Exempt - appel en matière de droit du travail.

Audience publique du vingt-sept mars deux mille quatorze.

Numéro 38755 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 :

A, demeurant à L-(…),

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice suppléant Véronique REYTER de Luxembourg du 2 juillet 2012,

comparant par Maître Patrice MBONYUMUTWA, avocat à la Cour à Luxembourg,

e t :

la société anonyme B S.A., établie et ayant son siège social à L-(…), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

intimée aux fins du susdit exploit REYTER,

comparant par Maître Pierrot SCHILTZ, avocat à la Cour à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL:

Vu l'ordonnance de clôture de l'instruction du 12 novembre 2013.

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

Par requête du 14 septembre 2011, A réclama à son employeur la société anonyme B SA l'annulation d'une décision de rétrogradation lui notifiée le 23 août 2011 ainsi que la nullité de la clause d'essai prévue par l'avenant du 1er février 2011 à son contrat de travail ; il réclama encore le versement par l'employeur des salaires échus et à échoir conformément au montant salarial convenu dans l'avenant du 1er février 2011 ainsi qu'une indemnité de 3.500 euros pour le préjudice moral subi.

Il fit exposer qu'il a été engagé en qualité d'aide-soignant en vertu d'un contrat de travail signé le 27 juin 1996, un contrat à durée indéterminée prévoyant une clause d'essai de 6 mois, qui a pris effet le 1er juillet 1996, que le 18 janvier 2011, qu'il a soumis à son employeur son diplôme de bachelier en soins infirmiers et par un avenant au contrat de travail initial signé le 1er février 2011, il a été engagé comme infirmier à plein temps à partir du 1er mars 2011, le prédit avenant prévoyant une nouvelle période d'essai de 6 mois,
qu'il fut ensuite convoqué oralement à deux entretiens auprès de la direction, ce qu'il ressentit comme un harcèlement, et qu'il fut en incapacité de travailler du 28 mars 2011 au 22 août 2011,
qu'à son retour de maladie le 23 août 2011, il reçut notification par lettre recommandée de la décision de rétrogradation à ses anciennes fonctions d'aide-soignant à compter du 15 septembre 2011.

A conclut à la nullité de la clause d'essai sur base de l'article L.121-7 du code du travail qui prohibe le renouvellement de la clause d'essai.

Il soutint encore avoir fait l'objet d'une rétrogradation en date du 23 août 2011, soit d'une modification unilatérale d'une clause essentielle de son contrat de travail en sa défaveur et en violation des articles L.121-7 et suivants du code du travail, à savoir sans communication des motifs suite à la demande afférente, sans préavis de 6 mois vu son ancienneté de service et sans entretien préalable conformément à l'article L.124-2 du même code.

Par jugement du 21 mai 2012 le tribunal du travail a déclaré non fondées les demandes du salarié.

Il a considéré que « *dans la mesure où l'avenant du 1er février 2011 a conféré au salarié la fonction d'infirmier qui implique des attributions et responsabilités*

dépassant sensiblement celles de la fonction d'aide soignant, la période d'essai convenue qui se rapporte à la nouvelle fonction et non pas à la relation de travail entre parties, est valable. »

Pour statuer comme il l'a fait le tribunal s'est appuyé sur un arrêt de la Cour d'appel de Toulouse du 28 octobre 2011.

Il a ensuite décidé qu'en présence d'une période d'essai de 6 mois valable l'employeur peut modifier les conditions de travail sans donner les motifs, sans entretien préalable pour retenir que la rétrogradation du salarié n'est pas nulle.

Ce jugement fut régulièrement entrepris par A par acte de l'huissier de justice Véronique REYTER d'Esch sur Alzette du 2 juillet 2012.

L'appelant demande de déclarer son appel fondé.

Il demande par réformation de déclarer nulle la clause d'essai insérée dans l'avenant du 1er février 2011 à son contrat de travail du 27 juin 1996.
Il demande en tout état de cause, de déclarer nulle la décision de rétrogradation du 23 août 2011, partant d'ordonner sa réintégration au poste d'infirmier au sein de la société B S.A., avec effet rétroactif à compter du 16 septembre 2011, sous astreinte de 500 € par jour de retard à compter de la signification de l'arrêt à intervenir, avec un maximum de 100.000 € d'astreinte et de condamner l'intimée au versement des sommes redues conformément au montant salarial convenu entre parties dans l'avenant du 1er février 2011 au contrat de travail, finalement de condamner l'intimée à lui payer le montant de 3.500 € au titre du préjudice moral subi suite au comportement et aux décisions iniques et illégales de l'employeur, majoré des intérêts légaux à compter de la notification de la décision de rétrogradation, sinon de la présente demande en justice, sinon à dater de l'arrêt à intervenir jusqu'à solde et de lui voir réserver le droit modifier et de chiffrer plus précisément le montant de ce chef de préjudice.

L'appelant demande à la Cour de faire une application stricte de l'article L.121-5(3) du code du travail qui interdit le renouvellement d'une clause d'essai.

Il fait grief au tribunal du travail d'avoir appliqué une décision française alors que le droit du travail français différent du droit du travail luxembourgeois aménage « une période probatoire » dans l'hypothèse d'un changement de fonction dans le cadre d'un contrat de travail en cours, et que le droit du travail français prévoit un renouvellement de la période d'essai contrairement au droit luxembourgeois.

Il conteste encore qu'il y ait une modification substantielle de ses fonctions. Il explique que la fonction d'infirmier n'est en fait que la continuation de celle d'aide soignant qu'il a exécutée sans le moindre problème pendant 15 ans.

Quant a la rétrogradation lui infligée et vu la nullité de la clause d'essai, il argumente que la procédure suivie par l'employeur serait contraire à l'article L.121-7 du code du travail, de sorte qu'il devrait être replacé dans sa fonction d'infirmier conformément à l'avenant du 1er février 2011.

L'intimée conclut à la confirmation du jugement déféré par adoption de sa motivation.

Elle s'empare d'une décision de la Cour d'appel luxembourgeoise du 17 novembre 2005 laquelle a décidé « *qu'en raison de la différence fondamentale entre les deux tâches de coordinateur de chantier et de laveur de vitres, le contrat du 24 juillet 2004 n'est pas la continuation du contrat précédent mais un contrat nouveau »* et il soutient « *que le cas d'espèce est similaire dès lors que les fonctions d'aide soignant et d'infirmier sont totalement différentes ».*

Validité de la clause d'essai

Il échet de rappeler que A a été engagé par contrat à durée indéterminée le 27 juin 1996 en tant qu'aide-soignant, le prédit contrat comportait une période d'essai de 6 mois, qu'après 15 années de service dans cette fonction, A fut promu infirmier, de sorte que son employeur l'engagea en tant que tel par un avenant du 1er février 2011 au contrat de travail initial, avenant prévoyant une nouvelle période d'essai de 6 mois.

Tandis que l'employeur soutient avoir été en droit de soumettre son salarié, qui a changé de fonction à une nouvelle période d'essai pour lui permettre d'apprécier au mieux la nouvelle qualification et l'aptitude professionnelle du salarié à occuper la nouvelle fonction à laquelle il a été affectée, A considère au contraire, d'une part qu'un renouvellement d'une période d'essai dans un même contrat de travail serait contraire aux dispositions du code du travail et d'autre part que ses nouvelles fonctions n'auraient pas changé à un point tel qu'il aurait dû, vu son ancienneté conséquente en tant qu'aide soignant, être soumis à une nouvelle période d'essai.

L'article 121-5 par. (1) du code du travail prévoit que le contrat de travail conclu pour une durée indéterminée peut prévoir une clause d'essai et d'après l'article L.121-5 par (5) la clause d'essai ne peut être renouvelée.

Il en suit la législation luxembourgeoise en la matière, consacre le principe de la limitation stricte « d'une période d'essai par contrat de travail ».

Comme l'objet de l'essai est d'une part la mise à l'épreuve du salarié par l'employeur et d'autre part l'approbation par le salarié des conditions d'emploi lui

offertes, la période d'essai se situe nécessairement au commencement de l'exécution du contrat de travail, et doit obligatoirement être stipulée lors de la conclusion du contrat de travail, ce qui exclut donc, a contrario, que la clause d'essai puise être valablement insérée dans le contrat au cours de son exécution.

La législation française au contraire prévoit non seulement la prolongation mais également le renouvellement de la clause d'essai et autorise une période de « probation » conçue pour permettre à l'employeur, qui entend promouvoir son salarié à des fonctions plus élevées et différentes, de le soumettre à un nouveau test, étant entendu que la période « probatoire » imposée à un salarié dans le cadre d'une promotion professionnelle au cours de l'exécution de son contrat de travail ne constitue pas une période d'essai au sens de la loi mais une période d'adaptation, période « probatoire » que le code du travail luxembourgeois ne connaît pas.

Afin de protéger les intérêts du salarié concerné par un changement d'affectation, la Cour de cassation française a consacré en 2005 un nouveau principe selon lequel « *en présence de deux contrats de travail successifs, conclus entre les mêmes parties, ou en présence d'un avenant au premier contrat, la période d'essai stipulée dans le second contrat ou dans l'avenant ne peut être qu'une période probatoire dont le rupture a pour effet de replacer le salarié dans ses fonctions antérieures* » (Soc. 30 mars 2005, 3 arrêts, nos.02-46.103, 02-46.338 et 03-41-797, RJS 6/2005, NO. 594). *Il en résulte que le salarié ne peut valablement se voir imposer une période d'essai qu'au commencement de sa relation de travail, de sorte que la clause d'essai n'est, désormais licite que si elle a été insérée dans son contrat de travail initial au moment de sa conclusion. En d'autres termes et corrélativement, toute clause d'essai insérée dans le contrat de travail du salarié au cours de son exécution ou dans un contrat successif doit être réputée non écrite, même si les fonctions initiales du salarié ont évolué ou si ce dernier a accepté un changement de ses fonctions, consécutif à une mutation assortie d'une promotion*. (cf. DALLOZ DROIT DU TRAVAIL verbo : période d'essai).

Il faut constater que la jurisprudence française dont le tribunal du travail s'est prévalu pour déclarer la clause d'essai valable ne trouve pas application en l'espèce, dès lors que la période probatoire consacrée par la Cour de Cassation française n'est - au regard de la législation luxembourgeoise - pas applicable.

La jurisprudence luxembourgeoise sur laquelle se base l'employeur pour justifier l'insertion dans un contrat de travail déjà existant et ayant comporté une clause d'essai d'une nouvelle clause d'essai ne peut également pas trouver application en l'occurrence dans la mesure où dans l'affaire y référencée le premier contrat de travail a été résolu et un nouveau contrat de travail a été conclu par la suite sur base des nouvelles fonctions du salariée, alors qu'en l'espèce l'employeur a greffé une deuxième clause d'essai dans un contrat de travail initial ayant déjà comporté une période d'essai.

La Cour ne peut de même pas suivre l'analyse faite par l'employeur selon laquelle l'avenant no 3 du 1er février 2011 devrait être considéré comme un nouveau contrat de travail vu les nouvelles fonctions du salarié, alors que l'employeur lui-même par son attitude, notamment par le fait qu'il a procédé à la rétrogradation du salarié, confirme qu'il s'agissait d'un seul et même contrat de travail et non de deux contrats successifs, une rétrogradation aurait en effet été impossible dans l'hypothèse de deux contrats de travail différents.

Il suit des considérations qui précèdent que c'est à tort que le tribunal du travail a déclaré la clause d'essai valable, de sorte qu'il y a lieu de réformer le jugement déféré sur ce point.

Régularité de la rétrogradation du salarié aux fonctions d'aide-soignant

Estimant être en période d'essai, l'employeur a rétrogradé par courrier du 23 août 2011 A de sa fonction d'infirmier à celle d'aide soignant sans procéder à un entretien préalable, sans énoncer les motifs de la rétrogradation et en respectant les délais de préavis prévus en période d'essai.

La période d'essai étant nulle, la modification unilatérale par l'employeur en défaveur du salarié portant sur une clause essentielle du contrat de travail aurait dû être faite selon les dispositions de l'article L.121-7 alinéa 1 du code du travail, à savoir dans les formes et délais prévus par la loi en matière de résiliation du contrat de travail avec préavis et indiquer la date à laquelle elle sort ses effets.

La modification effectuée en violation de la loi est nulle (Cour 11 janvier 1996, BIL c/ Ravasini).

Il en suit que la modification dans la fonction du salarié, qui est incontestablement une modification substantielle, opérée par l'employeur par lettre du 23 août 2011 viole les dispositions légales et en tant que telle à déclarer nulle et non avenue, de sorte que le jugement est encore à réformer en ce sens.

Il en résulte que A a exercé et continuera à exercer les fonctions d'infirmier.

A réclame finalement la condamnation de l'employeur au versement des salaires échus et à échoir conformément au montant salarial convenu dans l'avenant du 1er février 2011 au contrat de travail ainsi qu'au paiement des dommages et intérêts pour le préjudice moral subi suite au comportement et aux décisions iniques et illégales de l'employeur majoré des intérêts légaux.

Ce volet de la demande n'a pas fait l'objet d'un débat contradictoire en instance d'appel, de sorte qu'il y a lieu de renvoyer l'affaire devant le magistrat de la mise en état aux fins d'instruction.

Il y a lieu de réserver la demande pour le surplus.

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 l'appel recevable,

le dit fondé,

réformant :

dit que la période d'essai du 1er février 2011 est nulle et non avenue,

dit que la rétrogradation notifiée le 23 août 2011 est nulle et non avenue,

dit que A a exercé et continuera à exercer les fonctions d'infirmier,

dit qu'il y lieu de renvoyer l'affaire devant le magistrat de la mise en état aux fins d'instruction des demandes relatives au paiement des salaires et des dommages-intérêts pour le préjudice moral réclamés par A,

réserve les demandes pour le surplus.