Exempt - appel en matière de droit du travail.

Audience publique du vingt-quatre octobre deux mille treize.

Numéro 38423 du rôle

Composition:

Carlo HEYARD, président de chambre,
Ria LUTZ, premier conseiller,
Théa HARLES-WALCH, premier conseiller,
Isabelle HIPPERT, greffier.

E n t r e :

la société à responsabilité limitée A s.à r.l., établie et ayant son siège social à L-(…), représentée par son gérant actuellement en fonctions,

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Pierre BIEL de Luxembourg du 22 mars 2012,

intimée sur appel incident,

comparant par Maître Alex KRIEPS, avocat à la Cour à Luxembourg,

e t :

B, demeurant à L-(…),

intimée aux fins du susdit exploit BIEL,

appelante par incident,

comparant par Maître Cristina PEIXOTO, avocat à la Cour à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL:

Vu l'ordonnance de clôture de l'instruction du 2 mai 2013.

Ouï le magistrat de la mise en état en son rapport oral à l'audience.

Par requête du 18 mars 2011, B réclama à son ancien employeur la sàrl A suite à son licenciement avec effet immédiat qu'elle qualifia d'abusif les montants plus amplement repris dans la prédite requête.

La salariée fit exposer pièces à l'appui

- qu'elle fut engagée par la sàrl D en qualité d'ouvrière nettoyeuse le 1er janvier 1990, suite à un avenant au contrat de travail initial du 18 février 2010 avec effet au 1er octobre 2010, qu'elle fut affectée en cette qualité au nettoyage du site de la société C à Leudelange à raison de 9 heures par semaine, dont 6 heures à prester le mardi et 3 heures le jeudi, et les 2 deux heures restantes sur un site situé à Beggen ;
- que par lettre recommandée du 27 juillet 2010, la société C, mécontente des services prestés par D, résilia le contrat de nettoyage la liant à la sàrl D relatif au site de Leudelange avec effet au 31 décembre 2010 ;
- que la société C confia ensuite le nettoyage de son site à Leudelange à la société A sàrl suivant contrat avec effet au 3 janvier 2011 ;
- que par avenant du 20 novembre 2010, soit après la résiliation de son contrat d'entretien avec le client C, la sàrl D et elle auraient d'un commun accord modifié le contrat de travail existant en convenant que la salariée serait exclusivement affectée au chantier C de LEUDELANGE à partir du 1er novembre 2010, toutes les autres conditions de travail du contrat de travail initial restant inchangées ;
- que le 3 janvier 2011, soit au moment où le contrat d'entretien entre la société C et la nouvelle société de nettoyage A a pris effet, elle signa une demande d'embauche en qualité de technicienne de surface avec la société A ;
- que le contrat de travail lui soumis en date du 4 janvier 2011 par la société A ne contenait pas de clause de maintien de l'ancienneté acquise par elle auprès de la société D depuis son entrée en service le 7 janvier 1990 ; qu'il prévoyait encore une période d'essai ainsi qu'une modification de son horaire de travail ;
- qu'elle refusa de signer ce nouveau contrat de travail dès lors qu'il avait eu pour elle un transfert de contrat obligeant le nouvel employeur à la reprendre avec les obligations et les droits découlant du contrat de travail préexistant, conformément à l'article 5 de la convention collective de travail

pour le personnel du secteur « nettoyage de bâtiments », déclarée d'obligation générale par règlement grand ducal du 3 août 2010 ;
- que la société A la licencia avec effet immédiat en date du 18 janvier 2011 en raison de son refus de signer le contrat de travail lui soumis.

La salariée soutint que son licenciement était abusif, d'une part, pour violation des dispositions de l'article L.124-10 du code du travail, de l' article 5 de la convention collective applicable dans le secteur des entreprises de nettoyage et de l'article L-127-1 du code du travail relatif au transfert d'entreprise, d'autre part, pour être intervenu en période de reclassement interne au mois d'août 2010.

La sàrl A soutint quant à elle qu'il n'y a pas eu de cession conventionnelle entre elle et la sàrl D du contrat d'entretien relatif au site de la société C à Leudelante et à plus forte raison du contrat de travail de la salariée affectée à ce site.

Dès lors, et en l'absence tant d'un transfert d'entreprise au sens de l'article L.127 -2 du code du travail que de consentement de la société A à une cession conventionnelle du contrat litigieux, seule une cession légale aurait pu opérer une substitution d'employeur garantissant la poursuite et l'intangibilité de la relation de travail préexistante; que tel ne fut pas le cas en l'occurrence.

Elle soutint partant qu'elle était en droit de licencier la salariée sur base de l'article L.121-4(6) du code du travail à la suite du refus injustifié de la salariée de signer le contrat écrit du 4 janvier 2011.

Par jugement du 9 février 2012 le tribunal du travail, s'appuyant sur l'article 5-1 de la convention collective pour le secteur « nettoyage de bâtiments » du 3 août 2010 intitulé « **transfert** du contrat d'entretien » a décidé « *qu'en mettant la salariée en demeure de signer l'écrit du 4 janvier 2011, bien que celui ci apportât des modifications substantielles au contrat de travail repris, la société A a essayé, notamment, de priver la salariée de l'ancienneté acquise auprès de la société D.*
En procédant ensuite au licenciement avec effet immédiat au motif fallacieux que la salariée aurait refusé de signer sans raison valable, la société A a fondé le congédiement sur un motif illicite » et il a déclaré le licenciement du 18 janvier 2011 abusif.

Le tribunal du travail a dès lors condamné la société A à payer à la salariée le montant de 7102,95 euros avec les intérêts tels que de droit et rejeté pour le surplus la demande.

Pour statuer comme il l'a fait, le tribunal du travail a considéré qu'il y avait en l'espèce « *transfert du contrat d'entretien à la demande du client au sens de l'article 5 de la convention collective applicable, de sorte que la salariée est passée*

de plein droit au service de la société A en date du 3 janvier 2011 et qu'elle devait garder tous les droits qu'elle détenait auprès de son ancien employeur ».

La société A sàrl a régulièrement relevé appel par acte de l'huissier de justice Pierre BIEL de Luxembourg du 22 mars 2012.

Elle demande de dire son appel fondé et de constater qu'il y a eu perte de marché entre la société D et la société C, partant de dire qu'il ne saurait y avoir transfert de contrat d'entretien, ni de contrat de travail entre la société D et la société A ; partant de réformer partiellement le jugement entrepris et de dire nul le contrat de travail conclu entre parties le 4 janvier 2011, sinon de dire régulière la résiliation du 18 janvier 2011du contrat de travail du 4 janvier 2011 ; en conséquence de dire non fondées toutes les demandes de la salariée et de confirmer le jugement pour le surplus.

Les faits à la base du litige et les moyens des parties restent les mêmes en instance d'appel.

La salariée maintient que sur base de l'article 5 de la convention collective, il y a eu transfert du contrat d'entretien dès lors de son contrat de travail d'une société de nettoyage à l'autre.

Elle prétend qu'à partir du moment où le propriétaire d'un site de nettoyage décide de changer de société de nettoyage, la convention collective s'applique et le transfert d'entreprise n'est pas une condition requise par la convention collective pour son application.

Elle relève appel incident de la décision du tribunal du travail relative à l'indemnité pour le préjudice matériel subi qui ne lui a pas été allouée par le tribunal et réclame par réformation un montant de 2.514,8 euros de ce chef avec les intérêts légaux, le dommage matériel étant calculé sur une période de 6 mois à 40 heures par mois ; elle formule encore deux offres de preuve dont la première tend à établir la reprise du contrat d'entretien par la société employeuse et la seconde tendant à établir la remise entre les parties de pièces sur une éventuelle cession d'entreprise.

Pour la société appelante, le transfert du contrat de nettoyage prévu à l'article 5 de la convention collective applicable relève de la théorie du transfert d'entreprise, de sorte que l'article L.127-2 du code du travail serait d'application suivant une jurisprudence constante.

D'après la société appelante, il y a transfert d'entreprise lorsqu'il y a modification de la situation juridique de l'employeur notamment dans les cas de fusion, vente, succession, transformation du fonds…. Pour elle, il doit s'agir d'une entité

économique autonome conservant son identité et dont l'activité est poursuivie ou reprise.

Elle conclut qu'il n'a a eu en l'espèce ni cession du contrat de nettoyage ni du contrat de travail.

La société appelante soutient encore que les conditions de l'article 1108 du code civil ne sont pas remplies, alors que la salariée n'a jamais entendu conclure le contrat de travail lui proposé par l'appelante et cette dernière n'a jamais voulu entrer en relation contractuelle sous les conditions exigées par la salariée, de sorte qu'en l'absence de consentement sur la relation de travail le contrat de travail du 4 janvier 2011 serait nul.

Elle prétend enfin avoir fait une application régulière de l'article L.121-4 (6) du code du travail, de sorte que la résiliation intervenu en date du 18 janvier 2011serait régulière et aucune indemnité ni préavis ne serait due.

L'appelant précise que si par impossible le Cour devait conclure à l'existence d'un transfert du contrat d'entretien respectivement d'un transfert du contrat de travail, il n'en resterait pas moins que le licenciement intervenu serait dénué de tout caractère abusif dès lors que l'article 5.2 alinéa h) de la convention collective dispose « *les salariés repris n'ont pas le droit de refuser le transfert de leur contrat de travail »* ce que la salariée a cependant fait en l'espèce.

L'appelante conteste finalement toutes les demandes indemnitaires réclamées par la salariée tant dans leur principe que leur montant ainsi que la pertinence des offres de preuve formulées par cette dernière.

Chacune des parties réclame une indemnité de procédure sur base de l'article 240 du NCPC.

Pour prospérer dans sa demande, l'intimée se prévaut des dispositions de l'article 5 de la convention collective de 2010 applicable au secteur des entreprises de nettoyage du bâtiment, respectivement de l'article L-127-1 du code du travail sur le transfert d'entreprise.

Se pose en l'occurrence la question de la nature de la modification intervenue dans la situation juridique de l'employeur.

L'article 5-1 de la convention collective dispose : *« En matière de transfert du contrat d'entretien, suite à une adjudication ou à la décision du client, l'obligation de transfert du contrat de travail est applicable. »*

Suit l'énumération des obligations et droits tant du cessionnaire que du cédant et finalement du salarié (art. 5.2.).

L'intimée, à qui incombe la charge de la preuve du transfert d'entreprise qu'elle invoque, reste en défaut de prouver qu'il y a eu cession conventionnelle entre la société A et la société D du contrat d'entretien relatif au site de la société C à Leudelange.

Les courriers soumis à l'appréciation de la Cour par lesquels l'intimée tente d'établir l'existence entre les deux sociétés d'un transfert d'entreprise et partant la reprise de la salariée par la société appelante, ne constituent pas la cession juridique exigée pour l'application de l'article afférent de la convention collective et de la loi, mais seulement une demande en ce sens faite à la société A par la société D, respectivement une affirmation unilatérale faite par cette dernière à sa concurrente, sans aboutissement juridique concret, dès lors seulement une tentative contestée et refusée par la société A sàrl.

Par ailleurs, il appert clairement des pièces versées que le tiers client, la société C, loin de demander en vertu de l'article 5 de la convention collective le transfert, a en date du 27 juillet 2010, résilié par Lettre Recommandée avec AR les contrats de nettoyage qui le liaient à la société D relatifs au nettoyage des bureaux à Leudelange ainsi qu'à Sanem, étant mécontente de leur service.

Il en suit que le cas d'espèce ne rentre pas dans l'hypothèse prévue par l'article 5 de la convention collective.

L'article L.127-1 du code du travail stipule qu'*« est considéré comme transfert, au sens de la présente directive, celui d'une entité économique maintenant son identité, entendu comme un ensemble organisé de moyens, en vue de la poursuite d'une activité économique, que celle-ci soit essentielle ou accessoire ».*

Ce texte est la transposition en droit interne luxembourgeois de la directive 77/167/CEE du 14 février 1977, modifiée le 12 mars 2011 (2001/23/CE).

Le prédit texte impose la poursuite des contrats de travail au nouvel entrepreneur ; son caractère d'ordre public interdit aux exploitants successifs d'essayer d'en limiter ou d'en éluder par convention les effets.

En conséquence, la substitution d'un employeur à un autre par l'effet d'une modification dans la situation juridique du premier entraîne, non la résiliation des contrats de travail mais un changement légal d'employeur et la pérennité du contrat de travail en dépit du changement d'employeur, cette dispositions étant destinée à garantir aux salariés la stabilité de leur emploi.

Le respect de l'article L.127-1 du code du travail s'impose dès lors dans l'hypothèse de modifications juridiques provoquées notamment par succession, vente, fusion, transfert du fonds et mise en société… du moment qu'il y a eu « *transfert d'une entité économique qui a conservé son identité et dont l'activité est poursuivie ou reprise ».*
(cf. arrêt de principe de la Cour de cassation française du 16 mars 1990)

Le jeu de l'article L.127-1 du code du travail a été écarté très précisément dans les cas où une modification dans la situation juridique de l'employeur résulte de la seule perte d'un contrat ou d'un marché qui entraîne une succession de prestataires de service ; dans cette situation, il est actuellement admis que la relation est nécessairement tripartite et qu'il n'y a pas de lien de droit entre les deux prestataires de service et non plus bipartite comme dans l'hypothèse de la reprise d'un service entre deux sociétés ayant un lien de droit entre les deux employeurs successifs.

La CJCE de Luxembourg a également retenu le 11 mars 1997 dans une affaire où une association avait mis fin au contrat de nettoyage qu'elle avait conclu à cette fin avec une société spécialisée, que *« l'article L.122-12 du code du travail n'est pas applicable dans le cas de la seule perte d'un marché ; la simple perte d'un marché de service au profit d'un concurrent ne saurait donc, par elle-même, révéler l'existence d'un transfert au sens de la directive communautaire ».(CJCE 11 mars 1997, aff.C-392/92).*

Le maintien des contrats de travail en raison de la seule perte d'un marché est écarté ; tel est partant le cas pour les contrats d'entretien des locaux, son exécution par un nouveau titulaire ne réalise pas le transfert d'une entité économique.

Admettre la position contraire de la Cour de cassation française avant 1990, position adoptée par la salariée dans le présent litige, aboutirait parfois pour un tiers client ayant comme dans le cas d'espèce résilié le contrat d'entretien ou de gardiennage parce qu'il n'était pas satisfait de la qualité du personnel fourni, de voir les contrats de travail des salariés « en place » lui être indirectement opposables et leur présence imposée…

Le fait que B a poursuivi son travail au sein de la nouvelle société (pendant la seule journée du 4 janvier 2011), ne constitue pas un transfert d'une entité économique se composant d'un ensemble de moyens humains et techniques au sens de la loi, alors qu'il n'est ni allégué ni prouvé par elle qu'il y a eu transfert de tout un service et que le personnel de ce dernier ait été constitué de sa seule personne.

Il suit des considérations qui précèdent, que les conditions d'application de la théorie du transfert d'entreprise ne sont pas remplies étant donné qu'il n'y a pas eu modification dans la situation juridique de l'employeur au sens des dispositions légales, de sorte que le jugement est à réformer sur ce point.

En conséquence la société A SARL était autorisée à soumettre à la salariée un nouveau contrat de travail prévoyant des conditions de travail différentes voire moins favorables que celles dont elle bénéficiait auprès de son employeur puisque la société n'était pas tenue de reprendre son contrat de travail initial.

Dans la mesure où la salariée n'a pas signé conformément à l'article L.121-4 (6) du code du travail, le contrat de travail lui proposé par la société A en date du 4 janvier 2011 et suite à la mise en demeure écrite de ce faire du 7 janvier 2011, cette dernière était autorisée à le résilier sans préavis ni indemnité en date du 18 janvier 2011.

Le jugement déféré est partant à réformer dans son intégralité.

Les parties n'ayant pas établi en quoi il serait inéquitable de laisser à leur charge une partie des frais non compris dans les dépens, les demandes afférentes basées sur l'article 240 du NCPC sont à rejeter.

PAR CES MOTIFS :

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

déclare les appels principal et incident recevables,

dit l'appel incident non fondé et en déboute,

dit l'appel principal fondé,

réformant :

dit qu'il n'y a pas eu transfert d'entreprise ;

dit que la résiliation du contrat de travail du 18 janvier 2011 est régulière,

partant déboute B de ses demandes,

décharge la société A sàrl des condamnations prononcées à son encontre par le tribunal du travail,

rejette les demandes des parties basées sur l'article 240 du NCPC,

condamne B aux frais et dépens de l'instance avec distraction au profit de Maître Alex KRIEPS qui la demande, affirmant en avoir fait l'avance.