

N° 144 / 2020
du 12.11.2020
Numéro CAS-2019-00161 du registre

Audience publique de la Cour de cassation du Grand-Duché de Luxembourg du jeudi, douze novembre deux mille vingt.

Composition:

Jean-Claude WIWINIUS, président de la Cour,
Eliane EICHER, conseiller à la Cour de cassation,
Roger LINDEN, conseiller à la Cour de cassation,
Anne-Françoise GREMLING, conseiller à la Cour d'appel,
Stéphane PISANI, conseiller à la Cour d'appel,
Marie-Jeanne KAPPWEILER, premier avocat général,
Viviane PROBST, greffier à la Cour.

Entre:

X, demeurant à (...),

demanderesse en cassation,

comparant par Maître Nicolas BANNASCH, avocat à la Cour, en l'étude duquel domicile est élu,

et:

Maître Christian STEINMETZ, avocat à la Cour, demeurant à L-2128 Luxembourg, 30, rue Marie-Adelaïde, pris en sa qualité de curateur de la société anonyme SOC1), établie et ayant son siège social à (...), inscrite au registre de commerce et des sociétés sous le numéro (...), déclarée en état de faillite par jugement du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale, du (...),

défendeur en cassation.

Vu l'arrêt attaqué, numéro 49/19, rendu le 25 avril 2019 sous le numéro CAL-2018-00817 du rôle par la Cour d'appel du Grand-Duché de Luxembourg, troisième chambre, siégeant en matière de droit du travail ;

Vu le mémoire en cassation signifié le 6 novembre 2019 par X à Maître Christian STEINMETZ, pris en sa qualité de curateur de la faillite de la société anonyme SOC1) (ci-après « *la société SOC1* »), déposé le 11 novembre 2019 au greffe de la Cour ;

Sur le rapport du conseiller Roger LINDEN et les conclusions de l'avocat général Isabelle JUNG ;

Sur les faits

Selon l'arrêt attaqué, le tribunal du travail d'Esch-sur-Alzette avait dit que la demanderesse en cassation avait été liée à la société SOC1) par un contrat de travail et avait fixé sa créance à l'égard de la masse de la faillite de ladite société à un certain montant. La Cour d'appel a, par réformation, dit qu'aucun lien de subordination n'avait existé entre parties et que, partant, les juridictions du travail étaient incompétentes pour connaître de la demande de la demanderesse en cassation à voir fixer sa créance à l'égard de la société en faillite.

Sur les premier et deuxième moyens de cassation réunis

Enoncé des moyens

le premier, « *Tiré de la violation de la loi, sinon du refus d'application sinon d'une fausse interprétation de la loi in specie de l'article 1315 du Code civil, qui dispose que << Celui qui réclame l'exécution d'une obligation, doit la prouver.*

Réciproquement, celui qui se prétend libéré, doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation. >>

En ce que la Cour d'appel a dénaturé l'esprit des dispositions légales applicables en retenant que, nonobstant la présence d'un contrat de travail écrit, la dame X n'avait pas rapporté la preuve de l'existence d'un lien de subordination et a réformé le jugement rendu en première instance en ce que le tribunal du travail s'est déclaré compétent rationae materiae pour connaître de la demande de la dame X.

Alors que l'article 1315 du Code civil prévoit expressément qu'en présence d'un contrat de travail écrit, il incombe à celui qui conteste l'existence d'un lien de subordination d'établir le caractère fictif du contrat. »

et

le deuxième, « *Tiré de la violation de la loi, sinon du refus d'application sinon d'une fausse interprétation de la loi in specie de l'article L.124-4 du Code du travail, en ses alinéas 1, 2 et 5, qui disposent que << (1) Le contrat de travail, soit à durée indéterminée, soit à durée déterminée, doit être constaté par écrit pour chaque salarié individuellement au plus tard au moment de l'entrée en service du salarié.*

Par dérogation à l'alinéa qui précède, le contrat conclu par la commune avec un candidat détenteur de l'attestation délivrée par le Collège des inspecteurs de

l'enseignement primaire et l'habilitant à effectuer des remplacements, conformément à l'article 41 de la loi modifiée du 10 août 1912 concernant l'organisation de l'enseignement primaire, doit être constaté par écrit au plus tard le troisième jour ouvrable et ouvré suivant l'entrée en service.

Le contrat doit être passé en double exemplaire, le premier étant remis à l'employeur, le second étant remis au salarié.

(2) Sans préjudice des dispositions de l'article L.122-2, le contrat de travail doit comporter les mentions ci-après :

l'identité des parties ;

la date du début de l'exécution du contrat de travail ;

le lieu de travail ; à défaut de lieu de travail fixe ou prédominant, le principe que le salarié sera occupé à divers endroits et plus particulièrement à l'étranger ainsi que le siège ou, le cas échéant, le domicile de l'employeur ;

la nature de l'emploi occupé et, le cas échéant, la description des fonctions ou tâches assignées au salarié au moment de l'engagement et sans préjudice d'une nouvelle affectation ultérieure sous réserve du respect des dispositions de l'article L.121-7 ;

la durée de travail journalière ou hebdomadaire normale du salarié ;

l'horaire normal du travail ;

le salaire de base et, le cas échéant, les compléments de salaire, les accessoires de salaires, les gratifications ou participations convenues ainsi que la périodicité de versement du salaire auquel le salarié a droit ;

la durée du congé payé auquel le salarié a droit ou, si cette indication est impossible au moment de la conclusion du contrat, les modalités d'attribution et de détermination de ce congé ; la durée des délais de préavis à observer par l'employeur et le salarié en cas de résiliation du contrat de travail, ou, si cette indication est impossible au moment de la conclusion du contrat, les modalités de détermination de ces délais de préavis ;

la durée de la période d'essai éventuellement prévue ;

les clauses dérogatoires ou complémentaires dont les parties ont convenu ;

le cas échéant, la mention des conventions collectives régissant les conditions de travail du salarié ;

le cas échéant, l'existence et la nature d'un régime complémentaire de pension, le caractère obligatoire ou facultatif de ce régime, les droits à des prestations y afférentes ainsi que l'existence éventuelle de cotisations personnelles.

(...)

(5) A défaut d'écrit, le salarié peut établir l'existence et le contenu du contrat de travail par tous moyens de preuve quelle que soit la valeur du litige >>.

En ce que la Cour d'appel a dénaturé l'esprit des dispositions légales applicables en retenant que, nonobstant la présence d'un contrat de travail écrit, la dame X n'avait pas rapporté la preuve de l'existence d'un lien de subordination et a réformé le jugement rendu en première instance en ce que le tribunal de travail s'est déclaré compétent ratione materiae pour connaître de la demande de la dame X.

Alors que qu'en présence d'un contrat de travail écrit conforme aux prescriptions du prédit article L.121-4 du Code du travail, le salarié n'est pas tenu d'établir l'existence et le contenu du contrat de travail. ».

Réponse de la Cour

En retenant

« ... en présence d'un contrat de travail apparent comme en l'espèce, il incombe à la partie qui dénie l'existence d'un lien de subordination entre parties, de rapporter la preuve du caractère fictif du contrat de travail, donc en l'occurrence au curateur de la faillite.

S'il résulte bien des pièces soumises à l'appréciation de la Cour que X peut se prévaloir d'un contrat de travail écrit daté au 5 octobre 2001 avec prise d'effet au 1^{er} janvier 2002, par lequel elle a été engagée comme employée de bureau de la société anonyme SOCI) S.A., force est de constater qu'elle était également actionnaire de la société et détenait 155 des 310 actions de la société, et qu'elle avait été nommée administrateur de la société faillie le 19 janvier 2002.

A l'instar du tribunal du travail, la Cour relève que si une même personne peut cumuler un mandat social avec une activité salariée subordonnée, encore faut-il que cette activité soit réelle et distincte de celle exercée en tant qu'organe social.

Le contrat de travail n'a de réelle existence que s'il correspond à des fonctions techniques nettement dissociables de celles découlant du mandat.

Or, il n'est pas établi par des éléments objectifs du dossier qu'elles étaient les activités réelles exercées par X en tant qu'employée de bureau de la société anonyme SOCI) S.A., activités qui auraient été distinctes de celles qu'elle exerçaient en raison de son mandat social. »,

et

« L'ensemble des circonstances précitées est exclusif de l'existence d'un lien de subordination, de sorte que le jugement est à réformer en ce que le tribunal du travail s'est déclaré compétent ratione materiae pour connaître de la demande de X. »,

les juges d'appel, après avoir dit que le curateur de la faillite avait la charge d'établir le caractère fictif du contrat de travail et qu'il ne ressortait pas des pièces et éléments de preuve leur soumis que la demanderesse en cassation avait exercé des fonctions techniques nettement dissociables de celles découlant de son mandat d'administrateur, ont conclu à l'absence d'un lien de subordination ayant existé entre la demanderesse en cassation et la société faillie.

Ils n'ont partant pas violé les dispositions visées aux moyens.

Il en suit que les deux moyens ne sont pas fondés.

Sur le troisième moyen de cassation

Enoncé du moyen

« Tiré de la violation de la loi, sinon du refus d'application, sinon d'une fausse interprétation de la loi in specie des articles 399 du Nouveau Code de Procédure civile, qui dispose que << Lorsque la preuve testimoniale est admissible, le juge peut recevoir des tiers les déclarations de nature à éclairer sur les faits litigieux dont ils ont personnellement connaissance. Ces déclarations sont faites par attestations ou recueillies par voie d'enquête selon quelles sont écrites ou orales >> et 405 du Nouveau Code de Procédure civile en son alinéa 1^{er} qui dispose que << chacun peut être entendu comme témoin, à l'exception des personnes qui sont frappées d'une incapacité de témoigner en justice >>,

En ce que la Cour d'appel a retenu que << l'attestation du témoin Y est à rejeter alors qu'il est non seulement, l'ex-concubin de X, mais encore avec X l'un des deux actionnaires et co-administrateur de la société faillie, et finalement, et le cas échéant, son employeur >>,

Alors que pourtant seules les parties au litige en cause et personnes frappées d'une incapacité de témoigner en justice au sens de l'article 405 du Nouveau Code de Procédure civile, ne sont pas admis à témoigner de sorte que le sieur Y était légalement admis à témoigner. ».

Réponse de la Cour

En retenant

« l'attestation du témoin Y est à rejeter alors qu'il est non seulement l'ex-concubin de X, mais encore avec X l'un des deux actionnaires et co-administrateur de la société faillie, et finalement, et le cas échéant, son employeur.

C'est en effet lui qui a signé le contrat de travail de X et qui, à supposer l'existence d'un lien de subordination établi, lui donnait des ordres et la contrôlait dans sa prétendue activité, de sorte qu'il faut conclure de cette promiscuité à plusieurs niveaux entre X et le témoin Y, que son témoignage est empreint de partialité et n'est partant pas de nature à emporter la conviction de la Cour »,

les juges d'appel n'ont pas écarté les déclarations du témoin attestateur pour être partie au litige ou incapable de témoigner en justice, mais en ont apprécié la crédibilité.

Ils n'ont partant pas violé les dispositions visées au moyen.

Il en suit que le moyen n'est pas fondé.

PAR CES MOTIFS,

la Cour de cassation :

rejette le pourvoi ;

condamne la demanderesse en cassation aux dépens de l'instance en cassation.

La lecture du présent arrêt a été faite en la susdite audience publique par le président Jean-Claude WIWINIUS en présence du premier avocat général Marie-Jeanne KAPPWEILER et du greffier Viviane PROBST.

Conclusions du Parquet Général dans l'affaire de cassation
X c/ Maître Christian STEINMETZ en sa qualité de curateur de la faillite de la
société anonyme SOC1) S.A.

(affaire n° CAS 2019-00161 du registre)

Par mémoire signifié le 6 novembre 2019 à Maître Christian STEINMETZ en sa qualité de curateur de la faillite de la société anonyme SOC1) S.A. et déposé le 11 novembre 2019 au greffe de Votre Cour, X a formé un pourvoi en cassation contre un arrêt numéro n°49/19 du 25 avril 2019 rendu contradictoirement par la Cour d'appel, troisième chambre, siégeant en matière de droit du travail et en instance d'appel, sous le numéro CAL-2018-00817 du rôle.

Les pièces au dossier ne renseignent cependant pas d'une signification de l'arrêt entrepris. En l'absence d'éléments contraires, la soussignée part dès lors du principe que le pourvoi en cassation a été interjeté dans les délais prévus par la loi modifiée du 18 février 1885 sur les pourvois et la procédure en cassation. Le pourvoi répond encore aux conditions de forme prévues par cette loi.

Faits et rétroactes

Par requête déposée le 2 février 2017 au greffe de la Justice de Paix d'Esch-sur-Alzette, la partie demanderesse en cassation a fait convoquer le curateur de la faillite de la société SOC1) S.A., déclarée en état de faillite le 13 avril 2016, devant le Tribunal du travail aux fins de faire constater sa qualité de salariée de la société en faillite et aux fins de voir admettre sa créance salariale au passif de la faillite.

Par jugement rendu contradictoirement le 5 juillet 2018, le Tribunal du travail a reçu la demande en la forme, constaté que X était liée à la société anonyme SOC1) S.A. par un contrat de travail au sens des dispositions du Code du travail, a déclaré la demande de X relative aux arriérés de salaire fondée pour le montant brut de 23.714,82 euro, a déclaré sa demande sur base de l'article L.125-1 du Code du travail fondée pour le montant brut de 39.524,70 euros, fixant la créance de X à l'égard de la masse de la faillite de la société anonyme SOC1) S.A. à la somme brute de 63.239,52 euros, a dit que pour l'admission de sa créance ci-avant fixée au passif de la faillite de la société anonyme SOC1) S.A., X aura à se pourvoir devant qui de droit, a dit non-fondée la demande de X à se voir allouer une indemnité de procédure et en a débouté et finalement, a mis les frais de l'instance à charge de la masse de la faillite de la société anonyme SOC1) S.A..

Maître Christian STEINMETZ, agissant en sa qualité de curateur, a régulièrement relevé appel dudit jugement par exploit d'huissier du 30 juillet 2018.

Par un arrêt contradictoirement rendu et portant la date du 25 avril 2019, la Cour d'appel, troisième chambre siégeant en matière de droit du travail, a déclaré l'appel de du

curateur Maître Christian STEINMETZ recevable, l'a dit fondé, a réformé le jugement de première instance en disant que les juridictions du travail son incompetentes *ratione materiae* pour connaître des demandes de X, a rejeté les demandes des parties basées sur l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile et a condamné X aux frais et dépens des deux instances.

Le pourvoi en cassation est dirigé contre cet arrêt.

Quant aux premier et deuxième moyens de cassation

Le premier moyen de cassation est tiré « *de la violation de la loi, sinon du refus d'application sinon de la fausse interprétation de la loi in specie de l'article 1315 du Code civil, qui dispose que « Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver. Réciproquement, celui qui se prétend libéré, doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation ».*

En ce que la Cour a dénaturé l'esprit des dispositions légales applicables en retenant que, nonobstant la présence d'un contrat de travail écrit, la dame X n'avait pas rapporté la preuve de l'existence d'un lien de subordination et a réformé le jugement rendu en première instance en ce que le tribunal du travail s'est déclaré compétent ratione materiae pour connaître de la demande de la dame X.

Alors que l'article 1315 du Code civil prévoit expressément qu'en présence d'un contrat de travail écrit, il incombe à celui qui conteste l'existence d'un lien de subordination d'établir le caractère fictif du contrat. ».

Le deuxième moyen est tiré « *de la violation de la loi, sinon du refus d'application sinon d'une fausse interprétation de la loi in specie de l'article L.124-4 du Code du travail, en ses alinéas 1, 2 et 5, qui disposent que [...]¹*

En ce que la Cour d'appel a dénaturé l'esprit des dispositions légales applicables en retenant que, nonobstant la présence d'un contrat de travail écrit, la dame X n'avait pas rapporté la preuve de l'existence d'un lien de subordination et a réformé le jugement rendu en première instance en ce que le tribunal du travail s'est déclaré compétent ratione materiae pour connaître de la demande de la dame X.

Alors qu'en présence d'un contrat de travail écrit conforme aux prescriptions du prédit article L. 124-4 du Code du travail, le salarié n'est pas tenu d'établir l'existence et le contenu du contrat de travail. ».

La soussignée se rapporte à sagesse de Votre Cour en ce qui concerne la recevabilité du premier et du deuxième moyen de cassation.

Dans ces deux premiers moyens, la partie demanderesse en cassation reproche aux juges d'appel d'avoir violé la loi en opérant un renversement de la charge de la preuve en

¹ La demanderesse en cassation cite les alinéas 1, 2 et 5 de l'article L.124-4 du Code du travail.

imposant à X de prouver l'existence et le contenu du contrat de travail qu'elle invoquait afin de justifier une déclaration de créance salariale dans le cadre de la faillite de la société SOC1) S.A., alors qu'elle présentait un contrat écrit respectant toutes les conditions exigées par l'article 124-4 du Code du travail.

La Cour d'appel a, dans son arrêt du 25 avril 2019, confirmé, en grande partie, les juges de première instance dans leur analyse des faits et arguments mais également dans leur examen du contrat de travail, des principes et jurisprudences s'appliquant aux cas dans lesquels une même personne peut cumuler des fonctions d'organe sociale et de salarié de la même société ainsi que de la preuve du contrat de travail qui peut résulter d'un ensemble d'éléments relevant de l'appréciation souveraine des juges du fond.

Toutefois, la Cour d'appel a réformé le jugement de première instance sur un point important à savoir, la charge de la preuve de l'existence du contrat de travail, en ces termes : *« C'est cependant à tort que les juges de première instance ont imposé la charge de la preuve de l'existence du contrat de travail à X.*

En effet, en présence d'un contrat de travail apparent comme en l'espèce, il incombe à la partie qui dénie l'existence d'un lien de subordination entre parties, de rapporter la preuve du caractère fictif du contrat de travail, donc en l'occurrence au curateur de la faillite. ».

Dans la suite de l'arrêt, les juges d'appel ont apprécié les éléments soumis par les deux parties, dont ceux avancés par le curateur de la faillite de la société SOC1) S.A afin de prouver la fictivité du contrat de travail de X, pour finalement arriver à l'appréciation des attestations testimoniales versées cette dernière à l'appui de sa requête et qui avaient été déterminantes pour les juges de première instance :

« S'il résulte bien des pièces soumises à l'appréciation de la Cour que X peut se prévaloir d'un contrat de travail écrit daté au 5 octobre 2001 avec prise d'effet au 1^{er} janvier 2002, par lequel elle a été engagée comme employée de bureau de la société anonyme SOC1) S.A., force est de constater qu'elle était également actionnaire de la société et détenait 155 des 310 actions de la société, et qu'elle avait été nommée administrateur de la société faillie le 19 janvier 2002.

A l'instar du tribunal du travail, la Cour relève que si une même personne peut cumuler un mandat social avec une activité salariée subordonnée, encore faut-il que cette activité soit réelle et distincte de celle exercée en tant qu'organe social.

Le contrat de travail n'a de réelle existence que s'il correspond à des fonctions techniques nettement dissociables de celles découlant du mandat.

Or, il n'est pas établi par des éléments objectifs du dossier qu'elles étaient les activités réelles exercées par X en tant qu'employée de bureau de la société anonyme SOC1) S.A., activités qui auraient été distinctes de celles qu'elles exerçaient en raison de son mandat social.

Concernant les attestations testimoniales versées en cause par X pour établir l'existence d'un lien de subordination entre elle et la société anonyme SOCI) S.A., la Cour relève que bien que les conditions d'élaboration des attestations soient moins fiables que celles d'un témoignage recueilli au cours d'une enquête, elles n'ont pas juridiquement une valeur probante inférieure, les juges du fond étant libres d'attribuer aux attestations la portée qu'elles paraissent mériter.

Les juges du fond apprécient donc souverainement la crédibilité des attestations écrites ainsi que la fiabilité de leur auteur et peuvent soit ne pas en tenir compte, soit fonder sur elles leur décision.

Or, en l'espèce c'est à tort que le tribunal du travail, au vu des circonstances de l'affaire, a assis sa décision de compétence, sur les attestations produites.

En effet, l'attestation du témoin Y est à rejeter alors qu'il est non seulement l'ex-concubin de X, mais encore avec X l'un des deux actionnaires et coadministrateur de la société faillie, et finalement, et le cas échéant, son employeur.

C'est en effet lui qui a signé le contrat de travail de X et qui, à supposer l'existence d'un lien de subordination établi, lui donnait des ordres et la contrôlait dans sa prétendue activité, de sorte qu'il faut conclure de cette promiscuité à plusieurs niveaux entre X et le témoin Y, que son témoignage est empreint de partialité et n'est partant pas de nature à emporter la conviction de la Cour.

C'est encore X ensemble le témoin Y qui ont, en leur qualité d'actionnaire et d'administrateur, fixé le prétendu salaire de X, dont le montant élevé de 7.900 euros correspond plus à une rémunération d'un mandataire social qu'à celle d'une employée de bureau.

Il en va de même du témoignage du frère de X, B), lequel omet d'indiquer de façon détaillée et précise ce que faisait réellement sa sœur dans la société, quelles étaient les liens entre elle et Y; le témoin se contente de déclarer d'une façon générale que Y était le seul dirigeant par rapport à l'ensemble du personnel, sans cependant préciser si c'était le cas également à l'égard de sa sœur, pour finir de dire que lui était bien sous la subordination de Y.

L'attestation testimoniale de B) doit dès lors également être rejetée pour être imprécise.

Il vient s'y ajouter que X a cédé ses actions seulement en date du 3 novembre 2015 au témoin Y, partant peu de temps avant la déclaration en faillite de la société, en période suspecte, ainsi que démissionné de ses fonctions d'administrateur le 5 février 2016, soit deux mois seulement avant le prononcé de la faillite et toujours en période suspecte.

Il est partant improbable au regard du statut de X au sein de la société anonyme SOCI) S.A. encore peu de temps avant le prononcé de la faillite, à savoir celui d'administrateur

de société qui plus est détentrice de la moitié du capital social de la société en faillite, que cette dernière ait accepté de se voir imposer un horaire de travail fixe, un travail déterminé, de devoir demander l'autorisation de prendre son congé, d'être contrôlée dans son activité et le cas échéant sanctionnée en cas de non-conformité de sa part aux ordres donnés, par son concubin, co-administrateur et co-actionnaire.

Dans la mesure où le curateur a déclaré retirer le certificat de travail rédigé pour X à un moment où il ne connaissait pas encore les véritables relations entre parties, cet élément ne porte plus à conséquence dans l'établissement d'un lien de subordination.

L'ensemble des circonstances précitées est exclusif de l'existence d'un lien de subordination, de sorte que le jugement est à réformer en ce que le tribunal du travail s'est déclaré compétent ratione materiae pour connaître de la demande de X. ».

A la simple lecture de ces deux passages, il appert que les juges d'appel ont, à juste titre, réformé le jugement de première instance en rappelant qu'il n'appartenait pas au salarié qui se prévaut d'un contrat de travail apparent, de prouver l'existence effective dudit contrat.

Il est rappelé que même si le salarié se prévaut d'un contrat de travail écrit, il s'agit d'une présomption simple² et non irréfragable, qui peut être renversée par tous moyens.

Le curateur ayant soulevé divers éléments probants pour prouver la fictivité du contrat de travail de X, la Cour d'appel se devait dès lors de les analyser. Les juges d'appel ont par conséquent déduit le caractère fictif du contrat des éléments de fait leur soumis et non d'une absence de preuve de la réalité du contrat de travail par la salariée³.

Les reproches formulés par la partie demanderesse en cassation tiennent dès lors d'une lecture erronée de l'arrêt attaqué de sorte que le moyen manque en fait.

Subsidiairement, le moyen tend en réalité à remettre en cause le pouvoir souverain qui est conféré aux juges du fond dans le cadre de l'examen des faits susceptibles de convaincre ou non de la réalité du contrat de travail⁴.

Quant au troisième moyen de cassation

Le dernier moyen de cassation est tiré « *de la violation de la loi, sinon du refus d'application, sinon d'une fausse interprétation de la loi in specie des articles 399 du Nouveau Code de Procédure civile, qui dispose que « Lorsque la preuve testimoniale est admissible, le juge peut recevoir des tiers des déclarations de nature à éclairer les faits litigieux dont ils ont personnellement connaissance. Ces déclarations sont faites*

² Jurisclasseur Travail Traité, Fasc. 17-1 : Salariat-Définition (dernière mise à jour : 22.01.2020), n° 49 – Contrat de travail apparent -

³ Votre Cour a déjà été saisi d'une affaire similaire : C. Cass. n°23/2018 du 15.03.2018, numéro 3928 du registre.

⁴ Jurisclasseur Travail Traité, Fasc. 2-14 : Cumul contrat de travail et mandat social (dernière mise à jour : 23.03.2020), n° 71 – Pouvoir souverain des juges du fond -

pas attestations ou recueillies par voie d'enquête, selon quelles sont écrites ou orales. » et 405 du Nouveau Code de Procédure civile en son alinéa 1 qui dispose que « chacun peut être entendu comme témoin, à l'exception des personnes qui sont frappées d'une incapacité à témoigner en justice »,

En ce que la Cour d'appel a retenu que « l'attestation du témoin Y est à rejeter alors qu'il est non seulement, l'ex-concubin de X, mais encore avec X l'un des deux actionnaires et co-administrateur de la société faillie, et finalement, et le cas échéant, son employeur »,

Alors que pourtant seules les parties au litige en cause et personnes frappées d'une incapacité à témoigner en justice au sens de l'article 405 du Nouveau Code de Procédure civile, ne sont pas admis à témoigner de sorte que le sieur Y était légalement admis à témoigner. ».

Il y a toute d'abord lieu de rappeler que les articles prétendument violés par les juges d'appel expriment clairement une possibilité pour le juge et non une obligation d'admettre des attestations testimoniales ou l'audition de témoins au moyen d'une enquête.

Dans ce même ordre d'idées, il est constant que les juges du fond apprécient souverainement le sens, la portée et le degré de crédibilité des attestations versées par les parties⁵. Il en est de même des témoignages recueillis par voie d'enquête⁶.

En outre, le moyen pêche par une lecture erronée de l'arrêt car les juges d'appel n'ont pas refusé l'attestation testimoniale rédigée par Y ou indiqué que ce dernier n'était pas admis à témoigner au sens de l'article 405 du Nouveau Code de procédure civile. Ils ont, dans le cadre de l'appréciation souveraine qui leur est dévolue, estimé que l'attestation de Y manquait, au vu d'indices précis relevés dans la motivation de l'arrêt, de partialité et n'était pas de nature à emporter la leur conviction⁷.

En conséquence, le troisième moyen de cassation manque en fait, sinon ne tend qu'à remettre en cause l'appréciation souveraine des juges du fond qui échappe au contrôle de Votre Cour.

⁵ Jacques et Louis BORE, « La cassation en matière civile », éd. 2015-2016, Dalloz Action, n° 64.52

⁶ Jacques et Louis BORE, « La cassation en matière civile », éd. 2015-2016, Dalloz Action, n° 64.51

⁷ Page 10 de l'arrêt du 25 avril 2019 de la III^{ème} chambre de la Cour d'appel : « En effet, l'attestation du témoin Y est à rejeter alors qu'il est non seulement l'ex-concubin de X, mais encore avec X l'un des deux actionnaires et co-administrateur de la société faillie, et finalement, et le cas échéant, son employeur.

C'est en effet lui qui a signé le contrat de travail de X et qui, à supposer l'existence d'un lien de subordination établi, lui donnait des ordres et la contrôlait dans sa prétendue activité, de sorte qu'il faut conclure de cette promiscuité à plusieurs niveaux entre X et le témoin Y, que son témoignage est empreint de partialité et n'est partant pas de nature à emporter la conviction de la Cour.

C'est encore X ensemble le témoin Y qui ont, en leur qualité d'actionnaire et d'administrateur, fixé le prétendu salaire de X, dont le montant élevé de 7.900 euros correspond plus à une rémunération d'un mandataire social qu'à celle d'une employée de bureau. »

Conclusion :

Le pourvoi est recevable mais il est à rejeter.

Pour le Procureur général d'État
L'avocat général

Isabelle JUNG