Exempt - appel en matière de droit du travail.

Audience publique du treize novembre deux mille huit.

Numéro 33669 du rôle

Présents:

Edmond GERARD, président de chambre,
Charles NEU, conseiller,
Ria LUTZ, conseiller
Isabelle HIPPERT, greffier.

E n t r e :

A.) , femme de ménage, demeurant à F-(…), (…),

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice suppléant Gilles HOFFMANN, en remplacement de l'huissier de justice Carlos CALVO de Luxembourg, du 24 avril 2008,

comparant par Maître Romain ADAM, avocat à la Cour à Luxembourg,

e t :

la société anonyme X.) 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 HOFFMANN,

défaillante.

LA COUR D'APPEL:

Vu l'ordonnance de clôture de l'instruction du 7 octobre 2008.

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

Par requête adressée le 1er mars 2007 au tribunal du travail d'Esch-sur-Alzette, **A.)** a critiqué d'abusif le licenciement que son employeur, la société **X.)** S.A., lui avait notifié le 6 février 2006.

Elle demanda de déclarer la clause d'essai contenue dans le contrat de travail nulle et de nul effet et de condamner la S.A. **X.)** à lui payer une indemnité compensatoire de préavis de 2.301,77 €, une indemnité de départ de 1.689 € et une prime de qualité pour le mois de février 2006 de 227,30 €, ainsi qu'une indemnité de procédure de 1.000 €.

Par jugement du 3 juillet 2007, le tribunal du travail a, avant tout autre progrès en cause, admis l'offre de preuve testimoniale présentée par **A.)** tendant à établir, d'une part, les transferts d'entreprise successifs allégués et d'autre part, que **A.)** a effectué le travail de nettoyage entre le 24 mars 2001 et le 6 février 2006 et donc également entre le 4 novembre 2005 et le 6 février 2006 sur les mêmes lieux, selon la même méthode et la même organisation de travail.

Suite à l'exécution de cette mesure d'instruction, le tribunal du travail a, par jugement du 13 mars 2008, estimé que si la condition relative à la reprise du personnel est bien donnée en l'espèce, il n'en demeure pas moins que celle relative à la reprise du même procédé de travail et du même genre de produits fait défaut ; que le transfert d'entreprise allégué par la requérante avec reprise de son contrat de travail n'est dès lors pas établi en l'espèce, de sorte que sa demande en paiement d'une indemnité compensatoire de préavis et d'une indemnité de départ n'est pas fondée ; le tribunal du travail a refixé l'affaire pour continuation des débats à une audience ultérieure.

De cette décision, **A.)** a relevé appel par acte de l'huissier de justice suppléant Gilles HOFFMANN, en remplacement de l'huissier de justice Carlos CALVO de Luxembourg, du 24 avril 2008.

X.) S.A. n'ayant pas constitué avocat, il convient de statuer par défaut à son égard.

L'appelante conclut à la nullité de la clause d'essai de trois mois prévue dans son contrat de travail le 29 novembre 2005 avec la société **X.)** S.A.

Elle fait exposer qu'elle avait conclu un contrat de travail en date du 24 mars 2001 avec la société **SOC 1.)** S.A. en qualité d'agent d'entretien et qu'elle a été reprise en qualité de femme de charge en vertu d'un contrat de travail à durée indéterminée avec une période d'essai de trois mois conclu avec la société **SOC 2.)** s.à r.l., qui, par jugement du 4 novembre 2005, a été déclarée en état de faillite ; qu'elle a ensuite été reprise le jour même, à savoir en date du 4 novembre 2005, par la s.à r.l. **SOC 3.)** et qu'elle a finalement été engagée, suivant contrat de travail à durée indéterminée du 29 novembre 2005, par la S.A. **X.)** .

L'appelante fait valoir qu'il y a eu un transfert d'entreprise au sens de l'article L.127-2 du Code du travail entre la s.à r.l. **SOC 3.)** et **X.)** S.A. ; qu'il y a de ce fait également eu un transfert de son contrat de travail, de sorte que la clause d'essai figurant dans le contrat de travail du 29 novembre 2005 est nulle et de nul effet, conformément à l'article L.121-5(3) du code du travail, la signature du contrat de travail avec **X.)** S.A. n'ayant été que la continuation des relations de travail existantes entre les parties.

A.) demande de condamner la S.A. **X.)** à lui payer une indemnité compensatoire de préavis égale à la rémunération correspondant à la partie du préavis restant à courir, soit 1 mois et demi de salaire, d'un montant de 2.301,77 €, et à une indemnité de départ d'un mois de salaire, soit de 1.689 €.

Elle sollicite finalement une indemnité de procédure de 1.500 €.

Les faits à la base du litige et les moyens des parties, qui sont restés les mêmes en instance d'appel, ont été correctement exposés dans le jugement entrepris, auquel la Cour renvoie.

Le juge de première instance a fait une analyse exhaustive et saine de la théorie du transfert d'entreprise prévu à l'article L.127-2 du Code de travail et de ses conditions d'application, de sorte qu'il y a lieu de s'y rapporter.

C'est encore à bon escient que le tribunal a retenu que la première condition du transfert d'entreprise, à savoir la reprise du personnel, était remplie dans le cas d'espèce puisque **A.)** a, nonobstant les transferts successifs des sociétés de nettoyage, travaillé continuellement et sans interruption pendant une période de 5 années pour la même société **SOC 4.)** et au même endroit.

Cependant, contrairement à l'opinion des juges de première instance et tel que le fait plaider à bon droit l'appelante, le critère de la persistance d'un ensemble de moyens de production organisés est bien donné en l'espèce, même si les produits d'entretien et le matériel de nettoyage ayant changé lorsque l'appelante a commencé à travailler pour la société **X.)** .

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

Il en résulte, et doctrine et jurisprudence s'accordent pour dire respectivement que ce qui est déterminant pour l'application de la théorie du transfert d'entreprise c'est la survie du poste de travail, en d'autres termes, il faut que l'activité du salarié se perpétue.

La poursuite d'une activité identique ou similaire est une condition du maintien des salariés dans leur emploi, point n'est besoin de l'existence d'un lien de droit entre les employeurs successifs.

Si la Cour de Cassation française a, dans un arrêt du 12 juin 1986, subordonné l'application de la disposition de l'article 127-2 du code de travail à l'existence d'un lien de droit entre les employeurs successifs, elle est, sous l'influence de la Cour de Justice des Communautés Européennes, depuis lors revenue sur cette dernière solution et pose désormais en règle que le transfert doit avoir affecté « une entité économique dont l'identité et l'activité se perpétuent. » (Jurisclasseur Travail, Tome 4 : vo : changement d'employeur fasc. 30-80 no.8 et suivants.)

La jurisprudence est unanime pour retenir qu'il y a identité d'entreprise poursuivant son cours en cas de conclusion avec un nouveau fournisseur d'un simple contrat de service de nettoyage de locaux, peu importe que le matériel et ses fournitures aient été changées, que d'autres moyens techniques soient utilisés, dès l'instant où ils n'ont pas eu pour effet d'entraîner la disparition de l'emploi de l'intéressé.(Droit du travail : le contrat de travail de G.H Camerlynck : vo. Changement d'employeur, no. 102 et suivants).

Dès lors, si l'emploi dans lequel était occupée l'intéressée existait toujours, même si les produits et le matériel ont changé, le transfert d'entreprise est parfait.

Admettre le contraire aboutirait en effet à permettre au nouvel employeur de faire échec à l'application de la théorie du transfert d'entreprise, dès lors au principe de la stabilité de l'emploi et des garanties qui en découlent pour le salarié, en changeant simplement et uniquement les produits d'entretien ainsi que le matériel de nettoyage.

En fait, la règle de l'article 127-2 du Code de travail n'est écartée que lorsque des différences importantes dans les moyens techniques mis en oeuvre ou dans les conditions de fonctionnement du service ne permettaient pas de considérer que la même entreprise avait continué avec les mêmes emplois (Jurisclasseur Travail, T 4: Vo- Changement d'Employeur fasc. 30-80 no.54).

En l'espèce, il résulte clairement de la déposition du témoin **T1.)** qui, en raison de sa qualité d'administrateur de la société **SOC 4.)** sur le site de laquelle l'appelante travaillait seule depuis 2001 en tant qu'employée des différentes et successives entreprises de nettoyage ci- avant précitées, est le mieux placé pour apprécier la situation ; ce témoin déclare sous la foi du serment que si les produits utilisés par l'appelante dans le cadre de son travail ont dû être adaptés à la législation en vigueur dans l'industrie alimentaire, le travail ainsi que l'organisation du travail de cette dernière n'ont pas changés au courant des 5 années de service. Le témoin de conclure que c'est à la demande de la société **SOC 4.)** que le contrat de l'appelante a été reconduit par chacune des sociétés ayant été en charge des travaux de nettoyage de cette dernière.

Il suit des développements qui précèdent que même si une certaine réorganisation devenait indispensable, même si des modifications étaient apportées dans les modalités du nettoyage par des produits nouveaux ainsi que par du matériel différent, l'activité économique de la nouvelle entreprise n'a pas changé et le poste de travail de l'appelante est resté le même, de sorte que, par réformation du jugement a quo, il y a lieu de retenir qu'il y a bien eu en l'occurrence transfert d'entreprise au sens de l'article L. 127-2 du Code de travail.

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

Doit par conséquent être déclaré nul le nouveau contrat avec clause d'essai conclu avec la salariée comme la privant des garanties prévues par l'article L.127-2 et 3 du Code de Travail.

Le contrat à l'essai conclu entre les parties étant nul conformément à l'article L. 121-5(3) du même code , le licenciement intervenu le 6 février 2006 avec un délai de préavis de seulement 15 jours doit en conséquence être déclaré irrégulier en application de l'article L.124-3(2) et la demande de **A.)** en paiement de la différence, soit d'une indemnité compensatoire de préavis de 1 mois et demi de salaire, fondée quant à son principe et son quantum.

La demande de la salariée tendant au paiement d'une indemnité de départ d'un mois de salaire est encore fondée sur base de l'article L.124-7 du Code de travail alors qu'elle bénéficiait à l'expiration du délai de préavis d' une ancienneté de service de 5 années.

Eu égard à l'issue positive de l'instance d'appel pour la salariée, il paraît inéquitable de laisser à la seule charge de cette dernière les sommes exposées par

elle et non comprises dans les dépens, de sorte que la demande de **A.)** en allocation d'une indemnité de procédure est fondée et justifiée à concurrence d'un montant de 1.000 euros.

PAR CES MOTIFS :

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

Reçoit l'appel principal,

Dit l'appel principal fondé,

Réformant :

Constate qu'il y a transfert d'entreprise au sens de l'article L.127-2 du Code de travail ;

Dit que la clause d'essai contenue dans le contrat de travail du 29 novembre 2007 est nulle et de nul effet ;

Dit qu'il y a rupture irrégulière du contrat de travail par l'employeur ;

Dit les demandes de **A.)** en paiement d'une indemnité compensatoire de préavis de 2.301,77 euros et d'une indemnité de départ de 1.689,00 euros fondées ;

Condamne la société anonyme **X.)** SA à payer à **A.)** la somme de 2301,77 + 1689 = 3990,77 euros avec le intérêts légaux à partir de la demande en justice (1er mars 2007) jusqu'à solde ;

Condamne la société **X.)** SA à payer à **A.)** une indemnité de procédure de 1.000 euros sur base de l'article 240 du nouveau code de procédure civile avec distraction, quant à l'instance d'appel, au profit de Maître Romain ADAM, sur son affirmation de droit ;

Condamne la société anonyme **X.)** SA aux frais et dépens des deux instances.