Arrêt N° 155/18 - III – TRAV

Exempt - appel en matière de droit du travail.

Audience publique du vingt décembre deux mille dix-huit.

Numéro 43852 du rôle

Composition:

Ria LUTZ, présidente de chambre,
Marie-Laure MEYER, premier conseiller,
Carole KERSCHEN, conseiller,
Isabelle HIPPERT, greffier.

Entre :

A, demeurant à F-(…),

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Guy ENGEL de Luxembourg du 21 juillet 2016 et demanderesse en intervention suivant exploit de l'huissier de justice Guy ENGEL de Luxembourg du 8 mai 2017,

comparant par Maître Sabrina MARTIN, avocat à la Cour à Luxembourg,

et :

1) la société anonyme S1 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 ENGEL du 21 juillet 2016,

comparant par la société en commandite simple KLEYR GRASSO s.e.c.s., inscrite sur la liste V du tableau de l'Ordre des avocats du barreau de Luxembourg, établie et ayant son siège social à L- L-2361 Strassen, 7, rue des Primeurs, en l'étude de laquelle domicile est élu, représentée aux fins de la présente instance par Maître Philippe NEY, avocat à la Cour à Luxembourg,

2) la société anonyme S2 S.A., établie et ayant son siège social à L-(…), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

défenderesse sur intervention aux fins du susdit exploit ENGEL du 8 mai 2017,

comparant par Maître Nicolas BAUER, avocat à la Cour à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL:

Vu l'ordonnance de clôture de l'instruction du 9 octobre 2018.

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

Par requête déposée au greffe du tribunal du travail de et à Luxembourg en date du 20 mars 2015, A a fait convoquer la société anonyme S1 devant ce tribunal aux fins de voir constater qu'aucun transfert n'est intervenu entre la société anonyme S1 et la société S2 SA, de voir déclarer abusif son licenciement oral du 1er décembre 2014, sinon du 8 janvier 2015 et pour y entendre condamner son ancien employeur à lui payer les sommes suivantes :

- arriérés de salaire	pm
- indemnité compensatoire de préavis (4mois)	7.782,08 €
- indemnité de départ (1 mois)	1.945,52 €
- indemnité compensatoire de congé non pris	pm
- dommage matériel (période de référence 12 mois)	pm
- dommage moral	20.000,00 €.

Elle a demandé en outre à voir condamner la société anonyme S1 à lui remettre le formulaire E 301, respectivement le formulaire U1 dans un délai de huit jours à partir de la notification du jugement à intervenir sous peine d'une astreinte de 200 euros par jour de retard et par document.

Faits

A fit valoir à l'appui de sa demande, qu'elle est entrée au service de la société anonyme S1 en qualité de chauffeur-livreur par un contrat de travail conclu le 31 mai 2011, avec reconnaissance de son ancienneté auprès de l'employeur précédant depuis le 10 septembre 2007.

Par courrier du 4 septembre 2014, la société anonyme S1 a informé A d'un transfert d'entreprise avec effet au 1er décembre 2014 dans les termes suivants :

(…)

La requérante soutint qu'elle s'est présentée le 1er décembre 2014 dans les locaux de la société S3 pour reprendre son travail ; que néanmoins l'accès aux locaux lui a été refusé et que par courrier du 2 décembre 2014, la société anonyme S1 l'a informée que son contrat de travail a été transféré au cessionnaire la société S2 SA.

Elle soutint que par courrier du 19 décembre 2014, la société S2 SA lui a communiqué un contrat de travail indiquant comme employeur la société S4 ; qu'elle a contesté cette façon de faire auprès de la société S2 SA qui, dans un courrier du 8 janvier 2015, a nié l'existence de tout transfert d'entreprise à son profit.

Elle en a déduit qu'elle était, le 1er décembre 2014, toujours au service de la société anonyme S1 SA et que l'interdiction lui faite d'accéder aux locaux de la société S3 pour effectuer sa journée de travail équivalait à un licenciement oral avec effet immédiat, intervenu en violation des articles L.124-10(3)-11 et L.124-11 (1) du Code du travail.

Elle soutint à ce titre que la partie défenderesse a simplement entendu se séparer oralement d'elle en prétextant un transfert de contrat, alors qu'aucun transfert n'a été accepté par la société S2 SA. Elle considéra dès lors que les conditions du transfert d'entreprise n'étaient pas réunies. Elle contesta faire partie d'une branche d'activité exclusive consistant dans le transport d'échantillons biologiques pour le seul client S3-S5 et prétendit qu'elle avait été engagée comme chauffeur sans affectation spéciale et qu'elle a fait des livraisons pour d'autres clients de la société anonyme S1 SA.

Elle considéra qu'au lieu d'un transfert d'entreprise au sens de l'article L.127-1 du code du travail, il s'agissait pour la société anonyme S1 d'une simple perte d'un client.

Elle demanda dès lors à voir déclarer le licenciement du 1er décembre 2014, sinon du 8 janvier 2015 (date du refus de la société S2 SA) abusif.

La société anonyme S1 exposa quant à elle que, suivant convention des 20 et 21 avril 2011, elle s'est vue attribuer par la société S5 SA la branche d'activité du transport d'échantillons biologiques et qu'elle s'est engagée (article 2.4) à reprendre les salariés de S5 SA et à conserver prioritairement leur affectation au transport desdits échantillons à effectuer pour le compte de la société S5 SA.

Elle fit valoir qu'elle a ainsi repris de la société S5 huit salariés dont faisait partie A, laquelle, tout comme ses collègues, a toujours été exclusivement affectée à ce type de transport.

Elle soutint ensuite qu'elle s'est vue retirer ce marché par convention du 5 août 2014 au profit de la société S2 SA ; qu'il avait été prévu que cette société allait reprendre les huit salariés affectés au transport des échantillons biologiques et que partant elle a effectué les démarches et notifications qui s'imposaient dans le cadre du transfert d'entreprise prévu par l'article L. 127-1 et suivants du code du travail.

Elle considéra que le transfert *« d'une entité économique qui maintient son identité et qui constitue un ensemble organisé de moyens, notamment de personnels et de matériels, permettant la poursuite d'une activité économique et essentielle ou accessoire »* était établi en l'espèce.

Non seulement, il y avait identité d'activité par le fait que la société S2 SA a poursuivi l'activité du cédant, mais encore, il y avait une identité d'une entité, consistant dans la collectivité des travailleurs, affectés à la tâche du transport des échantillons biologiques.

Elle soutint que dans le secteur précité, l'activité repose essentiellement sur la main-d'œuvre, et qu'une collectivité de travailleurs que réunit durablement une activité commune peut correspondre à une entité économique, même en l'absence de transfert d'autres facteurs d'exploitation, comme en l'espèce les véhicules qui sont restés dans son patrimoine.

Au vu des pièces et attestations testimoniales versées en cause, l'existence du transfert d'entreprise serait établie en l'espèce.

Pour autant que de besoin, elle formula une offre de preuve par l'audition de témoins pour rapporter les faits plus amplement repris dans le jugement de première instance.

Elle soutint que par l'effet automatique du transfert d'entreprise, A a cessé d'être sa salariée à partir du 1er décembre 2014, de sorte qu'un licenciement de sa part à cette date ou à une date ultérieure n'était plus possible. Elle ajouta que le refus d'accès a émané de la société S3 et ne saurait dès lors constituer en aucun cas un licenciement oral de sa part.

Elle conclut dès lors à titre principal au rejet de la demande. A titre subsidiaire, elle contesta les demandes indemnitaires pour être non justifiées.

Considérant qu'un transfert d'entreprise entre les sociétés S1 et S2 SA a été établi contrairement à l'existence d'un licenciement oral par la société anonyme S1, le tribunal du travail a, par un jugement rendu contradictoirement en date du 8 juin 2016, déclaré la demande de A non fondée.

A a régulièrement interjeté appel du susdit jugement par exploit d'huissier du 21 juillet 2016.

L'appelante conclut par réformation, à voir constater qu'aucun transfert d'entreprise n'est intervenu entre la société anonyme S1 et la société S2 SA, à voir dire abusif le licenciement oral avec effet immédiat intervenu principalement en date du 1er décembre 2014, subsidiairement en date du 8 janvier 2015, à voir dire fondée et justifiée sa demande tendant au paiement du montant total de 64.746,96 euros + p.m., soit le montant de 7.782,08 euros à titre d'indemnité compensatoire de préavis, le montant de 1.945,52 euros à titre d'indemnité de départ, le montant de 35.019,36 euros à titre de dommages et intérêts pour préjudice matériel, le montant de 20.000 euros à titre de dommages et intérêts pour préjudice moral, ces montants avec les intérêts légaux tels que de droit à partir de la demande en justice, jusqu'à solde ; à voir condamner en outre la partie défenderesse à lui remettre son formulaire E 301, respectivement son formulaire U1, dans un délai de 8 jours à partir de la notification de l'arrêt à intervenir, sous peine d'une astreinte d'un montant de 200 euros par jour de retard et par document.

Elle réclame encore une indemnité de procédure.

Elle conteste, comme en première instance, l'existence d'un transfert d'entreprise.

Pour arriver à cette conclusion elle se prévaut d'un courrier que la société S2 SA lui adressa, en date du 8 janvier 2015, et dans lequel cette dernière confirme *« que non seulement S2 n'a jamais marqué son accord au transfert des salariés, mais encore qu'il n'y a pas transfert d'entreprise au sens de la loi alors qu'il n'y a pas eu cession des facteurs d'exploitation ».*

De sorte qu'il y aurait lieu d'en tirer la conclusion qu'au 1er décembre 2014, elle était toujours au service de la société anonyme S1 et que l'interdiction qui lui fut faite d'accéder, en date du 1er décembre 2014, aux locaux de la société S3 pour effectuer sa journée de travail, s'analyserait en un licenciement oral avec effet immédiat.
Elle maintient que la société anonyme S1 a tout simplement entendu se séparer oralement d'elle en prétextant un transfert de contrat, alors qu'aucun transfert de contrat n'avait pourtant été accepté par la société S2 SA comme cette dernière l'atteste dans son courrier adressé à A en date du 8 janvier 2015, que A s'est ainsi retrouvée, en réceptionnant le prédit courrier daté du 8 janvier 2015, d'une part

dans la plus totale incertitude quant à son avenir professionnel, d'autre part privée de tout emploi.

Elle fait grief au tribunal du travail d'avoir ignoré le courrier, cependant déterminant, de la société S2 SA du 8 janvier 2015, laquelle conteste tout comme elle tout transfert d'entreprise.

Par un exploit d'huissier du 8 mai 2017, A a mis la société S2 SA en intervention forcée, aux fins d'entendre dire que cette dernière est tenue d'intervenir dans le litige l'opposant à la société anonyme S1, suivant acte d'appel signifié en date du 21 juillet 2016, et de voir ordonner la jonction de l'affaire introduite par la présente assignation avec celle introduite par exploit de l'huissier de justice Guy ENGEL en date du 21 juillet 2016 et s'entendre déclarer commun l'arrêt à intervenir.

L'intimée, la société anonyme S1, conclut

I. Quant à la régularité du transfert d'entreprise :

À titre principal, de confirmer le jugement déféré, partant de dire qu'il y a eu transfert d'entreprise au sens de l'article L.127-1 du code du travail avec effet au 1er décembre 2014, de dire que l'appelante ne faisait plus partie de ses effectifs à partir du 1er décembre 2014, partant de déclarer l'appel non fondé et débouter l'appelante de l'ensemble de ses demandes ; à titre subsidiaire, si par impossible la Cour devait estimer que l'existence du transfert d'entreprise ne résulte pas à suffisance des pièces versées en cause, elle formule la même offre de preuve qu'en première instance.

II. Quant à l'absence de licenciement oral avec effet immédiat :

De confirmer le jugement rendu en date du 8 juin 2016, partant de dire que le refus d'accès de la part d'une autre société qu'elle ainsi que les courriers notifiés après le 1er décembre 2014 par la société S1 ne sauraient constituer un licenciement de sa part, partant de débouter l'appelante de ses demandes.

III. Quant aux revendications financières :

Si, par impossible, la Cour devait estimer qu'il n'y a pas eu transfert d'entreprise avec effet au 1er décembre 2014 et que les courriers notifiés après le 1er décembre 2014 sont à interpréter comme licenciement oral avec effet

immédiat de la part de l'intimée - quod non - , lui donner acte qu'elle conteste l'ensemble des revendications indemnitaires formulées par A,
lui donner acte qu'elle se rapporte à la sagesse de la Cour quant au principe de l'allocation d'une indemnité compensatoire de préavis, quant au montant, réduire l'indemnité compensatoire de préavis à 7.780,08 euros,
lui donner acte qu'elle se rapporte à la sagesse de la Cour quant au principe de l'allocation d'une indemnité de départ, quant au montant, réduire l'indemnité de départ à 1.945,02 euros, finalement, dire que la partie appelante n'établit pas avoir subi de préjudice matériel et moral en relation causale avec le prétendu licenciement, partant la débouter de ses demandes en indemnisation, à titre subsidiaire, réduire les montants demandés à titre de préjudices matériel et moral à de plus justes proportions et déduire, le cas échéant, les indemnités de chômage perçues par l'appelante.

IV. quant à la remise du formulaire E301/U1 :

De confirmer le jugement rendu en date du 8 juin 2016, et constater qu'elle n'était plus l'employeur de l'appelante, partant débouter cette dernière de sa demande.

La société S2 SA conclut à l'irrecevabilité de la mise en intervention forcée pour plusieurs motifs :

- pour être intervenue en méconnaissance des dispositions de l'article 584 (il y a lieu de lire article 594) du NCPC,
- pour dépasser de fait la simple mesure conservatoire.

Elle soulève encore l'exception de litispendance et finalement, la fin de non-recevoir tirée du défaut d'intérêt à agir.

Elle développe finalement ses moyens quant au fond de l'affaire, moyens qui seront le cas échéant analysés ultérieurement.

La société anonyme S1 se rapporte à prudence de justice quant à la recevabilité de l'intervention forcée de la société S2 SA.

Au fond, elle se rapporte à ses conclusions antérieures sauf à lui donner acte, si par impossible la Cour devait estimer que l'existence du transfert d'entreprise ne résulte pas à suffisance des pièces versées en cause, qu'elle sollicite, conformément aux articles 284, 285 et 288 du NCPC, et sous peine d'une astreinte de 500 euros par jour de retard, la production forcée des pièces suivantes détenues par la partie

S2 SA, sinon par son sous-traitant, la société S4 : sept contrats des salariés de la société anonyme S1 signés avec la société S2 SA.

Elle prétend qu'un changement de prestation de service peut parfaitement déboucher sur un transfert d'entreprise.

Ce qui est déterminant dans cette hypothèse pour l'application de la théorie du transfert d'entreprise est :

- la survie du poste de travail
- la reprise de la majorité du personnel affecté à la prestation transférée et non le matériel roulant.

Or, en l'espèce, la société S2 SA est en aveu (judiciaire) que sept des huit salariés, dont A, ont reçu un contrat de travail avec « S4 », sous-traitant de la société S2 SA et ont été affectés à la branche d'activité du client S3-S5 S.A.

La société anonyme S1 rappelle les éléments suivants :

- qu'elle a pris le soin d'effectuer l'ensemble des démarches formelles prévues notamment aux articles L.127-3(2) et L.127-6 du code du travail,
- qu'elle a, par courrier du 2 septembre 2014, transmis, de manière formelle et officielle, à la société S2 SA – désignée par la société S3-S5 comme le cessionnaire – les noms des salariés concernés par le transfert, le montant de leur rémunération, leur ancienneté, les congés encore dus, soit toutes les données nécessaires à la reprise des contrats de travail,
- qu'il se dégage des échanges de correspondances entre l'intimée, S3-S5 et la société S2 SA durant le mois d'août 2014, que cette dernière avait exprimé à S3-S5 S.A. sa volonté de rencontrer les salariés concernés afin d'assurer le transfert de ces derniers à la date convenue, soit le 1er décembre 2014,
- qu'il ne résulte d'aucun élément du dossier que la société S2 SA ait, à un quelconque moment avant la date prévue pour le transfert, manifesté son refus par rapport au transfert des huit salariés, bien au contraire,
- que ce n'est qu'en date du 8 janvier 2015 – soit pas moins de cinq mois après l'annonce du transfert d'entreprise – que la société S2 SA a contesté l'existence du transfert d'entreprise,
- que la société S2 SA a, même après la date du transfert d'entreprise, confirmé de manière explicite dans son courrier envoyé à l'appelante en date du 19 décembre 2014 qu'elle avait repris les contrats de travail des salariés affectés à la branche de transport d'échantillons biologiques avec effet au 1er décembre 2014, dont l'appelante, à laquelle elle propose d'ailleurs de signer le contrat de travail annexé au courrier,
- que dans ce courrier, la société S2 SA confirme également de manière explicite que la prestation qu'effectuait auparavant la partie intimée pour le compte de S3-S5 SA a été reprise avec effet au 1er décembre 2014,

- qu'il ressort d'ailleurs de l'email envoyé par un collaborateur de l'ITM que l'appelante a été affiliée et désaffiliée à la date de prise d'effet du transfert, soit le 1er décembre 2014,
- que finalement, la société S2 SA a expressément et irrévocablement avoué qu'une partie essentielle des salariés affectés à la branche de transport d'échantillons biologiques pour le client S3-S5 a été reprise par son sous-traitant, la société S4.

Compte tenu des aveux judiciaires de la société S2 SA et de l'ensemble des autres éléments de preuve versés en cause, il ne fait plus aucun doute qu'il y a eu transfert d'entreprise au sens de l'article L.127-1 du code du travail vers la société S2 SA et que partant l'appelante ne faisait plus partie des effectifs de la société anonyme S1 à partir du 1er décembre 2014.

Ce constat n'est d'ailleurs pas non plus énervé par les allégations des parties adverses qui prétendent qu'il n'y aurait pas eu de transfert aux motifs d'une part, que l'appelante et la société S2 SA n'auraient jamais marqué leur accord avec le transfert et d'autre part, que la société S2 SA a finalement décidé d'avoir recours à un sous-traitant pour exécuter les prestations pour le client S3-S5.

En effet, il y a lieu de rappeler que le principe du maintien des contrats de travail en cas de transfert d'entreprise est d'ordre public, de sorte que les droits et obligations résultants des contrats de travail ou relations de travail existant à la date du transfert, soit en date du 1er décembre 2014, ont été transférés, de plein droit par le seul effet de la loi, au cessionnaire.

Ainsi, les parties au contrat de travail ne peuvent pas tout simplement décider d'écarter les règles du transfert d'entreprise lorsque les critères d'un tel transfert sont donnés.

De même, le fait que la prestation de service a finalement été exécutée par un sous-traitant, la société S4, n'a aucun impact sur l'existence du transfert d'entreprise, dans la mesure où il n'est pas nécessaire qu'il existe des relations contractuelles directes entre le cédant et le cessionnaire. En effet, selon la jurisprudence constante, la cession peut aussi s'effectuer en deux étapes par l'intermédiaire d'un tiers.

A réfute les moyens d'irrecevabilité de l'intervention forcée soulevés par la société S2 SA.

Au fond, A maintient l'ensemble de ses arguments développés antérieurement.

Chacune des parties réclame une indemnité de procédure.

MOTIVATION

I) ***Quant à la recevabilité de l'intervention forcée de la société S2 SA***

Par exploit d'huissier du 8 mai 2017, A a mis en intervention forcée la société S2 SA pour :

entendre dire que la société S2 SA est tenue d'intervenir dans le litige l'opposant à la société anonyme S1, suivant acte d'appel signifié en date du 21 juillet 2016, et de voir ordonner la jonction de l'affaire introduite par la présente assignation avec celle introduite par exploit de l'huissier de justice Guy ENGEL en date du 21 juillet 2016 et s'entendre déclarer commun l'arrêt à intervenir, donner acte à la partie demanderesse que la présente assignation en intervention conservatoire est formulée sous toutes réserves généralement quelconques, sans reconnaissance préjudiciable, ni renonciation aucune.

La société anonyme S1 s'est rapportée à prudence de justice concernant la recevabilité de cette mise en intervention forcée, tandis que la société S2 SA a soulevé son irrecevabilité.

Pour prospérer dans son moyen d'irrecevabilité, la société S2 SA :

- s'est prévalue de l'article 594 du NCPC qui stipule que la mise en intervention forcée d'un tiers en instance d'appel, corrélative à l'intervention volontaire, ne peut être dirigée que contre celui ou celle qui pourrait former tierce opposition et à la condition qu'elle justifie d'un intérêt pour agir en ce que l'arrêt serait susceptible de préjudicier à ses droits, ce qui ne serait pas le cas pour elle.
- elle a ensuite fait valoir que contrairement au dispositif de l'exploit de mise en intervention forcée qui fait état d'une simple mesure conservatoire, la demande dépasserait en fait ce stade ; qu'en effet, A a déjà attrait la société S2 SA devant le tribunal du travail d'Esch-sur-Alzette par requête du 1er avril 2015, dans le cadre de laquelle elle demande à voir constater l'existence d'un transfert d'entreprise, respectivement de voir constater l'existence d'un prétendu licenciement oral, soit l'exact contraire de ce qu'elle demande actuellement.
  Partant, elle demande en réalité que soit rendu un arrêt dont elle pourrait faire état devant le tribunal, lequel pourrait s'estimer définitivement lié par une décision rendue en dernier ressort privant ainsi la société S2 SA du double degré de juridiction, de sorte que cette demande dépasse le cadre d'une simple mesure conservatoire.

- la société S2 SA oppose encore « *in limine litis* » l'exception de litispendance alors qu'une autre instance est actuellement pendante devant le tribunal du travail d'Esch-sur-Alzette.
  Elle en conclut que lorsque deux demandes identiques sont introduites devant deux juridictions différentes, « également compétentes », la litispendance se réalise dans le chef de la juridiction saisie en second lieu, soit la Cour d'appel qui devrait en conséquence se déclarer incompétente et renvoyer l'affaire devant la juridiction saisie en premier lieu, soit le tribunal du travail d'Esch-sur-Alzette.
- elle relève finalement, la fin de non-recevoir tirée du défaut d'intérêt à agir, soutenant que A n'a aucun intérêt à mettre la société S2 SA en intervention.

L'ensemble de ces moyens tendant à l'irrecevabilité de la mise en intervention forcée est réfuté par A.

S'emparant de la théorie de l'évolution prévue à l'article 555 du NCPC français (article 483 et suivants du NCPC luxembourgeois), A prétend, que ladite théorie ne consiste pas qu'en la révélation de faits nouveaux, mais encore en la nouvelle vision juridique des faits qui, en l'espèce, est aisément établie alors « *que les juges de première instance ont considéré à tort qu'il n'y aurait pas eu de transfert d'entreprise de la société anonyme S1 vers la société S2 SA !!!;*
Qu'il y a partant bien une nouvelle vision juridique des faits depuis le jugement rendu en date du 8 juin 2016, par voie de conséquence, évolution du litige » et finalement, elle fait valoir *« que cette mise en intervention forcée ne priverait en rien la société S2 SA du double degré de juridiction. (cf. conclusions III de A notifiées le 8 juin 2018) ».*

Or, c'est juste le contraire qui est de mise en l'espèce.

En effet, si l'article 555 du NCPC français impose en matière d'intervention forcée une condition particulière non prévue pour l'intervention volontaire, à savoir que les personnes qui n'ont été ni parties, ni représentées en première instance ou qui y ont figuré en une autre qualité, ne peuvent être appelées devant la Cour que si l'évolution du litige implique leur mise en cause, c'est avec la considération d'une conception jurisprudentielle restrictive de cette notion d'évolution du litige. Elle entend ainsi préserver la garantie du double degré de juridiction qui serait pratiquement anéantie si la possibilité de l'intervention forcée en appel était largement ouverte.

Par ailleurs, la notion d'évolution du litige suppose en principe *« la révélation nouvelle d'un fait susceptible d'éclairer devant la cour le litige d'un jour nouveau ou inattendu »*. (verbo. Dalloz procédure : sous Intervention).

Il y a lieu de relever que c'est une véritable condition que pose l'article 555 du NCPC français, en exigeant que le litige ait évolué, de sorte que si ce dernier reste inchangé par rapport à celui dont les premiers juges ont eu à connaître et si la situation respective des parties n'a pas été modifiée, l'intervention forcée en instance d'appel devrait être déclarée irrecevable.

L'intervention forcée en appel n'est pas destinée à ce qu'une partie puisse réparer un oubli, une négligence ou une mauvaise appréciation de ses droits.

Donc, chaque fois que la mise en cause aurait été possible dès la première instance, l'intervention forcée en appel doit être refusée.

En l'espèce, il laisse cependant d'être établi que le litige ait évolué, dès lors que celui présenté à la Cour est inchangé par rapport à celui débattu en première instance ; par ailleurs, A reste en défaut de démontrer en quoi la situation respective des parties a été modifiée.

Finalement, A connaissait dès la première instance l'existence et le rôle joué par la société S2 SA dans la situation des parties, elle a même attrait la société S2 SA en justice sur base des mêmes faits et éléments, certes sur base de moyens contraires à ceux présentés actuellement, une fois au fond (affaire en attente), une fois devant le juge des référés statuant sur les affaires de travail (cf. ord. 28 mai 2015 n° 42177).

Il en suit que A avait la possibilité de faire intervenir la société S2 SA dans l'instance entamée en première instance contre la société anonyme S1 et qui nous occupe actuellement en appel.

Faute d'avoir prouvé l'évolution du litige, l'intervention forcée de la société S2 SA est à déclarer irrecevable ; il est partant redondant d'analyser le bien-fondé des autres moyens soulevés par la société S2 SA pour parvenir à l'irrecevabilité de sa mise en intervention forcée.

La Cour ne tiendra par conséquent pas non plus compte dans la solution du litige opposant A à la société anonyme S1, des arguments développés par la société S2 SA, à titre subsidiaire, quant au fond de l'affaire.

II) <u>Quant au transfert d'entreprise :</u>

Pour prospérer dans sa demande tendant à voir constater la réalité de son licenciement oral intervenu d'après elle en date du 1er décembre 2014, respectivement du 8 janvier 2015, ainsi que son caractère abusif, A conteste qu'il y ait eu transfert d'entreprise entre la société anonyme S1 et la société S2 SA, au sens de l'article L.127-1 du code du travail.

La société anonyme S1 au contraire se prévaut d'un transfert d'entreprise et conteste tout licenciement prononcé par elle à l'égard de A.

L'article 127-1 du code du travail dispose :
« (1) Le présent chapitre 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 succession, d'une scission, d'une transformation de fonds ou d'une mise en société.
Il est applicable aux entreprises publiques et privées exerçant une activité économique, qu'elles poursuivent ou non un but lucratif.
(2) Le présent chapitre s'applique chaque fois que l'entreprise, l'établissement ou la partie d'entreprise ou d'établissement à transférer se situe sur le territoire national du Grand-Duché de Luxembourg.
Il s'applique à tous les salariés tels que définis à l'article L. 127-2, y inclus ceux qui sont engagés à temps partiel ou par contrat à durée déterminée.
Il n'est pas applicable aux navires de mer. »

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 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.

Néanmoins, 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)

Il faut donc que l'objet du transfert ait une certaine consistance et forme une entité économique satisfaisant à la définition suivante prévue par l'article L.127-2 du code du travail, soit 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.

Pour établir l'existence d'un transfert d'entreprise, celui qui s'en prévaut, soit en l'espèce la société anonyme S1 doit prouver la persistance d'un ensemble de moyens, respectivement le maintien de la structure initiale de l'activité litigieuse ou d'une entité économique qui par son importance pourrait subsister par elle-même, la continuité d'une activité identique ou similaire et la reprise des salariés occupés dans le secteur d'activité transféré.

En bref, il y aura donc en principe transfert d'entreprise dans l'hypothèse d'un transfert de biens matériels, mais sans que ce dernier ne soit une condition indispensable, si l'entité conserve son identité, c'est-à-dire que c'est la même entreprise ou partie d'entreprise ou établissement qui est continuée, de sorte que le cessionnaire doit continuer une activité identique ou du moins similaire ; finalement, un ensemble organisé de salariés qui sont spécialement et durablement affectés à une tâche commune peut, en l'absence d'autres facteurs de production, correspondre à une entité économique (cf. CJCE 10 décembre 1998, aff. C 127/96 et C 74/97 ; CJCE 10 décembre 1998, aff. C 173/96 et C 247/96 ; Cour d'appel, ordonnance du 30 septembre 2014).

En l'espèce il est acquis en cause, alors que non contesté par les parties, que :

- A a été engagée par la société anonyme S1 en date du 31 mai 2011 avec reprise de son ancienneté de service comme chauffeur-livreur auprès de la société S5 SA au10 septembre 2007,
- qu'elle travaillait auparavant pour la société S5 SA,

- que la société S5 SA a confié par convention des 20 et 21 avril 2011 à la société anonyme S1 la branche d'activité du transport d'échantillons biologiques et qu'elle s'est engagée à reprendre les salariés de S5 SA et à conserver prioritairement leur affectation au transport desdits échantillons à effectuer pour le compte de la société S5 SA,
- que les transports effectués au sein de la société anonyme S1 pour le compte de la société S5 et consistant essentiellement dans des transports de matériel biologique, étaient effectués avec des véhicules spécialement équipés sur instruction de la société S5,
- que les chauffeurs affectés à ces transports, dont A, étaient pour l'essentiel des chauffeurs en provenance de la société S5, laquelle gérait auparavant elle-même ses activités de transports.

Il résulte encore des attestations versées par la société anonyme S1 que cette dernière n'effectuait pas de transports de matériel biologique pour d'autres entreprises et que les chauffeurs étaient exclusivement et durablement affectés aux activités de transport pour la société S5, de sorte que A était exclusivement affectée aux transports à faire pour la société S5.

Il peut partant d'ores et déjà être retenu qu'au regard de l'organisation du service affecté au sein de la société anonyme S1 aux transports de la société S5, telle que décrite ci-dessus, il y a bien entité économique distincte susceptible d'être transférée en tant que partie d'entreprise.

Il résulte encore des pièces soumises à l'appréciation de la Cour que la société anonyme S1 et la société S5 ont convenu le 5 août 2014 d'un commun accord de résilier la convention les liant, aux termes de laquelle, la société S5 devait désigner un prestataire pour la reprise externe de l'activité de transport ; que les parties à la convention de résiliation anticipée se sont accordées pour considérer la reprise de l'activité par le repreneur comme un transfert d'entreprise au sens des articles L.127-1 et suivants du code du travail, que le 14 août 2014 la société S5 a informé la société anonyme S1 que le repreneur de l'activité de transport était la société S2 SA.

Suite à cette information, soit le 4 septembre 2014, la société anonyme S1 a informé huit de ses salariés, dont A, qu'elle considérait leurs contrats comme transférés auprès de la société S2 SA.

La société anonyme S1 a encore procédé aux notifications et démarches prévues par la loi afin de notifier aux personnes et entités concernées les transferts envisagés, plus spécialement transmis à la société S2 SA, le nom des salariés concernés, le montant de leur rémunération, leur ancienneté, les congés encore dus, soit toutes les données nécessaires pour la reprise des contrats de travail.

Ces données ont encore une fois, d'après l'échange de correspondances entre les trois parties durant le mois d'août, été remises à la société S2 SA qui a envisagé de contacter les salariés.

Elle a encore accompli toutes les formalités légales auprès de l'ITM et de la délégation du personnel.

La société S5 a signé avec la société S2 SA en date du 12 novembre 2014 avec effet au 1er décembre 2014 un contrat de commission de transport, qui certes n'a pas été versé en cause, mais dont l'existence résulte de l'ordonnance rendue par la présidente du tribunal du travail en date du 13 février 2015 dans une affaire sinon identique du moins similaire à la présente et opposant B à la société anonyme S1.

Pour la société anonyme S1 il y a eu transfert d'entreprise de son activité de transport de matériel biologique ainsi que de la plupart des salariés affectés à ces transports par la société S2 SA respectivement son sous-traitant la société S4.

Il résulte en effet, d'un courrier du 19 décembre 2014 émanant de l'administrateur unique de la société S2 SA, C, que la société S2 SA confirme que la prestation de transport qu'effectuait la société anonyme S1 pour la société S5 a été reprise par elle et a communiqué à un autre salarié, B, un contrat de travail indiquant comme employeur son partenaire, la société S4.

Ce courrier a son importance, de sorte qu'il y a lieu de le reproduire dans son intégralité :

« Monsieur,
Comme vous en avez été très certainement informée par la Société S1, la prestation de transport qu'effectuez la Société S1 pour S3 a été attribuée à un autre prestataire, la société S2.
Le contrat de commission de transport signé entre notre Société et notre client S3 en date du 12 novembre 2014 prévoit la reprise d'une partie de personnel de la Société S1 affectée à cette activité, soit par nous même ou soit par l'un de nos partenaires, à compter du 1er décembre 2014 sous réserve de la signature par les salariés concernés du nouveau contrat de travail proposé.
Vous faisiez ainsi partie de la liste des salariés bénéficiant de cette possibilité de reprise par le titulaire du marché ou par l'un de ses partenaires, liste communiquée par la Société S1.
Or, nous sommes sans nouvelle de votre part depuis le 1er décembre 2014.
Nous vous prions de bien vouloir trouver, ci-joint, la proposition de contrat de travail à durée indéterminée établie par notre partenaire, la Société S4.
Ce contrat de travail reprend vos précédentes conditions de travail chez S1 au niveau de votre rémunération et votre ancienneté.

Sans nouvelles de votre part sur vos intentions et passé la date du 31 décembre 2014, nous considérerons votre silence comme refus de la proposition de collaboration de travail qui vous a été faite, celle-ci ne sera donc plus valable à compter du 1er janvier 2015.
(…). »

Ce courrier renferme l'aveu de la société S2 SA relatif au transfert d'entreprise entre elle et la société anonyme S1 et la reprise d'une partie du personnel de la société S1 soit par elle-même, soit par un de ses partenaires.

Il appert encore d'un courrier émanant de la société S4, sous-traitant de la société S2 SA qu'elle a soumis en date du 27 novembre 2014 à A un contrat de travail, que cette dernière a dénoncé en date du 4 janvier 2015.

Il n'est pas non plus contesté que six des huit salariés affectés au transport de matériel biologique ont été repris par le sous-traitant de la société S2 SA pour effectuer des transports comme auparavant, soit exercé la même activité, à savoir le transport de matériel biologique pour la société S5.

Le fait que la société S2 SA, confrontée au courrier de A du 4 janvier 2015 ait, par un courrier du 8 janvier 2015, nié l'existence de tout transfert d'entreprise à son profit ne porte pas à conséquence en présence de l'ensemble des éléments de fait et de droit ci-avant listés et de la pratique, du comportement des deux sociétés cessionnaires à partir de janvier 2015 établissant la réalité du transfert d'entreprise.

Finalement, le fait que ce soit une société autre que la société S2 SA qui a engagé les 6 salariés consentants de la société anonyme S1 ne porte pas non plus à conséquence du fait que c'est bien la société S2 SA qui s'est présentée comme le cessionnaire du transfert d'entreprise dans tous les courriels échangés entre parties au mois d'août 2014 et que ce n'est que par son intermédiaire que son partenaire ou sous-traitant, la société S4, a repris les contrats en question.

Il suit de l'ensemble de ces considérations que la société anonyme S1 a non seulement prouvé que la partie essentielle des salariés affectés en son sein aux transports à effectuer pour la société S5 a conclu des contrats de travail avec le sous-traitant de la société S2 SA et a été affectée aux mêmes fonctions, mais encore que l'activité principale et essentielle consistant dans le transport de matériel biologique a été reprise par cette dernière, même si les voitures appartenant à S5 et organisées par cette dernière n'ont pas été reprises par elle.

C'est partant à bon droit que le tribunal a conclu à l'existence d'un transfert d'entreprise et à l'absence d'un licenciement oral de la salariée pour rejeter ses demandes indemnitaires.

Concernant la demande de A relative à la communication des formulaires E 301 respectivement U1 sous peine d'astreinte, c'est à bon droit et pour de justes motifs que le tribunal du travail a rejeté ces demandes.

Le jugement entrepris est partant à confirmer à tous les égards.

A réclame une indemnité de procédure de 2.000 euros pour les deux instances.

Par adoption des motifs du tribunal du travail, la demande de A pour la première instance est à rejeter.

Au vu du résultat négatif du présent recours pour A, sa demande afférente pour l'instance d'appel est également à rejeter.

La société anonyme S1 réclame une indemnité de procédure de 1.000 euros pour la première instance et de 1.500 euros pour l'instance d'appel.

Faute d'avoir établi l'iniquité requise par l'article 240 du NCPC, ces deux demandes ne sont pas fondées.

Il en va de même de la demande de la société S2 SA basée sur l'article 240 du NCPC d'un montant de 2.500 euros.

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,

ordonne la jonction de l'affaire introduite par exploit d'huissier aux fins de l'intervention forcée de la société S2 SA par A du 8 mai 2017 et l'affaire introduite par l'acte d'appel du 21 juillet 2016, pour y statuer par un seul et même arrêt,

déclare la mise en intervention forcée irrecevable,

déclare l'appel recevable,

le dit non fondé et en déboute,

confirme le jugement déféré,

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

condamne A aux frais et dépens de l'instance.

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.