Arrêt N° 40/19 - III – TRAV

Exempt - appel en matière de droit du travail.

Audience publique du vingt-huit mars deux mille dix-neuf.

Numéro CAL-2018-00558 du rôle

Composition:

Ria LUTZ, présidente de chambre,
Marie-Laure MEYER, premier conseiller,
Carole KERSCHEN, conseiller,
Isabelle HIPPERT, greffier.

Entre :

A, demeurant à F-(…),

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Yves TAPELLA d'Esch-sur-Alzette du 12 avril 2018,

comparant par Maître Sandrine LENERT-KINN, avocat à la Cour à Luxembourg,

et :

la société à responsabilité limitée S1 s.à r.l., établie et ayant son siège social à L-(…), représentée par son gérant actuellement en fonctions,

intimée aux fins du susdit exploit TAPELLA,

comparant par Maître Régis SANTINI, avocat à la Cour à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL:

Vu l'ordonnance de clôture de l'instruction du 8 janvier 2019.

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

Par requête déposée en date du 25 avril 2016 au greffe de la justice de paix de et à Esch-sur-Alzette, A a fait convoquer son ancien employeur, la société S1 sàrl, devant le tribunal du travail aux fins de le voir condamner à lui payer le montant de 1.599 euros brut, correspondant à 75% de la gratification de l'année 2015 (du 1er avril au 31 décembre 2015), sinon tout autre montant à décider par le tribunal ou à dires d'expert, avec les intérêts légaux, tels que de droit, à partir de la mise en demeure du syndicat OGBL du 2 février 2016, sinon à partir de la demande en justice, jusqu'à solde.

Elle réclamait encore la condamnation de la société S1 sàrl à lui remettre le certificat de rémunération de l'année 2015 sous peine d'une astreinte de 150 euros par jour de retard.

Finalement, A réclamait une indemnité de procédure de 700 euros et l'exécution provisoire de la décision à intervenir.

A l'appui de sa demande, A faisait exposer qu'elle avait été aux services de la société anonyme S2 SA depuis le 1er août 1998 en qualité de secrétaire, sans qu'un contrat de travail n'ait été signé entre parties et qu'à partir du 1er avril 2015, la société S2 SA avait été transférée à la société S1 sàrl et qu'il avait été convenu que cette dernière reprenait les contrats de travail de tous les employés et ouvriers de la société S2 SA avec effet au 1er avril 2015.

Elle faisait grief à la société S1 sàrl de ne pas lui avoir payé son treizième mois pour la période du 1er avril 2015 au 31 décembre 2015 et elle réclamait de ce chef 75% de 2.132 euros, soit 1.599 euros bruts. Elle rappelait que le treizième mois se trouvait établi par un usage constant alors qu'elle l'avait touché dès son engagement. Afin d'établir l'usage invoqué, elle versait les fiches de salaires des mois de décembre des années 1999 à 2014 inclus, ainsi que sa fiche de salaires du mois de mars 2015.

Elle demandait à voir écarter les dispositions du contrat de travail signé en date du 31 mars 2015, dans le cadre du transfert d'entreprise, alors qu'en vertu de l'article L.127-3 du code du travail, les droits et obligations découlant de l'ancien contrat de travail étaient automatiquement transférés au nouvel employeur ; or, en prévoyant dans l'article 2.2 du contrat de travail que toute gratification avait pour l'employeur

un caractère discrétionnaire, le nouveau contrat serait contraire à la convention entre parties telle que reprise par l'effet du transfert d'entreprise.

La société S1 sàrl invoqua au contraire les dispositions de l'article 2.2 du contrat de travail signé entre parties pour affirmer que la gratification était laissée à l'appréciation discrétionnaire de l'employeur.

Elle contesta encore tout usage en l'absence de critère de fixité de la gratification, dès lors en l'absence de détermination du montant de la gratification à allouer et mit en exergue les variations importantes dans les montants des gratifications qui avaient pu être allouées par la société S2 SA avant le transfert d'entreprise.

Elle fit valoir que suite au transfert d'entreprise, ses relations avec la salariée s'étaient continuellement dégradées. Ainsi, A aurait été en arrêt de maladie depuis le mois de juillet 2015 et ce jusqu'à sa démission. Elle estimait dès lors que le caractère méritoire générateur de la prime ne serait pas donné en l'espèce.

Par jugement rendu contradictoirement en date du 8 mars 2018, le tribunal du travail d'Esch-sur-Alzette, a :

- reçu la demande en la pure forme et l'a déclaré recevable;
- déclaré non fondée la demande de A en paiement d'une gratification pour les mois d'avril 2015 à décembre 2015 et en a débouté;
- dit fondée la demande de A en remise d'un certificat de rémunération pour 2015;
- condamné la société S1 sàrl à remettre à A le certificat de rémunération pour 2015 sous peine d'une astreinte de 25 euros par jour de retard;
- dit que cette astreinte cessera de produire ses effets au-delà du montant de 500 euros;
- déclaré non fondée la demande de A en paiement d'une indemnité de procédure et en a débouté;
- laissé les frais et dépens de l'instance pour moitié à charge de A et pour moitié à charge de la société S1 sàrl.

Pour statuer ainsi, le tribunal a d'abord retenu que faute d'un contrat de travail écrit conclu avec la société S2 SA, le principe de la gratification n'avait pas été fixé conventionnellement ; que l'article 2.2 du contrat de travail signé en date du 31 mars 2015, applicable à partir du 1er avril 2015, stipulait que l'attribution de primes, gratifications et autres avantages sera liée à la situation financière de l'entreprise et/ou aux prestations de travail du salarié ; que ces avantages seront toujours considérés comme des prestations purement volontaires de l'employeur et ne sauraient devenir obligatoires au sens d'un droit acquis. Le tribunal a de même constaté que les montants des gratifications touchées entre 1999 et 2015 variaient. Au vu de ces éléments, le tribunal a conclu que la requérante n'avait pas établi que

la gratification remplissait le caractère de fixité nécessaire d'après la jurisprudence pour pouvoir constituer un usage constant et qu'elle n'avait donc également pas établi le bien-fondé de ses prétentions au paiement d'une gratification pour les mois d'avril à décembre 2015 de sorte qu'elle a été déboutée de sa demande.

La demande en remise du certificat de rémunération pour l'année 2015 a été déclarée fondée en application des dispositions des articles 8 et suivants du règlement grand-ducal du 27 décembre 1974 concernant la procédure de la retenue d'impôt sur les salaires et les pensions. Comme l'employeur n'avait pas établi qu'il avait fait tenir à A le certificat réclamé, il a été condamné, sous astreinte, à ce faire.

Par exploit d'huissier de justice du 12 avril 2018, A a régulièrement relevé appel limité de ce jugement qui lui avait été notifié en date du 16 mars 2018.

L'appelante conclut, par réformation du jugement, à la condamnation de la société S1 sàrl à lui payer la somme de 1.599 euros bruts, du chef de gratification pour la période du 1er avril 2015 au 31 décembre 2015, avec les intérêts légaux, à partir de la mise en demeure du 2 février 2016, sinon à partir de la demande en justice, jusqu'à solde.

Elle réclame encore une indemnité de procédure de 700 euros pour la première instance et de 1.500 euros pour l'instance d'appel.

A l'appui de son appel, A, qui rappelle les faits tels qu'exposés en première instance, fait valoir qu'elle a depuis le début de la relation de travail perçu une gratification ; que celle-ci découlerait d'un usage donnant lieu à un droit acquis. Elle fait grief au tribunal d'avoir retenu qu'en raison du caractère variable des montants lui alloués, il serait impossible de déterminer les modalités de calcul de ces paiements.

L'appelante affirme que la gratification remplit le caractère de fixité nécessaire d'après la jurisprudence pour pouvoir constituer un avantage constant.

Elle donne à considérer que les gratifications des années 2002, 2003, 2004, 2005, 2006 et 2009 n'ont jamais été inférieures au salaire du mois de décembre de l'année en question et que depuis l'année 2010, le montant brut de la gratification serait le même que le salaire du mois de décembre de l'année correspondante, de sorte que de 2010 à 2014 le mode de calcul de la prime serait établi.

Dans ses dernières conclusions, A soutient qu'il y a eu transfert d'entreprise au sens de l'article L.127-3 du code du travail, de sorte que l'employeur aurait à tort, antérieurement au transfert d'entreprise qui s'est opéré le 1er avril 2015, fait signer à la salariée un contrat de travail en date du 31 mars 2015. Elle en déduit que l'article 2.2 du contrat de travail doit être purement et simplement écarté, tout

comme le contrat de travail, pour être contraires aux dispositions légales plus favorables au salarié.

La partie intimée conclut à la confirmation pure et simple du jugement du 8 mars 2018. Elle explique que les parties ont conclu un contrat de travail en date du 31 mars 2015, que dès le mois d'août 2015 A *« s'est mise en maladie »* et a démissionné en date du 10 juin 2016 après qu'elle fût informée le 11 mai 2016 par la CNS que le médecin de contrôle l'avait déclarée apte, en date du même jour, à reprendre le travail à partir du 12 mai 2016.

La société S1 sàrl souligne que la salariée n'a presté ses services auprès d'elle que durant quatre mois en 2015.

En droit, l'intimée invoque l'article 2.2 du contrat de travail selon lequel l'attribution d'une prime et/ou gratification est laissée à l'appréciation de l'employeur ; elle rappelle qu'il n'existait pas de mode de calcul de la prime (dont les montants étaient variables) et que la prime dépendait du caractère méritoire du salarié. Finalement, elle conclut qu'au vu du manque d'implication de A, elle n'aurait pas estimé opportun de lui allouer une gratification pour l'année 2015.

L'intimée réclame une indemnité de procédure de 2.500 euros pour l'instance d'appel.

Appréciation

Les parties sont en désaccord quant au droit de A de réclamer le paiement du solde de son 13ième mois pour l'année 2015.

Il convient de rappeler qu'une gratification constitue en principe une libéralité laissée à la discrétion de l'employeur à moins que la gratification ne soit due en vertu d'un engagement exprès, contrat de travail ou convention collective, ou que l'obligation de la payer ne résulte d'un usage constant. La gratification de caractère facultatif, bénévole et variable constitue une libéralité. Il en résulte que l'attribution demeure à la discrétion de l'employeur et que le salarié ne pourra en exiger le renouvellement.

Or, en l'occurrence, il est établi qu'il n'y a pas eu de contrat de travail écrit entre A et son premier employeur, la société S2 SA et il n'est pas contesté que cette société a été transférée / reprise avec effet au 1er avril 2015 par la société S1 sàrl.

Le contrat de travail écrit, signé le 31 mars 2015 par la salariée et la société S1 sàrl, lequel est applicable à partir du 1er avril 2015, stipule dans son article 2.2. ce qui suit :

« Le salarié pourra bénéficier de primes, gratifications et autres avantages, dont l'attribution sera toujours liée à la situation financière de l'entreprise et/ou aux prestations de travail du salarié. Pour cette raison, il est expressément convenu que de telles primes, gratifications ou avantages seront toujours considérés comme des prestations purement volontaires de l'employeur et ne sauraient devenir obligatoires au sens d'un droit acquis, puisque telle n'est pas l'intention ni la volonté implicite de l'employeur. Ces primes et gratifications pourront dès lors à tout moment être modifiées, retirées ou omises. »

La gratification réclamée par l'appelante n'est donc pas due en vertu d'un engagement exprès.

Si en principe la gratification est considérée comme une libéralité dépendant du seul bon-vouloir de l'employeur, il est admis que le salarié puisse renverser cette présomption en démontrant que la gratification constitue, au contraire, un complément de salaire prévu par le contrat de travail individuel ou collectif ou résulte d'un usage de l'entreprise ou de la profession.

Pour que le salarié puisse tirer son droit à une gratification d'un usage constant, il faut qu'il rapporte la preuve que le paiement de cette gratification réunit les caractères de généralité, fixité et constance nécessaires, d'après la jurisprudence, pour pouvoir constituer un usage constant.

Au cas où le salarié arrive à prouver que les trois conditions de constance, de généralité et de fixité de la gratification sont réunies, le paiement est dû nonobstant la circonstance que l'employeur affirme que la gratification n'est qu'une libéralité n'ayant aucun caractère obligatoire et que son paiement ne l'engage pas pour l'avenir.

A, à qui incombe la charge de la preuve, peut établir cet usage en établissant que l'avantage obéit aux caractères de constance, de généralité et de fixité. Or, la Cour constate que la partie intimée n'a pas contesté la généralité mais qu'elle s'est limitée à invoquer la clause contractuelle selon laquelle ce paiement correspond à une libéralité dont l'attribution reste liée à la volonté de l'employeur et n'est due qu'à des salariés méritoires.

Selon la jurisprudence (cf. Cour, 15 janvier 2015, rôle 40682) le paiement pendant deux années consécutives d'une gratification correspondant chaque fois au salaire du dernier mois de l'année suffit pour établir les caractères de constance et de fixité de la gratification.

D'après les pièces soumises à l'appréciation de la Cour, plus précisément des fiches de salaire de 1999 à 2015, la salariée a touché les gratifications suivantes :

- 55.000 francs au mois de décembre 1999;
- 58.000 francs au mois de décembre 2000;
- 63.000 francs au mois de décembre 2001;
- 1.700 euros au mois de décembre 2002;
- 1.800 euros au mois de décembre 2003;
- 2.000 euros au mois de décembre 2004;
- 1.900 euros au mois de décembre 2005;
- 2.000 euros au mois de décembre 2006;
- 2.000 euros au mois de décembre 2007;
- 2.200 euros au mois de décembre 2008;
- 2.500 euros au mois de décembre 2009 ;
- 2.400 euros au mois de décembre 2010;
- 2.500 euros au mois de décembre 2011;
- 2.600 euros au mois de décembre 2012;
- 2.665 euros au mois de décembre 2013;
- 2.665 euros au mois de décembre 2014;
- 666,25 euros au mois de mars 2015.

L'employeur n'a par ailleurs pas contesté que les gratifications des années 2010 à 2015 correspondent exactement au montant brut du salaire du mois de décembre de l'année en question.

La Cour relève que toutes les gratifications, depuis l'année 1999, correspondent au moins au salaire brut du mois de décembre de l'année à laquelle elles se rapportent. Il convient de même de souligner que le tribunal avait retenu que le principe du paiement annuel d'une prime était acquis à A et qu'il avait rejeté sa demande uniquement en raison du fait que « *le montant ou le mode de calcul de la prime lassait d'être établi* ».

Or, il ressort des développements ci-dessus et des pièces y mentionnées que depuis 2010, le montant brut de la gratification correspondait au montant brut du salaire de décembre de l'année à laquelle elle se rapportait.

Le critère de fixité de la gratification est dès lors établi.

Il vient s'y ajouter que la preuve que la société S2 S.A. a, par la répétition du paiement pendant 16 années d'une gratification fixe, voulu s'engager tacitement implicitement envers sa secrétaire, résulte encore suffisamment du fait qu'elle lui a payé même encore avant le transfert d'entreprise, soit avant le 1er avril 2015, sa gratification au prorata des mois travaillés en 2015.

En effet, d'après la jurisprudence majoritaire au Luxembourg, l'engagement de l'employeur sur base d'un « droit acquis » se fonde ainsi sur un engagement

implicite de sa part (cf. Jean-Luc PUTZ, comprendre et appliquer le droit du travail, 4e éd., n° 248, p. 174 et s.).

Comme pour l'année 2015, le salaire brut du mois de décembre se chiffre à 2.132 euros, A a droit à une gratification, pour la période du 1er avril au 31 décembre 2015, de (75% de 2.132 =) 1.599 euros bruts, avec les intérêts au taux légal, à partir de la mise en demeure du 2 février 2016, jusqu'à solde.

Par ailleurs, le moyen de l'employeur que seul le salarié méritant aurait droit à la prime tombe à faux alors que si les trois conditions énumérées ci-dessus sont réunies, le paiement de la prime devient obligatoire.

Compte tenu des principes ci-avant relevés, c'est à tort que le tribunal du travail, après avoir constaté sur base des fiches de salaire, qui valent aveu des mentions y faites et qui par ailleurs ne mentionnent pas que le treizième mois constitue une libéralité ou une gratification exceptionnelle, a décidé que la demande de la salariée en paiement au prorata de la gratification pour l'année 2015 n'est pas fondée.

L'appelante a en conséquence demandé à voir annuler l'article 2.2. précité, voire tout le contrat de travail du 31 mars 2015, pour violation de l'article L.127-3 du code du travail.

A a prouvé que sous son ancienne relation de travail, elle avait un droit acquis au paiement d'une gratification et que, lors du transfert d'entreprise, le nouvel employeur ne pouvait donc le lui enlever sans violer l'article L.127-3 précité.

En effet, par l'effet du transfert d'entreprise, ce sont les anciens contrats de travail qui sont continués par le nouvel employeur et non de nouveaux contrats qui se nouent.

Les contrats de travail sont par conséquent repris « tels quels » avec tous les droits et obligations y attachés (article L.127.3 (1)).

Les clauses individuelles et autres avantages (même acquis sans contrat) doivent dès lors rester acquis aux salariés transférés.

Il en découle deux conséquences :

1) le nouvel employeur ne doit pas faire signer un nouveau contrat, l'ancien est repris ;
2) s'il le fait quand-même, le nouveau contrat ne peut en aucun cas changer les conditions de travail du salarié, surtout ne pas lui imposer des conditions moins favorables.

Au vu des développements qui précèdent, le moyen soulevé par A est donc fondé, il y a lieu de déclarer nul l'article 2.2 du contrat de travail conclu entre parties.

C'est donc à tort que le tribunal a retenu que l'examen du moyen tiré de la contrariété de l'article 2.2 du contrat de travail signé à l'occasion du transfert d'entreprise avec un éventuel engagement contractuel préexistant découlant d'un usage constant est surabondant.

Il y a donc lieu à réformation du jugement et l'appel est fondé sur ces points.

Les indemnités de procédure

L'appelante réclame une indemnité de procédure de 700 euros pour la première instance et de 1.500 euros pour l'instance d'appel.

Le tribunal avait rejeté sa demande sur base de l'article 240 du NCPC motif pris que la demanderesse n'avait pas établi l'iniquité requise par l'article 240 du NCPC.
Il est de principe que l'indemnité de procédure relève du pouvoir discrétionnaire du juge. En l'absence de toute preuve que les premiers juges ont à tort débouté A de sa demande sur base de l'article 240 du NCPC, le jugement entrepris est à confirmer à cet égard.

L'appel de A n'est donc pas fondé de ce chef.

Il y a toutefois lieu, notamment eu égard au sort réservé à son appel et de l'iniquité de laisser à sa charge l'intégralité des frais irrépétibles, de faire droit à la demande de l'appelante et de lui allouer une indemnité de procédure, que la Cour fixe ex aequo et bono à la somme de 800 euros, pour la présente instance.

L'intimée a également réclamé une indemnité de procédure de 2.500 euros pour l'instance d'appel.

Au vu du sort réservé à l'appel de A, la demande de la partie intimée en allocation d'une indemnité de procédure pour la présente instance requiert un rejet. Il est en effet établi qu'une partie qui doit supporter l'entièreté des frais et dépens, n'a pas droit à une indemnité de procédure (cf. Cass. 1er décembre 2011, n° 66/11 ; Cour, 1ère chambre, 24 oct. 2007, rôle 31065).

Quant aux frais

En application de l'article 238 du NCPC, qui dispose que « *Toute partie qui succombera sera condamnée aux dépens, sauf au tribunal à laisser la totalité, ou une fraction des dépens à la charge d'une autre partie par décision spéciale et motivée.* », il y a lieu - par réformation du jugement - de condamner la partie S1 sàrl non seulement aux frais de la présente instance, mais également à ceux de l'instance dont appel.

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 en la forme,

le dit partiellement fondé,

partant, **par réformation** du jugement du 8 mars 2018,

déclare nul l'article 2.2 du contrat de travail conclu entre parties en date du 31 mars 2015,

déclare fondée la demande de A en paiement de la gratification de 2015 pour la période d'avril à décembre,

condamne la société S1 sàrl à payer à A à titre de gratification pour la période du 1er avril 2015 au 31 décembre 2015 le montant brut de 1.599 euros avec les intérêts au taux légal à partir de la mise en demeure du 2 février 2016, jusqu'à solde,

condamne la société S1 sàrl à payer à A une indemnité de procédure de 800 euros pour l'instance d'appel,

confirme pour le surplus le jugement entrepris,

condamne la société S1 sàrl aux frais et dépens des deux instances.

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.