Exempt - appel en matière de droit du travail.

Audience publique du treize février deux mille quatorze.

Numéro 38132 du rôle

Composition:

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

E n t r e :

A, demeurant à L-(…),

appelant aux termes d'un exploit de l'huissier de justice suppléant Luc KONSBRUCK de Luxembourg du 16 novembre 2011,

intimé sur appel incident,

comparant par Maître Andrée BRAUN, avocat à la Cour à Luxembourg,

e t :

1)la société anonyme B 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 KONSBRUCK,

intimée sur appel incident,

comparant par Maître Florence HOLZ, 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 KONSBRUCK,

appelant par incident,

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

LA COUR D'APPEL:

Vu l'ordonnance de clôture de l'instruction du 3 octobre 2013.

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

A a été aux services de la société anonyme B S.A. en vertu d'un contrat de travail du 1er septembre 1991 et d'un avenant audit contrat de travail signé le 1er janvier 1999. Par lettre recommandée du 12 mars 2010, il a été licencié avec un préavis de six mois prenant cours le 15 mars 2010 pour se terminer le 14 septembre 2010.

Suite à sa demande en communication des motifs de son licenciement, la société B a fait parvenir le 16 avril 2010 à A une lettre de motivation de la teneur suivante :

«(...) La société B S.A. occupe actuellement deux salariés à mi-temps et vous-même à plein temps.

Elle exploite trois domaines d'activité :

- *la domiciliation représentant en 2008 près de 40.000 € de chiffre d'affaires,*
- *les opérations diverses comptables représentant toujours en 2008 environ 25.000 € de chiffre d'affaires,*
- *l'activité relative aux sociétés Offshores ayant rapporté en 2008 273.196 €.*

La société B S.A. a accusé en 2008 un déficit de 24.720 € succédant à une situation bénéficiaire en 2007 de 86.475,48 €. La situation s'est aggravée en 2009, alors que le résultat global de l'exercice a été déficitaire à concurrence de 162.714 €. Après l'établissement du bilan de 2009, le résultat de la société a été arrêté à – 17.557,99 €.

Depuis plus de dix ans, vous vous occupez exclusivement des sociétés Offshore et ce avec l'aide de votre assistante, Mme C.
Or, comme suite à la crise économique de l'automne 2008, ce département a connu un très net ralentissement.
En 2009, le résultat de cette activité a chuté de 20 % ne représentant plus que 214.308 €. Après l'établissement du bilan 2009, ce chiffre a été revu au montant de 180.000 €. Les estimations pour 2010 sont des plus pessimistes alors que le résultat envisagé est seulement de 140.000 €.
Dans une moindre mesure, la situation a été identique pour l'activité intitulée « Sales – New Companies – Foreign » et « Sales – New Companies – Luxembourg », mais insuffisamment pour arriver à l'équilibre..
Cette situation catastrophique a été quelque peu redressée grâce à l'activité de gestion et domiciliation mais insuffisamment pour arriver à l'équilibre.
Les frais attachés au fonctionnement de ce département sont devenus bien trop lourds au vu des derniers résultats réalisés.
Si l'on tient compte uniquement des charges salariales, les dépenses sont supérieures au résultat de l'activité de près de 11.000 €.
En effet, à votre salaire, il convient d'ajouter celui de votre collaboratrice, ainsi que les frais de prestations ponctuelles d'un fiscaliste, d'un comptable, d'un réceptionniste et du service de nettoyage, ce qui représente au total une charge de (101.000 + 54.000 + 30.000 + 20.000 + 13.000 + 8.000) = 226.000 € pour un résultat de 214.308 €.

Pour être complet, il faut encore ajouter le coût du loyer et des frais de bureau, représentant une charge supplémentaire de 25.333 €.
La perte réalisée sur la seule activité tenant aux sociétés Offshores au cours de l'exercice 2009, soit (214.308 – (226.000 + 25.333€) = -87.025 €, n'est plus économiquement supportable à l'avenir, d'autant que le résultat global de l'exercice 2009 a été lui-même déficitaire à concurrence de 162.714,65 €.

Votre poste de travail a dès lors été supprimé. Votre licenciement est uniquement fondé sur les nécessités d'organisation de l'entreprise.(…) »

Par requête du 3 février 2011, A a fait convoquer son ancien employeur devant le tribunal du travail pour l'entendre condamner du chef de son licenciement qu'il qualifia d'abusif les montants indemnitaires plus amplement détaillés dans sa requête introductive d'instance. Il demanda également une indemnité de procédure de 2.500 euros.

Par la même requête, A fit convoquer l'ETAT DU GRAND-DUCHE DE Luxembourg, pris en sa qualité de gestionnaire du Fonds pour l'Emploi, sur base de l'article L.521-4 du code du travail.

Il contesta tant la précision que la réalité des motifs invoqués par la société B. En ordre subsidiaire, il demanda l'instauration d'une expertise comptable.

La société B conclut au rejet de la demande. En ordre subsidiaire, elle formula une offre de preuve par témoins tendant à établir sa version des faits.

L'ETAT ès qualités demanda la condamnation de la société B au remboursement du montant de 48.131,50 euros du chef d'indemnités de chômage versées à A.

Par jugement contradictoire du 10 octobre 2011, le tribunal du travail dit la demande de A et celle de l'ETAT ès qualités non fondées.

Pour statuer comme il l'a fait, le tribunal du travail a considéré que la lettre de motivation répondait aux critères de précision se dégageant de la loi et de la jurisprudence et que le caractère réel et sérieux des motifs invoqués à la base du licenciement était établi à suffisance au vu des documents comptables versées en cause.

Par exploit d'huissier du 16 novembre 2011, A a relevé appel de ce jugement.

Il conclut, par réformation, à entendre déclarer le licenciement du 12 mars 2010 irrégulier et abusif pour défaut de précision des motifs, subsidiairement pour absence de pertinence et de réalité des motifs invoqués, et en ordre tout à fait subsidiaire pour défaut de faits d'une gravité suffisante pour justifier son licenciement. Il demande la condamnation de la société B à lui payer le montant de 142.000 euros + p.m., à savoir 42.000 euros à titre de dommage matériel et 100.000 euros à titre de dommage moral ou toute autre somme même supérieure à dire d'expert ou à arbitrer par la Cour. Il demande en outre une indemnité de procédure de 2.500 euros.

La société B conclut à la confirmation du jugement entrepris et à l'allocation d'une indemnité de procédure 1.500 euros.

L'ETAT agissant en sa qualité de gestionnaire du Fonds pour l'Emploi, interjette appel incident contre le jugement de première instance et demande de condamner la B, sinon A, au règlement du montant actualisé de 49.771,89 euros avancé au titre d'indemnités de chômage pendant la période de septembre 2010 à septembre 2011.

- En premier lieu, A fait grief au tribunal du travail d'avoir considéré que les motifs fournis par son ancien employeur étaient d'une précision suffisante.

Or, comme l'ont retenu à juste titre les premiers juges ce moyen n'est pas fondé, dans la mesure où la lettre de motivation indique que depuis 2008 la société B

accuse un résultat déficitaire, que la situation s'est aggravée en 2009 en raison d'un important ralentissement de l'activité offshore et que les frais attachés au fonctionnement de ce département sont devenus trop lourds au vu des derniers résultats, raison pour laquelle elle a décidé de supprimer le poste de travail de A, tous ces éléments étant plus amplement détaillés dans la susdite lette de motivation.

- En deuxième lieu, A fait grief au tribunal du travail d'avoir estimé que les seuls documents comptables versés par la société B suffisaient pour conclure à l'absence de doute quant à la réalité des données fournies dans les bilans et comptes de profits et pertes de la société, sans même recourir à une expertise comptable ou à l'offre de preuve par la voie testimoniale formulée par son ancien employeur.

Il expose que la société B fait partie d'un groupe de sociétés qui, à l'époque de son licenciement, se composait de trois sociétés : la société B, la société D Luxembourg S.A. et la société E & Cie. Ces trois sociétés auraient formé une unité économique et sociale et auraient été dirigées par le même associé majoritaire, M.E.

Il y aurait eu confusion de patrimoines, dans la mesure où dans le cadre de son contrat de travail avec la société B, il avait presté des services pour le compte de la société D.

Ses services et ceux de son assistante, de même que ceux d'autres collaborateurs ne travaillant pas à temps plein pour la société D auraient été facturés par la société E qui aurait perçu un pourcentage sur les frais facturés aux clients pour la constitution et la gestion de sociétés constituées au Luxembourg. Or, il n'y aurait jamais eu de facturation directe entre la société B et la société D.

Dès lors ce serait à tort que la société B alléguerait avoir dû procéder à son licenciement afin de réduire les charges salariales figurant dans les comptes de la société, alors pourtant que les bénéfices réalisés pour le compte de la société D n'y étaient pas comptabilisés. Les documents comptables versés en cause seraient déficitaires, ceci par un choix déterminé des propriétaires des parts sociales des différentes sociétés.

En outre, il aurait été le responsable du service conseil tant pour les sociétés onshores que offshores et non exclusivement pour ces dernières comme le prétendrait à tort l'intimée en alléguant que son activité au sein de la société D n'avait plus été lucrative et avait engendré plus de charges que de profit.

Après une période de crise devant être qualifiée de générale sur le marché des finances et sur le marché des fiducies en 2008, la société B aurait été en train de se rétablir alors que sa perte comptable de 24.720 euros en 2008 se serait réduite à 17.548 euros en 2009.

En ce qui concerne le résultat global de l'exercice déficitaire de 2009 de l'ordre de 162.714 euros, il s'agirait en l'occurrence d'une perte artificiellement gonflée pour les besoins de la cause. Les pièces versées en cause ne permettraient en effet pas de vérifier si effectivement le secteur de l'activité dont il s'était occupé s'était effondré dans le mesure alléguée par l'intimée.

Le motif de la réorganisation des services pour des motifs économiques serait encore contredit par le fait que le licenciement de l'unique salarié responsable de la société ne se justifierait pas. Finalement et compte tenu du nombre restreint de personnes travaillant pour les trois sociétés, leurs charges auraient dû être partagées.

La société B au contraire fait valoir que la décision de supprimer un poste de travail dans le but d'une réduction des coûts était légitime au regard de la dégradation de son chiffre d'affaires et que l'employeur devrait être admis à prendre les mesures qui s'imposent sans devoir attendre que les perspectives les plus négatives se soient pleinement réalisées.

Elle fait état du ralentissement net de l'activité tenant aux sociétés offshores dont s'occupait A et une assistante. Même si le bilan ne renseignerait pas le résultat de chaque activité, les chiffres communiqués auraient été établis sur base de documents comptables internes.

Elle conteste les allégations adverses tenant à la comptabilisation de « bénéfices » dans les comptes de la société D en lieu et place de ceux de la B. Aucun élément du dossier ne permettrait au salarié d'affirmer comme il le fait que les trois sociétés, juridiquement distinctes, constitueraient une unité économique et sociale au sens du droit du travail.

A présenterait une situation tronquée de la réalité dans le but de créer une confusion entre des entités distinctes qui menaient une activité commerciale indépendante.

Le chef d'entreprise, étant seul responsable des risques assumés, bénéficie corrélativement du pouvoir de créer, de modifier ou de fermer l'entreprise.

Ses pouvoirs de décision quant à l'organisation ou la réorganisation de l'entreprise, quant au choix discrétionnaire dans le licenciement, ne souffrent exception que lorsque le congédiement est sans lien avec la réorganisation et ne constitue qu'un prétexte ou est exercé avec légèreté blâmable.

Si la charge de la réalité et du sérieux des motifs économiques invoqués incombe à l'employeur, celle du caractère fallacieux appartient au salarié (cf. Cour 14 juillet 2009, no 34077 du rôle).

En l'espèce, il se dégage des documents comptables versés par la société B que l'exercice 2008 était déficitaire à hauteur de - 24.720,72 euros.

Il ressort encore de la balance provisoire des comptes généraux au 31 décembre 2009 que la société B accusait à cette date, comme elle l'a fait valoir dans sa lettre de motivation, un résultat négatif de -162.714,65 euros, même si le bilan établi postérieurement à la rédaction de cette lettre, dégagea un résultat global déficitaire de - 17.548 euros d'un import légèrement inférieur à celui de l'exercice précédent.

En ce qui concerne la baisse alléguée du chiffre d'affaires, il ressort de la comparaison des chiffres réalisés au cours des deux derniers exercices par la société B que si en 2009 le chiffre d'affaires s'élevait encore à 340.059,33 euros, il avait diminué en 2009 à 219.805,42 euros, toutes activités confondues.

Suivant le compte de profits et pertes, le montant des frais de personnel s'élevait par contre en 2009 à 197.909,90 euros.

Il se dégage enfin de la comparaison des chiffres d'affaires réalisés par les activités *« Sales New Companies-Foreign »* et *« Sales New Companies-Luxembourg »* au cours des années 2008 et 2009 que ceux-ci avaient également chuté de 135.773 euros à 51.381 euros, respectivement de 45.823 euros à 26.448 euros.

Tant que la preuve que ces chiffres soient fallacieux – preuve qui incombe à A – n'est pas rapportée, il ne saurait être reproché à l'employeur d'avoir décidé de réduire les frais de fonctionnement de son entreprise en supprimant d'abord le poste de travail du secteur d'activités qui accusait le plus grand ralentissement, en l'occurrence celui des nouvelles sociétés offshores dont s'occupait principalement A et une assistante.

Pour démontrer le caractère fallacieux des motifs économiques avancés par la société B, A invoque les attestations testimoniales de deux collaboratrices F et H. C suivant lesquelles il s'occupait de la constitution de sociétés luxembourgeoises et offshores ainsi que de tous les autres services rendus par la société D, sans cependant que ses prestations eussent été facturées par la société B.

A l'appui de ses dires, il invoque également la brochure de la société D renseignant son nom comme personne de contact.

Il argumente encore que ses prestations étaient facturées par la société E à la société D et que la société B n'expliquerait pas pourquoi son salaire parfois avait été payé par la société E.

Finalement, il résulterait des attestations versées en cause qu'après son départ, d'autres salariés, y compris des stagiaires avaient été engagés.

Compte tenu du caractère lacunaire des pièces versées par la société B, il y aurait dès lors lieu d'enjoindre à cette dernière de verser, sous peine d'une astreinte de 100 euros par document et par jour de retard, la comptabilité interne et interagissante, bilans, comptes de profits et de pertes pour les années 2008 à 2010) des trois sociétés en cause.

En ordre subsidiaire, A demande l'institution d'une expertise comptable afin de vérifier sur base des factures et autres documents comptables de la société B si elle avait perçu des revenus du fait de l'activité de son salarié au sein de la société D. L'expert devrait constater si tout au long de l'exécution de son contrat de travail, la société B avait émis des factures à l'attention de la société D. Si tel n'était pas le cas, cela signifierait que les bénéfices qu'il a réalisés n'ont pas été comptabilisés par la société B.

La société B ne conteste pas qu'il ait existé un partenariat commercial entre les trois entités, la société D comme apporteur d'affaires et les sociétés B et E comme prestataires de services. Selon elle, il est de pratique commerciale courante que l'apporteur d'affaires, sous-traitant tout ou partie d'une prestation de service vendu à son client, facture à celui-ci outre les frais du sous-traitant un montant couvrant ses propres frais en lui permettant de dégager un bénéfice. A défaut de procéder ainsi, l'apporteur d'affaires ne saurait continuer son activité faute de bénéfice dégagé par la réalisation de son objet social.

Elle ne conteste pas non plus que A ait, dans le cadre de son contrat de travail, travaillé sur des dossiers qui lui avaient été apportés ou sous-traités par la société D, mais seulement dans le domaine d'activité des sociétés offshore. Elle aurait perçu des revenus du fait de l'activité de son salarié en son sein. Le salarié n'aurait cependant pas presté son travail au sein de la société D.

Agissant comme sous-traitant, prestataire de services, elle aurait facturé à la société D ou à la société E un montant inférieur à celui que ces sociétés pouvaient facturer à leur propre client.

Contrairement aux conclusions de l'appelant, ses résultats n'auraient été reversés à aucune autre société.

Il n'existerait aucune comptabilité parallèle quoi que le salarié le prétende. Dès lors la demande en production forcée d'une telle comptabilité qui n'existe pas serait sans fondement aucun. En outre, elle ne saurait contraindre de quelque manière que ce soit des sociétés tierces à produire leurs documents comptables. Seuls les bilans publiés au registre du commerce lui seraient accessibles, tout comme ils le seraient pour le salarié.

L'offre de preuve par voie d'expertise comptable serait également à rejeter pour défaut de pertinence et de précision, alors qu'elle ne comprendrait aucune période d'analyse et qu'elle ferait d'ores et déjà état de l'existence d'une prestation de service directe du salarié de la société B pour une société tierce, la société D, alors que cet élément ne serait pas établi et serait formellement contesté.

En ordre subsidiaire, elle formule une offre de preuve par la voie testimoniale tendant à établir sa version des faits allégués à la base du licenciement.

F employée auprès de la société E relate dans son attestation testimoniale que pendant toutes les années qu'elle travaillait avec A, celui-ci avait acquis de bonnes connaissances dans son métier et obtenu de plus en plus de responsabilités. Il aurait travaillé dans la comptabilité, la gestion et l'administration des sociétés luxembourgeoises et étrangères avec un contact-client de grande qualité. Mr. E aurait continué à engager du personnel, signe pour les employés que la situation financière était bonne. D aurait régulièrement reçu des factures de la société E et non pas de la société BE pour les services rendus par A et de son assistante pour la constitution de sociétés luxembourgeoises et étrangères et des services « extras » rendus pour D. L'argent aurait été utilisé par l'actionnaire majoritaire Mr.E pour payer les salaires tant des employés de la société E que de la société B. La société B aurait eu une activité très réduite et quasi nulle, car *« la majorité passait par la société E ».*

H. C qui était l'assistante de A a confirmé ces dires en ajoutant que depuis le départ de A d'autres personnes, y compris des stagiaires avaient été engagés par la société.

Force est de constater que la description des relations entre les trois sociétés telle que fournie par F et H. C dans leurs attestations testimoniales, même à admettre qu'elles travaillaient quotidiennement avec A, est trop générale et vague pour refléter leur fonctionnement réel et pour démentir les documents comptables versés par l'intimée.

Ceux-ci ont été contrôlés par le commissaire aux comptes G qui dans ses rapports annexé aux bilans des exercices 2008 et 2009 a constaté qu'ils ont été établis *« in aggrement with the accounting records and supporting vouchers which have been presented to me ».* Le commissaire aux comptes a également confirmé dans son

attestation testimoniale la facturation des prestations fournies au profit de la société E par la société B. Contrairement aux conclusions de A, même si le commissaire aux comptes ne travaillait pas quotidiennement avec lui, ses déclarations ne sont pas moins crédibles, dans la mesure où précisément le témoin, en raison de ses compétences en la matière, était appelé à vérifier les comptes de la société sur base des pièces lui soumises.

La brochure publicitaire de la société D qui indique simplement le nom de A comme personne de contact à Luxembourg pour les clients intéressés par une stratégie off-shore, n'est pas non plus de nature à ébranler la foi attachée aux bilans et documents comptables versés en cause.

Enfin, la simple constatation qu'une même personne physique au sein des trois sociétés ait eu un rôle prépondérant ne suffit pas à caractériser l'existence d'une unité économique et sociale.

Au vu des explications de la société B qu'elle ne disposait pas des liquidités nécessaires pour s'acquitter des montants dus à son salarié et du fait qu'il résulte des pièces que les montants étaient comptabilisés par la société B, l'unité économique ne saurait pas non plus être déduite du fait que A produit trois virements de sa rémunération émanant de la société E.

A défaut d'éléments de preuve de nature à caractériser une unité économique et sociale entre les trois sociétés et à rendre vraisemblable la thèse de A, il n'y a pas lieu d'ordonner la production des documents comptables internes des trois sociétés.

Il en découle encore que l'offre de preuve par expertise comptable est également à rejeter pour défaut de pertinence.

Les déclarations de F et d'H. C quant à l'engagement de nouvelles personnes après le départ de A sont infirmées par le relevé historique des comptes généraux de la société B pour la période de janvier 2009 à décembre 2010 faisant état d'une réduction à concurrence d'environ la moitié du montant des salaires depuis le 15 septembre 2010, respectivement par le fait que H, F et H. C ont également été licenciées ultérieurement.

Il suit des développements qui précèdent et sans qu'il n'y ait lieu de procéder à une mesure d'instruction complémentaire que l'appel de A n'est pas fondé et qu'il y a lieu de confirmer le jugement entrepris.

L'ETAT DU GRAND-DUCHE DE LUXEMBOURG a relevé appel incident et réclame à titre de remboursement des indemnités de chômage un montant de 49.771,89 euros.

L'appel incident est recevable.

A défaut de licenciement abusif, les premiers juges ont à bon droit rejeté la demande de l'ETAT en remboursement des indemnités de chômage dirigée contre la société B.

Dans un ordre subsidiaire, l'ETAT réclame le montant de 49.771,89 euros à A.

Cette demande est à rejeter, le remboursement des indemnités de chômage ne pouvant être réclamé qu'au salarié dont le licenciement avec effet immédiat a été reconnu régulier.

A, qui est à condamner aux frais et dépens de l'instance, est à débouter de sa demande en paiement d'une indemnité de procédure de 2.500 euros.

La Cour ne dispose pas d'éléments faisant paraître inéquitable de laisser à charge de la société B les frais irrépétibles de l'instance d'appel. La société B est partant à débouter de sa demande en obtention d'une indemnité de procédure de 1.500 euros.

PAR CES MOTIFS :

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

reçoit les appels principal et incident ;

les dit non fondés ;

partant **confirme** le jugement entrepris ;

déboute les parties de leurs demandes en obtention d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel ;

condamne A aux frais et dépens de l'instance d'appel et en ordonne la distraction au profit de Maître Florence HOLZ et de Maître Georges PIERRET qui la demandent affirmant en avoir fait l'avance.