

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

**Audience publique du vingt-et-un octobre deux mille vingt-et-un**

Numéro CAL-2020-00879 du rôle.

Composition:

Elisabeth WEYRICH, président de chambre;  
Yola SCHMIT, premier conseiller;  
Michèle HORNICK, conseiller;  
Fabio SPEZZACATENA, greffier assumé.

**Entre:**

**A.),** demeurant à L-(...),

appelante aux termes d'un acte de l'huissier de justice Patrick MULLER de Diekirch du 26 août 2020,

**comparant** par la société à responsabilité limitée **INTERDROIT**, inscrite sur la liste V du tableau de l'Ordre des avocats du Barreau de Luxembourg, établie et ayant son siège social à L-1540 Luxembourg, 36, rue Benjamin Franklin, représentée aux fins de la présente instance par **Maître Dogan DEMIRCAN**, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

**et:**

**la société à responsabilité limitée SOC.1.),** établie et ayant son siège social à L-(...), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro B(...), représentée par son gérant actuellement en fonctions,

intimée aux fins du prédit acte MULLER,

comparant par **Maître Sylvain L'HÔTE**, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

-----

### LA COUR D'APPEL:

Par requête du 1<sup>er</sup> juillet 2019, **A.)** a fait convoquer la société à responsabilité limitée **SOC.1.)** devant le tribunal du travail de Diekirch pour l'entendre condamner à lui payer, suite à sa démission avec effet immédiat pour faute grave dans le chef de l'employeur, les montants suivants :

Arriérés de salaire 12/17 – 06/19 :	30.908,02 €
Indemnité pour congé non pris :	2.394,00 €
Préjudice matériel :	12.426,60 €
Préjudice moral :	4.142,20 €

En outre, elle a réclamé la remise sous peine d'astreinte des fiches de salaire des mois de mai et de juin 2019 ainsi que l'allocation d'une indemnité de procédure de 1.500 €.

En cours de procédure, **A.)** a déclaré, d'une part, réduire sa demande au titre de l'indemnité de congé non pris au montant de 1.197 € (congé pour la période du 1<sup>er</sup> janvier au 15 juillet 2019), et d'autre part augmenter sa demande au titre d'indemnité compensatoire de préavis.

Elle a soutenu avoir été au service de la société **SOC.1.)** suivant contrat de travail signé le 8 décembre 2017 et avoir fait l'objet d'un licenciement avec préavis en date du 7 mai 2019, et a ajouté avoir démissionné avec effet immédiat pour faute grave dans le chef de l'employeur suivant courrier recommandé du 24 juin 2019.

La société **SOC.1.)** a conclu principalement à l'incompétence ratione materiae du Tribunal du Travail en contestant l'existence d'un lien de subordination entre parties, arguant qu'en tant qu'associée, **A.)** aurait participé à la gestion de la société et n'aurait pas été sous les ordres d'un employeur. Subsidiairement, elle a conclu à l'irrecevabilité de la demande en paiement d'une indemnité compensatoire de préavis pour constituer une demande nouvelle et a contesté plus subsidiairement les montants réclamés. La société **SOC.1.)** a réclamé reconventionnellement le paiement d'une indemnité de procédure de 1.500 €.

Par jugement du 27 juillet 2020, le tribunal s'est déclaré matériellement incompétent pour connaître de la demande de **A.)**, a rejeté la demande de la société **SOC.1.)** en obtention d'une indemnité de procédure et a laissé les frais et dépens de l'instance à charge de **A.)**.

Pour statuer ainsi, le tribunal a relevé qu'en date du 8 décembre 2017, **A.)** a acquis 40 parts sociales (sur 100) de la société **SOC.1.)**. Bien qu'il y ait apparence d'une relation de travail entre parties au vu de l'existence d'un contrat écrit, de fiches de salaire et du fait qu'un licenciement a été prononcé, le tribunal a relevé qu'il n'est pas lié par la

qualification que les parties ont donné à leur relation contractuelle et peut requalifier les faits.

Il a considéré que les attestations testimoniales versées en cause n'étaient pas de nature à établir que la requérante ait reçu des ordres pour l'exécution de son travail ni qu'un horaire fixe lui ait été imposé. Il a relevé que la demanderesse s'était personnellement engagée envers le bailleur ainsi qu'envers la fiduciaire de la société, qu'elle dirigeait des salariés, effectuait des paiements et participait à l'organisation d'événements, de sorte qu'un lien de subordination de la demanderesse à l'égard de la société défenderesse n'était pas établi.

Par acte d'huissier de justice du 26 août 2020, **A.)** a régulièrement relevé appel de ce jugement.

L'appelante conclut, par réformation, à la compétence *ratione materiae* du Tribunal du travail de Diekirch, sollicite le renvoi de l'affaire devant la juridiction de première instance pour voir statuer sur le fond et réclame une indemnité de procédure de 2.000 € pour l'instance d'appel.

A l'appui de son appel, **A.)** concède avoir été associée au sein de la société **SOC.1.)** mais insiste sur le lien de subordination à l'égard de l'intimée. Elle argumente que la relation entre elle-même et la gérante et coassociée de la société n'aurait pas été une relation de partenariat entre associées mais bien une relation de subordination. Elle se prévaut à cet égard d'un courrier du 26 février 2019 intitulé « *premier avertissement disciplinaire* », ainsi que de deux autres courriers qui lui ont été adressés par la gérante de la société en date des 9 avril et 7 mai 2019 et se réfère en outre à des attestations testimoniales.

L'intimée sollicite la confirmation du jugement de première instance ainsi qu'une indemnité de procédure de 2.500 €. Elle fait valoir que l'appelante aurait été chargée de la gestion de la clientèle et du service en salle tandis que la coassociée de la société se serait occupée de la cuisine. La gestion administrative et financière de la société aurait été partagée entre les deux associées. L'intimée se prévaut de la conclusion d'un avenant au contrat de sous-location du 2 février 2018 conclu par la société avec la **SOC.2.)** et de l'engagement pris par l'appelante à titre personnel de manière solidaire et indivisible à l'égard de cette dernière. L'appelante se serait en outre engagée à titre personnel à l'égard de la fiduciaire de la société **SOC.1.)** à rembourser une dette de la société de 7.364,20 €.

L'intimée se réfère également à diverses attestations testimoniales susceptibles d'établir, selon elle, de manière évidente et incontestable l'existence d'une relation de partenariat entre associés.

### Réponse de la Cour

Aux termes de l'article 25 alinéa 1<sup>er</sup> du NCPC, « *le tribunal du travail n'est compétent que pour connaître des contestations relatives aux contrats de travail, aux contrats d'apprentissage et aux régimes complémentaires de pension qui s'élèvent entre les employeurs, d'une part, et leurs salariés, d'autre part, y compris celles survenant après que l'engagement a pris fin.* »

Le contrat de travail ou d'emploi 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.

De cette définition découlent trois éléments constitutifs : 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.

Pour apprécier s'il y a existence ou absence d'un lien de subordination, le juge doit 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.

Aux termes d'un contrat de travail à durée indéterminée écrit, signé entre parties le 8 décembre 2017, **A.)** a été engagée comme « *Bedienung/ Küchenhilfe und Reinigungskraft* ». Le contrat fixe en outre le salaire mensuel brut, et la durée du travail - il s'agissait en fait d'un emploi à plein-temps de 40 heures par semaine.

L'apparence de régularité de ce contrat n'établit pas en elle-même la compétence des juridictions du travail, mais fait renverser la charge de la preuve en faveur de **A.)** ce que le tribunal a relevé à juste titre.

Il incombe partant à la société « **SOC.1.)** » qui conteste la validité du contrat d'en établir le caractère fictif.

Il résulte des pièces versées qu'une société à responsabilité limitée « **SOC.3.)** » a été constituée le 17 juin 2016. Aux termes d'une résolution adoptée en assemblée générale extraordinaire le 8 décembre 2017, cette société a changé sa dénomination sociale en « **SOC.1.)** ». Il est en outre établi que **A.)** a souscrit ce même jour 40 parts sur 100 de cette société, tandis que la co-gérante **B.)** détient 60 parts sociales.

Suivant renseignements fournis, la société **SOC.1.)** a deux gérants, à savoir **B.)** et **A.)**. La qualité de gérant de **A.)** au sein de la société **SOC.1.)** résulte en outre d'un document intitulé « *1<sup>er</sup> avenant au contrat de sous-bail du 14/06/2016* » aux termes duquel l'appelante s'est engagée avec **B.)**, à titre personnel, solidairement et indivisiblement avec la société pour les engagements et obligations de celle-ci découlant d'un contrat de sous-location conclu avec la **SOC.2.)** pour la sous-location de l'immeuble de commerce et d'habitation sis à (...) dans lequel est exploité l'établissement **SOC.1.)**.

Aux termes d'un document émis le 14 décembre 2018 par la fiduciaire de la société **SOC.1.)**, l'appelante reconnaît redevoir à titre de prestations comptables la somme de 7.364,20 €.

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 et que

cette fonction, d'ordinaire technique, soit nettement dissociable de celles découlant du mandat social.

La Cour est amenée à analyser et vérifier sur base des pièces soumises à son appréciation et des renseignements fournis par les parties si **A.)** exerçait réellement et effectivement une activité technique distincte de son mandat social dans le cadre d'un lien de subordination.

Les témoins **T.1.)**, **T.2.)**, **T.3.)**, **T.4.)**, **T.5.)**, **T.6.)** indiquent que l'appelante s'occupait des commandes des boissons pour le Café de l'établissement auprès des différents fournisseurs. Le témoin **T.2.)** précise que « *Frau B.) war zuständig für den Küchenbereich und Frau A.) für das Café und die Theke, da gehörten auch die Bestellungen von den Getränken dazu die Frau A.) selbst machte und entgegennahm von den Lieferanten* ». La Cour retient que les tâches dévolues à l'appelante décrites par les témoins précités pouvaient aussi être exercées dans le cadre de ses fonctions de gérant de la société et ne relèvent pas nécessairement de l'exécution d'une tâche de salarié. Il ne saurait pas non plus être déduit de la présence journalière de l'appelante dans le Café jusque tard dans la soirée qu'elle ait travaillé au service de la société sous les ordres et le contrôle d'un supérieur hiérarchique en l'occurrence **B.)**.

La fonction de gérant n'est toutefois pas incompatible avec celle de salarié. Il en résulte que le fait que l'appelante était en charge de la gestion du Café de l'établissement et jouissait en cette qualité de la direction des autres salariés, n'empêchait pas qu'elle recevait ces ordres de **B.)** qui la supervisait.

L'appelante renvoie à diverses attestations testimoniales ainsi qu'aux lettres d'avertissement des 26 février, 9 avril et 7 mai 2019, afin de justifier l'existence d'un rang d'hiérarchie entre elle-même et **B.)** en ce sens que celle-ci lui aurait donné des instructions en sa qualité d'employeur.

La Cour retient au regard des attestations testimoniales de **T.7.)**, **T.8.)**, **T.9.)**, **T.10.)**, **T.11.)** et **T.12.)** que **A.)** a travaillé en tant que serveuse et femme de ménage sous l'ordre de la co-gérante de la société, tel que cela résulte des attestations testimoniales des témoins. Il est en outre renvoyé à la déposition du témoin **T.13.)** qui précise avoir constaté à plusieurs reprises que « *Frau B.) A.) kommandierte und Forderungen aufgegeben hat, was A.) alles zu erledigen hat...Mme B.) hat sogar Zettel mit Forderungen hinterlassen ... sie wurde behandelt wie eine Sklavin...* ». Cette déposition rejoint celle du témoin **T.14.)** ainsi que celle du témoin **T.15.)** qui précise « *mehrmals mitbekommen zu haben dass Frau B.) A.) Befehle erteilt und rumkommandiert hat* ».

La preuve que **A.)** était soumise à une autorité supérieure qui lui donnait des ordres et qu'elle n'exécutait pas ses tâches en toute indépendance est encore confirmée par le fait que l'appelante devait solliciter au préalable l'autorisation de la co-gérante de la société pour pouvoir assister à des événements de famille. Le témoin **T.14.)** fait état de « *heftige Auseinandersetzungen mit Frau B.) hatte damit sie überhaupt am 5 Dezember 2018 an der Beerdigung eines Familienangehörigen teilnehmen konnte* ». Concernant la participation de l'appelante à cet enterrement, le témoin **T.7.)** précise que « *Mme B.) n'avait aucune compréhension, que Mme A.) a dû se rendre au travail immédiatement après l'enterrement car Mme B.) l'a contactée plusieurs fois sur son*

*portable en ma présence pour se présenter à l'heure. Selon le témoin, l'appelante « devait à chaque fois demander la permission de Mme B.) d'assister aux fêtes de famille ».*

Il importe encore de relever que la signature figurant sur le contrat de travail de l'appelante du 8 décembre 2017 sous l'emplacement employeur est la même que celle figurant sur les trois lettres d'avertissement précitées, à savoir celle de B.), qui a par ailleurs, dit résilier le contrat de travail en tant que représentant de la société **SOC.1.)** avec un préavis de deux mois, débutant le 15 mai 2019 et expirant le 15 juillet 2019 (pièces n° 1-4 de la farde III de l'appelante).

Aux termes des lettres d'avertissement des 26 février et 7 mai 2019, il est reproché à l'appelante de ne pas avoir convenablement effectué le nettoyage du restaurant, voire celui des toilettes et du bar, tandis que dans le courrier du 9 avril 2019, il lui est fait grief d'avoir adopté un comportement inadapté à l'égard des clients et que sa tenue vestimentaire n'aurait pas été conforme au lieu de travail. Ces reproches faits à l'appelante se rapportent à des activités qui se situent en dehors de son mandat social (pièces n° 1- 4 de la farde II de l'appelante).

Au vu des considérations qui précèdent et des pièces versées, la Cour retient que l'appelante a établi qu'elle exerçait une activité réelle de travail sous les ordres et le contrôle de la société **SOC.1.)**.

Il y a partant lieu de dire, par réformation, que les juridictions du travail sont compétentes *ratione materiae* pour connaître des demandes de A.).

L'appelante demande à voir renvoyer le litige devant le tribunal de première instance, tandis que l'intimée ne se prononce pas.

L'article 597 du NCPC dispose que « *Lorsqu'il y aura appel d'un jugement avant dire droit, si le jugement est infirmé et que la matière soit disposée à recevoir une décision définitive, les cours et autres tribunaux d'appel pourront statuer en même temps sur le fond définitivement, par un seul et même jugement.*

*Il en sera de même dans le cas où les cours et autres tribunaux d'appel infirmeraient, soit pour vice de forme, soit pour toute autre cause, des jugements définitifs ».*

Etant donné cependant que l'évocation constitue une simple faculté pour le juge d'appel, lorsque les parties n'ont pas conclu au fond, la Cour décide, au regard des conclusions de l'appelante, afin de préserver le bénéfice du double degré de juridiction, de renvoyer le litige devant le Tribunal du travail de Diekirch, autrement composé.

A vu de l'issue du litige, la demande de la société **SOC.1.)** en obtention d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel est à rejeter. Celle de A.) est également à rejeter, étant donné qu'elle n'a pas établi l'iniquité requise par cet article.

**PAR CES MOTIFS :**

la Cour d'appel, huitième chambre, siégeant en matière de droit du travail, statuant contradictoirement, par application de l'article 2 de la loi modifiée du 19 décembre 2020 portant adaptation temporaire de certaines modalités procédurales en matière civile et commerciale,

reçoit l'appel,

le dit fondé,

**réformant,**

dit que les juridictions du travail sont compétentes pour connaître des demandes de **A.)**,

dit non fondées les demandes des parties en allocation d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel,

renvoie l'affaire devant le tribunal du travail de Diekirch autrement composé,

condamne la société à responsabilité limitée **SOC.1.)** aux frais et dépens des deux instances.

La lecture de cet arrêt a été faite à l'audience publique indiquée ci-dessus par Elisabeth WEYRICH, président de chambre, en présence du greffier assumé Fabio SPEZZACATENA.