Exempt – appel en matière de droit du travail

Audience publique du vingt janvier deux mille onze

Numéro 34684 du rôle.

Composition:

Monique BETZ, président de chambre;

Astrid MAAS, conseiller;

Roger LINDEN, conseiller;

Paul WAGNER, greffier.

Entre:

A, demeurant à F-,

appelant aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Patrick KURDYBAN de Luxembourg du 10 mars 2009,

comparant par Maître Pascal PEUVREL, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

et:

1) La société anonyme holding B S.A. (en abrégé B), actuellement en liquidation, établie et ayant son siège social à L-, représentée par son

liquidateur actuellement en fonctions, Maître Lex THIELEN, avocat à la Cour,

intimée aux fins du prédit exploit KURDYBAN,

comparant par Maître Lex THIELEN, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

2) La société C (en abrégé C), établie et ayant son siège social à L-2163 Luxembourg, 29, avenue Monterey, représentée par son gérant actuellement en fonctions,

intimée aux fins du prédit exploit KURDYBAN,

comparant par Maître Lex THIELEN, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL:

Par requête déposée le 22 juin 2005, A a fait convoquer la société anonyme holding B, ci-après B ainsi que la société C, ci-après C, devant le tribunal du travail de Luxembourg aux fins de s'y entendre requalifier en contrat de travail à durée indéterminée les contrats de consultance conclus à partir du 23 novembre 1998, entendre dire que B était son employeur et déclarer abusif son licenciement du 5 décembre 2003.

Il a demandé la condamnation de B, subsidiairement de C et plus subsidiairement de B et C solidairement sinon in solidum à lui payer la somme totale de 498.005,69 $ à convertir en € au jour du jugement ainsi que la somme de 2.914,29 € avec les intérêts légaux à partir de la demande jusqu'à solde.

Il a de même demandé le formulaire E301, l'original de sa carte d'impôt, son certificat de travail ainsi que les fiches de salaire des mois de novembre 1998 à avril 2004 sous peine d'une astreinte de 30 € par document et jour de retard.

B a opposé l'irrecevabilité de la demande au motif qu'elle se trouverait en liquidation judiciaire tandis que C a fait valoir qu'elle est une société de droit irlandais dont ni l'organe représentatif ni l'adresse du siège social n'étaient désignés dans la requête.

Les deux sociétés ont ensuite soulevé l'incompétence du tribunal du travail pour connaître du litige à défaut de contrat de travail entre parties. Elles ont demandé une indemnité de procédure de 1.500 €.

Par jugement du 13 janvier 2009, la demande dirigée contre B a été déclarée recevable, la décision de liquidation n'ayant été publiée que le 24 juin 2005 tandis que la requête fut introduite le 22 juin 2005 et qu'il n'était pas prouvé qu'A avait eu connaissance de la liquidation.

La demande visant C fut de même déclarée recevable, C bien qu'ayant son siège social à Dublin en Irlande, ayant comparu à l'audience suite à la convocation adressée à son adresse luxembourgeoise et ayant pu exposer ses moyens de défense.

Le tribunal du travail s'est par la suite déclaré incompétent *ratione materiae* pour connaître de la demande.

Contre ce jugement, A a régulièrement interjeté appel par exploit du 10 mars 2009 demandant, par réformation, à la Cour, de dire que les juridictions du travail sont compétentes pour connaître du litige et renvoyer l'affaire devant le tribunal du travail autrement composé afin de le faire bénéficier du double degré de juridiction. Il demande une indemnité de procédure de 3.500 € pour l'instance d'appel.

Les parties intimées concluent en ordre principal à la confirmation du jugement sinon en ordre subsidiaire, pour le cas où les juridictions du travail seraient compétentes pour connaître du litige, à l'irrecevabilité de la demande pour cause de forclusion et demandent une indemnité de procédure de 1.500 € pour l'instance d'appel.

La compétence des juridictions du travail

Les principes applicables

La compétence des juridictions du travail n'est donnée que si la demande prend son origine dans un contrat de travail caractérisé par un lien de subordination.

Le contrat de travail est la convention par laquelle une personne s'engage à mettre son activité à la disposition d'une autre, sous la subordination de laquelle elle se place, moyennant rémunération.

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 donnée à leur convention, ni par ailleurs quels termes ont été employés pour mettre fin aux relations existantes entre elles mais des conditions de fait dans lesquelles s'exerce l'activité du salarié.

Il incombe au demandeur de rapporter la preuve du contrat de travail qu'il invoque et plus spécialement d'en établir l'élément essentiel à savoir l'existence d'un rapport de subordination juridique plaçant le salarié sous l'autorité de l'employeur qui lui donne des ordres concernant l'exécution du travail, en contrôle l'accomplissement et en vérifie les résultats.

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. Ces circonstances relèvent de l'appréciation souveraine des juges du fond.(Cour, 4 janvier 2001, n° 24644 du rôle Orsi/ Odwrot ; Cour, 15 mai 2003, n° 268834 du rôle).

Le cas d'espèce

Suivant « *contrat de consultation* » du 23 novembre 1998 signé entre B et A, désigné « *consultant* », il a été convenu ce qui suit :

Article 1 : La société accepte d'utiliser les services du Consultant et celui-ci accepte d'assister la société, par expertise et conseil, selon les conditions définies dans le présent contrat.

Article 2 : Le Consultant fournira ses services dans les domaines de l'analyse et du montage des projets d'investissements, de la gestion des financements et du suivi de l'exécution des projets d'investissement, ainsi que de toutes les activités liées au domaine financier et bancaire où le Consultant déclare avoir des connaissances approfondies. Toutes les tâches devront être accomplies avec le maximum de compétence professionnelle et d'intégrité.

Article 3 : la validité de ce contrat s'étend sur une période du 23 novembre 1998 au 31 mars 1999. Ce contrat peut être rompu avant son échéance par l'une ou l'autre des deux parties à charge pour la partie qui en prend l'initiative d'en informer l'autre par écrit trente jours au préalable, sauf arrangement contraire des deux parties.

A l'expiration de la durée du présent contrat, les deux parties auront la possibilité de le proroger sur une nouvelle période à définir d'un commun accord.

Article 4 : Le Consultant exercera son activité auprès du siège de la société ou de ses filiales ou de tout autre lieu que l'exercice de sa mission rendra nécessaire.

Article 5 : La Société paiera au Consultant une rémunération mensuelle équivalent à 4.000 $ qui sera payable à la fin de chaque mois après constatation du service fait ou de l'état d'avancement des travaux qui lui sont confiés. A cet effet, le Consultant fournira mensuellement à la société un résumé détaillé des actions engagées et de l'état de leur avancement.

Article 6 : La société remboursera, le cas échéant, le Consultant des frais qu'il a engagés durant l'accomplissement des tâches qui lui sont assignées, sur présentation des factures (factures d'hôtel, tickets de transport, de restaurant, téléphone, fax…). Ces frais doivent avoir un rapport étroit avec les missions exécutées.

*Article 6 (*il faudrait lire 7*) Le Consultant, pendant et au-delà de la durée du présent contrat, gardera confidentiels tous les documents et informations auxquels il aura eu accès et ne les communiquera à aucune tierce partie non autorisée.*

*Article 7 (*il faudrait lire 8) *: Les deux parties s'efforceront de régler à l'amiable tout litige lié à l'exécution et à l'interprétation du présent contrat.*

Ce premier contrat fut suivi de deux autres contrats passés avec KAIC pour les périodes du 1ier avril 1999 au 31 décembre 1999 et du 1ier janvier 2000 au 31 décembre 2000, les stipulations y étant identiquement les mêmes sauf que la rémunération mensuelle est passée à 5.000 $.

A partir du 1ier janvier 2001, les contrats de consultance, toujours à contenu identique, ont été signés avec C, une première fois pour la période du 1ier janvier 2001 au 31 décembre 2001, une seconde fois pour la période du 1ier janvier 2002 au 31 décembre 2002 et finalement pour la période du 1ier janvier 2003 pour une période expirant le 31 décembre 2003.

Il découle d'autre part des pièces produites en cause qu'A était administrateur de B et représentait celle-ci tant lors des réunions du conseil d'administration de la société J.J.International que de la société C.

Par lettre du 5 décembre 2003, C a mis fin au contrat de consultant au motif que le refus exprimé par A dans un courrier du 24 novembre 2003 de donner suite aux instructions qui lui ont été données de présenter un rapport sur la situation de la société JJ INTERNATIONAL, ne lui permettrait plus de poursuivre la mission de ce dernier au sein de la société.

Selon A les contrats de consultation signés entre parties auraient été destinés à créer l'apparence d'un statut d'indépendant alors qu'en réalité il aurait s'agi d'un contrat de travail.

Pour établir le lien de subordination par rapport à B et par la suite à C, A avance notamment les arguments suivants:

Le lieu de travail, le matériel de bureau, la mise à disposition exclusive de ses services à B.

Il soutient qu'il aurait exclusivement travaillé dans les locaux de B à Luxembourg.

Comme l'a remarqué à juste titre le tribunal du travail, l'article 4 du contrat de consultant ainsi libellé : « *Le Consultant exercera son activité auprès du siège de la société ou de ses filiales ou de tout autre lieu que l'exercice de sa mission rendra nécessaire* » ne comporte aucune obligation pour A d'accomplir sa mission de consultance dans les locaux de B au Luxembourg.

A supposer-même que tel ait été le cas et qu'A ait accompli la majeure partie de sa mission dans les locaux de B, c'est encore à juste titre que le tribunal du travail a constaté qu'il n'est pas anormal pour un consultant d'effectuer son travail au siège social de la société pour laquelle il effectue ses prestations de conseil, soit à l'endroit où l'accès aux données dont il a besoin pour conseiller utilement la société est garanti à tout moment.

Il n'est sous cet aspect pas anormal non plus qu'un bureau ait été mis à sa disposition, bureau équipé de connexions téléphone, internet, fax etc…

Il n'est pas anormal non plus que la note de service du 29 janvier 2003, qui ne comportait pas de destinataire nommément visé, par laquelle le Directeur Général demandait de limiter l'utilisation du téléphone et de l'internet aux stricts besoins du service, soit également parvenue entre les mains d' A.

Celui-ci soutient à tort que le contrat l'aurait obligé de mettre ses services à la disposition exclusive de B, aucun des contrats ne stipulant une telle obligation et à supposer-même que tel ait été le cas, une telle clause n'est pas inhabituelle ni incompatible avec la mission d'un consultant indépendant si tant est que la mission a une envergure ou un caractère confidentiel tel que c'était le cas en l'espèce.

Les horaires de travail

A soutient qu'un horaire de travail s'étendant de 8.00 heures du matin à 17.00 heures de l'après-midi, avec une pause déjeuner entre 12.00 et 13.00 heures, lui aurai été astreint.

Comme l'a correctement constaté le tribunal du travail aucun des contrats de consultant ne comporte une indication par rapport à la durée de travail journalière ou hebdomadaire normale.

Aucune autre pièce du dossier ne renseigne sur la durée journalière du travail qui aurait été imposée à A.

S'il est vrai qu'il résulte des pièces du dossier et notamment d'une longue lettre qu'il a écrite le 15 octobre 2002 au Vice-Président de la B, Mohamed, qu'il s'est plaint du fait de son temps de présence élevé au sein de la société ainsi que du fait que le respect de ses horaires de travail l'obligerait à se lever chaque matin à 5.30 heures pour ne rentrer qu'entre 19.00 et 19.30 heures tandis que son contrat lui interdirait le droit aux congés annuels ou de maladie, toujours est-il, comme l'a correctement constaté le premier juge, qu'il s'agit d'affirmations

unilatérales de sa part qui, et cela se dégage du même courrier, étaient formulées à l'appui de sa demande en révision de son contrat, souhaitant précisément que celui-ci soit transformé en véritable contrat de travail avec notamment une couverture sociale et une rémunération plus élevée.

C'est encore à juste titre que le premier juge a jugé dépourvu de tout caractère probant les différents abonnements de train versés, ceux-ci portant chaque fois sur un mois entier et ne portant aucun renseignement sur les plages horaires pendant lesquelles A aurait circulé.

La pause du midi

Il en est encore de même de la note de service du 31 janvier 2003 aux termes de laquelle : « *à compter du 03 février 2003, la pause déjeuner est fixée entre 12 et 13 heures pour l'ensemble du personnel* », le seul fait que cette note de service ait aussi été adressée à A ne prouvant pas qu'il se soit également vu imposer cette pause, l'utilité de la communication de la note pouvant tout aussi bien s'expliquer par le fait qu'il était utile pour lui de savoir quand le personnel de la société serait à sa disposition pour d'éventuels renseignements dont il avait besoin dans le cadre de l'accomplissement de sa mission de consultant.

Il en est de même de la note du 10 décembre 2002 aux termes de laquelle « *en raison des fêtes de Noël, les bureaux de la société B seront fermés le vendredi, 27 décembre 2002* » dont on ignore par ailleurs le destinataire.

Les congés

A se prévaut encore du fait qu'il aurait dû demander la permission de partir en congé au Directeur Général et verse à cet égard une demande adressée le 26 novembre 2002 au Directeur Général de la B munie en bas d'un *« Accord du 21.12 au 01.01.2003 ».*

Mais comme l'a remarqué à juste titre le premier juge, il n'est pas inhabituel et relève même de la plus élémentaire politesse qu'un consultant même indépendant informe son cocontractant du fait d'un déplacement familial à l'étranger voire même qu'il sollicite la permission de pouvoir se déplacer, sa présence au sein de la société pouvant être indispensable dans le cadre de sa mission.

La rémunération fixe mensuelle

A se prévaut encore du fait qu'il aurait perçu une rémunération mensuelle fixe.

Or, à l'opposé d'un salaire mensuel fixe qui est payable du seul fait de la présence du salarié à son poste de travail indépendamment du résultat de sa prestation de travail, le contrat de consultant fait dépendre le paiement de la rémunération de la *« constatation du service fait ou de l'état d'avancement des travaux qui lui sont confiés. A cet effet, le*

consultant fournira mensuellement à la société un résumé détaillé des actions engagées et de l'état de leur avancement »

Cette obligation de rendre compte afin de pouvoir toucher sa rémunération s'inscrit dans le cadre d'un mandat et non pas dans le cadre d'un contrat de travail.

Aucun des éléments avancés par A pour voir qualifier sa relation avec B respectivement C n'a ainsi su prouver l'existence d'une relation de travail.

Bien au contraire, il se dégage de l'ensemble des éléments du dossier que l'élément essentiel à savoir ***le lien de subordination*** faisait entièrement défaut.

Il n'est sous cet aspect pas inintéressant de se pencher sur le *curriculum vitae* dressé par A lui-même.

Né en 1940, il a suivi une carrière de haut fonctionnaire en Algérie de 1966 à 1998 dans les fonctions suivantes :

- chargé de mission au Ministère d'Etat chargé des transports,
- Sous-Directeur de la Navigation Maritime, des Gens de Mer et de Pêche auprès du même ministère,
- Conseiller, chargé des affaires économiques et financières auprès de la Direction Générale de la Compagnie Nationale Algérienne de Navigation,
- Sous-Directeur chargé des relations extérieures au Ministère de l'Industrie et de l'Energie,
- Directeur Général du Bureau National d'Etudes Hydrotechniques
- Conseiller Technique au Secrétariat d'Etat à l'Hydraulique puis au Ministère d'Etat de l'Hydraulique, de la Mise en Valeur des Terres et de l'Environnement,
- Chargé d'Etudes, Conseiller puis Directeur Central à la Banque Nationale d'Algérie,
- Cadre Supérieur à la Banque centrale d'Algérie,
- Directeur des Etudes et de la Prévision au Ministère des Finances,
- Directeur des Etudes Juridiques, du Contentieux et de la Documentation au Ministère des Finances,
- Chef de Division de la Gestion Comptable des Opérations du Trésor Public au Ministère de l'Economie,
- Chef de Cabinet du Ministre Délégué du Trésor auprès du Ministre des Finances,

- Administrateur, représentant le Trésor public algérien au Conseil d'administration de la B,

- Administrateur, représentant le Trésor public algérien au Conseil d'administration de l'entreprise publique Compagnie Algérienne des assurances des Transports CAAT,

- Directeur administratif de la société Spat-Marine, société filiale de B,

Suivant attestation émise par le Directeur du Fonds Spécial de Retraite des Cadres Supérieurs de la nation, A a pris sa retraite le 1ier juillet 1996.

A partir du 23 novembre 1998, il a assumé les fonctions suivantes :

- Consultant auprès du siège de la B (à partir du 23 novembre 1998)

- Administrateur, représentant B au Conseil d'administration de C, filiale à 100% de B (à partir du 11 janvier 1999)

- Administrateur, représentant B au Conseil d'administration de la société anonyme JJ.INTERNATIONAL ENGINEERING CONSULTANT, société dans laquelle B est actionnaire principal (à partir du 30 avril 1999),

Il résulte des pièces du dossier et notamment de la note de synthèse du 24 février 2000 élaborée par A et Saïd, administrateur délégué et directeur général de B que celle-ci est une société anonyme holding intergouvernementale algéro-koweitienne créée le 7 février 1984 par les Etats Algérien et Koweitien. Le conseil d'administration est composé de six membres, trois pour l'Algérie et trois pour le Koweit et le capital social est détenu à parité égale par les Etats algérien et koweitien.

Il ne se dégage d'aucune pièce du dossier que dans l'accomplissement de sa mission, A ait été soumis à un quelconque lien de subordination envers B respectivement son Directeur Général et administrateur délégué, Saïd.

Bien au contraire, il se dégage du courrier volumineux qu' A a échangé avec les membres du conseil d'administration Mohamed, Vice-Président du conseil d'administration de la B, Miloud, administrateur et Abdelhamid, que celui-ci travaillait de manière indépendante et qu'il soumettait ses points de vue directement aux membres du conseil d'administration sans subir à cet effet un quelconque contrôle de la part de Saïd, Directeur Général et administrateur délégué de B.

Il a même traité directement avec le pouvoir politique d'Algérie ainsi que cela se dégage d'une lettre qu'il a adressée le 3 mai 2003 au Directeur de Cabinet du Ministre des Finances algérien, dont la formule :*« force est de constater que les promesses d'apaisement et d'assainissement faites à Monsieur le Ministre et à vous-même pendant l'entretien accordé à ce responsable lors de son dernier séjour à Alger, n'ont pas été respectées »* lue ensemble avec la lettre du 24 avril 2003 adressée par

B à A pour l'informer que « *suite à des entretiens avec Monsieur le Ministre des Finances et Monsieur le Chef de Cabinet , il a été convenu de reconduire le contrat de consultant du 18 décembre 2001,appliqué pour l'année 2002, dans les mêmes forme et contenu, conformément à l'esprit et à la lettre des recommandations du Conseil d'administration du 07 mars 2003.* » sont de nature à appuyer les dires de B selon lesquels A leur aurait été imposé par le pouvoir politique algérien.

A cela s'ajoute qu'A était en même temps administrateur de B.

Or, le cumul dans le chef d'une même personne des fonctions d'administrateur et de salarié d'une société n'est possible qu'à condition que le contrat de travail soit une convention réelle et sérieuse qui correspond à une fonction réellement exercée et qui est caractérisée par un rapport de subordination de salarié à employeur. (Cour 8 février 2001, n° du rôle 24443 Speciale/New Love).

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

S'il est un fait qu' A avait une fonction technique réelle à côté de son mandat d'administrateur à savoir l'analyse et le montage de projets d'investissements , la gestion des financements et le suivi de l'exécution des projets d'investissement ainsi que des activités liées au domaine bancaire et financier, toujours est-il qu'il exerçait ces activités en toute liberté et sans ordre de recevoir de personne.

Le jugement est ainsi à confirmer en ce qu'il a dit que les juridictions du travail sont incompétentes pour connaître du litige.

<u>Les indemnités de procédure</u>

Au vu de l'issue du litige, la demande d'A en allocation d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel est à rejeter, seule la partie obtenant gain de cause pouvant en bénéficier.

Il en est de même de la demande des parties intimées tendant aux mêmes fins, celles-ci n'établissant pas l'iniquité requise par l'article 240 du nouveau code de procédure civile.

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 l'appel ;

le dit non fondé ;

confirme le jugement du tribunal du travail de Luxembourg du 13 janvier 2009 ;

rejette les demandes formulées de part et d'autre en paiement d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel ;

condamne d'A aux frais et dépens de l'instance avec distraction au profit de Maître Lex THIELEN, avocat constitué, sur ses affirmations de droit.