

Arrêt référé travail

Audience publique du 26 février deux mille quatorze

Numéro 40661 du rôle.

Composition:

Marie-Anne STEFFEN, président de chambre;
Pierre CALMES, premier conseiller;
Marie-Laure MEYER, conseiller;
Daniel SCHROEDER, greffier.

E n t r e :

la société anonyme I),

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice suppléant Patrick MULLER, en remplacement de l'huissier de justice Carlos CALVO de Luxembourg en date du 26 novembre 2013,

comparant par Maître Valérie DUPONG, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

e t :

1. W),

intimée aux fins du susdit exploit MULLER du 26 novembre 2013,

comparant par Maître Claude PAULY, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg ;

F),

intimé aux fins du susdit exploit MULLER du 26 novembre 2013,

comparant par Maître Benoît ENTRINGER, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL :

Statuant par une ordonnance du 7 novembre 2013, sur les demandes de W), dirigées contre la société I) SA (ci-après la société I)) en paiement de provisions de 21.009,75 euros, de 5.667,75 euros, de 5.477,87 euros, de 5.111,83 euros et de 2.000.- euros, chaque fois avec les intérêts tels qu'indiqués dans la requête introductive d'instance, et en présence de la partie mise en intervention F), le président du tribunal du travail de Luxembourg a :

r e n v o y é les parties à se pourvoir devant qui de droit,

j o i n t les requêtes déposées le 13 juin 2013, 25 juillet 2013 et 17 septembre 2013 pour y statuer par une seule et même ordonnance,

d é c l a r é la demande de W) en paiement d'une provision du chef d'indemnité de départ non sérieusement contestable à concurrence de 4.343,73 euros,

partant,

c o n d a m n é la société I) à payer de ce chef à W) la somme de 4.343,73 euros net, avec les intérêts légaux de retard à partir de la notification de l'ordonnance, jusqu'à solde,

d é c l a r é la demande de W) en paiement d'une provision à titre de l'arriéré de salaire du mois d'août 2013 non sérieusement contestable à concurrence du montant de 5.667,75.- euros,

partant,

c o n d a m n é la société I) à payer de ce chef à W) la somme de 5.667,75 euros brut, sous réserve de déduction des cotisations sociales et de l'impôt sur le revenu, avec les intérêts légaux de retard à partir de la demande en justice, le 17 septembre 2013, jusqu'à solde,

d o n n é a c t e à W) qu'elle réduit sa demande du chef d'indemnité compensatoire pour congé non pris au montant de 2.396,75 euros brut,

d é c l a r é non sérieusement contestable la demande de W) en paiement d'une provision à titre d'indemnité compensatoire pour congé non pris à concurrence du montant de 2.396,75 euros,

partant,

c o n d a m n é la société I) à payer de ce chef à W) la somme de 2.396,75 euros brut, sous réserve de déduction des cotisations sociales et de l'impôt sur le revenu, avec les intérêts légaux de retard à partir de la demande en justice, le 17 septembre 2013, jusqu'à solde,

d i t la demande de W) en paiement d'une provision du chef de gratification et de prime de l'année 2013 sérieusement contestable, partant irrecevable,

c o n d a m n é la société I) à remettre à W) la fiche de salaire du mois d'août 2013, le certificat de travail, l'attestation patronale de même que la carte d'impôt 2013, et ce dans la quinzaine de la notification de l'ordonnance, sous peine d'une astreinte de 20.- euros par jour de retard, limitée au montant maximal de 1.000.- euros,

s'est d é c l a r é incompétent pour connaître de la demande en désaffiliation auprès du Centre Commun de la Sécurité Sociale,

r e ç u la demande reconventionnelle en la pure forme ;

l'a **d é c l a r é** irrecevable,

d i t la requête relative à la mise en intervention forcée de M. F) irrecevable,

c o n d a m n é la société I) à payer à W) une indemnité de procédure de 250.- euros ,

d é b o u t é la société I) de sa demande basée sur l'article 240 du nouveau code de procédure civile,

o r d o n n é l'exécution provisoire de l'ordonnance nonobstant toutes voies de recours et sans caution.

Par exploit d'huissier du 26 novembre 2013, la société I) a régulièrement relevé appel de cette ordonnance.

Elle demande la réformation de l'ordonnance intervenue et conclut principalement à voir dire que les requêtes des 13 juin et 17 septembre 2013 sont irrecevables au vu de l'absence de lien de subordination entre W) et l'appelante ; que le mandat social pour la gestion journalière conféré à W) a « effacé à compter du 10 décembre 2010 son contrat de travail initial d'employé » et qu'il existe des contestations sérieuses en raison desquelles la juridiction de référé travail est incompétente. Subsidiairement, et pour le cas où il existerait un contrat de travail, il y aurait lieu de déclarer le licenciement et la dispense de préavis nuls et de nul effet alors qu'ils sont intervenus frauduleusement ; la requérante serait à condamner au remboursement des sommes frauduleusement perçues à savoir l'indemnité de départ d'un montant de 30.000.- euros outre les salaires perçus au titre de la dispense de préavis d'un montant de 34.006.- euros ainsi que les charges sociales afférentes, avec les intérêts tels qu'indiqués dans l'acte d'appel. L'appelante base cette demande sur la répétition de l'indu, sinon de l'enrichissement sans cause, sinon sur base des articles 1382 et 1383 du code civil.

La société I) demande encore à voir dire que la demande en intervention est recevable et fondée.

Finalement, elle réclame, sur base de l'article 240 du nouveau code de procédure civile, la condamnation de W) et de F) au paiement d'une indemnité de procédure de 2.000.- euros pour l'instance d'appel.

L'intimée W) relève appel incident quant aux points suivants :

- quant au montant de l'indemnité de départ. L'appelante sur incident fait valoir que lors du calcul de cette indemnité le premier juge s'est erronément basé sur un salaire de 3.815,97 euros au lieu de se baser sur le salaire de 5.667,75 euros.

- quant à la provision réclamée du chef de gratification et de prime. Cette demande a été déclarée irrecevable par le premier juge en raison de l'absence de preuve de constance, de généralité et de fixité de ces paiements. L'appelante sur incident déclare verser actuellement les fiches de salaire du mois de décembre des années 2002 à 2012 inclus.

- Finalement, l'appelante sur incident conclut encore à la réformation de l'ordonnance en ce que le premier juge n'a pas fait droit à sa demande en allocation d'une indemnité de procédure de 1.200.- euros mais ne lui a alloué que la somme de 250.- euros.

1. quant au lien de subordination

A l'appui de son appel, la société I) fait d'abord valoir que le juge des référés travail est incompétent alors que la requérante n'était pas salariée et qu'il existait des contestations sérieuses. Elle donne à considérer que W) n'a plus la qualité de salariée depuis le 10 décembre 2010, date où elle fût désignée comme membre du comité à la gestion journalière et que le maintien du contrat de travail initial serait une pure fiction. L'appelante rappelle que, dans le cadre de la gestion journalière, W) avait le pouvoir d'engager la société par sa seule signature jusqu'à une valeur de 25.000.- euros. La société I) soutient que les fonctions salariées antérieures ont été « effacées » par le mandat de gestion journalière.

La requérante initiale rappelle qu'elle était au service de l'appelante en qualité de comptable suivant contrat de travail signé le 2 septembre 1985 et que par courrier recommandé du 16 février 2013, elle a été licenciée avec préavis courant du 1^{er} mars 2013 au 31 août 2013 et dispensé de travailler pendant cette période. En outre, W) s'est vue remettre mensuellement des fiches de salaire.

Il est encore établi que l'intimée ne faisait ni partie du conseil d'administration, ni du comité de direction qui lui donnait des ordres (cf. courriel de M. P) du 30 avril 2008 dans lequel on peut lire :

« W) peut bien faire un ordre du jour et assister à nos réunions, mais (...) nous décidons aussitôt si W) devra en faire un rapport ou non ; nous décidons aussitôt quels points W) devra mettre sur le rapport bi-hebdo à envoyer aux administrateurs... ».

C'est partant à bon droit que le premier juge a retenu qu'il ne ressort d'aucun élément du dossier qu'à partir du 10 décembre 2010, W) aurait disposé de pouvoirs étendus, qu'elle n'aurait plus été soumise à un pouvoir disciplinaire ou de contrôle, qu'elle n'aurait plus été placée sous l'autorité de l'employeur et qu'elle n'aurait plus reçu d'ordres ou d'instructions portant sur l'exécution de son travail.

Finalement, il échet de rappeler que l'appelante a payé, avant que l'indemnité de départ ne soit devenue exigible, à son ancienne salariée un acompte de 30.000.- euros à valoir sur cette indemnité.

Au vu de ces éléments, la décision du premier juge quant à sa compétence et à l'absence de contestations sérieuses soulevées par la société I) pour ébranler les créances de la requérante, est à confirmer.

2. quant au licenciement

A titre subsidiaire, l'appelante fait valoir - comme en première instance - que le licenciement intervenu serait nul et de nul effet en raison de son caractère frauduleux alors que malgré le fait que W) avait annoncé vouloir partir volontairement à la retraite avec prise d'effet fin de l'année 2013, elle a été licenciée par l'administrateur-délégué F) le 16 février 2013. Cette décision de licenciement n'aurait pas été autorisée par le conseil d'administration et recèlerait un conflit d'intérêts.

L'appelante conclut à la réformation de l'ordonnance et fait valoir que ce serait à tort que le premier juge a déclaré irrecevables ses demandes reconventionnelles.

Le premier juge a déclaré irrecevables les demandes reconventionnelles à voir dire nul et de nul effet pour être frauduleux, le licenciement et la dispense de préavis ainsi que les demandes en remboursement des sommes touchées suite à ce licenciement.

L'intimée conteste les allégations de l'appelante et demande la confirmation de l'ordonnance sur ce point.

Il y a lieu de relever que l'affirmation de l'employeur de W) que le licenciement serait frauduleux, surprend alors que la société I) a, suite à ce licenciement, payé un acompte de 30.000.- euros à sa salariée licenciée et n'a à aucun moment contesté la dispense de travail pendant le préavis.

Le juge des référés statuant en matière de référé-provision ne peut pas juger le fond du droit ni procéder à un examen approfondi de la cause, sous peine d'excéder ses pouvoirs et s'il est amené à le faire, la demande en provision est irrecevable.

En tant que juge de l'évident et de l'incontestable, il doit se limiter à procéder à un examen superficiel et rapide de la demande tant en fait qu'en droit et ne saurait fixer les droits des parties sous peine d'excéder ses pouvoirs et de porter préjudice au fond.

Par ailleurs, il ne statue qu'au provisoire, le principal demeurant toujours réservé.

Au vu des contestations émises par W), c'est à bon droit que le premier juge a dit qu'il ne peut pas, en tant que juge des référés, se prononcer sur le bien-fondé de la demande reconventionnelle, sans trancher le fond du droit et sans outrepasser ses pouvoirs.

L'ordonnance est donc à confirmer pour avoir déclaré les demandes reconventionnelles irrecevables.

3. quant à l'indemnité de départ

C'est à bon droit et pour des motifs que la Cour adopte que le premier juge a constaté que l'obligation au paiement du solde de l'indemnité de départ ne paraît pas sérieusement contestable. Néanmoins, il ressort en effet de l'ordonnance entreprise (page 9) que le premier juge s'est basé sur un salaire mensuel de 3.815,97 euros alors qu'il n'est pas contesté que le salaire mensuel brut de la requérante était de 5.667,75 euros.

Il y a donc lieu de réformer l'ordonnance sur ce point et de dire que la requérante a droit, compte tenu de son ancienneté, à une indemnité de préavis de $(9 \times 5.667,75 =) 51.009,75$ euros dont il y a lieu de déduire l'acompte de 30.000.- euros déjà payé par la société I) de sorte que le solde redû se chiffre non pas à 4.343,73 euros mais à 21.009,75 euros.

L'appel incident est donc fondé sur ce point.

4. quant à la gratification et à la prime

W) réclame une gratification pour l'année 2013, équivalente à un mois de salaire, calculée au prorata du temps pendant lequel elle était encore au service de son employeur, soit en l'espèce $(5.667,75 \times 8/12 =) 3.778,50$ € de même qu'une prime de 2.000.- €, calculée au prorata du temps pendant lequel elle était encore au service de son employeur, soit $(2.000 \times 8/12 =) 1.333,33$ €.

Le premier juge a, après avoir rappelé que pour être qualifié d'élément du salaire, un avantage doit obéir aux caractères de constance, de généralité et de fixité à établir par le salarié, déclaré la demande de la requérante sérieusement contestable, partant irrecevable au motif qu'en l'espèce, aucune preuve en ce sens n'avait été rapportée par W).

L'appelante par incident verse actuellement une farde comprenant les fiches de salaire des mois de décembre de 2002 à 2012 inclus. Elle souligne que la dernière gratification versée était de 5.667,75 euros et elle demande donc principalement se voir allouer 8/12 de la somme de 5.667,75 à titre de gratification et 8/12 de la somme de 2.000.- euros à titre de prime.

Subsidiairement, elle demande se voir allouer 8/12 de la somme de 5.667,75 à titre de gratification.

La société D) conteste ces demandes au motif que ni la gratification, ni la prime ne résulteraient du contrat de travail. Elle demande l'entérinement de l'ordonnance entreprise. A titre encore plus subsidiaire, la société D) rappelle que le licenciement a eu lieu au mois de février 2013, de sorte que la gratification (et la prime) devraient être calculées uniquement pour 2/12 de l'année 2013.

Il est admis que la gratification, ou prime, constitue en principe une libéralité laissée à la discrétion de l'employeur, à moins qu'elle ne soit due en vertu d'un engagement exprès, contrat de travail ou convention collective, ou que l'obligation de la payer ne résulte d'un usage constant. A défaut d'engagement exprès comme en l'espèce, la salariée doit rapporter la preuve que la gratification, ou prime, réunit les caractères de généralité, de fixité et de constance, nécessaires d'après la jurisprudence établie pour pouvoir constituer un usage constant. Si la salariée arrive à prouver que ces conditions sont réunies, l'usage constant existe

En l'espèce, il ressort des pièces versées en cause qu'au cours des sept dernières années la requérante a touché au mois de décembre une gratification correspondant à un mois de salaire. Elle a reçu également une prime de 2.000.- euros en décembre 2012, 2011 et 2007.

Même si l'affirmation de la société D) en première instance que la gratification et prime touchées en 2012 constituait un fait unique, est clairement contredite par les pièces actuellement versées, il n'est toujours pas établi que l'employeur appliquait à d'autres salariés le principe du paiement d'une gratification ou prime dont le montant était fixé par la direction.

La preuve de la généralité de la gratification ou de la prime - qui est contestée - fait donc défaut et l'ordonnance est à confirmer.

5. quant à la demande en intervention forcée

Le premier juge a déclaré irrecevable la demande de la société D) de mise en intervention de son administrateur et directeur à la gestion journalière F) en vue de la déclaration d'ordonnance commune.

L'appelante conclut à la réformation de l'ordonnance sur ce point.

L'intervention forcée ne peut être dirigée que contre un tiers auquel on a intérêt à opposer un jugement et qui aurait le cas échéant pu faire tierce opposition contre la décision à intervenir.

Tel n'est manifestement pas le cas en l'espèce.

C'est donc à bon droit que le premier juge a déclaré la requête de mise en intervention forcée de F) irrecevable.

L'appel n'est pas fondé sur ce point.

6. quant aux indemnités de procédure

W) a encore relevé appel incident alors que le premier juge n'a pas fait droit à sa demande en allocation d'une indemnité de procédure de 1.200.- euros pour la première instance. Elle requiert la réformation de l'ordonnance également sur ce point.

Il ressort de l'ordonnance que la requérante s'est vue allouer une indemnité de procédure de 250.- euros.

Ce montant adéquat indemnise à suffisance de droit la partie des frais non compris dans les dépens que la requérante a dû exposer de sorte que l'ordonnance du premier juge est à confirmer sur ce point.

Pour l'instance d'appel, tant W) que la société I) ont chacune demandé une indemnité de procédure de 2.000.- euros tandis que F) a sollicité une indemnité de 1.200.- euros.

Au vu du sort réservé à son appel, la société I) est à condamner aux frais et dépens et sa demande sur base de l'article 240 du nouveau code de procédure civile requiert partant un rejet.

Ni W), ni F) n'ont établi l'iniquité de laisser à leur charge des frais irrépétibles pour l'instance d'appel de sorte que leurs demandes respectives sur base de l'article 240 du nouveau code de procédure civile sont à rejeter.

PAR CES MOTIFS :

La Cour d'appel, septième chambre, siégeant en matière d'appel de référé travail, statuant contradictoirement,

reçoit les appels principal et incident en la forme ;

déclare l'appel principal non fondé ;

déclare l'appel incident partiellement fondé ;

partant et par réformation de l'ordonnance entreprise,

déclare la demande de W) en paiement d'une provision du chef d'indemnité de départ non sérieusement contestable pour le solde de 21.009,75 euros ;

partant,

condamne la société anonyme I) SA à payer de ce chef à W) une provision de 21.009,75 euros nets, avec les intérêts au taux légal à partir de la demande en justice du 13 juin 2013, jusqu'à solde ;

confirme l'ordonnance du 7 novembre 2013 pour le surplus ;

déboute les parties de leurs demandes respectives, présentées en instance d'appel et basées sur l'article 240 NCPC ;

condamne la société I) aux frais et dépens des deux instances.