Exempt - appel en matière de droit du travail.

Audience publique du dix-huit avril deux mille treize.

Numéro 38577 du rôle

Présents:

Carlo HEYARD, président de chambre,
Ria LUTZ, premier conseiller,
Théa HARLES-WALCH, conseiller,
Isabelle HIPPERT, greffier.

E n t r e :

A, demeurant à F-(…),

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice suppléant Patrick MULLER du 8 mai 2012,

comparant par Maître Jean-Marie BAULER, avocat à la Cour à Luxembourg,

e t :

la société anonyme B LUXEMBOURG 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 MULLER,

comparant par Maître Jean MINDEN, avocat à la Cour à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL:

Vu l'ordonnance de clôture de l'instruction du 22 janvier 2013.

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

A a été engagée aux services de la société anonyme B Luxembourg s.a. suivant contrat de travail à durée indéterminée du 7 décembre 2001 en qualité d'hôtesse-secrétaire administrative.

Par requête du 1er décembre 2011, elle a fait convoquer son employeur devant le tribunal du travail d'Esch-sur-Alzette pour l'entendre condamner à lui payer la somme de 5.381,25 euros à titre de primes mensuelles pour la période de janvier 2009 à novembre 2011 ainsi que la somme de 750 euros à titre d'indemnité de procédure.

A l'appui de sa demande A fit exposer que suivant convention entre parties du 16 août 2007, B s'était engagée à lui payer une prime mensuelle de 150 euros à compter du 1er septembre 2007. Cette prime aurait un caractère obligatoire et ne constituerait pas une simple libéralité nonobstant les termes du contrat de travail. Elle fit valoir en ordre subsidaire que la gratification serait redue en vertu d'un usage devenu règle conventionnelle au vu de son caractère de généralité, de constance et de fixité. La gratification payée depuis septembre 2007 serait dès lors à qualifier de « complément de salaire » conformément à l'article L-221-1 du code du travail, de sorte que l'employeur n'aurait pu décider de la supprimer ou de la réduire unilatéralement sans respecter la procédure prévue à l'article L.121-7 du code du travail.

B s'opposa à la demande en faisant valoir qu'A a été engagée en qualité d'hôtesse-secrétaire administrative au siège administratif du groupe C auquel appartient B à Leudelange et que suite à sa demande écrite de mutation du 10 juin 2008 à la maison de soins D à Schifflange, elle a perdu le bénéfice de la prime mensuelle de 150 euros. Celle-ci aurait été accordée en considération de la difficulté du poste de secrétaire d'hôtesse d'accueil, aurait été personnelle et n'aurait pas consitué un élément du salaire mais un avantage lié à la discrétion de l'employeur.

Par jugement contradictoire 20 mars 2012, le tribunal du travail a dit la demande non fondée et a rejeté les demandes respectives en obtention d'une indemnité de procédure.

Pour statuer ainsi, le tribunal du travail a suivi l'argumentation d'B en ajoutant qu'en l'espèce l'employeur avait exclu expressément la possibilité que la

gratification devienne un complément du salaire, de sorte qu'il devenait surabondant d'examiner si le paiement de la prime avait pu devenir un usage constant. La gratification n'étant pas en principe une obligation pour l'employeur, celui-ci n'aurait pas non plus commis une violation de l'article L.121-3 du code du travail.

Par exploit d'huissier du 8 mai 2012, A a interjeté appel de ce jugement lui notifié le 24 mars 2012. Elle conclut par réformation à entendre faire droit à sa demande et à entendre condamner B à lui payer le montant de 6.150 euros du chef d'arriérés de primes redues pour la période de janvier 2009 à avril 2012. Elle demande encore une indemnité de procédure de 750 euros.

B conclut à la confirmation du jugement entrepris.

Par écrit du 16 août 2007, B a accordé à A une prime mensuelle brute de 150 euros à compter du 1er septembre 2007 aux motifs suivants :
« Cette prime est déterminée en considération de la difficulté du poste de secrétaire-hôtesse d'accueil pour C GROUP. Elle est personnelle et doit rester confidentielle. Elle ne constitue pas un élément du salaire mais un avantage lié à notre discrétion. Par conséquent, nous nous réservons le droit de la modifier ou de l'annuler sans préavis suivant votre évolution ».

Il est constant que le 10 juin 2008 A a fait une demande écrite de mutation à maison de soins à Schifflange.

Au soutien de son appel, A fait valoir que sa mutation n'a eu aucune incidence sur son poste de travail, alors que sa fonction serait restée la même, à savoir celle de secrétaire hôtesse d'accueil et qu'B n'apporterait pas la preuve d'une quelconque « évolution » de son poste.

B au contraire soutient que la fonction de secrétaire-hôtesse d'accueil au siège administratif du groupe C est « de toute évidence » beaucoup plus astreignante que celle au sein d'une maison de soins. A l'appui de ses dires, elle verse une attestation testimoniale de E et formule une offre de preuve par témoins.

A conclut au rejet de l'attestation testimoniale de E au motif que celle-ci étant la directrice des ressources humaines de B a un intérêt personnel particulier à l'issue de l'affaire et serait dès lors à considérer comme partie en cause. Subsidiairement, il y aurait lieu d'apprécier ses déclarations avec la plus grande circonspection alors qu'elle serait *« partisane »* de l'employeur et que son témoignage serait partial et subjectif. Il appartiendrait au juge de garantir le principe de l'égalité des armes et de veiller à ce qu'aucune des parties ne soit désavantagée par rapport aux autres. Elle demande encore une comparution pesonnelle des parties, au motif qu'elle ne

parvient pas à obtenir des attestations testimoniales de la part de ses collègues de travail qui craigneraient des représailles de la part de B.

E, directrice des ressources humaines, aux services de B n'est pas à considérer comme personne directement engagée dans le litige qui se meut entre A et B.

Le principe de l'égalité des armes implique que les parties aient des possibilités égales de présenter leurs preuves (CEDH 27 octobre 1993, Dombo Beheer BV c/ Pays-Bas, série A, no 274, Berger, no 277).

Or, A n'établit pas une impossibilité légale ou de fait de soumettre des attestations testimoniales tendant à corroborer sa version des faits. Une telle impossibilité ne résulte en effet pas de la simple allégation que ses collègues de travail refuseraient d'attester sur les faits du litige de peur de représailles de la part de leur employeur.

Il suit des considérations qui précèdent qu'il n'y a pas lieu d'écarter l'attestation testimoniale de E.

Il résulte des déclarations de E que les activités de secrétaire hôtesse d'accueil au siège de C Group Luxembourg où A était affectée depuis 2001 étaient « très différentes » de celles de la maison de soins à Schifflange où elle avait demandé sa mutation. Le témoin explique que la gestion du standard téléphonique d'un groupe qui gère quatres sociétés est difficile alors que les interruptions sont fréquentes, les intervenants successifs sont différents suivant les activités et suivant les *« positions »* (clients, fournisseurs etc) plusieurs lignes sonnent en même temps, il y a lieu de gérer les visteurs et les tâches administratives. Cette mission qui se gère en trois langues, demanderait une certaine maîtrise, une aisance relationelle en toute circonstance, une aisance téléphonique et une efficace réactivité aux différentes demandes. Elle relate encore qu'A aurait su gérer cette fonction, mais qu'au fil des années et avec le développement du groupe elle se serait trouvée régulièrement débordée et stressée.
Après avoir assuré deux remplacements en juin 2008 à la maison de soins à Schifflange, elle serait venue voir le témoin en l'informant qu'elle souhaiterait y travailler. Cela lui permettrait de retrouver un peu d'apaisement et une sérénité dans la réalisation des tâches, une seule ligne téléphonique à gérer, peu de visiteurs et une gestion administrative dans le calme et la sérénité également. Lorsqu'en 2009, l'opportunité se serait alors présentée, A aurait pu chager de poste de travail.

Il se dégage des déclarations du témoin que la demande de mutation d'A avait été motivée d'après ses propres déclarations par des considérations liées à des conditions de travail moins stressantes et à l'exécution d'une mission plus calme à la maison de soins qu'au siège du groupe, de sorte qu'il ne s'agissait pas d'un simple changement de lieu de travail. La compararaison des différentes fonctions

exercées révèle encore que les tâches d'A n'étaient pas restées « exactement » les mêmes, mais au contraire étaient devenues moins difficiles.

A n'établit dès lors pas qu'après sa mutation elle remplissait encore les conditions d'octroi de la prime attachée à l'exercice de ses fonctions antérieures.

A fait encore valoir que la prime de poste lui avait été accordée comme une augmentation de salaire avec la garantie formelle qu'elle ne serait à aucun moment supprimée ou réduite.

L'existence d'une prime découlant expressément du contrat de travail, l'employeur n'aurait dès lors pu décider de supprimer ou de réduire unilatéralement la gratification sans respecter la procédure prévue en cas de modification des conditions essentielles du contrat de travail prévue à l'article L.121-7 du code du travail.

En outre, l'employeur se serait uniquement réservé le droit de modifier ou d'annuler la prime de poste suivant l' « évolution » de son bénéficiaire, non établie en l'espèce.

Or, il résulte de l'écrit du 16 août 2007, que la prime avait été accordée en raison de la difficulté du poste de secrétaire d'accueil pour C GROUP et que l'employeur avait entendu exclure que la gratification constitue un élément du salaire obligatoire et que le paiement d'une prime de poste, même répété, puisse devenir un droit acquis pour son bénéficiaire.

L'employeur s'était encore réservé le droit de modifier ou de supprimer la prime suivant l'évolution d'A, élément qui est encore établi au vu de la mutation de celle-ci en 2009.

Il en découle que l'argumentation d'A est démentie par les éléments de la cause.

A soutient encore que le caractère de libéralité ne ressort pas expressément du courrier du 16 soût 2007, qu'elle n'avait aucunément accepté le caractère de libéralité de la prime et que, conformément à l'article L.121-3 du code du travail, elle n'aurait pu renoncer à ce qu'une prime devienne un élément du salaire.

L'article L.121-3 du code du travail prévoit qu'est nulle et de nul effet toute clause contraire aux dispositions du « présent titre » pour autant qu'elle vise à restreindre les droits du salarié ou à aggraver ses obligations.

Or, en l'espèce la suppression de la prime ne s'analyse pas en une restriction des droits du salarié étant donné qu'elle était liée à une mission particulièrement difficile exercée par elle à l'époque où elle était encore affectée au standard

téléphonique de tout le groupe, condition qu'elle ne remplit plus depuis sa mutation à la maison de soins. L'argumentation d'A tombe encore à faux, dans la mesure où la prime litigieuse n'a précisément pas constitué un élément obligatoire du salaire.

En ordre plus subsidiaire, A fait encore valoir que la gratification était devenue un complément de salaire oblgatoire du fait d'un usage constant dans l'entreprise valant engagement tacite de l'employeur si la gratification remplit les trois conditions cumulatives de généralité, de constance et de fixité. Or, en l'espèce, outre le caractère de fixité et de constance, celui de la généralité serait également donné, étant donné que toutes les hôtesses d'accueil bénéficient d'une telle prime et elle serait la seule secrétaire hôtesse d'accueil à ne pas en bénéficier.

B conteste cette affirmation au motif que, sur 12 secrétaires, une seule bénéficie d'une prime de poste liée à sa fonction. Cette prime serait justifiée par le fait que cette secrétaire est en charge de la facturation CNS et assurerait encore d'autres tâches qui ne correspondent pas à la mission « normale » d'une secrétaire, telle que la planification.

Cette affirmation contredit celle d'A qu'elle serait la seule secrétaire hôtesse d'accueil à ne plus en bénéficier.

Les conclusions de l'appelante tirées de l'existence d'un usage constant dans l'entreprise en ce que tous les salariés occupant la même fonction et ayant des qualifications et une ancienneté même plus faibles qu'elle-même bénficieraient d'une prime de poste s'avèrent dès lors encore non fondées.

Il s'ensuit et sans qu'il n'y ait lieu de procéder à une mesure d'instruction complémentaire que l'appel n'est pas fondé et qu'il y a lieu de confirmer le jugement entrepris.

A succombant dans son appel sa demande sur base de l'article 240 du NCPC n'est pas fondée.

B ne justifiant pas l'iniquité requise par l'article 240 du NCPC, sa demande ne obtention d'une indmenité de procédure n'est pas non plus fondée.

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 l'appel,

Le dit non fondé,

Partant **confirme** le jugement entrepris,

Dit non fondées les demandes respectives sur base de l'article 240 du NCPC ;

Condamne A à tous les frais et dépens de l'instance et en ordonne la distraction au profit de Maître Jean MINDEN, avocat qui la demande, affirmant en avoir fait l'avance.