Arrêt N° 138/18 - VIII - Travail

Exempt – appel en matière de droit du travail

Audience publique du vingt-deux novembre deux mille dix-huit

Numéro 44861 du rôle.

Composition:

Lotty PRUSSEN, président de chambre;
Monique HENTGEN, premier conseiller;
Jeanne GUILLAUME, premier conseiller;
Alain BERNARD, greffier.

Entre:

la société à responsabilité limitée SOC1.), établie et ayant son siège social à L-(…), représentée par son gérant,

appelante aux termes d'un acte de l'huissier de justice Frank SCHAAL de Luxembourg du 5 mai 2017,

comparant par Maître Stéphanie LACROIX, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

et:

1) A.), demeurant à F-(…),

intimée aux fins du prédit acte SCHAAL,

comparant par Maître Sandra CORTINOVIS, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

2) la société anonyme SOC2.), établie et ayant son siège social à L-(…), représentée par son conseil d'administration,

intimée aux fins du prédit acte SCHAAL,

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

LA COUR D'APPEL:

Suivant contrat de travail du 5 décembre 2000, A.) a été engagée par la société anonyme SOC2.) en qualité de secrétaire affectée à l'exploitation du restaurant du Parlement Européen à Luxembourg, avec reprise de l'ancienneté au 6 juin 1995. Par la suite, plusieurs avenants à ce contrat de travail ont été signés entre parties. Ainsi, aux termes d'un avenant du 1er juillet 2011 elle a été engagée en qualité d'assistante gérante et suivant avenant du 18 janvier 2015, elle a été affectée à l'exploitation du restaurant SOC2.)/SOC3.) L-(…).

Par courrier du 3 septembre 2015, la société SOC2.) l'a informée d'un transfert d'entreprise vers la société à responsabilité limitée SOC1.), en précisant qu'elle est transférée à cette société à compter du 28 septembre 2015 tout en conservant son ancienneté, ses conditions salariales contractuelles et ses avantages.

Suivant projet de contrat de travail du 28 septembre 2015, la société SOC1.) s'est proposé d'engager A.) en qualité d'employée en restauration dans son restaurant CC.) à L-(F…).

Par lettre recommandée du 10 novembre 2015, A.) a démissionné avec effet immédiat de son poste auprès de la société SOC1.) en invoquant la modification en sa défaveur d'éléments essentiels de son contrat de travail.

Par requête du 23 décembre 2015, A.) a demandé la convocation de la société SOC2.) et de la société SOC1.) à comparaître devant le tribunal du travail d'Esch-sur-Alzette aux fins de voir dire principalement qu'il y a eu transfert d'entreprise, subsidiairement qu'il y a eu licenciement déguisé, et de les voir condamner solidairement, sinon in solidum, sinon chacune pour sa part à lui payer les montants de 30.000,- EUR au titre du préjudice matériel, 10.000,- EUR au titre du préjudice moral, 12.000,- EUR au titre de l'indemnité de départ non respectée et 12.000,- EUR au titre de l'indemnité de préavis non respectée, soit en tout la somme de 64.000,- EUR avec les intérêts légaux à partir de la demande en justice jusqu'à solde. Elle a encore sollicité une indemnité de procédure de 1.500,- EUR sur base de l'article 240 du Nouveau code de procédure civile ainsi que l'exécution provisoire du jugement à intervenir.

Lors des plaidoiries, la requérante a réduit sa demande relative au préjudice matériel au montant de 29.013,15 EUR ainsi que celles relatives à l'indemnité de préavis et à l'indemnité de départ à 11.605,26 EUR chacune. A cette même audience, la société SOC1.) a réclamé reconventionnellement à A.) le remboursement des montants de 2 x 357,77 EUR qu'elle estime avoir indûment payés du chef du congé non pris et du salaire du 28 septembre 2015 au 1er octobre 2015.

Par jugement rendu le 27 mars 2017, le tribunal du travail a dit qu'il y a eu transfert d'entreprise entre la société SOC2.) et la société SOC1.) en date du 28 septembre 2015, que la société SOC1.) a procédé à une modification substantielle du contrat de travail d'A.) en sa défaveur et que la démission du 10 novembre 2015 est à considérer comme licenciement abusif de la part de la société SOC1.).

La demande d'A.) dirigée à l'encontre de la société SOC1.) relative à l'indemnité compensatoire de préavis a été déclarée fondée pour le montant de 11.606,26 EUR, celle relative à l'indemnité de départ fondée pour le montant de 11.606,26 EUR et celle relative au préjudice moral fondée à concurrence du montant de 3.000,- EUR et la société SOC1.) a été condamnée à payer à A.) la somme de 26.212,52 EUR, avec les intérêts légaux à partir du 23 décembre 2015, date de la demande en justice, jusqu'à solde, tandis que la demande d'A.) dirigée à l'encontre de la société SOC1.) relative au dommage matériel a été déclarée non fondée. Le tribunal a encore condamné la société SOC1.) à payer à A.) une indemnité de procédure de 1.000,- EUR.

Les demandes dirigées à l'encontre de la société SOC2.) ont été déclarées non fondées.

Finalement, le tribunal a déclaré non fondées les demandes reconventionnelles de la société SOC1.) relatives au congé payé, au salaire et à l'indemnité de procédure ainsi que la demande de la société SOC2.) sur base de l'article 240 du Nouveau code de procédure civile.

Pour statuer ainsi, le tribunal a retenu que l'ensemble des éléments de fait - à savoir la poursuite de la même activité de restauration, dans le même local, au moyen du même personnel et avec la même clientèle – prouve à suffisance l'existence et le transfert d'un ensemble organisé de moyens d'une entité économique qui maintient son identité, de sorte que le transfert d'entreprise a été dûment établi, les parties défenderesses ayant par ailleurs elles-mêmes qualifié l'opération de « transfert d'entreprise», et la société SOC1.) ayant notamment et nonobstant l'absence de toute signature d'un nouveau contrat de travail, procédé à une déclaration d'entrée de la salariée, établi ses fiches de salaire et procédé au paiement de sa rémunération.

Le tribunal a ensuite considéré que la mutation d'A.) de sa fonction d'assistante gérante à celle d'employée de cuisine constitue une modification essentielle du contrat de travail en sa défaveur et emporte une dégradation des conditions de travail de la salariée, de sorte que celle-ci a à bon droit refusé la signature du

contrat de travail lui soumis par la société SOC1.) et que sa démission est à considérer, d'après la loi, comme un licenciement abusif.

De ce jugement, lui notifié le 30 mars 2017, la société SOC1.) a régulièrement relevé appel par exploit d'huissier du 5 mai 2017.

L'appelante demande principalement à la Cour, par réformation, de dire qu'aucun transfert d'entreprise n'a eu lieu entre les sociétés SOC1.) et SOC2.) et qu'aucun contrat de travail n'a été conclu entre elle-même et A.).

Elle fait notamment valoir que la place précédemment occupée par la société SOC2.) au premier étage de l'aire de L-(…) a été totalement détruite et totalement reconstruite afin d'y construire trois places de restauration rapide, donc partagée entre trois enseignes.

Subsidiairement elle demande à voir dire qu'elle n'a pas procédé à une modification substantielle du contrat de travail d'A.) et que la démission du 10 novembre 2015 n'est pas à considérer comme licenciement abusif de sa part.

Elle fait valoir que les fonctions occupées par A.) au sein de la société SOC2.) comprenaient à la fois des tâches intellectuelles et des tâches manuelles, tout comme les fonctions proposées par l'appelante à l'intimée et offre de prouver par l'audition de témoins les faits repris au dispositif de ses conclusions du 23 janvier 2018. Elle ajoute que, suite à une formation d'une semaine à Paris, tous frais payés, A.) aurait pu occuper le grade d'assistante gérante au sein de CC.).

Encore plus subsidiairement, l'appelante demande à voir déclarer abusive la démission avec effet immédiat d'A.) pour être intervenue plus d'un mois après la notification des prétendues modifications de son contrat de travail. Le courrier du 10 novembre 2015 ne pourrait ainsi s'analyser en une démission, mais tout au plus en la résiliation du contrat de travail sur base de l'article L.121-4(6) du Code du travail. Les raisons invoquées par A.) à l'appui de sa démission ne seraient par ailleurs pas sérieuses.

En tout état de cause, l'appelante demande à voir infirmer le jugement entrepris en ce qu'il a prononcé des condamnations à son encontre.

Selon le dernier état de ses conclusions, elle demande la condamnation solidaire, sinon in solidum des parties intimées, sinon chacune pour le tout, sinon d'A.) à lui payer une indemnité de procédure de 2.000,- EUR pour la première instance et de 2.500,- EUR pour l'instance d'appel.

La société SOC2.) conclut à la confirmation du jugement entrepris en ce qu'il a retenu le transfert d'entreprise et rejeté toute demande dirigée à son encontre.

Subsidiairement, et uniquement pour le cas où il serait retenu qu'aucun transfert d'entreprise n'a eu lieu en date du 28 septembre 2015, elle demande à la Cour de constater qu'une nouvelle relation de travail unissant A.) et la société SOC1.) s'est créée du 28 septembre 2015 au 16 novembre 2015, date de la démission de la salariée, de sorte que toute demande dirigée à l'encontre de la société

SOC2.) serait à rejeter alors que celle-ci serait parfaitement étrangère à cette nouvelle relation de travail.

La société SOC2.) demande en outre la condamnation de l'appelante à lui payer une indemnité de procédure de 2.500,- EUR.

A.) interjette régulièrement appel incident en ce que le jugement a limité le préjudice moral à 3.000,- EUR et n'a pas fait droit à sa demande en réparation de son préjudice matériel et elle demande la condamnation des parties SOC1.) et SOC2.) à lui payer la somme de 10.000,- EUR au titre du préjudice moral et de 29.013,15 EUR au titre du préjudice matériel.

Pour le surplus, elle conclut à la confirmation du jugement, sinon et avant tout autre progrès en cause, elle demande à voir ordonner la communication du contrat de sous-concession conclu entre SOC3.) et la société SOC1.).

A titre subsidiaire elle demande la confirmation pure et simple du jugement.

A.) fait valoir que la preuve du transfert d'entreprise résulte d'un aveu extrajudiciaire, soit d'un courrier du 3 septembre 2015 de la société SOC2.) qui n'a jamais fait l'objet de contestation de la part de la société SOC1.), et d'un courrier de la société SOC1.) du 11 septembre 2015.

Elle souligne que la modification des conditions du travail concernait trois éléments essentiels, à savoir les horaires, une rétrogradation et un travail manuel et elle insiste sur le fait que la proposition de devenir assistante gérante était conditionnelle alors qu'elle dépendait d'une formation de plusieurs mois, de l'obtention d'un diplôme et de la libération d'un poste.

A titre plus subsidiaire, elle demande à la Cour de constater qu'il y a licenciement abusif déguisé, dont les parties SOC2.) et SOC1.) sont solidairement responsables pour avoir fait croire à un transfert d'entreprise et avoir ainsi trompé sa confiance et elle demande leur condamnation solidaire, sinon in solidum, sinon chacune individuellement, au paiement des montants réclamés en première instance.

Elle demande encore la condamnation solidaire, sinon in solidum, des parties SOC2.) et SOC1.) au paiement d'une indemnité de procédure de 2.000,- EUR pour l'instance d'appel.

<u>Le transfert d'entreprise</u>

L'appelante conteste qu'il y ait eu transfert d'entreprise entre la société SOC2.) et elle-même.

Les parties SOC2.) et A.) rappellent que par courrier du 3 septembre 2015, la société SOC2.) a informé A.) de ce qui suit :

« Objet : Transfert d'entreprise « SOC2.)/SOC3.) L-(…) »

Madame,

Suite au transfert du contrat du restaurant « SOC2.)/SOC3.) L-(…)» à la société SOC1.) SARL à L-F(…), nous vous confirmons que vous êtes transférée à cette société à compter du 28 septembre 2015 tout en conservant votre ancienneté, vos conditions salariales et vos avantages.

(…) ».

Le même jour, la société SOC2.) a informé l'ITM que, conformément à la législation en vigueur, elle allait transférer en date du 27 septembre 2015 les salariés repris dans le tableau joint. Elle a encore adressé une lettre recommandée à la société SOC1.) ayant pour objet « transfert du personnel affecté au site SOC3.) L-(…) » par laquelle, faisant suite à une réunion du 28 août 2015, et suite à la reprise par la société SOC1.) du contrat de restauration du site SOC3.) L-(…), elle confirme à la société SOC1.) la liste du personnel à reprendre à partir du 28 septembre 2015, tout en joignant une copie des avenants et du contrat de travail des personnes concernées.

Les parties SOC2.) et A.) font valoir que la preuve du transfert résulte d'un courrier adressé le 11 septembre 2015 par la société SOC1.) à A.), valant aveu extrajudiciaire, de la teneur suivante:

« Madame,

Suite au transfert entre les sociétés « SOC2.) » et « SOC1.) S.à r.l. » et afin de faire mutuellement connaissance, nous vous invitons à un entretien le :

Lundi 28 septembre 2015 à 11h00

Cette première prise de contact aura lieu à notre siège social sis L-F(…).

(…) »

L'aveu requiert une intention ou une volonté de la part de celui dont il émane, en ce sens que l'aveu est la déclaration par laquelle une personne reconnaît pour vrai, et comme devant être tenu pour avéré à son égard, un fait de nature à produire contre elle des conséquences juridiques. (Cour 27 février 2013, Pas. 36, p. 169)

Un aveu ne peut porter que sur des points de fait et non sur des points de droit.

L'aveu ne saurait dès lors porter sur l'existence d'un transfert d'entreprise qui est une notion juridique. En outre, le courrier du 11 septembre 2015 n'a pas été signé par un représentant légal de la société SOC1.), ayant le pouvoir d'engager cette société par un aveu extrajudiciaire, mais par une simple assistante de direction.

L'appelante conteste qu'un transfert d'entreprise ait eu lieu entre les sociétés SOC2.) et SOC1.). Elle fait notamment valoir que la place précédemment

occupée par la société SOC2.) au premier étage de l'aire de L-(…) a été totalement détruite et totalement reconstruite afin d'y construire trois places de restauration rapide, donc partagée entre trois enseignes. Elle-même n'aurait repris que partiellement les locaux précédemment occupés par le restaurant d'autoroute géré par la société SOC2.) et trois repreneurs se seraient partagé la surface antérieurement occupée, de sorte qu'un éventuel transfert d'une entité économique ne serait que partiel et que les sociétés SOC4.) et SOC5.) se trouveraient dans la même situation qu'elle quant à la qualification d'un transfert d'entreprise. Ces deux sociétés proposeraient également une restauration de type « rapide ». Aucun élément d'actif corporel ou incorporel n'aurait fait l'objet d'une cession de la part de la société SOC2.). L'appelante souligne encore que le restaurant exploité par la société SOC2.) proposait des plats de traiteurs ce qui ne serait pas son cas, de sorte que le restaurant n'aurait pas maintenu son identité. La seule circonstance que les activités exercées soient similaires ne permettrait pas de conclure au transfert d'une entité économique. En outre, les procédés et techniques de la société SOC1.) nécessiteraient un savoir-faire différent et une main-d'œuvre et des compétences spécifiques par rapport à un restaurant d'autoroute.

Les juges de première instance ont fait une analyse exhaustive et juste de la théorie du transfert d'entreprise prévu à l'article L.127-2 du Code du travail et de ses conditions d'application et il y a lieu de s'y rapporter.

La directive 2001/23/CE du Conseil du 12 mars 2001, concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprises, d'établissements ou de parties d'entreprises ou d'établissements vise à assurer la continuité des relations de travail existant dans le cadre d'une entité économique, indépendamment d'un changement de propriétaire. Le critère décisif pour établir l'existence d'un transfert au sens de cette directive est donc de savoir si l'entité en question garde son identité, ce qui résulte notamment de la poursuite effective de l'exploitation ou de sa reprise.

Pour que la directive 2001/23 soit applicable, le transfert doit porter sur une entité économique organisée de manière stable, dont l'activité ne se borne pas à l'exécution d'un ouvrage déterminé. La notion d'entité renvoie ainsi à un ensemble organisé de personnes et d'éléments permettant l'exercice d'une activité économique qui poursuit un objectif propre.

Pour déterminer si les conditions d'un transfert d'une entité économique organisée de manière stable sont remplies, il y a lieu de prendre en considération l'ensemble des circonstances de fait qui caractérisent l'opération en cause, au nombre desquelles figurent notamment le type d'entreprise ou d'établissement dont il s'agit, le transfert ou non d'actifs corporels, tels que les bâtiments et les biens mobiliers, la valeur des actifs incorporels au moment du transfert, la reprise ou non de l'essentiel des effectifs par le nouveau chef d'entreprise, le transfert ou non de la clientèle, ainsi que le degré de similarité des activités exercées avant et après le transfert et la durée d'une éventuelle suspension de ces activités. Ces éléments ne constituent toutefois que des

aspects partiels de l'évaluation d'ensemble qui s'impose et ne sauraient, de ce fait, être appréciés isolément.

La Cour de Justice de l'Union européenne (CJUE) a relevé qu'une entité économique peut, dans certains secteurs, fonctionner sans éléments d'actifs, corporels ou incorporels, significatifs, de sorte que le maintien de l'identité d'une telle entité par-delà l'opération dont elle est l'objet ne saurait, par hypothèse, dépendre de la cession de tels éléments.

Elle a ainsi jugé que, dans la mesure où, dans certains secteurs dans lesquels l'activité repose essentiellement sur la main-d'œuvre, une collectivité de travailleurs que réunit durablement une activité commune peut correspondre à une entité économique, une telle entité est susceptible de maintenir son identité par-delà son transfert quand le nouveau chef d'entreprise ne se contente pas de poursuivre l'activité en cause, mais reprend également une partie essentielle, en termes de nombre et de compétence, des effectifs que son prédécesseur affectait spécialement à cette tâche. Dans cette hypothèse, le nouveau chef d'entreprise acquiert en effet l'ensemble organisé d'éléments qui lui permettra la poursuite des activités ou de certaines activités de l'entreprise cédante de manière stable.

Ce sont donc la persistance d'un ensemble de moyens de production organisés et la poursuite d'une activité identique ou similaire qui doivent être considérées.

Conformément aux principes généraux qui gouvernent la charge de la preuve, c'est à celui qui se prévaut d'un contrat de travail ou d'un transfert d'entreprise, en l'occurrence le salarié, d'en établir l'existence. Pour établir l'existence d'un transfert d'entreprise, le salarié doit prouver la persistance d'un ensemble de moyens, respectivement le maintien de la structure initiale de l'activité litigieuse ou d'une entité économique qui par son importance pourrait subsister par elle-même, la continuité d'une activité identique ou similaire et la reprise des salariés occupés dans le secteur d'activité transféré.

Il convient encore de rappeler que, en vertu d'une jurisprudence constante de la CJUE, le champ d'application de la directive 2001/23 s'étend à toutes les hypothèses de changement, dans le cadre de relations contractuelles, de la personne physique ou morale responsable de l'exploitation de l'entreprise, qui contracte les obligations d'employeur vis-à-vis des employés de l'entreprise. Ainsi, pour que la directive 2001/23 s'applique, il n'est pas nécessaire qu'il existe des relations contractuelles directes entre le cédant et le cessionnaire, la cession pouvant s'effectuer par l'intermédiaire d'un tiers.

La Cour fait sienne l'analyse détaillée des conditions faite par les premiers juges.

Il y a lieu de relever que la société SOC1.) a repris une grande partie des locaux de l'ancien restaurant EE.) exploité par la société SOC2.). Si les locaux précédemment occupés par la société SOC2.) ont été partagés entre trois enseignes, l'activité de la société SOC2.), à savoir le service de restauration rapide, n'a cependant pas été éclatée entre plusieurs enseignes, mais a été

reprise par la société SOC1.). Les enseignes SOC4.) et SOC5.) ne proposent en effet pas une restauration similaire à celle ayant existé antérieurement.

Même si les sociétés SOC1.) et SOC2.) proposent des plats différents, elles exercent cependant une activité similaire, à savoir la restauration rapide. Cette activité n'a été suspendue que pendant la durée des travaux nécessaires au réaménagement des locaux, soit quelques semaines. La Cour retient à l'instar des premiers juges que le cessionnaire est parfaitement en droit d'apporter des modifications aux locaux transférés sans que pour autant l'entité transférée perde son identité initiale.

S'agissant d'un restaurant d'autoroute, il y a nécessairement eu transfert de la clientèle, à savoir les usagers de l'aire de L-(…).

La société SOC1.) reconnaît avoir repris la totalité du personnel employé par la société SOC2.), à l'exception de deux personnes ayant refusé d'entrer en relation contractuelle avec le nouvel employeur. Le fait que la reprise du personnel ait été imposée par l'Etat ne vient que confirmer l'idée d'un transfert d'entreprise.

L'ensemble de ces éléments prouve à suffisance l'existence d'un transfert d'entreprise tel que prévu à l'article L.127-2 du Code du travail.

Il s'y ajoute que les sociétés SOC2.) et SOC1.) ont elles-mêmes qualifié l'opération de transfert d'entreprise. Le contrat de travail préparé par la société SOC1.) prévoit le calcul d'une ancienneté de service à compter du 6 juin 1995 et la société SOC1.) a, nonobstant l'absence de toute signature d'un nouveau contrat de travail, procédé à une déclaration d'entrée de la salariée au Centre Commun de la Sécurité Sociale avec effet au 28 septembre 2015, établi ses fiches de salaire et procédé au paiement de sa rémunération à partir du 28 septembre 2015.

Le jugement est dès lors à confirmer en ce qu'il a dit qu'il y a eu transfert d'entreprise entre la société SOC2.) et la société SOC1.) en date du 28 septembre 2015 et rejeté la demande d'A.) dans la mesure où elle est dirigée à l'encontre de la société SOC2.) étant donné que le cédant a perdu sa qualité d'employeur par l'effet du transfert et que la résiliation du contrat de travail n'est intervenue que suite à ce même transfert.

C'est encore à juste titre que le premier juge, en se référant aux termes de l'article L.127-3 (1) du Code du travail et à la jurisprudence communautaire, a retenu que du fait du transfert d'entreprise en date du 28 septembre 2015, la société SOC1.) - en sa qualité de cessionnaire du restaurant situé sur l'Aire de L-(…) - était tenue par le contrat de travail ayant initialement lié A.) à la société SOC2.) et qu'elle était obligée de maintenir les conditions de travail de la salariée.

<u>La modification du contrat de travail</u>

L'appelante conteste avoir procédé à une modification substantielle du contrat de travail d'A.) en sa défaveur. Elle fait valoir que les fonctions occupées par celle-ci au sein de la société SOC2.) comprenaient à la fois des tâches intellectuelles et des tâches manuelles, tout comme les fonctions lui proposées par l'appelante et elle renvoie à deux attestations testimoniales d'anciens collègues d'A.) décrivant le travail des gérants et anciens gérants au sein du restaurant SOC2.). Elle explique que pour obtenir un poste d'assistante gérante auprès de CC.) il faut au préalable être passé par les cuisines afin de se familiariser aux techniques de la société et avoir passé avec succès les formations spécifiques CC.). Elle aurait proposé à A.) par courrier du 4 novembre 2015 de la dispenser de cette formation afin qu'elle obtienne le grade d'assistante gérante au bout d'une formation d'une semaine à Paris, tous frais payés. A titre subsidiaire et pour autant que de besoin elle formule deux offres de preuve par témoins concernant respectivement les tâches que devait effectuer A.) en tant qu'assistante gérante dans le cadre de son contrat de travail au sein de la société SOC2.) et les charges des assistants gérants au sein des restaurants CC.).

A.) fait valoir que la modification des conditions du travail concernait trois éléments essentiels, à savoir les horaires, une rétrogradation et un travail manuel. Elle demande à voir écarter les deux attestations testimoniales pour ne pas être conformes aux exigences fixées par la loi et pour manquer de pertinence. Ses tâches auraient été essentiellement intellectuelles consistant en la gestion du personnel et le contrôle du bon respect des tâches par ledit personnel et il ne résulterait pas du contrat de travail et de ses avenants qu'elle devait effectuer des tâches manuelles. Dans la société SOC1.), elle aurait dû travailler au minimum 3 à 6 mois dans la confection de burgers et n'aurait pu devenir assistante gérante qu'après une formation de 3 à 6 mois, une formation d'une semaine à Paris et l'obtention du diplôme TIBM 1, et elle aurait alors pu être mutée dans l'un des restaurants selon les besoins d'assistant-gérant en devant se plier aux jours et horaires de travail de la profession. En plus, elle aurait alors été contrainte de rester au moins 12 mois auprès de CC.) sans quoi elle devait rembourser les différentes formations.

Quant aux principes applicables en la matière, la Cour renvoie aux développements faits par la juridiction de première instance.

Il y a lieu de rappeler qu'A.) a été engagée en tant que secrétaire d'exploitation depuis l'année 1995 et a été promue assistante gérante au courant de l'année 2011.

Or, suivant contrat du 28 septembre 2015 la société SOC1.) entendait l'engager en qualité d'employée en restauration, cette fonction impliquant surtout un travail en cuisine (confection de burgers, etc.).

Même s'il résulte des attestations testimoniales de B.) et de C.), qui remplissent les conditions légales et de précision pour être prises en considération, que la tâche d'assistante gérante au sein de la société SOC2.) comportait, à côté de tâches intellectuelles comportant une certaine responsabilité, également des tâches purement manuelles, il n'en demeure pas moins que le travail

d'employée de cuisine proposé par la société SOC1.) est un travail exclusivement manuel ne présentant que peu d'aléa.

L'offre de preuve relative aux tâches à effectuer par un assistant gérant dans les restaurants CC.) manque de pertinence alors que l'appelante ne se proposait pas d'engager A.) comme assistante-gérante, mais comme employée de cuisine, et qu'elle explique même qu'elle ne peut l'employer comme assistante-gérante sans une formation préalable au sein de l'entreprise.

Or, contrairement à ce que prétend l'appelante, il ne résulte pas du courrier de son mandataire du 4 novembre 2015, que la société SOC1.) a proposé de dispenser A.) de la formation de trois à six mois et de lui permettre de briguer un poste de responsabilité au sein de son entreprise après un stage accéléré d'une semaine, mais ce courrier précise au contraire que ledit stage d'une semaine à Paris n'est envisageable qu'après cette formation de trois à six mois censée lui permettre « de se familiariser et d'apprendre les bases de la vie de l'entreprise » et qu'A.) devrait en outre obtenir le diplôme TBM1 pour devenir officiellement assistante gérante au sein de CC.).

La Cour retient à l'instar des premiers juges que la mutation d'A.) de sa fonction d'assistante gérante à celle d'employée de cuisine constitue une modification en défaveur de la salariée portant sur une clause essentielle du contrat de travail, emportant une dégradation des conditions de travail de la salariée, de sorte que la salariée a à bon droit refusé la signature du contrat de travail lui soumis.

Il est constant qu'A.) n'a pas accepté cette modification, mais a protesté par courrier du 8 octobre 2015 et a refusé la signature du contrat de travail lui soumis avant de présenter sa démission par courrier du 10 novembre 2015.

L'appelante fait valoir qu'A.) a présenté sa démission plus d'un mois après la connaissance de la prétendue modification de son contrat de travail de sorte qu'elle aurait été forclose à invoquer ces modifications à la base de sa démission et que la démission serait à considérer comme abusive respectivement comme n'avoir pas été faite de la faute de l'employeur. Par ailleurs, la démission serait intervenue sur base de l'article 127-3 du Code du travail et les motifs invoqués à l'appui de la démission n'auraient pas été sérieux alors qu'A.) aurait démissionné uniquement pour des raisons personnelles en raison de son projet de constituer sa propre société et non en raison de prétendues modifications à son contrat de travail.

L'appelante ajoute qu'il aurait appartenu soit à l'employeur soit à la salariée de notifier la résiliation du contrat de travail au plus tôt dans les 3 jours suivant la demande de signature et au plus tard dans les 30 jours suivant l'entrée en service et que le courrier remis par A.) en date du 10 novembre 2015 ne pourrait s'analyser en une démission, mais tout au plus en la résiliation du contrat de travail sur base de l'article L.121-4(6) du Code du travail, n'ouvrant pas droit à la salariée à invoquer une faute de l'employeur ni à prétendre à un quelconque dédommagement.

A.) réplique que la modification du contrat de travail n'a pas été notifiée dans les formes et délais prévus aux articles L.124-2 et L.124-10 du Code du travail et qu'elle a démissionné dans le délai d'un mois alors que suite à la présentation du projet de contrat de travail daté du 28 septembre 2015, elle l'a contesté dès le 5 octobre 2015 et que par courrier du 4 novembre 2015 la société SOC1.) a fait une simple concession du respect des horaires pendant la durée de la formation tout en maintenant les autres aspects du contrat de travail.

Par courrier du 10 novembre 2015, le mandataire d'A.) informe la société SOC1.) que sa « *mandante démissionne avec effet immédiat de son nouveau poste auprès de la société à responsabilité limitée SOC1.) (…) conformément à l'article L.127-3 du Code du travail et pour toutes autres motifs à faire valoir en temps utile. Il n'est en effet pas concevable que ma mandante qui travaillait en tant qu'assistante-gérante auprès de la société SOC2.) se voit contrainte de travailler en tant que préparatrice de sandwich auprès de la société SOC1.) et à des horaires de travail plus contraignants* ».

Il en découle que, malgré la référence à l'article 127-3 du Code du travail, A.) a démissionné en raison de la modification substantielle des conditions de travail suite au transfert d'entreprise.

Le fait qu'immédiatement après sa démission, A.) ait envisagé de créer sa propre entreprise est à cet égard sans incidence. En effet, si dans un courriel du 19 novembre 2015 à THIONVILLE EMPLOI, elle a exprimé son désir de se diriger vers une reconversion qui pourrait aboutir à la création d'une entreprise, elle a également expliqué avoir démissionné en raison du fait qu'après 20 ans d'ancienneté comme « secrétaire administration en restauration de collectivité puis assistante gérante », on lui a proposé un contrat de débutante, sortie école hôtelière. Ce courriel n'est pas contredit par le fait que dans des courriels adressés fin novembre 2015 à FF.) elle ait indiqué avoir démissionné pour des raisons personnelles. Il résulte par ailleurs des pièces qu'A.) a surtout postulé pour des postes d'assistant ou de secrétaire de sorte qu'il est encore sans importance que, quelques mois plus tard, elle ait - entre autres - postulé à des postes de travail semblables à celui qu'elle a refusé auprès de la société SOC1.).

Les juges de première instance ont constaté à bon droit que la modification du contrat de travail n'a pas été notifiée dans les formes et délais prévus aux articles L. 124-2 et L. 124-3 du Code du travail et que, la société SOC1.) ayant, malgré divers aménagements proposés à la salariée encore par courrier du 4 novembre 2015, maintenu sa position illégale en lui refusant d'intégrer son entreprise au poste qui était le sien avant le transfert, elle ne saurait lui reprocher de ne pas avoir démissionné endéans le délai d'un mois.

Les dispositions de l'article L.121-4 (6) du Code du travail, invoquées par l'appelante, concernent le refus de signature d'un écrit conforme à la loi et n'ont dès lors pas vocation à s'appliquer en l'occurrence.

Les premiers juges ont ainsi conclu pour de justes motifs que la Cour fait siens que la modification intervenue étant non seulement substantielle mais étant

encore intervenue en violation des articles L.124-2 et 124-3 du Code du travail, la démission d'A.) est à considérer, d'après la loi, comme un licenciement abusif lui ouvrant les recours prévus à l'article L.124-11 du Code du travail et plus précisément lui accordant le droit de demander réparation des préjudices tant matériel que moral subis suite à ce licenciement abusif.

L'indemnité compensatoire de préavis et l'indemnité de départ

L'appelante demande à voir infirmer le jugement en ce qu'il l'a condamnée au paiement d'une indemnité compensatoire de préavis et d'une indemnité de départ. Elle ne développe cependant aucun argument à l'appui de cette demande.

Le jugement est dès lors à confirmer, par adoptions des motifs y énoncés, en ce qu'il a condamné la société SOC1.) au paiement de la somme de 11.606,26 EUR au titre de l'indemnité compensatoire de préavis et de la somme de 11.606,26 EUR au titre de l'indemnité de départ.

Le préjudice matériel

A.) demande, par réformation du jugement entrepris, à se voir allouer la somme de 29.013,15 EUR au titre du préjudice matériel. Elle fait valoir qu'elle s'est inscrite au service de l'agence pour le développement de l'emploi en date du 3 décembre 2015 et qu'elle a honoré toutes les convocations. Elle aurait en outre effectué de nombreuses recherches d'emploi spontanées et suivi une formation de comptable supérieur à temps plein pour la période allant du 30 mai 2016 au 5 janvier 2017. Malgré tous ses efforts et sa recherche active d'emploi où elle aurait même accepté de baisser ses prétentions, elle n'aurait cependant pas trouvé de nouvel emploi au 9 février 2017 de sorte qu'elle estime sa période de référence à 15 mois (c'est-à-dire du 10 novembre 2015 au 9 février 2017).

La société SOC1.) conclut à la confirmation du jugement sur ce point en soutenant qu'A.) n'a pas prouvé avoir activement recherché un emploi rémunéré, mais qu'elle s'est pendant plusieurs mois attelée à constituer sa propre société et que l'employeur n'aurait pas à subir ce choix de la salariée. En tout état de cause A.) ne saurait prétendre à une indemnisation supplémentaire au-delà des six mois d'indemnité de préavis qui auraient dû largement suffire pour trouver un nouvel emploi.

D'après les pièces soumises à la Cour, A.) a dès sa démission présenté un certain nombre de candidatures, en tant que secrétaire ou assistante ou, plus tard, employée en restauration. En parallèle elle avait, dès le mois de novembre 2015, l'intention de créer sa propre entreprise. Elle a refusé au moins une proposition ne correspondant pas à ses attentes. Dans un courriel du 1er avril 2016, elle a déclaré à un employeur potentiel que sa candidature n'était plus disponible sous la forme employé/employeur, mais que suite à la signature d'une convention avec une société de portage salarial, elle proposait ses services au titre de secrétaire indépendante.

Selon des attestations de Pôle emploi, A.) a suivi pendant la période du 30 mai 2016 au 5 janvier 2017 une formation rémunérée (à raison d'un montant brut journalier de 37,57 EUR) à temps plein de comptable supérieur / niveau III et, suivant un courrier de Pôle emploi du 2 février 2017, elle souhaitait suivre une formation courte de comptabilité afin de valider le dernier module sur les bases en comptabilité et avait en parallèle pour projet de créer son entreprise. L'appelante ne fournit aucun renseignement concernant la création de sa société.

Ayant droit à une indemnité compensatoire de préavis de six mois, A.) n'a pas subi de dommage pendant la période du 10 novembre 2015 au 9 mai 2016.

Le fait par A.) d'abandonner sa recherche d'emploi afin de suivre une formation à plein temps en vue de créer sa propre entreprise et de réaliser ainsi un projet qu'elle avait déjà au moment du transfert d'entreprise, n'est plus en relation causale directe avec la résiliation de son contrat de travail.

A.) n'a dès lors pas établi avoir subi un dommage matériel en lien causal avec la résiliation de son contrat de travail de sorte que le jugement est à confirmer en ce qu'il a rejeté la demande relative au préjudice matériel.

Le préjudice moral

L'appelante conteste qu'A.) ait subi un préjudice moral et fait remarquer que cette dernière avoue dans ses différents courriels à de potentiels futurs employeurs qu'elle ne supportait plus de travailler dans le stress et envisageait depuis plusieurs années de constituer sa société.

A.) demande, par réformation du jugement entrepris, à se voir allouer la somme de 10.000,- EUR à titre de préjudice moral. A titre subsidiaire, elle demande la confirmation du jugement sur ce point.

Au vu de l'ancienneté de service de la salariée et des circonstances de la résiliation du contrat de travail, la Cour fixe, par réformation du jugement entrepris, le préjudice moral subi par A.) au montant de 5.000,- EUR.

La demande d'A.) est dès lors fondée pour le montant total de (11.606,26 +11.606,26 +5.000) 28.212,52 EUR.

La demande reconventionnelle

Le jugement n'est pas critiqué en ce qu'il a rejeté la demande reconventionnelle de la société SOC1.) dans son intégralité.

Les indemnités de procédure

C'est par de justes motifs que la Cour adopte que la juridiction de première instance a condamné la société SOC1.) à payer à A.) le montant de 1.000,- EUR sur base de l'article 240 du Nouveau code de procédure civile et a rejeté

la demande d'A.) dirigée contre la société SOC2.) ainsi que les demandes des sociétés SOC1.) et SOC2.) en allocation d'une indemnité de procédure.

Il paraît inéquitable de laisser à charge d'A.) tous les frais non compris dans les dépens qu'elle a dû exposer en instance d'appel, de sorte qu'il y a lieu de condamner la société SOC1.) à lui payer une indemnité de procédure de 1.500,- EUR pour l'instance d'appel. Eu égard à l'issue du litige, sa demande à l'égard de la société SOC2.) est à rejeter.

Il serait encore inéquitable de laisser à charge de la société SOC2.) tous les frais non compris dans les dépens qu'elle a dû exposer en instance d'appel, de sorte qu'il y a lieu de condamner la société SOC1.) à lui payer une indemnité de procédure de 1.000,- EUR pour l'instance d'appel.

Eu égard au sort réservé à son appel, la société SOC1.) ne justifie pas de l'iniquité requise par l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile pour se voir allouer une indemnité de procédure pour l'instance d'appel, de sorte que sa demande n'est pas fondée.

PAR CES MOTIFS :

la Cour d'appel, huitième chambre, siégeant en matière de droit du travail, statuant contradictoirement, sur le rapport oral du magistrat de la mise en état,

reçoit les appels, principal et incident, en la forme,

dit l'appel principal non fondé,

dit l'appel incident partiellement fondé,

par réformation du jugement du 27 mars 2017:

dit la demande d'A.) dirigée à l'encontre de la société à responsabilité limitée SOC1.) relative au préjudice moral fondée pour le montant de 5.000,- EUR,

condamne la société à responsabilité limitée SOC1.) à payer à A.) le montant de 28.212,52 EUR avec les intérêts légaux à partir du 23 décembre 2015, date de la demande en justice, jusqu'à solde,

confirme le jugement pour le surplus,

condamne la société à responsabilité limitée SOC1.) à payer à A.) une indemnité de procédure de 1.500,- EUR pour l'instance d'appel,

dit la demande d'A.) basée sur l'article 240 du Nouveau code de procédure civile non fondée à l'égard de la société anonyme SOC2.),

condamne la société à responsabilité limitée SOC1.) à payer à la société anonyme SOC2.) une indemnité de procédure de 1.000,- EUR pour l'instance d'appel,

dit non fondée la demande de la société à responsabilité limitée SOC1.) basée sur l'article 240 du Nouveau code de procédure civile,

condamne la société à responsabilité limitée SOC1.) aux frais et dépens de l'instance d'appel et en ordonne la distraction au profit de Maître Jean MINDEN, sur ses affirmations de droit.

La lecture de cet arrêt a été faite à l'audience publique indiquée ci-dessus par Lotty PRUSSEN, président de chambre, en présence du greffier Alain BERNARD.