Exempt - appel en matière de droit du travail.

Audience publique du seize décembre deux mille dix.

Numéro 34740 du rôle

Présents:

Charles NEU, premier conseiller, président,
Ria LUTZ, conseiller,
Théa HARLES-WALCH, 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 10 avril 2009,

intimée sur appels incidents,

comparant par Maître Alex PENNING, avocat à la Cour à Luxembourg,

e t :

1) B, demeurant à L-(…),

intimée aux fins du susdit exploit BIEL,

appelante par incident,

comparant par Maître Jacques WOLTER, avocat à la Cour à Luxembourg,

2) l'ETAT DU GRAND-DUCHE DE LUXEMBOURG, pris en sa qualité de gestionnaire du Fonds pour l'emploi, représenté par son Ministre d'Etat, établi à L-1352 Luxembourg, 4, rue de la Congrégation,

intimé aux fins du susdit exploit BIEL,

appelant par incident,

comparant par Maître Georges PIERRET, avocat à la Cour à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL:

Vu l'ordonnance de clôture de l'instruction du 6 juillet 2010.

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

Par jugement rendu contradictoirement le 2 mars 2009, le tribunal de travail de Luxembourg, statuant dans le cadre de la demande dirigée par B contre la société anonyme A S.A. (ci-après : A), a dit prescrite la demande d'B en ce qu'elle a trait à des arriérés de salaires pour la période antérieure au 16 novembre 2004, l'a dit recevable pour le surplus , a déclaré abusif le licenciement d'B du 31 mai 2007, a dit non fondée sa demande en indemnisation du préjudice matériel du chef de licenciement abusif, l'a dit fondée pour les montants de 1.500.-euros du chef de préjudice moral, de 5.348,04 du chef d'indemnité de départ et de 87.127,60.-euros du chef d'arriérés de salaires, partant a condamné A à payer à B la somme totale de 93.975,64.-euros, outre les intérêts légaux à partir du jour de la demande en justice jusqu'à solde.

Ledit jugement a encore ordonné l'exécution provisoire de la condamnation pécuniaire pour le montant de 87.127,60.-euros, a dit non fondée la demande de l'ETAT DU GRAND-DUCHE DE LUXEMBOURG (ci-après : l'ETAT) en remboursement des indemnités de chômage prestées et a condamné A à payer à B une indemnité de procédure de 1.000.-euros.

Par exploit d'huissier du 10 avril 2009, A a régulièrement interjeté appel de ce jugement.

L'appelante conclut à la réformation du jugement en ce que le tribunal de travail s'est déclaré compétent pour connaître du litige en retenant l'existence d'un contrat

de travail entre parties et en ce qu'il a dit fondée la demande d'B en paiement d'arriérés de salaires et à titre de préjudice moral. Elle demande encore une indemnité de procédure de 2.000.-euros.

L'intimée interjette appel incident du jugement en ce que les premiers juges n'ont pas fait droit à sa demande en paiement de la somme de 32.088,24.-euros du chef de dommage matériel subi et à celle tendant au paiement de la somme réclamée de 127.902,27.-euros du chef d'arriérés de salaire à partir de janvier 2002 au 31 octobre 2007. Elle conclut, pour le surplus, à la confirmation du jugement entrepris et à l'allocation d'une indemnité de procédure de 2.000.-euros.

L'ETAT interjette appel incident contre le jugement entrepris et conclut, par réformation, à entendre condamner, en ordre principal, A, sinon, en ordre subsidiaire, B au paiement de la somme de 34.612,93.-euros qu'il a avancés à titre d'indemnités de chômage.

Le litige a trait à la demande d'B à entendre déclarer abusif le licenciement avec préavis du 31 mai 2007 et à se voir allouer suivant ses conclusions d'appel les sommes de 32.088,24.-euros à titre de préjudice matériel subi de novembre 2007 à novembre 2008, 1.500.-euros à titre de préjudice moral, 5.348,04.-euros à titre d'indemnité de départ et 87.127,60.-euros à titre d'arriérés de salaires du 16 novembre 2004 au 31 octobre 2007.

<u>La compétence rationae materiae du tribunal de travail</u>

A critique le jugement entrepris au motif que c'est à tort que le tribunal du travail a retenu que les parties étaient liées par des relations de travail et qu'il serait, par conséquent, compétent pour connaître du litige entre parties.

Elle fait valoir que lors de la conclusion du *« contrat de travail »* du 2 janvier 1997, B était l'épouse de C, administrateur-délégué de A, et, par la suite, l'un des administrateurs de la société. La convention du 2 janvier 1997 n'aurait été signée entre les époux C-B qu'afin de bénéficier d'un régime fiscal plus favorable.

A n'aurait disposé que d'un seul client, la société de droit canadien D (ci-après : D) qu'elle aurait représentée et pour laquelle elle aurait assuré en Europe tous les devoirs administratifs et représentatifs.

Comme B aurait été également l'un des administrateurs de cette société, toutes les prestations par elles alléguées l'auraient été dans le cadre de cette fonction, respectivement de celle de A, voire en sa qualité d'épouse de l'administrateur-délégué C.

A n'aurait jamais exercé le moindre pouvoir de direction à l'égard d'B et celle-ci n'établirait pas non plus avoir jamais reçu de la part de son employeur un quelconque ordre visant à fournir une prestation de travail.

B conteste que la convention du 2 janvier 1997 ait été signée en vue de faire bénéficier les époux B-C d'un régime fiscal plus favorable. Elle aurait été engagée sous le statut d'employé privé en tant que directrice, chargée des relations publiques, ce qui aurait nécessairement comporté une plus grande indépendance dans l'organisation du travail et la représentation de l'entreprise vis-à-vis des tiers.

Conformément aux conclusions d'B, aucune disposition légale, ni aucun principe légal ne prohibent le cumul dans une même personne des fonctions d'administrateur d'une société anonyme et celle d'employé de cette même société.

Ainsi que l'ont encore retenu à juste titre les premiers juges, la seule condition exigée pour la validité du cumul est que le contrat de louage de service soit une convention réelle et sérieuse et non pas une convention simulée dans l'unique but d'échapper à la règle de la révocabilité ad nutum du mandat d'administrateur, soit de bénéficier d'un régime fiscal plus favorable.

L'existence d'un contrat de travail ne dépend en effet ni de la volonté exprimée par les parties, ni de la qualification qu'elles ont donné à leur convention, mais des conditions de fait dans lesquelles s'exerce l'activité du salarié. 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.

S'il n'existe pas d'incompatibilité de principe entre un contrat de travail et un mandat social, les fonctions salariales doivent cependant correspondre à un emploi effectif exercé dans un état de subordination à l'égard de la société (cf. Cour 22 janvier 2004, no 27451 du rôle).

En l'espèce, il résulte du contrat de travail litigieux qu'B a été engagée *« sous le statut d'employée privée en tant que Directeur, chargée des Relations Publiques ».*

Il est stipulé que dans un premier stade, elle sera affectée à la recherche et au suivi de clients (contacts) ainsi qu'à divers travaux administratifs, sans préjudice d'une nouvelle affectation ultérieure.

La durée de travail a été fixée à 20 heures par semaine, réparties sur cinq jours ouvrables, moyennant rémunération d'un traitement mensuel brut indexé de 53.529.-francs, soit 1.396,95.-euros.

Il ressort encore des nombreuses pièces versées par B qu'elle a effectivement assumé ses fonctions de directrice des relations publiques de A que ce soit lors de

l'organisation d'une exposition en 1999 à Vancouver, d'une présentation financière d'D en 2003 à Luxembourg, voire pour assurer la promotion du système de construction d'D lors des foires internationales bi-annuelles à Luxembourg, notamment la présentation d'une maison témoin HI-Tech.

Il s'en dégage encore qu'B a noué les contacts et organisé des expositions en sa qualité de directrice des relations publiques de A et non pas directement au nom d'D.

Il suit de ces éléments qu'B a exercé une fonction distincte de celle de ses mandats sociaux.

En ce qui concerne les fiches de salaire versées par B, A fait valoir que celles-ci ne sauraient *« nécessairement »* valoir aveu extra-judiciaire de prestations de travail en faveur de la personne qui les a émises. Au vu de leur caractère invariable au cours des années, il s'agirait de documents *« copy-paste »,* voire des documents de complaisance ne renseignant ni sur les heures de travail ni sur d'éventuelles périodes de maladie, ni sur des majorations pour heures supplémentaires ou jours fériés.

De surcroît, les fiches concernant les mois de mars à décembre 2006 n'auraient jamais été émises.

B résiste en faisant valoir qu'elle avait gardé seulement une copie des fiches de salaire de mars à décembre 2006, étant donné qu'elles étaient erronées et qu'elle les avait détruites à la demande de C. Elle en verse les copies et ainsi qu'un certificat de rémunération et de retenue d'impôt pour l'année 2006 reprenant les salaires payés par A pour l'année 2006.

Contrairement aux conclusions de A, ni, le caractère invariable des fiches de travail, ni l'absence de l'original des fiches de salaire pour les mois de mars à décembre 2006, ne sont de nature à ébranler le caractère réel du contrat de travail entre parties, ce d'autant moins qu'il résulte des relevés versés par B qu'au cours des années, A en a réglé un certain nombre.

A fait encore valoir que le décompte annexé à la lettre du 20 mars 2003 s'arrêtant en août 2002, renseignerait que les salaires perçus pour janvier à avril 2002 l'auraient été en vertu de la vente de 50.000 actions de D. Contrairement à la motivation des premiers juges, les diverses sommes virées par A à B n'auraient ainsi pas eu comme objet sa rémunération, mais sa participation dans cette société dont elle était elle-même associée.

En sa qualité d'administrateur et d'actionnaire d'D, B en aurait tiré un bénéfice économique certain et indépendant de toute idée de subordination par rapport à A.

B, de son côté, soutient que A fait une mauvaise interprétation de la vente de 50.000 actions en affirmant que ces sommes auraient été versées en raison de sa participation dans la société D.

Dans sa lettre du 20 mars 2003, elle se serait plainte des retards de paiement de plus en plus conséquents de son salaire mensuel, même si elle avait accepté, en paiement de cinq mois de salaires, une valeur plus ou moins équivalente des titres de la société D.

Conformément aux conclusions d'B, il résulte de cette lettre que les titres de la société D étaient intervenus exceptionnellement pour combler une partie de son salaire.

A fait encore valoir que la preuve du caractère fictif du contrat de travail résulte du fait qu'B n'avait été que rarement présente dans les locaux.

Dans sa lettre du 30 novembre 2006, C n'aurait manifesté que son mécontentement à l'égard d'B en parlant de son *« travail »*.

Il ressortirait enfin de la lettre du 24 juillet 2007 qu'B ne disposait à l'époque même plus des clefs pour entrer dans les lieux après les avoir prétendument perdues.

B résiste en faisant valoir que, contrairement aux affirmations de C, un temps plein n'aurait jamais été prévu. Son contrat de travail aurait stipulé initialement 20 heures hebdomadaires, puis suivant avenant du 2 janvier 1997, une durée de 25 heures par semaine. En 2000, son horaire de travail aurait encore changé et se serait situé entre 13h et 18 h.

En outre, sa présence sur son lieu de travail n'aurait jamais été contestée dans le passé.

Elle conteste les attestations testimoniales versées par A comme n'étant pas pertinentes, étant donné qu'elles auraient trait aux locaux sis à Luxembourg-Bonnevoie dans lesquels A n'aurait emménagé qu'au début de l'année 2007.

Dans son attestation testimoniale, E, associé-majoritaire et administrateur de A, relate que depuis mars 2001 il s'est rendu 2 à 3 fois par semaine de façon irrégulière dans les bureaux de A à Luxembourg-Kirchberg, mais que ce n'est qu'à de très rares occasions qu'il y a rencontré B.

Le témoin frelate également que pendant les années 2004 à 2006 où il s'est rendu dans les bureaux de A il n'a jamais vu d'autres personnes, à part C, E ou G.

Les témoins H et I confirment ces dires pour la période après le déménagement de A à Luxembourg-Bonnevoie.

Or, ces attestations manquent de précision quant aux jours et heures des observations faites. Elles sont également en contradiction avec les nombreuses pièces versées par B desquelles ressort, d'une part, qu'elle a travaillé pour A en envoyant des courriers à des clients et, d'autre part, qu'elle a organisé différentes expositions.

Conformément aux conclusions d'B, il s'en dégage qu'en tant que directrice des relations publiques elle a représenté, à de multiples reprises, la société vis-à-vis des tiers, de sorte qu'une partie de ses prestations s'est nécessairement faite en dehors des bureaux de A. Le fait que depuis 2007, B n'ait plus disposé de clés du bureau ne saurait ébranler ces constatations.

Il ressort encore de l'attestation testimoniale de J que celui-ci a pu constater lors d'une présentation du projet de construction Hi-Tech une collaboration entre C et B.

B ayant exercé sa fonction de directrice des relations publiques dans le cadre d'une petite société à caractère familial, il y a lieu d'en déduire qu'elle a agi sous le pouvoir de direction et de contrôle de son administrateur-délégué, en l'occurrence C.

A formule en ordre subsidiaire une offre de preuve tendant à prouver qu'B lors de ses rares visites dans les locaux de A n'aurait fait que prendre des renseignements au sujet de D, voire pour rédiger des courriers au nom de celle-ci. Pendant ces brèves visites, elle n'aurait jamais effectué de prestations de travail pour compte de A et il n'aurait pas non plus été ordonné par aucun dirigeant de A ce qu'elle aurait dû accomplir. Cette situation serait restée inchangée au moment du changement du siège social de A vers Luxembourg-Bonnevoie.

Or, au vu des développements qui précèdent cette offre de preuve est à rejeter pour défaut de pertinence et de précision.

A conclut encore au caractère fictif du contrat de travail, au motif qu'B n'aurait jamais revendiqué de quelconques arriérés de salaires et serait restée pendant cinq ans immobile avant d'agir en justice.

Dans sa lettre du 20 mars 2003, B n'aurait fait état que de retards de paiement dans les salaires, sans pour autant se référer à un chiffre en souffrance.

B, de son côté, fait valoir que chaque fois qu'il y avait eu discussion sur ses salaires, elle aurait perçu un acompte et des promesses selon lesquelles le salaire serait bientôt payé.

Dans sa lettre du 30 novembre 2006, C lui-même aurait reconnu qu'elle n'avait pas régulièrement reçu ses salaires.

Enfin, l'assemblée extraordinaire du 18 décembre 2007 aurait accepté à l'unanimité que sa dette d'arriérés de salaires s'élevait au 31 décembre 2006 à 110.000.-euros.

La seule raison pour laquelle elle aurait tardé à agir en justice aurait été le fait que cette société lui tenait à cœur et qu'elle espérait que C régularise sa situation.

Contrairement aux conclusions de A, il ressort de la lettre du 20 mars 2003, qu'B, même sans y indiquer un montant précis, fait référence à des retards de salaires remontant à presque deux ans.

Dans sa lettre du 12 février 2006, elle se plaint encore de ses salaires en souffrance et fait état de son mécontentement quant à la gestion de la société par C, administrateur-délégué de A ainsi que d'un manque d'information.

Ses explications quant aux raisons pour lesquelles elle a tardé à agir en justice sont également plausibles.

Contrairement aux conclusions de A, les éléments de la cause ne permettent dès lors pas de retenir que les parties étaient en l'espèce liées par un contrat de travail fictif.

C'est dès lors à bon droit que le tribunal de travail s'est déclaré compétent rationae materiae pour connaître de la demande d'B et il y a lieu de confirmer le jugement entrepris sur ce point.

Au fond

Il y a lieu de relever que A n'a pas entrepris le jugement en ce que celui-ci a déclaré abusif le licenciement du 31 mai 2007 pour n'avoir pas respecté le délai d'un mois prévu à l'article L.124-5(2) du code de travail.

En ce qui concerne les différents montants réclamés B, seuls les montants réclamés à titre d'arriérés de salaires et de dommage matériel et moral sont litigieux en instance d'appel.

Les arriérés de salaire

B critique le jugement entrepris en ce que celui-ci a déclaré irrecevable sa demande en paiement des arriérés de salaires réclamés pour la période antérieure au 16 novembre 2004 pour cause de prescription.

En l'espèce, la prescription ne s'appliquerait pas, étant donné que lors de l'assemblée extraordinaire du 18 décembre 2006, A aurait reconnu avoir une dette consistant dans les arriérés de salaire.

A conteste cette pièce au motif qu'elle ne vaut pas reconnaissance de dette, étant donné qu'il n'y serait pas mentionné à quelle période se référerait le montant de 110.000.-euros.

Il résulte du procès verbal des délibérations de l'Assemblée extraordinaire de A du 18 décembre 2006 que celle-ci *« accepte à l'unanimité la dette de Euros 110.000.- arrêtée au 31 décembre 2006, correspondant au montant des salaires impayés plus frais ».*

Or, au vu de l'exception de prescription soulevée par A, il n'est pas établi que lors de son assemblée extraordinaire du 18 décembre 2006, elle ait accepté de substituer aux arriérés de salaires une dette de nature différente, soumise à un délai de prescription plus long.

C'est dès lors à bon droit que les premiers juges ont retenu qu'en application des articles 2277 du code civil et L.221-2 du code du travail, l'action en paiement des arriérés de salaire concernant la période antérieure au 16 novembre 2004 était prescrite.

A, de son côté, critique encore le jugement entrepris en ce qui concerne les arriérés de salaires alloués pour la période à partir du 16 novembre 2004, au motif qu'B ne rapporte pas la preuve des prestations et heures de travail réellement fournies pour le compte de A.

Or, c'est à bon droit et pour les motifs que la Cour adopte que les premiers juges ont déclaré cette demande fondée pour le montant de 87.127,60.-euros.

Le préjudice matériel

A conteste le montant de 32.088,24.- euros réclamés par B au motif que la seule inscription au chômage avec les demandes d'emploi obligatoires à ce titre ne saurait valoir preuve de recherches actives de travail.

B, de son côté, fait valoir qu'il y aurait lieu de tenir compte de la situation économique actuelle qui rendrait la recherche d'un emploi relativement difficile et ce notamment en fonction de son âge, à savoir 47 ans.

Ainsi que l'ont retenu les premiers juges, le salarié est obligé de minimiser son préjudice et de faire tous les efforts nécessaires pour trouver le plus tôt possible un emploi de remplacement.

Le contrat de travail d'B a été résilié le 31 mai 2007 avec effet au 30 novembre 2007.

Le 13 août 2007, B a répondu à une première demande d'emploi lui assignée par l'ADEM, le 5 octobre 2007 à une deuxième et le 18 novembre 2007 à une troisième. Les prochaines demandes de candidatures remontent au 31 mars 2008.

Au vu de ces éléments, B ne rapporte pas la preuve qu'elle ait assidûment recherché un nouvel emploi et entrepris toutes les démarches utiles afin de retrouver le plus vite possible un emploi, compte tenu de son âge et de ses expériences professionnelles. Elle n'établit dès lors pas que le préjudice allégué à partir de la fin de la période de préavis soit en relation causale avec son licenciement.

Il y a lieu partant de confirmer le jugement entrepris en ce qu'il a débouté B de cette demande.

Le préjudice moral

A critique encore le jugement entrepris en ce qui concerne la demande d'B en indemnisation du préjudice moral subi. Elle conclut, par réformation, à l'entendre ramener à de plus justes proportions.

Les premiers juges ont fait droit à cette demande pour le montant de 1.500.-euros en soulignant la longue durée des fonctions d'B auprès de A et les circonstances dans lesquelles a eu lieu son licenciement.

Par adoption de ces motifs, le montant indemnitaire alloué par les premiers est proportionné à l'atteinte à la dignité d'B et il y a lieu de confirmer sur ce point le jugement entrepris.

Le recours de l'ETAT

L'appel incident de l'ETAT tend au en remboursement des indemnités de chômage avancées à B entre décembre 2007 et mars 2009 d'un montant total actualisé de 34.612,93.-euros.

Or, c'est à bon droit et pour les motifs que la Cour adopte que les premiers juges n'ont pas fait droit à cette demande.

Il y a dès lors lieu de confirmer encore sur ce point le jugement entrepris.

Les indemnités de procédure

A conclut à l'allocation d'une indemnité de procédure de 2.000.-euros.

Comme A succombe dans son appel, cette demande n'est pas fondée.

B conclut également à l'allocation d'une indemnité de procédure de 2.000.-euros.

B succombant, de son côté, à son appel incident, elle ne justifie pas l'iniquité requise par l'article 240 du nouveau code de procédure civile.

Cette demande n'est dès lors pas non plus fondée.

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 incidents;

Les dit non fondés ;

Partant, **confirme** le jugement entrepris ;

Dit non fondées les demandes d'B et de la société anonyme A S.A. sur base de l'article 240 du nouveau code de procédure civile,

Condamne la société anonyme A S.A. à tous les frais et dépens de l'instance avec distraction de ceux de l'instance d'appel au profit de Maître Jacques WOLTER et

de Maître Georges PIERRET, avocats constitués qui la demandent, affirmant en avoir fait l'avance.