du travail, que lorsque la faillite est susceptible d'entraîner des licenciements qui en raison du nombre des salariés concernés sont à qualifier de licenciements collectifs, elle ne peut, par exception à l'article L. 125(1) du Code du travail, pas entraîner automatiquement la cessation des contrats de travail ; au contraire, la procédure de licenciements collectifs, telle qu'elle est prévue par la directive et par l'article L. 166-2 du Code du travail, doit être suivie au préalable, avant que le licenciement puisse être notifié au salarié par le curateur de faillite.

Cette incidence de la procédure européenne des licenciements collectifs sur les faillites luxembourgeoises a donné lieu à une série d'arrêts de la Cour de cassation du 29 avril 2010 (numéros 28/10 et suivants) après saisine de la Cour de justice de l'Union européenne pour savoir si la directive 98/59/CEE était à interpréter en ce sens qu'elle s'appliquait à une cessation des affaires

par suite d'une déclaration de faillite de l'employeur et, dans l'affirmative, si le curateur était à assimiler à un employeur ayant envisagé des licenciements collectifs et étant en mesure d'accomplir, dans cette perspective, les actes visés aux articles 2 et 3 de la directive et d'effectuer les licenciements.

Dans son arrêt préjudiciel du 3 mars 2011 (Claes et autres, affaires jointes C-235/10 à C-239/10), la CJUE a répondu, dans le contexte particulier de la liquidation d'un établissement de crédit, par l'affirmative à la première question de la Cour de cassation. Elle a répondu comme suit à la deuxième question :

« Jusqu'à l'extinction définitive de la personnalité juridique d'un établissement dont la dissolution et la liquidation sont ordonnées, les obligations découlant des articles 2 et 3 de la directive 98/59 doivent être remplies. Les obligations qui incombent à l'employeur en vertu de ces articles doivent être exécutées par la direction de l'établissement en cause, lorsqu'elle reste en place, même avec des pouvoirs limités quant à la gestion de cet établissement, ou par le liquidateur de celui-ci, dans la mesure où la gestion de cet établissement, est reprise entièrement par ce liquidateur ».

Après cassation de l'arrêt déferé (Cass. 27 octobre 2011, arrêts numéros 60/11 et suivants), la composition de la Cour d'appel à laquelle l'affaire avait été renvoyée (ordonnances de la Cour d'appel du 8 décembre 2011), décida que la situation dans laquelle se trouvaient les salariés (en l'espèce, il s'agissait de salariés protégés) concernés par le jugement déclaratif de l'insolvabilité de leur employeur, un établissement bancaire, ne relevait pas de la cessation automatique des contrats de travail, mais d'un licenciement collectif qu'il convenait de déclarer irrégulier.

Les conclusions juridiques qu'il convient de tirer de ces arrêts sont claires et sont transposables sans difficulté, au présent cas bien que celui-ci ne concerne pas un salarié protégé, mais un salarié ordinaire et qu'il a trait à une procédure de faillite et non à une procédure de liquidation d'un établissement bancaire (cf. en ce sens les arrêts de la Cour de cassation du 29 avril 2010).

Il est constant qu'en l'espèce, 13 salariés ont perdu leur emploi du fait de la faillite, ce qui est un nombre suffisant pour que l'application de la procédure pour licenciements collectifs ait été obligatoire ; avant le jugement déclaratif de la faillite, 24 autres salariés avaient, par ailleurs, fait l'objet d'un plan social moins de 90 jours avant la faillite et leur nombre peut être ajouté au nombre de salariés directement concernés par la faillite conformément à l'article L. 166-1 du Code du travail. Néanmoins, le curateur a appliqué, à tort, l'article L. 125-1 du Code du travail (cessation automatique des contrats de travail) au lieu de suivre la procédure des licenciements collectifs de l'article L. 166-2 du Code du travail.

La question dont le Tribunal du travail a été saisi n'est toutefois pas celle de la régularité du licenciement, mais celle du droit de la salariée de bénéficier des stipulations du plan social conclu avant le jugement déclaratif, et dont la clause II (alinéas 3 et 4) stipule que « Le Plan social s'applique à compter de sa signature et jusqu'au 12^e mois suivant sa signature, et cela exclusivement aux salariés qui doivent être licenciés pour des motifs d'ordre économique. »

Par conséquent, dans l'hypothèse où SOC1 devait être amenée à stopper totalement ses activités dans l'année suivant la signature du Plan social et suivant les licenciements des personnes visées à l'annexe 1, les salariés restant auprès de SOC1.) bénéficieront également des avantages sociaux liés au présent Plan social, sans qu'une nouvelle procédure de licenciements collectifs soit mis en place ».

L'applicabilité du plan social

Le plan social a été signé le 10 août 2010. La date de la faillite est le 10 octobre 2010. Il s'ensuit que la stipulation selon laquelle le plan social s'applique pendant les 12 mois suivant sa signature aux salariés qui doivent être licenciés pour des motifs d'ordre économique s'applique à A.

2. Maladie du salarié et harcèlement moral :

L'employeur peut demander à sa salariée de se soumettre pendant la durée de la maladie médicalement constatée à un nouvel examen médical que la salariée ne peut refuser sans motifs valables.

Avis d'aptitude de la CNS, confirmé par 3 médecins de contrôle : l'employeur a renversé la présomption de maladie attachée au certificat médical versé par la salariée et par là, la protection contre le licenciement.

Absence de la salariée déclarée apte au travail = absence injustifiée, fait suffisamment grave pour justifier un licenciement sans préavis, SAUF si actes de harcèlement moral à la base de l'incapacité de travail, connus de l'employeur et qu'il a omis de régler au préalable.

Attention ! La loi du 7 août 2015 modifiant les attributions du Contrôle médical de la sécurité sociale et par là, l'article L. 121-6 du Code du travail, entrée en vigueur seulement à partir du 1^{er} septembre 2015 ne s'applique pas aux faits - antérieurs - ayant fait l'objet du présent litige.

Arrêt de la Cour d'appel du 19 avril 2018, n° 44623 du rôle

Faits

La salariée A a fait convoquer l'employeur B devant le Tribunal du travail de Luxembourg aux fins de la voir condamner à lui payer du chef de son licenciement avec effet immédiat du 31 juillet 2015 qu'elle qualifie d'abusif, les montants suivants :

- indemnité compensatoire de préavis (6 mois) - 13.845,63 euros

- indemnité de départ (2 mois) - 4.615,12 euros
- dommage matériel - 27.690,72 euros
- préjudice moral - 13.845,63 euros

Elle a fait exposer que par contrat de travail conclu le 28 février 2002 elle a été engagée par la partie défenderesse comme vendeuse-remplaçante, qu'elle

a été licenciée avec effet immédiat le 31 juillet 2015 pour absences injustifiées depuis le 17 juillet 2015.

Le 6 août 2015, elle a contesté, par l'intermédiaire de son avocat, les motifs du licenciement.

A a fait valoir que le licenciement était abusif à titre principal pour avoir été notifié en violation de l'article L.121-6 (3) du Code du travail. À titre subsidiaire, elle a estimé que les motifs indiqués dans

la lettre de licenciement n'étaient ni précis ni suffisamment graves pour justifier un licenciement avec effet immédiat.

L'employeur a fait valoir que A était absente depuis le 8 novembre 2014 pour maladie ; que par courrier du 9 juin 2015, la CNS l'a déclarée apte au travail ; que l'employeur a demandé à sa salariée de se présenter à des contre-examens qui ont eu lieu les 7, 10 et 16 juillet 2015, qui ont également conclu qu'elle était apte au travail. Néanmoins, A ne se serait pas présentée au travail.

L'employeur a considéré que, compte tenu des conclusions des médecins de contrôle, la protection contre le licenciement tirée de l'article L. 121-6 du Code du travail ne s'appliquait pas et que sa salariée était en absence injustifiée depuis le 17 juillet 2015. Il en a conclu que le licenciement reposait sur des motifs graves rendant impossible la poursuite de la relation de travail et qu'il était à déclarer justifié.

Le jugement du Tribunal du travail

Par jugement du 5 décembre 2016, le Tribunal du travail a déclaré justifié le licenciement de A intervenu en date du 31 juillet 2015.

Pour statuer comme il l'a fait, le Tribunal du travail a retenu, concernant la protection contre le licenciement en cas de maladie, qu'en l'espèce l'employeur a été informé le premier jour de la prolongation de l'incapacité de travail et que le certificat médical du 28 juillet 2015 faisant état d'une incapacité de travail du 28 juillet 2015 au 27 août 2015, lui a été soumis endéans le délai légal de trois jours conformément à l'article L. 121-6 du Code du travail.

Le tribunal a ensuite, en présence des contestations de l'employeur quant à la réalité de la maladie de sa salariée, relevé que **l'employeur peut demander à sa salariée de se soumettre pendant la durée de la maladie médicalement constatée à un nouvel examen médical que la salariée ne peut refuser sans motifs valables.**

Le tribunal a encore relevé que l'employeur a envoyé A effectuer trois contre-examens médicaux et que compte tenu

des conclusions concordantes des médecins de contrôle, il fallait retenir que A ne pouvait plus se prévaloir à partir du 16 juin 2015 de l'incapacité de travail certifiée par le Dr B et prolongée par la suite par le même médecin, de sorte que l'employeur a renversé la présomption de maladie de la requérante, et la lettre de licenciement du 31 juillet 2015 n'a dès lors pas été envoyée en violation des dispositions protectrices de l'article L. 121-6 du Code du travail.

Le Tribunal du travail a également retenu que la lettre de licenciement était suffisamment précise.

Concernant la gravité de la faute, le Tribunal du travail a décidé qu'au vu du résultat des examens de contrôle connu de la salariée, il lui aurait appartenu de se présenter à son lieu de travail à partir du 17 juillet 2015 sans que son employeur n'ait dû entreprendre des démarches particulières, ni l'inviter formellement à venir travailler et que faute de ce faire, il y a eu absence injustifiée de sa part sur toute la période indiquée dans la lettre de licenciement.

En présence de son moyen tiré d'un harcèlement moral qui serait à l'origine de ses absences, le tribunal a finalement retenu que comme A n'établissait pas avoir informé son employeur de la cause de son état de santé déficient, elle ne saurait lui reprocher d'avoir sanctionné ses absences injustifiées au travail par un licenciement.

Le Tribunal a estimé que face aux conclusions des médecins de contrôle, les absences de A depuis le 17 juillet 2015 étaient à considérer comme fautes graves justifiant le licenciement intervenu le 31 juillet 2015.

La salariée A a régulièrement interjeté appel.

Le raisonnement des juges de la Cour d'appel

Quant à la protection contre le licenciement

La salariée reproche d'abord à son ancien employeur de s'être prévalu des contre-examens médicaux pour justifier son licenciement, alors qu'ils ne lui ont jamais été communiqués et qu'elle n'a pas été mise en demeure de reprendre

son travail. Elle soutient encore que même si elle a été mise au courant oralement par les médecins de contrôle du résultat des contre-examens, partant de son aptitude à reprendre le travail, cette information n'aurait aucune pertinence alors qu'elle n'était pas sous contrat avec les médecins de contrôle, de sorte qu'elle n'avait pas d'ordre à recevoir d'eux, que seule l'employeur aurait pu la mettre en demeure de reprendre son activité.

En présence de l'avis du médecin de contrôle D du 10 juillet 2015 indiquant qu'il a « *clairement informé la concernée qu'il n'existe aucune contre-indication à une reprise immédiate de son travail* » ainsi que de l'avis du docteur E du 16 juillet 2015 précisant que « *l'intéressée a été informée verbalement de ma décision, à savoir qu'elle pourra reprendre le travail dès demain le 17 juillet 2015* », l'appelante est malvenue de vouloir prétendre ne pas avoir eu connaissance du résultat de ces contre-visites médicales.

Ces avis lui sont par ailleurs opposables, contrairement à ce qu'elle affirme, alors qu'elle avait l'obligation suite aux demandes de son employeur, qui mettait en doute la réalité de sa maladie, de se présenter à ces trois examens médicaux, partant d'en respecter les résultats, sauf à dénier toute valeur à cette procédure qui est cependant de principe.

Finalement, une invitation de quelque nature qu'elle soit de l'employeur suite aux décisions claires et précises des médecins de contrôle d'une reprise immédiate du travail, n'était pas nécessaire.

Il résulte des considérations que le premier moyen de la salariée tombe à faux.

La salariée maintient ensuite avoir été protégée contre le licenciement au moment où il a été prononcé alors qu'elle a accompli les obligations prévues par l'article L. 121-6 du Code du travail, de sorte que ce serait à tort que le tribunal a retenu qu'en présence de la décision de la CNS la déclarant apte au travail, elle aurait dû verser un nouveau certificat médical détaillé.

Or, il n'a pas été prétendu par l'employeur que la salariée n'avait pas accompli les exigences prévues par l'article L. 121-6 du Code du travail, l'employeur a seulement contesté

en présence de l'avis de la CNS, la réalité de la maladie de la salariée l'obligeant en conséquence à se rendre aux contre-examens médicaux.

Le fait que le tribunal a retenu qu'elle aurait dû, en présence de ces avis d'aptitude de la CNS, verser un nouveau certificat médical détaillé trouve son origine dans les décisions mêmes de la CNS l'ayant déclarée apte à reprendre son activité à partir d'une date bien précise tout en indiquant « (...) Conformément aux dispositions de l'article 177, alinéa 1er des statuts de la Caisse nationale de santé, les certificats d'incapacité de travail pour cause de maladie ou d'accident, établis au cours des douze semaines à venir [jusqu'au 7.09.2015], ne sont pas opposables à la Caisse nationale de santé, sauf fait médical nouveau justifié d'une manière détaillée par le médecin traitant. (...) ».

La salariée reproche finalement au Tribunal du travail de ne pas avoir tenu compte de la décision du Conseil arbitral intervenu neuf mois après son licenciement suite à son recours contre la décision de la CNS et de l'avis de l'expert judiciaire, pour constater la réalité de sa maladie au jour du licenciement. Elle en conclut avoir été protégée contre ce congédiement, de sorte que le licenciement aurait dû être déclaré abusif.

Il est de principe que la régularité, le bien-fondé et les circonstances d'un licenciement s'apprécient au jour où il a été posé. Or, en date du 31 juillet 2015, ni la décision du Conseil arbitral, ni l'avis de l'expert médical judiciaire n'existaient, de sorte que ni l'employeur ni le Tribunal du travail ne pouvaient matériellement en avoir eu connaissance.

La Cour rappelle que le motif du licenciement avec effet immédiat est en l'espèce l'absence injustifiée de la salariée depuis le 17 juillet 2015.

Quant au bien-fondé du licenciement pour faute grave

Se prévalant des avis de la CNS du 9 juin 2015 et du 6 juillet 2015 déclarant la salariée apte au travail, confirmés par ceux des trois médecins de contrôle, l'employeur a estimé avoir renversé la présomption de maladie attachée au certificat médical lui versé par la sala-

riée en date du 30 juin 2015 et a considéré que les absences de la salariée qui a été déclarée apte au travail, mais qui ne s'est pas présentée sur son lieu de travail pour reprendre son activité était en absence injustifiée, fait suffisamment grave pour justifier un licenciement sans préavis.

Si cette approche de l'employeur est légitime dans l'hypothèse d'une absence dont le caractère injustifié est avéré alors que l'obligation principale de la salariée est de se présenter au travail pour y travailler, il en va différemment lorsque la nature injustifiée de l'absence laisse d'être établie dès lors que la salariée prétend que la cause de son absentéisme réside dans un harcèlement moral qu'elle subit sur son lieu de travail.

Dans cette hypothèse, il incombe à la salariée d'en rapporter la preuve.

En l'espèce, il résulte tant des rapports médicaux des 13 et 28 juillet 2015 établis par le médecin traitant de la salariée, le docteur B, médecin psychiatre, que des trois avis établis par les médecins de contrôle de l'employeur, que la salariée rencontrait des problèmes relationnels, conflictuels avec ses collègues de travail, sa hiérarchie ou sa direction sur son lieu de travail, cause de sa dépression, partant de son absentéisme.

L'avis du docteur E du 16 juillet 2015 indique par ailleurs clairement « ... comme les problèmes relationnels employeur-employé ne relèvent en soi pas d'une ITT pour raison médicale, une solution différente devra être trouvée... ».

Les susdits certificats des médecins de contrôle ont été portés à la connaissance de l'employeur dès lors que c'est lui qui a non seulement chargé les médecins de contrôle de vérifier l'aptitude de sa salariée au travail, et qui a pris en charge les honoraires afférents.

Or, l'employeur, formellement informé de ce problème conflictuel entre la salariée et sa hiérarchie, respectivement ses collègues de travail, s'est contenté de la licencier avec effet immédiat pour absence injustifiée.

Cependant, et par application du principe selon lequel les conventions s'exécutent de bonne foi, conformément à l'article 1134 alinéa 3 du Code civil, un employeur doit à l'évidence

s'abstenir de tout harcèlement et de tout acte de violence envers ses salariés (article L.245-4(1) du Code du travail), il ne peut pas non plus rester inactif lorsque ses salariés sont victimes d'actes dégradants commis par les collègues ou par des tiers, tant que ces salariés travaillent sous sa responsabilité.

Informé d'actes de harcèlement ou d'une situation conflictuelle entre salariés, l'employeur doit prendre des mesures préventives en amont des comportements conflictuels et intervenir concrètement en gérant les attitudes ou les actes conflictuels.

Parmi les obligations de l'employeur figure entre autres, l'obligation d'entendre la victime présumée et celle de mener une enquête interne.

Il est faux d'affirmer comme le soutient l'employeur que ces obligations patronales n'existent que dans l'hypothèse d'un harcèlement moral avéré, ce qui d'après lui, n'était pas le cas en l'espèce.

En effet, un employeur qui prend connaissance, que ce soit par lui-même, par un tiers, comme en l'espèce par les médecins de contrôle ou par la victime elle-même d'un potentiel problème de harcèlement ou de violence, devra mener son enquête interne et recueillir toutes les informations nécessaires pour faire cesser le conflit, respectivement pour protéger la victime.

Or, en l'espèce l'employeur n'a pas agi en ce sens.

Dans ces circonstances, la Cour retient que l'employeur en procédant au licenciement, de surcroît avec effet immédiat, de sa salariée, victime de tels agissements et mise en incapacité de travail en raison de l'altération de sa santé psychique en découlant, au motif qu'elle ne s'est pas présentée à son lieu de travail à la date fixée par les médecins de contrôle la rendant ainsi coupable d'une absence injustifiée de quatre jours, sans tenter de régler au préalable le problème relationnel à la base de l'incapacité de travail, a agi de manière intempestive et anormale.

Abusivement licenciée avec effet immédiat, A a droit à une indemnité compensatoire de préavis qui, compte tenu de son ancienneté de service de quatorze années, est de six mois correspon-

dant à la somme de 13.845,63 euros, sous réserve de déduction des indemnités de chômage perçues pendant la même période à propos de la demande de l'État, ainsi qu'à une indemnité de départ de deux mois, soit à la somme de 4.615,12 euros sur base des fiches de salaires versées en cause.

La salariée a également droit en principe à être indemnisée des préjudices tant matériel que moral subis suite au licenciement abusif, à la condition d'établir que ses préjudices sont avérés et en relation causale avec le licenciement.

Quant aux préjudices matériel et moral

A évalue son préjudice matériel sur une période de référence de douze mois et réclame des dommages et intérêts en réparation de son préjudice matériel d'un montant de 27.690,72 euros. Elle précise avoir touché les indemnités de chômage à partir du mois d'août 2015 jusqu'au mois de juillet 2016, date à laquelle elle a retrouvé un emploi.

Le préjudice matériel du salarié ne perdure que pendant une période qui aurait dû lui suffire pour trouver un nouvel emploi, période de référence qui peut en l'espèce être fixée à six mois.

Compte tenu du fait que la salariée a touché pendant cette période de réf-

rence de six mois des indemnités de chômage et qu'elle peut prétendre à une indemnité compensatoire de préavis de six mois, il y a lieu de dire que le préjudice matériel allégué est inexistant, de sorte que sa demande afférente est à rejeter.

Le préjudice moral subi par A peut être évalué ex aequo et bono, compte tenu de l'ancienneté de service de la salariée, des circonstances particulières du licenciement, de l'atteinte portée sa dignité de salariée et des tracasseries qu'elle a dû se faire pour son avenir professionnel à la somme de 2.000 euros.

L'État, pris en sa qualité de gestionnaire du Fonds pour l'emploi, sollicite le remboursement par la partie mal-fondée des indemnités de chômage versées à la salariée pour la période d'août 2015 à juillet 2016 de la somme de 17.068,92 euros sur base de l'article L.521-4 du Code du travail.

Aux termes de l'article L.521-4 paragraphe 5 al 1 :

« Le jugement ou l'arrêt déclarant abusif le licenciement du salarié ou justifiée la démission motivée par un acte de harcèlement sexuel condamne l'employeur à rembourser au Fonds pour l'emploi les indemnités de chômage par lui versées au salarié pour la ou les périodes

couvertes par les salaires ou indemnités que l'employeur est tenu de verser en application du jugement ou de l'arrêt. Il en est de même du jugement ou de l'arrêt condamnant l'employeur au versement des salaires, ou indemnités en cas d'inobservation de la période de préavis ou en cas de rupture anticipée du contrat conclu à durée déterminée. »

Comme la salariée a été déboutée de sa demande en paiement de dommages et intérêts pour le préjudice matériel subi, le recours de l'État ne pourra, conformément à l'article L.521-4(5) du Code du travail, être exercé que sur l'indemnité compensatoire de préavis de six mois correspondant au montant de 13.845,63 euros.

L'État ayant payé pendant cette période des indemnités de chômage à concurrence de 7.748,35 euros, l'employeur sera tenu au remboursement à l'État de ce montant.

Il en découle encore que l'indemnité compensatoire de préavis que l'employeur est tenu de payer à la salariée est de $13.845,63 - 7.748,35 = 6.097,28$ euros.

3. **CDD : le recours au CDI est le principe en droit du travail, le recours au CDD l'exception. En l'absence d'une spécification précise dans le contrat de travail quant à l'exécution d'une tâche précise et non durable, le contrat est présumé conclu pour une durée indéterminée.**

Sanction : pas d'indemnité, mais droit du salarié au maintien des relations de travail à l'expiration du terme illégal. Si l'employeur met fin au contrat, le salarié peut contester le licenciement.

Licenciement oral abusif : droit à une indemnité compensatoire de préavis.

Domage matériel : le salarié doit le minimiser, notamment en faisant les efforts nécessaires à sa réinsertion rapide sur le marché de l'emploi : insuffisance de 26 lettres de motivation adressées à des employeurs potentiels, sans toutefois établir l'envoi desdites lettres.

Arrêt de la Cour d'appel du 19 avril 2018, n° 44819 du rôle

Faits

Les parties ont signé un contrat de travail à durée déterminée en date du 2 mars 2015, pour la période allant du 2 mars au 30 juillet 2015.

D'après l'employeur, elles auraient ensuite signé un 2ème contrat à durée déterminée en date du 25 août 2015, pour une période allant du 25 août au 19 février 2016.

Le salarié A conteste la signature d'un deuxième contrat de travail et fait plaider que le contrat versé par l'employeur constituerait un faux. Il expose qu'à l'expiration du contrat de travail du 2 mars 2015, il aurait continué à travailler auprès de son employeur jusqu'au 19 février 2016, date à laquelle ce dernier lui aurait dit que ce n'était plus la peine de revenir, qu'il n'avait plus de travail pour lui.

Par courrier recommandé daté du 18 avril 2016, A a contesté le licenciement ainsi intervenu.

Position des parties

A soutient qu'il a été engagé suivant contrat de travail à durée déterminée du 2 mars 2015, pour une durée de 5 mois expirant le 30 juillet 2015. Ayant continué à travailler après cette date le contrat se serait mué en contrat de travail à durée

indéterminée. Or, en date du 19 février 2016, l'employeur lui aurait dit qu'il s'agissait de son dernier jour de travail, qu'il n'avait plus de travail pour lui et qu'il pouvait donc rester à la maison. Il l'aurait également désaffilié à cette date et lui aurait adressé un certificat de travail mentionnant la fin du contrat au 19 février 2016.

Contrairement aux allégations de son ancien employeur, il conteste avoir signé un deuxième contrat de travail à durée déterminée d'une durée de 6 mois dont l'échéance devait arriver le 19 février 2016.

Il estime partant que son employeur aurait pris l'initiative de mettre fin abusivement à son contrat à durée indéterminée et qu'il l'aurait licencié abusivement.

L'employeur conteste avoir licencié A et fait plaider que ce dernier aurait quitté son poste de travail en date du 19 février 2016 et ne serait plus revenu par la suite.

Il relève qu'il n'y aurait pas eu de lettre de licenciement et il conteste tout licenciement oral. En date du 19 février 2016, A aurait, en fin de journée, été récupérer le chèque de son salaire dans le bureau de Monsieur C et aurait quitté le bureau sans un mot.

Décision de la Cour d'appel

Quant à la nature juridique du contrat de travail signé par les parties.

Il est constant en cause que les parties ont signé un CDD en date du 2 mars 2015, pour la période allant du 2 mars au 30 juillet 2015.

D'après l'employeur, elles auraient ensuite signé un 2^e CDD en date du 25 août 2015, pour une période allant du 25 août au 19 février 2016.

Le salarié conteste la signature d'un 2^e contrat de travail et fait plaider que le contrat versé par l'employeur constituerait un faux. Il expose qu'à l'expiration du contrat de travail du 2 mars 2015, il aurait continué à travailler auprès de son employeur jusqu'au 19 février 2016, date à laquelle ce dernier lui aurait dit que ce n'était plus la peine de revenir, qu'il n'avait plus de travail pour lui.

L'article L.121-2 du Code du travail pose le principe général selon lequel le recours au CDI est le principe en droit du travail, de sorte que le recours au CDD constitue l'exception.

Partant, ce n'est que dans les cas et sous les conditions prévues par le Code du travail, que le contrat de travail peut comporter un terme fixé avec précision dès sa conclusion ou résultant de la

réalisation de l'objet pour lequel il est conclu [article L. 121-2 alinéa 2].

D'après l'article L. 122-1 paragraphe 1 du Code du travail, les parties n'ont la faculté de conclure un CDD que pour l'exécution d'une tâche précise et non durable ; il ne peut avoir pour objet de pourvoir durablement à un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise.

Doivent partant être indiqués dans le CDD non seulement la nature précise de la tâche que le salarié est amené à accomplir, qui doit être limitée à l'exécution d'une tâche précise et non durable, c'est-à-dire à des situations exceptionnelles, mais encore le justificatif au recours d'un tel contrat par la définition précise de son objet.

Le contrat de travail signé entre les parties pour la durée déterminée allant du 2 mars 2015 au 30 juillet 2015 indique que le salarié « *est engagé en qualité de manœuvre, sans préjudice d'une affectation ultérieure tenant compte des aptitudes professionnelles du salarié ou des besoins de l'employeur* ». Le contrat indique également l'objet pour lequel il a été conclu, à savoir « *des travaux de manutention* ».

En l'absence d'une spécification précise dans le contrat de travail quant à l'exécution d'une tâche précise et non durable, le contrat est d'après l'article L. 122-9 du Code du travail présumé conclu pour une durée indéterminée.

Quant à la nature juridique de la résiliation du contrat de travail

A expose qu'en date du 19 février 2016, C, gérant, lui aurait dit qu'il ne devait pas revenir le lendemain parce qu'il n'avait plus de travail pour lui et qu'il pouvait passer en fin de journée chercher sa rémunération pour le mois de février.

Il verse, pour étayer ses dires, une attestation de B.

L'employeur conteste tout licenciement prononcé par lui et se prévaut de la démission du salarié, qui ne se serait plus présenté à son poste de travail au terme du 2^e CDD.

Il fait valoir que l'attestation serait incompréhensible. En tout état de cause, il s'agirait d'une attestation de complai-

sance d'un ancien salarié, rédigée dans le seul but de lui nuire.

La requalification de la relation de travail entre parties en CDI, mesure de protection du salarié, constitue la seule sanction prévue par la loi sur le contrat de travail en cas de violation de l'article L.122-1 du Code du travail, **le but de la loi n'étant pas la résiliation automatique donnant lieu à des indemnités, mais le droit du salarié au maintien des relations de travail à l'expiration du terme illégal**. En dehors de cette sanction, le Code ne déroge pas aux règles relatives à la cessation du contrat à durée indéterminée (Cour, 21 février 2013, n° 37966 du rôle).

La seule échéance du terme ne pouvant dès lors être analysée a posteriori en un licenciement avec effet immédiat abusif, il appartient au salarié d'établir que le licenciement a procédé de la volonté claire et manifeste de l'employeur.

La Cour constate qu'il n'y a pas eu de lettre de licenciement de la part de l'employeur, ni de démission donnée par le salarié, ni de résiliation d'un commun accord au sens de la loi sur le contrat de travail, c'est-à-dire rédigée en double exemplaire.

Cependant, le fait par l'employeur de ne plus fournir de travail au salarié et de lui indiquer que le 19 février 2016 est son dernier jour de travail doit être assimilé à un licenciement oral et comme tel abusif.

La preuve qu'en l'espèce l'employeur est à l'origine de la résiliation du CDD non conforme à la loi résulte des pièces soumises à l'appréciation de la Cour et notamment du chèque remis en mains propres en date du 19 février 2016 au salarié. En effet, alors que les mois précédents l'employeur payait le salarié à la fin du mois, il lui a en date du 19 février 2016 remis en mains propres un chèque relatif au salaire du mois de février 2016 et à la prime pour 2015, dénotant par là sans équivoque son intention de mettre fin au contrat.

Il n'a par ailleurs pas été établi, ni même été allégué, que l'employeur aurait proposé au salarié de continuer à travailler pour lui et que ce dernier aurait refusé. Au contraire, l'employeur affirme dans ses conclusions, que C, gérant, aurait indiqué à A, au courant de la jour-

née du 19 février 2016, qu'il devait se présenter à la fin de la journée de travail dans son bureau afin de récupérer le chèque du salaire du mois de février 2016 et la prime de l'année 2015.

La résiliation à l'initiative de l'employeur est encore étayée par l'attestation de B, qui travaillait avec A le jour où C lui a dit qu'il n'avait plus besoin de lui. Le texte, malgré les fautes d'orthographe, est parfaitement compréhensible. L'auteur attestant qu'il travaillait avec A le 19 février 2016 lorsque C a dit à A qu'il n'avait plus besoin de lui et qu'il pouvait rentrer chez lui en fin de journée.

Quant aux montants réclamés

A réclame une indemnité compensatoire de préavis, représentant deux mois de salaire.

La résiliation du contrat de travail étant abusive, A a droit aux 2 mois de préavis non respectés, soit 3.912,62 euros (2 x 1.956,31 euros).

En outre, exposant n'avoir retrouvé un travail qu'à partir du mois de juin 2016 et estimant qu'il y aurait lieu de fixer la période de référence pour retrouver un nouvel emploi à quatre mois, A réclame encore le montant de 4.583,66 euros brut au titre de son préjudice matériel, soit l'équivalent des salaires pour le mois de février (622,46 euros), mars et avril 2016 (2 x 1.956,32 euros), ainsi que la différence entre les salaires des mois de mai et juin 2016 et les montants touchés au titre du chômage ou de missions intérimaires (15,23 et 33,35 euros).

Enfin, A réclame encore le montant de 5.000 euros au titre de son préjudice moral.

Abusivement licencié, le salarié a en principe droit à l'indemnisation des préjudices tant matériel que moral découlant du licenciement illégal ou illégitime, à la double condition que les préjudices soient prouvés et qu'ils soient en relation causale avec le licenciement abusif.

Il est encore de principe que **le salarié doit minimiser son préjudice matériel, notamment en faisant les efforts nécessaires à sa réinsertion rapide sur le marché de l'emploi.**

A verse 26 lettres de motivation adressées à des employeurs potentiels, sans toutefois établir l'envoi desdites lettres.

Les pièces versées en cause ne permettent partant pas de retenir que le salarié a effectué les diligences nécessaires afin de minimiser son préjudice

matériel, de sorte que A est à débouter de sa demande en réparation d'un préjudice matériel pour la période postérieure à celle couverte par l'indemnité compensatoire de préavis.

Compte tenu des circonstances du licenciement, de l'âge du salarié au moment

du licenciement, de sa formation, de son ancienneté dans l'entreprise SOC1 et des conditions du marché du travail, la Cour fixe les dommages et intérêts dus en réparation du préjudice moral subi par A en raison de la perte de son emploi à 500 euros..

4. DROIT EUROPÉEN : Le demandeur d'emploi indemnisé par un État membre peut se rendre dans un autre État membre pour y chercher un emploi en conservant le droit aux prestations de chômage en espèces pendant 3 mois.

Possible prolongation de 3 mois sur demande : un État membre peut refuser par principe toute demande d'extension de la période d'exportation des prestations de chômage au-delà de trois mois, à moins que le refus de cette demande conduise à un résultat déraisonnable.

Arrêt de la CJUE (première chambre) du 21 mars 2018, Klein Schiphorst, affaire C-551/16

Faits et procédure

M. Klein Schiphorst, résident et ressortissant néerlandais, a informé l'institution compétente en matière de versement des prestations de chômage (ci-après l'institution) qu'il comptait se rendre en Suisse¹ afin de rechercher un emploi et a demandé le maintien de ses droits aux prestations de chômage, dont il bénéficiait depuis le 2 mai 2011.

Le 8 août 2012, l'institution a fait droit à sa demande pour une période de 3 mois, du 1er septembre 2012 au 30 novembre 2012.

Le 19 novembre 2012, M. Klein Schiphorst a demandé une extension de la période d'exportation sur la base du règlement n°883/2004² (ci-après le règlement). Cette demande, ainsi que sa réclamation introduite en janvier 2013, ont été rejetées. L'institution précise qu'elle ne fait pas usage de la possibilité offerte par le règlement de prolonger la période d'exportation au-delà de la période de 3 mois.

M. Klein Schiphorst a introduit un recours devant le tribunal d'Amsterdam, qui a accueilli favorablement sa demande for-

mée à l'encontre de la décision de refus de janvier 2013, au motif que l'institution n'avait pas suffisamment fourni les raisons pour lesquelles elle n'exerçait pas la faculté offerte par le règlement.

L'institution a néanmoins réitéré son refus le 15 novembre 2013 en précisant que par principe, et conformément aux instructions du ministre des Affaires sociales et de l'Emploi, elle ne prolongeait pas la période d'exportation car les chances de trouver un emploi étaient en général plus grandes aux Pays-Bas que dans d'autres pays. Dans ce cadre, l'institution a estimé que les initiatives de M. Klein Schiphorst pour trouver un emploi en Suisse et les circonstances invoquées par celui-ci n'étaient pas de nature à considérer qu'il était déraisonnable, en l'occurrence, de s'en tenir à un tel principe.

M. Klein Schiphorst a à nouveau introduit un recours devant le tribunal d'Amsterdam, qui l'a cette fois rejeté en relevant le caractère discrétionnaire de la faculté offerte par le règlement. M. Klein Schiphorst a fait appel de cette décision devant la Cour d'appel en

matière de sécurité sociale et de fonction publique.

Cette juridiction estime que la solution du litige requiert l'interprétation de dispositions de droit de l'Union, en particulier l'article 64 paragraphe 1 sous c) du règlement n°883/2004 précité. Elle a donc décidé de surseoir à statuer pour poser une question préjudicielle à la CJUE.

Article 64 § 1 sous c) règlement n°883/2004 :

« 1. La personne en chômage complet qui satisfait aux conditions requises par la législation de l'État membre compétent pour avoir droit aux prestations et qui se rend dans un autre État membre pour y chercher un emploi conserve le droit aux prestations de chômage en espèces aux conditions et dans les limites indiquées ci-après :

[...]

c) le droit aux prestations est maintenu pendant une durée de trois mois à compter de la date à laquelle le chômeur a cessé d'être à la disposition des services de l'emploi de l'État

1) La Suisse n'est pas un État membre de l'UE mais est considéré comme tel en vertu d'un accord conclu entre l'UE et la Suisse.

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

membre qu'il a quitté, sans que la durée totale pour laquelle des prestations sont servies puisse excéder la durée totale des prestations auxquelles il a droit en vertu de la législation de cet État membre ; cette période de trois mois peut être étendue par les services ou institutions compétents jusqu'à un maximum de six mois ; »

La question préjudicielle

« L'article 64, paragraphe 1, sous c), du règlement no 883/2004 doit-il être interprété en ce sens qu'il s'oppose à une mesure nationale, telle que celle en cause au principal, imposant à l'institution compétente de refuser par principe toute demande d'extension de la période d'exportation des prestations de chômage au-delà de trois mois, à moins que ladite institution n'estime que le refus de cette demande conduirait à un résultat déraisonnable ? »

L'appréciation de la Cour

Sur l'extension de la période d'exportation

La Cour commence par rappeler l'objectif poursuivi par le règlement qui est de « coordonner les systèmes de sécurité sociale en place dans les États membres afin de garantir l'exercice effectif de la libre circulation des personnes ».

Pour l'interprétation des dispositions du droit de l'UE, la Cour tient compte des termes de la disposition, de son contexte et des objectifs poursuivis par la réglementation dont elle fait partie.

Il ressort sans équivoque des termes de la 1^{ère} partie de la phrase de l'article 64 paragraphe 1 sous c) que le droit aux prestations de chômage est maintenu pendant 3 mois lorsqu'une personne se rend dans un autre État membre pour y chercher un emploi. La seconde partie de la phrase contient en revanche le verbe « peut », cette disposition n'impose donc pas aux autorités compétentes de prolonger jusqu'à un maximum de 6 mois la période d'exportation.

Les travaux préparatoires ayant conduit à l'adoption du règlement montrent que la proposition originale de la Commission européenne envisageait une période d'exportation obligatoire

de 6 mois. À défaut d'accord entre les États membres, cette proposition a néanmoins été modifiée pour retenir l'actuelle formulation de l'article 64 paragraphe 1 sous c).

De plus, l'article 64 paragraphe 2 prévoit que l'intéressé qui ne retourne pas dans l'État membre compétent à l'issue de la période d'exportation perd tout droit aux prestations sauf décision exceptionnelle de l'institution compétente. Cette disposition permet donc d'étendre la période d'exportation en cas de retour tardif dans des cas exceptionnels. L'existence de cette disposition confirme que les institutions compétentes des États membres ne sont pas tenues d'étendre la période d'exportation au-delà de 3 mois.

Une telle interprétation est encore confirmée par le fait que le règlement ne précise pas les conditions dans lesquelles une personne dans une telle situation peut demander une prolongation de la période d'exportation. Le règlement n'organise en effet qu'une coordination des régimes nationaux de sécurité sociale, il « laisse ainsi subsister des régimes distincts engendrant des créances distinctes à l'égard d'institutions distinctes contre lesquelles le prestataire possède des droits directs en vertu soit du seul droit interne, soit du droit interne complété si nécessaire par le droit de l'Union ».

Le principe de la levée des clauses de résidence contenu à l'article 7 du règlement ne remet pas en cause cette interprétation. En effet, cet article dispose que ce principe s'applique « à moins que le règlement no 883/2004 n'en dispose autrement ». Le texte contient donc des dérogations à ce principe, et en particulier l'article 63, intitulé « dispositions spéciales concernant la levée des clauses de résidence », qui prévoit que « s'agissant de la situation de la personne au chômage complet qui satisfait aux conditions requises par la législation de l'État membre compétent pour avoir droit aux prestations et qui se rend dans un autre État membre, que la levée des clauses de résidence s'applique uniquement dans les cas prévus à l'article 64 du même règlement et dans les limites qui y sont fixées. »

Le fait que certains États membres aient choisi de faire usage de la faculté d'extension de la période d'exporta-

tion offerte par le règlement et pas les autres ne peut être considéré comme une restriction à la libre circulation des travailleurs, dans la mesure où les traités ne prévoient qu'une coordination des régimes de sécurité sociale et non une harmonisation.

Sur les critères relatifs à l'extension de la période d'exportation

La Cour relève que lorsque l'État membre concerné a choisi de faire usage de la faculté prévue à l'article 64 paragraphe 1 sous c) d'étendre la période d'exportation des prestations de chômage complet, « il lui incombe, en l'absence de critères fixés par ce règlement, d'adopter, dans le respect du droit de l'Union, des mesures nationales qui encadrent la marge d'appréciation de l'institution compétente, notamment en précisant les conditions dans lesquelles l'extension de la période d'exportation des prestations de chômage au-delà de trois mois et jusqu'à un maximum de six mois doit ou non être accordée à un chômeur qui se rend dans un autre État membre pour y chercher un emploi ».

En l'espèce, il apparaît que les Pays-Bas auraient dans un premier temps renoncé à faire usage de cette faculté, mais aurait changé leur politique suite à la décision rendue par le tribunal d'Amsterdam le 2 octobre 2013 dans l'affaire au principal. L'institution considère dorénavant qu'un refus de prolongation doit être motivé. Exceptionnellement, certaines circonstances particulières propres à l'espèce concernée, et en particulier « l'existence de perspectives concrètes et perceptibles d'emploi », peuvent justifier une prolongation. Ces perspectives concrètes et perceptibles englobent notamment le cas où « l'intéressé se trouve dans un processus susceptible d'aboutir à un emploi et qui requiert l'extension du séjour dans l'État membre d'accueil, ou que l'intéressé a fourni une déclaration d'intention de la part d'un employeur lui offrant une perspective réelle d'engagement dans ledit État membre ».

La Cour estime que l'État membre reste dans les limites autorisées par le droit de l'Union s'il soumet l'extension de la période d'exportation au-delà de 3 mois à la satisfaction de certaines conditions.



La décision de la Cour

« L'article 64, paragraphe 1, sous c), du règlement (CE) n° 883/2004 du Parlement européen et du Conseil, du 29 avril 2004, portant sur la coordination des

systemes de sécurité sociale, doit être interprété en ce sens qu'il ne s'oppose pas à une mesure nationale, telle que celle en cause au principal, imposant à l'institution compétente de refuser par principe toute demande d'extension de

la période d'exportation des prestations de chômage au-delà de trois mois, à moins que ladite institution n'estime que le refus de cette demande conduirait à un résultat déraisonnable. »