Exempt - appel en matière de droit du travail.

Audience publique du cinq février deux mille quinze.

Numéro 38666 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 :

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

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Pierre BIEL de Luxembourg du 1er juin 2012,

comparant par Maître Guy CASTEGNARO, avocat à la Cour à Luxembourg,

e t :

B, demeurant à L-(…),

intimé aux fins du susdit exploit BIEL,

comparant par Maître Claude BLESER, avocat à la Cour à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL:

Vu l'ordonnance de clôture de l'instruction du 4 février 2014.

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

B, actif dans le domaine de la domiciliation, a fondé le 12 décembre 1989, ensemble avec son épouse, la société C S.A. qui a exercé des activités de domiciliation.

B et son épouse étaient administrateurs de cette société dès sa constitution et B était administrateur-délégué.

Suivant contrat, intitulé contrat de travail, signé le 1er juillet 1990, B a été engagé comme « managing director » par la société C S.A..

B créa en 1999, par l'intermédiaire de la société C S.A., la société E S.A., qui prit ensuite la dénomination A S.A., en abrégé et ci-après la société A S.A..

Le 17 décembre 2002, la société D S.A., dont 100 % des parts sociales appartenaient à B, a acquis les parts sociales de la société A S.A..

Le 1er janvier 2004, la société A S.A. reprit les activités de domiciliation de la société C S.A. *« y compris les moyens et personnels nécessaires à l'exercice des secteurs d'activité transférés ».*

Dans le contexte de cette reprise de personnel un écrit dénommé *« avenant au contrat de travail à durée indéterminée signé le 1er juillet 1990 »* est intervenu en date du 1er mars 2004 entre la société A S.A. et B.

Cet écrit est rédigé en les termes suivants :
« (...) M. B faisant partie du personnel concerné, son contrat de travail est transféré à la société THE E S.A. en application de la loi du 19 décembre 2003 concernant le maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprise.
L'employé bénéficie dès lors de l'ancienneté de service acquise auprès de son ancien employeur, la société C S.A. et continuera son travail sous les mêmes conditions que celles fixées au contrat de travail signé le 1 juillet 1990 avec son ancien employeur.
De façon générale l'employeur reprend à son propre compte toutes les obligations pouvant encore résulter à ce jour à charge de la société C S.A. du fait du contrat de travail ayant existé entre l'employé et cette dernière. »

F, également actif dans le domaine de la domiciliation, et B eurent l'idée de fusionner leurs activités.

Dans ce contexte, une entrée au capital de la sociéte A S.A. de F, de G, et de H, respectivement des sociétés contrôlées par eux, a été décidée.

Cette entrée impliquait une cession des parts sociales de la société D S.A. aux nouveaux actionnaires et a donné naissance à une convention entre actionnaires, signée le 18 décembre 2006.

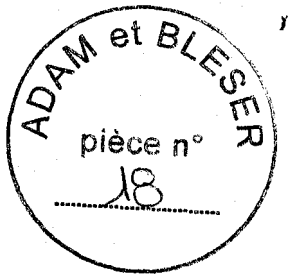
L'article 27 de la convention a la teneur suivante :
« B percevra à partir du 1er janvier 2007 au titre d'indemnités et de salaire (tous autres avantages compris) un montant annuel total de 400.000 EUR. B continuera à travailler à temps plein jusqu'au 1.1.08. A partir de cette date, il pourra réduire son activité à 70 %, tout en acceptant également une réduction proportionnelle de son indemnité et de son salaire. A partir du 1.7.08, B pourra réduire son activité à 50 %, avec une réduction proportionnelle de son indemnité et salaire ».

La convention contient sub 37) une clause d'arbitrage conçue comme suit :
« En cas de contestation de quelque nature que soit entre les parties et relatives au contenu ou à l'exécution du présent contrat, il est fait attribution spéciale à l'organisme arbitral ci-après désigné : la Chambre de Commerce de Luxembourg. Tous différends découlant du présent contrat seront tranchés définitivement suivant les dispositions des articles 1224 et suivants du code de procédure civile Luxembourgeois. »

Depuis le 1er janvier 2007, F, par l'intermédiaire de la société I S.A., détenait 50 % des parts sociales de la société A S.A., G, par l'intermédiaire de la société J S.A., détenait 20 % des parts sociales, H détenait 5 % des parts sociales et B, par l'intermédiaire de la société D S.A., détenait 25 % des parts sociales.

Le Conseil d'administration comprenait à partir de cette date comme administrateurs B, F, G et H, B.

Par lettre recommandée du 3 juillet 2009, B a été licencié avec effet immédiat dans les termes suivants :
«



« E EUROPE SA

(...)

M. B
(...)

LETTRE RECOMMANDEE AVEC AR

Luxembourg, le 3 juillet 2009

Monsieur,

Par la présente, nous résilions votre contrat de travail avec effet immédiat.

Les motifs de votre licenciement sont les suivants :

1.Bien que vous ayez vendu, au prix fort, vos clients à une entité commune E Europe SA et que vous n'ayez plus détenu que 25% des actions de E Europe SA et qu'en plus vous ayez accepté une situation de salarié au sein de cette société sous la direction de H, vous ne vous êtes jamais comporté comme salarié et vous avez toujours cru, à tort, posséder seul les clients cédés à E Europe SA.

L'absence caractérisée d'insubordination malgré de nombreux rappeB de la part de la direction et du conseil d'administration sera démontrée concrètement dans les différents points qui suivent.

2.Depuis le 01.01.07, et malgré de nombreuses demandes de la part de H, vous n'avez jamais remis aucun décompte justificatif concernant vos frais professionneB.

Vous avez utilisé votre carte visa comme si votre employeur n'existait pas sinon comme si E Europe SA était votre seule et unique propriété.

Nous venons de constater que vous avez utilisé votre carte visa tous les mois pour payer des frais de restaurant, des frais de voyage et des frais d'essence dans un intérêt purement privé et familial.

Nous vous joignons la liste de vos paiements carte visa des années 2007 et 2008 (pièce n° 1) qui font bien ressortir que vous avez confondu votre portefeuille personnel avec celui de E Europe SA (Ces paiements incriminés sinon douteux étant marqués en jaune).

En plus, vous avez payé votre abonnement personnel au Golf Club Grand Ducal, de même que votre affiliation au Cercle Munster par les comptes de E Europe SA, sans aucunement y être autorisé par le conseil d'administration de E Europe SA.

Ce qui est cependant beaucoup plus grave, c'est qu'il avait été convenu que vous toucheriez un package de 400.000,- EUR par an comprenant tous les avantages vous alloués de quelque façon que ce soit. Vous n'avez jamais compris en ce package de nombreuses dépenses que E Europe SA a payé en votre intérêt purement personnel. Une liste de ces paiements faits par E Europe SA et non inclus dans vos décomptes est jointe (pièce n° 2).

3.Depuis 2007, vous vous êtes payé vous-même votre package de 400.000,- EUR sans en discuter avec les autres actionnaires ni comment vous auriez dû vous le payer ni surtout à veiller à ne pas vous payer trop.

Or, vous avez touché en 2008 +/- 60.000,- EUR de trop et ce avant la fin de l'année, échéance de votre package annuel. Vous avez justifié ceci par des ordres permanents que vous auriez reçu, bien que le terme ordre permanent présuppose que celui qui les reçoit, sait plus ou moins exactement combien il recevra.

Vous auriez absolument dû vous retenir à vous payer d'autres montants de nature à excéder votre package de 400.000,- EUR, surtout alors que vous vous êtes opposé au paiement fondé et justifié à d'autres actionnaires.

A cela s'ajoute, comme déjà dit précédemment, que vous n'avez pas inclus en ce package plusieurs montants qui auraient absolument dû y figurer. Vous ne pouvez pas nous opposer que vous auriez dû nous consulter préalablement alors que vous étiez averti que vous ne pouviez pas décider seul, ni de votre mode de rémunération, ni du mode de rémunération de H. Nous vous rappelons simplement votre cavalier seul en ce qui concerne la gratification 2007 de H et les longues discussions qui s'en sont suivies en janvier 2008.

Il avait été décidé, lors d'une réunion entre F, G, H et vous-même, que tous les paiements aux associés devaient être préalablement approuvés par le conseil d'administration. Malgré cet avertissement, votre comportement hautement fautif ayant été reconnu par vous-même, vous avez quand même continué à agir comme si le conseil d'administration de E Europe SA était constitué de vous seul.

4.Le 23 janvier 2009, sans préjudice quant à la date exacte, H a informé F que vous lui aviez remis des notes d'honoraires et des frais que E Europe SA vous redevait prétendument du chef de frais exposés en 2006 pour compte des clients, payé à E Europe SA et devant vous revenir, alors que vous auriez vous-même payé de votre poche ces frais ainsi que des honoraires que vous auriez jusqu'à ce moment oublié de refacturer à E Europe SA du chef de prestations exécutés par vous-même, en 2006, ou même avant, pour des clients qui s'étaient vus facturés ces montants par E Europe SA la plupart début 2007 déjà.

D'ailleurs, il saute à l'oeil même d'un aveugle que ces notes d'honoraires que vous avez fabriquées en janvier 2009 et datées à octobre et décembre 2008, n'étaient fabriquées qu'après que vous aviez constaté que vous aviez largement excédé votre package de 400.000,- EUR.

H a de suite informé F et G qu'il ne pouvait pas accepter un tel décompte après plus de 2 ans pour des services, sans qu'on n'en discute.

G, après des discussions avec H et F, vous a informé que les autres actionnaires n'étaient pas d'accord avec votre décompte.

G vous a envoyé un courriel en date du 29 janvier vous demandant des pièces justificatives.

Pendant le week-end du 1er février 2009, vous vous êtes payé directement, par instruction bancaire signée par vous tout seul, un montant de 22.119,- EUR (pièce n° 3), ce alors que vous saviez pertinemment que ce montant était contesté.

Un autre montant était compensé par vous-même de +/- 80.000,- EUR, sans préjudice quant au montant exacte, avec votre package de 400.000,- EUR déjà largement dépassé et ce sans aucun accord de E Europe SA.

Vos agissements sont clairement fautifs d'un point de vue du droit du travail, tout en tendant dangereusement vers le droit pénal (abus de confiance, abus de biens sociaux).

Nous nous réservons expressément le droit d'agir en justice au civil et au pénal à l'encontre de vos agissements fautifs.

5.Nous venons de constater avec effroi que vous n'avez jamais remis de fiches de congés, ni en 2007, ni en 2008, ni en 2009.

Qui vous en a dispensé ?

Ce qui est beaucoup plus grave, c'est que depuis le début de l'année 2009, vous étiez absent les jours suivants :

19.01.2009 - 21.01.2009
13/02/2009 – 17/02/2009 (affaires)
09.03.2009 – 13.03.2009
24/04/2009 – 27/04/2009 (affaires)
22.05.2009 – 26.05.2009 (affaires)
27/05/2009 – 29/05/2009
02/06/2009 – 05/06/2009
09.06.2009 - 10/06/2009 (affaires)
11/06/2009 – 12/06/2009
17/06/2009 – 07/07/2009

En ce qui concerne vos prétendus voyages d'affaires, nous sommes dans l'impossibilité de juger de leur bien fondé, alors que vous n'avez remis aucun justificatif de vos déplacements.

En ce qui concerne les autres jours de congés que vous vous êtes octroyés, sans autorisation du conseil d'administration, vous en êtes à 31 jours (!), ceci alors que vous disposez d'un droit à 30 jours de congés pour l'année entière, soit un dépassement de plus de la moitié!

Nous contrôlerons également bien évidemment vos absences lors des exercices 2007 et 2008. Nous sommes d'ores et déjà convaincus que vos absences de « vacances » ont excédé de loin 30 jours par an.

Nous vous rappelons que vous êtes partis tous les ans 2 semaines pleines et entières aux sports d'hiver, que vous avez passé 2 semaines par an en Irlande, que vous avez visité à de nombreuses reprises vos enfants en Ecosse et que vous avez passé +/- 4 semaines par an dans votre résidence secondaire près de Stockholm. A cela s'ajoute qu'il y a certainement d'autres journées de vacances qui vont s'ajouter à ces absences exagérées. Les pièces relatives à ces déplacements seront recherchées dans les semaines à venir.

6.Vous étiez en charge de la facturation de la clientèle suédoise.

Il s'est avéré que par rapport à l'année dernière, vous êtes en retard de facturation de quelque 400.000.- euro (cf tableau récapitulatif - Pièce n° 4)

A plusieurs reprises, et notamment en date du 04.05.2009, sans préjudice quant à la date, Monsieur H vous a prié de procéder à la facturation des encours. Vous lui avez répondu que vous n'alliez reprendre la facturation qu'à partir du moment où un accord concernant la cession de vos actions dans E Europe SA aura été signé.

Je vous rappelle que tant qu'il est lié à son employeur par un contrat de travail en cours, un salarié est tenu d'une obligation de loyauté à son égard.

Votre comportement, qui met gravement en péril la situation financière de E, s'analyse en un refus d'ordre caractérisé, voire même à un chantage.

7.Vous avez été invité par H ainsi que par F à nous fournir toute une série d'information sur les clients qui ne vous appartenaient plus depuis le 01.01.2007. Or, nous attendons les réponses à ces questions depuis le 23.04.09.

Vous ne collaborez pas à établir ces listings en prétendant qu'il faudrait tout d'abord vous payer vos 25% d'actions dans E Europe SA ainsi que la valeur de votre participation dans le projet AA.

8.Le 06 mai 2009, alors que vous aviez déjà puisé à plusieurs reprises dans les caisses de E Europe SA, sans autorisation aucune de la direction et devant une défense formelle de certains membres du conseil d'administration, vous n'hésitez pas à vous payer le prix d'un manteau de société K SA, du compte d'un des clients de E Europe SA (X SA) à un de vos propres comptes.

Cette opération orchestrée par vous seul, à une date que nous pourrions considérer comme tombant en période suspecte, n'a été faite que dans l'intérêt personnel de vous-même.

Pourquoi est-ce que vous avez utilisé la SA K ?

Pourquoi avez-vous signé seul, des deux côtés du contrat, au nom du vendeur et de l'acheteur du manteau de société un share transfer agreement du 30.04.09 ?

Pourquoi vous vous êtes payés le prix de ce manteau de société à vous-même, alors que tous les autres manteaux de société qui avaient été cédés

auparavant par A SA et dans l'intérêt des clients de E Europe SA, ont été cédés exclusivement au profit de E Europe SA.

Nous nous réservons bien entendu toutes autres sortes de poursuites pour les agissements sub 8.

L'ensemble de vos fautes, hautement provocatives et aggravées surtout par leur caractère de « récidive »ne nous laissent pas d'autre choix que de devoir résilier votre contrat de travail avec effet immédiat.

Par ailleurs, nous vous prions de nous remettre, tous les effets, documents et matérieB appartenant à la société, à savoir :

- Clés et badges des différents bureaux et parkings
- Clés et papiers du véhicule société MERCEDES que vous utilisez
- Ordinateur portable de la société avec ses accessoires
- Téléphone portable de la société
- Code coffre dans votre bureau
- Tous documents appartenant à la société

Etant donné le caractère pénal de certaines des fautes reprochées, nous nous voyons forcés à vous interdire l'accès de nos bureaux. Toute violation de cette interdiction sera poursuivie par une plainte pour vol avec effraction.

Nous vous démissionnerons, sur base du shareholders' agreement, de tous vos postes d'administrateurs, en informant les clients et en les rendant attentifs au danger que vous représentez.

Nous vous prions de prendre rendez-vous, soit avec H, G ou F, pour retirer, sous surveillance, vos affaires personnelles.

Veuillez agréer, Monsieur, nos salutations distinguées

Pour le conseil d'administration

de E Europe SA »

Suivant assemblée générale du 8 juillet 2009, B a été révoqué comme administrateur-délégué.

Suite à son licenciement, B a, par requête du 2 juillet 2010, fait convoquer la société A S.A. devant le tribunal du travail de Luxembourg pour voir déclarer

abusif son licenciement et pour l'entendre condamner à lui payer une indemnité compensatoire de préavis, une indemnité de départ et des dommages-intérêts du chef de préjudice moral.

Par requête du 28 août 2010 déposée le 9 septembre 2010, la société A S.A., F et G, respectivement leurs sociétés I S.A. et J S.A., et H, actionnaires dans la société A S.A., ont initié une procédure d'arbitrage contre B et sa société D S.A..

L'arbitrage a porté, entre autres, sur les questions de l'utilisation par B des cartes de crédit à des fins privées non permises et du dépassement du package annuel de 400.000 € devant revenir à B.

Cette procédure d'arbitrage a donné lieu à une sentence arbitrale rendue le 11 mars 2013.

Sur base des articles 27 et 37 de la convention entre actionnaires du 18 décembre 2006, la société A S.A., exposant que la convention d'actionnaires règle le salaire de B et a ainsi trait au contrat de travail, a conclu à l'incompétence du tribunal du travail et à la compétence du tribunal arbitral. Le tribunal du travail, par son jugement du 23 avril 2012, s'est déclaré compétent en motivant sa décision de la façon suivante :

« La convention d'actionnaires prévoit, sub « plan de carrière B » que le requérant percevra un montant annuel total de 400.000.-euros au titre d'indemnités et de salaires (tous autres avantages compris) en contrepartie d'un travail à temps plein.
Or cette convention n'a pas pour objet de régler la relation de travail pour le surplus, ni, a fortiori une éventuelle fin de la relation de travail.
Le présent litige n'a pas non plus trait au contenu ou à l'exécution de la clause « plan de carrière B ».
Il s'ensuit que l'article 37 de la convention d'actionnaires n'est pas applicable au présent litige.
La réalité de la relation de travail, documentée par le contrat de travail écrit et les fiches de salaires, n'a pas été mise en cause par la société A. Le lien de subordination à partir du 1er janvier 2007 est même expressément reconnu (cf. note de plaidoiries de Me D'Y, page 19).
En vertu de l'article 25 du Nouveau Code de procédure civile, le tribunal du travail est compétent pour connaître des contestations relatives aux contrats de travail, aux contrats d'apprentissage et aux régimes complémentaires de pension qui s'élèvent entre les employeurs, d'une part, et leurs salariés, d'autre part, y compris celles survenant après que l'engagement a pris fin.
Ce tribunal est dès lors bien et exclusivement compétent pour connaître de la demande. »

Sauf en ce qui concerne le motif d'avoir pris jusqu'au 3 juillet 2009, 31 jours de congé pour un droit annuel de 30 jours de congé, le tribunal a rejeté les autres motifs pour être imprécis, ou pour avoir été soulevés tardivement.

Le motif relatif au congé pris en trop a été considéré comme insuffisamment grave pour justifier un licenciement avec effet immédiat.

Le tribunal admettant une ancienneté de services remontant au 1er juillet 1990 a alloué à B une indemnité compensatoire de préavis de six mois, soit un montant de 6 x 12.607,50 = 75.645 €.

Il lui a encore alloué une indemnité de départ de trois mois, soit un montant de 3 x 12.607,5 = 37.822,50 €.

Il lui a alloué 2.000 € de dommages-intérêts du chef de préjudice moral.

Il a partant condamné la société A S.A. à payer à B un montant de 75.645 + 37.822,50 + 2.000 = 115.467,50 € avec les intérêts légaux à partir de la demande en justice jusqu'à solde.

Il a en outre condamné la société A S.A. au paiement d'une indemnité de procédure de 750 € et au paiement des frais et dépens de l'instance.

Par exploit d'huissier du 1er juin 2012, la société A S.A. a relevé appel du jugement du 23 avril 2012.

L'appel est recevable pour avoir été introduit dans les formes et délai de la loi.

Sur base des articles 27 et 37 de la convention d'arbitrage, la société A S.A. conclut de nouveau à l'incompétence du tribunal du travail.

Elle explique que puisque l'article 27 de la convention d'arbitrage mentionne expressément le contrat de travail de B, respectivement son salaire, il y a compétence exclusive du tribunal arbitral.

Elle ajoute que B, en réclamant devant le tribunal arbitral reconventionnellement, au titre de compensation pour rupture abusive des paiements annueB de 400.000 €, un montant de 4.128.000 € pour la période de 2009 à 2021, a réclamé lui-même devant ce tribunal des dommages-intérêts pour rupture abusive du contrat de travail et a donc reconnu sa compétence.

Dans un ordre subsidiaire, la société A S.A. oppose l'exception de litispendance.

B réplique que sa demande pour rupture abusive du contrat de travail n'est en rien concernée par la convention entre actionnaires.

La convention entre actionnaires à laquelle la société A S.A. est partie prenante, comme l'a d'ailleurs reconnu le tribunal arbitral, réglemente les problèmes relatifs à l'entrée de nouveaux actionnaires dans le capital de la société A S.A. et à la diminution de la participation de la société D S.A., sous contrôle de B, dans ce capital.

Cette convention ne réglemente en principe pas le contrat de travail de B avec la société A S.A.. Il n'est fait exception à ce principe que dans la mesure où l'article 27 prévoit au titre d'indemnités et de salaires (tous autres avantages compris) un package annuel de 400.000 € pour l'ensemble des activités exercées par B dans le cadre de la société A S.A..

Comme la contestation quant au dépassement de ce package est donc une contestation relative à l'exécution de la convention du 18 décembre 2006, cette contestation relève de la compétence du tribunal arbitral.

Puisque le package de 400.000 € comprend également tous les avantages financiers devant revenir à B, la contestation relative à l'utilisation à des fins privées des cartes de crédit relève aussi de la compétence du tribunal arbitral.

La compétence du tribunal arbitral découle des termes de la convention d'arbitrage liant B et la société A S.A. et non, comme semble le soutenir la société A S.A., d'une demande de B devant le tribunal arbitral.

L'exception de litispendance soulevée par la société A S.A. est à rejeter dès lors que le tribunal de travail et le tribunal arbitral ne sont pas également compétents et que les litiges soumis aux deux juridictions ont des causes et des objets différents.
Ainsi le montant de 4.128.000 € réclamé devant le tribunal arbitral l'a été en compensation des packages annueB de 400.000 € que B n'a plus pu toucher après la fin de ses relations avec la société A S.A. et qui lui étaient dues, comme il le soutient, jusqu'en 2021 en contre-partie de la valeur de ses portefeuilles de clients.
Le tribunal du travail n'est pas saisi d'une telle demande.

La compétence ponctuelle du tribunal arbitral découlant de l'article 27 n'implique pas incompétence générale du tribunal du travail qui est saisi d'une contestation relative au contrat de travail de B, contrat de travail que la société A S.A., ne niant pas l'existence d'un lien de subordination pour la période à partir du 1er janvier 2007, ne conteste pas pour cette période.

L'incompétence du tribunal du travail se limite à la question du bien-fondé des motifs de congédiement relatifs à l'utilisation des cartes de crédit à des fins non

permises et au dépassement du package de 400.000 €. Le tribunal du travail n'est cependant pas incompétent pour examiner ces motifs sous l'angle de vue des exigences spécifiques du droit du travail relatives à la précision et aux délais.

B conclut au rejet de l'ensemble des reproches lui faits par la société A S.A. pour manquer de la précision requise et pour remonter à une période antérieure à un mois à compter du jour où la société A S.A. en a eu connaissance.

B invoque donc l'article L.124-10.(6) du code du travail, article qui est conçu comme suit :
« Le ou les faits ou fautes susceptibles de justifier une démission pour motif grave ne peuvent être invoqués au-delà du délai d'un mois à compter du jour où la partie qui l'invoque en a eu connaissance, à moins que ce fait n'ait donné lieu dans le mois à l'exercice de poursuites pénales.
Le délai prévu à l'alinéa qui précède n'est pas applicable lorsqu'une partie invoque un fait ou une faute antérieure à l'appui d'un nouveau fait ou d'une nouvelle faute.»

La société A S.A. conteste l'imprécision de ses motifs.

Pour ce qui est de la tardiveté des faits invoqués, elle fait valoir que les détournements financiers n'ont été décelables dans les détaiB qu'après des investigations comptables poussées qui n'ont été achevées que quelques jours avant l'envoi de la lettre de licenciement.

Elle considère dès lors qu'elle n'a eu connaissance de ces détournements qu'à partir de l'achèvement de ces investigations et non à partir de ses premiers soupçons.

Elle ajoute que les reproches de ne plus avoir émis de factures, respectivement de ne pas avoir émis de décompte en ce qui concerne les paiements avec la carte VISA constituent, à l'instar de l'infraction continue en droit pénal, des fautes prolongées jusqu'à la date du licenciement.

Elle ajoute que pour autant que l'une ou l'autre faute reprochée à B se situe en dehors du délai légal, il y a lieu de constater que les fautes constatées endéans le délai d'un mois font revivre les fautes anciennes.

Il y a tout d'abord lieu de retenir que l'insubordination à laquelle se réfère les premiers passages de la lettre ne valent que comme préambule et comme synthèse des griefs détaillés par la suite.

<u>Quant aux dépenses faites dans un intérêt privé et dans un intérêt professionnel</u>

Ce premier grief comprend trois volets.

Un volet concerne la non-remise des décomptes justificatifs.

Un autre volet concerne l'utilisation pendant les années 2007 et 2008 de la carte VISA de la société A S.A. à des fins privées et non à des fins professionnelles.

Un troisième volet concerne finalement le paiement par les comptes de la société A S.A. de l'abonnement personnel de B au Golf Club Grand-Ducal et de l'affiliation au Cercle Münster.

C'est à juste titre que les premiers juges ont retenu que ce dernier volet du grief manque, à défaut de toute indication de date, de la précision requise.

Le premier volet du grief manque également de la précision requise en raison du défaut d'indication de la date à laquelle les différents décomptes auraient dû être remis, dates ayant une incidence sur la question de l'observation du délai d'un mois de l'article L.124-10.(6) du code du travail.

C'est encore à juste titre que les premiers juges ont admis, sur base des listes des paiements par carte VISA des années 2007 et 2008 opérant la ventilation entre paiements professionneB et privés et annexées à la lettre de licenciement, que le deuxième volet du grief a été formulé avec suffisamment de précision.

Pour ce qui est de la tardiveté de ce grief, B soutient que les faits lui reprochés étaient connus de la société A S.A. depuis le 1er janvier 2007.

La date de la connaissance par l'employeur, visée à l'article L.124-10.(6), est celle à laquelle l'employeur, s'il avait géré son entreprise avec les diligences requises, aurait pu prendre connaissance des faits ou fautes qu'il entend reprocher à son salarié.

Il incombe à l'employeur de contrôler au moment de leur émission les listes des paiements faits par son salarié avec la carte VISA lui remise.

La société A S.A. aurait-elle fait ses contrôles, elle aurait pu s'apercevoir des irrégularités qu'elle reproche à B dès l'émission des listes de paiement.

Comme les listes ont été émises en 2007 et 2008, la société A S.A., en résiliant le contrat seulement en date du 3 juillet 2009, n'a manifestement pas respecté le délai d'un mois endéans lequel elle aurait dû invoquer les fautes qu'elle reproche à B.

La société A S.A. n'est pas fondée, pour justifier l'inobservation du délai, de se prévaloir de l'existence d'une faute se prolongeant de jour en jour, à l'instar de l'infraction continue en droit pénal. En effet, la société A S.A., en se prévalant des paiements irréguliers, se prévaut de faits instantanés se réalisant au moment du paiement en dehors de tout contexte de continuation.

Quant au dépassement du package annuel de 400.000 €

B fait valoir que ce reproche ne peut servir de motif de licenciement dès lors qu'il lui est adressé en sa qualité d'actionnaire et d'administrateur et non en sa qualité de salarié.

Il ressort effectivement du libellé du motif que la société A S.A. impute le dépassement du package aux activités d'administrateur de B et reproche à B de ne pas s'être concerté avec les autres administrateurs.

Comme le reproche ne vise donc pas les activités de salarié de B, il ne peut servir de fondement à la résiliation du contrat de travail.

Quant à la note d'honoraires de janvier 2009 et quant au paiement du montant de 22.119 €

L'irrégularité de la note d'honoraires, qualifiée de manifeste par la société A S.A., a pu ou aurait dû être découverte dès la remise effectuée au mois de janvier 2009.

De même l'irrégularité du paiement de 22.119 € effectué le 1er février 2009 a pu ou aurait dû être découverte au début du mois de février 2009.

La société A S.A. ne saurait justifier le dépassement du délai par la nécessité d'investigations plus étendues ou par la nature continue des fautes reprochées à B.

En effet, la découverte des irrégularités n'a pas nécessité de telles investigations et les irrégularités sont étrangères à toute idée de continuation.

C'est partant à juste titre que les premiers juges ont considéré que les reproches ont été soulevés en dehors du délai légal d'un mois.

Quant aux congés

Le grief comprend deux volets, à savoir ne pas avoir remis de fiches de congés en 2007, 2008 et 2009 et d'avoir déjà pris à la date de la résiliation, 31 jours de congé alors que le congé annuel était limité à 30 jours de congé.

Les autres développements relatifs aux congés font part d'irrégularités soupçonnées par la société A S.A. devant donner lieu à des investigations supplémentaires, mais ne contiennent pas de griefs précis.

Le volet du grief relatif aux fiches est à rejeter, ce volet étant imprécis dès lors qu'il n'est pas indiqué ce qu'il faut entendre par fiches et à quelles dates ces fiches auraient dû être remises.

Comme il y a lieu de présumer que la société A S.A. n'a pu se rendre compte du dépassement du quota qu'aux alentours du 17 juin 2009, début de la dernière période de congés, le délai d'un mois a été respecté.

En ce qui concerne le bien-fondé du grief, B fait, entre autres, valoir qu'il avait droit à 35 jours de congé.

Ces 35 jours ressortent effectivement du contrat du 1er juillet 1990 qui réglemente les relations de B avec la société A S.A..

Le grief n'est donc pas fondé.

Le dépassement aurait-il été d'un jour, il serait de toute façon trop anodin pour être constitutif d'une faute grave justifiant le licenciement avec effet immédiat.

Quant à la facturation de la clientèle suédoise

Le grief manque de la précision requise puisqu'il ne contient pas d'indications quant aux factures à émettre et quant aux dates auxquelles les factures auraient dû être envoyées.

Quant au défaut d'informations sur des clients

C'est à juste titre que les juges de première instance ont rejeté ce motif en constatant, outre le manque de précision quant aux informations non fournies, l'inobservation du délai d'un mois, les faits à la base du grief étant connus de l'employeur depuis au plus tard le 23 avril 2009.

Quant au paiement du prix d'un manteau de société

La société A S.A. reproche à B de s'être fait payer le 6 mai 2009, dans son intérêt personnel, le prix de vente d'un manteau de société K S.A. lui appartenant.

Il ressort du libellé du grief que la société A S.A. situe ce reproche au niveau des activités d'administrateur de B qui aurait agi en dehors de l'accord des autres administrateurs.

Le grief étant étranger aux activités de salarié de B, il ne peut servir de fondement à la résiliation du contrat de travail.

Dans la mesure où il n'y a pas de fautes, ni a fortiori de fautes graves se situant dans le délai d'un mois de l'article L.124-10.(6) du code du travail, il ne peut être envisagé que les fautes anciennes situées en dehors du délai puissent de nouveau revivre.

Puisque les motifs à l'appui du licenciement du 5 juillet 2009 sont soit imprécis, soit tardifs, soit étrangers aux fonctions de salarié, le licenciement a bien un caractère abusif.

Quant à l'indemnité de préavis et l'indemnité de départ

Le tribunal a, en ce qui concerne l'ancienneté de services à prendre en compte pour le calcul de ces indemnités, dit que cette ancienneté court à partir du 1er juillet 1990, date de la signature du contrat de travail conclu entre B et la société C S.A.

Pour faire remonter l'ancienneté de services au 1er juillet 1990, le tribunal du travail a admis, qu'à supposer même l'absence de lien de subordination à l'époque, l'employeur est tenu de respecter l'ancienneté de services conventionnellement reconnue par l'avenant au contrat de travail du 1er mars 2004 et confirmée par les fiches de salaires versées indiquant une ancienneté de services remontant au 1er juillet 1990.

La société A S.A. conteste la validité du document du 1er mars 2004 au motif qu'il a été signé par B, non en sa qualité de salarié mais en sa qualité d'administrateur-délégué représentant l'employeur, et qu'une tierce personne a signé pour le salarié.

Elle estime qu'en l'absence de lien de subordination antérieurement au 1er janvier 2007, B n'était pas lié par un contrat de travail aux sociétés C et A S.A. et qu'à défaut de contrat de travail l'ancienneté de services n'a pu prendre effet qu'à partir du 1er janvier 2007, date à partir de laquelle un lien de subordination et partant un contrat de travail a existé.

C'est à juste titre que B fait exposer qu'il a, en ce qui concerne le document du 1er mars 2004 apposé par erreur sa signature sous la rubrique « l'employeur » au lieu de l'apposer sous la rubrique « l'employé ». En effet, il est évident à l'examen du texte du document que B n'a pu signer qu'en sa qualité d'employé et qu'il s'est tout simplement trompé de rubrique.

B soutient encore qu'antérieurement au 1er janvier 2007 il s'est bien trouvé dans un lien de subordination vis-à-vis des sociétés C S.A. et A S.A., que l'existence des contrats de travail de même que l'ancienneté de services depuis le 1er juillet 1990 ont été reconnues par la société A S.A. tant par l'avenant du 1er mars 2004 que par les fiches de salaires émises par la société A S.A. avant et après le 1er janvier 2007 reprenant expressément comme date d'ancienneté le 1er juillet 1990.

B ajoute finalement que même en l'absence de lien de subordination pour la période antérieure au 1er janvier 2007, l'ancienneté de services devrait quand-même être calculée à partir du 1er juillet 1990 étant donné que le concept d'ancienneté de services, reposant essentiellement sur l'idée de fidélité à l'entreprise, n'est pas liée à l'existence d'un lien de subordination mais se réfère à la notion plus large de « lien avec une entreprise ».

Par l'écrit du 1er mars 2004, la société A S.A., en se référant au mécanisme légal du transfert de contrat de travail et en stipulant qu'en raison de ce transfert « l'employé bénéficie dès lors de l'ancienneté de service acquise auprès de son ancien employeur », n'a pas conventionnellement créé une ancienneté ne dépendant pas de l'existence d'un contrat de travail, mais elle a au contraire subordonnée l'ancienneté de services à l'existence d'un contrat de travail.

L'ancienneté de services ne résulte donc pas de l'écrit du 1er mars 2004, d'une remarque sur les fiches de salaires ou de prestations de service, étrangères à un mandat social et rendues en dehors d'un contrat de travail.

Pour qu'il y ait ancienneté de services antérieurement au 1er janvier 2007, il faut donc bien qu'avant le 1er janvier 2007 B ait été lié par un contrat de travail aux sociétés C S.A. et A S.A..

La société A S.A. conteste l'existence d'un contrat de travail pour cette période au motif qu'il n'y a pas eu lien de subordination avec ces sociétés.

Elle déduit cette absence de lien de subordination des faits que B a fondé les sociétés C S.A. et A S.A., qu'il était seul actionnaire des sociétés, soit directement, soit indirectement et qu'il en était administrateur-délégué.

Pour B, le lien de subordination était donné puisqu'il n'était pas le seul administrateur-délégué et que s'il a fait partie du conseil d'administration, il était

soumis à la surveillance et au contrôle des autres membres du conseil d'administration de sorte qu'il devait rendre des comptes au conseil d'administration et qu'il n'était pas libre d'agir comme bon lui semblait.

L'existence d'une relation de travail salariée ne dépend ni de la volonté exprimée par les parties, ni de la dénomination ou de la qualification qu'elles ont donnée à leur convention, mais des conditions de fait dans lesquelles s'exerce l'activité du travailleur.

Ainsi, la preuve du contrat de travail peut résulter d'un ensemble d'éléments qui constituent des présomptions précises et concordantes faisant conclure à l'existence d'un lien de subordination.

Il appartient au demandeur à l'action de démontrer l'existence de faits qui engendrent une relation de travail.

Le critère essentiel du contrat de travail est le lien de subordination qui est caractérisé par l'exécution d'un travail sous l'autorité d'un employeur qui a le pouvoir de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements d'un subordonné.

La qualification donnée par les parties à leur convention peut constituer une présomption en faveur de l'existence d'un contrat de travail.

Si le cumul dans le chef d'une même personne des fonctions d'organe social et de salarié d'une société anonyme est possible, il faut cependant que le contrat de travail soit une convention réelle et sérieuse qui correspond à une fonction réellement exercée distincte de la fonction d'organe social et qui est caractérisée par un rapport de subordination de salarié à employeur.

En 1996 M a été nommé administrateur de la société C S.A. pour une durée de six ans et ce en remplacement de l'épouse de B et le conseil d'administration lui délégua le pouvoir individuel d'assurer la gestion journalière et les affaires de la société et la représentation de la société en ces gestions et affaires.

Le 20 octobre 2000, N a été nommé quatrième administrateur et administrateur-délégué de la société C S.A..

B et F étaient avant le 1er janvier 2007 administrateurs de la société A S.A..

B en était l'administrateur-délégué.

Il n'est pas contesté qu'à côté de ses fonctions de mandataire social, B a exercé dans les sociétés des fonctions professionnelles ayant consisté à dispenser des

conseiB économiques à des clients et à accomplir des services d'ordre administratifs.

B, en exerçant, en dehors du mandat social, cette activité n'était pas soumis à un lien de subordination.

En effet, en tant qu'administrateur-délégué d'une société anonyme il a agi pour la société et en son nom, il l'a représentee et il a, dans l'exercice de ses fonctions, disposé de pouvoirs étendus et était astreint seulement à se conformer aux décisions du conseil d'administration, dont il fait partie, et de l'assemblée générale des actionnaires.

Ce lien de subordination est d'autant moins donné que pendant les périodes relativement courtes où il y avait d'autres administrateurs-délégués, B n'était pas subordonné au contrôle de ces autres administrateurs-délégués et qu'il est à exclure que comme fondateur des sociétés, détenant directement et indirectement la quasi-totalité des parts sociales et ayant donc pouvoir de nommer les administrateurs, ces administrateurs, comprenant F, dont B reconnaît le rôle effacé comme administrateur, aient dans le cadre du conseil d'administration exercé un contrôle sur les activités professionnelles de B exercées par celui-ci en dehors du mandat social.

En l'absence de lien de subordination, il n'y a pas eu contrat de travail antérieurement au 1er janvier 2007 et partant pas ancienneté de services.

Etant donné que l'ancienneté des services de B au moment du licenciement du 3 juillet 2009 était inférieure à cinq ans, l'indemnité compensatoire de préavis est égale à la rémunération correspondant à la durée du préavis, soit deux mois, et s'élève donc à 2 x 12.607,50 = 25.215 €.

L'ancienneté de services de B ayant été inférieure à cinq ans, B n'a pas droit à une indemnité de départ.

Quant au dommage moral

La société A S.A. demande que B soit débouté de sa demande en dommages-intérêts du chef de préjudice moral.

Il est à exclure que l'homme d'affaires B, qui n'a même pas fait état de recherches effectuées en vue de trouver un nouvel emploi salarié, se fût fait de soucis au sujet d'un nouvel emploi salarié.

Au regard des circonstances du licenciement, qui sont à relier à des dissensions sociétales, l'atteinte portée à la dignité du salarié n'est pas suffisamment caractérisée.

Le préjudice moral de B n'est partant pas établi.

La demande de B en dommages-intérêts du chef de préjudice moral n'est donc pas fondée.

La Cour ne possède pas d'éléments faisant paraître inéquitable de laisser les frais irrépétibles des deux instances à charge des parties.

Les parties au litige sont partant à débouter de leurs demandes en obtention d'une indemnité de procédure pour les deux instances.

Il résulte de l'ensemble des considérations qui précèdent que l'appel de la société A S.A. est partiellement fondé.

PAR CES MOTIFS :

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

déclare l'appel recevable,

déclare l'appel partiellement fondé,

réformant :

- déclare non fondées les demandes de B en paiement d'une indemnité de départ, en paiement de dommages-intérêts du chef de préjudice moral et en paiement d'une indemnité de procédure pour la première instance,
- déclare la demande de B en paiement d'une indemnité compensatoire de préavis fondée pour un montant de 25.215 €,
- condamne la société A S.A. à payer à B le montant de 25.215 € avec les intérêts légaux à partir du 2 juillet 2010, jour de la demande en justice, jusqu'à solde,

- déclare non fondée la demande de B en obtention d'une indemnité de procédure pour la première instance,
- le déboute de sa demande,

confirme le jugement entrepris pour le surplus,

déclare non fondées les demandes des parties en obtention d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel,

les déboute de leurs demandes afférentes,

fait masse des frais et dépens de l'instance d'appel et les met pour trois quarts à charge de B et pour un quart à charge de la société A S.A. et en ordonne la distraction au profit de Maître Guy CASTEGNARO qui la demande affirmant en avoir fait l'avance.