Exempt - appel en matière de droit du travail.

Audience publique du douze janvier deux mille six.

Numéro 28047 du rôle

Présents:

Edmond GERARD, président de chambre,
Eliane EICHER, conseiller,
Charles NEU, conseiller,
Isabelle HIPPERT, greffier.

E n t r e :

A.), demeurant à B-(…),

appelant aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Jean-Lou THILL de Luxembourg du 25 juin 2003,

intimé sur appel incident,

comparant par Maître Cathy ARENDT, avocat à la Cour à Luxembourg,

e t :

1) la société anonyme SOC.1.) A.G., en liquidation volontaire**,** établie et ayant son siège social à L-(…), représentée par son liquidateur SOC.2.), société de droit anglo-saxon,

2) SOC.2.), société de droit anglo-saxon, ayant son siège social à (…) (…),

intimées aux fins du susdit exploit THILL,

appelantes par incident,

comparant par Maître Pierre ELVINGER, avocat à la Cour à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL:

Vu l'ordonnance de clôture de l'instruction du 14 juillet 2005.

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

Par requête déposée le 11 avril 2001, A.) a fait convoquer devant le tribunal du travail de Luxembourg (section: employés privés) son ancien employeur, la société anonyme SOC.1.), pour lui réclamer, suite à son licenciement qu'il qualifia d'irrégulier et d'abusif, les montants suivants :

1) indemnité compensatoire de préavis :	600.000,- francs
2) dommages-intérêts pour préjudice matériel :	1.200.000,- francs
3) dommages-intérêts pour préjudice moral :	300.000,- francs
4) indemnité compensatoire de congé :	p.m.
5 solde de la prime pour 2000 :	774.000,- francs
6) indemnité de procédure :	25.000,- francs.

A.) exposa qu'il avait été au service de la société SOC.3.), actuellement dénommée société anonyme SOC.1.), depuis le 1er mars 1998, sur base d'un contrat de travail signé le 28 janvier 1998 en qualité de directeur général. Il s'est vu notifier son licenciement avec effet immédiat par lettre recommandée du 19 février 2001 de la teneur suivante :

« Monsieur,

Par la présente nous mettons fin à votre contrat de travail signé le 28 janvier 1998 avec effet immédiat conformément à l'article 27 de la loi du 24 mai 1989 sur le contrat de travail.

Les motifs qui sont à l'origine de notre décision et qui constituent des motifs graves qui rendent immédiatement et définitivement impossible le maintien de la relation de travail avec vous, sont les suivants :

1. En date du 31 décembre 2000 vous vous êtes fait payer le montant de 700.000,- LUF au titre de provisions sur commission, sans avoir été autorisé préalablement ni par le conseil d'administration, ni par B.), votre supérieur hiérarchique dans le groupe. Ce fait n'est venu à notre attention qu'en date du 23 février 2001 lors d'une révision des comptes de la société.
   Or en tant que directeur général de SOC.1.) AG, vous savez très bien que les commissions pour la fin d'année ne sont payées qu'après arrêté des comptes qui se fait en janvier 2001. Or après un audit interne des comptes de la

SOC.1.) AG, nous avons dû constater que vous vous êtes payé une commission d'un montant de 700.000,- LUF au courant du mois de décembre, sans en référer avec le responsable du groupe comme cela était de pratique.

2. Nous avons encore dû constater que vous n'avez jamais payé le montant de 10.526,- LUF prévu au premier point de l'annexe du contrat d'emploi pour l'utilisation privée du véhicule de service mis à votre disposition par la société SOC.1.) AG. Des montants de plus de 357.884,- FLUX n'ont dès lors pas été payés à la société.

   Tous ces faits repris ci-avant sont constitutifs de motifs graves et ébranlent nécessairement la confiance qui doit exister entre l'employé et son employeur. Ceci est d'autant plus grave, alors que vous occupez le poste de directeur général envers qui cette confiance doit être absolue étant donné que vous êtes responsable des finances et de la comptabilité de notre établissement.

   Veuillez agréer, Monsieur, l'assurance de notre considération distinguée. »

A.) invoqua en premier lieu l'irrégularité du licenciement au motif qu'il serait intervenu au cours de sa maladie, ainsi qu'il résulterait d'un certificat de maladie couvrant la période du 19 au 25 février 2001.

Quant au premier motif du licenciement, A.) exposa qu'en 1998 et 1999, il se voyait payer une avance sur prime sur le résultat prévisionnel de l'exercice. Le solde était alors payé en mars de l'année suivante sur base du résultat effectif. Il aurait été d'usage que la provision payée sur la prime en décembre se serait élevée à la moitié du montant total de la prime estimée. Le résultat opérationnel de 1998, sur base duquel fut payée la prime, fut discuté avec C.), administrateur de la société défenderesse à l'époque et D.) du département financier. La même façon de procéder fut suivie pour l'année 1999. A l'époque, la prime fut payée par un virement signé par lui-même et un administrateur de la société.

Le montant estimé de la prime pour l'année 2000 aurait été de 1.474.000,- francs et calculé après le « reporting » de décembre au montant réel de 1.745.737,- francs. Ainsi, il se voyait payer une avance de 700.000,- francs par un virement collectif signé par lui-même et la directrice des ressources humaines, la dame E.).

La partie défenderesse rétorqua que suivant les dispositions du contrat de travail, le conseil d'administration fixait les règles d'après lesquelles la prime était à allouer au demandeur. A.) n'aurait dès lors pas eu le droit de se faire virer lui-même sans l'accord d'un membre du conseil d'administration ni de sa supérieure hiérarchique B.) une avance sur prime de 700.000,- francs. S'il était vrai que ledit

virement avait également été signé par la dame E.), elle n'était cependant pas à ce moment responsable pour vérifier le montant en question.

Quant au deuxième motif de licenciement, A.) admettait ne pas avoir payé à la défenderesse le montant mensuel de 10.526,- francs pour l'utilisation privée du véhicule professionnel tel que prévu par l'article 1er de l'annexe au contrat de travail. Il se justifia cependant en prétendant que telle aurait été la pratique depuis le début des relations de travail et que sur demande de sa part, l'administrateur délégué lui aurait indiqué que ceci ne fut jamais pratiqué au sein de l'entreprise et qu'aucun des salariés ne se voyait déduire un quelconque montant pour le véhicule mis à sa disposition, même si cela était inscrit au contrat de travail. Dans ces circonstances, il aurait estimé que les parties avaient d'un commun accord procédé à une modification du contrat de travail. Par ailleurs, à partir du moment où la direction avait changé d'opinion à cet égard, il s'était immédiatement déclaré d'accord, ce qu'il exprima dans un message électronique du 1er février 2001.

Par jugement rendu contradictoirement le 15 novembre 2002, le tribunal du travail a reçu la demande en la forme et ordonné la comparution personnelle des parties.

Dans la suite et par jugement du 25 avril 2003, le tribunal a déclaré le licenciement régulier, débouté A.) de ses demandes du chef d'indemnité compensatoire de préavis et de dommages-intérêts pour préjudices matériel et moral, déclaré non fondée la demande reconventionnelle de la S.A. SOC.1.) en remboursement de la prime pour l'année 1999 et des indemnités pour l'utilisation privée du véhicule de fonction. Quant à la prime sur production redue pour l'année 2000, il a institué une expertise aux fins de déterminer le montant de la prime annuelle sur objectif de l'année 2000 revenant à A.) conformément au mode de calcul prévu à l'article 8 de l'annexe du contrat d'emploi du 28 janvier 1998.

Pour statuer ainsi, le tribunal a notamment retenu la motivation suivante :

« Pour ce qui est du virement litigieux de 700.000,- francs, le demandeur reconnaît qu'il n'avait pas reçu l'aval d'un administrateur de la société mais que seule la responsable des ressources humaines l'avait contresigné. A.) n'a pas contredit l'employeur en ce que la dame E.) n'avait pas la responsabilité pour vérifier le montant ou pour donner son aval. Il a simplement déclaré qu'il ignorait si la dame E.) était à considérer comme sa supérieure hiérarchique. Le demandeur n'a pas non plus critiqué les déclarations du représentant de l'employeur en ce que le fait reproché ne fut découvert qu'au cours du mois de janvier 2001, lors de l'audit interne.

L'argumentation du demandeur qu'il n'avait suivi que la procédure déjà établie lors des années antérieures n'est donc pas correcte dans la mesure où contrairement à la

pratique précédente, au sujet du virement litigieux, aucun membre du conseil d'administration n'avait donné son accord.

Par son comportement, le requérant a contrevenu aux dispositions de son contrat de travail suivant lesquelles la prime annuelle sur objectif était à attribuer en fin d'année selon les règles fixées par le conseil d'administration. »

Le tribunal en a déduit que ce motif était à lui seul suffisamment grave pour justifier le licenciement avec effet immédiat du requérant de sorte que l'analyse du deuxième motif relatif au défaut du paiement mensuel du montant de 10.526,- LUF pour l'utilisation privée du véhicule de fonction devenait superflue.

Par exploit d'huissier du 25 juin 2003, A.) a relevé appel contre le prédit jugement du 25 avril 2003.

Il demande à la Cour de le réformer, de déclarer le licenciement abusif, et de lui allouer le montant de 177.396,51 € outre les intérêts.

<u>Quant à la recevabilité de l'appel</u>

La société intimée soulève l'irrecevabilité de l'appel du 25 juin 2003 au motif que d'une part il est dirigé contre une société définitivement dissoute, liquidée et radiée, SOC.4.), et que d'autre part il est dirigé contre une société qui n'a pas été partie au litige en première instance, SOC.2.).

Elle expose qu'une fois la clôture des opérations de liquidation prononcée, le mandat de liquidateur de SOC.2.) a pris fin, cette dernière n'ayant plus qualité pour représenter SOC.4.) en justice. L'appel interjeté doit être déclaré comme irrecevable alors que SOC.2.) n'ayant plus de mandat en qualité de liquidateur n'avait plus qualité à recevoir notification de l'acte d'appel.

Elle fait encore plaider que l'appel interjeté à l'encontre de SOC.2.) est irrecevable pour avoir été interjeté à l'encontre d'une société qui n'a pas été partie en première instance, et ce, même si elle était alors habilitée à représenter en justice la société en liquidation.

A.) fait valoir que si en principe, la société commerciale disparaît avec la clôture de la liquidation, cette extinction n'est pas absolue, alors que la société continue d'exister pour répondre des actions que les créanciers sociaux peuvent exercer contre elle jusqu'à l'expiration du délai de 5 ans à partir de la publication de la clôture de la liquidation.

Il expose que les liquidateurs sont habilités à représenter la société commerciale dans les actions intentées contre elle par des créanciers sociaux endéans le délai de 5 ans à partir de la publication de la clôture de la liquidation. (Cour 18 avril 1967, P. 20, p. 339) ; partant la société SOC.2.) représentera passivement la société liquidée jusqu'au 3 avril 2008 dans les actions diligentées par les tiers contre elle.

Quant à l'affirmation de la partie intimée que SOC.4.) ne pouvant être concrètement ni localisée, ni représentée, il était nécessaire de demander unilatéralement, par voie de requête, la nomination d'un mandataire ad hoc, l'appelant estime qu'une telle procédure n'existe pas et que l'article 941 du nouveau code de procédure civile invoqué par l'intimée pour justifier le recours à la nomination unilatérale d'un mandataire ad hoc, est inapplicable en l'espèce.

Aux termes de l'article 141 alinéa 1er de la loi du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales, « Les sociétés commerciales sont, après leur dissolution, réputées exister pour leur liquidation. »

Il est de doctrine et de jurisprudence constante que si, en principe, la société commerciale disparaît avec la clôture de la liquidation cette extinction n'est pas absolue, alors qu'au terme de l'article 157, alinéa 3, de la loi modifiée du 10 août 1915, la société continue d'exister pour répondre des actions que les créanciers sociaux peuvent exercer contre elle jusqu'à l'expiration du délai de cinq ans à partir de la publication de la clôture de la liquidation. (Pas. 29, sommaire de jurisprudence sur les sociétés n° 185, p. 102).

Cette solution se dégage en effet nécessairement du texte de l'article 157 en question qui dit : « Sont prescrites par cinq ans : … toutes actions contre les liquidateurs, en cette qualité, à partir de la publication prescrite par l'article 151. »

L'article 151 traite des modalités de la publication de la clôture de la liquidation.

Il est constant en cause que l'action dirigée par A.) contre la S.A. SOC.1.), dans laquelle s'inscrit l'appel dont la Cour est actuellement saisie, n'est, à défaut de décision définitive, pas terminée.

La liquidation de la société ne peut donc pas être considérée comme entièrement achevée.

L'appel dirigé tant contre la société en liquidation que contre son liquidateur est recevable.

Quant au caractère justifié du licenciement

A l'appui de son recours, l'appelant expose qu'en se payant une avance sur prime en décembre 2000, il a agi exactement comme il l'avait fait les années auparavant et comme il est prévu dans d'autres entreprises ; qu'en 1998 et 1999 sa façon de procéder avait été expressément approuvée par ses supérieurs hiérarchiques et il ne pouvait évidemment s'attendre à ce que les usages suivis dans la société auraient changé d'un jour à l'autre alors que personne ne l'avait informé en ce sens ;
que contrairement à l'opinion des juges de première instance, les années antérieures aucun membre du conseil d'administration n'avait donné au préalable son accord exprès pour le paiement de l'avance sur prime, mais le procédé utilisé par l'appelant était néanmoins clairement approuvé par les administrateurs délégués au moment de la clôture des exercices respectifs.

Il ajoute que le deuxième fait reproché par l'employeur, à savoir le problème relatif au paiement mensuel du montant de 10.526,- LUF pour l'utilisation privée du véhicule de service a été, dans le contexte de la demande reconventionnelle de l'employeur, implicitement rejeté, en ce que le premier juge a retenu que l'employeur avait à l'origine été d'accord à ne pas revendiquer ledit paiement mensuel de sorte que les parties avaient d'un commun accord modifié le contrat de travail sur ce point.

Quant au fond, la société intimée demande la confirmation du jugement attaqué en ce qu'il a déclaré le licenciement justifié.

Elle interjette appel incident en ce que le tribunal du travail l'a déboutée de sa demande reconventionnelle en paiement de la somme de 8.872 € représentant les mensualités dues pour l'utilisation de la voiture de fonction.

Elle conteste tout accord entre parties de ne pas revendiquer le paiement en question et toute modification du contrat de travail sur ce point.

Elle affirme que bien au contraire, SOC.4.) risquait un redressement fiscal pour ne pas réclamer les mensualités dues. En effet, si A.) acquittait ses mensualités, il n'y avait pas d'avantage en nature. C'était précisément le fait de ne rien payer qui matérialise l'avantage en nature et partant la fraude.

De l'ensemble des pièces et conclusions du dossier, la Cour retient comme constants en cause les faits suivants :

- Pour les exercices 1998 et 1999, la prime afférente a été payée en deux étapes, à savoir une avance touchée en fin d'année et le solde perçu dans le courant de l'année suivante, après approbation des comptes.

- Cette façon de procéder était en principe également en vigueur pour les exercices suivants. En effet, le représentant de la société intimée a, lors de la comparution des parties de première instance, déclaré « A partir du moment du rachat de la société, certaines procédures internes et notamment celles de l'attribution des primes furent modifiées. Ainsi, l'avance sur prime n'était à payer qu'en janvier suivant l'année concernée et le solde après approbation définitive des comptes. »

Il résulte de ces deux constatations que le simple fait du salarié de s'être fait payer une avance sur prime ne constituait pas une violation des règles établies par l'employeur lui-même.

La date du virement litigieux, antérieure d'un jour à celle indiquée par l'employeur, ne saurait prêter à conséquence.

Quant au titulaire de la seconde signature, il n'est pas contesté que Madame E.) avait le pouvoir de signature.

Le seul véritable désaccord persiste sur la question de la nécessité d'un accord préalable d'un supérieur hiérarchique d'A.), en l'occurrence Madame B.), pour le paiement de l'avance litigieuse.

Même à supposer que cette exigence ait été clairement portée à la connaissance du salarié, sa façon de procéder n'aurait pas revêtu le caractère de faute grave justifiant un licenciement avec effet immédiat.

Quant au deuxième motif du licenciement, A.) expose, sans être contredit par la partie intimée, que depuis son engagement jusqu'après son licenciement, le montant mensuel de 10.526 Luf relatif à l'utilisation de la voiture de fonction ne lui a jamais été réclamé.

Il n'existe dès lors aucune raison de ne pas accorder foi à sa déclaration qu'il aurait volontiers payé ce montant s'il lui avait été réclamé.

Il échet partant de constater que la faute invoquée à l'appui du deuxième motif du licenciement n'est pas établie.

Il faut ajouter qu'avant le licenciement avec effet immédiat, aucun avertissement n'a été adressé au salarié et que partant aucune chance de démontrer le cas échéant sa bonne foi et de régulariser la situation ne lui a été offerte.

En conclusion des développements qui précèdent, il convient de décider, par réformation du jugement attaqué, que le licenciement avec effet immédiat de A.) est abusif.

Quant aux montants à allouer à A.)

Indemnité de préavis

A.) réclame en premier lieu une indemnité pour préavis non respecté de deux mois d'un montant total de 5.659,59 €.

Cette demande, qui tient compte du fait que l'appelant a touché pendant la période du 19 février au 20 avril 2001 une indemnité de maladie et une pension complémentaire, est justifiée et le montant de 5.659,59 € est à allouer.

Préjudice matériel

Dans l'acte d'appel, A.) réclame de ce chef la somme de 93.065,17 €.

Dans ses conclusions du 7 mars 2005, il présente un nouveau décompte contenant un amalgame difficilement compréhensible d'un total de 185.142,82 € en brut ainsi qu'un montant de 50.619,16 € en net.

Il réclame notamment à titre « d'indemnité de préavis + préjudice matériel 315.188 x 16 = 5.043.008 » (LUF ?).

Les parties intimées opposent que l'appelant ne prouverait pas avoir recherché activement un travail et n'expliquerait pas pour quelles raisons il aurait subi un préjudice matériel et moral du fait de son licenciement. Elles estiment qu'il y a lieu de « réduire l'indemnisation à de plus justes proportions de manière à ce qu'elle ne dépasse pas deux mois de salaire (15.000 €) ».

La Cour estime qu'une période de quatre mois consécutive au licenciement est à mettre en relation causale avec le licenciement quant aux pertes de salaire subies par A.).

Il échet par conséquent de fixer le préjudice matériel à deux mois de salaire, soit 315.188 x 2 = 630.376,- LUF ou 15.626,61 €.

Options sur actions

Dans l'acte d'appel, A.) réclame le montant de 26.174 € du chef de perte de la possibilité d'exercer les stocks options au 30 juillet 2001.

Ce montant est réduit dans les conclusions du 7 mars 2003 à 737.034,- (Luf ?).

A.) n'établit cependant pas que les conditions liées à l'exercice des options, notamment quant aux bénéfices du Groupe SOC.5.) A.G. étaient remplies.

La réalité du droit de l'appelant aux montants en question n'étant pas établie, il est à débouter de sa demande.

Primes futures

A.) affirme que s'il avait continué à travailler auprès de la SOC.1.) jusqu'au 30 juin 2002, date jusqu'à laquelle son emploi était garanti, il aurait également pu continuer à toucher des primes et il évalue, sur base d'une moyenne des primes pour les années passées, le montant lui redû de ce chef à 39.401,36 €, ce montant étant réduit à 2.334.428 (Luf ?) dans les conclusions du 7 mars 2005.

Ce chef de la demande se fonde sur de simples prévisions aléatoires, voire spéculatives ; il est dès lors à rejeter.

Préjudice moral

A.) réclame à ce titre un montant de 7.436,80 €.

Compte tenu de la durée de la relation de travail, de son âge, des circonstances ayant mené à son licenciement, son préjudice moral peut être fixé à 3.000 €.

Solde de la prime pour l'année 2000

Dans ses conclusions du 7 mars 2005, l'appelant déclare que l'expertise devant déterminer la prime de l'année 2000 a été déposée et que la prime a été fixée à 669.855,- LUF, montant accepté par l'appelant et repris dans son décompte.

Il admet la possibilité de compenser le montant trop perçu (700.000 – 669.855 = 30.145,- LUF) avec les montants qu'il réclame à son employeur .

Les parties intimées ne critiquent pas le montant retenu par l'expert, mais estiment que, puisqu'il y a lieu à remboursement d'une partie de l'avance sur commission touchée, les frais de l'expertise doivent rester à charge de l'appelant.

L'appelant conclut à ce sujet que tout au plus les frais d'expertise doivent être partagés entre parties alors que si effectivement les calculs faits par l'expert aboutissent au résultat qu'A.) devrait rembourser un certain montant sur la prime de 2000, il en résulte pourtant aussi que ce montant est de loin inférieur à celui pour lequel SOC.5.) AG avait demandé le remboursement, l'expertise n'ayant confirmé la thèse d'aucune des deux parties.

Il échet de condamner A.) à rembourser la somme de 30.145,- LUF soit 747,28 € aux parties intimées du chef de trop perçu pour la prime de l'exercice 2000.

En partant de la constatation qu'en première instance, la S.A. SOC.1.) A.G. avait formé une demande reconventionnelle portant sur 193.263,- LUF du chef de trop-perçu pour la prime de l'année 2000, il convient de dire que l'expertise a été ordonnée dans l'intérêt des deux parties et que les frais sont à partager par moitié.

Demande reconventionnelle

La demande des parties intimées tend au paiement de la somme de 8.872 € correspondant à 34 mensualités à 10.526,- LUF pour l'utilisation privée d'un véhicule de service.

Il a été développé plus haut à propos du caractère justifié du licenciement que A.) pouvait légitimement admettre que son employeur avait renoncé dès le début de sa relation de travail au paiement du montant correspondant.

Le jugement attaqué est partant à confirmer en ce qu'il a rejeté la demande reconventionnelle.

Quant aux indemnités de procédure

L'appelant et les parties intimées sollicitent des indemnités de procédure de respectivement 5.000 € et 3.500 €.

Ces demandes sont à déclarer non fondées, les deux parties au litige n'établissant pas en quoi il serait inéquitable de laisser à leur charge les frais exposés non compris dans les dépens.

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,

déclare l'appel incident non fondé et en déboute,

déclare l'appel principal fondé,

réformant :

déclare le licenciement abusif,

déclare la demande de A.) fondée à concurrence de 5.659,59 € du chef d'indemnité compensatoire de préavis, de 15.626,61 € du chef de préjudice matériel, de 3.000 € du chef de préjudice moral,

rejette la demande pour le surplus,

dit que A.) doit rembourser aux parties intimées la somme de 747,28 € trop perçue à titre d'avance sur prime,

dit qu'il y a lieu à compensation judiciaire,

condamne la SOC.1.) A.G. en liquidation et la société SOC.2.) à payer à A.) la somme de 5.659,59 + 15.626,61 + 3.000 – 747,28 = 23.538,92 €, avec les intérêts légaux à partir de la demande en justice jusqu'à solde,

confirme le jugement attaqué en ce qu'il a déclaré la demande reconventionnelle non fondée,

fait masse des dépens des deux instances, y compris le coût du rapport d'expertise, les impose pour moitié à A.) et pour moitié à la SOC.1.) A.G. en liquidation et à son liquidateur SOC.2.), et ordonne la distraction de ceux de l'instance d'appel au profit de Maître Cathy ARENDT, avocat constitué qui la demande, affirmant en avoir fait l'avance.