Exempt – appel en matière de droit du travail

Audience publique du sept juin deux mille douze

Numéro 37236 du rôle.

Composition:

Monique BETZ, président de chambre;
Astrid MAAS, premier conseiller;
Roger LINDEN, premier conseiller;
Paul WAGNER, greffier.

Entre:

D.), demeurant à B-(…),

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Martine LISE de Luxembourg du 10 mars 2011,

comparant par Maître Bernard FELTEN, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

et:

la société anonyme SOC.1.) S.A., en liquidation, établie et ayant son siège social à L-(…), représentée par son collège des liquidateurs actuellement en fonctions,

intimée aux fins du prédit exploit LISE,

comparant par Maître Louis BERNS, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL:

Par requête déposée le 29 janvier 2010, D.) a fait convoquer la société SOC.1.) S.A. devant le tribunal du travail de Luxembourg pour s'entendre condamner à lui payer la somme de 44.866,45 euros du chef du préjudice subi suite à son licenciement qu'elle qualifie d'abusif.

Par jugement rendu le 18 janvier 2011, l'action en réparation de la résiliation abusive du contrat de travail a été déclarée prescrite et la demande de ce chef a été déclarée irrecevable. La société SOC.1.) S.A. a été condamnée à payer la somme de 764,31 euros du chef de retenue illégale sur salaire et sa demande reconventionnelle a été dite non fondée.

De ce jugement, D.) a relevé appel par exploit d'huissier du 10 mars 2011.

D.) a été engagée le 11 août 2004 en qualité d'assistante de direction (management assistant). Par lettre recommandée du 17 avril 2009, elle a été licenciée avec préavis. Suite à sa demande, l'employeur lui a communiqué les motifs le 15 juin 2009.

Les premiers juges ont retenu que le délai de forclusion de trois mois devait s'appliquer, la requête ayant été introduite le 29 janvier 2010, alors que les motifs avaient été communiqués le 15 juin 2009. Ils ont dit que la réclamation formulée par le mandataire de la salariée le 26 mai 2009 n'a pas pu interrompre le délai de forclusion qui n'avait pas encore commencé à courir.

L'appelante reproche aux premiers juges d'avoir déclaré sa demande irrecevable. Elle soutient que suite à la communication des motifs, qui étaient déjà indiqués dans la lettre de licenciement, son mandataire a fait parvenir une nouvelle réclamation le 21 août 2009 à l'employeur. Cette réclamation a interrompu le délai de forclusion et un nouveau délai d'un an a commencé à courir. La requête, déposée le 29 janvier 2010, est partant recevable. Il y a lieu à réformation du jugement sur ce point.

La demande en obtention de dommages-intérêts doit par conséquent être analysée.

L'appelante demande d'abord le paiement d'une indemnité pour irrégularité formelle du licenciement correspondant à 1 mois de salaire pour défaut par l'employeur d'avoir procédé à un entretien préalable. A l'appui de sa demande, elle fait valoir que l'intimée fait partie du groupe B.1.), groupe embauchant plus de 150 salariés.

Aux termes de l'article L.124-12 (3) du code du travail la juridiction du travail doit d'abord analyser le fond du litige, étant donné que l'indemnité réclamée ne peut être accordée que si le licenciement n'est pas abusif.

L'appelante D.) soutient d'abord que la lettre de motivation manque de précision. Elle fait encore grief à l'employeur d'avoir indiqué un titre erroné et

d'avoir envoyé la même lettre à tous les employés licenciés. Ce fait est irrelevant, car l'appelante n'a pas pu se méprendre sur le contenu de la lettre et s'agissant de motifs économiques, ils sont forcément identiques pour tous les salariés concernés.

Elle fait valoir que les chiffres invoqués ne sont que de pures conjectures et qu'il s'agit de provisions pour risque, la perte réelle n'étant, à l'époque des licenciements, pas connue.

Elle reproche à l'employeur de ne pas avoir indiqué pourquoi le choix a porté sur elle.

Si le chef de l'entreprise est seul responsable du risque assumé, il bénéficie corrélativement du pouvoir de direction. Il décide donc seul de la politique économique de l'entreprise, de son organisation interne et des modalités techniques de son fonctionnement qu'il peut à tout moment aménager à son gré. Le juge ne saurait à aucun titre se substituer à lui dans l'appréciation de l'opportunité des mesures prises, quelles que soient les répercussions au regard de l'emploi. Le chef d'entreprise est dès lors admis à opérer les mesures de réorganisation et de restructuration qu'il estime opportunes et à procéder aux licenciements avec préavis fondés sur les nécessités du fonctionnement de l'entreprise qui en sont la suite, sauf à la personne licenciée d'établir que son congédiement est sans lien avec la mesure incriminée et ne constitue pour l'employeur qu'un prétexte pour se défaire de son salarié.

Le choix du critère sur lequel l'employeur se base pour décider de la suppression d'un poste de travail et par voie de conséquence de l'identité du salarié à licencier relève de son seul pouvoir d'appréciation. (Cour d'appel 21 décembre 2006, numéro 31041 du rôle).

La lettre de motivation expose qu'à partir d'octobre 2008, l'employeur a découvert des pertes opérationnelles significatives et que ces pertes ont engendré pour l'exercice 2008 une perte nette de 76.888.837 euros. Les causes et origines des pertes sont expliquées en détail. Ses pertes ont eu pour conséquence l'arrêt des activités et la liquidation de la société.

Les motifs exposés clairement avec chiffres à l'appui sont suffisamment précis pour permettre d'une part au salarié d'apprécier s'ils ne sont pas illégitimes et de faire la preuve de leur fausseté et d'autre part au juge de vérifier s'ils correspondent à la réalité.

Le moyen du défaut de précision doit partant être rejeté.

L'appelante D.) conteste le caractère réel et sérieux des motifs. Elle affirme que « la perte nette de 76.888.837 euros englobe une provision pour risque complémentaire faite par SOC.1.) S.A. de 21.200.000 euros qui ne peut valablement être considérée comme une perte franche pour la société en ce sens qu'elle devance une ou plusieurs charges non encore effectives ». Elle prétend encore que la société SOC.1.) S.A. a bénéficié du support financier de la société mère la B.1.).

Il résulte des pièces du dossier que le bilan de la société présente au 31 décembre 2008 une perte de 76.888.837 euros. Sur ce l'assemblée générale extraordinaire du 15 janvier 2009 a décidé de proposer à une prochaine assemblée la dissolution et la liquidation de la société sur base de l'article 100 de la loi du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales.

Aux termes de cet article, en cas de perte de la moitié du capital social, les administrateurs convoquent l'assemblée générale qui délibérera dans les conditions de l'article 67-1 sur la dissolution éventuelle de la société.

Lors de l'assemblée générale extraordinaire du 9 avril 2009, la dissolution et la liquidation de la société ont été décidées et des liquidateurs ont été nommés.

Il se dégage de ces éléments que la société a dû cesser ses activités et que la conséquence en est le licenciement des salariés ce qui ne constitue dans ce cas pas un acte socialement et économiquement anormal.

Il s'en suit que le licenciement de l'appelante, basé sur des motifs réels et sérieux, est régulier.

Par conséquent, il y a lieu d'analyser sa demande concernant la procédure de l'entretien préalable prévue à l'article L.124-2 du code du travail. Cet article prévoit que lorsqu'un employeur, qui occupe 150 salariés au moins, envisage de licencier un salarié, il doit le convoquer à un entretien préalable. Il n'est pas contesté que la société SOC.1.) S.A. n'employait pas 150 personnes, mais D.) prétend que l'employeur faisait partie du groupe B.1.), groupe embauchant plus de 150 personnes. Elle soutient encore que du personnel B.1.) travaillait chez SOC.1.) S.A. et que des personnes de chez B.1.) ont intégré l'équipe de la société SOC.1.) S.A.. Les structures étant perméables et présentant une communauté de but économique. Elle cite à titre d'exemple que G.), managing directeur de SOC.1.) S.A. était membre du comité de direction de B.1.) S.A..

SOC.1.) S.A. concède que B.1.) est son actionnaire à 100% et que certains salariés de la banque exerçaient, à diverses époques, des mandats sociaux d'administrateur de SOC.1.) S.A., mais elle conteste toute « interchangeabilité » des salariés entre les deux entités et soutient qu'elle est une personne juridique différente de B.1.).

Des sociétés juridiquement distinctes peuvent constituer en matière de droit du travail une unité économique et sociale, considérée comme une seule entreprise. Les critères distinctifs, qui ne sont pas forcément identiques pour les diverses institutions et varient selon la finalité et l'intérêt du bon fonctionnement de l'institution en cause, 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, par exemple un statut social semblable. Les deux types d'unité sont indispensables pour qu'il y ait une unité économique et sociale. (Cour d'appel 4 mars 1999, numéro 21839 du rôle).

Le simple fait qu'une société appartienne à un groupe ne suffit pas pour constituer une unité économique et sociale.

Face aux contestations de l'employeur, il incombe à l'appelante de prouver l'existence de cette unité économique et sociale.

Parmi les pièces versées par l'appelante, il résulte que depuis le 26 septembre 2005, un seul des nombreux administrateurs de la banque B.1.), T.), est également administrateur auprès de SOC.1.) S.A.. Les autres pièces ne prouvent pas qu'il y a une concentration des pouvoirs de direction et des activités identiques et complémentaires, ni une communauté de travailleurs ayant le même statut social.

Il s'en suit que l'appelante n'a pas établi que l'employeur fait partie d'un groupe de sociétés, de sorte que les dispositions de l'article L.124-2 du code du travail ne sont pas applicables.

Par conséquent, la demande en indemnisation basée sur le non respect de l'article L.124-2 doit être rejetée.

Il en est de même de la demande tendant à voir repousser le début du préavis au 15 mai 2009 dans le cas où l'entretien préalable aurait dû être fait.

L'appelante fait encore valoir que la procédure des licenciements collectifs prévue à l'article L.166-1 et suivants du code du travail aurait dû être suivie. Aux termes de cet article, il y a licenciement collectif si l'employeur procède sur une période de 30 jours à aux moins 7 licenciements ou sur une période de 90 jours à au moins 15 licenciements. L'appelante a été licenciée le 27 avril 2009 ensemble avec 5 autres personnes, de sorte qu'il n'y a eu que 6 licenciements, les ruptures conventionnelles de commun accord n'étant pas des licenciements.

Il s'en suit que les conditions de l'article L.166-1 ne sont pas remplies.

L'appelante reproche encore aux premiers juges de l'avoir déboutée de sa demande en obtention d'une gratification pour l'année 2009. L'intimée s'oppose à la demande et soutient qu'à défaut de dispositions contractuelles écrites, la gratification reste une libéralité discrétionnaire de l'employeur.

Pour que le salarié puisse tirer son droit à une gratification d'un usage constant, il faut qu'il rapporte la preuve que le paiement de cette gratification réunit les caractères de généralité, fixité et constance pour pouvoir constituer un usage constant. Pour que la gratification puisse être considérée comme un complément de salaire obligatoire, il faut qu'elle puisse être déterminée par des modalités de calculs fixes. (Cour d'appel 17 octobre 1999, numéro 16890 du rôle ; Cour d'appel 1er février 2007, numéro 29738 du rôle).

En l'espèce, le mode de calcul n'est ni déterminé, ni déterminable. C'est partant à bon droit et pour les motifs que la Cour adopte que les premiers juges ont débouté l'appelante de cette demande.

La société SOC.1.) S.A. a interjeté appel incident en ce qu'elle a été condamnée au remboursement de la somme de 764,31 euros du chef de retenue pour jour de congés pris en trop.

D.) s'oppose à cette demande et invoque l'article L.224-3 du code du travail qui prévoit limitativement dans quels cas une retenue sur salaires peut être effectuée. Le cas de l'espèce n'y étant pas prévu, la retenue était illégale et il y a lieu d'ordonner le remboursement.

L'employeur a formulé une demande reconventionnelle pour le même montant. Il soutient que la salariée avait pris 85 heures de congé, alors qu'au moment de la cessation du contrat de travail, elle n'avait droit qu'à 62,50 heures, de sorte que 22,50 heures lui ont été payées en trop. A l'appui de sa demande, la société SOC.1.) S.A. affirme que les droits de congé ne s'acquièrent qu'au fil du temps et plus précisément par mois entier de travail.

D.) s'oppose à la demande reconventionnelle en prétendant que la convention collective des employés de banque serait applicable et qu'elle aurait droit à 33,5 jours de congé par an.

L'employeur conteste l'applicabilité à ses salariés de la convention collective de travail des salariés de banque.

D.) est en défaut d'établir qu'elle bénéficie des dispositions de cette convention collective, de sorte qu'elle tombe sous l'application de l'article L.233-4 du code du travail. C'est à juste titre que l'employeur affirme qu'au moment où D.) a pris les congés anticipativement, ses droits à congé, qui allaient échoir en cours d'année, n'étaient pas encore accrus et qu'elle a été payée pendant ces congés auxquels elle n'avait pas encore droit, de sorte que la demande reconventionnelle de 764,31 euros est justifiée et elle doit être compensée avec la demande de remboursement de la retenue sur salaire.

Le jugement entrepris doit partant être réformé sur ce point.

Les deux parties concluent à l'allocation d'une indemnité de procédure. Cette demande de l'appelante D.) n'est pas fondée, eu égard à l'issue du litige. Celle de l'intimée n'est pas non plus fondée, en l'absence de preuve de l'iniquité.

PAR CES MOTIFS :

la Cour d'appel, huitième chambre, siégeant en matière de droit du travail, statuant contradictoirement, sur le rapport du magistrat chargé de la mise en état,

reçoit les appels ;

dit l'appel principal partiellement fondé ;

réformant:

déclare recevable la demande en dommage-intérêts pour résiliation abusive du contrat de travail ;

la dit cependant non fondée et en déboute ;

dit l'appel incident fondé ;

réformant :

déclare fondée la demande reconventionnelle de 764,31 euros et en ordonne la compensation avec la retenue sur salaire de 764,31 euros ;

décharge la société anonyme SOC.1.) S.A de la condamnation prononcée à son encontre ;

pour le surplus, **confirme** la décision entreprise ;

dit non fondées les demandes basées sur l'article 240 du Nouveau code de procédure civile ;

condamne D.) à tous les frais et dépens de l'instance d'appel et en ordonne la distraction au profit de Maître Louis Berns sur ses affirmations de droit.