Exempt - appel en matière de droit du travail.

Audience publique du quatorze juillet deux mille neuf.

Numéro 34077 du rôle

Présents:

Edmond GERARD, président de chambre,
Charles NEU, conseiller,
Ria LUTZ, conseiller,
Isabelle HIPPERT, greffier.

E n t r e :

**la société à responsabilité limitée VOYAGES A s.à r.l.,** établie et ayant son siège social à L-(…), représentée par son gérant actuellement en fonctions,

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Jean-Lou THILL de Luxembourg du 11 juillet 2008,

intimée sur appel incident,

comparant par Maître Nicolas DECKER, avocat à la Cour à Luxembourg,

e t :

**B**, employé privé, demeurant à F-(…),

intimé aux fins du susdit exploit THILL,

appelant par incident,

comparant par Maître Bakhta TAHAR, avocat à la Cour à Luxembourg.

**LA COUR D'APPEL:**

Vu l'ordonnance de clôture de l'instruction du 14 mai 2009.

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

Par requête adressée au tribunal du travail d'Esch-sur-Alzette le 29 août 2007, B critiqua d'abusif le licenciement avec préavis de 4 mois et dispense de travail lui notifié par son employeur, la société à responsabilité limitée VOYAGES A en date 15 janvier 2007, et réclama une indemnité compensatoire de préavis de 6.120,18 €, une indemnité de départ de 15.300,00 €, ainsi que des dommages et intérêts pour le dommage matériel de 20.000,00 € et pour le dommage moral 18.722,52 €.

B était au service de la société VOYAGES A (France) depuis le 1er septembre 1983 pour ensuite être transféré le 1er juin 2000 au service de la société VOYAGES A (Luxembourg) en tant que responsable d'agence jusqu'au jour de son licenciement pour motifs économiques, motifs qui lui furent communiqués le 15 février 2007.

Il contesta en première instance tant la précision que la réalité et le sérieux des motifs invoqués pour conclure au caractère abusif du licenciement.

S'emparant de l'article L.124-2 du code du travail, il conclut encore à l'irrégularité pour vice de forme du licenciement dès lors qu'il n'a pas été convoqué à l'entretien préalable et réclame une indemnité de 3.060 euros de ce chef.

Par jugement du 3 juin 2008, le tribunal du travail a déclaré le licenciement de B abusif, fondées ses demandes en paiement de dommages-intérêts pour licenciement abusif à concurrence du montant de 8.803,98 €, en paiement d'une indemnité compensatoire de préavis pour le montant de 5.648,86 €, en paiement d'une indemnité de départ pour le montant de 14.122,15 €, partant condamné la s.à r.l. VOYAGES A s.à r.l. à payer à B du chef des causes sus-énoncées la somme de 28.574,99 €, déclaré la demande de B basée sur l'article 240 du nouveau code de procédure civile fondée et justifiée pour la somme de 750 €.

De ce jugement la société VOYAGES A sàrl a régulièrement relevé appel par acte de l'huissier de justice Jean-Lou THILL de Luxembourg du 11 juillet 2008.

**Quant au licenciement**

Soutenant que les motifs économiques invoqués seraient réels et pertinents et résulteraient à suffisance de droit des pièces comptables versées et que le juge ne serait pas autorisé à contrôler l'opportunité des décisions prises par le chef d'entreprise, seul responsable de la gestion de son entreprise, la société appelante conclut à la réformation du jugement entrepris en ce qu'il a déclaré abusif le licenciement et condamné cette dernière au paiement de dommages- intérêts pour licenciement abusif.

Elle réitère en instance d'appel l'offre de preuve par témoignages formulée en première instance aux fins d'établir la réalité des motifs économiques invoqués.

Elle conteste encore les montants réclamés du chef de licenciement abusif tant dans leur principe que dans leur montant.

L'intimé soutient, au contraire, qu'il résulterait d'un certain nombre d'éléments que l'employeur voulait se défaire de lui au motif de son manque de rentabilité ; que le motif économique invoqué n'était qu'un motif fallacieux, de sorte que l'employeur a abusé de ses pouvoirs de restructuration et a agi avec une légèreté blâmable ; il conclut dès lors à la confirmation du jugement de première instance quant au caractère abusif du licenciement et enfin au rejet de l'offre de preuve patronale pour être superfétatoire .

La société appelante conteste formellement avoir cherché un prétexte pour se défaire de son ancien salarié et soutient que le licenciement s'inscrirait exclusivement dans une logique de réduction des charges de la société.

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

Ces pouvoirs économiques ainsi reconnus à l'employeur l'autorisent à adopter des mesures d'ordre intérieur que lui paraît commander l'intérêt de l'entreprise même si elles ont pour conséquence la résiliation des contrats de travail.

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

Dès lors, le licenciement n'est abusif que si la motivation donnée à ce licenciement par l'employeur ne correspond pas à la réalité ou si le licenciement au moment où il est intervenu, a constitué un acte économiquement ou socialement anormal.

Si la charge de la preuve de la réalité et du sérieux des motifs économiques invoqués incombe à l'employeur, celle du caractère fallacieux du motif appartient au salarié.

En l'espèce, si c'est à bon droit que le tribunal du travail a retenu que les mauvais résultats de l'entreprise sont documentés par les pièces comptables versées, de sorte que l'offre de preuve formulée par l'employeur pour en établir l'existence est superfétatoire, force est cependant de constater qu'il a, à tort, considéré que cette situation financière déficitaire, qui perdurait en l'espèce depuis plus de 10 ans et était déjà existante au moment de la conclusion du contrat avec le salarié et le fait que les dettes de la société employeuse n'étaient pas immédiatement exigibles ne constituaient pas une menace pour l'existence de la société employeuse telle qu'il eut été impératif de procéder au licenciement du requérant pour sauver cette dernière .

En effet, pour assainir une situation économique déficitaire qui n'a que trop duré, pour permettre d'apurer ses dettes, tôt ou tard exigibles et qui grèvent de façon permanente le bilan de la société employeuse et finalement, pour éviter une issue fatale et définitive telle la fermeture ou la faillite de la société, l'employeur était justement tenu de réagir et de prendre les mesures qui s'imposaient à cet égard.

Il suit des considérations qui précèdent et en présence de la situation économique catastrophique avérée, que la société employeuse était en droit de licencier B, ce d'autant plus que ce dernier reste en défaut de prouver que le licenciement est basé sur un motif autre que celui invoqué, dès lors fallacieux.

Il échet partant, par réformation, de déclarer le licenciement de B régulier, de déclarer les demandes indemnitaires de ce dernier non fondées et de l'en débouter.

**<u>Quant à l'ancienneté de service</u>**

La société appelante reproche finalement au tribunal du travail d'avoir retenu dans le chef de B une ancienneté de service de 23 ans au sein de la société employeuse ; elle conteste en effet que les sociétés française et luxembourgeoise constituent une unité économique et sociale et soutient qu'elles sont des sociétés juridiquement et financièrement distinctes, de sorte qu'en présence d'un contrat de travail qui a pris fin en France le 31 mai 2000 et d'un nouveau contrat de travail qui a pris effet le 1er juin 2000 à Luxembourg sans lien quelconque entre ces deux contrats, la Cour devrait réformer le jugement a quo en ce qu'il a alloué à B une indemnité de préavis supplémentaire de 2 mois ainsi qu'une indemnité de départ complémentaire de 5 mois.

L'intimé soutient, au contraire, par application de l'article L.161-2 du code du travail, que la société luxembourgeoise appartiendrait à un groupe d'entreprises ; il énumère les différents éléments permettant d'établir cette constatation, pour conclure à la confirmation du jugement déféré en ce qu'il a retenu une ancienneté de service de 23 ans dans son chef.

C'est à juste titre que les premiers juges ont rappelé que « Les indemnités compensatoires de préavis et de départ à allouer au salarié licencié sont fonction de son ancienneté, concept qui repose essentiellement sur l'idée de fidélité à l'entreprise ; que par conséquent, c'est l'intégralité du service qui doit être prise en considération pour le calcul de l'ancienneté et ni la modification du statut du salarié, ni un simple transfert du salarié d'une société à une autre société du même groupe, considéré comme entreprise unique et seul véritable employeur, n'a une incidence sur l'ancienneté qui commence donc avec l'entrée en service dans l'entreprise ».

La Cour relève que des sociétés juridiquement distinctes, comme en l'espèce, peuvent constituer en matière de droit du travail une unité économique et sociale considérée comme une seule entreprise. Les critères distinctifs, qui peuvent varier selon la finalité et l'intérêt du bon fonctionnement de l'institution, sont au plan économique une concentration des pouvoirs de direction et des activités identiques et complémentaires, au plan social une communauté de travailleurs liés par les mêmes intérêts avec par exemple un statut social semblable. Les deux types d'unité (sociale et économique) sont indispensables pour qu'il y ait unité économique et sociale.

C'est dès lors de façon judicieuse que les premiers juges ont constaté, sur base des éléments fournis, précisément des échanges de courriers entre parties et les sociétés française et belge, l'existence d'une dépendance économique et sociale de la société employeuse luxembourgeoise par rapport aux sociétés française et belge et la volonté des parties de continuer les relations de travail au sein du même groupe, de sorte que l'ancienneté de service à retenir dans le chef de B était bien de 23 ans justifiant l'octroi d'une indemnité de préavis supplémentaire de 2 mois ainsi que d'une indemnité de départ complémentaire de 5 mois par application des dispositions légales afférentes.

La Cour constate que la continuité dans l'identité de l'employeur résulte encore et à suffisance de droit en l'espèce de l'annexe au contrat de travail signée par les parties le 30 mai 2000, qui dispose : *« Si pour une raison quelconque, la période probatoire n'était pas considérée comme concluante par vous comme par nous, vous seriez* ***réintégré*** *dans votre poste précédent avec la rémunération y afférente* » mention qui prouve que B n'a en fait fait l'objet que d'une simple mutation,

respectivement d'un transfert d'une société à une autre société faisant partie d'un même groupe de sociétés.

Le jugement déféré est partant à confirmer sur ce point.

**Quant au montant de l'indemnité de préavis et de départ**

L'intimé relève **appel incident** et demande à la Cour de prendre en considération le 13ième mois au titre d'élément obligatoire du salaire, de sorte qu'il devrait également servir de base dans le calcul de l'indemnité de préavis et de départ, qu'il chiffre à 6.119,58 euros et 15.298,95 euros ; subsidiairement il y aurait lieu de confirmer les montants alloués en première instance.

L'appelante estime que ce serait à bon droit que le tribunal du travail a calculé les indemnités de préavis sur base du dernier salaire sans prendre en considération le prorata du 13ième mois qui a été payé à part.

Par adoption des motifs du tribunal du travail qui a à juste titre relevé qu'il résultait de l'annexe au contrat de travail que le calcul de la gratification était fonction de la présence du salarié dans la société pour en déduire qu'elle n'est pas partie intégrante du salaire de B, le jugement est à confirmer quant au quantum des montants alloués à titre d'indemnité de préavis et d'indemnité de départ.

**Quant à la demande basée sur l'article L-124-12( 3) du code du travail**

Dans ses conclusions notifiées le 3 décembre 2008, B demande à la Cour, dans l'hypothèse où le licenciement serait déclaré justifié, de le déclarer irrégulier pour vice de forme dès lors qu'il n'a pas été convoqué à l'entretien préalable au licenciement conformément à l'article L.124-2.(1) et (4) et de condamner l'employeur à lui payer de ce chef le montant de 3.059,79 euros ou toute autre somme à arbitrer par la Cour.

L'appelante n'a pas pris position quant à cette demande.

L'article L.124-2.(1) fait l'obligation à l'employeur qui occupe 150 salariés au moins de convoquer le salarié qu'il entend licencier à un entretien préalable et l'alinéa (4) du même article prévoit qu'à défaut de ce faire le licenciement est irrégulier pour vice de forme.

L'article L-124-12.(3) quant à lui dispose : « la juridiction du travail qui conclut à l'irrégularité formelle du licenciement en raison de la violation d'une formalité qu'elle juge substantielle doit examiner le fond du litige et condamner l'employeur,

si elle juge que le licenciement n'est pas abusif quant au fond, à verser au salarié une indemnité qui ne peut être supérieure à un mois de salaire ou de traitement ».

En l'espèce, s'il est établi que le licenciement de B est justifié et que l'employeur n'a pas procédé à un entretien préalable, il laisse cependant d'être prouvé tant par le salarié que par la société employeuse que cette dernière occupe plus de 150 salariés l'obligeant à observer la procédure de l'entretien préalable, de sorte qu'en l'absence de preuve en ce sens, la demande afférente de B est à déclarée non fondée.

**Demandes basées sur l'article 240 du nouveau code de procédure civile**

La société appelante réclame une indemnité de procédure de 1.500 euros tandis que B réclame, par la voie de l'appel incident, une indemnité de procédure de 1.000 euros pour la première instance ainsi qu'une indemnité de 1.000 euros pour l'instance d'appel.

Faute d'avoir prouvé en quoi il serait inéquitable de laisser à leur charge les frais non compris dans les dépens, les demandes respectives des parties sont à rejeter.

**PAR CES MOTIFS :**

La Cour, troisième chambre, siégeant en matière de droit du travail, statuant contradictoirement sur base du rapport oral du magistrat de la mise en état.

Reçoit les appels principal et incident en la forme ;

Dit l'appel incident non fondé et en déboute ;

Dit l'appel principal partiellement fondé ;

**Réformant :**

Dit que le licenciement prononcé à l'égard de B le 15 janvier 2007 est justifié.

Partant dit les demandes de B en paiement de dommages et intérêts pour les préjudices matériel et moral non fondées et l'en déboute ;

Décharge la société VOYAGES A s.à r.l. de la condamnation au paiement de ces montants prononcée en première instance ;

Dit la demande de B basée sur l'article L-124-12(3) du code du travail non fondée ;

**Confirme** le jugement entrepris pour le surplus ;

Rejette les demandes des parties basées sur l'article 240 du nouveau code de procédure civile ;

Ordonne un partage des frais de l'instance et les impose pour moitié à chacune des parties.