

Arrêt N° 158/16 - III – TRAV

Exempt - appel en matière de droit du travail.

Audience publique du huit décembre deux mille seize.

Numéro 39761 du rôle

Composition:

Ria LUTZ, président de chambre,
Théa HARLES-WALCH, premier conseiller,
Mireille HARTMANN, premier 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 de Luxembourg du 27 mars 2013,

comparant par Maître Roland MICHEL, avocat à la Cour à Luxembourg,

e t :

la société anonyme B SA, 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 Christian JUNGERS, avocat à la Cour à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL:

Vu l'ordonnance de clôture de l'instruction du 27 septembre 2016.

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

Engagée par la société anonyme B (anciennement B1 SPA ensuite B2 SA) en date du 31 juillet 2000, A fut licenciée pour motif économique le 28 juillet 2011 moyennant le préavis légal de 6 mois prenant effet le 1^{er} août 2011 pour se terminer le 31 janvier 2012, licenciement qu'elle qualifia d'irrégulier, d'illicite et d'illégal pour être intervenu en violation de la Convention collective des employés de banques applicable en 2010 respectivement 2011, ci-après la Convention, dont les avantages lui étaient, d'après elle, acquis depuis le début de son engagement.

Par requête déposée au greffe du tribunal de travail de et à Luxembourg en date du 2 avril 2012, A réclama suite à ce licenciement irrégulier et sur base des dispositions de la Convention les montants suivants :

- ses salaires jusqu'au 31 juillet 2012, soit le montant de 3.689,05.-euros par mois et la prime de conjoncture pour juin 2012 de 3.273.-euros,
- une indemnité de préavis de 12 mois, soit le montant de 44.268,60.-euros et le treizième mois de 3.689,05.-euros,
- une indemnité de départ de trois mois, soit 11.067,15.-euros,
- un dommage moral de 5.000.-euros.

Par un jugement rendu contradictoirement le 12 février 2013 le tribunal du travail a déclaré la demande de A non fondée et l'en a déboutée.

Pour statuer comme il l'a fait, le tribunal a tout d'abord écarté le moyen tiré du libellé obscur de la requête soulevé par la société B, il a ensuite considéré, quant à l'applicabilité de la Convention de 2010 et plus particulièrement de son article 5.3. qu' « *au moment du licenciement de la requérante, la convention collective de 2010 avait été abrogée suite à l'entrée en vigueur de la convention collective ultérieure, applicable pour la période du 1^{er} janvier 2011 au 31 décembre 2013 (cf. en ce sens, J.-L.PUTZ, Luxemburgisches Arbeitsrecht, promoculture, 2006, no 43).*

*Pour autant que la requérante entend tirer des « droits acquis » du fait d'une protection contre le licenciement économique pendant deux ans, résultant de la convention collective de 2010, il y a lieu de préciser, en tout état de cause, qu'un avantage acquis correspond à un droit **déjà ouvert et non simplement éventuel**, ce qui doit se comprendre comme impliquant que le salarié réunit les conditions pour en bénéficier (cf. les jurisprudences citées par JCL, travail traité, v° convention collective, fasc.1-38, no 31)*

Ainsi, le droit à une indemnité de préavis, de licenciement ou de départ à la retraite ne constitue pas pour le salarié un avantage acquis, car il ne naît qu'au moment de la rupture du contrat (idem).

Afin d'être complet, le tribunal tient à relever que la convention collective de 2011, qui comprend une disposition similaire à l'article 5.3 de la convention collective de 2010, ne saurait non plus s'appliquer, étant donné que pendant la période couverte par cette convention collective, du 1^{er} janvier 2011 au 31 décembre 2013, la société B, anciennement B2, n'était plus un établissement bancaire.

Or, il est de principe que l'application de la convention collective dépend de l'activité de l'employeur (cf. J-L-Putz, idem, no 44).

Il s'ensuit que la requérante ne saurait tirer aucun droit de la convention collective de 2010, abrogée, ni de la convention collective de 2011, qui ne s'applique pas à la société B et à ses salariés. »

Le tribunal du travail a finalement, concernant le moyen avancé par la salariée, selon lequel l'employeur a, même après le licenciement, continué de mentionner son groupe salarial résultant de la Convention collective, sur les fiches de salaires et le fait, qu'un dénommé C a adressé à la salariée un courriel le 15 septembre 2010, d'après lequel « *les conditions relatives à la Convention collective sont toujours d'application* », décidé qu'« *au vu des contestations de la société B, la requérante reste en défaut de préciser les qualités du dénommé C, permettant d'en déduire un engagement de la société B.*

Par ailleurs, de la simple référence à un groupe de classification salarial prévu par la convention collective, dans des fiches de salaires, résultant d'après l'employeur d'une erreur matérielle du prestataire externe, ne saurait être tirée l'application volontaire, par l'employeur, d'une convention collective à laquelle il n'est pas tenu.

Il résulte de l'ensemble des développements qui précèdent que les dispositions de la convention collective du secteur bancaire ne s'appliquent pas et que la demande du chef de licenciement irrégulier n'est pas fondée. »

A a régulièrement relevé appel du susdit jugement par exploit d'huissier du 27 mars 2013.

L'appelante demande, par réformation du jugement dont appel, à voir constater que le licenciement intervenu à son égard en date du 28 juillet 2011 est irrégulier, illicite et illégal, partant

- à voir condamner l'intimée à lui payer l'intégralité de ses salaires et ce jusqu'au 14 juillet 2012 inclus, à raison de 3.689,05 € par mois, indice 737,83, adaptée à

l'indice tel qu'il sert à l'adaptation des traitements et salaires et suivant décompte annexé, avec les intérêts légaux à partir du 2 avril 2012, date de la requête et ce jusqu'à solde ;

- une indemnité compensatoire de préavis de douze mois indexée, avec les intérêts légaux à partir du 2 avril 2012, date de la requête et ce jusqu'à solde ;

- une indemnité de départ de deux mensualités indexée, avec les intérêts de retard à partir du 2 avril 2012, date de la requête et ce jusqu'à solde ;

- une indemnité compensatoire pour jours de congé non pris à hauteur de 48,85 jours de congé pendant la période allant du 1^{er} février 2012 au 14 juillet 2013 indexée, avec les intérêts légaux à partir du 2 avril 2012, date de la requête et ce jusqu'à solde ;

- le prorata du 13^e mois pour la période allant du 1^{er} février 2012 au 14 juillet 2013 indexé, avec les intérêts légaux à partir du 2 avril 2012, date de la requête et ce jusqu'à solde ;

- les primes de conjoncture pour les années 2012 et 2013, avec les intérêts de retard à partir du 2 avril 2012, date de la requête et ce jusqu'à solde ;

- un dommage moral chiffré à 5.000 € du chef de préjudice moral et matériel avec les intérêts légaux à partir du jugement, et ce jusqu'à solde.

Elle réclame encore une indemnité de procédure de 2.500 euros pour la première instance, ainsi que la somme de 3.500 euros sur base de l'article 240 du NCPC pour l'instance d'appel.

I) QUANT AUX FAITS ET RETROACTES

Les parties s'accordent sur la relation suivante des faits, circonstances et rétroactes :

A a été engagée par B1 SPA, succursale de Luxembourg par contrat de travail à durée déterminée de six mois avec effet au 31 juillet 2000 et ayant expiré en date du 31 janvier 2001. Les parties ont ensuite conclu un contrat de travail à durée indéterminée avec effet au 1^{er} février 2001.

Le contrat de travail de A a été par la suite transféré de la B1 SPA à la société anonyme B2 SA en date du 24 juin 2005 et ceci avec une reprise d'ancienneté.

En raison de la situation économique très difficile de B2 SA, le Conseil d'administration de B2 SA a proposé en 2009, sans préjudice quant à la date exacte, une restructuration sous forme de scission de B2 SA par transfert d'une partie de son patrimoine, sans dissolution, à une société nouvellement constituée sous forme d'une société anonyme de droit luxembourgeois et portant la dénomination de « Banque D SA », établie et ayant son siège social à L-(...).

Ce projet de scission a été publié au Mémorial le 16 novembre 2009 et modifié le 4 mai 2010.

En date du 22 juin 2010, l'assemblée générale des actionnaires de B2 SA a approuvé le projet de scission tel que publié au Mémorial le 16 novembre 2009 et avec effet au 1^{er} juillet 2010.

Par l'effet de cette restructuration, B2 SA a été scindée en deux ; d'une part, B2 SA qui n'a pas été dissoute, mais qui a changé de dénomination sociale à partir du 1^{er} juillet 2010 en B3 SA, puis en B SA à partir du 12 octobre 2010 et d'autre part, la nouvelle société BANQUE D SA.

Dans le cadre de ce transfert de l'activité bancaire préalablement exercée par B2 SA vers D SA, B2 SA a abandonné son statut d'établissement de crédit au sens de la loi du 5 avril 1993.

En contrepartie, BANQUE D SA a obtenu l'agrément comme établissement bancaire. Du fait du transfert d'entreprise que le transfert d'activité a engendré, tous les salariés liés à l'activité bancaire transférée ont quitté B2 SA et intégré BANQUE D SA, à l'exception des salariés nommément visés dans le projet de scission comme ne faisant pas partie de l'activité transférée. Parmi ces salariés, qui sont restés chez B2 SA, figure A.

Il résulte de ce qui précède que B2 SA a cessé d'être un établissement de crédit au sens de la loi du 5 avril 1993 sur le secteur financier depuis le 1^{er} juillet 2010.

L'activité qui est restée chez B SA se limitait au traitement et à la clôture des dossiers contentieux en cours au moment de la scission, activité alors répartie sur les quelques salariés qui n'ont pas été transférés, dont A.

Cette activité s'étant progressivement réduite au fil du temps par la clôture des dossiers contentieux et après un congé parental durant lequel les tâches effectuées par A ont été réparties sur les autres salariés (une des quatre salariées restantes, E, ayant également été en congé parental), la partie défenderesse a finalement procédé au licenciement de A en date du 28 juillet 2011, ceci pour motifs économiques (suppression du poste de travail suite à une diminution progressive en termes de volume de travail).

A a demandé les motifs du licenciement par courrier recommandé du 1^{er} août 2011, motifs qui lui ont été communiqués par courrier recommandé du 2 septembre 2011.

Le conseil de A a finalement adressé un courrier à la société B SA, invoquant notamment l'irrégularité et l'illicéité du licenciement intervenu, au motif que la période de protection prévue à l'article 5.3 de la Convention collective des employés de banque n'aurait pas été respectée.

II) QUANT AUX MOYENS SOULEVÉS PAR LES PARTIES

A) Quant à l'exception du libellé obscur

B SA soulève in limine litis la nullité, respectivement l'irrecevabilité de l'acte d'appel en raison de son libellé obscur, au motif que l'appelante a conclu dans son acte d'appel « à voir constater que le licenciement intervenu par lettre recommandée en date du 28 juillet 2011 est irrégulier, illicite et illégal » sans pour autant préciser sa demande, de sorte qu'elle ne serait pas en mesure de préparer utilement sa défense, dès lors qu'elle ignore à quoi tend exactement la demande de A.

Conformément à l'article 585, ensemble l'article 154 du Nouveau code de procédure civile, l'acte d'appel doit contenir, à peine de nullité, un objet et un exposé sommaire des moyens assez précis pour ne pas désorganiser la défense de l'adversaire.

Il appartient au juge d'apprécier souverainement si un libellé donné est suffisamment précis et explicite.

En relatant dans son acte d'appel dans un premier temps, de manière circonstanciée, les faits et rétroactes de l'affaire, tout en soutenant ensuite que le licenciement prononcé à son encontre en date du 28 juillet 2011 contrevient à l'article 5.3 de la Convention collective de travail des employés de banque, article qui prévoit une protection de deux années contre les licenciements pour motifs économiques, sauf accord de la délégation du personnel, qui n'était pas donné en l'espèce, en précisant que les conditions d'ouverture de l'article 5.3 de la Convention, plus précisément une modification dans la situation juridique de la société employeuse, sont remplies, en indiquant encore qu'au moment de la scission de la société employeuse la Convention devait partant s'appliquer, de sorte qu'elle n'aurait pas dû être licenciée, sauf à rendre ce licenciement irrégulier et abusif, pour ensuite détailler les demandes indemnitaires réclamées par elle par rapport à la Convention, l'appelante a suffi aux exigences des articles 585 et 154 du NCPC, dès lors que l'objet de la demande est énoncé de façon claire et précise et que le libellé de l'acte d'appel est partant suffisamment précis pour permettre à l'intimée de choisir les moyens de défense appropriés, ce qu'elle n'a par ailleurs pas manqué de faire.

Le moyen de nullité de l'acte d'appel est partant à rejeter.

B) Quant au fond :

A maintient que la Convention collective de 2010 ou de 2011 lui est applicable, partant que son licenciement pour motif économique intervenu le 28 juillet 2011 est contraire à l'article 5.3 de la prédite Convention selon lequel : « *S'il survient une modification de la situation juridique de l'employeur notamment par succession, vente, fusion, transformation de fonds, mise en société, tous les contrats de travail en cours au jour de la modification subsistent entre le nouvel employeur et le personnel des entreprises concernées conformément avec les articles L.127-1 et suivants du Code du travail.*

Au cours des deux premières années à partir de cette modification, aucune résiliation pour cause de réorganisation ou de rationalisation, ni aucune modification du contrat de travail au sens des dispositions de l'article L.127-1 du Code du travail ne peuvent intervenir en défaveur du salarié, sauf accord de la délégation du personnel. »

Elle soutient en premier lieu qu'en vertu de cette disposition de la Convention, elle était protégée contre un licenciement économique pendant une période de 2 ans, qu'au moment de la scission de la société B2, son employeur initial, en deux entités juridiques distinctes, scission opérant également le changement dans la situation juridique de son employeur, qui a non seulement changé à deux reprises sa dénomination sociale, mais encore perdu son statut juridique d'institut bancaire, la Convention s'appliquait, de sorte que la société B n'était pas en droit de la licencier pendant une période de deux ans.

Elle prétend en effet qu'au moment de la scission du 1^{er} juillet 2010 et du changement du statut juridique de la société B2, les conditions pour bénéficier non seulement de la protection contre un licenciement économique prévue à l'article 5.3 de la convention, mais encore de tous les avantages financiers y prévus étaient réunies, à savoir :

- la modification de la situation juridique de l'entreprise, le changement de dénomination sociale et d'objet social de la société B et l'abandon du statut juridique de banque,
- un licenciement pour motif économique,
- licenciement prononcé endéans la protection de deux années, soit le 28 juillet 2011, sans autorisation de la délégation du personnel.

Elle soutient ensuite, que même après les opérations de restructuration et l'abandon du statut bancaire, le maintien des conditions favorables de la Convention lui a été confirmé à plusieurs reprises par le simple fait que le contrat de travail et les conditions de travail y stipulées avec tous les accessoires découlant de la Convention, n'ont jamais été modifiées par la société B.

Elle prétend qu'au contraire, son contrat de travail, qui n'a pas été modifié après la scission, mentionnait toujours que pour tous les points non traités dans le contrat, les parties se réfèrent aux dispositions légales et à la Convention, de sorte que les anciennes conditions de travail ont toujours continué à s'appliquer, telles que le doublement du délai de préavis, le paiement des primes de conjoncture, le 13^{ème} mois, l'indemnité de départ prolongée en cas de licenciement économique, l'employeur n'ayant en effet à aucun moment manifesté son intention de lui retirer ces avantages.

Elle fait valoir finalement, que l'application des conditions de la Convention collective résulte encore de plusieurs documents, tels que :

- ses fiches de salaires des mois d'octobre, novembre et décembre 2011, sur lesquelles figure toujours son appartenance au groupe de la Convention collective,
- le paiement de la prime de conjoncture en juin 2011, telle que prévue par la Convention,
- le courriel du 12 juillet 2010 de C, confirmant le maintien des avantages de la Convention, courriel adressé à F, CEO de la société B,
- le courriel du 12 juillet 2010 du même C adressé à A,

avec la considération qu'il résulte des pièces du dossier, ainsi que des attestations testimoniales rédigées par les témoins M. G et E. H, que C était le responsable des ressources humaines de la société B, que non seulement C, mais encore M. I étaient en charge des questions du personnel avant le 1^{er} juillet 2010, ensemble la société J auprès de B2 SA.

Elle conteste par contre que ce fut F qui aurait été en charge des questions du personnel, comme le prétend la société B SA.

Subsidiairement, elle se prévaut de la théorie du mandat apparent pour conclure que la salariée de bonne foi pouvait légitimement croire que C et M. G avaient les pouvoirs de lui confirmer le bénéfice des avantages découlant de la Convention.

L'intimée, la société B, conclut quant à elle à la confirmation du jugement déféré dans son intégralité par adoption de ses motifs.

Elle demande partant :

- à titre principal de dire que les dispositions de la Convention collective du secteur bancaire ne s'appliquent pas au contrat de travail de A, partant
- de déclarer irrecevables, sinon non fondées et partant de rejeter les demandes de A en paiement de ses salaires jusqu'au 14 juillet 2012, d'une indemnité de départ équivalent à deux mois de salaire, d'une indemnité

compensatoire pour jours de congé non pris à hauteur de 48,85 jours de congé, du prorata du 13^e mois pour la période allant du 1^{er} février 2012 au 14 juillet 2013, des primes de conjoncture pour les années 2012 et 2013, d'une indemnité pour préjudice moral à hauteur de 5.000 €,

- à titre subsidiaire, si la Cour devait juger que la Convention collective trouve application à la relation de travail entre parties - quod non -, de dire que les conditions pour l'application de l'article 5.3 de la convention collective ne sont pas remplies et partant de déclarer la demande de la partie appelante tendant à se voir octroyer le bénéfice de la protection prévue à l'article 5.3 de la Convention collective irrecevable,
- à titre plus subsidiaire, si la Cour devait déclarer applicable aussi bien la Convention collective dans son ensemble, que l'article 5.3 de la Convention collective au cas d'espèce - quod non -, de déclarer irrecevable, sinon non fondée et partant de rejeter la demande de la partie appelante tendant à se voir octroyer une indemnité de rupture équivalant aux salaires à payer jusqu'à la fin de la durée de protection de deux ans,
- de dire que dans l'hypothèse de l'application de la Convention collective, le préavis a valablement débuté le 1^{er} août 2011 et de limiter l'indemnité compensatoire de préavis à six mois supplémentaires, de façon à ce que le préavis aurait expiré en date du 31 juillet 2012, d'allouer un prorata de 13^e mois afin de couvrir la période du 1^{er} février 2012 au 31 juillet 2012 et d'allouer une indemnité pour congé non pris limitée à cette même période,
- de déclarer irrecevable, sinon non fondée et partant de rejeter la demande de la partie appelante tendant à se voir octroyer la prime de conjoncture pour les années 2012 et 2013.

Elle réclame finalement une indemnité de procédure de 2.000 euros pour l'instance d'appel.

Pour l'intimée, B2, actuellement B SA, a abandonné son statut de banque dans le cadre de la restructuration dès le 1^{er} juillet 2010, de sorte que B SA n'était plus membre de l'ABBL, signataire de la convention collective depuis cette date et ne lui était en conséquence plus applicable.

B SA reconnaît, qu'après le 1^{er} juillet 2010, certains avantages isolés de la Convention ont été accordés à A, tels que les congés, la prime de conjoncture 2011, sans que pour autant la Convention ne s'applique dans sa globalité à la salariée et plus particulièrement l'article 5.3 litigieux.

Elle conteste encore que les sieurs F. C et I se soient occupés de la gestion des ressources humaines de B SA après le 1^{er} juillet 2010 et aient eu le pouvoir de l'engager en indiquant dans un courriel que les avantages de la convention seraient maintenus et que l'ancien contrat de travail restait valable.

D'après B SA, la mission de gérer le personnel a été reprise après la restructuration par F, administrateur délégué, en collaboration avec la société J.

A titre subsidiaire, dans l'hypothèse où la Convention trouverait à s'appliquer, la société B SA conteste que les conditions d'ouverture pour la protection contre le licenciement économique prévue à l'article 5.3 de la Convention aient été réunies, dans la mesure où l'employeur de A est resté le même après la restructuration et qu'elle n'a pas fait l'objet d'un transfert d'entreprise vers le repreneur de l'activité bancaire, la banque D SA.

Elle conteste également que le changement de son objet social et l'abandon du statut de banque ainsi que le changement de sa dénomination sociale doivent être assimilés à une restructuration au sens de l'article 5.3 de la Convention, qu'à la différence des salariés transférés vers la banque D SA, qui ont bénéficié de la protection de l'article 5.3 de la Convention, suite à la restructuration intervenue avec effet au 1er juillet 2010, les salariés restés auprès de B SA n'ont subi aucun changement d'entreprise.

Elle est encore d'avis que l'article 5.3 de la Convention n'est pas une disposition équivoque sujette à interprétation, comme le prétend l'appelante.

A titre encore plus subsidiaire et concernant les montants réclamés par l'appelante, qui sont tous contestés dans leurs principe et quantum, elle conteste que le licenciement intervenu en violation de l'article 5.3 de la Convention puisse donner lieu à plus que des dommages et intérêts, ce d'autant plus que la salariée n'a pas contesté le bien-fondé du licenciement économique.

B SA prend encore des conclusions par rapport aux revendications financières de la salariée, qui seront analysées ultérieurement.

III) Quant aux questions litigieuses

Dans la mesure où l'objet de la demande de A est double et porte non seulement sur l'application de la protection contre le licenciement pour motifs économiques prévue à l'article 5.3 de la Convention au moment du licenciement, mais encore sur l'application des autres avantages de la Convention, comme notamment la double durée du préavis, pendant la durée des relations de travail et notamment au moment du licenciement, il y a lieu de cerner les trois problèmes litigieux entre parties à savoir :

- déterminer si les Conventions collectives des employés de banque 2010 et 2011 s'appliquent,
- dans l'affirmative, de vérifier si les conditions de l'article 5.3 de la Convention sont remplies, plus particulièrement si au moment de la scission et de l'abandon du

statut bancaire en date du 1^{er} juillet 2010, une modification dans la situation juridique de l'employeur au sens du prédit article a eu lieu,
- finalement, dans la négative, d'analyser si, même après l'abandon du statut bancaire par B SA, la relation de travail entre la salariée et l'employeur restait gouvernée par les conditions favorables de la Convention.

En bref, deux problèmes à résoudre séparément s'imposent, soit d'une part l'application de la convention collective à la relation de travail et l'application de l'article 5.3 de la Convention au moment de la scission de la société B2.

Quant à l'applicabilité des Conventions collectives des années 2010 et 2011 entre parties, c'est de façon judicieuse que le tribunal du travail a décidé que la salariée ne saurait tirer aucun droit des Conventions collectives litigieuses, alors qu'au moment de son licenciement, la Convention collective de 2010 avait été abrogée suite à l'entrée en vigueur de la Convention collective ultérieure, applicable pour la période du 1^{er} janvier 2011 au 31 décembre 2013 et que pendant la période couverte par la Convention de 2011, soit du 1^{er} janvier 2011 au 31 décembre 2013, Convention qui comprend une disposition similaire à celle de l'article 5.3 de la Convention collective de 2010, la société B, anciennement B2, n'était plus un établissement bancaire, condition cependant déterminante pour l'application de la Convention collective qui dépend de l'activité de l'employeur.

Le jugement déféré est partant à confirmer sur ce point.

Se pose alors la question de savoir si, à défaut d'application aux parties en cause des Conventions collectives en tant que telles, les avantages y prévus et dont A se prévaut actuellement, n'ont pas été conventionnellement maintenus à la salariée.

A cet égard, il y a lieu de se référer au contrat de travail de la salariée, qui contient au point 13 une mention expresse de la teneur suivante : « *pour tous les points non traités dans le présent contrat, les parties se réfèrent aux dispositions légales en vigueur au GRAND-DUCHE DE LUXEMBOURG et de la convention collective de travail des employés de banque ou règlements internes de l'employeur* ».

Il y a partant lieu d'en déduire que la société B, qui reconnaît ne pas avoir modifié ni amendé le contrat de travail de A, ni après la scission de la société B2, ni après la perte par elle de son statut d'établissement bancaire et dans la mesure où les conventions légalement formées font la loi entre parties et doivent être exécutées de bonne foi, que l'employeur a, sur une base volontaire, décidé de faire conventionnellement bénéficier l'appelante des dispositions plus avantageuses de ladite convention, que celles de droit commun.

En présence de cette disposition contractuelle expresse rendant les avantages de la Convention collective applicables aux parties, l'employeur ne pouvait d'ailleurs pas les retirer sans mettre en œuvre la procédure prévue par l'article L.121-7 alinéa 1

du code du travail, selon lequel toute modification en défaveur du salarié portant sur une clause essentielle du contrat de travail doit être, sous peine de nullité, notifiée par l'employeur au salarié dans les formes et délais prévus par la loi en matière de résiliation du contrat de travail avec préavis et indiquer la date à laquelle elle sort ses effets.

L'application volontaire des avantages découlant de la Convention collective est encore corroborée par les pièces versées en cause, à savoir d'une part par le courriel de C, daté du 12 juillet 2010, soit 12 jours après la scission de la B2, en réponse à un courriel d'une des salariées ayant été choisie pour rester auprès de la société B, M. K et qui s'inquiétait de son devenir professionnel, en lui demandant si les salariés auraient toujours droit aux avantages de la Convention.

En effet ce dernier lui répond « *vous gardez tous les mêmes avantages* » et il poursuit « *je viens d'appeler Mr. F et je lui ai confirmé qu'il ne fallait pas faire de nouveau contrat* ».

B SA conteste que C ait eu la qualité et le pouvoir de l'engager à l'égard des salariés après la scission.

Or, cette contestation relative à la qualité et au pouvoir de C pour engager la société B à l'égard de ses salariés, qui constitue un problème interne à la société B n'est pas en tant que tel opposable à une salariée de bonne foi, qui doit légitimement pouvoir se fier aux messages lui envoyés par la personne de référence au sein du service du personnel, avec laquelle elle était, comme il ressort de l'ensemble des courriels versés en cause, constamment en contact.

A cet égard, la Cour constate encore que les responsables de la société B, notamment son représentant F, n'ont jamais communiqué avec les salariés de B2, ni ne les ont informés sur le sort réservé à leur situation au sein de la société, ni avant, ni pendant, ni après la scission du 1^{er} juillet 2010, ni même après la perte par la société B de son statut de banque, de sorte que les salariés étaient bien obligés de se tourner vers C, qui était le responsable des ressources humaines auprès de B2 et leur interlocuteur au moment des opérations de scission.

La qualité de responsable des ressources humaines, partant de responsable de la gestion du personnel et de tous les problèmes en découlant, encore postérieurement au 1^{er} juillet 2010, de C, « Head of Accounting & Management Secretary Department » résulte encore des dépositions des témoins G et H, tous les deux au service de B2 au moment de la scission et encore par après.

Il suit des considérations qui précèdent et en l'absence d'une réaction de la part de F, administrateur délégué de B SA, suite au courriel lui adressé le 12 juillet 2010 par F. C concernant les contrats des salariés restés auprès de la société B, cette

dernière est malvenue de dénier à C la qualité et le pouvoir pour l'engager envers les salariés.

Il ressort encore des fiches de salaire des mois d'octobre, novembre, décembre 2011 et janvier 2012, que A y figurait toujours sous le groupe G3/0 de la Convention collective de 2010.

A ce titre, la société B explique qu'elle a oublié d'informer la société J, qui était censée s'occuper de sa comptabilité, dont les fiches de salaires des salariés, que sa situation juridique avait changé et que dès lors la Convention collective ne lui était plus applicable, de sorte que la mention du groupe de la convention collective insérée dans les fiches de salaires de A constituait, d'après elle, une simple erreur matérielle.

La fiche de salaire lie l'employeur comme émanant de lui ; elle constitue une preuve qui lui est opposable et elle vaut non seulement reconnaissance des montants y indiqués, mais également des mentions y figurant, de sorte que les mentions contenues dans une fiche de salaire font foi contre l'employeur, qui n'est pas autorisé à en rapporter la preuve contraire par voie testimoniale.

Il en résulte que la société B est malvenue de faire état d'une erreur matérielle, laquelle laisse par ailleurs d'être prouvée, pour dénier à A le bénéfice du groupe G3/0 de la convention collective aux dates indiquées.

Il résulte des mêmes fiches de salaires que A s'est vue allouer la prime de conjoncture pour l'année 2011 qui est prévue par la Convention collective et que les congés étaient calculés en fonction de cette dernière.

A cet effet, la société B explique, qu'elle a été d'accord de concéder aux salariés, après la scission, certains avantages de façon isolée, mais non de les faire bénéficier de la Convention collective dans sa globalité.

Dans la mesure où le contrat de travail qui lie les parties fait une référence générale à la Convention collective dans son ensemble, sans distinguer quelles dispositions sont applicables et lesquelles ne le sont pas, l'employeur n'avait pas le droit d'allouer aux salariés certains avantages, en l'occurrence les moins onéreux et de leur refuser les plus contraignants financièrement pour elle, sauf à soumettre les salariés à l'arbitraire de l'employeur.

Il suit de l'ensemble des considérations qui précèdent, que A bénéficiait, au moment de son licenciement, non seulement de la protection prévue à l'article 5.3 de la Convention, mais encore de l'ensemble des dispositions plus favorables de la Convention collective de 2010.

Il n'y a en conséquence plus lieu de prendre en considération les différentes attestations testimoniales versées au débat, dont celle de E, dans la mesure où les éléments précités qui viennent d'être analysés ont suffi à faire la preuve des différents points contestés par B SA.

Reste à vérifier si les conditions d'ouverture de l'article 5.3 de la Convention collective étaient remplies en l'espèce.

L'article 5.3 de la Convention stipule :

« S'il survient une modification de la situation juridique de l'employeur notamment par succession, vente, fusion, transformation de fonds, mise en société, tous les contrats de travail en cours au jour de la modification subsistent entre le nouvel employeur et le personnel des entreprises concernées conformément avec les articles L.127-1 et suivants du Code du travail.

Au cours des deux premières années à partir de cette modification, aucune résiliation pour cause de réorganisation ou de rationalisation, ni aucune modification du contrat de travail au sens des dispositions de l'article L.127-1 du Code du travail ne peuvent intervenir en défaveur du salarié, sauf accord de la délégation du personnel. »

En l'espèce, l'employeur de A, B2, a subi deux modifications de sa situation juridique, la première consistant dans la scission intervenue en date du 1er juillet 2010, et la seconde, lorsqu'elle a perdu le statut juridique de banque, de sorte que la condition première pour rendre applicable la disposition protectrice contre le licenciement économique pendant une durée de deux années est remplie.

Contrairement à l'argumentation de la société B SA, qui prétend que les salariés qui sont restés auprès d'elle après la scission, n'ont pas changé d'employeur, le contraire peut être constaté dans la mesure où les salariés concernés qui étaient tous originellement engagés par une banque, B2, se sont retrouvés après la scission auprès d'une société dénommée B SA, qui n'avait plus le statut d'établissement bancaire, et dont l'activité était toute autre que bancaire, partant un nouvel employeur.

Il en résulte que la protection contre le licenciement économique prévue à l'article 5.3 de la Convention devait jouer à l'égard de A.

IV) Quant à l'indemnisation.

Dans la mesure où les montants réclamés par A varient d'un corps de conclusions à l'autre, que le décompte annoncé dans les conclusions notifiées le 7 mars 2016 n'a

pas été versé, la Cour prendra en considération uniquement les montants indiqués dans les dernières conclusions notifiées le 31 août 2016.

A réclame à titre liminaire le paiement des salaires jusqu'au 14 juillet 2012 inclus, à raison de 3.689,05 euros indice 737,83 par mois, soit la somme de 17.733,38 euros.

Pour justifier cette demande, elle explique que l'employeur, qui ne pouvait la licencier régulièrement qu'après la période de protection de deux ans, soit au plus tôt le 1^{er} juillet 2012, avec un préavis qui ne pouvait dès lors débiter que le 15 juillet 2012, serait actuellement tenu de lui verser les salaires correspondant à cette période, ce qui est contesté par l'employeur, qui soutient que A ne pourrait, tout au plus, que se voir allouer des dommages et intérêts.

Le raisonnement préconisé par A ne peut être suivi par la Cour.

En effet, d'après l'article L.124-12 du code du travail *« la juridiction du travail condamne l'employeur à verser au salarié des dommages et intérêts compte tenu du dommage subi par lui du fait de son licenciement, lorsqu'elle juge qu'il y a usage abusif du droit de résilier le contrat à durée indéterminée »*.

Il est constant que le licenciement qui est intervenu en période de protection est abusif.

Il s'ensuit que la salariée abusivement licenciée ne peut, suite à son licenciement abusif, que prétendre à la réparation de ses préjudices matériel et moral et non pas à se voir indemniser selon les conditions d'application de l'article 5.3 de la Convention collective.

En effet, seul le dommage matériel certain subi par l'appelante est indemnisable. Celui réclamé sur base de l'article 5.3 de la Convention n'est pas certain, mais seulement hypothétique, dans la mesure où la protection dudit article 5.3 n'est pas absolue (cf. article 5.3 in fine, interdiction de licencier pour cause économique, sauf accord de la délégation du personnel), de sorte que le contrat de travail de A aurait donc pu prendre fin avant l'échéance des deux années qui ont suivi la scission.

La demande afférente de A en paiement des salaires est partant à déclarer non-fondée.

Concernant la réparation et la fixation du préjudice matériel subi par la salariée, il y a donc lieu de prendre en considération uniquement la perte de salaires normalement subie par elle pendant une période de référence, qui est considérée comme suffisante pour lui permettre de retrouver un emploi similaire.

Il résulte des pièces soumises à l'appréciation de la Cour, que la salariée a retrouvé un emploi le 15 juillet 2012, qu'elle a jusqu'à cette date suivi des formations de langue anglaise et en informatique, qu'elle a fait les efforts nécessaires pour trouver cet emploi, qu'elle a touché les indemnités de chômage du Pôle emploi après la période de préavis, de sorte qu'au vu de ces circonstances, la période de référence est à fixer à 6 mois à partir du 1^{er} septembre 2011, date à laquelle elle a été dispensée de travailler par son employeur.

Comme A a touché pendant la prédite période de référence de 6 mois l'intégralité de ses salaires, elle n'a pas subi de préjudice matériel en relation causale directe avec son licenciement, de sorte que sa demande en réparation du préjudice matériel est à déclarer non fondée.

Le dommage moral relatif à l'atteinte portée à la dignité de la salariée par ce licenciement abusif et aux soucis qu'elle a dû se faire quant à son avenir professionnel, peut, compte tenu des circonstances du dossier, notamment au vu, d'une part, du licenciement intervenu en période de protection et, d'autre part, de l'ancienneté de service de presque 11 ans et 5 mois de la salariée, être indemnisé de façon adéquate par le montant de 5.000 euros.

Se prévalant des dispositions plus favorables de la Convention collective, plus particulièrement de l'article 5.2 de la Convention de 2010, A réclame encore une indemnité compensatoire de préavis de 12 mois, ainsi qu'une indemnité de départ d'une mensualité, compte tenu de son ancienneté de plus de 8 ans, ces demandes étant contestées tant en leur principe qu'en leurs montants par la société B SA.

Aux termes du prédit article « *en cas de rationalisation, de réorganisation, de cessation d'activité, les délais de préavis légaux sont portés, à l'égard du salarié à...12 mois pour une ancienneté de service de plus de 10 ans et l'indemnité de départ est portée à deux mensualités après 8 années de service* ».

En l'espèce, A a été licenciée pour motif économique, plus précisément en raison d'une rationalisation, le 28 juillet 2011, moyennant le préavis légal de 6 mois ayant débuté le 1^{er} août 2011, pour se terminer le 31 janvier 2012.

A la fin de la période de préavis, soit le 31 janvier 2012, la salariée, engagée le 31 juillet 2000 et non comme indiqué dans la lettre de licenciement le 1^{er} février 2001, comptabilisait partant une période d'ancienneté de 11 ans et 5 mois.

Il s'ensuit que sa demande en paiement d'une indemnité de préavis supplémentaire de 6 mois est fondée, dès lors qu'elle a déjà bénéficié du préavis légal de 6 mois, soit pour la somme de $6 \times 3.781,24 \text{ euros} = 22.687,44 \text{ euros}$.

La demande en paiement d'une indemnité de départ supplémentaire d'une mensualité est également fondée sur base de l'article 5.2 de la Convention, soit pour le montant réclamé de 3.781,24 euros.

Les demandes de A en paiement d'une indemnité compensatoire de congé non pris pour la période allant du 1^{er} février 2012 au 14 juillet 2013, en paiement du prorata du treizième mois pour la même période, ainsi que des primes de conjonctures pour les années 2012 et 2013, sont à rejeter, alors qu'elles portent sur une période où la relation de travail entre parties avait irrévocablement et définitivement cessé, soit à la fin du délai de préavis légal de six mois, le 31 janvier 2012.

A réclame finalement une indemnité de procédure de 2.500 euros pour la première instance et de 3.500 euros pour l'instance d'appel

La société B SA réclame une indemnité de procédure de 2.000 euros pour l'instance d'appel.

La partie qui succombe ne peut se prévaloir des dispositions de l'article 240 du NCPC, de sorte que la demande de la société B est à rejeter.

Au vu du résultat positif pour A du présent recours, il ne paraît pas inéquitable de lui allouer, par réformation du jugement dont appel, une indemnité de procédure de 1.000 euros et pour l'instance d'appel une indemnité de procédure de 2.000 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,

déclare l'appel recevable,

le déclare partiellement fondé,

réformant :

- dit que l'article 5.3 de la Convention collective des employés de banque 2010, ainsi que les dispositions plus avantageuses (art. 5.2. de la

Convention) que celles du contrat de travail s'appliquent conventionnellement aux parties,

- partant dit que le licenciement économique intervenu le 28 juillet 2011 est abusif,
- dit la demande en paiement d'une indemnité de préavis de six mois fondée pour un montant de 22.687,44 euros,
- dit la demande en paiement d'une indemnité de départ fondée pour une mensualité de 3.781,24 euros,
- dit la demande en paiement de dommages et intérêts pour le préjudice moral subi fondée pour un montant de 5.000 euros,
- partant condamne B SA à payer à A la somme de 31.468,68 euros avec les intérêts légaux à partir du jour de la demande en justice jusqu'à solde,
- dit la demande en paiement de dommages-intérêts pour le préjudice matériel non fondée,

condamne la société B SA à payer à A une indemnité de procédure de 1.000 euros pour la première instance,

confirme le jugement déferé pour le surplus,

condamne la société B SA à payer à A une indemnité de procédure de 2.000 euros pour l'instance d'appel,

rejette la demande de la société B SA basée sur l'article 240 du NCPC,

condamne la société B SA aux frais et dépens de l'instance avec distraction au profit de Maître Roland MICHEL qui la demande affirmant en avoir fait l'avance.

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