Exempt - appel en matière de droit du travail.

Audience publique du deux mai deux mille treize.

Numéro 36472 du rôle

Présents:

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

E n t r e :

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

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Pierre BIEL de Luxembourg du 13 juillet 2010,

comparant par Maître Guillaume MARY, avocat à la Cour à Luxembourg,

e t :

1)B, demeurant à L-(…),

intimé aux fins du susdit exploit BIEL,

comparant par Maître Yvette NGONO YAH, avocat à la Cour à Luxembourg,

2) l'ETAT DU GRAND-DUCHE DE LUXEMBOURG, pris en sa qualité de gestionnaire du Fonds pour l'emploi, représenté par son Ministre d'Etat, établi à L-1352 Luxembourg, 4, rue de la Congrégation,

intimé aux fins du susdit exploit BIEL,

comparant par Maître Georges PIERRET, avocat à la Cour à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL:

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

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

Par requête du 4 juin 2009, B a fait convoquer son ancien employeur la société à responsabilité limitée A s.à r.l. (ci-après : la société A) devant le tribunal du travail de Luxembourg pour entendre déclarer abusif le licenciement avec préavis du 29 juillet 2008 et pour l'entendre condamner à lui payer les montants suivants :

indemnité compensatoire de préavis :	12.000,00 €
indemnité de départ :	12.665,61 €
indemnité compensatoire de congé non pris :	211,18 €
rémunération en qualité de gérant technique :	p.m.
avance maladie impayée :	336,89 €
dommage matériel :	6.000,00 €
dommage moral :	5.000,00 €
Total :	36.213,68 € + p.m.

avec les intérêts légaux à partir de la demande en justice jusqu'à solde, avec majoration de l'intérêt de trois points à l'expiration d'un délai de trois mois à partir de la notification du jugement à intervenir, jusqu'à solde.

Le requérant a demandé encore la condamnation de la société défenderesse au paiement d'une indemnité de procédure de l'ordre de 2.000 € et a demandé à voir ordonner l'exécution provisoire du jugement à intervenir.

La requête, régulière en la forme, est recevable à cet égard.

A l'appui de sa demande, B a fait exposer que depuis le 8 août 1985, il a travaillé en qualité de cuisiner au sein de diverses sociétés détenues ou gérées par les frères C. Par contrat de travail à durée indéterminée du 27 juillet 2005, il aurait été engagé en qualité de cuisinier par la société A. Le 1er juin 2006, suite à la démission des trois gérants, il aurait été nommé gérant technique. Par lettre recommandée du 29 juillet 2008, il aurait été licencié avec un préavis légal de deux mois, courant à partir du 1er août 2008 au 30 septembre 2008.

La lettre de motivation est de la teneur suivante :

« Monsieur,
Faisant suite au courrier de votre avocat, Maître Yvette NGONO YAH en date du 21 août 2008, nous vous prions de bien vouloir trouver ci-joint les motifs de votre licenciement.
Depuis quelques mois, vous montrez une attitude nonchalante dans l'exercice de vos fonctions et nous n'avons constaté aucune amélioration malgré nos divers avertissements oraux. Ainsi, vous n'appliquez pas les règles d'hygiène les plus élémentaires, votre poste de travail n'étant pas nettoyé correctement, vous vous présentez sur votre lieu de travail dans une tenue négligée.
Par ailleurs, nous vous avons proposé une formation en espérant vous redonner une motivation et pour développer vos compétences. Ce qui nous aurait aussi permis d'assurer le remplacement de notre pizzaiolo en cas d'absence de ce dernier et de laisser ouvert constamment cette partie du restaurant. Vous avez refusé notre proposition.
Enfin, votre manque d'implication dans le restaurant (cartes de menus non renouvelées, gestion des achats non assurée), nous cause un grand préjudice et une perte certaine de rentabilité puisque d'autres collègues doivent assurer ces tâches incombant normalement à un responsable de cuisine (gérant technique).
Vous comprendrez aisément que ces faits ont brisé la confiance que nous avions en vous et rendent impossible la poursuite de notre relation de travail.
(...). »

Il critiqua tant la précision que le caractère réel et sérieux des motifs invoqués.

La société A souleva l'incompétence ratione materiae du tribunal du travail au motif qu'aucun contrat de travail réel, caractérisé par un lien de subordination, n'avait existé entre parties, le requérant ayant été le gérant technique de la société et il aurait eu une procuration sur les comptes de celle-ci. Elle souleva encore l'incompétence ratione materaie du tribunal pour connaître de la demande en paiement d'une rémunération à titre de gérant et celle en paiement d'indemnités pécuniaires de maladie. Elle souleva en ordre subsidiaire la forclusion de la demande, respectivement invoqua son caractère non fondé. Elle critiqua encore l'ancienneté invoquée par B à l'appui de ses demandes en paiement d'une

indemnité de préavis et d'une indemnité de départ et conclut au rejet des demandes du chef de dommages matériel et moral et d'indemnité de congé non pris.

L'ETAT DU GRAND-DUCHE DE Luxembourg, pris en sa qualité de gestionnaire du Fonds pour l'emploi, conclut au remboursement des indemnités de chômages avancées à B.

Par jugement contradictoire du 26 mai 2010, le tribunal du travail s'est déclaré incompétent ratione materiae pour connaître des demandes de B du chef de rémunération de ses fonctions de gérant technique et du chef d'indemnités pécuniaires de maladie, s'est déclaré compétent pour le surplus et a écarté le moyen de forclusion de la demande. Au fond, le tribunal a déclaré abusif le licenciement avec préavis du 28 juillet et a condamné la société A à payer à B la somme totale de 21.317,75 euros, à titre d'indemnité compensatoire de préavis, d'indemnité de départ, de préjudice matériel et moral et d'indemnité de congé non pris.
Il condamna encore la société A à payer à l'ETAT ès qualités la somme de 3.257,98 euros au titre des indemnités de chômage avancées à B pendant la période du 1er octobre 2008 au 16 novembre 2008. Il a enfin condamné la société A à payer à B une indemnité de procédure de 750 euros et a rejeté la demande de celle-ci sur base de l'article 240 du NCPC.

Pour statuer ainsi, le tribunal du travail a retenu que la société A n'avait pas rapporté la preuve du caractère fictif du contrat de travail du 27 juillet 2005 et que pour le calcul de l'ancienneté du salarié, il y avait lieu de prendre en considération son entrée en service auprès de l'établissement C 1 PIZZERIA D le 8 août 1985. Le tribunal releva encore le caractère imprécis des motifs du licenciement et partant son caractère abusif.

De ce jugement lui notifié le 3 juin 2010 la société A a régulièrement interjeté appel le 13 juillet 2010.

Elle conclut, par réformation, principalement, à entendre déclarer incompétentes les juridictions du travail pour connaître du litige et à s'entendre décharger de toutes les condamnations prononcées contre elle. Subsidiairement, elle conclut à entendre dire le licenciement justifié et fondé sur des motifs réels et sérieux. Plus subsidiairement, elle demande à voir admettre son offre de preuve par voie testimoniale.

B conclut à la confirmation du jugement entrepris et à l'allocation d'une indemnité de procédure de 2.000 euros.

L'ETAT conclut à voir condamner la société A sinon B au règlement du montant de 3.257,98 euros avancé à titre d'indemnités de chômage pour la période d'octobre 2008 à novembre 2008.

- la compétence des juridictions de travail pour connaître du litige.

La société A fait grief au tribunal du travail de s'être déclaré compétent pour connaître de la demande aux motifs notamment que le mandat social de B en tant que gérant statutaire technique n'était en soi pas incompatible avec sa fonction de salarié et qu'elle n'avait pas établi que les prestations de travail de B en tant que cuisinier étaient indissociables de sa fonction de gérant technique, respectivement qu'il n'y avait pas de lien de subordination entre B et la société.

Or, B aurait été le seul des deux gérants à disposer d'une procuration sur le compte de la société. A ce titre, il aurait aussi commandé les marchandises, payé les fournisseurs et procédé au paiement des salariés de la société. Par ailleurs, il aurait été le seul et unique cuisinier et le recours aux services d'un pizzaiolo n'aurait eu lieu que sous forme d'extra. En première instance, l'intimé n'aurait même pas cherché à établir un lien de subordination.

B de son côté soutient que le droit luxembourgeois ne comporte aucune interdiction concernant le cumul d'un poste de travail et d'un mandat social. Il aurait déjà exercé depuis 1985, respectivement depuis 2005, les fonctions de cuisinier au sein de ladite entreprise en vertu du contrat de travail signé le 1er septembre 2005 et n'aurait été nommé gérant qu'en 2006, soit postérieurement à la conclusion de son contrat de travail.
Il aurait par la suite continué à exercer de façon cumulative ses fonctions de cuisinier, activité manuelle distincte de celle d'une activité administrative de gérance. De ces éléments et notamment de l'antériorité du contrat de travail il y aurait lieu de conclure que celui-ci était bien réel. En outre l'existence d'un lien de subordination ressortirait du fait que l'employeur ait pu donner des ordres à son salarié et ait pu le sanctionner du chef d'une inexécution, comme p. ex le fait d'avoir refusé de suivre une formation de pizzaiolo.

Il y a lieu d'abord de rappeler que si le gérant statutaire d'une société à responsabilité limitée peut cumuler cette fonction avec celle de salarié de la société, c'est à la condition que le contrat de travail soit une convention réelle et sérieuse qui correspond à une fonction réellement exercée et qu'il soit caractérisé par un rapport de subordination de salarié à employeur qui est l'élément essentiel du contrat de travail.

En l'espèce, il se dégage des pièces versées et notamment du contrat de travail signé entre parties le 27 juillet 2005, que la société A avait engagé B en tant que cuisinier, et ce plus d'un an avant sa nomination en tant que gérant technique de la société A et que c'est suite à cette nomination que la société A a obtenu l'autorisation d'établissement aux fins d'exploiter un débit de boissons alcooliques.

Il se dégage encore du certificat d'affiliation que B fut affilié en tant qu' « ouvrier » de la société A. Il est par ailleurs constant que B touchait un salaire sur base de son contrat de travail.

Il se dégage encore des conclusions concordantes des parties sur ce point que la fonction de cuisinier exercée par B correspondait à une activité réelle de celui-ci auprès de son employeur.

Le fait qu'il s'agissait en l'espèce d'une petite structure et qu'il se dégage de l'attestation d'E que B dont il était l'assistant était chef de cuisine ne permet pas de conclure que les fonctions de cuisinier et de gérant technique étaient en l'espèce indissociables. Une telle conclusion ne saurait pas non plus être déduite du fait que B disposait conformément à la décision de l'assemblée générale extraordinaire du 1er juin 2006 d'un pouvoir de signature conjointe avec la gérante administrative F.

Au contraire, il résulte de l'attestation de G qui a travaillé pendant quatre années en qualité de pizzaiolo avec B que celui-ci n'a jamais organisé le service des vacances et des congés hebdomadaires des salariés et qu'il n'a pas non plus établi les fiches de salaire qui furent établies par le comptable lequel fut contacté à cet effet par « l'associée responsable » H.

Il résulte encore de la lettre de licenciement de B du 29 juillet 2008 que celle-ci fut signée par « l'associée responsable » H., laquelle indique qu'elle met un terme à la relation de travail.

Il ressort enfin de la lettre de motivation du 27 août 2008 que l'un des motifs de licenciement de B était son refus de suivre une formation de pizzaiolo afin de pourvoir au remplacement de celui-ci en cas d'absence, ce qui contredit encore l'allégation de la société A quant à l'absence d'un lien de subordination de son salarié.

La société A offre en dernier lieu de prouver par l'audition de témoins les faits suivants :

« Que depuis l'année 2006, sans préjudice de date plus exacte, et jusqu'au retour de son licenciement, B approuvait les congés des différents salariés employés par la société A s.à r.l.,
Que, pour la même période, B ne recevait d'ordre de personne au sein de la société A s.à r.l.,
Que, pour la même période, B n'avait pas de supérieur hiérarchique au sein de la société A s.à r.l. »

Or, cette offre de preuve est d'ores et déjà contredite par les autres éléments de la cause et notamment par le fait que la société A reproche dans la lettre de motivation

à son ancien salarié d'avoir refusé de suivre une formation de pizzaiolo. En outre, cette offre de preuve n'est pas pertinente dans la mesure où elle tend à prouver que c'était B qui « approuvait » les congés mais ne les arrêtait pas.

Il en suit que c'est à bon droit que le tribunal du travail a conclu que la société A n'avait pas rapporté la preuve du caractère fictif du contrat de travail et qu'il a partant rejeté l'exception d'incompétence du tribunal saisi.

- quant à la forclusion de la demande :

La Cour renvoie sur ce point à la motivation exacte du tribunal du travail quant à l'effet interruptif produit par la lettre de réclamation du salarié en date du 26 septembre 2008, de sorte qu'il y a lieu encore de confirmer sur ce point le jugement entrepris.

- quant à la précision des motifs :

La Cour renvoie à cet égard au texte de la lettre de motivation du 27 août 2008 ci-avant reprise.

Sur ce point l'appelante fait grief au tribunal d'avoir retenu que la lettre de motivation était conçue en des termes trop généraux. Elle soutient qu'un salarié qui se prévaut d'une ancienneté de 23 ans dans la restauration connaît les règles d'hygiène basiques imposées à ce type d'établissement. B aurait également su de par ses fonctions, le surcoût engendré par l'emploi d'extras pour la confection de pizzas, de même que les quantités achetées. En outre, une indication temporelle n'aurait été nullement nécessaire dès lors que les faits gisants en cause se reproduisaient quotidiennement. Enfin l'offre de preuve formulée en première instance n'aurait apporté que des précisions quant aux dates et faits énoncés dans la lettre de motivation.

C'est à bon droit que le tribunal du travail, au vu de la formulation en termes généraux de la prédite lettre de motivation, a conclu à son caractère imprécis et partant au caractère abusif du licenciement.

En effet, et même si l'appelant considérait que les griefs reprochés à son salarié, notamment des manquements aux règles d'hygiène ou aux renouvellements de la carte du restaurant se reproduisaient quotidiennement, elle n'était pas pour autant dispensée de son obligation de préciser les différents manquements reprochés quant à leurs dates et circonstances objectivement identifiables, pour permettre au salarié d'apprécier l'opportunité d'une action en justice ou d'en faire la preuve contraire.

C'est encore à bon droit que les juges de première instance ont relevé que l'offre de preuve présentée par l'employeur ne pouvait pallier la carence de lettre de motivation en matière de précision et l'a partant rejetée.

- quant à l'ancienneté du salarié :

Les parties sont contraires en fait quant à l'ancienneté de service de B, partant également quant à l'ampleur de son indemnisation suite au licenciement abusif dont il a été victime.

B se prévaut d'une ancienneté de service 23 ans au motif qu'il y lieu de prendre en compte la durée totale de son service depuis 1985 auprès du même employeur. Il fait valoir qu'en l'espèce les frères C apparaîtraient dans toutes les sociétés lesquelles, à l'exception de la société I, se seraient également trouvées à la même adresse. Dès lors, il importerait peu que leur salarié ait été déplacé d'une société à une autre, voire que cette société ait changé de nom, alors que seule la fidélité à l'employeur devrait être prise en considération au sens de l'article L.124-7 du code du travail.

En ordre subsidiaire et dans le cas où la Cour serait d'avis que les frères C n'ont rien à voir avec la société A, il y aurait lieu de considérer que la pizzeria avait été rachetée sinon l'exploitation transférée par la société J à la société A et qu'il y aurait eu transfert d'entreprise au sens de l'article L.127-2 du code du travail.

La société A au contraire soutient qu'il n'a pas existé de tels liens étroits entre toutes les sociétés. En effet, il résulterait de l'aveu même de B que les sociétés n'avaient pas toujours le même siège social. La pizzéria I serait même une concurrente de l'appelante. Enfin, il résulterait des statuts de la société A que le bénéficiaire économique de la société n'était nullement l'un des frères C mais une société K Luxembourg s.a. ayant souscrit 73 parts sociales sur 100 de la société.

Il y a lieu d'abord de relever que contrairement à l'argument de la société A, B n'a pas presenté de demande nouvelle en se prévalant de l'article L.127-2 du code du travail ; il n'a soulevé qu'un moyen nouveau permis en appel.

Il convient de rappeler que les indemnités compensatoires de préavis et de départ, à allouer au salarié licencié sont fonction de son ancienneté, concept qui repose essentiellement sur l'idée de fidélité à l'entreprise. Par conséquent, c'est l'intégralité du service qui doit être prise en considération pour le calcul de l'ancienneté et le simple transfert d'un salarié d'une société vers une autre société créée et/ou gérée par les mêmes personnes, n'a pas d'incidence sur l'ancienneté qui commence donc avec la première entrée au service du salarié dans l'entreprise.

En effet, des sociétés juridiquement distinctes comme en l'espèce peuvent constituer en matière de droit du travail une unité économique et sociale, considérée comme une seule entreprise.

En effet, ainsi que l'a constaté à bon escient le tribunal du travail, il résulte du certificat d'affiliation du Centre commun de la sécurité sociale que depuis le 8 août 1985, B a été successivement au service des entreprises C 1 PIZZERIA D, L s-à r.l., I s.à r.l.; J s.à r.l. et A s.à r.l. Il appert aussi des statuts des différentes sociétés versés en cause que celles-ci avaient toujours pour objet l'exploitation d'un débit de boissons, respectivement d'une pizzeria ou d'un restaurant, qu'elles avaient également toujours comme associés et/ou dirigeants les deux frères 1 C et 2 C ou l'un des deux et que leur siège social se trouvait, sauf pour I, toujours à la même adresse.

Il se dégage par ailleurs des deux derniers contrats de travail et plus particulièrement du dernier contrat de travail entre la société A et B que celui-ci avait gardé l'ancienneté acquise auprès de son employeur précédent. Il résulte enfin de l'extrait de l'assemblée générale de la société A du 1er juin 2006 que jusqu'à cette date, 2 C avait encore été le gérant technique de la société pour la branche « restauration ». Il y a lieu d'en déduire qu'il n'y jamais eu interruption réelle de service, même si les associés fondateurs de la société A n'auraient plus été les frères C ou l'un d'eux.

Il s'ensuit et sans qu'il n'y ait lieu procéder à une mesure d'instruction complémentaire que c'est à juste titre que le tribunal du travail a pris en considération la date d'entrée en service le 8 août 1985 auprès de l'établissement C 1 PIZZERIA D et qu'il a fixé l'ancienneté de B à 23 ans.

- les montants indemnitaires :

La Cour constate que tant l'indemnité compensatoire de préavis de six mois que l'indemnité de départ de trois mois ont à bon escient été allouées au salarié par le tribunal du travail en application des articles L.124-6 et L.124-7 du code du travail eu égard à l'ancienneté de service de 23 années du salarié.

Contrairement encore aux conclusions de l'appelante, l'indemnité compensatoire constitue un forfait et n'est pas tributaire du fait que le salarié avait retrouvé le 17 novembre 2008 un nouvel emploi. Il convient encore d'entériner la motivation exacte du tribunal du travail quant au calcul de l'indemnité compensatoire de préavis.

Le tribunal du travail a également correctement énoncé les principes applicables en matière d'indemnisation du préjudice matériel d'un salarié abusivement licencié.

En effet, et contrairement encore aux conclusions de l'appelante, il ne saurait être reproché à B de ne pas avoir effectué des recherches d'emploi ou de ne pas avoir minimisé son dommage, alors qu'il avait rapidement retrouvé un emploi, même s'il était moins bien rémunéré. C'est dès lors à juste titre que le tribunal du travail a fixé la période de référence à six mois à partir de la fin de la période de préavis de deux mois lui accordée, soit à partir du 1er octobre 2008 jusqu'au 31 mars 2009, et qu'il a tenu compte du salaire moins élevé du nouveau contrat de travail du 17 novembre 2008 pour déterminer l'ampleur du préjudice matériel subi.

Il convient dès lors encore de confirmer sur ce point le jugement entrepris.

En ce qui concerne par contre l'évaluation du préjudice moral, la Cour estime au vu de l'atteinte portée la dignité du salarié, à la durée des relations de travail ainsi que des circonstances dans lesquelles le congédiement s'est opéré que la somme de 6.000 euros allouée par la juridiction de première instance répare adéquatement le préjudice moral subi.

Le jugement est encore à confirmer sur ce point.

- <u>le recours de l'ETAT :</u>

Au vu des développements qui précèdent, c'est à bon droit et pour les motifs que la Cour adopte que le tribunal du travail a fait droit à la demande de l'ETAT ès qualités qu'il agit contre la société A en paiement du montant de 3.257,98 euros correspondant au montant des indemnités de chômage avancées à B pendant la période du 1er octobre 2008 au 16 novembre 2008.

La société A conclut encore à la réformation du jugement entrepris quant à l'allocation d'une indemnité de procédure de 750 euros à B.

Or, c'est à bon droit et pour le motif que la Cour adopte que le tribunal du travail a fait droit à cette demande pour le montant de 750 euros.

Il serait encore inéquitable de laisser à charge de B la totalité des frais irrépétibles exposés en instance d'appel et non compris dans les dépens.

Compte tenu de la complexité de l'affaire et des devoirs requis, il convient d'allouer à B une indemnité de procédure de 1.000 euros pour l'instance d'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 ;

le dit non fondé ;

confirme le jugement entrepris;

dit fondée la demande de B en allocation d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel ;

partant condamne la société à responsabilité limitée A s.à r.l. à payer à B une indemnité de procédure de 1.000 euros pour l'instance d'appel ;

condamne la société à responsabilité limitée A s.à r.l. à tous les fais et dépens de l'instance avec distraction au profit de Maître Georges PIERRET et de Maître Yvette NGONO YAH qui la demandent affirmant en avoir fait l'avance.