Exempt - appel en matière de droit du travail.

Audience publique du dix février deux mille onze.

Numéro 35088 du rôle

Présents:

Charles NEU, premier conseiller, président,
Ria LUTZ, conseiller,
Théa HARLES-WALCH, conseiller,
Isabelle HIPPERT, greffier.

E n t r e :

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

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

appelantes aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Tom NILLES d'Esch-sur-Alzette du 24 juin 2009,

intimées sur appel incident,

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

e t :

C, demeurant à F-(…),

intimé aux fins du susdit exploit NILLES,

appelant par incident,

comparant par Maître Guy THOMAS, avocat à la Cour à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL:

Vu l'ordonnance de clôture de l'instruction du 14 octobre 2010.

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

Par requête déposée au greffe de la justice de paix d'Esch-sur-Alzette le 24 octobre 2007, C a fait convoquer 1) la s.à r.l. A (ci-après : A) et 2) la s.à r.l. B (ci-après : B) devant le tribunal du travail d'Esch-sur-Alzette à l'effet de voir déclarer irrégulier et abusif le licenciement avec préavis dont il a fait l'objet le 28 juillet 2006 et de voir condamner les parties défenderesses à lui payer la somme de 47.882,89.-euros, sous réserve d'augmentation et avec les intérêts légaux, au titre d'indemnité compensatoire de préavis, de dommage matériel et de dommage moral.

Par jugement rendu contradictoirement le 30 avril 2009, le tribunal du travail a déclaré le licenciement abusif, a dit la demande en paiement fondée à concurrence de 5.261,80.-euros au titre de l'indemnité compensatoire de préavis, de 1.000.-euros au titre du dommage moral, de 1.503,37.-euros au titre de l'indemnité de départ et de 26,24.-euros au titre de l'indemnité compensatoire de congé légal de récréation non pris, partant a condamné B et A in solidum à payer à C la somme de 7.791,41.-euros, avec les intérêts légaux sur la somme de 6.288,04.-euros à partir du 24 octobre 2007, jour du dépôt de la requête introductive d'instance, et sur la somme de 1.503,37.-euros à partir du 19 février 2009, jour de la demande.

Il a également dit la demande en paiement contre B fondée à concurrence de 1.343,85.-euros au titre de l'indemnité compensatoire de congé légal de récréation non pris; partant l'a condamnée à payer à C la somme de 1.343,85.-euros avec les intérêts légaux à partir du 24 octobre 2007, jour du dépôt de la requête introductive d'instance, jusqu'à solde.

Par exploit d'huissier du 24 juin 2009, A et B ont régulièrement interjeté appel contre ce jugement. Elles concluent, par réformation, à entendre déclarer la demande irrecevable, sinon non fondée. Elles demandent encore une indemnité de procédure de 1.000.-euros.

C interjette appel incident du jugement et conclut, par réformation, à entendre dire fondées ses demandes en indemnisation du préjudice moral pour le montant de 12.500.-euros, du préjudice matériel pour le montant de 44.797,72.-euros et au titre de l'indemnité de départ pour le montant de 2.919,05.-euros.

Il conclut pour le surplus à la confirmation du jugement entrepris et à l'allocation d'une indemnité de procédure de 1.500.-euros.

En ce qui concerne la relation des faits qui ont précédé le licenciement d'C du 28 juillet 2008, la Cour se réfère à leur exposé minutieux fait par les premiers juges.

Quant à la forclusion de la demande

Les parties appelantes réitèrent leur moyen tiré de la forclusion de la demande au motif que l'employeur a mis fin au contrat de travail du 12 mai 2006 par courrier recommandé du 28 juillet 2006, soit pendant la période d'essai, tout en ayant respecté un délai de préavis légal de 15 jours conformément à l'article L.121-5 du code du travail.

Par courrier du 21 août 2006, le syndicat OGB-L aurait contesté le licenciement au sens de l'article L.124-11 du code du travail, en affirmant expressément que celui-ci est *« contraire aux dispositions légales en vigueur »* et demandé qu'il soit annulé et que l'intimé soit repris par son employeur. Le fait que l'OGB-L ait demandé les motifs dans le même courrier n'enlèverait pas à celui-ci sa qualification de courrier de contestation au sens du code du travail.

Un nouveau délai d'action d'un an aurait ainsi commencé à courir le 22 août 2006, pour expirer le 22 août 2007 et ce serait à tort que les premiers juges ont estimé que c'est le courrier du mandataire d'C du 26 octobre 2006 qui vaut contestation faisant courir le nouveau délai d'un an.

Elles en déduisent que la requête déposée devant le tribunal du travail d'Esch-sur-Alzette le 24 octobre 2007 est irrecevable pour cause de tardiveté.

L'intimé conclut à la confirmation du jugement entrepris sur ce point.

En vertu de l'article L.124-11.(2) infine du code du travail, le délai de forclusion de trois mois accordé au salarié pour agir en justice ou pour protester contre le licenciement 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.

En l'espèce, il ressort de la lettre du 21 août 2006, que l'OGB-L tout en arguant de l'illégalité du licenciement d'C en raison du non-respect par l'employeur des dispositions légales pour le calcul de la période de préavis de son salarié, a demandé en cas de maintien de cette décision, à maintenir non seulement le salaire de ce dernier jusqu'au 31 octobre 2006, date d'expiration du délai de préavis, mais encore de lui fournir les motifs exacts du licenciement.

Par sa lettre de réponse du 25 août 2006, A a considéré que le licenciement est conforme et qu'aucun justificatif n'est nécessaire en cas de contrat à l'essai.

Par sa lettre du 26 octobre 2006, le mandataire d'C en a conclu que *« ce licenciement n'est ni régulier ni justifié »* et qu' *« il donnera lieu à une action en dommages et intérêts pour licenciement irrégulier et abusif dans l'hypothèse où un arrangement ne peut être trouvé avec vous ».*

Cette lettre de contestation dans la mesure où elle constate l'échec des pourparlers entre parties est à considérer comme lettre de réclamation au sens de l'article L.124-11 faisant courir un nouveau délai de forclusion d'un an pour agir en justice.

C'est dès lors à juste titre et pour les motifs que la Cour adopte que les premiers juges ont considéré que l'expédition de cette lettre de réclamation le 26 octobre 2006 a fait courir le nouveau délai d'un an et qu'ils en ont déduit que la requête en justice déposée le 24 octobre 2007 avait été introduite dans le délai légal.

Le moyen n'est dès lors pas fondé.

Quant à la validité de la clause d'essai

Les parties appelantes demandent la réformation du jugement de première instance en ce qu'il a déclaré nulle la clause d'essai inscrite dans le contrat de travail du 12 mai 2006.

Elles exposent que les premiers juges ont raisonné dans le sens que du fait que l'intimé a été repris par A, qui appartiendrait au même groupe de sociétés que B, il n'y aurait pas eu de changement d'employeur et dès lors la clause d'essai inscrite au contrat de travail du 12 mai 2006 serait nulle.

Il serait cependant incontestable que le contrat de travail conclu avec B a, conformément à l'article L.125-4.(3) du code du travail, automatiquement pris fin avec la décision de reclassement externe, ce qui impliquerait qu'un nouveau contrat de travail devait être conclu avec une autre société.

Elles ajoutent que pour chaque conclusion d'un nouveau contrat de travail, la loi prévoit la possibilité d'y inclure une période d'essai, sans limiter cette possibilité à la condition que la direction des deux sociétés soit assurée par des personnes distinctes. C aurait été engagé auprès de B en tant que « *charpentier-couvreur* », tandis qu'auprès de A il l'aurait été en tant qu'« *aide ramoneur* ». Il aurait travaillé dans des équipes distinctes avec d'autres travailleurs, d'autres

supérieurs hiérarchiques, auprès desquels il aurait dû légitimement faire ses preuves, ce qui aurait nécessité une période d'essai, ce d'autant plus qu'il aurait eu des problèmes de santé sérieux.

Elles en concluent que la période d'essai stipulée était valable.

L'intimé, de son côté, fait plaider que c'est pour de justes raisons que les premiers juges ont conclu à l'existence d'un groupe de sociétés, étant donné qu'il s'agit de sociétés appartenant à une même entité économique par leur complémentarité économique et sociale, l'interpénétration des activités, une direction commune et du personnel interchangeable.

Il soutient que l'interdiction édictée par l'article L.121-5.(3) du code du travail ne pouvait être écartée par la signature d'un nouveau contrat de travail entre parties.

Il ajoute qu'en tout état de cause la rupture du contrat par l'employeur est abusive alors que les motifs avancés tenant à la justification d'une période d'essai, sans autre précision apportée par l'employeur, ne seraient données, ni au vu de la nouvelle fonction occupée par le salarié, ni par le changement d'équipe au sein du groupe de sociétés.

Aux termes de l'article L.125-4.(3) du code du travail, le contrat de travail cesse de plein droit pour le salarié qui présente une incapacité d'exercer son dernier poste de travail, le jour de la notification de la décision de la commission mixte retenant un reclassement externe.

Il est constant en cause qu'C est entré le 1er février 2000 aux services de la société B s.à r.l. en qualité de charpentier avec un niveau (Q1) suivant la convention collective des métiers de la toiture et qu'il a été par la suite affecté au service d'entretien de B suivant contrat de travail du 13 juillet 2004, puis du 9 janvier 2006.

Le 12 mai 2006, il a signé un nouveau contrat de travail à durée indéterminée *« nouvel embauche »* avec A, entreprise générale de ramonage et de fumisterie, ce contrat étant assorti d'une *« période d'essai de trois mois, sous réserve que le handicap ne posera aucun problème pour l'exécution de cette affectation».*

Il est encore constant que depuis 2001, C souffrait de lombalgies chroniques avec sciatalgie gauche et que, par décision du 7 septembre 2005, la commission médicale du service des travailleurs handicapés lui a reconnu la qualité de travailleur handicapé.

Par lettre du 16 mars 2006, B par l'organe de son directeur, D, a informé le service des travailleurs handicapés qu'il lui est impossible de faire un reclassement interne d'C, l'entreprise n'ayant comme seule activité l'entretien de toitures.

Par lettre du 24 mars 2006, A par l'organe du même directeur, D, a informé le service des travailleurs handicapés qu'elle est en mesure de proposer à C un emploi d'aide ramoneur avec une période d'essai de trois mois, sous réserve que son handicap ne posera aucun problème pour l'exécution de cette nouvelle affectation.

Par décision du 4 mai 2006, la commission mixte de reclassement des travailleurs incapables à exercer leur dernier poste de travail, considérant que l'obligation de reclassement interne n'est pas opposable à B étant donné qu'elle n'occupe pas plus de 25 salariés, a annulé sa décision antérieure du 31 mars 2006 et a rendu une décision de reclassement externe d'C.

Or, ainsi que l'ont rappelé les premiers juges les indemnités compensatoires de préavis et de départ à allouer au salarié licencié sont fonction de son ancienneté, concept qui repose essentiellement sur l'idée de fidélité à l'entreprise et que, pour garantir au salarié ce droit lorsque le changement se fait au sein d'un groupe de sociétés, le groupe doit être considéré comme ne constituant qu'une entreprise unique, à moins, qu'il n'y ait rupture du contrat suivie en fait d'une interruption réelle de service.

En effet, des sociétés juridiquement distinctes, comme en l'espèce, peuvent constituer en matière de droit du travail une unité 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 avec par exemple un statut social semblable. Les deux types d'unité (sociale et économique) sont indispensables pour qu'il y ait unité économique et sociale.

C'est à juste titre que les premiers juges ont constaté sur base des éléments de la cause, notamment l'identité du siège social, l'appartenance du capital social, la similitude de l'objet social, la complémentarité des activités ainsi que la direction commune des prédites sociétés, renforcée par la volonté des parties de continuer les relations de travail, l'existence d'un groupe de sociétés appartenant à une même entité économique et sociale.

C'est encore à bon droit et pour les motifs que la Cour adopte qu'ils ont retenu que, nonobstant la décision de reclassement externe et l'existence de plusieurs entités juridiques différentes avec lesquelles C avait successivement conclu un contrat de travail, il n'y avait, en l'espèce, pas de contrats de travail

entièrement distincts, mais, au contraire, continuation du contrat précédent, C étant demeuré au service du groupe et ayant ainsi conservé son ancienneté acquise à ce titre.

C'est dès lors encore pour de justes motifs qu'ils en ont déduit que la clause d'essai inscrite dans le dernier contrat de travail du 12 mai 2006 était nulle, comme étant contraire aux dispositions de l'article L.125-1.(3) du code du travail interdisant le renouvellement de la clause d'essai.

Quant à la régularité du licenciement

Les parties appelantes concluent à entendre déclarer le licenciement régulier au motif que, pendant la période d'essai, l'employeur peut mettre fin au contrat de travail sans devoir indiquer de motif particulier.

L'intimé conclut à la confirmation du jugement entrepris en faisant valoir que le licenciement est abusif pour être intervenu lors d'une période d'essai illicite.

Le moyen d'appel n'est pas fondé.

En effet, et compte tenu de la nullité de la clause d'essai ci-avant retenu, c'est encore à juste titre que les premiers juges ont retenu que le licenciement du 28 juillet 2006 était abusif, en application des articles L.121-5.(3) et L.124-11 du code du travail, de sorte qu'il devient surabondant d'examiner si l'employeur était tenu d'indiquer un motif pour mettre fin à un période d'essai.

Quant à la réparation du préjudice

Les parties appelantes concluent au rejet de la demande de l'intimé visant la réparation des préjudices matériel et moral et de l'indemnité de préavis.

Dommage moral

C interjette appel incident et sollicite l'allocation d'une indemnité pour préjudice moral de 12.500.-euros. A l'appui de son appel, il invoque la période durant laquelle il a été au service du groupe de sociétés, son âge au moment du licenciement, les circonstances dans lesquelles le licenciement est intervenu et son anxiété quant à son avenir professionnel en raison de sa situation de travailleur handicapé dans le contexte économique actuel.

Prenant en considération une période d'emploi de 6 ans et 7 mois et la réalité des soucis qu'C a dû se faire pour son avenir professionnel compte tenu aussi de sa situation de travailleur handicapé, il y a lieu de fixer le dommage moral devant lui revenir à 2.000.-euros.

Il y a partant lieu de réformer sur ce point le jugement entrepris.

Dommage matériel

L'intimé fait plaider que les premiers juges ont omis de prendre en compte ses revenus auprès de B avant son *« reclassement »* auprès de A faisant partie du même groupe ; qu'ils auraient dû prendre en compte la moyenne des salaires de janvier, février, mars et avril 2009 pour arriver à la moyenne de 2.919,05.-euros tel que cela a été repris par le décompte versé en cause et non pas le salaire horaire de 8,69.-euros mentionné sur les fiches de salaire auprès de la deuxième société.

Ceci serait d'autant plus vrai qu'en cas de reclassement, la différence entre l'ancien et le nouveau salaire serait prise en charge par l'ADEM sous forme d'indemnité compensatoire, conformément à la loi modifiée du 25 juillet 2002 concernant l'incapacité de travail et la réinsertion professionnelle.

Il demande en outre à entendre fixer la période de référence à 30 mois, eu égard au fait que l'acte économiquement anormal de la part de son employeur l'aurait privé d'un deuxième reclassement externe et qu'au vu de son âge et de son handicap il serait condamné à rester au chômage.

En imputant sur les salaires qu'il aurait pu toucher en l'absence d'un licenciement abusif, soit 91.775,17.-euros, en tenant compte des indexations successives du montant mensuel de 2.919,05.-euros, les indemnisations par lui perçues à titre de l'allocation chômage et les indemnités journalières de maladies sur la même période d'un import total de 46.977,45.-euros, son préjudice matériel s'élèverait à 44.797,72.-euros.

Les parties appelantes s'opposent à cette demande au motif qu'C a touché auprès de A, conformément à son contrat de travail, un salaire horaire de 8,69.-euros et qu'il n'a formulé la moindre réserve au cours de la relation de travail. Elles contestent l'existence d'un dommage matériel dans son principe, au motif qu'Cne prouve pas avoir effectué une recherche active pour trouver un nouvel emploi. En ordre subsidiaire, la période de référence ne devrait pas dépasser deux mois.

Il appartient à C d'établir qu'il a subi un dommage par suite du congédiement abusif. L'indemnisation du dommage matériel d'un salarié doit être aussi complète que possible. Néanmoins, le salarié licencié doit prouver qu'il a

entrepris les démarches nécessaires pour retrouver un nouvel emploi, afin de pouvoir invoquer la relation causale entre l'éventuel préjudice matériel et le licenciement dont il a fait l'objet.

En effet, en cas de licenciement abusif seul le dommage qui se trouve en relation causale directe avec le licenciement est indemnisable, les pertes subies n'étant à prendre en considération que pour autant qu'elles se rapportent à une époque qui aurait dû raisonnablement suffire pour permettre au salarié de trouver un nouvel emploi, ce dernier étant obligé de faire tous les efforts nécessaires pour trouver un nouvel emploi (cf. Cour 17 juin 1993, no 14001 du rôle).

En l'espèce, il est constant qu'C s'est inscrit auprès de l'ASSEDIC en France et qu'il a touché de la part de cet organisme des allocations.

Indépendamment de la question de savoir dans quelle mesure C a satisfait aux conditions de la loi française pour pouvoir bénéficier de cette aide, il lui appartient d'établir concrètement les démarches actives qu'il a entreprises pour retrouver un emploi.

Or, à part un courrier d'invitation du 26 octobre 2007 à une réunion d'information émanant de Cap Emploi Moselle, C ne verse pas d'autres pièces au sujet de ses démarches actives jusqu'en février 2008. Il ne verse pas non plus de pièces relatives au suivi de son statut de travailleur handicapé.

Dans ces conditions, il n'établit pas que le dommage allégué, à le supposer établi, se trouve en relation causale avec le licenciement abusif intervenu le 28 juillet 2007.

La demande en indemnisation du chef de préjudice matériel n'est partant pas fondée et il y a lieu de confirmer sur ce point, bien que partiellement pour d'autres motifs, la décision des premiers juges.

L'indemnité compensatoire de préavis

L'intimé demande la confirmation du jugement entrepris en ce qu'il lui a alloué de ce chef un montant de 5.261,80.-euros.

Les parties appelantes contestent cette demande en son principe et en son quantum. Elles font valoir que même si le licenciement devait être déclaré abusif, l'ancienneté à prendre en considération devrait se limiter à la période acquise auprès de A.

Or, eu égard aux développements qui précèdent, c'est à bon droit et pour les motifs que la Cour adopte que les premiers juges ont fixé la période de préavis à 4 mois et qu'ils ont déclaré cette demande fondée et justifiée pour le montant de 5.261,80.-euros.

Indemnité de départ

L'intimé expose que l'indemnité en question a été correctement fixée à un mois de salaire, mais il entend voir fixer le montant du salaire à 2.919,05.-euros, correspondant au salaire moyen perçu par le salarié au sens de l'article L.124-7 du code du travail.

Les parties appelantes, au contraire, font valoir qu'au regard du contrat de travail du 12 mai 2006, l'ancienneté d'C était inférieure à cinq ans, de sorte que sa demande afférente ne serait pas fondée.

Or, eu égard aux développements qui précèdent, c'est encore à bon droit et pour les motifs que la Cour adopte que les premiers juges ont retenu une indemnité de départ correspondant à un mois de salaire.

Conformément à l'article L.124-7.(3) du code du travail, l'indemnité de départ est calculée sur la base des salaires bruts effectivement versés au salarié pour les douze derniers mois qui précèdent immédiatement celui de la notification de la résiliation.

C verse à l'appui de sa demande les fiches de salaire pour les mois de mai 2006 à août 2006 ainsi que les fiches de maladie avec leur décompte salaire de septembre 2005 à mai 2006.

La moyenne mensuelle de 2.919,05.-euros, telle qu'évaluée par C, n'ayant pas fait l'objet de critiques, il y a lieu de l'allouer et de réformer en ce sens le jugement entrepris.

Quant à l'indemnité compensatoire de congé non pris

Les parties appelantes ne contestent pas le principe même du droit du salarié au paiement d'une indemnité compensatoire de congé non pris, mais contestent en l'espèce le bien-fondé de la demande, au motif que cette indemnité aurait été versée à l'intimé, ce qui ressortirait de la fiche de salaire non-périodique du mois de mai 2006 sur laquelle figure le montant de 2.181,80 € (1.384,82.-euros pour le solde de congé + 796,98.-euros au titre d'heures de récupération).

L'intimé affirme que la fiche de paie du mois de mai 2006 ne mentionne aucun paiement au titre du solde de congés. Il demande la confirmation du jugement entrepris qui lui a alloué le montant de 1.343,85.-euros.

Conformément aux conclusions d'C, ni le décompte salaire de mai 2006 indiquant la situation des congés, ni la fiche non périodique de mai 2006 ne renseignent un paiement au titre de l'indemnité de congé non pris, de sorte qu'il y a lieu de confirmer sur ce point le jugement entrepris.

<u>Quant aux indemnités de procédure</u>

Les sociétés appelantes demandent à être déchargées de l'indemnité de procédure mise à leur charge en première instance.

Or, c'est à bon droit et pour les motifs que la Cour adopte que les premiers juges ont fait droit à cette demande pour le montant de 750.-euros.

Les parties appelantes sollicitent de leur côté une indemnité de procédure de 1.000.-euros pour l'instance d'appel.

Comme elles succombent toutefois dans leur appel, cette demande n'est pas fondée.

L'intimé demande de son côté une indemnité de procédure de 1.500.-euros pour l'instance d'appel.

Eu égard à l'issue de l'appel, il serait en effet inéquitable de laisser à sa charge l'entièreté des frais par lui exposés et non compris dans les dépens.

Eu égard à la complexité de l'affaire et des soins requis, il y a lieu de lui allouer une indemnité de procédure de 800.-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,

Reçoit les appels principal et incident,

Dit non fondé l'appel principal,

Partant, en déboute ;

Dit l'appel incident partiellement fondé ;

Par réformation :

Dit fondée la demande d'C du chef de préjudice moral pour le montant de 2.000.-euros ;

Partant, condamne la société à responsabilité limitée B s.à r.l. et la société à responsabilité limitée A s.à r.l. in solidum à payer à C la somme de 2.000.-euros au titre du dommage moral avec les intérêts légaux à partir du 24 octobre 2007, jour du dépôt de la requête introductive d'instance ;

Dit fondée la demande d'C du chef d'indemnité de départ pour le montant de 2.919,05.-euros ;

Partant, condamne la société à responsabilité limitée B s.à r.l. et la société à responsabilité limitée A s.à r.l. in solidum à payer à C la somme de 2.919,05.-euros au titre d'indemnité de départ, avec les intérêts légaux à partir du 19 février 2009, jour de la demande en justice jusqu'à solde ;

Confirme pour le surplus le jugement entrepris ;

Dit non fondée la demande des parties appelantes sur base de l'article 240 du nouveau code de procédure civile ;

Dit fondée la demande de l'intimé sur base de l'article 240 du nouveau code de procédure civile ,

Partant condamne les parties appelantes B s.à r.l. et A s.à r.l. in solidum à payer à C une indemnité de procédure de 800.-euros pour l'instance d'appel ;

Fait masse des frais et dépens des deux instances et les impose aux parties appelantes B s.à r.l. et A s.à r.l.