

Arrêt N°26/18 - III – TRAV

Exempt - appel en matière de droit du travail.

Audience publique du quinze mars deux mille dix-huit.

Numéro 44384 du rôle

Composition:

Ria LUTZ, présidente de chambre,
Théa HARLES-WALCH, premier conseiller,
Mireille HARTMANN, premier conseiller,
Isabelle HIPPERT, greffier.

Entre :

A, demeurant à F-(...),

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Martine LISÉ du 7 décembre 2016,

intimée sur appel incident,

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

et :

la société anonyme S1 S.A., établie et ayant son siège social à L-(...), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

intimée aux fins du susdit exploit LISÉ,

appelante par incident,

comparant par la société en commandite simple KLEYR GRASSO s.e.c.s., inscrite sur la liste V du tableau de l'Ordre des avocats du barreau de Luxembourg, établie et ayant son siège social à L-2763 Luxembourg, 31-33, rue Sainte Zithe, en l'étude de laquelle domicile est élu, représentée aux fins de la présente instance par Maître Nicolas CHELY, avocat à la Cour à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL:

Vu l'ordonnance de clôture de l'instruction du 6 février 2018.

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

Par requête déposée au greffe du tribunal du travail de Luxembourg le 22 avril 2015, A, au service de la société anonyme S2 S.A. depuis le 23 août 1991 en tant qu'aide-ménagère au site « H » à X, ensuite de la société S1 S.A., réclama à cette dernière suite au transfert d'entreprise de la société S2 S.A. vers la société S1 S.A. le 1^{er} juin 2011, le montant de 18.357,25 euros avec les intérêts tels que de droit, montant correspondant à des majorations pour travail le dimanche (70%) des suppléments pour les jours de congés (0,7704/heure) et pour les jours de maladie (0,8046/heure) pour les années 2011 à 2014.

La salariée fit exposer avoir bénéficié de ces majorations pendant toute la durée de son engagement auprès de la société S2 S.A., qu'à partir du 1^{er} juin 2011, la gestion, l'activité et le personnel de l'établissement « H » ont été repris par le groupe S3 qui, par un courrier du 8 novembre 2011 s'est empressé d'informer le personnel de l'entité « H » que désormais il serait « *soumis à la convention HORECA, celle-ci ne prévoyant cependant aucun supplément pour travail le dimanche ou de jours fériés* ». L'employeur a également invoqué l'article L.127-3 § 3 du Code du travail pour justifier la fin des majorations et suppléments accordés au personnel de l'établissement « H » du temps de la gestion par la société S2 S.A..

La société S1 S.A. souleva la prescription, ainsi que le libellé obscur de cette demande et fit exposer avoir repris la gestion de l'établissement « H » en date du 1^{er} juin 2011 ; que les salariés auraient été informés par un courrier du 8 novembre 2011 que suite à la reprise, ils se trouveraient désormais soumis à la convention collective HORECA ; que A aurait travaillé pendant plus de trois ans sous les conditions de cette convention HORECA et aurait été rémunérée en application de celle-ci, de sorte qu'elle aurait accepté ces nouvelles conditions de travail.

Elle soutint encore que si A avait estimé que des suppléments lui étaient dus et impayés par son nouvel employeur, celle-ci aurait dû agir judiciairement plus tôt et elle aurait dû, en application des dispositions de l'article L. 127-4 (2) du Code du travail, résilier son contrat si elle considérait que, du fait du transfert, une modification substantielle des conditions de travail à son détriment avait eu lieu.

Or, n'ayant jamais posé la moindre réclamation, ni fait usage de son droit de résiliation tel que décrit ci-dessus, son comportement serait à analyser comme une renonciation aux prétendus suppléments.

Elle contesta également que les suppléments réclamés aient été applicables au sein de la société S2 S.A. et aient été payés en application d'une convention collective précédemment applicable au sein de ladite société, de sorte qu'il n'y aurait aucune créance certaine, liquide et exigible.

Pour la société S1 S.A., se basant sur les dispositions de l'article L. 127-3 (3) du Code de travail, A devrait préalablement démontrer qu'avant le transfert de l'entreprise, une convention collective de laquelle résulteraient les prétendus suppléments, était applicable au sein de l'entreprise du cédant pour que celle-ci soit opposable au cessionnaire.

Or, tel ne serait pas le cas en l'espèce. Il ne serait pas démontré quelle convention collective était applicable dans l'entreprise du cédant. Dans ces conditions, tous les développements de la partie adverse relatifs au transfert des avantages acquis par une précédente convention collective seraient à rejeter pour défaut de pertinence.

À titre subsidiaire, la société S1 S.A. précisa que pour autant qu'il serait jugé qu'une convention collective existait auparavant au sein de l'entreprise du cédant et accordait les suppléments actuellement réclamés et que la nouvelle convention HORECA, dont elle relèverait, ne serait pas applicable, la convention collective du cédant ne pourrait produire ses effets que pendant une durée d'un an à compter de l'expiration de la précédente convention collective. Celle-ci pourrait être considérée comme résiliée par le courrier du 8 novembre 2011 de l'employeur informant la salariée que la convention collective HORECA venait à s'appliquer. Dès lors, des avantages ne pourraient être réclamés que jusqu'au 8 février 2012.

Par un jugement rendu contradictoirement le 20 octobre 2016, le tribunal du travail a déclaré la demande de A non fondée.

Pour statuer comme il l'a fait, le tribunal a constaté que ni le contrat de travail de A signé avec la société S2 S.A. ni la convention de transfert du 26 mai 2011 ne parlent de ces avantages, qu'aucune convention collective applicable avant le transfert d'entreprise n'est versée, que cependant un courrier du 14 mars 2012 d'une société S4 établirait que les anciens salariés de la société S2 S.A. bénéficiaient de ces avantages qui figureraient encore sur certaines fiches de salaire, de sorte que le nouvel employeur aurait dû les reprendre.

Le tribunal a ensuite relevé que ce dernier ne l'a pas fait. Au contraire, il a indiqué aux salariés repris qu'il appliquerait la convention collective HORECA qui ne prévoit pas ces avantages et il a par-là modifié le contrat de travail de la salariée dans un sens moins favorable sans respecter la procédure prévue par l'article L.121-7 du code du travail.

Comme la salariée n'a pas protesté dans un délai raisonnable contre cette modification, elle a acquiescé à l'application des dispositions légales moins favorables prévues dans le domaine de l'hôtellerie et de la restauration.

A a régulièrement interjeté appel du susdit jugement par exploit d'huissier du 7 décembre 2016.

L'appelante conclut à la réformation du jugement déféré.

Elle maintient l'ensemble de ses moyens de première instance, à savoir, que le personnel de l'établissement « H » de la société S2 S.A. bénéficiait des suppléments réclamés, qu'il y a bien eu transfert d'entreprise au sens de l'article L.127-2 du code du travail entre la société S2 S.A. et la société S1 S.A., de sorte que les conditions de travail et « la convention collective » ont été transférées au nouvel employeur, que cette « convention collective » n'a pas été dénoncée par le nouvel employeur qui n'a pas non plus modifié régulièrement les conditions de travail et qu'elle n'a jamais renoncé à ces suppléments de salaires alors qu'elle a protesté à plusieurs reprises.

L'intimée conclut à la confirmation du jugement entrepris.

Elle soulève le moyen tiré de la prescription des demandes de la salariée sur base de l'article 2277 du code civil et maintient également ses arguments de première instance.

Chacune des parties réclame une indemnité de procédure sur base de l'article 240 du NCPC.

L'intimée soulève la prescription triennale de la demande de A sur base de l'article 2277 du code civil.

D'après l'article précité « *Se prescrivent par trois ans les actions en paiement des rémunérations de toute nature dues au salarié. (...)* ».

Il en suit que les demandes antérieures de plus de trois ans au dépôt, le 22 avril 2015, de la requête introductive d'instance sont prescrites.

Ensuite et quant au fond, la Cour renvoie concernant les faits et circonstances de la présente affaire à la relation correcte et exhaustive faite par le tribunal du travail et les parties pour la faire sienne dans son intégralité.

Il échet de rappeler que la salariée revendique à son profit les avantages dont elle prétend avoir bénéficié auprès de la société S2 S.A. et qui d'après elle ont été transférés à la société S1 S.A., à savoir :

- une majoration de 70% pour le travail du dimanche,
 - une majoration de 100% pour le travail des jours fériés.
 - une majoration de 25% pour le travail de nuit effectué entre 22h00 et 6h00,
 - un congé conventionnel supplémentaire de 4 jours par an,
- demande qui reste contestée par l'intimée dans son principe et montant.

La salariée prétend avoir acquis ces avantages en vertu d'une « convention collective » qu'elle n'identifie pas autrement.

Or, la seule convention collective qui aurait pu s'appliquer à la société S2 S.A. dont l'activité était la restauration et l'hôtellerie, aurait le cas échéant pu être la convention collective applicable à ce secteur, à savoir la convention HORECA, laquelle ne prévoit cependant pas les avantages dont la salariée revendique le paiement.

En présence des contestations de l'employeur quant à l'application d'une convention collective au cédant avant le transfert d'entreprise et en l'absence de preuve rapportée par la salariée à cet égard, l'ensemble des développements faits par les parties à ce sujet sont à rejeter pour ne pas être pertinents.

En revanche, il résulte des pièces soumises à l'appréciation de la Cour, notamment de la convention signée entre d'une part, la société S2 S.A. et d'autre part, la société S1 S.A. en date du 26 mai 2011, que les susdites sociétés ont voulu opérer un transfert d'entreprise au sens de l'article L.127-3 du code du travail par laquelle la société S1 S.A. s'est engagée à reprendre, non seulement l'activité, mais encore les salariés de la société S2 S.A., partant les droits et obligations incombant à la société S2 S.A..

La susdite convention précise en effet en son article 1er alinéa 2 « *Le Personnel ainsi que tous les obligations et engagements liés aux contrats de travail conclus avec le Personnel seront par conséquent repris par le Futur Exploitant à la date d'effet de la présente Convention, telle que définie à l'article 7 de la présente Convention (ci-après la « Date de prise d'effet »)* »,

ainsi que dans son article 2 sous « modalités de reprise du personnel » :

« En conformité avec l'article L.127-3 du code du travail, l'intégralité des droits et obligations qui résultent pour l'Actuel Exploitant des contrats de travail conclus avec le personnel en vigueur à la date de prise d'effet seront transférés et devront être maintenus par le Futur Exploitant.

En application de l'article L.127-3(2) du code du travail l'Actuel Exploitant notifie par l'annexe 2 de la présente Convention les droits et obligations relatifs au

Personnel, à jour du 26 mai 2011 pour le 31 mai 2011 (prévisionnel), au Futur Exploitant.

Le Futur Exploitant s'engage dès lors à reprendre et à prendre en charge l'intégralité des engagements et obligations liés au Personnel à compter de la Date de prise d'effet.

Par conséquent, le Futur Exploitant tiendra l'Actuel Exploitant quitte et indemne de tous responsabilités, engagements ou autres obligations de quelque nature que ce soit liés au Personnel à compter de la Date de prise d'effet. »

Il y est même précisé à l'article 8 que « *la présente convention vaut notification au sens de l'article L.127-3(2) du code du travail* ».

D'après l'article L.127-3 du code du travail :

« (1) Les droits et 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.

Au sens du premier alinéa, sont considérés comme relations de travail, notamment, les contrats de mission tels que définis par le titre III du présent livre et existant à la date du transfert.

Le cédant et le cessionnaire sont, après la date du transfert, responsables solidairement des obligations venues à échéance avant la date du transfert à la suite d'un contrat de travail ou d'une relation de travail existant à la date du transfert.

Le cédant est tenu de rembourser les montants acquittés par le cessionnaire en application de l'alinéa précédent, sauf s'il a été tenu compte de la charge résultant de ces obligations dans une convention entre cédant et cessionnaire.

(2) Le cédant doit notifier en temps utile au cessionnaire tous les droits et obligations qui lui sont transférés en vertu du présent article, dans la mesure où ces droits et obligations sont connus ou devraient être connus du cédant au moment du transfert.

Copie de cette notification doit être adressée à l'Inspection du travail et des mines.

Le fait que le cédant omet de notifier au cessionnaire l'un ou l'autre de ces droits ou obligations n'a pas d'incidence sur le transfert de ce droit ou de cette obligation ni sur les droits des salariés à l'encontre du cessionnaire ou du cédant en ce qui concerne ce droit ou cette obligation.

(3) Après le transfert, le cessionnaire maintient les conditions de travail convenues par une convention collective dans la même mesure que celle-ci les a prévues pour le cédant, jusqu'à la date de la résiliation ou de l'expiration de la convention collective ou de l'entrée en vigueur ou de l'application d'une autre convention collective. »

Il en découle que le cessionnaire, en l'occurrence la société S1 S.A., est en principe tenu des obligations et avantages dont les salariés avaient bénéficié auprès du cédant, la société S2 S.A..

Or, tandis que la salariée se prévaut d'avantages acquis auprès de la société S2 S.A. tels qu'énumérés ci-devant, la société S1 S.A. persiste à en contester l'existence, motif pour lequel elle n'en a pas fait bénéficier la salariée après la reprise le 1^{er} juin 2011.

En cas de contestations comme en l'espèce, il incombe à celui qui réclame l'exécution d'une obligation de la prouver, partant à la salariée de prouver l'existence des avantages dont elle sollicite le paiement.

Il est un fait que ni le contrat de travail de la salariée, ni son avenant consécutif, ni la convention de cession de mai 2011 conclu entre la société S2 S.A. et l'intimée ne fait état des avantages sollicités.

Il résulte en revanche d'un courrier du département des Ressources Humaines de la société S4 du 14 mars 2012 adressé à la déléguée du personnel auprès de la société S2 S.A., la dame B, épouse C suite à sa demande afférente que :

« Madame B,

Par la présente, nous vous certifions que les salariés de la S2 S.A., Hôtel H, avaient droit à un congé de récréation annuel de 25 jours et d'un congé conventionnel supplémentaire de 4 jours par an (cf. organisation du temps de travail en annexe).

Par ailleurs, les salariés de la S2 S.A. avaient droit aux suppléments suivants :

- Travail du dimanche (majoration 70 %)*
- Travail des jours fériés (majoration 100 %)*
- Travail de nuit (entre 22.00 et 6.00 heures) (majoration 25 %).*

Dans la convention conclue entre la S2 S.A. et la S1 S.A. relative à la reprise de l'Hôtel H, les parties se sont engagées à respecter les dispositions légales en matière de transfert d'entreprise, notamment l'article L.127-3 du code du travail.

(...). »

Il n'a pas été contesté que la prédite société S4 SA était en charge de la gestion centralisée des oeuvres de la C, notamment de sa comptabilité, partant de la gestion de la société S2 S.A. et qu'elle était en tant que telle la mieux placée pour confirmer l'existence au sein de la société S2 S.A. des avantages litigieux.

Le contenu de ce courrier, donc de la réalité des avantages revendiqués par la salariée est finalement confirmée par la fiche de salaires de décembre 2010 à mai 2011 de A qui reprennent ces avantages.

En présence de ces fiches de salaire et du courrier de la société S4, la société S1 S.A. est malvenue d'en contester la réalité, ce d'autant plus qu'il est encore improbable qu'elle n'ait pas eu, comme elle l'affirme, connaissance des fiches de salaires des salariés de la société S2 S.A. alors qu'elle s'est vu remettre lors de la

reprise des activités de cette dernière, l'ensemble des pièces concernant la situation des salariés au service de la société S2 S.A..

Il suit des considérations qui précèdent que la société S1 S.A. était partant légalement tenu de maintenir ses avantages suite à la reprise de l'activité et des salariés de la société S2 S.A..

Ne l'ayant pas fait, elle a, comme l'a à juste titre retenu le tribunal du travail, opéré une modification d'une clause essentielle du contrat de travail de A en sa défaveur au sens de l'article L.121-7 du code du travail, modification qui n'est cependant pas intervenue dans les formes prévues par la loi.

En effet aux termes de l'article L.121-7 du code du travail :

« Toute modification en défaveur du salarié portant sur une clause essentielle du contrat de travail doit, sous peine de nullité, être notifiée au salarié dans les formes et délais visés aux articles L. 124-2 et L. 124-3 et indiquer la date à laquelle elle sort ses effets. Dans ce cas, le salarié peut demander à l'employeur les motifs de la modification et l'employeur est tenu d'énoncer ces motifs dans les formes et délais prévus à l'article L. 124-5.

La modification immédiate pour motif grave doit être notifiée au salarié, sous peine de nullité, dans les formes et délais prévus aux articles L. 124-2 et L. 124-10.

La résiliation du contrat de travail découlant du refus du salarié d'accepter la modification lui notifiée constitue un licenciement susceptible du recours judiciaire visé à l'article L. 124-11 ».

La portée de l'article L.121-7 du code du travail est double en ce sens qu'il confère au salarié deux possibilités de réagir à une modification d'une clause essentielle en sa défaveur.

Si la modification est notifiée dans les conditions et formes de la loi, le salarié peut refuser cette modification. Son refus vaut résiliation du contrat de travail et la résiliation est considérée comme licenciement, donc comme rupture imputable à l'employeur. Dans ce cas le salarié peut agir en justice du chef de licenciement abusif.

Au cas où la modification n'est pas notifiée dans les conditions et formes de la loi, le salarié peut agir en nullité de la modification.

L'action qui tend à l'annulation de la modification n'est pas soumise à la condition de la démission du salarié.

Au contraire, le recours qui lui est conféré tend à la continuation des relations de travail aux mêmes conditions.

Or, A n'a ni démissionné, ni intenté une action en nullité contre cette modification, mais elle a, au contraire, continué à travailler pendant trois ans sous les nouvelles conditions de travail.

A prétend cependant avoir protesté à plusieurs reprises pendant les trois années qui ont suivi la reprise intervenue en mai 2011 contre la révision de son contrat de travail.

S'il résulte des pièces versées, notamment des courriers signés par l'ensemble du personnel de la société S2 S.A. des 10 octobre 2011, 19 mars 2012, adressés au directeur du groupe S3, E, que la salariée ainsi que le syndicat Alimentation et Hôtellerie par sa lettre du 22 février 2014, ont protesté contre le non-paiement par la société S1 S.A. de ces avantages suite au transfert, force est de constater que ces courriers de protestations ne sont pas suffisants en tant que tels, puisque la loi impose au salarié soit d'agir en nullité soit de refuser la révision et donc de démissionner suite à la modification de ses conditions de travail.

Finalement, la salariée verse une requête en référé déposée en date du 9 juillet 2014 par laquelle elle revendiquait par provision, le paiement des avantages litigieux.

Or, si la loi n'impose aucun délai particulier endéans lequel un salarié est tenu de réagir respectivement d'agir contre la modification de son contrat de travail qui lui porte préjudice, il faut admettre que l'action de la salariée se fasse cependant dans un délai raisonnable, sous peine de forclusion et non seulement, comme en l'espèce, quatre années après le transfert d'entreprise.

Admettre le contraire, permettrait au salarié de laisser son employeur dans une insécurité juridique encore des années après la reprise.

Il en résulte que la salariée qui reste travailler plusieurs années auprès du nouvel employeur est supposée avoir maintenu son contrat aux nouvelles conditions et est censée avoir accepté la modification de son contrat de travail.

Le jugement est partant à confirmer en ce qu'il a décidé, pour rejeter la demande comme non fondée, « *qu'à défaut d'avoir agi en nullité contre la modification du contrat dans un délai raisonnable, il faut admettre que A a implicitement accepté l'application, moins favorable, des dispositions légales prévues dans le domaine de l'hôtellerie et de la restauration* ».

A réclame une indemnité de procédure de 750 euros pour la première instance et de 1.500 euros pour l'instance d'appel.

La société S1 S.A. relève appel incident de la décision de première instance l'ayant déboutée de sa demande sur base de l'article 240 du NCPC et réclame une indemnité de 1.500 euros pour la première instance.

Elle réclame également une indemnité de procédure de 1.500 euros pour l'instance d'appel.

Le jugement est à confirmer, par adoption de ses motifs, en ce qu'il a rejeté les demandes basées sur l'article 240 du NCPC.

N'établissant pas l'iniquité prévue par l'article 240 du NCPC, les demandes afférentes des parties pour l'instance d'appel sont à rejeter.

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 les appels principal et incident recevables,

dit l'appel principal non fondé,

dit l'appel incident partiellement fondé,

dit la demande de A prescrite pour autant qu'elle porte sur des arriérés de salaires antérieurs au 22 avril 2012,

confirme le jugement entrepris pour le surplus,

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

condamne A aux frais et dépens des deux instances avec distraction au profit de Maître Nicolas CHELY qui affirme 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.