

Exempt – appel en matière de droit du travail

Audience publique du deux juillet deux mille vingt

Numéro CAL-2018-00135 du rôle.

Composition:

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

Entre:

A), demeurant à L-(...),

appellant aux termes d'un acte d'appel de l'huissier de justice Véronique REYTER d'Esch-sur-Alzette du 11 janvier 2018,

comparant par la société en commandite simple KLEYR GRASSO, 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.

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 REYTER,

comparant par Maître Benoît ENTRINGER, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

LA COUR D'APPEL:

Par exploit d'huissier de justice du 11 janvier 2018, **A)** a régulièrement relevé un appel limité d'un jugement du tribunal du travail de Luxembourg du 4 décembre 2017 par lequel celui-ci s'est déclaré matériellement compétent pour connaître du litige, a dit non fondée la demande en paiement d'arriérés de salaire de **A)** (288.084,12 euros), a dit que la démission de ce dernier n'est pas imputable à son employeur la société anonyme **SOC1)** LUXEMBOURG (ci-après « **SOC1)** ») et a dit non fondées les demandes de **A)** en indemnisation de ses préjudices matériel (300.000 euros) et moral (30.000 euros) ainsi que les demandes des parties basées sur l'article 240 du Nouveau code de procédure civile.

A) conclut à la réformation partielle du jugement en ce que celui-ci a déclaré la démission non imputable à l'employeur et l'a débouté de ses demandes de paiement.

Il expose que suivant contrat de travail prenant effet le 1^{er} avril 2004, il est entré au service de la société anonyme **SOC2)** comme « *Fiscaliste grade manager* ». Le 31 mai 2006, cette société se serait scindée en cinq sociétés nouvellement constituées, dont la société à responsabilité limitée **SOC3')** (dénommée ultérieurement « **SOC3)** » et dénommée ci-après « la société **SOC3')** »).

Dans son acte d'appel, **A)** expose que par contrat de travail conclu le 24 janvier 2007 avec la société **SOC3')**, il a été embauché en qualité de « *Partner* » et qu'il a eu la fonction de « *Directeur technologie* » ou « *Technical Manager* ». Ce contrat de travail lui aurait reconnu une ancienneté de service au 1^{er} avril 2004.

La société **SOC3')** aurait été détenue à 100 % par la société anonyme **SOC4)**. Suivant convention du 22 mai 2015, celle-ci aurait cédé l'intégralité des 250 parts sociales composant le capital social de la société **SOC3')** à **SOC1)**. La fusion par absorption de **SOC1)**, société absorbante, et de la société **SOC3')**, société absorbée, aurait entraîné le transfert du contrat de travail de **A)** vers **SOC1)**, conformément à l'article L.127-1 du Code du travail.

Depuis le mois de juillet 2015, le salaire mensuel de **A)**, s'élevant à 11.596,39 euros brut, n'aurait plus été payé, de même que la valeur du chèque-repas d'un montant de 50,40 euros du mois de septembre 2016. **A)** affirme avoir démissionné avec effet immédiat en date du 27 septembre 2016 pour cause de non-paiement de son salaire, c'est-à-dire pour faute grave de l'employeur.

Il reproche au tribunal d'avoir considéré que sa démission n'était pas imputable à **SOC1)**. Le paiement ponctuel du salaire constituerait pourtant l'obligation principale de l'employeur envers son salarié.

SOC1) ne rapporterait pas la preuve d'un virement mensuel réalisé sur un compte bancaire de **A)**. Or, l'article L.221-1 du Code du travail prévoirait que le salaire stipulé en numéraire serait payé chaque mois, au plus tard le dernier jour du mois de calendrier afférent. Aussi **SOC1)** serait-elle à condamner au paiement des arriérés de salaire s'élevant au montant de **173.945,85** euros brut

(15 mois x 11.596,39 euros), auquel il faudrait ajouter la somme de **50,40** euros au titre de la valeur impayée du chèque-repas du mois de septembre 2016.

Au vu de la faute grave de l'employeur, la démission de **A)** du 27 septembre 2016 avec effet immédiat serait régulière et lui donnerait également droit à une indemnité compensatoire de préavis de **69.880,74** euros correspondant à six mois de salaire brut [6 x (11.596,39 + 50,40)] et à une indemnité de départ équivalant à **23.293,58** euros correspondant à deux mois de salaire brut [2 x (11.596,39 + 50,40)].

De plus, la démission à laquelle **A)** affirme avoir été contraint après une ancienneté de douze ans lui aurait causé d'importants tracasseries, vu l'incertitude quant à son avenir professionnel dans laquelle il aurait été placé et vu la privation de revenus pendant quinze mois. **A)** réclame dès lors le paiement du montant de **150.000** euros à titre de dommage matériel et de **30.000** euros à titre de dommage moral, ou tout autre montant à évaluer ex aequo et bono.

Il réclame donc en instance d'appel le paiement du montant total de **447.170,57** euros, avec les intérêts au taux légal à partir du jour de la demande en justice jusqu'à solde.

Par ailleurs, **A)** affirme ne pas disposer de fiches de salaire en dehors de celles versées en pièces 5 et 6 (fiches de salaire des mois de janvier à avril 2015, de juin à décembre 2015 et de mai à juillet 2016) et il demande à voir condamner l'employeur à lui verser les fiches de salaire « *manquantes afférentes* », sous peine d'une astreinte de 50 euros par jour de retard à compter de la décision à intervenir.

En outre, le salaire annuel de 2016, tel que déclaré par **SOC1)** à l'Administration des contributions directes (102.959,86 euros brut) différerait du salaire déclaré au Centre commun de la sécurité sociale (85.572,01 euros) et ne correspondrait pas au montant du salaire renseigné sur les fiches de salaire (hors chèques-repas). L'employeur serait donc à condamner également à communiquer sous peine de la même astreinte le certificat de salaire, de retenue d'impôt et de crédits d'impôt bonifiés pour l'année 2016 dûment rectifié.

A) réclame enfin une indemnité de procédure de 1.000 euros pour la première instance et de 2.000 euros pour l'instance d'appel.

SOC1) relève régulièrement appel incident en ce que le tribunal a considéré que les parties étaient liées par un contrat de travail et qu'il était compétent ratione materiae pour connaître du litige.

Selon **SOC1)**, **A)** ne prétendrait pas qu'un contrat de travail a été conclu entre les parties mais se serait limité à soutenir que son contrat de travail préexistant a été repris par **SOC1)**, suite à la fusion entre les sociétés **SOC1)** et **SOC3')**.

Or, un lien de subordination juridique « *préalable* » entre **A)** et la société **SOC3')** serait inconcevable étant donné que **A)** aurait été le bénéficiaire économique de la société **SOC3')**, qu'il aurait entièrement contrôlée. En effet, il

aurait été le bénéficiaire économique unique et administrateur unique de la société anonyme **SOC4**), qui détenait la totalité du capital social de la société **SOC3'**), et ce avant la cession de parts sociales de la société **SOC3'**) à **SOC1**).

D'après la convention de vente de parts sociales du 22 mai 2015, **A**) aurait vendu, par le biais de sa holding **SOC4**) S.A., à **SOC1**) la totalité du capital social de la société **SOC3'**), qu'il détenait via cette société. Il serait précisé en page 2 de cette convention que « **SOC3**) *Sàrl et.....forment un groupe de sociétés dont le Vendeur détient directement ou indirectement la totalité du capital* ».

Il serait inconcevable que **A**) ait contrôlé à la fois directement ou indirectement l'intégralité du capital social de la société **SOC3'**) et ait été en même temps salarié de cette société. **A**) ne pourrait être subordonné à lui-même.

L'*instrumentum* dénommé à tort contrat de travail à durée indéterminée, prétendument conclu en 2007 entre **A**) et la société **SOC3'**) nouvellement constituée serait dénué de toute valeur. Aucune tâche ni emploi ne seraient définis dans ce document ou explicités par l'appelant. Il y serait uniquement prévu que **A**) est engagé en qualité de « *Partner* », c'est-à-dire d'associé. **A**) aurait été effectivement associé de la société **SOC3'**), par le truchement de la société anonyme **SOC4**).

A) n'expliciterait pas quelles fonctions précises il aurait exercées en sa qualité de « *Directeur technologie* », qualité figurant sur les fiches de salaire.

Un contrat de travail n'existant pas, il n'aurait pas pu être repris par **SOC1**), ni lors de la cession des parts sociales du 22 mai 2015 ni lors de la fusion de **SOC1**) et de la société **SOC3'**).

Un lien de subordination juridique entre **A**) et **SOC1**) serait donc tout aussi inconcevable.

De plus et suite à la cession du 22 mai 2015, **A**) aurait été nommé administrateur de **SOC1**) avec effet au 12 juin 2015. Jusqu'à sa démission unilatérale publiée le 28 septembre 2016, il n'aurait jamais occupé d'autres fonctions que celles liées à son mandat d'administrateur et n'établirait pas avoir eu des attributions techniques nettement dissociables de celles découlant de son mandat social.

Il se serait exclusivement comporté comme un administrateur. Il se serait notamment présenté systématiquement à son bureau après 9.30 heures, voire 10 heures, sans être répertorié dans le registre des retards du personnel ; il n'aurait jamais rempli de time-sheet destiné à répertorier les tâches exécutées, contrairement à l'ensemble du personnel de **SOC1**) ; il n'aurait jamais rempli de demande de congé et aurait totalisé 50 jours d'absence pendant la période du 1^{er} janvier au 1^{er} septembre 2016, sans compter les déplacements professionnels. Il aurait également annulé de sa propre initiative sa participation à un congrès à (...) où sa présence était prévue, sans avertir quiconque et, a fortiori, sans avoir obtenu l'accord de quiconque. Il aurait indiqué fin 2015 à un

auditeur de **SOC1**, **B**): « *De toute façon, il ne faut pas compter sur moi pour le développement commercial* ».

Les pièces 17 et 18 versées par **A**) ne prouveraient pas l'existence d'un quelconque lien de subordination, de même que les rapports de visite versés en pièce 19, dont on ignorerait - de plus - de qui ils émanent.

Les courriels adressés par **C**) début septembre 2016 à **A**) ne constitueraient pas des instructions relevant des prérogatives d'un employeur à l'égard d'un salarié, mais des rappels des obligations de **A**) nées du contrat de vente des parts sociales du 22 mai 2015.

Ce serait donc à tort que le tribunal s'est déclaré compétent.

SOC1) soulève également l'irrecevabilité des demandes de paiement de chèque-repas, d'indemnité compensatoire de préavis et d'indemnité de départ, qui seraient irrecevables pour constituer des demandes nouvelles en instance d'appel prohibées par l'article 592 du Nouveau code de procédure civile.

Subsidiairement, **SOC1**) conclut à la confirmation du jugement déféré.

Ce serait à juste titre que le tribunal a constaté que la rémunération de **A**) a intégralement été payée.

En effet, la convention de vente de parts sociales du 22 mai 2015 prévoirait que « *Le caractère intuitu personae de la relation du VENDEUR avec ses clients justifie qu'il accompagne l'ACQUEREUR pendant une période de 3 ans à temps plein, à compter de la signature de la présente CONVENTION ce qu'il accepte. Les parties conviendront des modalités de cet accompagnement par un contrat séparé* ».

A) aurait ainsi été tenu d'une obligation contractuelle d'accompagner l'acquéreur à temps plein. Ce serait dans le cadre de cette obligation, née du contrat de vente, que **SOC1**), prise en la personne de l'administrateur **C**), lui aurait reproché par courriels début septembre 2016 ses innombrables absences.

D'après l'article 2 de cette convention, le prix total de 2.007.971 euros inclurait également « *l'accompagnement à temps plein de l'ACQUEREUR pendant une période de trois ans à compter de la date de la signature* ».

La première tranche de 950.000 euros du prix de vente aurait été payée à **A**) conformément à la convention en question. Cette tranche aurait compris la rémunération de **A**) pour une période de trois ans. **A**) aurait su que plus rien ne lui était dû, ce qui expliquerait que depuis sa nomination comme administrateur en juin 2015 jusqu'en septembre 2016, il n'a rien réclamé de ce chef.

En réalité, **A**) aurait démissionné de sa propre initiative pour un autre motif que le non-paiement de salaires. Ceci découlerait d'un courriel de **A**) du 8 septembre 2016 - non versé au dossier - dans lequel celui-ci ne se plaindrait

pas d'un non-paiement de salaire mais indiquerait à **SOC1)** qu'il allait démissionner « *vu le manque de confiance de la part du Groupe* ». La démission de **A)** serait intervenue en effet après qu'il ait été rendu attentif par **C)** au fait que le chiffre d'affaires « *des SOC3)* » n'atteignait pas la moitié des objectifs fixés, **SOC1)** s'étant rendu compte qu'elle avait été dupée sur le chiffre d'affaires de la société absorbée, c'est-à-dire sur la valeur de la chose vendue.

Plus subsidiairement, **SOC1)** conteste les montants réclamés par **A)**.

Enfin, **SOC1)** réclame une indemnité de procédure de 2.500 euros pour l'instance d'appel.

A) réplique en concluant au rejet de l'appel incident et à la confirmation du jugement quant à la compétence matérielle des juridictions du travail. Il réplique qu'au vu de l'existence du contrat de travail du 24 janvier 2007, il appartient à **SOC1)** de rapporter la preuve du caractère fictif de ce contrat de travail, c'est-à-dire l'absence de prestation de travail, de salaire et de lien de subordination.

Une telle preuve ne serait pas rapportée en l'espèce.

En premier lieu, **A)** donne à considérer qu'il n'a jamais été le gérant de la société **SOC3')**.

En second lieu, il serait faux de prétendre que la société anonyme **SOC4)** ait été le détenteur unique des parts sociales de la société **SOC3')**. Tel n'aurait été le cas que pour une journée.

En effet, il ressortirait d'un autre contrat de cession de parts sociales du 22 mai 2015 versé en pièce 14, que ce serait **D)** qui aurait été associé majoritaire de la société **SOC3')**, dont il détenait 128 parts sociales sur 250, et que la société anonyme **SOC4)** n'aurait détenu que 122 parts sociales. Le 22 mai 2015, **D)** aurait cédé ses parts sociales dans la société **SOC3')** à la société anonyme **SOC4)**, ce afin qu'il puisse ensuite être procédé à la cession immédiate desdites parts sociales à **SOC1)**. Celle-ci serait donc mal fondée à soutenir que **A)** contrôlait entièrement la société **SOC3')** via la société anonyme **SOC4)** et que de ce fait, il n'y aurait pas eu de lien de subordination.

En troisième lieu, **A)** reconnaît avoir été administrateur de **SOC1)** de juin 2015 à septembre 2016, mais cela ne remettrait pas en question la réalité de l'existence de son contrat de travail du 24 janvier 2007.

Ce contrat de travail ferait état de sa qualité de « *Partner* », mais il aurait eu la fonction distincte de « *Directeur technologie* », respectivement de « *Technical Manager* », ainsi que cela figurerait sur ses fiches de salaire. Ceci correspondrait au grade de directeur ayant des compétences techniques en matière fiscale. **A)** affirme avoir été en charge du développement de la clientèle, notamment italienne, en matière fiscale et avoir préparé les offres et contrats pour les nouveaux clients, tout comme il l'aurait fait pour la société **SOC3')** en l'absence de tout mandat social. Il affirme avoir toujours rendu des comptes à **C)**, administrateur-délégué de **SOC1)**.

SOC1) n'établirait pas que **A)** a exclusivement exécuté des tâches liées à son mandat d'administrateur, à l'exclusion de tâches en relation avec son contrat de travail et sa fonction de « *Directeur Technologie* ».

Les faits dont **SOC1)** se prévaut et que **A)** conteste ne seraient pas pertinents. Les prétendues absences de remplissage de time-sheet ou arrivées tardives s'expliqueraient par la liberté d'organisation du travail inhérente à la fonction de directeur. L'existence de congés trop importants aurait justement été reprochée à **A)** au vu du lien de subordination existant. **A)** aurait été responsable du pôle technologie et le fait pour lui d'indiquer ne pas vouloir « *faire du développement commercial* » ne permettrait pas de caractériser le caractère fictif d'une relation de travail. L'absence de participation à un congrès n'aurait rien à voir avec l'absence de lien de subordination.

Contrairement aux affirmations de **SOC1)**, les échanges de courriels entre **A)** et **SOC1)** (prise en la personne de **C)**) début septembre 2016 témoigneraient des reproches adressés par **SOC1)** à son salarié et constitueraient l'expression du pouvoir de direction exercé par l'employeur sur son salarié.

Enfin, **A)** se réfère à l'attestation testimoniale de Monsieur **T1)**, ancien salarié de **SOC1)**.

Le lien de subordination entre **A)** et **SOC1)** serait établi et ce serait donc à bon droit que le tribunal du travail a retenu sa compétence *ratione materiae*.

A) réplique ensuite ne pas avoir présenté de demandes nouvelles en instance d'appel. La demande de paiement d'arriérés de salaire, présentée initialement à hauteur du montant de 288.084,12 euros, aurait été réduite en instance d'appel à la somme de 267.170,57 euros (173.945,85 + 50,40 + 69.880,74 + 23.293,58) et aurait uniquement été détaillée en seconde instance. Tous les chefs de demande seraient en relation avec la démission avec effet immédiat du 27 septembre 2016 pour faute grave de l'employeur et seraient recevables.

A) réplique par ailleurs que le raisonnement du tribunal consistant à dire que les salaires réclamés ont été payés est erroné.

En effet, la convention de vente de parts sociales du 22 mai 2015, derrière laquelle **SOC1)** « se réfugierait », réglerait exclusivement la cession des parts sociales entre les sociétés **SOC4)** S.A. et **SOC1)** et non pas le salaire de **A)**.

L'accompagnement à temps plein de l'acquéreur pendant une période de trois ans, évoqué dans la prédite convention, n'aurait rien à voir avec le travail exécuté par **A)** en qualité de « *Directeur technologie* ». En tout état de cause, le prix de cession des parts sociales aurait été versé directement à la société anonyme **SOC4)** et non pas à **A)**. Il n'y serait pas question de charges sociales et d'impôts.

Or, des fiches de salaire auraient été établies par **SOC1)** et celle-ci aurait déclaré des salaires « *payés* », tant auprès de l'Administration des contributions directes que du Centre commun de la sécurité sociale.

Au vu du contexte de la fusion-absorption, **A)** aurait légitimement pensé que ses salaires étaient en attente. Continuant à recevoir ses fiches de salaire, il aurait fait confiance à son employeur. L'absence de réclamation de sa part ne saurait donc jouer en sa défaveur.

A) s'oppose enfin à l'indemnité de procédure réclamée par **SOC1)**.

SOC1) estime que l'attestation testimoniale de **T1)** est vague.

SOC1) réplique également que c'est en raison de la convention de vente de parts sociales du 22 mai 2015 et de la clause « *Le caractère intuitu personae de la relation du VENDEUR avec ses clients justifie qu'il accompagne l'ACQUEREUR pendant une période de 3 ans à temps plein...* » que **A)** a été nommé administrateur de **SOC1)** et s'est engagé à assister la société acquéreuse (**SOC1)**) pendant trois ans. Cette assistance aurait pris la forme d'un mandat d'administrateur pour lequel il aurait été rémunéré à l'avance. Il serait faux de prétendre que les prestations d'accompagnement à temps plein auxquelles **A)** s'est engagé s'ajouteraient à une quelconque autre prestation. **A)** serait bel et bien tenu par les obligations et termes de la convention précitée du 22 mai 2015 qu'il aurait lui-même signée.

SOC1) réplique encore qu'il n'est pas pertinent de savoir que le prix de vente des parts sociales de la société **SOC3')** a été payé entre les mains de la société anonyme **SOC4)** puisqu'il s'agirait de la « *propre société de A)* » et que celui-ci aurait marqué son accord exprès à de telles modalités de paiement de sa rémunération.

SOC1) donne enfin à considérer que si **A)** avait été effectivement salarié, il n'aurait pas attendu quatorze mois avant de démissionner, puis encore jusqu'en juin 2017 avant de porter l'affaire en justice, et il aurait réclamé dans sa requête un quantum d'arriérés de salaire se basant sur les fiches de salaire et non pas un quantum d'un montant fantaisiste, tel qu'indiqué dans la requête.

C'est à bon droit que le tribunal a rappelé que la compétence attribuée par l'article 25 du Nouveau code de procédure civile aux juridictions du travail vise les contestations entre les employeurs et leurs salariés relatives aux contrats de travail et aux contrats d'apprentissage, y compris celles survenant après que l'engagement a pris fin.

Le contrat de travail se caractérise essentiellement par l'existence d'un lien de subordination de salarié à employeur.

A), qui se base dans sa requête introductive d'instance exclusivement sur la convention de vente de parts sociales du 22 mai 2015, se fonde dans ses conclusions en instance d'appel également sur le contrat de travail du 24 janvier 2007.

Il argumente que face à l'existence de ce contrat de travail, qui serait d'une apparente régularité et qui aurait été transféré à **SOC1)** par le biais de la fusion-

absorption, il appartient à **SOC1**) d'établir le caractère fictif de ce contrat ainsi que l'absence de tout lien de subordination.

La subordination se caractérise par le fait pour le salarié de se trouver placé sous l'autorité de son employeur, qui lui donne des ordres concernant la prestation du travail, en contrôle l'accomplissement et en vérifie les résultats.

Pour apprécier s'il y a existence ou absence d'un lien de subordination, il faut prendre en considération non seulement les termes de la convention des parties et les obligations qui en découlent, mais également tous les indices fournis par la situation particulière des parties dans laquelle doit s'intégrer le lien de subordination et desquels peut se dégager la véritable intention des parties.

En effet, l'existence d'un contrat de travail ne dépend ni de la volonté exprimée des 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.

Tout d'abord, force est de constater que le contrat de travail du 24 janvier 2007 que **A)** verse n'est signé par aucune partie et qu'il n'a pas été conclu par **SOC1**).

Selon ce document, **A)** a été engagé par la société à responsabilité limitée **SOC3'**) en qualité de « *Partner* », ce qui ne correspond pas à une fonction, mais à la qualité d'associé. Ce contrat ne contient pas de descriptif des tâches salariées que **A)** devait effectuer. Les fiches de salaire versées en cause et éditées par la société à responsabilité limitée **SOC3)** (anciennement société à responsabilité limitée **SOC3'**)), respectivement par **SOC1)** font état pour **A)** de la profession de « *Directeur technologie* », respectivement de la fonction de « *Technical Manager* ».

Il apparaît des pièces du dossier et des renseignements fournis par **A)** qu'au 22 mai 2015, le capital social de la société **SOC3'**) était détenu à raison de 128/250 parts sociales par Monsieur **D)** et à raison de 122/250 parts par la société anonyme **SOC4)**. **A)** ne conteste pas avoir été au 22 mai 2015 bénéficiaire économique unique et administrateur unique de cette société.

D'après les pièces 14 et 2 de **A)**, **D)** a cédé en date du 22 mai 2015 les 128 parts sociales qu'il détenait dans le capital social de la société **SOC3'**) à la société **SOC4)**, qui, réunissant la totalité de ce capital social, a revendu le même jour l'intégralité des parts sociales le composant (250 parts sociales) à **SOC1)**.

Concrètement, **A)** est intervenu à la convention du 22 mai 2015, intitulée « *Convention de vente de parts sociales* », en qualité de vendeur « *via la société SOC4) S.A.* » et il a signé cette convention.

En page 2 de ladite convention, il est stipulé que « **SOC3)** *Sàrl et.....forment un groupe de sociétés dont le Vendeur détient directement ou indirectement la*

totalité du capital » et également que « *Le VENDEUR* » – donc **A**) - « *déclare être le propriétaire de l'intégralité des deux cent cinquante (250) PARTS* ».

Il est encore prévu en page 2 de la convention que « *Le caractère intuitu personae de la relation du VENDEUR avec ses clients justifie qu'il accompagne l'ACQUEREUR pendant une période de 3 ans à temps plein, à compter de la signature de la présente CONVENTION ce qu'il accepte* ».

Par ailleurs, il ressort de l'article 2 de la convention précitée que le prix total de 2.007.971 euros inclut également « *l'accompagnement à temps plein de l'ACQUEREUR pendant une période de trois ans à compter de la date de la signature* ».

Une relation de subordination entre, d'une part, une personne physique, détenant indirectement toutes les parts sociales d'une société qu'elle vend et, d'autre part, cette même société ne se conçoit pas.

De même, le fait que **A**) se soit engagé à « accompagner » **SOC1**) à temps plein ne dénote pas non plus l'existence d'un lien de subordination, l'acquéreur **SOC1**) sollicitant par là-même son aide et son expérience.

Il devient oiseux d'analyser si la société **SOC3'**) et **A**) ont été liés avant le 22 mai 2015 (date de la cession des parts sociales de la société **SOC3'**) par un lien de subordination, étant donné que le fait pour **A**) de détenir indirectement la totalité du capital social de la société **SOC3'**) a annihilé tout lien de subordination entre la société **SOC3'**) et lui. Un lien de subordination, partant un contrat de travail, n'a donc pas pu être transféré de la société **SOC3'**) à **SOC1**) par l'effet de la fusion-absorption.

Il n'est pas contesté que de juin 2015 à septembre 2016, **A**) était administrateur de **SOC1**). Bien que le cumul dans le chef d'une même personne d'un mandat social et d'une fonction salariée ne soit pas prohibé, toujours est-il que le salarié doit, dans une telle hypothèse, exercer une fonction technique distincte de son mandat social, sous la surveillance et l'autorité permanentes de l'employeur. La subordination trouve sa véritable expression dans les prérogatives de l'employeur envers le salarié, c'est-à-dire dans l'exercice d'un véritable pouvoir de contrôle et de direction du salarié.

Or, hormis les affirmations de **A**) selon lesquelles il était, en tant que « *Directeur technologie* » respectivement « *Technical Manager* », en charge du développement de la clientèle, notamment italienne, en matière fiscale et préparait les offres et contrats pour les nouveaux clients, les éléments du dossier ne permettent pas de constater si **A**) exerçait réellement au sein de **SOC1**) des fonctions salariales distinctes de son mandat social et, le cas échéant, lesquelles il exerçait. De par leur nature, il est exclu que les fonctions d'accompagnement que **A**) s'est engagé à effectuer à temps plein dans le cadre de la convention du 22 mai 2015 aient été des fonctions salariales distinctes de son mandat d'administrateur et étant exercées sous l'empire d'un pouvoir de contrôle et de direction de **SOC1**).

Les pièces 17 à 19 invoquées par **A)** ne permettent pas non plus de constater l'existence d'un lien de subordination. En effet, elles concernent une demande, et non pas un ordre, de l'administrateur **C)** à **A)** de l'accompagner à Lugano pour des rendez-vous de travail, une demande de l'administrateur **E)** si des honoraires doivent être refacturés ainsi qu'une prise de décision de **A)**, une proposition d'horaires de vols, puis des rapports de visite, dont l'auteur est inconnu et qui contiennent simplement des descriptions de discussions avec des clients.

L'attestation testimoniale de **T1)** dont **A)** se prévaut est trop vague pour être pertinente et pour permettre de constater l'existence d'un lien de subordination, faute pour elle de préciser une date, d'indiquer en quoi Monsieur **C)** était « *le chef* », quels horaires et travail de **A)** étaient contrôlés ou encore dans quelles circonstances précises **A)** devait rendre des comptes. Elle est en plus contredite par les développements précédents et les éléments du dossier suivants, qui permettent eux aussi de conclure à l'absence de lien de subordination.

Contrairement à ce que le tribunal a considéré, les deux courriels adressés par **C)** à **A)** les 1^{er} et 12 septembre 2016 ne constituent pas l'expression des prérogatives qu'un employeur a à l'égard de son salarié.

En effet, ces courriels se rapportent tout d'abord au chiffre d'affaires de **SOC1)**, qui ne correspond pas aux attentes annoncées (« *nous sommes (très) loin des chiffres annoncés....sur base desquels nous avons contracté* ». **C)** y commente également les critiques émises par **A)** quant au chiffre d'affaires avancé par **C)**. Ces courriels, loin de constituer l'expression d'un pouvoir de direction exercé par l'employeur sur son salarié, reprennent des discussions au sujet du chiffre d'affaires de **SOC1)** que des administrateurs mènent en principe, non pas avec un salarié subordonné, mais entre administrateurs, d'égal à égal. En l'espèce, il s'agit surtout de reproches adressés à **A)** en tant que VENDEUR des parts de la société **SOC3')**.

Les courriels sus-mentionnés des 1^{er} et 12 septembre 2016 critiquent également le comportement de **A)** par rapport au contrat de cession de parts sociales.

Dans le courriel du 1^{er} septembre 2016, **C)** écrit : « *D'une manière générale, comme je t'en ai déjà fait part, je déplore ton manque d'implication (nombre de jours de congé déjà supérieur à 50 jours à cette époque de l'année) sans même parler des horaires...Indépendamment du fait que cela témoigne d'un mépris pour l'esprit du contrat, cela te pose un problème interne de crédibilité envers l'équipe en général, et moi en particulier.....* ».

Dans le courriel du 12 septembre 2016, **C)** écrit à **A)** : « *.....soit au total 50 jours. Je te rappelle de ce point de vue le paragraphe 2 de la page 2 de notre contrat, qui prévoit que « Le caractère intuitu personae de la relation du vendeur avec ses clients justifie qu'il accompagne l'ACQUEREUR pendant une période de trois ans, à temps plein....* ». Donc quand j'évoque ton mépris

envers l'esprit du contrat, je reste mesuré car je pourrais aussi bien invoquer la lettre du contrat également ».

Il ressort tout d'abord de ces courriels qu'au 1^{er} septembre 2016, **A)** avait déjà pris 50 jours de congé. L'import de ce congé constitue en soi un indice d'absence de lien de subordination étant donné qu'un salarié ne peut, en principe, pas se voir octroyer par son employeur l'autorisation de prendre autant de jours de congé.

Il ressort également de ces deux courriels et de la référence expresse au contrat de vente de parts sociales du 22 mai 2015 que **C)** ne reproche pas à **A)** une violation du contrat de travail du 24 janvier 2007 mais un non-respect des obligations d'assistance nées de ladite convention du 22 mai 2015 à charge de **A)** en sa qualité de vendeur. Le libellé de ces courriels contredit ainsi l'affirmation de **A)** selon laquelle ce serait en vertu du lien de subordination existant que des congés trop importants lui auraient été reprochés.

A cela s'ajoute que dans la requête introductive d'instance, **A)** fonde sa demande de paiement d'arriérés de salaire, non pas sur le contrat de travail du 24 janvier 2007, mais sur le contrat de cession d'actions du 22 mai 2015. Le montant qu'il réclame dans la requête à titre d'arriérés de salaire ne peut pas être retracé par rapport au montant de salaire qui figure sur les fiches de salaire.

L'ensemble des développements précédents permet de tenir pour établi que pendant la période incriminée de juillet 2015 à septembre 2016 (mois de la démission de **A)**), celui-ci ne se trouvait pas dans un lien de subordination à l'égard de **SOC1)**.

Un contrat de travail ne se concevant pas en l'absence d'un lien de subordination, la compétence *ratione materiae* des juridictions du travail pour connaître de la demande de **A)** n'est pas donnée.

L'appel incident est donc fondé sur ce point.

Par réformation du jugement *a quo*, les juridictions du travail sont à déclarer matériellement incompétentes. Il s'ensuit que l'appel principal est à déclarer non fondé en ce qu'il porte sur la non-imputabilité à **SOC1)** de la démission de **A)** et sur le rejet des demandes de paiement formulées par celui-ci.

C'est à bon droit et par une motivation qu'il convient d'adopter que les parties ont été déboutées en première instance de leur demande en paiement d'une indemnité de procédure.

Concernant les demandes d'indemnité de procédure pour l'instance d'appel, **A)** n'a, au vu de l'issue de cette instance, pas justifié l'iniquité requise par l'article 240 du Nouveau code de procédure civile. Il est donc à débouter de la demande afférente.

En revanche, il serait inéquitable de laisser à charge de **SOC1)** l'intégralité des frais exposés pour sa représentation en justice et n'étant pas compris dans les dépens. Il s'ensuit que pour l'instance d'appel, **SOC1)** est en droit de prétendre à une indemnité de procédure chiffrée ex aequo et bono à 1.000 euros.

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 17/4/20 relatif à la tenue d'audiences publiques pendant l'état de crise,

reçoit les appels principal et incident en la forme,

dit l'appel principal non fondé,

dit l'appel incident fondé,

réformant,

dit que les juridictions du travail sont incompétentes pour connaître de la demande de **A)**,

confirme pour le surplus le jugement entrepris,

dit la demande de la société anonyme **SOC1)** LUXEMBOURG en paiement d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel fondée,

condamne **A)** à payer à la société anonyme **SOC1)** LUXEMBOURG une indemnité de procédure de 1.000 euros pour l'instance d'appel,

déboute **A)** de sa demande basée sur l'article 240 du Nouveau code de procédure civile,

condamne **A)** aux frais et dépens de l'instance d'appel, avec distraction au profit de Maître Benoît ENTRINGER, sur ses affirmations de droit.

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.