

Exempt – appel en matière de droit du travail

Audience publique du vingt janvier deux mille onze

Numéro 35625 du rôle.

Composition:

Monique BETZ, président de chambre;
Astrid MAAS, conseiller;
Roger LINDEN, conseiller;
Paul WAGNER, greffier.

Entre:

La société à responsabilité limitée A s.à r.l., établie et ayant son siège social à x, représentée par son gérant actuellement en fonctions,

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Pierre BIEL de Luxembourg du 6 janvier 2010,

comparant par Maître Cathy ARENDT, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

et:

1) B, demeurant à x,

intimé aux fins du prédit exploit BIEL,

comparant par Maître Luc MAJERUS, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

2) L'ETAT DU GRAND-DUCHE DE LUXEMBOURG, représenté par le Ministre du Travail et de l'Emploi, dont les bureaux sont établis à L-2763 Luxembourg, 26, rue Zithe, ayant dans ses attributions le Fonds pour l'emploi, et pour autant que de besoin par le Ministre d'Etat, dont les bureaux sont établis à Luxembourg, 4, rue de la Congrégation,

intimé aux fins du prédit exploit BIEL,

comparant par Maître Georges PIERRET, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL:

Par requête déposée le 18 mai 2009, B a, ensemble avec deux autres salariés C et D, fait convoquer son ancien employeur, la société à responsabilité limitée A, devant le tribunal du travail d'Esch-sur-Alzette aux fins de s'y entendre déclarer nul et non avenant le contrat de travail du 1^{er} avril 2009, sinon déclarer nulle et abusive la clause d'essai y stipulée et déclarer abusif le licenciement intervenu le 13 mai 2009 et condamner A à lui payer une indemnité compensatoire de préavis de 2.775 €, une indemnité compensatoire pour congés non pris de 526,92 €, un dommage matériel de 8.000 € et un dommage moral de 6.000 € ainsi qu'une indemnité de procédure de 1.000 €.

Par même requête il a mis en intervention l'Etat du Grand-Duché de Luxembourg, pris en sa qualité de gestionnaire du Fonds pour l'emploi.

Par jugement du 23 novembre 2009, le tribunal du travail d'Esch-sur-Alzette a annulé la clause d'essai insérée dans le contrat de travail du 1^{er} avril 2009 et déclaré abusif le licenciement. La société A fut condamnée à payer à B un montant de 2.775 € à titre de solde d'indemnité compensatoire de préavis et 526 € à titre d'indemnité compensatoire pour congé non pris, un dommage moral de 300 € et un dommage matériel de 1.142,77 € ainsi qu'une indemnité de procédure de 750 €. La société A fut en outre condamnée à rembourser à l'Etat agissant en sa qualité le montant de 1.456,78 € du chef d'indemnités de chômage avancées à B.

Contre ce jugement lui notifié le 2 décembre 2009, A a régulièrement interjeté appel par exploit du 6 janvier 2010, demandant à la Cour, de dire par réformation que la clause d'essai est bonne et valable et partant déclarer régulier et justifié le licenciement du 13 mai 2009, formulant à toutes fins utiles une offre de preuve par témoins, contestant en ordre subsidiaire les montants réclamés et demandant une indemnité de procédure de 1.000 € pour l'instance d'appel.

B demande la confirmation du jugement et réclame une indemnité de procédure 2.000 € pour l'instance d'appel.

Les faits

Engagé par A suivant contrat de travail à durée indéterminée du 1^{er} avril 2009 en qualité de commis du cuisine, B fut licencié suivant lettre recommandée du 13 mai 2009 avec un préavis expirant le 31 mai 2009.

Par lettre du 18 mai 2009 B a d'abord contesté s'être trouvé en période d'essai au moment du licenciement et a ensuite demandé les motifs du licenciement.

A a répondu par lettre recommandée du 5 juin 2009 insistant en premier lieu sur le fait que B se trouvait bien en période d'essai justifiant par la suite le licenciement par des raisons économiques.

Il résulte des pièces du dossier et des renseignements fournis en cause que par contrat de travail à durée indéterminée du 8 mars 2008, B a été engagé en qualité de commis de cuisine par la société à responsabilité limitée E établie à x.

B soutient que fin mars/début avril 2009, il aurait été informé par son employeur qu'à partir du 1^{er} avril 2009, le restaurant serait exploité par la société A qui aurait repris la société E avec son personnel dont les fonctions resteraient inchangées.

Le 1^{er} avril 2009, A a signé avec B un nouveau contrat de travail, la fonction et le lieu de travail restant les mêmes que ceux du contrat de travail signé en 2008 avec E.

Si l'ancien contrat de travail stipulait une période d'essai de 3 mois qui avait entretemps expiré de sorte que ce contrat était réputé à durée indéterminée dès le 8 mars 2008, le nouveau contrat de travail du 1^{er} avril 2009 stipulait une période d'essai de 6 mois.

Le 13 mai 2009, A a mis fin au contrat de travail en calculant le délai de préavis sur base de l'article L. 121-5. (4) qui fixe les délais de préavis à respecter pour la résiliation des contrats à durée indéterminée durant la période d'essai.

B conteste la validité de la clause d'essai au motif qu'il y aurait eu transfert d'entreprise entre E et A de sorte que tous les droits et obligations découlant pour E du contrat de travail auraient été transférés à A.

Or, aux termes de l'article L.121-5. (3) du code du travail, la clause d'essai ne pourrait être renouvelée.

A conteste tout transfert d'entreprise soutenant que la société E aurait été sous-locataire des locaux de commerce actuellement pris en location par A dans le centre commercial à x dans lequel elle aurait exploité un restaurant. Le preneur principal des lieux aurait été la société F.

Suivant contrat du 26 février 2009 conclu avec G et H, auxquels aurait été substituée par la suite la société A, celle-ci aurait uniquement repris le contrat de bail et les meubles de la société F qui n'aurait à aucun moment été lié pas des contrats de travail aux salariés travaillant dans le restaurant de son sous-locataire. A n'aurait à aucun moment eu connaissance du nombre de contrats de travail existants ni du personnel engagé alors qu'elle n'aurait à aucun moment traité ni contracté avec E.

Le transfert d'entreprise

Le transfert d'entreprise est régi par la loi du 19 décembre 2003 et intégré au code du travail sous les articles L.127-1. à L.127-6.

La loi s'applique à tout transfert d'entreprise, d'établissement ou de partie d'entreprise ou d'établissement résultant notamment d'une cession conventionnelle, d'une fusion, d'une scission, d'une transformation de fonds ou d'une mise en société.

Aux termes de l'article L.127-3 (1) du code du travail, les droits et obligations qui résultent pour le cédant d'un contrat de travail ou d'une relation de travail existant à la date du transfert sont, du fait de ce transfert, transféré au cessionnaire.

L'article L.127-2 du code du travail définit le transfert d'entreprise comme celui d'une «*entité économique qui maintient son identité et qui constitue un ensemble organisé de moyens, notamment personnels et matériels, permettant la poursuite d'une activité économique essentielle ou accessoire.*»

La loi du 19 décembre 2003 n'étant que la transposition en droit interne de la Directive 98/50/CE du Conseil du 29 juin 1998 modifiant la Directive 77/187/CEE du Conseil concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprises, d'établissements ou parties d'entreprises ou d'établissements, il convient de se rapporter aux interprétations que la Cour de Justice des Communautés Européennes donne au texte de la directive par rapport aux critères qui déterminent l'existence d'un transfert.

La directive visant à assurer la continuité des relations de travail existant dans le cadre d'une entité économique, indépendamment d'un changement de propriétaire, le critère décisif pour établir l'existence d'un transfert est de savoir si l'entité en question garde son identité, ce qui résulte notamment de la poursuite effective de l'exploitation ou de sa reprise. (Arrêts de la Cour de Justice des Communautés Européennes du 18 mars 1986, 24/85, Rec. P. 119, points 11 et 12, et du 11 mars 1997, C-13/95, Rec. p. I-1259, point 10).

En premier lieu, le transfert doit porter sur une entité économique organisée de manière stable, dont l'activité ne se borne pas à l'exécution d'un ouvrage déterminé (CJCE, 19 septembre 1995, C-48/94, Rec. p. I-2745, point 20).

La notion d'entité renvoie ainsi à un ensemble organisé de personnes et d'éléments permettant l'exercice d'une activité économique qui poursuit un objectif propre. Une entité ne saurait être réduite à l'activité dont elle est chargée. Son identité ressort également d'autres éléments tels que le personnel qui la compose, son encadrement, l'organisation de son travail, ses méthodes d'exploitation ou encore, le cas échéant, les moyens d'exploitation à sa disposition. (CJCE, précité, point 13).

Selon une formule plus récente, *«une telle entité doit être suffisamment structurée et autonome»*. Ainsi, *«un ensemble organisé de salariés qui sont spécialement et durablement affectés à une tâche commune peut, en l'absence de production, correspondre à une entité économique»*. (Jurisclasseur Travail, Transfert d'entreprise, Fasc. 19-50, no 33)

En second lieu, pour déterminer si les conditions d'un transfert d'une entité économique sont remplies, il y a lieu de prendre en considération l'ensemble des circonstances de fait qui caractérisent l'opération en cause, au nombre desquelles figurent notamment le type d'entreprise ou d'établissement dont s'agit, le transfert ou non d'éléments corporels, tels que des bâtiments ou des biens mobiliers, la valeur des éléments incorporels au moment du transfert, la reprise ou non de l'essentiel des effectifs par le nouveau chef d'entreprise, le transfert ou non de la clientèle, ainsi que le degré de similarité des activités exercées avant et après le transfert et la durée d'une éventuelle suspension des activités, ces éléments ne constituant toutefois que des aspects partiels de l'évaluation d'ensemble qui s'impose et ne pouvant, de ce fait, être appréciées isolément (voir notamment, arrêts CJCE précités, point 13, et, point 14).

Les critères ainsi développés par la jurisprudence européenne ont été repris en jurisprudence interne.

Ainsi est-il admis que les critères déterminants sont ceux du transfert d'une entité économique qui a conservé son identité et dont l'activité est poursuivie ou reprise. L'opération de cession doit porter sur un ensemble, sur une entité économique qui forme un tout. Cette entité doit sur le plan des moyens humains et techniques avoir suffisamment de consistance pour constituer

soit un établissement, soit du moins une unité de production ou un centre d'activité distinct. Cette entité économique s'entend d'un ensemble de facteurs de production affectés à une même exploitation. C'est lorsque ces moyens d'exploitation sont transférés tout en conservant leur destination (leur affectation à la même activité ou à des activités analogues) que l'entité économique conserve son identité.

Un double critère est donc mis en œuvre : la persistance d'un ensemble de moyens de production organisés et la poursuite d'une activité identique ou similaire. (Cour, 29 janvier 1998, P 30, page 431)

Il se dégage en l'espèce des pièces produites en cause que suivant compromis de vente du 26 février 2009, G et H ont acquis de la part de la société F S.à R.L. & CIE SECS :

« le fonds de commerce exploité sous l'enseigne « E » situé dans le centre commercial à x.

Ce fonds de commerce tel qu'il existe et se comporte, sans qu'il soit nécessaire d'en faire une plus ample désignation, le preneur déclarant parfaitement connaître les lieux loués pour les avoir visités préalablement à la passation des présentes.

L'acquéreur est également en possession :

- *de tous les documents, règlements du Centre Commercial, et contrat de bail,*
- *de tous les contrats de brasserie, et d'autres qui ont été conclus par le vendeur sur ledit fonds.*

Le preneur reconnaît avoir pris connaissance de ces documents, et accepte irrévocablement de reprendre ces dits contrats.

.....

Et vend avec la vente de ce fonds de commerce, l'enseigne commerciale du nom E»

Le prix de vente est consenti et accepté moyennant le prix de 550.000 € hors taxes. »

La date d'entrée en jouissance fut fixée au 1^{ier} avril 2009, les acquéreurs se réservant le droit de se substituer à une société ce qui fut le cas en l'espèce, l'affirmation des acquéreurs qu'ils ont par la suite créé la société A n'ayant fait l'objet d'aucune contestation.

Il se dégage dudit compromis de vente que bien que les contrats de travail n'étant pas expressément mentionnés, les conditions pour qualifier l'opération de transfert d'entreprise à savoir la persistance d'un ensemble de moyens de production organisés et la poursuite d'une activité identique ou similaire, sont réunies en l'espèce pour qualifier l'opération de transfert d'entreprise.

D'après l'article L.127-3 du Code du travail : *« les droits et les obligations qui résultent pour le cédant d'un contrat de travail ou d'une relation de travail existant à la date du transfert sont, du fait de ce transfert, transférés au cessionnaire ».*

La clause d'essai insérée dans le nouveau contrat de travail du 1^{ier} avril 2009 doit par conséquent être déclarée nulle en ce qu'elle prive le salarié des garanties prévues par l'article L.127-3. du Code de Travail.

Elle est encore nulle aux termes de l'article L.121-5. (3) du même code qui interdit le renouvellement d'une clause d'essai.

L'indemnité compensatoire de préavis

Le licenciement intervenu le 13 mai 2009 avec un délai de préavis de 18 jours seulement doit en conséquence être déclaré irrégulier en application de l'article L.124-3. (2) du code du travail selon lequel le délai de préavis est de deux mois pour le salarié justifiant d'une ancienneté inférieure à 5 ans, le contrat de travail de B conclu avec la société E datant du 8 mars 2008.

C'est dès lors à bon droit que le premier juge a alloué à B le montant de 2.775 € à titre de solde d'indemnité de préavis, le montant en tant que tel n'ayant pas fait l'objet de contestations.

L'indemnité compensatoire pour congés non pris

Aux termes de l'article L. 233-12. du code du travail « *lorsque le contrat de travail prend fin dans le courant de l'année, le salarié a droit à un douzième de son congé annuel par mois de travail entier...les fractions de mois de travail dépassant quinze jours de calendrier sont comptées comme mois de travail...si après la résiliation du contrat de travail de la part soit de l'employeur soit du salarié, ce dernier quitte son emploi avant d'avoir joui de la totalité du congé qui lui est dû, l'indemnité correspondant au congé non encore pris lui est versée au moment de son départ...* »

Eu égard aux développements qui précèdent par rapport à la réalité d'un transfert d'entreprise en l'espèce le droit au congé s'apprécie à partir du 1^{ier} janvier 2009 et non pas à partir du 1^{ier} avril 2009, date du nouveau contrat de travail signé avec A.

Le calcul est néanmoins limité à la période du 1^{ier} janvier 2009 au 31 mai 2009 date de l'expiration du délai de préavis réel, bien qu'irrégulier, l'indemnité de congé non pris ne se calculant qu'au regard de la fin des relations de travail et non pas du délai de préavis que l'employeur aurait légalement dû respecter étant donné que le congé légal est octroyé en vue de récupérer des efforts fournis par le travail effectif du salarié.

Le droit au congé stipulé dans le contrat de travail du 8 mars 2008 avec E étant de 25 jours et la durée du travail journalière normale de 8 heures, B peut dès lors prétendre à $25 : 12 \times 5 = 10,42$ jours soit 83,36 heures.

Selon les fiches de salaire versées à la Cour, il a pris 16 heures de congé en mars 2009 alors qu'il se trouvait encore aux services de E tandis que A lui a d'ores-et-déjà payé avec le salaire du mois de mai 2009 une indemnité compensatoire de congé non pris de 356,52 € correspondant à de 33,34 heures de sorte qu'il lui reste encore un solde de 34,02 heures ($83,36 - 16 - 33,34$).

La fiche de salaire du mois d'avril 2009 renseignant un salaire brut horaire de 10,70 € ($1.850 : 173$) l'indemnité compensatoire de congé non pris s'élève à 364,01 € ($34,02 \times 10,70$)

Il convient dès lors par réformation de ramener le montant redû du chef d'indemnité compensatoire pour congé non pris à 364,01€.

Le licenciement proprement dit

C'est à bon droit que A critique le premier juge en ce qu'il a à tort retenu qu'au vu du fait que la clause d'essai était nulle, le licenciement intervenu le 13 mai 2009 avec un délai de préavis de seulement 15 jours était contraire à la loi et devait à ce seul titre être déclaré abusif en application de l'article L.124-11. (1) du code du travail de sorte qu'il n'y aurait plus lieu d'analyser la régularité du licenciement au vu des motifs invoqués à sa base.

En l'espèce, l'annulation de la clause d'essai a en effet comme seule conséquence que le contrat de travail doit être considéré comme contrat à durée indéterminée proprement dit tandis que le non respect de la durée du délai de préavis légal est sanctionné par la condamnation de l'employeur au paiement d'une indemnité correspondant à la durée du restant du délai de préavis légal soit en l'espèce les 2.775 €.(voir supra)

La Cour doit dès lors examiner la régularité du licenciement proprement dit.

A soutient qu'elle aurait dû constater une diminution du chiffre d'affaires de quelque 40.000 €, sans préjudice du montant exact, par rapport aux mois précédents de sorte qu'elle aurait été obligée de réduire ses coûts et notamment ses coûts de personnel. Elle aurait ainsi décidé de se séparer de trois de ses salariés ajoutant que pour déterminer les personnes devant faire l'objet d'un licenciement, elle se serait orientée en fonction des performances et de l'assiduité des membres du personnel.

Comme il résulte de la lettre de motivation que le véritable motif du licenciement est d'ordre économique, les motifs d'ordre personnel n'ayant été invoqués par l'employeur que pour justifier le choix du salarié à licencier, la Cour se limitera à analyser si le motif économique est réel et sérieux.

En présence des contestations de B il appartient à A de prouver la réalité du motif économique.

Si celle-ci ne verse aucune pièce comptable à l'appui de ses affirmations, elle offre de prouver par l'audition du témoin I, directeur des cuisines du groupe A « *qu'à partir du mois de mai 2009, la A a dû constater une diminution du chiffre d'affaires de quelque 40.000 €, sans préjudice au montant exact, pour ce qui est du restaurant sis à x, par rapport aux mois précédents* ».

La Cour estime ne pas devoir admettre cette offre de preuve pour les raisons suivantes :

Il se dégage des pièces versées en cause que A a acquis le fonds de commerce par compromis de vente du 26 février 2009 pour un prix de 550.000 €, l'entrée en jouissance étant fixée au 1^{ier} avril 2009, date à laquelle elle a engagé B ensemble avec C et D au licenciement desquels elle a procédé dès le 13 mai 2009 soit à peine 6 semaines plus tard invoquant comme motif *qu'à partir du mois de mai 2009*, elle aurait constaté une diminution du chiffre d'affaires de quelque 40.000 € par rapport aux mois précédents.

Abstraction faite de la considération qu'une telle diminution du chiffre d'affaire rien que durant 13 jours d'un seul mois n'est tout simplement pas possible, il y a lieu de relever que A n'a commencé l'exploitation du restaurant que le 1^{ier} avril 2009 soit à peine 6 semaines plus tôt de sorte qu'elle ne peut légitimement se référer «*aux mois précédents*» une diminution des recettes constatées sur un seul mois ne pouvant d'ailleurs justifier un licenciement pour cause économique.

B remarque d'ailleurs à juste titre que le fait que si A s'est le cas échéant mal renseignée sur le chiffre d'affaires de son prédécesseur ne saurait retomber par la suite sur le salarié.

Il y a dès lors lieu, bien que pour d'autres motifs, à confirmation du jugement en ce que le licenciement a été déclaré abusif.

L'indemnisation

Si B a réclamé en première instance un dommage matériel 8.000 € et un dommage moral de 6.000 €, il n'a pas interjeté appel incident en ce que le tribunal du travail ne lui a alloué qu'un dommage moral de 300 € et un dommage matériel de 1.142,77 €.

A demande en ordre subsidiaire à la Cour de ramener les montants alloués à de plus justes proportions.

La cour considère qu'au vu des circonstances du licenciement, le montant de 300 € alloué à titre de réparation du préjudice moral n'est pas surfait et il y a lieu à confirmation du jugement sur ce point.

Il se dégage des renseignements fournis en cause que B a retrouvé un emploi à temps partiel en qualité de chauffeur livreur de pizzas à partir du 25 août 2009.

Compte tenu du jeune âge du requérant, 25 ans, au moment du licenciement et de la situation sur le marché de l'emploi dans la branche concernée, la Cour confirme le premier juge en ce qu'il a fixé la période pendant laquelle le préjudice pouvait légitimement être mis en relation causale avec le licenciement à six semaines soit du 14 juillet au 31 août 2009.

Comme B aurait normalement touché pendant cette période un salaire de 2.775 € tandis qu'il a touché pendant la même période les sommes de 1.456,78 € et 166,45 € à titre d'indemnités de chômage et de salaire, son préjudice matériel se chiffre à 1.151,77 € ($2.775 - 1.456,78 - 166,45$).

Le montant de 1.142,77 € retenu par le premier juge est dû à une erreur de calcul respectivement une inversion des chiffres la somme de $1.465,78 + 166,45$ étant de 1.623,23 et non pas de 1.632,23.

Comme B n'a cependant pas interjeté appel incident par rapport au dommage matériel, la Cour ne peut pas réformer le jugement sur ce point sous peine de statuer *ultra petita*.

Le recours de l'Etat

C'est encore à bon droit que A a été condamnée sur base de l'article L.521-4. (5) du code du travail à rembourser à l'Etat agissant en sa qualité de gestionnaire du Fonds pour l'emploi la somme de 1.465,78 € du chef d'indemnités de chômage versées à B.

Les indemnités de procédure

Au vu de l'issue du litige, A est à débouter de sa demande en paiement d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel seule la partie obtenant gain de cause pouvant en bénéficier.

Il y a par contre lieu de faire droit à la demande tendant aux mêmes de B alors qu'il serait inéquitable qu'il doive supporter l'intégralité des frais non compris dans les dépens qu'il a dû exposer pour se défendre contre un appel non justifié et il convient de lui allouer de ce chef une indemnité de procédure de 1.500 € pour l'instance d'appel.

PAR CES MOTIFS:

la Cour d'appel, huitième chambre, siégeant en matière de droit du travail, statuant contradictoirement, sur le rapport du magistrat chargé de la mise en état,

reçoit l'appel ;

le dit partiellement fondé ;

réformant ;

ramène le montant redû du chef d'indemnité compensatoire pour congés non pris à 364,01 € ;

pour le surplus :

confirme le jugement du tribunal du travail d'Esch-sur-Alzette du 23 novembre 2009 ;

condamne la société à responsabilité limitée A à payer à B une indemnité de procédure de 1.500 € pour l'instance d'appel ;

rejette la demande de la société à responsabilité limitée A en paiement d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel ;

condamne la société à responsabilité limitée A aux frais et dépens de l'instance.