

Arrêt N° 50/16 - VIII - Travail

Exempt – appel en matière de droit du travail

Audience publique du vingt-quatre mars deux mille seize

Numéro 40898 du rôle.

Composition:

M. Étienne SCHMIT, président de chambre;
Mme Astrid MAAS, président de chambre;
Mme Monique FELTZ, premier conseiller;
M. Alain BERNARD, greffier.

Entre:

M. A., demeurant à D-(...), (...),

appelant aux termes d'un acte de l'huissier de justice Frank SCHAAL de Luxembourg du 30 janvier 2014,

comparaissant par Maître François DELVAUX, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

et:

la société anonyme SOC1., établie et ayant son siège social à L-(...), (...), représentée par son conseil d'administration,

intimée aux fins du prédit acte SCHAAL

comparaissant par Maître Ariane KORTÜM, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL:

1. La procédure suivie

Par jugement du 3 décembre 2013, le tribunal du travail de Luxembourg a déclaré fondé le licenciement avec effet immédiat du 30 août 2012 de M. **A.)** par la société **SOC1.)**, a rejeté les demandes de M. **A.)** tendant à des dommages et intérêts, à une indemnité compensatoire de préavis et à une indemnité de départ. Le tribunal a également rejeté la demande de la société **SOC1.)** en remboursement de paiements indus.

Le 30 janvier 2014, le salarié a régulièrement formé appel contre le jugement dans la mesure où il a déclaré le licenciement fondé et a rejeté ses demandes.

Par conclusions du 12 mai 2014, l'employeur a régulièrement formé appel contre le jugement en ce qu'il a rejeté la demande en remboursement de paiements indus.

2. La régularité du licenciement

2.1. Les motifs du licenciement

A partir du 24 mai 1993, M. **A.)** était au service de la société allemande **SOCX.)**.

Suivant contrat de travail signé le 31 mai 2005, M. **A.)** était engagé à partir du 1^{er} juin 2005 en tant que « *Betriebswirt* » par la société luxembourgeoise **SOC1.)**. La rémunération mensuelle est fixée à 3.150 euros pour 40 heures de travail (indice 636,26).

Suivant complément daté du 24 mai 2005 à ce contrat de travail, M. **A.)** et la société **SOC1.)**, en présence de la société **SOCX.)**, conviennent d'une rémunération mensuelle de 350 euros ainsi que d'une participation mensuelle de 28,13 euros de l'employeur pour des « *vermögenswirksame Leistungen* ». La rémunération est définie comme « *geringfügiges Gehalt* » et est due pour les prestations de M. **A.)** en faveur de la société **SOCX.)**.

Les deux sociétés sont dirigées par des membres de la famille **X.)** : M. **B.)** et son fils M. **C.)**.

Par courrier du 30 août 2012, la société **SOC1.)** procède au licenciement avec effet immédiat de M. **A.)**.

Dans la lettre de licenciement, l'employeur retient qu'en tant que salarié de la société **SOC1.)**, M. **A.)** était en charge de la comptabilité et de la gestion des comptes tant de la société **SOC1.)** que de la « *Schwestergesellschaft* » **SOCX.)**.

L'employeur soutient avoir découvert durant le congé de M. **A.)** au courant de la première moitié du mois d'août 2012 un virement irrégulier de 378,13 euros en faveur du compte personnel du salarié.

Après vérification des comptes à partir de 2006, l'employeur reproche au salarié d'avoir débité les comptes de la société **SOCX.)** en sa faveur, d'avoir faussement qualifié ces paiements de rémunération, bien qu'il n'ait pas été dans une relation de travail par rapport à la société **SOCX.)** et qu'il n'ait été salarié que de la seule société **SOC1.)**.

Afin de dissimuler ces virements injustifiés, ils n'auraient pas été inscrits sur les listes des salaires, mais auraient été comptabilisés comme prélèvements privés.

La lettre de licenciement précise les virements opérés à charge de la société **SOCX.)** comme suit :

2007 :	2.286,30	
2008 :	4.159,43	
2009 :	4.537,56	
2010 :	3.781,30	
2011 :	4.537,56	
2012 :	2.646,91	(juillet compris)

Total : 21.949,06 euros

L'employeur estime que ces virements opérés à l'insu de la direction pourraient être considérés comme abus de confiance, voire comme escroqueries.

2.2. Les positions des parties

Le salarié critique le jugement en ce qu'il a retenu que le licenciement était justifié.

Il soutient que la convention du 24 mai 2005 lui accordant une rémunération de 378,13 euros de la part de la société **SOCX.)** aurait été appliquée durant toutes ces années à partir de 2005, que cette convention n'aurait jamais été résiliée, que les virements auraient été effectués en accord avec l'employeur et que celui-ci en aurait eu pleine connaissance.

Ce complément de salaire aurait été motivé par le surplus de travail dû à son affectation à la société **SOC1.)**.

Dans un premier temps, il aurait bénéficié d'un Mini-Job en Allemagne. La sécurité sociale allemande n'ayant plus accepté ce statut fin 2006, il y aurait eu des discussions avec M. **C.)** et la fiduciaire de la société **SOCX.)** afin de définir le statut et la comptabilisation. Les différentes inscriptions comptables auraient été effectuées suivant les instructions de la fiduciaire afin d'éviter des problèmes avec l'administration fiscale et les organismes de sécurité sociale allemands.

Il soutient que le licenciement serait sans motifs réels et sérieux et conclut à ce que le licenciement soit déclaré abusif.

L'employeur conclut à la confirmation du jugement.

Il soutient que l'annexe au contrat de travail ne porterait pas sa signature et conteste la validité de ce document. Comme M. **C.)** ne se souvient pas avoir signé un tel document, il conclut à la production de son original.

Même si la convention avait été signée et les sociétés **SOC1.)** et **SOCX.)** avaient omis de la résilier avec effet au 31 octobre 2006, M. **A.)** n'aurait pas été autorisé par la direction à effectuer les paiements et il les aurait dissimulés.

L'employeur soutient aussi qu'il aurait été convenu que le montant dû au titre du Mini-Job allemand serait déduit de la rémunération à payer par la société **SOC1.)**, mais que M. **A.)** n'aurait pas procédé à cette déduction.

2.3. L'appréciation des motifs du licenciement

2.3.1. La convention du 24 mai 2005

Le contrat de travail du 31 mai 2005 entre la société **SOC1.)** et M. **A.)** prévoit une rémunération mensuelle de 3.150 euros. Il ne contient pas de mention de l'existence de la rémunération d'un Mini-Job auprès de la société sœur en Allemagne, ni ne dispose que la rémunération du Mini-Job par la société **SOCX.)** sera déduite de la rémunération de 3.150 euros inscrite au contrat de travail avec la société **SOC1.)**.

La « *Aktennotiz als Anlage zum Arbeitsvertrag* » du 24 mai 2005 porte le tampon de l'entreprise **SOCX.)**, mais non celui de la société **SOC1.)**. Une signature est inscrite dans le tampon de la société **SOCX.)**. L'identité de l'auteur de la signature n'est pas établie.

Le 4 juillet 2005, la société **SOCX.)** a déclaré à la sécurité sociale allemande que M. **A.)** était à son service en tant que « *geringfügig Beschäftigter* » à partir du 1^{er} juin 2005 et le 29 novembre 2006 elle a fait la déclaration de sortie avec effet au 31 octobre 2006.

Suivant fiches de salaire établies par la société **SOCX.)** pour les mois de juin 2005 à octobre 2006, M. **A.)**, à son service depuis le 24 mai 1993, a perçu un salaire mensuel de 350 euros et la participation à la constitution d'un patrimoine était de 28,63 euros, soit une rémunération mensuelle brute de 378,63 euros.

Au regard des échanges de courrier entre les organismes de sécurité sociale allemands et luxembourgeois, le ministère du travail et de la sécurité sociale luxembourgeois, les sociétés **SOC1.)** et **SOCX.)**, une dérogation a été accordée permettant l'affiliation de M. **A.)**, domicilié en Allemagne et sous contrat de travail tant en Allemagne qu'au Luxembourg, et dès lors normalement soumis aux règles allemandes d'affiliation, uniquement à la sécurité sociale luxembourgeoise du 1^{er} juin 2005 au 31 décembre 2006.

Dans ce contexte, la société **SOC1.)** indique dans son courrier du 25 août 2005 à l'organisme allemand que son salarié est, depuis le 1^{er} juin 2005, dans un « *geringfügiges Beschäftigungsverhältnis* » et perçoit de ce chef une rémunération de 350 euros.

Le document relatif à la déclaration de sortie par la société **SOCX.)** contient la mention que M. **A.)** a touché une rémunération de 3.786 euros durant les dix mois d'affiliation en 2006, ce qui correspond à la rémunération mensuelle de 378,13 euros inscrite à l'annexe du 24 mai 2005.

Il est dès lors établi que la société **SOCX.)** a convenu le 24 mai 2005 avec M. **A.)** de lui régler une rémunération mensuelle à hauteur de 378,13 euros. Une mesure d'instruction, telle la production de l'original de l'annexe, n'est pas utile.

Il se dégage également de ces éléments que la convention était connue de la société **SOC1.)**. L'affirmation de la société **SOC1.)** que la rémunération réglée par la société **SOCX.)** était à déduire de la rémunération à payer par la société **SOC1.)** est contraire à ce qui a été convenu par écrit, conformément à la prescription de l'inscription de la rémunération dans le contrat de travail écrit, et ne constitue qu'une allégation qui n'est confirmée par aucun élément du dossier.

Dans la mesure où la convention-annexe du 24 mai 2005 ne met pas d'obligation financière à charge de la société **SOC1.)**, il est sans intérêt d'examiner si elle est partie à la convention.

Contrairement à ce qui est soutenu par la société **SOC1.)**, il ne résulte pas des éléments soumis à l'appréciation de la Cour que la convention-annexe du 24 mai 2005 ait été résiliée par la société **SOCX.)**.

Dans la lettre de licenciement, la société **SOC1.)** reconnaît que M. **A.)** effectuait des travaux de comptabilité et s'occupait de la gestion des comptes de la société **SOCX.)**.

La convention du 24 mai 2005 étant toujours d'application, M. **A.)** avait droit au paiement de la rémunération de 378,13 euros.

2.3.2. Les paiements sans autorisation et leur dissimulation

Les historiques des mouvements du compte bancaire de la société **SOCX.)** versés en cause renseignent les mouvements suivants en faveur de M. **A.)** :

En 2007 :

10 transferts de 78,13 euros à la société **SOC2.)**, avec les mentions : **A.)**, VL avec indication du mois, numéro de compte (...) (numéro de la comptabilisation des Verbindlichkeiten aus Vermögensbildung).

5 transferts de 300 euros sur le compte bancaire de M. **A.)**, avec les mentions: **A.)**, Gehalt avec indication du mois, numéro de compte (...) (numéro de comptabilisation des Verbindlichkeiten aus Lohn und Gehalt).

Le compte 6030 (Aushilfslöhne) contient l'inscription de 10 transferts de 300 euros, qui sont aussi inscrits au compte 3720 (Lohn und Gehalt). Les transferts

de 78,13 euros sont inscrits aux comptes (...) (Vermögenswirksame Leistungen) et 3770 (Verbindlichkeiten aus Vermögensbildung).

En 2008

Les transferts de 378,13 euros sont inscrits sur l'historique avec la mention **A.)**, la mention du numéro de son compte bancaire et du numéro de compte interne (...), l'indication du mois et parfois la mention Gehalt.

Les mouvements sont comptabilisés sous le compte (...) (Privatkosten **A.))**

En 2009

L'historique fait état des mouvements de 378,13 euros, en faveur du compte de M. **A.)**, contiennent la mention **A.)** et le numéro de compte (...), ainsi que la mention du mois.

Les mouvements sont inscrits au compte 2110 (Privat **C.))**.

En 2010

L'historique renseigne les transferts de 378,13 euros avec l'indication du compte bancaire de M. **A.)**, la mention **A.)**, (...), et parfois la désignation du mois.

Comme en 2009, la comptabilisation se fait au compte (...).

En 2011

L'historique des mouvements du compte bancaire de la société n'est pas versé.

Comme en 2009 et 2010, les transferts de 378,13 euros sont inscrits au compte (...).

En 2012

L'historique renseigne 7 transferts de 378,13 euros au compte bancaire de M. **A.)**, avec les mentions de ses prénom et nom, du numéro 3720 et parfois du mois.

Les transferts sont inscrits au compte (...) (Privatentnahmen **C.))**

Cet examen des documents permet de relever que tous les transferts de 300 et 78,13, ou de 378,13 euros (qui ont aussi été effectués en 2005 et en 2006), ont été opérés à découvert durant les années 2007 à 2012: virement direct sur le compte de M. **A.)**, avec toujours la mention **A.)** et l'indication du numéro de compte (...) (Lohn und Gehalt); virement des montants de 78,13 euros au compte de la **SOC2.)** en 2007.

En 2007, la comptabilisation a été faite aux comptes Lohn und Gehalt, ainsi que Vermögensbildende Leistungen.

En 2008, les inscriptions ont été faites au compte Privatkosten **A.)**.

Ces écritures comptables ne constituent pas une dissimulation.

Il est exact que de 2009 à 2012, les transferts sont comptabilisés comme prélèvements d'un dirigeant de la société et ne sont pas directement identifiables dans une partie de la comptabilité de la société comme transferts en faveur de M. **A.**).

Cependant, il s'agit de la comptabilisation de transferts dont le bénéficiaire M. **A.**) est ouvertement désigné.

Dans ces circonstances, il n'est pas établi que cette comptabilisation de 2009 à 2012 ait été motivée de la part de M. **A.**) par le souci de dissimuler les virements en sa faveur aux yeux des dirigeants de la société.

La comptabilisation peut aussi s'expliquer par le souci de la société de ne pas « avoir de problèmes » avec les organismes de sécurité sociale.

La volonté de M. **A.**) de tromper son employeur n'est pas prouvée.

Il est établi que durant les années litigieuses 2007 à 2012, de même qu'en 2005 et 2006, M. **A.**) a fait des prestations pour la société **SOCX.**). Le 24 mai 2005, la société **SOCX.**) s'est engagée au paiement d'une rémunération mensuelle de 378,13 euros et la convention afférente n'a été résiliée ni au moment où le « *Mini-Job* » a pris fin ni à un autre moment.

M. **A.**), engagé comme « *Betriebswirt* », était chargé de la gestion des comptes de la société **SOCX.**) et effectuait les paiements par banque.

Il n'est pas établi qu'il ait opéré les virements de sa rémunération, ayant fait l'objet d'une convention écrite, en violation d'un accord d'un dirigeant, exprès et préalable, à chaque paiement de rémunération.

Les virements sans autorisation et leur dissimulation ne sont pas prouvés. Les faits invoqués comme motifs du licenciement ne sont pas établis.

2.3.3. Conclusion

Au vu des développements aux points 2.3.2. et 2.3.3., des faits invoqués qui rendraient immédiatement et définitivement impossible la continuation de la relation de travail ne sont pas établis et le licenciement est abusif. L'appel afférent du salarié est justifié.

3. Les indemnités de préavis et de départ

Suivant attestation testimoniale de M. **B.**) du 6 mai 2013, M. **A.**) a travaillé pour son entreprise **SOCX.**) à partir de 1993 et a été repris aux mêmes conditions avec un salaire augmenté de 90 euros à partir du 1er juin 2005 par la société **SOC1.**). Jusqu'au 31 octobre 2006, il a reçu un salaire additionnel de 350 euro pour son « *Mini-Job* » de la part de la société **SOCX.**).

Il résulte de cette attestation que M. **A.)** a bénéficié d'une reprise d'ancienneté. En raison du caractère abusif du licenciement et au vu d'une ancienneté de plus de quinze ans au moment du licenciement, M. **A.)** a droit à une indemnité compensatoire de préavis de six mois et à une indemnité de départ de trois mois.

La société **SOCX.)** conclut au rejet des demandes sinon à leur réduction à de justes proportions.

La Cour retient que M. **A.)** a été licencié abusivement par la société **SOC1.)** et ses indemnités sont à calculer sur base de la rémunération due par cette société, à l'exclusion de la rémunération additionnelle réglée par la société **SOCX.)**.

L'appel du salarié qui tend à l'allocation de ses indemnités est justifié à hauteur des montants bruts suivants :

$6 \times 3.652,86 = 21.917,16$ euros pour les six mois qui suivent le 30 août 2012.

$3 \times 3.652,86 = 10.958,58$

Conformément aux conclusions du salarié, des intérêts moratoires sont justifiés à compter du 17 septembre 2012, date du dépôt de la demande auprès du tribunal du travail.

Le droit à un treizième mois n'étant pas établi, la demande d'allocation du montant de 1.478,03 de ce chef n'est pas justifié.

4. Le préjudice matériel

L'employeur qui a procédé à un licenciement abusif est tenu d'indemniser l'intégralité du préjudice en lien causal avec sa faute.

Le salarié conclut aux indemnités suivantes :

- du 1^{er} au 31 mars 2012 : $4.030,99$ moins $1.638,30 = 2.392,69$ euros

- à partir d'avril 2013 : $4.030,99$ moins $3.500 = 530,99$ euros par mois multiplié par 20 mois soit $10.619,80$ euros.

Au vu de ce décompte, le salarié a touché une indemnité de chômage nette de $1.638,30$ euros pour le mois de mars 2012. Cette indemnité est celle indiquée dans la décision du 26 octobre 2012 de la Bundesagentur für Arbeit qui, après une période sans indemnisation de 12 semaines du 31 août au 22.11.2012, reconnaît à M. **A.)** le droit à l'indemnisation à partir du 23 novembre 2012.

La Cour en déduit que M. **A.)** a reçu le montant net mensuel de $1.638,30$ euros pendant cette période.

Dans cette décision, cette indemnité est calculée comme suit :

Arbeitsentgelt : 119,41 euros par jour.

Dont à déduire les cotisations de sécurité sociale et les impôts, soit un montant journalier net de 81,51 euros (Leistungsentgelt)

Le Leistungssatz journalier à régler est de 54,61 euros (67% de 81,51), soit le montant de 1.638,30 euros par mois (= 30 jours par mois de calendrier entier).

La Cour évalue les indemnités de chômage brutes touchées dans la période du 23 novembre 2012 au 31 mars 2013 au montant de 9.792 euros (119,41 x 67% = 80 ; 80 x 30 jours = 2.400 par mois; 2.400 x 4 mois = 9.600 ; 8 jours de novembre : 192).

Le salarié a droit à une indemnité de préavis de 21.917,16 euros pour les six mois qui suivent le 30 août 2012.

M. **A.)** ayant été inscrit au chômage et ayant fait en outre des recherches personnelles dès le mois de septembre 2012, la période d'inactivité jusqu'à fin mars est en lien avec le licenciement.

M. **A.)** prétend à l'indemnisation pendant 20 mois en raison de la différence de salaire durant 20 mois à partir du 1er avril 2013.

La Cour admet que du fait du licenciement, M. **A.)** a perdu la rémunération qu'il touchait auprès de la société **SOC1.)** et de la société **SOCX.)**, soit le montant mensuel brut de 4.030,99 euros (3.652,86 + 378,13)

Contrairement à ce que soutient M. **A.)**, son salaire auprès de son nouvel employeur est de 3.513,28 euros (et non seulement 3.500 euros), étant donné que le montant de 13,28 euros au titre de la Vermögensbildende Leistung constitue une rémunération.

Ce salaire est documenté par les fiches de salaire de mai, juillet et septembre 2013.

A défaut de pièces justificatives du paiement de ce salaire inférieur pendant une période de vingt mois, la Cour admet cette perte de revenus pour la période d'avril à septembre 2013, soit pendant six mois.

Durant la période de septembre 2012 à septembre 2013, M. **A.)** aurait touché les revenus suivants auprès de la société **SOC1.)** et de la société **SOCX.)** et, pour cette période, il a droit à l'indemnité de préavis et a touché les revenus suivants:

Il aurait touché les revenus suivants : $13 \times 4.030,99 = 52.402,87$ euros

Il a droit à l'indemnité de préavis de :	21.917,16
Les indemnités brutes de chômage sont de :	9.792,00
Les nouveaux salaires sont de : $6 \times 3.513,28 =$	21.079,68

Les revenus effectifs pour la période litigieuse s'élèvent donc au montant de 52.788,84 euros, soit un montant supérieur au montant des anciens revenus pour cette période.

Un préjudice matériel n'est pas établi et l'appel afférent n'est pas fondé

5. Le préjudice moral

M. **A.)** conclut à la réformation du jugement et à l'allocation d'une indemnité de 25.000 euros au titre du préjudice moral.

L'employeur conclut au rejet de la demande, sinon à la réduction de ce montant.

Compte tenu du caractère abusif du licenciement immédiat, de l'ancienneté de près de vingt ans, du fait que M. **A.)** était âgé de 53 ans au moment du licenciement et qu'il a retrouvé un emploi sept mois après le licenciement, la Cour évalue le préjudice moral au montant de 12.500 euros.

Le jugement est à réformer dans la mesure où il a rejeté cette demande d'indemnisation.

6. La demande en remboursement de paiements indus

L'employeur conclut à ce que, par réformation du jugement, le salarié soit condamné à rembourser le montant de 25.036,80 euros au titre de paiements indus.

Au vu des développements au point 2.3, le salarié n'a pas touché de paiements indus, de sorte que l'appel de l'employeur relatif à ce remboursement est à rejeter.

7. Les indemnités de procédure

Au titre de l'article 240 du nouveau code de procédure civile, le salarié conclut à l'allocation d'une indemnité de 2.500 euros pour chaque instance et l'employeur conclut à l'allocation d'une indemnité de 2.000 euros pour chaque instance.

Il serait inéquitable de laisser à charge du salarié l'intégralité des frais non compris dans les dépens qu'il a exposés.

Il y a lieu de fixer à 2.500 euros l'indemnité pour chaque instance.

L'employeur n'obtenant pas gain de cause et devant supporter les dépens, son appel et sa demande formés sur base de l'article 240 du nouveau code de procédure civile ne sont pas fondés.

PAR CES MOTIFS:

la Cour d'appel, huitième chambre, siégeant en matière de droit du travail, statuant contradictoirement, sur le rapport de M. Étienne SCHMIT, président de chambre,

déclare l'appel de M. **A.)** recevable et partiellement fondé,

réformant

dit que le licenciement avec effet immédiat du 30 août 2012 est abusif,

condamne la société **SOC1.)** à payer à M. **A.)** les montants de 21.917,16 euros, 10.958,58 euros et 12.500 euros avec les intérêts au taux d'intérêt légal au sens de l'article 14 de la loi modifiée du 18 avril 2004 relative au délai de paiement et aux intérêts de retard à partir du 17 septembre 2012 jusqu'à solde,

rejette l'appel de la société **SOC1.)** tendant au remboursement de paiements indus,

condamne la société **SOC1.)** à payer à M. **A.)** le montant de 5.000 euros sur base de l'article 240 du nouveau code de procédure civile,

rejette l'appel et la demande de la société **SOC1.)** formée sur base de cette disposition,

condamne la société **SOC1.)** aux dépens des deux instances et ordonne la distraction des dépens de l'instance d'appel au profit de Maître François DELVAUX.

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