Exempt- appel en matière de droit du travail

Audience publique du vingt janvier deux mille onze

Numéro 35004 du rôle.

Composition:

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

Entre:

la société anonyme B 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 Yves TAPELLA de Luxembourg du 18 JUIN 2009,

comparant par Maître Charles KAUFHOLD, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

et:

A, demeurant à D-,

intimé aux fins du prédit exploit TAPELLA,

comparant par Maître Jean MINDEN, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL:

Par requête déposée le 12 février 2009, A a fait convoquer son ancien employeur la société anonyme B S.A. devant le tribunal du travail de Luxembourg aux fins de s'y entendre déclarer abusif son licenciement avec effet immédiat du 18 décembre 2008 et condamner à lui payer une indemnité compensatoire de préavis de 130.241,70 €, une indemnité de départ de 43.413,90 € ainsi qu'un dommage matériel de 250.000 € et un dommage moral de 50.000 €.

B S.A. a opposé l'incompétence des juridictions du travail pour connaître du litige au motif que A aurait assumé les fonctions de « *Managing Director »* en sa qualité d'administrateur délégué de la société, qu'il n'aurait exercé aucune fonction technique distincte de celle de son mandat et ne se serait pas trouvé dans une relation de subordination à l'égard de la société.

Par jugement du 8 mai 2009, le tribunal du travail de Luxembourg s'est déclaré compétent pour connaître du litige, a déclaré régulier le mandat de l'avocat de la société pour procéder au licenciement, imprécis deux des motifs du licenciement et pas suffisamment grave le troisième motif et a en conséquence déclaré abusif le licenciement et condamné B S.A. à payer à A une indemnité compensatoire de préavis de 130.241,70 €, une indemnité de départ de 43.413,90 € et un dommage moral de 3.000 € mais a rejeté la demande en réparation du préjudice matériel. B S.A. a encore été condamnée à payer à A une indemnité de procédure de 850 € et a été déboutée de sa propre demande en paiement d'une indemnité de procédure.

Contre ce jugement lui notifié le 22 mai 2009, B S.A. a régulièrement interjeté appel par exploit du 18 juin 2009.

Elle demande, par réformation, à la Cour, en ordre principal de dire que les juridictions du travail sont incompétentes pour connaître du litige et en ordre subsidiaire de déclarer régulier le licenciement, formulant à toutes fins une offre de preuve par témoins pour établir les fautes commises. Elle demande en tout état de cause à être déchargée de l'ensemble des condamnations prononcées à son encontre et demande une indemnité de procédure de 3.000 € pour l'instance d'appel de même qu'elle demande la réformation du premier jugement en ce qu'il ne lui a pas été alloué d'indemnité de procédure.

A demande la confirmation du jugement en ce qui concerne la compétence matérielle des juridictions du travail et le caractère abusif du licenciement mais interjette ***appel incident*** en ce que le tribunal du travail a décidé que le licenciement était régulier au regard du mandat de l'avocat de B S.A. pour procéder au licenciement et en ce qu'il a été débouté de sa demande en réparation du dommage matériel subi des suites du licenciement et en ce que son dommage moral n'a été fixé qu'à 3.000 €, réitérant à cet égard ses demandes en paiement formulées en première instance et réclamant une indemnité de procédure de 4.000 € pour l'instance d'appel.

Les faits

A fut engagé suivant contrat de travail à durée indéterminée du 11 janvier 2008 en qualité de « *Managing Director* » par la société B S.A., le contrat de travail lui reconnaissant une ancienneté de 10,125 années.

Il fut licencié avec effet immédiat par lettre recommandée du 18 décembre 2008, l'employeur lui reprochant en résumé ce qui suit :

1. d'avoir adressé le 3 décembre 2008 à Hayo, président du Conseil d'Administration de B S.A. un sms à caractère raciste, soit d'avoir qualifié un collègue de travail d'origine africaine, en l'occurrence un dénommé TSHIKALI, de « *der Braune* » et encore de « *Pavian* » et d'avoir qualifié tant celui-ci que le représentant permanent et président de B S.A. Pierre-Yves, de « *Saecke* », le tout dans le cadre de son mécontentement par rapport à leur demande d'ajournement de la tenue du Conseil d'administration.

2. d'avoir déjà le 26 juin 2008 adressé un e-mail particulièrement agressif et méprisant au Senior Financial Officer du groupe en charge des filiales européennes Dominique et d'avoir refusé, sous prétexte de confidentialité, de remettre les documents comptables de la société aux personnes en charge de la tenue de la comptabilité et en général d'avoir refusé de collaborer tant avec les comptables externes qu'avec le Senior Financial Office Dominique,

3. d'avoir fait une gestion hasardeuse de la société en ne respectant notamment pas les instructions de prudence reçues par le département *risk* du groupe en termes de transactions avec certaines banques ou institutions financières.

La compétence ratione materiae des juridictions du travail

B S.A. conclut à l'incompétence des juridictions du travail pour connaître du litige en contestant l'existence d'une relation de travail entre parties, soutenant que A n'aurait eu, en sa qualité de « *Managing Director* » de la société, aucune activité distincte de celle découlant de son mandat social, ses fonctions n'étant pas décrites dans le contrat de travail. Elle conteste que celui-ci se soit trouvé dans une relation de subordination vis-à-vis de la société ; en tant qu'administrateur délégué et membre du Conseil d'administration il aurait disposé de pouvoirs étendus n'étant soumis à aucun pouvoir disciplinaire ni de contrôle, ne recevant d'instructions de personne.

Selon A par contre la juridiction du travail serait manifestement compétente pour connaitre de la demande, les éléments du dossier – contrat de travail, le fait d'avoir été licencié et surtout la motivation gisant à la base de ce licenciement – établissant à suffisance de droit une relation de travail entre parties.

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.

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.

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.

Ainsi 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 cumul dans le chef d'une même personne des fonctions d'administrateur et de salarié d'une société est possible 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.

<u>Le cas d'espèce</u>

Aux termes du « *Contract of Employment Managing Director* » du 11 janvier 2008, A a la qualité de « *Managing Director and Administrateur Délégué* ».

Selon la dernière mise à jour du mois de septembre 2008 du « *Corporate Sheet* » de B S.A. il faisait partie comme « *board member* « du « *Board of Directors* », il était donc membre du conseil d'administration et même administrateur délégué ainsi que cela résulte des rubriques « *executives* » et *« authorized signatories* » du même document.

Il résulte encore des pièces produites en cause que :

- lors de l'assemblée générale extraordinaire des actionnaires du 15 mai 2007, qui avait pour objet d'augmenter le capital social de B S.A., celle-ci était représentée par A ;

- il en était de même lors de l'assemblée générale extraordinaire des actionnaires du 14 septembre 2007 laquelle il a même présidée ;

- il a signé le procès-verbal de l'assemblée générale extraordinaire des actionnaires du 19 septembre 2008 en qualité d'administrateur-délégué ;

- il figure en qualité d'administrateur dans le procès-verbal de la réunion du conseil d'administration du 6 octobre 2008 lors de laquelle Jacques fut nommé administrateur délégué ;

- il a rédigé une note portant sur l'organisation des sociétés B en Europe continentale qui a fait l'objet d'une discussion lors de la réunion du conseil d'administration du 7 août 2008 à laquelle il participait ;

- il a cosigné en qualité de Directeur-Général une lettre adressée le 2 septembre 2008 à la Commission de Surveillance du Secteur Financier informant celle-ci de l'approbation par le conseil d'administration de la nomination de Liévin au poste de « *Compliance Officer* » ;

- il figure avec la qualification de « *director »* parmi les auteurs qui ont élaboré le projet de 47 pages définissant la future stratégie de B dans le cadre des « *RISKS & OPPORTUNITIES »* qui devait être soumis le 9 décembre 2008 au Conseil d'administration ;

- il a cosigné en qualité d'administrateur délégué une lettre adressée le 12 décembre 2008 à la Commission de Surveillance du Secteur Financier l'informant du report de la réunion du Conseil d'administration au 16 décembre 2008 ;

- il a cosigné en qualité de Directeur Général une autre lettre du 15 décembre 2008 dans le même contexte à la Commission de Surveillance du Secteur Financier.

Il se dégage finalement du procès-verbal de l'assemblée générale extraordinaire du 13 janvier 2009 qu'il a été décidé à l'unanimité de révoquer A de son poste d'administrateur au Conseil d'administration et de demander audit Conseil de lui retirer toute délégation de ses pouvoirs de gestion journalière.

Il découle de l'ensemble de ces pièces que A était administrateur délégué de la société B S.A. jusqu'au 13 janvier 2009.

Or, l'administrateur délégué d'une société anonyme, qui agit pour la société et en son nom, qui la représente et qui, dans l'exercice de ses fonctions, dispose de pouvoirs étendus et est astreint seulement à se conformer aux décisions du Conseil d'administration dont il fait partie et de l'assemblée générale des actionnaires, n'est pas un salarié mais un mandataire.

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, le contrat de travail de A est muet par rapport à une quelconque fonction et notamment par rapport au contenu exact de sa fonction salariale de « *Managing Director* », la section 3 du « *Contract of Employment* » énonçant par contre un certain nombre de transactions pour l'accomplissement desquelles l'accord écrit préalable des « *shareholders* » était obligatoire ce qui témoigne du fait que le

« *Managing Director* » était directement soumis, à l'instar de l'administrateur délégué, non pas à un employeur mais aux décisions de l'assemblée générale des actionnaires.

Cela ressort encore de la Section 1 (3) du « *Contract of Employment* » qui stipule :

« *The Managing Director will fulfil his duties and responsibilities with care and according to the regulations of this contract, the articles of association, the general guidelines and particular instructions of the shareholders and the law ».*

L'argument qu'il avait des comptes à rendre au conseil d'administration dont il faisait partie ainsi qu'aux actionnaires ne saurait valoir dans la mesure où il est normal que le mandataire social rende des comptes de sa gestion au conseil d'administration et à l'assemblée générale des actionnaires.

Le fait qu'il se soit vu remettre des fiches de salaires ne saurait pas non plus porter à conséquence, le simple fait pour un mandataire d'être rémunéré, d'ailleurs prévu par l'article 1986 du code civil et plus particulièrement par l'article 50 de la loi modifiée du 15 août 1915 sur les sociétés commerciale aux termes duquel *« Les sociétés anonymes sont administrées par des mandataires à temps, associés ou non, révocables,* ***salariés*** *ou gratuits. »* ne suffisant pas pour conférer aux relations la nature d'un contrat de travail.

De même le fait d'avoir dû travailler à plein temps pour B S.A. sous l'autorité et la surveillance du conseil d'administration dont il faisait lui-même partie et d'avoir disposé d'une voiture de service dont les frais étaient contrôlés par le conseil d'administration, conditions parfaitement compatibles avec ses fonctions d'administrateur délégué, ne sont pas de nature à lui conférer le statut de salarié.

Il se dégage finalement de la lettre de licenciement elle-même que les fautes qui lui sont reprochées - injures proférées à l'égard du président du Conseil d'administration et un autre administrateur, refus de collaborer tant avec les comptables externes qu'avec le Senior Financial Office Dominique ainsi que d'avoir fait une gestion hasardeuse de la société en ne respectant notamment pas les instructions de prudence reçues par le département *risk* du groupe en termes de transactions avec certaines banques ou institutions financières, sont des fautes commises à l'occasion de l'exercice de son mandat social.

Il découle ainsi de l'ensemble des développements qui précèdent 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 de A en paiement d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel est à rejeter, seule la partie obtenant gain de cause pouvant y prétendre.

Il serait par contre inéquitable de laisser à la charge de B S.A. l'intégralité des frais qu'elle a dû débourser pour se défendre tant en première instance qu'en instance d'appel contre la demande de sorte qu'il convient de lui allouer, par réformation, une indemnité de procédure de 750 € pour la première instance et une indemnité de procédure de 1.000 € pour l'instance d'appel.

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 principal et incident;

dit fondé l'appel principal ;

réformant :

dit que les juridictions du travail sont incompétentes pour connaître du litige ;

condamne A à payer à la société anonyme B S.A. une indemnité de procédure de 750 € pour la première instance ;

dit sans objet l'appel incident ;

condamne A à payer à la société anonyme B S.A. une indemnité de procédure de 1.000 € pour l'instance d'appel;

condamne A aux frais et dépens de l'instance d'appel