

**Exempt – appel en matière de droit du travail**

**Audience publique du quatre juin deux mille vingt**

Numéro CAL-2018-00691 du rôle.

Composition:

Valérie HOFFMANN, président de chambre;  
Monique HENTGEN, premier conseiller;  
Jeanne GUILLAUME, premier conseiller;  
Ly TRICHIES, greffier assumé.

**Entre:**

**A)**, demeurant à D-(...),

**appelant** aux termes d'un acte d'appel de l'huissier de justice Nadine dite Nanou TAPELLA d'Esch-sur-Alzette du 8 août 2018,

**comparant par Maître Georges WIRTZ**, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

**et:**

**la société anonyme SOC1) LUXEMBOURG**, établie et ayant son siège social à L-(...), représentée par son conseil d'administration,

**intimée** aux fins du prédit acte TAPELLA,

**comparant par KLEYR GRASSO**, société en commandite simple, établie à L-2361 Strassen, 7, rue des Primeurs, inscrite sur la liste V du tableau de l'ordre des avocats du barreau de Luxembourg, qui est constituée et en l'étude de laquelle domicile est élu, représentée par son gérant Kleyr Grasso GP S.à.r.l., établie à la même adresse, représentée aux fins de la présente procédure **par Maître Christian JUNGERS**, avocat à la Cour, demeurant professionnellement à la même adresse.

-----  
**LA COUR D'APPEL:**

Par contrat de travail signé le 20 avril 2016, **A)** est entré au service de la société anonyme **SOC1) LUXEMBOURG** (ci-après « **SOC1) SA** ») en qualité de « *Geschäftsführer und Sprecher der Geschäftsführung* » à compter du 1er juin 2016.

Par courrier recommandé du 8 décembre 2016, il a résilié le contrat de travail avec effet au 31 janvier 2017 et il a également déposé son mandat d'administrateur avec effet à la même date.

Par courrier du 12 janvier 2017, **SOC1) SA** a informé **A)** que le délai de préavis était d'un mois et que la relation de travail se terminerait dès lors le 14 janvier 2017 et non pas le 31 janvier 2017.

Par courrier du 26 janvier 2017, **A)** a protesté contre cette décision qu'il considérait comme étant un licenciement avec effet immédiat, et partant abusif, compte tenu de ce qu'auparavant **SOC1) SA** aurait confirmé que la relation de travail prendrait fin le 31 janvier 2017.

Par requête déposée le 20 avril 2017, **A)** a fait convoquer **SOC1) SA** devant le tribunal du travail de Luxembourg, pour lui réclamer suite au licenciement intervenu le 12 janvier 2017, les montants de 8.431,35 euros à titre d'indemnité compensatoire de préavis, de 438,17 euros à titre d'indemnité supplémentaire du mois de janvier 2017, de 29.166,66 euros au titre de la prime annuelle 2016, de 4.166,67 euros au titre de la prime annuelle 2017, de 7.222,49 euros au titre de préjudice matériel en relation avec la pension complémentaire et de 5.000 euros au titre de dommage moral. Il a, en outre, sollicité une indemnité de procédure de 1.500 euros.

Par jugement rendu le 13 juin 2018, le tribunal du travail s'est déclaré incompétent pour connaître des demandes de **A)**, a déclaré non fondées les demandes respectives des parties introduites sur base de l'article 240 du Nouveau code de procédure civile et a condamné **A)** aux frais et dépens de l'instance.

Pour statuer ainsi, le tribunal a considéré qu'eu égard à ses deux mandats sociaux, l'un en tant que délégué à la gestion courante et l'autre en tant qu'administrateur, et à défaut de justifier l'existence de fonctions techniques différentes de ces mandats sociaux, la clause inscrite dans le contrat de travail selon laquelle **A)** doit rendre compte au conseil d'administration, s'inscrit également dans cette relation de mandataire social de **SOC1) SA** ; que les éléments tels que le paiement mensuel d'un salaire, l'affiliation à la sécurité sociale en tant que salarié et la délivrance de fiches de salaires ne sont pas suffisants pour établir l'existence d'une relation de travail en l'absence des deux caractéristiques essentielles du contrat de travail : à savoir des fonctions distinctes du mandat social et l'existence d'un lien de subordination et que le

contrat de travail conclu entre parties est partant fictif, de sorte que les juridictions du travail ne sont pas compétentes pour connaître des demandes de **A**).

De ce jugement, **A**) a régulièrement relevé appel par exploit d'huissier du 8 août 2018. Par réformation du jugement entrepris, il demande à voir dire que le tribunal du travail est compétent pour connaître de ses demandes et à renvoyer l'affaire devant le tribunal du travail pour statuer sur le fond de l'affaire. Il conclut, en outre, à l'allocation d'une indemnité de procédure de 1.500 euros pour la première instance et de 5.000 euros pour l'instance d'appel.

Dans ses conclusions subséquentes, il demande, en application de l'article 288 du Nouveau code de procédure civile, à voir ordonner à **SOC1**) SA de communiquer les résolutions du conseil d'administration quant à sa nomination en tant que personne déléguée à la gestion journalière au sens de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales (ci-après « la loi de 1915 »).

En outre, il se réserve formellement le droit de mettre la Commission de Surveillance du Secteur Financier (CSSF) en intervention dans la présente procédure.

**SOC1**) SA demande à voir écarter des débats les pièces n° 36 et 40 de la partie adverse pour être des pièces unilatérales et elle demande le rejet des demandes et moyens adverses. Elle conclut à la confirmation du jugement a quo et à l'allocation d'une indemnité de procédure de 3.500 euros.

### **Moyens et prétentions des parties**

L'appelant fait valoir qu'en présence du contrat de travail signé entre parties en date du 20 avril 2016, il appartient à l'employeur d'établir son caractère fictif. Il reproche aux premiers juges d'avoir fait état de ce renversement de la charge de la preuve, sans en faire application dans son analyse subséquente. En l'occurrence, **SOC1**) SA ne rapporterait pas la preuve qu'il n'ait pas exercé de fonctions distinctes de celles exercées dans le cadre de son mandat social, ni qu'il ait exercé toutes ses fonctions en dehors d'un quelconque lien de subordination.

Subsidiairement, pour autant qu'il n'y ait pas renversement de la charge de la preuve, l'appelant affirme que l'existence d'une relation de travail entre l'intimée et lui-même résulte des éléments du dossier.

Ainsi, suivant contrat de travail du 20 avril 2016, il aurait exercé les deux fonctions de dirigeant (*Geschäftsführer*) et de porte-parole de la direction (*Sprecher der Geschäftsführung*) auprès de **SOC1**) SA à compter du 1<sup>er</sup> juin 2016. Ce ne serait que par la suite qu'il aurait été coopté comme membre du conseil d'administration de la société à compter du 16 juin 2016. Au moment de la conclusion du contrat de travail, il n'aurait nullement été prévu qu'il devienne membre du conseil d'administration de **SOC1**) SA. Dès lors, entre le 1<sup>er</sup> et le 16

juin 2016, il aurait été lié à **SOC1**) SA uniquement par un simple contrat de travail et il aurait exercé le mandat social d'administrateur à partir du 16 juin 2016 au-delà du contrat de travail, sans quelconque contrepartie financière. Il en résulterait encore qu'il n'aurait jamais été administrateur-délégué de **SOC1**) SA, l'assemblée générale n'ayant jamais pris la décision de lui déléguer la gestion journalière en sa qualité d'administrateur au sens des statuts et de la loi de 1915. Le dépôt au RCSL relatif à la délégation de la gestion journalière remonterait au 18 juillet 2016, soit à plus d'un mois et demi après la prise d'effet du contrat de travail.

En ce qui concerne les fonctions techniques exercées en dehors d'un mandat social, **A**) soutient que le poste de *Geschäftsführer* reprenait des fonctions distinctes, respectivement dépassant celles du mandat d'administration et d'une « personne en charge de la gestion journalière » au sens de la loi de 1915.

Il expose à cet égard qu'il a repris les anciennes fonctions de Madame **B**) en sa qualité de *Geschäftsführer* et de Monsieur **C**) en sa qualité de *Sprecher der Geschäftsführung* et que les tâches lui ayant été confiées dans les domaines *Personal, Vertrieb, legal, Tax, Fondsbuchhaltung, Vergütungspolitik* etc auraient dépassé nettement les tâches du délégué à la gestion journalière au sens de la loi de 1915.

La fonction de porte-parole d'une société (*Geschäftssprecher*) ne constituerait nullement un mandat social au sens de la loi de 1915 et plus généralement au sens du droit des sociétés et elle ne serait pas prévue par les statuts de **SOC1**) SA. Sur l'organigramme du 1<sup>er</sup> juin 2016, **A**) figurerait uniquement comme *Sprecher der Geschäftsführung* en charge des postes *Personal, Vertrieb&Marketing, Revision, Legal&Compliance Services et Risiko-Management*, soit des fonctions distinctes sinon excédant celles exercées par la personne en charge de la gestion journalière et partant des fonctions exercées par une personne autre qu'un mandataire social de la société, tandis que la fonction de *Geschäftsführer* aurait été exercée par **D**). Ce ne serait que dans l'organigramme du 1<sup>er</sup> janvier 2017 qu'il serait présenté, ensemble avec **D**), comme *Geschäftsführer* en charge du *Projekt-Management* et du *Auslagerungscontrolling*, des fonctions ne rentrant pas non plus dans la gestion journalière d'une société.

**A**) fait encore valoir qu'en sa qualité de *Geschäftsführer und Sprecher der Geschäftsführung* il se serait trouvé dans un lien de subordination à l'égard de **SOC1**) SA, ce qui résulterait d'un faisceau d'indices, comprenant notamment les énonciations du contrat de travail élaboré par le mandataire de **SOC1**) SA, la confirmation par **SOC1**) SA à la CSSF que **A**) aurait « *einen 100% Arbeitsvertrag* », l'affiliation comme salarié auprès du Centre Commun de la Sécurité Sociale (CCSS), sa rémunération et les avantages, les fiches de salaire mensuelles, ses obligations de respecter un

horaire fixe et d'enregistrer les heures, de devoir demander ses congés, de justifier ses absences, de respecter la réglementation prévue par le Code du travail, l'interdiction d'exercer d'autres activités salariales, etc... En outre, la réaction de **SOC1**) SA suite à la réception de sa démission montrerait l'existence d'un contrat de travail, l'employeur ayant raccourci le délai de préavis en recourant aux dispositions du Code du travail et en dispensant **A**) de prester le préavis restant. **A**) n'aurait été titulaire d'aucun pouvoir hiérarchique, il n'aurait pas été associé de **SOC1**) SA, il aurait été engagé pour une durée indéterminée, il aurait reçu des instructions quant à l'exécution de son travail de la part de **E**), *Geschäftsführerin* de **SOC1**) *Kapitalverwaltungsgesellschaft mbH*, société mère de **SOC1**) SA, il aurait dû se conformer aux ordres et décisions de **E**) et la tenir informée des activités opérationnelles et il aurait exercé des fonctions techniques différentes de celles exercées par un simple mandataire de la société. Il n'aurait disposé que de pouvoirs très limités dans le cadre de son travail journalier, ce qui serait confirmé par **D**) dans une attestation testimoniale versée aux débats.

Finalement, il résulterait des fiches de salaire qu'il se serait vu octroyer un salaire mensuel pour l'exercice de tâches intellectuelles et non pas pour l'exercice d'un mandat social d'administrateur-délégué.

L'intimée soutient que de par son objet, le contrat signé entre parties en date du 23 avril 2016 est un contrat de mandat social étant donné que son seul objet est l'exercice de la fonction d'administrateur-délégué à la gestion journalière (*Geschäftsführer*) et porte-parole du conseil d'administration, ce statut ayant d'ailleurs fait l'objet d'une publication au RCS. Elle conteste que le contrat ait l'apparence d'un contrat de travail. Il incomberait à l'appelant, invoquant la fictivité du contrat de mandat, de prouver en quoi le contrat s'analyserait comme un contrat de travail, preuve qui laisserait d'être établie. En effet, l'appelant ne rapporterait pas la preuve de l'existence d'une relation de travail, les éléments caractéristiques d'une telle relation faisant défaut. Il n'y aurait ni lien de subordination, ni fonction technique distincte, ni rémunérations distinctes.

L'administrateur-délégué d'une société anonyme ne serait pas un salarié, mais un mandataire. Ceci serait d'autant plus vrai que **SOC1**) SA détiendrait un agrément AIFM (gestionnaire de fonds d'investissement alternatifs au sens de la loi du 12 juillet 2013), et que l'article 7.1.c) de la prédite loi consacrerait le « principe des quatre yeux », supposant entre autres une absence de subordination entre dirigeants.

**A)** aurait été nommé à la gestion journalière avec effet au 1<sup>er</sup> juin 2016, soit à la date de prise d'effet du contrat de mandat. Il n'aurait jamais eu d'autres fonctions que celles d'administrateur-délégué et porte-parole du conseil d'administration, deux fonctions de mandataire social ne pouvant être assimilées à un travail salarié. La seule instance à laquelle il aurait dû rendre des comptes de sa gestion aurait été le conseil d'administration dont il faisait partie, de sorte qu'il n'y aurait pas eu de lien de subordination.

Le témoin **D)**, deuxième administrateur-délégué à la gestion journalière, serait actuellement en procès avec **SOC1)** SA et aurait dès lors un intérêt personnel à l'issue du litige, de sorte qu'il y aurait lieu de considérer son attestation avec beaucoup de circonspection.

Aucune des tâches dévolues à **A)** n'aurait été détachable de ses fonctions d'administrateur-délégué, il ne se serait jamais occupé de questions techniques et n'aurait pas eu de supérieur qui contrôlait son action. Le paiement mensuel d'un salaire, l'affiliation au CCSS en tant que salarié et la délivrance de fiches de salaires ne seraient pas suffisants pour établir l'existence d'une relation de travail en l'absence de fonctions distinctes du mandat social et de lien de subordination. **A)** n'aurait pas demandé des congés, mais se serait contenté d'informer les autres membres du conseil d'administration de son absence ; l'affiliation au CCSS aurait été la preuve d'un manque de vigilance des services de la sécurité sociale. Les employeurs seraient souvent amenés à établir des contrats de mandat avec de larges emprunts au droit du travail dans le cadre du recrutement d'administrateurs ressortissants allemands, mais l'intention des parties n'aurait pas été de créer une relation de travail, mais de permettre à **A)** de bénéficier d'un certain nombre d'avantages inspirés du Code du travail.

Dès le premier mois de sa prise de service, **A)** aurait été nommé au conseil d'administration et délégué à la gestion journalière, fonctions pour lesquelles il aurait été initialement recruté.

La rémunération convenue dans le cadre du contrat de mandat du 23 avril 2016 l'aurait été pour son mandat social et aucune rémunération pour la réalisation de fonctions techniques n'aurait été convenue ni versée.

Concernant la question de la nomination de **A)** en tant qu'administrateur-délégué, **SOC1)** SA fait valoir que la question de la nomination des administrateurs ne relève pas de la compétence des juridictions du travail. A titre subsidiaire, elle demande à la Cour de constater l'absence de violation des statuts par adoption des motifs des premiers juges. A titre encore plus subsidiaire, elle fait valoir que **A)** n'est pas titulaire du droit permettant la remise en cause de la validité de sa nomination, mais que la seule partie potentiellement lésée pouvant invoquer cette violation seraient les actionnaires.

L'intimée demande le rejet des pièces adverses n° 36 et n° 40 alors qu'il s'agirait de documents unilatéraux fabriqués par **A)** lui-même pour les besoins de la cause. A titre subsidiaire, l'appelant ferait une lecture d'une excessive mauvaise foi des pièces en question alors que la pièce n° 40 ne serait rien d'autre qu'un extrait de son calendrier et que la pièce n° 36 reprendrait simplement des thèmes concernant la société dont **A)** était délégué à la gestion journalière.

L'appelant réplique que le contrat signé par les deux parties, établi par l'avocat de **SOC1)** SA, a expressément été dénommé « *Arbeitsvertrag auf unbestimmte Dauer* » et que **A)** s'est engagé en qualité de « *Arbeitnehmer* ». **SOC1)** SA ne saurait se limiter à renvoyer aux termes du contrat de travail et à solliciter la requalification en contrat de mandat, mais devrait établir non seulement la réalité des mandats sociaux qui auraient été confiés à **A)** moyennant contrat conclu le 20 avril 2016, mais encore que l'exercice de ces mandats sociaux l'emporte sur les fonctions salariées de l'appelant, voire que ce dernier n'a pas exercé de fonctions techniques réelles et distinctes d'un mandat social. Cette preuve devrait se faire par écrit. Or, **SOC1)** SA resterait en défaut de rapporter la preuve littérale que le contrat de travail conclu avec **A)** serait fictif.

**A)** souligne encore que le dépôt au RCSL relatif à la délégation de la gestion journalière à lui-même n'aurait été effectué que le 18 juillet 2016, soit après le début de l'exécution du contrat de travail conclu entre parties, et que **SOC1)** SA ne communiquerait pas la moindre pièce dont il résulterait qu'il avait été valablement chargé de la gestion journalière à compter du 1<sup>er</sup> juin 2016 et qu'il avait accepté ce poste. Il demande, en application de l'article 288 du Nouveau code de procédure civile, à voir ordonner à l'intimée de communiquer les résolutions du conseil d'administration quant à sa nomination en tant que personne déléguée à la gestion journalière au sens de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales.

Le « *four eyes principle* » n'empêcherait nullement la conclusion d'un contrat de travail ; au contraire, il résulterait de la circulaire 18/698 que la CSSF exige la conclusion d'un contrat de travail entre le dirigeant (qualification à donner à **A)**) et le GFI (qualification à donner à **SOC1)** SA) et pour être agréé par la CSSF, il ne faudrait pas être membre du conseil d'administration ou délégué à la gestion journalière au sens de la loi de 1915.

L'appelant fait encore état d'aveux extrajudiciaires de **SOC1)** SA qui aurait précisé dans le cadre de la *Sprachregelung* adressée aux autres salariés que « *Ich möchte Sie hiermit informieren, dass unser Sprecher der Geschäftsführung der SOC1) Luxembourg A) zum 31.01.17 sein Mandat niedergelegt und seinen Anstellungsvertrag gekündigt hat.* »

L'intimée fait valoir que le dépôt de la publication relative à la délégation de la gestion journalière a été effectué par le réviseur d'entreprise **SOC2)**, tenu de

vérifier l'exactitude des informations à publier et que l'appelant ne verse aucun document remettant en question le contenu de cette pièce. En outre, **A)** aurait accepté le poste de délégué à la gestion journalière en signant son contrat en avril 2016. La circulaire CSSF 18/698 serait postérieure à la nomination de **A)** à ses deux mandats sociaux et ne saurait être interprétée dans le sens voulu par celui-ci.

**SOC1)** SA s'oppose à la demande en communication des délibérations du conseil d'administration en lien avec la nomination de **A)** à ses fonctions de délégué à la gestion journalière et porte-parole du conseil d'administration au motif notamment que ces pièces ne seraient pas pertinentes pour la solution du litige dès lors que les publications au RCSL prouveraient à suffisance la nomination régulière de **A)**. En outre, ce qui importerait seraient les fonctions réellement exercées au moment de la démission de **A)** et les seules fonctions qu'il aurait exercées à cette date auraient été celles d'un mandataire social.

L'appelant réplique que conformément à l'article 15 de la loi du 19 décembre 2002 concernant le registre de commerce et des sociétés, telle que modifiée, les inscriptions et communications doivent être requises dans le mois au plus tard de l'événement qui les rend nécessaires, de sorte que, pour autant qu'il ait été valablement nommé délégué à la gestion journalière avec effet au 1<sup>er</sup> juin 2016, le dépôt au RCSL aurait dû être fait au plus tard le 30 juin 2016 ; or il n'aurait été effectué qu'en date du 18 juillet 2016. La date de sa désignation comme délégué à la gestion journalière serait importante pour déterminer si une délibération du conseil d'administration aurait été suffisante ou s'il aurait fallu une approbation par l'assemblée générale. Au vu du refus de communiquer la résolution du conseil d'administration respectivement la décision prise par l'assemblée générale, il conclurait à bon droit que la gestion journalière ne lui a pas été valablement déléguée.

L'intimée relève que dans son profil **SITE1)**, **A)** déclare avoir occupé le poste de *Spokesman of Managing Board and Member of Administrative Board* et qu'il a toujours utilisé son titre de *Geschäftsführer* respectivement *Sprecher der Geschäftsführung*, qui apparaissait clairement dans sa signature électronique. L'appelant n'aurait pu être subordonné à Madame **E)** alors que cette dernière était elle-même membre du conseil d'administration dont il était également membre. Les publications au RCSL seraient opposables aux tiers et feraient foi à moins qu'elles ne soient changées via une injonction judiciaire conformément à l'article 6 bis du règlement grand-ducal du 23 janvier 2003 portant exécution de la loi du 19 décembre 2002 concernant le registre de commerce et des sociétés ainsi que la comptabilité et les comptes annuels des entreprises. **SOC1)** SA estime dès lors avoir rapporté la preuve que **A)** était administrateur délégué à la gestion journalière et porte-parole du conseil d'administration. Si la Cour estimait néanmoins que les documents sous-jacents à ces nominations étaient

indispensables à l'issue du litige, elle affirme les tenir à la disposition de la Cour sur demande.

### **Appréciation de la Cour**

En ce qui concerne la demande de rejet de pièces formulée par l'intimée, il y a lieu de constater que les pièces n° 36 (listing des sujets discutés lors des jours fixes avec Madame **E**) et n° 40 (liste des tâches et activités de Monsieur **A**) de l'appelant sont des documents unilatéraux émanant de l'appelant lui-même, qui n'ont dès lors pas de valeur probante, de sorte que ces pièces ne sont pas prises en considération par la Cour.

La juridiction de première instance a correctement rappelé l'article 25 du Nouveau code de procédure civile selon lequel la compétence d'attribution des juridictions du travail se limite aux contestations qui s'élèvent entre les employeurs et leurs salariés et qui sont relatives notamment aux contrats de travail.

Le tribunal a également correctement rappelé que le contrat de travail s'analyse en substance comme 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 une rémunération et que de cette définition découlent trois éléments constitutifs irréductibles: la prestation de travail, la prestation de travail accomplie moyennant une rémunération ou salaire et le lien de subordination avec le pouvoir de direction inhérent à la qualité d'employeur. La compétence du tribunal du travail n'existe que pour autant que la demande prenne son origine dans un contrat de travail caractérisé par un lien de subordination.

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, mais des conditions de fait dans lesquelles s'exerce l'activité du salarié.

S'il n'existe pas d'incompatibilité de principe entre un contrat de travail et un mandat social, le contrat de travail doit cependant être une convention réelle et sérieuse qui correspond à une fonction technique effectivement exercée, caractérisée par un rapport de subordination de salarié à employeur et nettement dissociable de celle découlant du mandat social.

En principe, il appartient à celui qui invoque l'existence d'un contrat de travail d'en rapporter la preuve. Cependant, lorsque les parties sont en présence d'un contrat de travail apparent, il incombe à celui qui conteste l'existence d'un lien de subordination d'établir le caractère fictif du contrat.

En l'occurrence, les parties ont signé en date du 20 avril 2016 un contrat dénommé *Arbeitsvertrag auf unbestimmte Dauer*, suivant lequel **A**), désigné

comme *Arbeitnehmer*, a été engagé à partir du 1er juin 2016 comme *Geschäftsführer und Sprecher der Geschäftsführung*. Il est précisé que dans le cadre de cette fonction, il doit rendre compte au conseil d'administration.

Le contrat stipule encore expressément que « *Die Gesellschaft behält sich vor, dem Arbeitnehmer entsprechend den betrieblichen Bedürfnissen sowie unter Berücksichtigung seiner Ausbildung und seiner Fähigkeiten eine andere Tätigkeit zuzuweisen.* ». Pareilles stipulations sont incompatibles avec un contrat de mandat social.

Le contrat prévoit par ailleurs le paiement d'un salaire et d'autres avantages (bonus, voiture, chèques-repas, pension complémentaire). Il est conclu à durée indéterminée et contient de multiples références au Code du travail concernant notamment la période d'essai, sa résiliation, le délai de préavis et la durée de travail. Les dispositions relatives au congé renvoient à la convention collective applicable au secteur bancaire.

Par ailleurs, l'intimée a affilié l'appelant comme salarié à la sécurité sociale, elle a émis des fiches de salaires desquelles il résulte qu'elle a procédé à des retenues sociales et fiscales en qualité d'employeur, elle a payé des salaires mensuels et des discussions ont été menées au sujet de l'affiliation à un organisme de pension complémentaire.

Il faut dès lors retenir, à l'instar des premiers juges, que les parties étaient en présence d'un contrat de travail, régulier du moins en apparence.

L'argument de l'intimée selon lequel le contrat en question serait en réalité un contrat de mandat et que la charge de la preuve du contrat de travail incomberait à l'appelant est ainsi à rejeter.

En effet, l'apparence de régularité d'un contrat de travail écrit fait renverser la charge de la preuve, de sorte qu'il incombe à l'intimée, qui conteste la réalité du contrat de travail et se prévaut de son caractère fictif, d'en apporter la preuve et d'établir notamment l'absence de lien de subordination entre les parties.

Selon l'intimée, les fonctions de *Geschäftsführer und Sprecher der Geschäftsführung* se confondraient avec la fonction d'administrateur délégué à la gestion journalière exercée par l'appelant.

La Cour de cassation belge a défini la notion de gestion journalière comme étant « *les actes qui, en raison de leur importance réduite et de la nécessité d'une prompt solution, ne justifient pas l'intervention du conseil d'administration* » (Cass. belge, 17 septembre 1968, Rev.Prat.Soc. 1970, p.197).

En vertu de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales, la gestion journalière des affaires d'une société anonyme ainsi

que la représentation de la société, en ce qui concerne cette gestion, peuvent être déléguées à un ou plusieurs administrateurs, directeurs, gérants, et autres agents, associés ou non, agissant seuls ou conjointement.

Aux termes de l'article 15 des statuts de **SOC1**) SA « *Die tägliche Geschäftsführung und die Vertretung der Gesellschaft in diesem Rahmen können einzelnen Mitgliedern des Verwaltungsrates, Geschäftsleiter, Direktoren und anderen Angestellten, Gesellschaftern oder Dritten übertragen werden.*

Le fait que la gestion journalière puisse être exercée dans le cadre d'un contrat de travail a été admis lorsque le délégué était administrateur (Cour de cassation belge, 28 mai 1984 Pas. 1984, I, p.1172, Cour de cassation belge, 30 mai 1988, Rev.Dr.soc, 1988, p.293, Cour de travail de Bruxelles, 28 février 2017, R.G. 2014/AB/1.141).

Ainsi, l'administrateur-délégué chargé de la gestion journalière de la société, qui n'en est pas associé, peut être considéré comme engagé dans un lien de subordination, s'il exerce une fonction technique, comme par exemple celle de directeur général, distincte de son mandat social, sous la surveillance et l'autorité du conseil d'administration qui a une existence propre et qui est en mesure d'exercer sur le salarié, également membre du conseil d'administration, les pouvoirs qui caractérisent le lien de subordination.

Dans la mesure où le fait d'être administrateur-délégué d'une société n'exclut pas d'en être également salarié, il n'est pas pertinent d'examiner la validité de la nomination de l'appelant en tant que délégué à la gestion journalière et la demande tendant à enjoindre à l'intimée de produire les documents relatifs à cette nomination est à rejeter.

Le contrat du 20 avril 2016 est muet quant aux activités concrètes attribuées à l'appelant dans le cadre de ses fonctions de *Geschäftsführer und Sprecher der Geschäftsführung*. Le fait que, dans le cadre de cette fonction, l'appelant doive rendre compte au conseil d'administration, dont il était membre, n'est pas de nature à établir l'absence d'un lien de subordination.

Il y a lieu de relever à cet égard que la nomination de l'appelant en tant qu'administrateur de la société intimée n'est intervenue qu'en date du 16 juin 2016, donc deux semaines après la prise d'effet du contrat signé en date du 20 avril 2016. Il résulte par ailleurs de l'extrait des points à l'ordre du jour de la réunion du conseil d'administration du 16 juin 2016 (pièce 27 de Maître WIRTZ) que le but de la nomination de l'appelant comme administrateur était uniquement le suivant : « *Der Verwaltungsrat der **SOC1**) Luxembourg S.A. enthält derzeit keine in Luxemburg ansässigen Mitglieder. Es besteht dadurch die Möglichkeit, dass die Finanzverwaltung eine Betriebsstätten-Verlagerung nach Deutschland, mit der entsprechenden Folge der Versteuerung der Einkünfte der **SOC1**) in*

*Deutschland, annehmen könnte. Durch die Aufnahme mindestens eines weiteren Mitglieds in den Verwaltungsrat der **SOC1**) mit Geschäftsansässigkeit in Luxemburg könnte eine solche Diskussion im Vorfeld vermieden werden. Es wird daher vorgeschlagen, Herrn **A**), Geschäftsführer der **SOC1**) Luxembourg S.A., mit Geschäftsansässigkeit in Luxemburg in den Verwaltungsrat zu berufen.*

»

Les parties sont en désaccord quant à la traduction et à la signification des termes *Geschäftsführer und Sprecher der Geschäftsführung*.

Si le mandataire de l'intimée fait une distinction entre *Geschäftsführung* et *Geschäftsleitung*, il y a cependant lieu de remarquer que les documents émanant de l'intimée elle-même ne font pas une telle distinction, dans la mesure où **A**) y figure parfois comme *Sprecher der Geschäftsleitung* (cf. pièces 9, 19 et 43 de Maître WIRTZ).

Les fiches de salaire indiquent *Intellektuelle Tätigkeit*, sans précision supplémentaire.

Enfin, ni le profil **SITE1**) établi par l'appelant, ni ses activités actuelles, ne constituent des éléments pertinents pour prouver quelles étaient les fonctions exactes exercées par l'appelant au sein de l'intimée.

Selon une information à la presse émise le 1<sup>er</sup> juin 2016 par l'intimée (pièce 30 de Maître WIRTZ) ainsi que l'organigramme du 1<sup>er</sup> juin 2016 (pièce 41 de Maître WIRTZ), **A**) était en tant que *Sprecher der Geschäftsführung* responsable des domaines *Legal&Business Services respectivement Legal & Compliance Services, Risikomanagement, Personal, Revision und Marketing&Vertrieb*. Sur l'organigramme du 1<sup>er</sup> janvier 2017 (pièce 42 de Maître WIRTZ), il figure comme *Geschäftsführer* responsable des domaines *Project Management* et *Auslagerungscontrolling*.

Il est constant en cause et il résulte des deux organigrammes dont question que **D**) était également *Geschäftsführer* de **SOC1**) SA.

Il résulte de l'attestation testimoniale rédigée par **D**) que l'appelant était responsable des domaines *Risikomanagement, Legal & Business Services, Marketing & Vertrieb, Personal* et *Business Development* et qu'il devait en référer une fois par semaine à **E**). Le témoin ajoute que « *Alle die Gesellschaft oder die Fondsmandate (Kunden) betreffenden wesentlichen Sachverhalte (z.B. Konditionen, Machbarkeit, etc) mussten, d.h. auch von Herrn **A**), mit Frau **E**) abgestimmt werden und wurden final von ihr alleine entschieden und danach einstimmig vom gesamten Verwaltungsrat zugestimmt und dokumentiert. Herr **A**) war täglich in den oben genannten Fachbereichen tätig. Er nahm bspw. an Sitzungen (wie Anlageausschusssitzungen, Service-Review-Meetings, etc.) unserer Kunden teil, fungierte als Ansprechpartner unserer Kunden, akquirierte*

*Neugeschäft, unterzeichnete das tägliche Fonds-Risikoreporting oder koordinierte Vertragsverhandlungen in Fondsgeschäfts der Gesellschaft und Fondsstrukturen. »*

Même si **D**) est actuellement en litige avec l'intimée, il n'en demeure pas moins que son attestation testimoniale, qui remplit les conditions prévues à l'article 402 du Nouveau code de procédure civile, peut être prise en considération comme un élément supplémentaire venant contredire les développements de l'intimée selon lesquels le contrat de travail était fictif.

Il résulte surtout des pièces que **SOC1**) SA a reconnu à plusieurs reprises l'existence d'un contrat de travail existant entre parties.

Ainsi, dans un courriel du 30 mai 2016 en vue de la demande d'agrément à la CSFF (pièce 28 de Maître WIRTZ), **E**), *Geschäftsführerin* de la société-mère, a confirmé que **A**) avait *einen 100% Arbeitsvertrag*.

Il résulte encore d'un courriel adressé le 15 décembre 2016 par **E**) à **A**) que les collaborateurs étaient informés du départ de ce dernier de la manière suivante : « *Ich möchte Sie hiermit informieren, dass unser Sprecher der Geschäftsführung der **SOC1**) Luxembourg **A**) zum 31.01.17 sein Mandat niedergelegt und seinen Anstellungsvertrag gekündigt hat. (...)* ».

Le mandataire de l'intimée a, dans son courrier du 12 janvier 2017, faisant suite au courrier de l'appelant du 8 décembre 2016, écrit ce qui suit : « *Sie haben Ihren Arbeitsvertrag am 8. Dezember 2016 gekündigt, mit einer Kündigungsfrist endend am 31. Januar 2017. Im Namen meiner Mandantschaft weise ich Sie hiermit darauf hin, dass die Kündigungsfrist, im Falle einer ordentlichen Kündigung durch einen Arbeitnehmer mit weniger als 5 Jahren Betriebszugehörigkeit, lediglich 1 Monat beträgt. Ihr Arbeitsvertrag endet demnach am 14. Januar 2017 und nicht erst am 31. Januar 2017. Ferner stellt meine Mandantschaft Sie hiermit ab sofort entsprechend Artikel L.124-9 des luxemburgischen Arbeitsgesetzbuches für die Restdauer der Kündigungsfrist von jeglicher Arbeitsleistung frei. (...)* ».

Au vu de toutes ces considérations, l'intimée reste en défaut d'établir que le contrat de travail signé en date du 20 avril 2016 était fictif et que l'appelant n'était pas lié à elle par un lien de subordination.

Par réformation du jugement entrepris, il y a partant lieu de dire que le tribunal du travail est compétent pour connaître des demandes de **A**).

Conformément à la demande de l'appelant et afin de ne pas priver les parties du double degré de juridiction, il y a lieu de renvoyer l'affaire devant le tribunal du travail, autrement composé, pour statuer sur ses demandes, y compris celle en allocation d'une indemnité de procédure pour la première instance.

En effet, les demandes basées sur l'article 240 du Nouveau code de procédure civile concernant la première instance dépendent du sort réservé à la demande en indemnisation du licenciement qualifié d'abusif, de sorte qu'il appartient aux premiers juges de les toiser.

Il serait inéquitable de laisser à charge de l'appelant l'intégralité des frais exposés pour défendre ses intérêts et non compris dans les dépens, de sorte qu'il y a lieu de lui allouer une indemnité de procédure de 1.500 euros pour l'instance d'appel.

Eu égard à l'issue du litige, l'intimée est à débouter de sa demande basée sur l'article 240 du Nouveau code de procédure civile pour l'instance d'appel.

### PAR CES MOTIFS :

la Cour d'appel, huitième chambre, siégeant en matière de droit du travail, statuant contradictoirement et en application de l'article 2(1) du règlement grand-ducal du 17/4/2020 relatif à la tenue d'audiences publiques pendant l'état de crise,

reçoit l'appel en la forme,

déboutant de tous autres demandes, moyens et conclusions,

dit l'appel fondé,

réformant :

dit que le tribunal du travail est compétent *ratione materiae* pour connaître des demandes de **A)** et renvoie l'affaire en prosécution de cause devant le tribunal du travail autrement composé,

condamne la société anonyme **SOC1)** Luxembourg à payer à **A)** une indemnité de procédure de 1.500 euros pour l'instance d'appel,

déboute la société anonyme **SOC1)** Luxembourg de sa demande en allocation d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel,

condamne la société anonyme **SOC1)** Luxembourg aux frais et dépens de l'instance d'appel avec distraction au profit de Maître Georges WIRTZ, qui la demande affirmant en avoir fait l'avance.

La lecture de cet arrêt a été faite à l'audience publique indiquée ci-dessus par Valérie HOFFMANN, président de chambre, en présence du greffier assumé Ly TRICHIES.