Arrêt N° 171/16 - III – TRAV

Exempt - appel en matière de droit du travail.

Audience publique vingt-deux décembre deux mille seize.

Numéro 42220 du rôle

Composition:

Ria LUTZ, présidente de chambre,
Théa HARLES-WALCH, premier conseiller,
Mireille HARTMANN, premier conseiller,
Isabelle HIPPERT, greffier.

E n t r e :

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

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Guy ENGEL de Luxembourg du 12 mars 2012,

comparant par Maître Roy REDING, avocat à la Cour à Luxembourg,

e t :

B, demeurant à D-(…),

intimé aux fins du susdit exploit ENGEL,

comparant par Maître François TURK, avocat à la Cour à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL:

Vu l'ordonnance de clôture de l'instruction du 18 octobre 2016.

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

Par une demande déposée au greffe de la Cour le 7 décembre 2016, Maître François TURK a sollicité la révocation de l'ordonnance de clôture de l'instruction du 18 ocotbre 2016 au motif qu'il se serait aperçu lors de la lecture du rapport par le juge de la mise en état à l'audience du 13 décembre 2016, que toutes les pièces relatives au problème de la forclusion de l'action en réparation du liceniment abusif n'avaient, par erreur, pas été versées.

Maître Roy REDING pour sa partie s'oppose à la révocation de la clôture sollicitée au motif que la question de la forclusion a été débattue tout au long de l'instruction de l'affaire, de sorte que Maître TURK avait largement le temps et la possibilité de verser les pièces manquantes.

Selon l'article 225 du NCPC : *« l'ordonnance de clôture ne peut être révoquée que s'il se révèle une cause grave depuis qu'elle a été rendue… ».*

Or, Maître François TURK reste, au vu des circonstances et du déroulement de la procédure, en défaut d'établir la cause grave au sens de l'article précité justifiant une révocation, de sorte qu'il n'y a pas lieu de faire droit à sa demande.

Par requête du 15 octobre 2013, B, au service de la société anonyme A LUXEMBOURG S.A. comme chauffeur routier, réclama suite à son licenciement qu'il qualifia d'abusif les montants plus amplement repris dans la susdite requête.

Il fit exposer avoir été engagé suivant contrat de travail à durée indéterminée signé le 18 avril 2006, en qualité de chauffeur par la société A LUXEMBOURG S.A., moyennant paiement d'un salaire mensuel de 2.148,08 €, que le 1er mars 2012, il a signé un contrat de travail avec la société A DEUTSCHLAND GmbH aux termes duquel il a été engagé en tant que magasinier, moyennant un salaire mensuel net de 1.200 €, que les parties ont signé une résiliation d'un commun accord du contrat de travail du 1er mars 2012 avec effet au 31 mars 2013, que le 28 mars 2013, B a signé un nouveau contrat de travail avec la société A LUXEMBOURG S.A. suivant lequel il est engagé en tant que chauffeur international, contrat stipulant une période d'essai de trois mois, que le 8 mai 2013, l'employeur a licencié le salarié en période d'essai, avec effet au 23 mai 2013.

Il soutint avoir été au service de la société A LUXEMBOURG S.A. depuis le 18 avril 2006 en tant que chauffeur routier, de sorte qu'il ne saurait être considéré comme étant entré au service de la société A LUXEMBOURG S.A. qu'en date du 28 mars 2013. Il fait encore valoir avoir été successivement au service des sociétés luxembourgeoise et allemande A, formant une unité économique et sociale, de sorte que la société luxembourgeoise, en prévoyant dans le troisième contrat de travail une période d'essai, aurait violé les dispositions de l'article L.121-5 du code du travail.

La société A LUXEMBOURG soutint qu'au vu de l'indépendance des sociétés, les parties étaient liées par un contrat de travail comportant une clause d'essai. Elle affirma que la clause d'essai était destinée à tester les compétences et capacités du salarié à reprendre l'activité de chauffeur routier international étant donné que ce dernier avait travaillé pendant une année en tant que magasinier dans l'entreprise allemande. Elle exposa en outre que la société allemande et la société luxembourgeoise sont des entités juridiques indépendantes avec chacune une personnalité juridique qui lui est propre.

Par un jugement contradictoirement rendu le 26 janvier 2015 le tribunal du travail a :

reçu la demande en la forme, l'a déclarée partiellement fondée, a constaté que la clause d'essai est nulle, et, en conséquence, il a condamné la société anonyme A LUXEMBOURG à payer à B les montants de 7.190,98 € à titre d'indemnité compensatoire de préavis, de 1.903,71 € à titre d'indemnité de départ, de 1.500 € à titre de préjudice moral et de 310,75 € à titre d'indemnité compensatoire de congé non pris, ces montants avec les intérêts légaux à partir du jour de la demande en justice – 15 octobre 2013 – jusqu'à solde. Le tribunal a déclaré la demande non fondée pour le surplus et condamné la société A LUXEMBOURG à payer à B une indemnité de procédure de 300 € sur base de l'article 240 du NCPC et finalement, condamné B aux frais et dépens de l'instance.

Pour statuer comme il l'a fait le tribunal du travail a retenu :

« Des sociétés juridiquement distinctes, comme en l'occurrence, peuvent constituer en matière de droit du travail une entité économique et sociale considérée comme une seule entreprise. Les critères distincts, qui peuvent varier selon la finalité et l'intérêt du bon fonctionnement de l'institution, sont au plan économique une concentration des pouvoirs de direction et des activités identiques et complémentaires, au plan social une communauté de travailleurs liés par les mêmes intérêts.
Il résulte du site internet de la société A (www.A.com) que l'objet social des sociétés est similaire, voire identique. Il est encore constant en cause que les trois contrats ont été signés par la même personne représentant aussi bien la société

luxembourgeoise A que la société allemande A. Cette personne a également signé la résiliation de commun accord du 31 mars 2013 ainsi que la lettre de licenciement du 8 mai 2013, ce qui démontre que les ressources humaines des différentes entités sont gérées par une direction unique, ce qui implique que c'est elle qui définit l'ensemble des règles concernant le personnel dans le cadre d'une politique de gestion. De plus, les trois contrats de travail versés en cause démontrent qu'il existe une permutabilité du personnel d'une société à une autre.
Ces éléments permettent de conclure à un transfert du salarié dans le cadre d'une seule et même entité économique et sociale.
Force est partant de constater que la relation de travail entre B et la société A LUXEMBOURG S.A. n'est que la continuation de la relation de travail ayant pris son origine dans le premier contrat de travail signé le 18 avril 2006. B, étant demeuré au service du groupe A, a ainsi conservé son ancienneté acquise à ce titre.
Il s'ensuit que la clause d'essai insérée dans le contrat de travail du 28 mars 2013 est nulle au regard des dispositions de l'article L.121-5.(3) du code du travail.

Par ailleurs, la clause d'essai a pour finalité exclusive de permettre à l'employeur d'évaluer les qualités professionnelles d'un salarié dans son travail. Lorsque le salarié a déjà occupé pendant six années le même emploi que celui pour lequel il est à nouveau embauché, comme en l'occurrence, l'employeur a déjà pu apprécier les qualités professionnelles, de sorte qu'une période d'essai ne peut être stipulée lors de son nouvel engagement.
Il y a partant lieu de déclarer nulle la clause d'essai insérée dans le contrat de travail du 28 mars 2013. »

Quant au licenciement du salarié intervenu le 8 mai 2013 en période d'essai, le tribunal a conclu que le licenciement est contraire à la loi et comme tel abusif au sens des articles L.121-5(3) et L.124-11 du code du travail parce qu'il a été opéré sur base d'une clause d'essai non permise alors que le salarié bénéficiait d'un contrat de travail à durée indéterminée et il a déclaré en conséquence les indemnités liées au licenciement et réclamées par le salarié fondées.

La société anonyme A LUXEMBOURG S.A. a régulièrement relevé appel du susdit jugement par exploit d'huissier du 12 mars 2015.

L'appelante demande de déclarer son appel fondé et, par réformation, de constater l'absence d'entité économique et sociale entre les sociétés A LUXEMBOURG S.A. et A DEUTSCHLAND GmbH, de déclarer valablement conclue la clause d'essai dans le contrat signé entre parties du 2 avril 2013, de déclarer valablement résilié en période d'essai le contrat de travail du 2 avril 2013, de dire non fondées les demandes en indemnisation de B, de dire non fondée la demande de B en condamnation de A LUXEMBOURG à lui payer une indemnité de procédure de 300 € sur base de l'article 240 du NCPC, de condamner B à lui payer une indemnité de procédure de 1.000 € sur base de l'article 240 du NCPC tant pour la première

instance que pour l'instance d'appel, de condamner B aux frais et dépens des deux instances.

Elle soulève, à titre liminaire et pour la première fois en instance d'appel la forclusion de l'action en dommages et intérêts intentée par le salarié conformément à l'article L.124- 11(2) du code du travail.

Elle fait valoir que ce n'est que le 15 octobre 2013 que le salarié a contesté son licenciement intervenu le 8 mai 2013, partant plus de trois mois après le licenciement, de sorte qu'au jour de l'introduction de l'action judiciaire le 15 octobre 2013, l'action du salarié était forclose.

Elle précise que le salarié n'a ni demandé les motifs de son licenciement ni contesté ce dernier antérieurement ; elle conteste encore que le salarié ait déposé une requête devant les juridictions allemandes.

Le salarié n'a pas autrement pris position par rapport à ce moyen d'irrecevabilité de sa demande.

Au fond, la société anonyme A LUXEMBOURG S.A. fait grief à la juridiction du travail d'avoir retenu que les sociétés luxembourgeoise et allemande auprès desquelles le salarié a travaillé sans discontinuation constituaient un groupe de sociétés, partant une entité juridique, sociale et économique, pour en conclure que le troisième contrat signé par le salarié avec la société luxembourgeoise ne pouvait plus comporter de clause d'essai.

Elle conteste encore que la relation de travail du salarié avec la société luxembourgeoise ait été continue, elle prétend qu'il y a eu une interruption de plus d'une année et que les fonctions exercées par ce dernier étaient différentes, de sorte que la clause d'essai insérée dans le troisième contrat de travail devrait être considérée comme valable et le licenciement intervenu en période d'essai régulier et justifié.

Elle conteste finalement les demandes du salarié dans leur principe et quantum.

L'intimé conclut à la confirmation du jugement entrepris par adoption de ses motifs.

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

- **<u>Quant à la forclusion :</u>**

Le moyen tiré de la forclusion de l'action en réparation du licenciement abusif est d'ordre public, de sorte qu'il peut être soulevé en tout état de cause et même seulement en instance d'appel.

Aux termes de l'article L. 124-11(2) du code du travail « *L'action judiciaire en réparation de la résiliation abusive du contrat de travail doit être introduite auprès de la juridiction du travail, sous peine de forclusion, dans un délai de trois mois à partir de la notification du licenciement ou de sa motivation (...) Ce délai est valablement interrompu en cas de réclamation écrite introduite auprès de l'employeur par le salarié, son mandataire ou son organisation syndicale. Cette réclamation fait courir, sous peine de forclusion, un nouveau délai d'une année ».*

Il s'ensuit qu'à partir de la réclamation du salarié contre son licenciement intervenue dans les trois mois, ou de sa motivation, le salarié bénéficie d'un nouveau délai d'une année pour introduire une action judiciaire en réparation de la résiliation abusive du contrat de travail.

Or, en l'espèce, B qui a été licencié en date du 8 mai 2013 avec effet au 23 mai 2013 en période d'essai, n'a pas réclamé dans les trois mois de la notification de son congédiement conformément à l'article précité.

S'il a fait rédiger une requête judiciaire par son mandataire allemand datée au 29 mai 2013 dans laquelle il conteste, entre autres, le licenciement intervenu le 8 mai 2013, il laisse d'être établi que cette requête a été adressée à son employeur, la société A LUXEMBOURG, respectivement qu'elle a été déposée devant la juridiction allemande compétente.

Il s'ensuit qu'il n'est pas prouvé que le salarié a protesté par écrit auprès de son employeur contre son licenciement avant le dépôt de sa requête le 15 octobre 2013 devant le tribunal du travail de céans, soit plus de quatre mois après le licenciement, de sorte qu'il est forclos à intenter l'action prévue par l'article L.124-11(2) du code du travail et sa demande en paiement de dommages et intérêts en réparation des dommages subis suite au licenciement qu'il qualifie d'abusif est à déclarer irrecevable.

Il n'en demeure pas moins que si B est forclos à réclamer des dommages et intérêts suite à son licenciement prétendument abusif, il est toujours habilité à réclamer le paiement de l'indemnité compensatoire de préavis, de l'indemnité de départ ainsi que les indemnités pour congés non pris dans l'hypothèse où ces indemnités n'ont pas été régulièrement payées par l'employeur.

En effet, l'indemnité compensatoire de préavis est réclamée dans le contexte d'un licenciement avec préavis, de sorte qu'elle est indépendante du caractère irrégulier et abusif du licenciement, ce qui n'est pas le cas dans le contexte d'un licenciement immédiat où elle n'est due que si le licenciement est abusif.

En l'espèce, l'indemnité compensatoire de préavis réclamée dépend aussi de la validité de la clause d'essai insérée dans le contrat de travail de B signé le 28 mars 2013 avec la société A LUXEMBOURG.

- **<u>Validité de la clause d'essai</u>** :

B prétend que la clause d'essai insérée dans son dernier contrat de travail signé le 28 mars 2013 avec la société A LUXEMBOURG devrait être déclarée nulle par application de l'article L.121-5 (3) du code du travail qui stipule *« la clause d'essai ne peut être renouvelée ».*

Il en déduit que bénéficiant d'un contrat à durée indéterminée et non d'un contrat à l'essai, il aurait encore droit, suite à son licenciement et, conformément à l'article L.124-6 du code du travail, au paiement du délai de préavis restant à courir, soit à la somme de 7.190,98 euros correspondant au solde de 3,5 mois, ainsi qu'à une indemnité de départ d'un mois correspondant à une ancienneté de service de sept années, soit 1.903,71 euros et finalement, une indemnité pour congés non pris pour les mois de travail d'avril et de mai 2103 de 3,53 jours d'un montant de 310,75 euros.

L'employeur fait grief à la juridiction du travail d'avoir retenu, sur base des éléments retenus, un transfert du salarié dans le cadre d'une seule et même entité économique et sociale, que la relation de travail entre B et la société A Luxembourg SA n'est que la continuation de la relation de travail ayant pris son origine dans le premier contrat de travail signé le 18 avril 2006, et que B, qui est demeuré au service du groupe A a ainsi conservé son ancienneté acquise à ce titre, pour décider que la clause d'essai insérée dans le contrat de travail du 28 mars 2013 est nulle au regard des dispositions de l'article L.121-5(3) du code du travail et lui accorder une indemnité de préavis et de départ.

Il fait valoir que les trois contrats de travail de B ont été conclus avec deux sociétés différentes sur le plan juridique, économique et social, à des conditions de travail et de rémunération différentes, avec des contreparties différentes non contestées en l'espèce, parmi lesquels le taux horaire de travail, les emplois exercés, la loi applicable, la durée et les autres conditions de travail telles que les relations collectives de travail tout à fait différentes entre la société allemande et la société luxembourgeoise.

En l'espèce, contrairement à ce qu'a retenu le tribunal du travail, il n'est pas établi que les deux sociétés auraient une direction sociale unique, ni que les deux sociétés auraient une masse salariale commune.

La Cour renvoie à l'analyse correcte faite par le tribunal du travail, notamment à la définition et aux caractéristiques d'un groupe de sociétés, plus précisément d'une unité économique et sociale, pour la faire sienne dans son intégralité.

C'est à tort que la société A LUXEMBOURG se défend de faire partie d'un groupe de société en présence de son propre site internet actualisé au mois de septembre 2016 sur lequel elle fait de la publicité en indiquant officiellement *« le Group A, une entreprise gérée par son propriétaire, est le leader du marché pour la fourniture de couvertures et bardages métalliques isolés et non isolés, le Group A dispose de plusieurs filiales et unités de productions en Europe. Les différents dépôts d'A pour enlèvement immédiat se trouvent en Allemagne, Autriche, Luxembourg, Belgique et Roumanie… ».*

C'est par contre de façon judicieuse que le tribunal du travail a relevé sur base des pièces soumises à son appréciation, que l'objet social des deux sociétés luxembourgeoise et allemande est sinon identique, du moins similaire, que les contrats de travail de B ont été signés par la même personne représentant aussi bien la société luxembourgeoise que la société allemande.

Le tribunal du travail a encore à bon droit retenu que cette même personne a signé tant la résiliation d'un commun accord du 31 mars 2013 du contrat signé avec la société allemande que le licenciement du 8 mai 2013 prononcé par la société luxembourgeoise, pour conclure que ces agissements démontrent que les ressources humaines des différentes entités sont gérées par une direction unique, ce qui implique que c'est elle qui définit l'ensemble des règles concernant le personnel dans le cadre d'une politique de gestion commune.

Il se dégage encore du certificat de travail remis au salarié en date du 14 juin 2013 et délivré par la société A Luxembourg que le salarié était au service de la société A Luxembourg pour la période du 18 avril 2006 au 23 mai 2013, alors qu'en l'absence d'une unité économique et sociale comme le soutient l'employeur, ledit certificat aurait dû renseigner uniquement la période d'engagement de B auprès d'elle et non auprès de la société allemande, respectivement indiquer que le salarié était pour la période du 1er mars 2012 au 31 mars 2013 au service de la société A DEUTSCHLAND.

Finalement, le tribunal a, de façon correcte, constaté que les trois contrats de travail successifs versés en cause démontrent qu'il existe une permutabilité du personnel d'une société à l'autre, ce d'autant plus que la relation de travail avec les deux sociétés n'a jamais été interrompue et qu'il a suffi au salarié de faire une demande

de changement d'une société à l'autre en fonction de ses doléances du moment, pour se voir accorder, sans autres difficultés, son transfert d'une société à l'autre.

En présence d'une unité économique et sociale, c'est à bon droit que le tribunal a retenu que la dernière relation de travail de B avec la société luxembourgeoise, n'était que la continuation de la relation de travail ayant débuté le 18 avril 2006 et que partant la clause d'essai insérée dans le dernier contrat de travail est nulle par application de l'article L.121-5(3) du code du travail. Il s'y ajoute que le salarié avait, au courant de son engagement de sept années auprès des deux sociétés A, travaillé majoritairement comme chauffeur routier, de sorte que la clause d'essai destinée à tester les capacités professionnelles du salarié comme chauffeur routier ne se justifiait pas.

La clause d'essai étant nulle, B bénéficie d'un contrat à durée indéterminée, de sorte que les demandes de ce dernier en paiement d'une indemnité de préavis et de départ sont à déclarer fondées dans leur principe et leur montant, telles qu'elles ont, à bon escient, été fixées par le tribunal du travail dans le jugement déféré.

Dans la mesure où les éléments de preuve soumis à l'appréciation de la Cour, à l'instar de celles prises en compte par la juridiction du premier degré, suffisent pour l'appréciation du bien-fondé des demandes de B, il n'y a pas lieu d'examiner autrement les attestations testimoniales versées en cause.

La demande du salarié tendant au paiement de 3,53 jours de congés non pris pour la période du mois d'avril et de mai 2013, qui reste contestée en instance d'appel par l'employeur qui prétend que le salarié avait bénéficié de tous ses congés légaux lorsqu'il a quitté l'entreprise, est également à déclarer fondée, dès lors que l'employeur reste en défaut comme en première instance de prouver, livre des congés et fiches de salaire à l'appui, qu'il a accordé au salarié les jours de congé dus pour les mois d'avril et mai 2013 litigieux, respectivement qu'il les lui a payés.

B réclame finalement une indemnité de procédure de 300 euros pour la première instance et de 2.000 euros pour l'instance d'appel.

La société A LUXEMBOURG réclame également une indemnité de procédure de 1.000 euros pour la première instance et de 1.500 euros pour l'instance d'appel.

Au vu du résultat positif du présent recours pour B, ses demandes sont à déclarer fondées pour les montants de 300 euros pour la première instance et de 1.000 euros pour l'instance d'appel.

La partie qui succombe et est condamnée aux frais et dépens, ne peut se prévaloir des dispositions de l'article 240 du NCPC, de sorte que les demandes de la société A LUXEMBOURG sur base de 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,

rejette la demande de révocation de l'ordonnance de clôture,

déclare l'appel recevable,

le dit partiellement fondé,

réformant :

- dit que l'action judiciaire en réparation de la résiliation abusive du contrat de travail intentée par B est irrecevable par application de l'article L.124-11(2) du code du travail,

confirme le jugement en ce qu'il a déclaré la clause d'essai nulle, et condamné la société A LUXEMBOURG S.A. à payer à B une indemnité compensatoire de préavis de 7.190,98 euros, une indemnité de départ de 1.903,71 euros et une indemnité pour congés non pris de 310,75 euros, ainsi qu'une indemnité de procédure de 300 euros pour la première instance,

condamne la société A LUXEMBOURG S.A. à payer à B une indemnité de procédure de 1.000 euros pour l'instance d'appel,

rejette les demandes de la société A LUXEMBOURG S.A. basée sur l'article 240 du NCPC pour les deux instances,

condamne la société A LUXEMBOURG S.A. aux frais et dépens de l'instance d'appel avec distraction au profit de Maître François TURK qui la demande affirmant en avoir fait l'avance.

La lecture du présent arrêt a été faite en la susdite audience publique par Madame la présidente de chambre Ria LUTZ, en présence du greffier Isabelle HIPPERT.