Exempt - appel en matière de droit du travail.

Audience publique du huit octobre deux mille quinze.

Numéro 37855 du rôle

Composition:

Carlo HEYARD, président de chambre,
Ria LUTZ, premier conseiller,
Jean ENGELS, conseiller,
Isabelle HIPPERT, greffier.

E n t r e :

A, demeurant à L-(…),

appelant aux termes d'un exploit de l'huissier de justice suppléant Gilles HOFFMANN d'Esch-sur-Alzette du 4 août 2011,

intimé sur appel incident,

comparant par Maître Anne FERRY, avocat à la Cour à Luxembourg,

e t :

la société anonyme B LUXEMBOURG S.A., établie et ayant son siège social à L-(…), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

intimée aux fins du susdit exploit HOFFMANN,

appelant par incident,

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

LA COUR D'APPEL:

Vu l'ordonnance de clôture de l'instruction du 11 novembre 2014.

Vu la rupture du délibéré du 25 février 2015.

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

Au service de la société B S.A. (ci-après B) depuis le 1er septembre 1988 en tant que directeur, A fut licencié avec effet immédiat le 5 novembre 2008, de sorte qu'il réclama par requête du 18 novembre 2009 à son ancien employeur les indemnités dues en cas de licenciement abusif, ainsi qu'une indemnité pour congé non pris, un bonus pour l'année 2007-2008, des stock options, une retenue illégale sur salaire, des frais de représentation et finalement un salaire pour son travail effectué en Croatie.

L'employeur reprocha à A, à l'appui du licenciement, d'une part, un conflit d'intérêt significatif, d'autre part, un comportement déloyal à l'égard de l'employeur, un non-respect des réglementations relatives aux retenues sur salaire et enfin des actions non autorisées ou non nécessaires. Pour les différents reproches précités, des exemples à l'appui ont été indiqués par B.

Le salarié contesta tant la précision que la réalité et la gravité des faits lui reprochés ; il contesta encore les dates indiquées dans la lettre de licenciement pour situer la connaissance par B des faits lui reprochés et soutint que l'employeur connaissait ces faits bien avant et que ce n'est que dans le but de respecter le délai d'invocation d'un mois prévu par l'article L.124-10(6) du code du travail, que ces dates ont été rapprochées de la date du licenciement.

L'employeur quant à lui souleva tant l'incompétence territoriale que matérielle du tribunal du travail et contesta le bien-fondé de tous les moyens soulevés par le salarié.

Par un jugement du 15 octobre 2010, le tribunal du travail s'est déclaré territorialement et matériellement compétent pour connaître de la demande de A ; il a, avant tout autre progrès en cause, admis B à prouver par témoins les faits offerts en preuve plus amplement détaillés dans le dispositif du jugement et il a réservé la demande pour le surplus.

Suite à l'audition des témoins et par un second jugement rendu le 17 juin 2011, le tribunal du travail a déclaré le licenciement de A régulier; dit non fondées les

demandes de ce dernier du chef d'indemnité compensatoire de préavis, d'indemnité de départ, de dommages et intérêts pour préjudices matériel et moral, partant en a débouté; il a dit fondées les demandes de A pour les montants de 27.666,50 euros du chef d'indemnité compensatoire de congé non pris, de 400 euros du chef de retenue illégale sur salaire et de 523 euros du chef de frais de représentation et a partant condamné B LUXEMBOURG S.A. à payer à A la somme de 28.589,50 euros, avec les intérêts légaux à partir du 18 novembre 2009, date du dépôt de la requête introductive d'instance, jusqu'à solde.

Le tribunal du travail a encore dit non fondées les demandes de A du chef de bonus, de stock options et de salaire du fait de son travail en Croatie, partant l'en a débouté; il a finalement dit non fondée la demande de A en allocation d'une indemnité de procédure sur base de l'article 240 du Nouveau Code de Procédure Civile et a ordonné l'exécution provisoire du jugement, nonobstant appel et sans caution en ce qui concerne la condamnation de B LUXEMBOURG S.A. au paiement d'une indemnité pour congé non pris et de salaire retenu illégalement.

Par exploit d'huissier du 4 août 2011 A a régulièrement relevé appel des deux jugements précités.

L'appelant demande de déclarer son appel fondé, et par réformation des jugements entrepris, de voir déclarer abusif le licenciement dont il a fait l'objet en date du 5 novembre 2008 et de voir condamner la partie intimée à lui payer les montants réclamés en première instance ; il conclut à la confirmation du jugement du 17 juin 2011 en ce qu'il a condamné l'employeur au paiement des montants de 400 € du chef de retenue illégale sur salaire et de 523 € du chef des frais de représentation pour le mois de novembre 2008.

L'appelant maintient et réitère aux termes de son appel ses moyens tels que développés en première instance, à savoir que la lettre de licenciement du 5 novembre 2008 ne respecte pas la condition de précision requise par le code du travail, que les dates mises en avant pour situer la connaissance des faits lui reprochés sont inexactes et que l'employeur connaissait les faits bien avant le délai d'un mois prévu à l'article L.124-10.(6) du code du travail, que les motifs invoqués dans la lettre de licenciement laissent d'être établis et qu'à les supposer établis, quod non, ils ne pouvaient en aucun cas valoir motifs valables pour licencier un salarié après vingt ans de bons et loyaux services.

Il maintient également les mêmes revendications financières qu'en première instance.

L'intimée interjette appel incident faisant grief au tribunal du travail, en l'absence de tout contrat de travail liant les parties, en l'absence d'un lien de subordination et en l'absence de fonctions techniques distinctes de celles d'aministrateur-délégué

exercées par A, de s'être déclaré compétent ratione materiae pour connaître de la demande de ce dernier.

Elle conclut partant à la réformation du jugement sur ce point.

L'appelant soulève l'irrecevabilité de l'appel incident interjeté par l'intimée au motif que le jugement du 15 octobre 2010 est coulé en force de chose jugée pour ce qui concerne la compétence matérielle du tribunal saisi ; il prétend que dans la mesure où le tribunal du travail a définitivement tranché la question de sa compétence matérielle, B aurait dû interjeter appel contre le prédit jugement dans les 40 jours de sa notification par la voie du greffe ; que, ne l'ayant pas fait, le jugement est définitif à cet égard.

A titre subsidiaire, l'appelant invoque l'acquiescement par B pour ce qui est de la question de la compétence matérielle du tribunal saisi, dès lors qu'elle a assisté aux enquêtes sans formuler de réserve d'appel.

D'après l'article 579 du NCPC *« Les jugements qui tranchent dans leur dispositif une partie du principal et ordonnent une mesure d'instruction ou une mesure provisoire peuvent être immédiatement frappés d'appel comme les jugements qui tranchent tout le principal.*
Il en est de même lorsque le jugement qui statue sur une exception de procédure, une fin de non-recevoir ou tout autre incident met fin à l'instance. »

Comme le jugement du 15 octobre 2010 a statué sur l'exception de compétence mais n'a pas mis fin à l'instance, il ne pouvait pas faire l'objet d'un appel immédiat.

Le jugement du 15 octobre 2010 ayant été attaqué ensemble le jugement sur le fond rendu le 17 juin 2011 par l'appel principal régulier de A, l'appel incident interjeté par B, qui est l'accessoire de l'appel principal, est recevable.

Finalement, en se présentant à des enquêtes sans formuler de réserve, une partie ne peut acquiescer à un jugement non susceptible d'appel comme c'est le cas en l'espèce.

L'appel incident interjeté par B est partant à déclarer recevable.

L'intimée B soulève, comme en première instance, l'incompétence matérielle du tribunal du travail, contestant l'existence d'une relation de travail subordonnée entre les parties litigantes, dès lors que A était l'administrateur-délégué de la société et en tant que tel son mandataire social, qu'il ne se trouvait nullement dans un lien de subordination par rapport à B; elle prétend qu'il était libre dans

l'organisation de son travail et n'avait de comptes à rendre à personne, si ce n'est au niveau de son mandat social seul, exclusif de toute relation de travail.

Elle conteste encore que A ait occupé au sein de la société une fonction distincte de celle de mandataire social, qu'il y aurait partant lieu à réformation du jugement déféré sur ce point.

L'appelant au contraire conclut à la confirmation du jugement entrepris sur ce point par adoption de ses motifs.

Il soutient qu'il exerçait bien une fonction de directeur d'B, fonction distincte de celle de mandataire social de la société, fonction qu'il exerçait sous la surveillance et l'autorité du conseil d'administration, partant dans un lien de subordination par rapport à B.

Il expose finalement qu'il a signé un contrat de travail écrit avec B antérieurement à sa nomination aux fonctions d'administrateur-délégué de la société, contrat dont les dispositions ont été reprises par un avenant du 2 janvier 1999 au contrat du 1er septembre 1997, qu'il percevait chaque mois un salaire, qu'il était affilié en qualité de salarié auprès des organismes de sécurité sociale, et recevait chaque mois des fiches de salaires, de sorte que l'ensemble de ces éléments constitueraient des indices suffisants pour conclure à l'existence d'une relation de travail salariée entre parties.

Concernant la compétence ratione materiae des juridictions du travail, il échet de rappeler que le tribunal du travail est une juridiction d'exception qui ne peut connaître que des affaires qui lui sont réservées par la loi. La compétence exceptionnelle attribuée par l'article 25 du NCPC aux juridictions du travail se limite à la connaissance des contestations qui s'élèvent, d'une part, entre les employeurs et, d'autre part, leurs salariés, relatives notamment aux contrats de travail et aux contrats d'apprentissage y compris les contestations survenant après que l'engagement a pris fin.

L'incompétence du tribunal du travail pour statuer sur des affaires qui ne sont pas de sa compétence étant d'ordre public, il y a lieu, en présence des contestations de l'intimée sur ce point, d'examiner l'exception d'incompétence ratione materiae soulevée par cette dernière.

Si la juridiction de première instance a bien, de manière exhaustive et correcte, rappelé les principes régissant la compétence des juridictions du travail, donné la définition du contrat de travail, ainsi que relevé les trois éléments caractéristiques de ce dernier, et la compatibilité de principe entre un contrat de travail et un mandat social, elle l'a fait sur un plan exclusivement théorique, sans cependant analyser,

respectivement vérifier de façon concrète la situation réelle de A au sein de la société B.

En effet, la juridiction de première instance s'est contentée de relever qu'A exerçait une fonction technique, celle de directeur, en plus de son mandat social, sous la surveillance et l'autorité du conseil d'administration, sans vérifier la nature de cette fonction et en quoi elle consistait réellement dans la pratique, alors qu'être directeur d'une société peut très bien correspondre plus à un statut, respectivement à une qualité, qu'à une activité bien définie et précise.

Or, à l'instar du tribunal du travail, la Cour relève que l'existence d'un contrat de travail ne dépend ni de la volonté exprimée par les parties, ni de la dénomination ou de la qualification qu'elles ont donné à leur convention, mais « *des conditions de fait dans lesquelles s'exerce l'activité du prétendu salarié ».*

Il s'en dégage que la Cour est amenée à vérifier sur base des pièces soumises à son appréciation et des renseignements fournis par les parties, si A exerçait réellement et effectivement une activité technique distincte de celle de mandataire social, dès lors que le lien de subordination ne peut exister qu'à l'occasion de l'exercice de cette activité concrète.

Si le contrat de travail signé entre les parties le 1er septembre 1988 indique bien qu'A est engagé en qualité de *« représentant de la direction générale d'B »*, il est muet quant aux activités concrètes lui dévolues ou attribuées dans le cadre de cette fonction.

L'avenant au contrat de travail signé dix ans plus tard, soit le 2 janvier 2008, qui fixe les frais de représentations de A pour ses déplacements en Croatie, n'est pas plus explicite à cet égard, puisqu'il se contente de reprendre les dispositions du contrat précédent.

Il appert encore d'un courrier du 26 septembre 2006 qu'A a été nommé *« directeur général pour le Luxembourg et la Croatie »* (General Manager for Luxembourg and Croatia) par C *« Group Managing Director »* sans précision aucune quant aux fonctions techniques à effectuer par lui dans le cadre de cette fonction dirigeante.

Aucune des nombreuses pièces dont la Cour a eu égard n'ont permis de déterminer les activités concrètes réalisées dans le cadre de sa fonction de directeur général de la société par A, depuis sa nomination aux fonctions d'administrateur-délégué de la société B en juillet 1997, la période antérieure à juillet 1997 ne prêtant pas à discussion, à côté des fonctions lui dévolues par son mandat social, si ce n'est le fait qu'il allègue lui-même dans ses conclusions, qu'il avait été chargé de la mise en place de la nouvelle structure croate et qu'il travaillait pour ce faire plus de 40

heures par semaine, en renonçant à prendre pendant cette période les congés lui dus de par la loi.

Or, ces affirmations à elles seules ne sont cependant pas de nature à permettre de donner aux relations entre parties la qualification de relation subordonnée de travail.

Force est partant de constater qu'A reste, d'une part, en défaut de donner une quelconque indication à la fois quant au lien de subordination qui aurait existé entre lui et la société B et, d'autre part, quant à la nature exacte de ses fonctions salariées.

La seule pièce susceptible de donner de plus amples informations sur l'activité de A reste partant la lettre de licenciement, dans la mesure où il est généralement admis que la lettre de congédiement énumère en principe les reproches faits au salarié dans le cadre des activités pour lesquelles il a été engagé.

Cependant, il convient de relever que les reproches contenus dans la lettre de licenciement litigieuse ne correspondent pas forcément à des fonctions techniques nettement dissociables de celles découlant du mandat social.

Il en résulte au contraire que les reproches y énoncés, tel le conflit d'intérêts significatif entre lui et la société B, du seul fait qu'il était actionnaire de la société D, elle-même actionnaire de E SA, tel encore le comportement déloyal à l'égard d'B consistant dans le fait qu'il a, en 2008 en sa qualité de directeur général d'B, proposé à C de s'engager dans certaines actions censées faites selon lui dans l'intérêt d'B, mais qui auraient en réalité été faites pour son propre profit, telles finalement les actions non autorisées dont, entres autres, l'inscription dans les comptes d'une provision non justifiée de 753.000 euros, concernent le mandat social du salarié.

Par ailleurs, loin de démontrer l'existence d'une autorité, respectivement d'un contrôle exercé par l'employeur sur A en l'espèce, la lettre de congédiement reflète le contraire en ce sens que les faits en question ont été révélés dans le cadre d'un audit de la société et non pas découverts par un employeur exerçant son contrôle sur le travail presté par le salarié.

En effet, quel salarié se trouvant dans un lien de subordination réel peut se permettre de percevoir pendant trois années consécutives, comme indiqué dans la lettre de congédiement, des sommes importantes en valeur brute pour lui-même comme pour les membres de son équipe, sans faire les retenues légales relatives aux cotisations sociales, si ce n'est un « salarié » non soumis à un contrôle patronal.

Quel salarié peut acheter des bijoux pour un montant de 17.402 euros destinés à récompenser des salariés méritants sans autorisation préalable de l'employeur, si ce

n'est que l'autorisation a été donnée par l'administrateur-délégué lui-même, soit le « prétendu » salarié. Il en va de même pour le voyage à Marrakech de A et de son équipe, facturé le 20 mai 2008 à B.

Finalement, d'après l'article 7 des statuts coordonnés du 28 mars 2003 applicables au moment du licenciement de A :
« (...)Le Conseil d'Administration peut déléguer tout ou partie de la gestion journalière de la société, ainsi que la représentation de la société en ce qui concerne cette gestion à un ou plusieurs administrateurs directeurs, gérants et/ou agents, associés ou non associés.
La société se trouve en toutes hypothèses valablement engagée, soit par les signatures conjointes de deux administrateurs, soit par la signature de la ou des personnes à ce déléguées par le Conseil d'Administration. »

De même l'article 8 dispose : *« Les actions judiciaires, tant en demandant qu'en défendant, seront suivies au nom de la société par un membre du Conseil d'Administration ou par la personne à ce déléguée par le Conseil ».*

Il en suit que A, en sa qualité d'administrateur-délégué, s'occupait de la gestion journalière de la société, gestion difficilement dissociable en l'occurrence de son éventuelle fonction de salarié, et représentait la société pour cette gestion ; il pouvait encore valablement engager la société sinon par sa signature unique, du moins conjointement avec la signature d'un autre administrateur, pouvoir peu compatible avec le statut de salarié.

Dès lors, compte tenu de l'absence d'éléments probants déterminant les activités techniques réelles d'A au sein d'B, différentes de celles d'administrateur-délégué, à défaut partant de preuve quant à un lien de subordination entre A et la société B, d'un contrôle exercé sur lui par la prédite société, respectivement d'une obligation dans le chef du salarié de rendre régulièrement compte de son activité, il laisse d'être établi que les parties au litige ont été liées par une relation de travail « salariée ».

Les éléments tels que le paiement mensuel d'un salaire, l'affiliation à la sécurité sociale en tant que salarié, la délivrance de fiches de salaire n'étant pas suffisants à cet égard en l'absence des deux caractéristiques essentielles du contrat de travail ci-avant détaillées, ces éléments tout comme le contrat de travail écrit et son avenant postérieur, sont partant fictifs, de sorte que les juridictions du travail ne sont pas compétentes pour connaître des demandes formulées par A.

Le jugement dont appel est partant à réformer sur ce point.

N'ayant pas établi en quoi il serait inéquitable de laisser à leur charge les frais non compris dans les dépens, les demandes respectives des parties en paiement d'une

indemnité de procédure sont à rejeter tant pour la première instance que pour l'instance d'appel.

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,

déclare les appels principal et incident recevables ;

dit l'appel incident fondé ;

réformant :

dit que les juridictions du travail sont incompétentes pour connaître des demandes formulées par A ;

rejette les demandes des parties basées sur l'article 240 du NCPC tant pour la première instance que pour l'instance d'appel.

condamne A aux frais et dépens de l'instance avec distraction au profit de Maître Louis BERNS qui la demande affirmant en avoir fait l'avance.