Exempt – appel en matière de droit du travail

Audience publique du sept avril deux mille onze

Numéros 35245 et 35774 du rôle.

Composition:

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

Entre:

A, demeurant à L-,

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Jean-Lou THILL de Luxembourg du 20 août 2009,

demanderesse en intervention aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Carlos CALVO de Luxembourg du 27 janvier 2010,

comparant par Maître Andréas KOMNINOS, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

et:

1) La société à responsabilité limitée B s.à r.l., établie et ayant son siège social à L-, représentée par son gérant actuellement en fonctions,

intimée aux fins du prédit exploit THILL,

comparant par Maître Cyril CHAPON, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

2) L'ETAT DU GRAND-DUCHE DE LUXEMBOURG, représenté par le Ministre du Travail et de l'Emploi, dont les bureaux sont établis à L-2763 Luxembourg,

26, rue Zithe, ayant dans ses attributions le Fonds pour l'emploi, et pour autant que de besoin par le Ministre d'Etat, dont les bureaux sont établis à Luxembourg, 4, rue de la Congrégation,

intimé aux fins du prédit exploit THILL,

comparant par Maître Georges PIERRET, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

3) C, avocat à la Cour, demeurant à L-1145 Luxembourg, 15, rue des Aubépines,

défendeur en intervention aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Carlos CALVO de Luxembourg du 27 janvier 2010,

comparant par Maître Cyril CHAPON, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL:

Par requête déposée le 11 décembre 2007, A, épouse A a fait convoquer la société à responsabilité limitée B devant le tribunal du travail de Luxembourg aux fins de s'y entendre dire que sa résiliation avec effet immédiat de sa relation de travail faite par lettre recommandée du 13 novembre 2007 est due à la faute grave de l'employeur et partant s'entendre condamner à lui payer un dommage matériel de 15.989,88 € + pm et un dommage moral de 5.000 € + pm ainsi que 9.149,76 € à titre d'arriérés de salaire, 2.095,01 € à titre d'indemnité compensatoire pour 17 jours de congés non pris, 28.998,99 € du chef d'heures supplémentaires, 924 € du chef de 3 jours fériés légaux travaillés, 377,30 € du chef de 7 heures supplémentaires pendant les jours fériés légaux, 9.634,24 € du chef de 46 dimanches travaillés, 246,40 € du chef de jours de congé supplémentaires pour les dimanches travaillés ainsi qu'une indemnité de procédure de 1.500 €.

Par même requête elle a mis en intervention l'Etat du Grand Duché de Luxembourg, pris en sa qualité de gestionnaire du Fonds pour l'emploi.

Par jugement du 18 juin 2009, le tribunal du travail s'est déclaré incompétent pour connaître de la demande au motif que A n'avait pas rapporté la preuve d'avoir exercé une fonction salariée réelle et le jugement a été déclaré commun à l'Etat.

Contre ce jugement, A a régulièrement interjeté appel par exploit du 20 août

2009, demandant à la Cour de dire, par réformation, que les juridictions du travail sont compétentes pour connaître de la demande et de faire droit à l'ensemble de ses prétentions, réclamant une indemnité de procédure de 2.000 € pour l'instance d'appel.

La société B demande la confirmation du jugement entrepris et conteste en ordre subsidiaire les montants réclamés. Elle interjette ***appel incident*** en ce que les premiers juges l'ont déboutée de sa demande en paiement d'une indemnité de procédure et réclame 1.500 € tant pour la première instance que pour l'instance d'appel.

Par exploit du 27 janvier 2010 A a mis en intervention C pour l'entendre condamner solidairement sinon in solidum avec la société B à l'indemniser des conséquences dommageables de la résiliation de son contrat de travail réclamant de même sa condamnation au paiement d'une indemnité de procédure de 2.000 € pour l'instance d'appel et à toutes fins utiles la déclaration d'arrêt commun à son encontre.

La recevabilité de la demande en intervention forcée

C conclut en ordre principal à l'irrecevabilité de la demande en intervention et en ordre subsidiaire et quant au fond à l'incompétence des juridictions du travail. Il s'oppose à la jonction des deux rôles ainsi qu'à la déclaration d'arrêt commun.

Aux termes de l'article 594 du nouveau code de procédure civile

« *Aucune intervention ne sera reçue* (en instance d'appel)*, si ce n'est de la part de ceux qui auraient droit de former tierce opposition* »

La mise en intervention forcée en instance d'appel est corrélative à l'intervention volontaire et ne peut être dirigée que contre celui qui pourrait former tierce opposition. La tierce opposition est ouverte à toute personne qui n'a été ni partie, ni représentée à condition qu'elle justifie d'un intérêt pour agir en ce que le jugement serait susceptible de préjudicier à ses droits.

Dans la mesure où la société commerciale constitue une individualité juridique distincte de celle de ses associés de sorte qu'une éventuelle condamnation de la société B n'est pas de nature à préjudicier à leurs droits, la demande en intervention dirigée en instance d'appel contre C pris en sa qualité d'associé unique de la société B est irrecevable.

Pour les mêmes motifs, il n'y aura pas lieu à déclaration d'arrêt commun à l'égard de C.

La procédure abusive et vexatoire

C a formulé une demande reconventionnelle pour procédure abusive et vexatoire réclamant de ce chef 5.000 €.

L'exercice d'une action en justice ne dégénère en faute que si elle constitue un acte de malice ou de mauvaise foi ou au moins une erreur grossière

équipollente au dol ou si le demandeur a agi avec une légèreté blâmable. (Cour, 20 mars 1991, 28, 150).

Une telle intention n'étant pas prouvée dans le chef de A, la demande reconventionnelle de C en paiement d'un montant de 5.000 € du chef de procédure vexatoire et abusive est à rejeter.

La compétence ratione materiae des juridictions du travail

A soutient avoir été engagée en octobre 2006 en qualité de responsable du restaurant exploité par la société B à Luxembourg et avoir à ce titre, travaillé tant en cuisine qu'en salle.

Elle a démissionné de ses fonctions par lettre recommandée du 13 novembre 2007 au motif de ne pas avoir reçu de salaire depuis plus de trois mois. Cette résiliation étant, selon elle, due à une faute grave de l'employeur, elle demande réparation du préjudice subi.

La société B résiste à la demande en contestant toute relation de travail entre parties soutenant que celle-ci n'aurait assumé que les fonctions de gérante administrative pour laquelle elle aurait touché une rémunération mensuelle de 2.600 €. Aucun lien de subordination n'aurait jamais existé entre parties, bien au contraire A aurait été libre de prendre toutes les décisions nécessaires découlant de cette fonction comme par exemple la signature des actes de cautionnement, les entretiens d'embauche ainsi que la conclusion des contrats de travail avec les salariés. La société B conteste également que A eût exercé des fonctions techniques distinctes de sa fonction de gérante administrative ; le fait qu'elle aurait occasionnellement donné un coup de main dans la salle de restaurant ou la cuisine n'aurait rien d'anormal, de tels gestes de la part du gérant n'ayant rien d'anormal dans les entreprises de petite taille.

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 ou de gérant 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 Spéciale/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>Les circonstances de l'espèce</u>

Il se dégage d'une convention, non datée, signée entre C, en sa qualité d'associé unique de la société B, et les époux Bernard et A que ces derniers souhaitaient devenir associés dans la société et ont payé la somme de 12.000 € aux fins d'acquisition, après une période « *d'essai réciproque* » d'un an, 49% des parts sociales.

Aux termes de l'article 2 de cette convention il était prévu que A serait engagée à partir du jour de l'ouverture de restaurant comme responsable du restaurant avec un salaire net de 2.000 €.

Aucun contrat de travail ne fut cependant conclu par la suite entre parties, le document intitulé *« contrat de travail à durée indéterminée* » daté au 24 octobre 2006 portant la seule signature de A. A noter par ailleurs qu'aux termes dudit contrat, la qualité de A aurait été celle de gérante administrative et non pas celle de responsable de salle.

Il se dégage ensuite des pièces versées en cause relatives aux actes notariés passés par la société B, créée le 2 juin 2006, que dès le 15 septembre 2006 A a été nommée au poste de gérante administrative avec pouvoir de signature conjointe avec la gérante technique Caroline et elle ne fut révoquée de ce poste que par décision de l'assemblée générale du 19 novembre 2007, soit 6 jours après sa démission de son poste de travail.

Si A ne conteste pas avoir eu la fonction de gérante administrative, elle soutient avoir de même accompli une véritable tâche de travail journalière dans le restaurant.

Au vu des pièces versées en cause la Cour constate ce que suit :

Le 20 novembre 2006 elle a signé en qualité d'employeur 12 contrats d'embauche à savoir celui du commis de cuisine Romeo, des serveuses Maria Herminia, Nathalie, Nathalie, Filomena Maria et Françoise et du serveur Nuno Alexandre, du chef de cuisine Beniamino Massimo, du second de cuisine Michele ainsi que des pizzaioli Renato et Maia Manuel, de la plongeuse Rosa Maria.

Le 28 novembre 2006, A a signé la demande adressée à l'administration des

contributions directes en vue de l'immatriculation de la société et de la fixation des avances trimestrielles.

Le 24 janvier 2007, elle a fait les déclarations patronales des salariés ayant accompli la période d'essai.

Les 21 février, 16 avril, 28 avril, 30 avril, 2 mai, 16 mai et 6 juillet 2007, elle a procédé au licenciement de 8 personnes au total.

Le 8 février 2007 elle a communiqué à l'ADEM une déclaration de place vacante au nom d'B ainsi que le texte d'une annonce chiffrée à publier dans 2 journaux pour laquelle elle a demandé la dispense prévue en la matière.

Le 30 avril 2007, elle a communiqué au Service de la Santé au Travail les noms des personnes employées par le restaurant B et le 12 juin 2007 elle a adressé audit service les demandes de rendez-vous pour les examens médicaux.

Le 8 mai 2007, elle a signé le bon de commande EDITUS pour que le restaurant figure à l'annuaire téléphonique.

Le 9 juin 2007 elle a passé commande auprès d'ACCOR SERVICES aux fins de recevoir des autocollants pour apposer sur la devanture du restaurant et pour recevoir des informations sur le Beneficio Club pour faire gratuitement des promotions sur son établissement auprès des bénéficiaires Ticket Restaurant.

Le 29 juin 2007, elle passé commande d'une annonce auprès de Monster Job Office pour rechercher une serveuse avec expérience.

Dans les contrats de mise à disposition passés avec la société de travail intérimaire VEDIOR au courant des mois de janvier, mars et avril 2007, son nom figure en tant que personne à contacter pour le restaurant B.

De même les lettres émanant de différents services tels que SCHINDLER, VISALUX EXPLORATOR CITY GUIDE et FOREM ont été adressées à « B, Madame A ».

Finalement elle s'est portée avec son époux Bernard caution solidaire et indivisible ensemble avec C, Caroline pour le remboursement d'un crédit de 30.000 € que la BANQUE a accordé à la société B.

Il découle de l'ensemble de ces pièces que sa fonction était celle d'un mandataire qui agit pour la société et en son nom, qui la représente et qui, dans l'exercice de ses fonctions, dispose de pouvoirs les plus larges dont le pouvoir de signature. Elle n'avait pas besoin de demander l'autorisation préalable à quiconque pour procéder aux actes ci-avant renseignés ni n'avait-elle de comptes à rendre à personne.

L'argument qu'elle aurait eu des comptes à rendre à C dans la mesure où elle devait lui communiquer chaque soir le contenu de la caisse, ce qu'elle entend prouver par la production des factures détaillées de son téléphone portable renseignant les sms qu'elle lui aurait faits n'est d'aucune pertinence pour

prouver un lien de subordination à l'égard de ce dernier dans la mesure où il n'est pas anormal que le gérant informe l'associé unique des résultats d'un commerce qui ne vient que de démarrer.

De même le contenu plutôt désobligeant de certains de ces sms s'il démontre que les bonnes relations entre parties se sont profondément dégradées ne témoignent pas pour autant de l'existence d'une relation de subordination entre le bénéficiaire économique de la société et la gérante administrative.

Le fait qu'elle se soit vu remettre des fiches de salaires et qu'elle a effectivement touché une rémunération mensuelle ne saurait pas non plus porter à conséquence, le fait pour un mandataire d'être rémunéré, d'ailleurs prévu par l'article 1986 du code civil et plus particulièrement par l'article 191 de la loi modifiée du 15 août 1915 sur les sociétés commerciale aux termes duquel *« Les sociétés à responsabilité limitée sont gérées par un ou plusieurs mandataires associés ou non associés,* ***salariés*** *ou gratuits. »* ne suffisant pas pour conférer aux relations la nature d'un contrat de travail.

Il en est encore de même de son affiliation au Centre Commun de la Sécurité Sociale, l'affiliation n'étant rien d'autre qu'une déclaration de la société et ne constituant pas une preuve de l'exercice réel d'une activité salariée.

L'attestation testimoniale de Rosa Susana n'est pas de nature à contredire ce qui ressort des pièces ci-avant citées.

Ainsi le fait que A aurait été présente tous les jours au Restaurant, aurait aidé en salle et en cuisine et qu'elle aurait mangé avec le personnel n'est pas incompatible avec sa fonction de gérante administrative et ne témoigne pas d'une relation de travail alors surtout qu'il est rappelé qu'il s'agissait d'un commerce qui venait de débuter et dans lequel elle entendait ensemble avec son époux, après une période d'essai, devenir coassocié ce qui explique ses coups de main, elle-même ayant intérêt à ce que l'affaire « marche ».

Pour les mêmes motifs, il y a lieu à rejet de l'offre de preuve qui manque de pertinence en ce qu'elle tend à établir qu'elle s'occupait à préparer des plats en cas de manque de personnel et effectuait le service en salle et préparait parfois les additions, ces tâches n'étant pas, comme il a déjà été dit, incompatibles avec sa qualité de gérante personnellement intéressée à la bonne marche des affaires.

Le point offert en preuve selon lequel elle « *exerçait son activité sous la surveillance de Monsieur C qui se comportait comme le chef...et qui s'occupait de certains recrutements du personnel, notamment celui du pizzaiolo* » manque de précision, dans la mesure où aucun acte concret n'est offert en preuve qui permettrait de conclure à l'existence d'un lien de subordination entre C et A, tandis que les points selon lesquels « *il exigeait une information quotidienne sur l'état de la caisse par téléphone ou par sms, décidait du contenu de la carte* » manquent de pertinence, ces faits à les supposer établis ne prouvant pas un lien de subordination.

Finalement le point offert en preuve que ce serait C qui aurait signé personnellement le contrat de bail commercial en vue de l'exploitation du restaurant n'est d'aucune pertinence non plus, l'associé unique et propriétaire de la société pouvant ce faire sans qu'il en découle un lien de subordination avec la gérante administrative.

A n'a donc pas réussi à rapporter la preuve de l'existence d'une relation de travail de sorte que les premiers juges sont à confirmer en ce qu'ils se sont déclarés incompétents pour connaître du litige.

Le recours de l'Etat

Au vu de l'issue du litige, la demande de l'Etat, agissant en sa qualité de gestionnaire du Fonds pour l'emploi, est à rejeter.

Les indemnités de procédure

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 en est de même de celle de la société B tendant aux mêmes fins celle-ci étant restée en défaut de justifier en quoi il serait inéquitable que l'intégralité des frais qu'elle a dû exposer pour se défendre tant en première instance qu'en instance d'appel restent à sa charge.

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;

les dit non fondés ;

confirme le jugement du tribunal du travail de Luxembourg du 18 juin 2009 ;

rejette les demandes respectives des parties en paiement d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel ;

déclare irrecevable la demande en intervention respectivement en déclaration d'arrêt commun à l'égard de C ;

déclare recevable mais non fondée la demande reconventionnelle de C du chef de procédure vexatoire et abusive ;

déclare le jugement commun à l'Etat du Grand-Duché de Luxembourg, pris en sa qualité de gestionnaire du Fonds pour l'emploi.

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