

Texte pseudonymisé

Avertissement: Ce document pseudonymisé a une valeur purement informative. Le document original seul fait foi.

Arrêt N°121/23 - VIII – TRAV

Exempt - appel en matière de droit du travail.

Audience publique du treize juillet deux mille vingt-trois.

Numéro CAL-2020-00664 du rôle

Composition:

Elisabeth WEYRICH, président de chambre,
Françoise ROSEN, premier conseiller,
Yola SCHMIT, premier conseiller,
Amra ADROVIC, greffier.

Entre :

PERSONNE1.), demeurant à L-ADRESSE1.),

appelant aux termes d'un exploit de l'huissier de justice suppléant Luana COGONI, en remplacement de l'huissier de justice Véronique REYTER de Luxembourg, du 6 juillet 2020,

comparant par la société en commandite simple KLEYR GRASSO, établie et ayant son siège social à L-2361 Strassen, 7, rue des Primeurs, inscrite sur la liste V du tableau de l'Ordre des avocats du Barreau de Luxembourg, immatriculée au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B220442, représentée aux fins de la présente procédure par Maître Christian JUNGERS, avocat à la Cour,

et :

1. la société à responsabilité limitée SOCIETE1.), établie et ayant eu son siège social à L-ADRESSE2.), inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro NUMERO1.), déclarée en état de faillite par jugement du tribunal

d'arrondissement de Luxembourg du 25 janvier 2023, représentée par Maître Michel VALLET, agissant en sa qualité de curateur de ladite faillite,

intimée aux fins du susdit exploit COGONI,

comparant par Maître Michel VALLET, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

2.L'ETAT DU GRAND-DUCHE DE LUXEMBOURG, pris en sa qualité de gestionnaire de l'Administration de l'Agence pour le développement de l'Emploi, représenté par son Ministre d'État, établi à L-1352 Luxembourg, 4, rue de la Congrégation,

intimé aux fins du susdit exploit COGONI,

comparant par Maître Olivier UNSEN, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL:

Par requête du 25 janvier 2019, PERSONNE1.) a fait convoquer la société à responsabilité limitée SOCIETE1.), ainsi que l'ETAT DU GRAND-DUCHE DE LUXEMBOURG, pris en sa qualité de gestionnaire de l'Agence pour le développement de l'emploi, (ci-après l'ETAT), devant le tribunal du travail d'Esch-sur-Alzette, aux fins d'entendre condamner la société défenderesse à lui payer, suite à sa démission pour faute grave qu'il demande à voir déclarer justifiée, suivant le dernier état de ses conclusions les montants suivants:

indemnité compensatoire de préavis :	10.505,76 €
préjudice matériel :	7.097,99 €
préjudice moral :	20.000,00 €
arriérés de salaire :	76.906,57 €
heures supplémentaires :	111.475,05 €
congé non pris :	3.176,93 €

Il réclama encore la communication, sous peine d'astreinte, de ses fiches de salaire des mois de septembre 2017 à novembre 2018, de sa fiche de salaire non périodique de fin de contrat, de son certificat de travail, de son reçu pour solde de tout compte, de son attestation patronale et de son certificat de retenue d'impôt, la somme de 5.000 € du chef du préjudice moral résultant du retard de paiement de son

salaire, et le montant de 5.000 € du chef du préjudice moral résultant de la non communication de ses fiches de salaire et la somme de 1.824,92 € à titre de salaire pour journées fériées travaillées.

Il a sollicité une indemnité de procédure de 5.000 € ainsi que l'exécution provisoire du jugement à intervenir.

La société SOCIETE1.) réclama à titre reconventionnel une indemnité de procédure de 2.000 €

L'ETAT a exercé son recours sur base de l'article L. 521-4 du Code du travail et a sollicité la condamnation de la partie malfondée au fond du litige à lui rembourser la somme de 29.672,17 € du chef des indemnités de chômage payées à PERSONNE1.) pendant les mois de novembre 2018 à juin 2019.

A l'appui de sa demande, PERSONNE1.) a exposé que suivant un premier contrat de travail à durée indéterminée du 15 mai 2012, il est entré aux services de la société défenderesse, exploitant l'établissement SOCIETE2.), à concurrence d'une durée de travail hebdomadaire de 20 heures.

Suite à la signature d'un nouveau contrat de travail en date du 23 septembre 2015, prenant effet le 20 octobre 2015, il aurait été engagé à concurrence de 40 heures par semaine en qualité de « *chef du personnel* ».

Il a fait valoir que suivant courrier du 28 novembre 2018, il a démissionné de son poste de travail avec effet immédiat pour faute grave dans le chef de l'employeur, ce dernier n'ayant plus payé sa rémunération depuis le mois de septembre 2017 et ne lui ayant plus non plus remis les fiches de salaire correspondantes depuis cette même date. Il lui a encore reproché de ne jamais lui avoir payé les innombrables heures supplémentaires qu'il affirme avoir prestées à sa demande.

La société SOCIETE1.) a conclu à l'incompétence matérielle du tribunal du travail, la relation entre parties n'ayant pas été caractérisée par l'existence d'un lien de subordination juridique.

Par jugement du 9 mars 2020, le tribunal du travail s'est déclaré matériellement incompétent pour connaître des demandes de PERSONNE1.) et a condamné ce dernier à payer à la société SOCIETE1.) une indemnité de procédure de 500 €.

Pour statuer ainsi, le tribunal a retenu, en se référant à diverses attestations testimoniales, que PERSONNE1.) s'est vu investir de pouvoirs de gestion journalière très étendus tels que la gestion

quotidienne du SOCIETE2.), l'encadrement du personnel, le suivi des commandes, la signature de contrats, etc. et que ces fonctions s'inscrivent dans le cadre de la gestion journalière d'un gérant et ne relèvent pas nécessairement d'une tâche de salarié.

Par ailleurs, le tribunal a retenu que l'affirmation, non établie, de PERSONNE1.) que cette gestion journalière aurait été surveillée par la société SOCIETE1.), respectivement par PERSONNE2.) en sa qualité de gérant de droit de ladite société tombait à faux. Le tribunal a retenu à ce sujet que PERSONNE1.) a mentionné sur son propre profil sur *Facebook* qu'il a travaillé au SOCIETE2.) pour son propre compte.

La demande du requérant tendant à voir ordonner une comparution personnelle des parties a également été rejetée, les positions respectives des parties lors des plaidoiries ayant été diamétralement opposées.

L'offre de preuve de PERSONNE1.) a été rejetée pour défaut de pertinence, les faits offerts en preuve n'étant pas de nature à infirmer l'inexistence du lien de subordination résultant d'ores et déjà des éléments du dossier.

Le tribunal a dès lors retenu que la société SOCIETE1.) a réussi à établir le caractère fictif du contrat.

Compte tenu du fait que la tribunal du travail s'est déclaré matériellement incompétent pour connaître de la demande de PERSONNE1.), il s'est également déclaré incompétent pour connaître de la demande de l'ETAT.

Par acte d'huissier de justice du 6 juillet 2020, PERSONNE1.) a régulièrement relevé appel de ce jugement (*note de la Cour* : il convient de tenir compte de la suspension des délais de procédure en application de l'article 1 (1) du règlement grand-ducal du 25 mars 2020 portant suspension des délais en matière juridictionnelle et adaptation temporaire de certaines autres modalités en raison de la pandémie liée au Covid).

Il conclut, par réformation, à la compétence matérielle des juridictions du travail pour connaître de ses demandes, et formule pour autant que de besoin une offre de preuve par témoins rédigée dans les termes suivants :

« 1. Début du contrat 15/3/2017 en CIE auprès de l'ADEM après une période de 2 ans sans contrat Monsieur David PELLEGRINI après de nombreuses insistances auprès de son associé a réussi à faire avoir le contrat CIE de Monsieur Luis MOREIRA auprès de l'ADEM (ci-joint à ce document les justificatifs des paiements de la période sans contrat). Pendant les activités de plus de 2 ans de Monsieur MOREIRA, Monsieur David PELLEGRINI gérait toute la partie terrain, salle, cuisine, gestion de stock, gestion du personnel, des extras, du planning et des règles HCCP.

Toute la partie trésorerie était gérée par Monsieur Roland BONENBERGER, pour le paiement du salaire et des heures supplémentaires et le contrat de travail, les fournisseurs, « toute la partie financière ». Pour le bon fonctionnement et l'organisation de la société Monsieur David PELLEGRINI était obligé de prêter de nombreuses heures supplémentaires qui pouvaient aller jusqu'à plus de 90 heures par semaine.

Il était fréquemment contacté en dehors de ces heures à son domicile et également pendant ses congés. Monsieur Nelson FERNANDES a travaillé plus d'un an sans contrat et a été remercié récemment de quitter la société.

Monsieur Roland BONENBERGER était peu présent, il se reposait sur Monsieur David PELLEGRINI ainsi que tout le personnel. La Société LockProd louait régulièrement du matériel au Rockhal Café afin que Monsieur Samir BEZZAH, Responsable Audiovisuel et Multimédia puisse faire les vidéos lors des soirées concerts. Monsieur David PELLEGRINI prestait ses heures de travail uniquement au profit de Rockhal Café.

2. Madame Véronique MASI a effectué à de nombreuses reprises des extras pour la Rockhal Café notamment la mise en place et le service du buffet au salon VIP, des soirées spéciales (2 x l'an pour Noël et l'été). Elle a toujours vu Monsieur David PELLEGRINI s'impliquer avec rigueur dans sa tâche de responsable Restaurant, stands, bar, VIP et gérance du stock. Lors de soirées « spéciales », Monsieur David PELLEGRINI organisait, décorait, créait le thème de la soirée, trouvait les extras.

Madame MASI l'a toujours vu faire de nombreuses heures, toujours prendre sa tâche à cœur avec beaucoup de dynamisme et cela au détriment de sa vie de famille. Tout au long des soirées où il y avait concerts (stands, VIP) restaurant, bar, Monsieur David PELLEGRINI était partout à la fois sans jamais « rechigner » à la tâche (gestion stock, cuisine, service restaurant bar, gestion personnel et extras).

Durant la période « extras » avant Monsieur David PELLEGRINI, la cave, la vaisselle, l'organisation, les cuisines laissaient à désirer avec un manque d'hygiène certain. Dès l'arrivée de Monsieur David PELLEGRINI, Madame MASI a vu du rangement, nettoyage, une gestion de l'équipe employés et extras, une gestion efficace au prix d'un travail acharné de la part de Monsieur David PELLEGRINI. Madame Véronique MASI a vu également une nette amélioration sur la publicité, le menu, les buffets et la décoration et une volonté de développer le business.

Par contre, Madame MASI a vu Monsieur Roland BONENBERGER jouer au « grand patron » sans jamais s'impliquer, travailler. A chaque soirée où elle l'a vu présent (très peu à vrai dire), elle l'a vu profiter de la soirée entouré d'une bande d'amis. Toute cette joyeuse bande profitait allégrement du bar et cela gratuitement. Elle a vu également des employés passer de nombreuses heures sans vraiment prêter le travail, comme l'employé « audiovisuel » désagréable avec la clientèle, affalé sur les canapés et/ou la terrasse.

En conclusion, Monsieur David PELLEGRINI était très impliqué, effectuait des heures plus que de raison avec un professionnalisme, une honnêteté sans faille.

3. Dans le cadre de la mise en place du site internet de la société Lockprod, Madame Carole MOZZATI s'est rendue à ses rendez-vous au restaurant la Rockhal avec Monsieur Samir BEZZAH. Toutes les discussions ont été menées avec Monsieur BEZZAH dans le cadre de la mise en place de son site et de sa mise en production. Ses rendez-vous étaient uniquement faits avec Monsieur BEZZAH car Monsieur David PELLEGRINI était occupé à gérer et organiser le bon fonctionnement du Rockhal Café et n'était jamais disponible ».

4. « Monsieur BONENBERGER donnait des instructions directes à Monsieur PELLEGRINI afin qu'il exécute ses tâches de responsable de l'équipe travaillant au café.

Il lui a notamment demandé mi-octobre 2015, sans préjudice quant à la date exacte, suite à plusieurs plaintes du personnel concernant des heures supplémentaires non payées, de tenir un fichier des heures de travail et des heures supplémentaires effectuées par tout le personnel, incluant Monsieur PELLEGRINI, raison pour laquelle ce dernier a tenu un fichier Excel des heures de travail à partir du lundi 19 octobre 2015, lequel était ensuite transmis mensuellement à la fiduciaire par Monsieur BONENBERGER.

Ce dernier a également demandé à cette même date à Monsieur PELLEGRINI de ne plus prévoir d'heures supplémentaires au personnel dans les plannings pour diminuer les coûts (sauf événements spéciaux, tels que des concerts, anniversaires, mariages, soirées privées, etc) et d'être encore plus présent afin d'effectuer des heures supplémentaires à la place du personnel en lui assurant qu'un décompte des heures supplémentaires qu'il aura effectuées serait établi à la fin de l'année, qu'il n'avait pas à s'inquiéter ».

Il réitère en ordre subsidiaire sa demande tendant à voir ordonner une comparution personnelle des parties.

Il sollicite, par évocation, à voir requalifier la démission du 28 novembre 2018 pour faute grave dans le chef de l'employeur comme étant régulière et justifiée et assimilable à un licenciement avec effet immédiat abusif au sens de l'article L.126-4 du Code du travail. Il conclut à voir condamner l'employeur à lui payer la somme de 50.780,68 euros + p.m. à titre d'indemnité compensatoire de préavis, de dommage matériel et moral et d'indemnité pour congés non pris.

Il réclame en outre la condamnation de l'intimée à lui payer la somme de 78.731,49 euros à titre d'arriérés de salaire, avec les intérêts légaux tels que de droit et à voir condamner l'intimée à lui délivrer dans un délai de 8 jours à partir de la notification de l'arrêt à intervenir les fiches de salaire du mois de septembre 2017 au mois de novembre 2018, ainsi que la fiche non-périodique relative à la fin des relations contractuelles, sous peine d'une astreinte de 250 euros par pièce et par jour de retard. Il conclut encore à voir condamner l'intimée à lui payer la somme de 111.475,05 € au titre d'arriérés de salaire pour heures supplémentaires, à augmenter des intérêts légaux tels que de droit et à voir ordonner la capitalisation des intérêts échus et dus pour au moins une année entière, à partir du dépôt de la requête introductive d'instance, jusqu'à solde, sur base de l'article 1154 du Code civil. Il sollicite encore la condamnation de l'intimée à lui délivrer le certificat de travail, le reçu pour solde de tout compte, l'attestation patronale et les certificats de retenue d'impôt et de crédit d'impôts bonifiés, sous peine d'une astreinte de 250 euros par pièce et par jour de retard.

Il demande à se voir décharger des condamnations prononcées contre lui en première instance, réclame par réformation une indemnité de procédure de 3.000 euros pour la première instance et ce même montant pour l'instance d'appel.

La société SOCIETE1.) sollicite la confirmation du jugement entrepris et réclame une indemnité de procédure de 5.000 € pour l'instance d'appel.

L'ETAT sollicite la condamnation de la partie malfondée au litige à lui rembourser, en application de l'article L.521-4 du Code du travail, la somme de 26.672,17 € qu'il dit avoir versé à PERSONNE1.) au titre d'indemnités de chômage pour la période novembre 2018 à juin 2019.

La société SOCIETE1.) a été déclarée en faillite par jugement du tribunal d'arrondissement de Luxembourg du 25 janvier 2023 et Maître Michel VALLET a été désigné curateur de cette faillite. Par courrier du 3 mai 2023, il a informé le magistrat de la mise en état qu'il reprend l'instance qui oppose la société SOCIETE1.) à PERSONNE1.).

Discussion

L'appelant fait grief au tribunal du travail de ne pas avoir retenu que les éléments avancés par la société SOCIETE1.) n'auraient pas remis en cause l'existence d'une fonction salariale dans son chef. PERSONNE1.) soutient que le seul gérant de la société intimée aurait été PERSONNE2.), lequel aurait été « le maître de tout ». Contrairement au soutènement de l'intimée, PERSONNE1.) soutient qu'il n'aurait pas disposé d'une liberté totale d'organiser son temps de

travail. Il affirme avoir été présent « dans le café » au moins 40 heures par semaine, contrairement à PERSONNE2.) qui n'aurait été que très peu présent. Son nom aurait d'ailleurs également été inclus sur les plannings, tandis que le nom de PERSONNE2.), qui se serait occupé de la gestion effective de la société en sa qualité de gérant unique, n'y aurait pas figuré. PERSONNE1.) se réfère aux dits plannings, justifiant, selon lui, qu'il aurait été astreint au respect des plannings et qu'il n'aurait pas pu disposer de son temps de travail comme bon lui semblait. L'appelant conteste en conséquence l'affirmation de son employeur consistant à dire qu'il aurait bénéficié d'un système de calcul des heures de travail différent à celui des autres salariés de la société.

PERSONNE1.) conteste en outre avoir été en charge de la gestion administrative de la société intimée. Il ne se serait occupé ni de la gestion de la facturation, ni de la gestion financière et comptable de la société, ni des contacts avec les fournisseurs, ou des bailleurs. Ses tâches se seraient limitées au « fonctionnement du café en respectant le cadre financier déterminé par Monsieur PERSONNE3.) ». Il admet qu'il aurait eu à sa charge la gestion du stock de marchandises, mais affirme que toutes les décisions relatives à la gestion administrative de la société auraient été prises par PERSONNE2.). Sa tâche n'aurait cependant pas consisté à commander les marchandises, ni à entrer en contact avec les fournisseurs. Seul PERSONNE2.) aurait assumé ces tâches. L'appelant sollicite, en ce qui concerne ce volet, le rejet de l'attestation testimoniale de PERSONNE4.), à laquelle se réfère la société SOCIETE1.), pour défaut de précision et de pertinence. En tout état de cause, le terme de « patron » employé par le témoin signifierait qu'il aurait été « le supérieur direct » des salariés occupés par l'employeur, qu'il aurait géré une équipe au restaurant, se serait occupé des plannings et des absences, à l'instar des chefs d'équipe dans les sociétés de nettoyage ou les chefs chantier. Il ne saurait cependant être déduit du terme « patron » qu'il aurait eu la qualité de responsable d'entreprise. Cette conclusion ne pourrait pas non plus être déduite de l'attestation du témoin PERSONNE5.), qui démontrerait uniquement que PERSONNE1.) aurait été un salarié dévoué, étant précisé que sa tâche aurait consisté à assurer le bon fonctionnement de la salle, raison pour laquelle il aurait accueilli les clients et/ou fournisseurs, et organisé des soirées à thème. Ce serait partant également à tort que le tribunal du travail se serait basé sur les informations de PERSONNE1.) dans les réseaux sociaux pour retenir qu'il n'aurait pas assumé une fonction salariale au sein de la société SOCIETE1.). L'appelant demande à voir écarter des débats les pièces versées à ce sujet par l'intimée pour défaut de pertinence.

PERSONNE1.) conteste avoir engagé du personnel pour le compte de la société SOCIETE1.) et donne à considérer que l'intimée ne verserait aucun contrat de travail qui aurait été signé par l'appelant.

L'appelant se réfère en outre à diverses pièces du dossier pour dire que seul PERSONNE2.) aurait été en charge de la gestion financière de la société SOCIETE1.). PERSONNE2.) aurait également été le seul qui aurait eu accès aux comptes de la société et qui se serait occupé du paiement des salaires.

L'appelant demande en conséquence à voir dire, par réformation, qu'il aurait toujours été salarié au sein de la société SOCIETE1.).

Se référant aux récapitulatifs des heures mensuellement prestées par l'appelant et des plannings hebdomadaires du 1^{er} janvier 2016 au 31 décembre 2018, la société SOCIETE1.) argumente que PERSONNE1.) aurait disposé d'une liberté totale dans l'organisation du travail. Elle donne à considérer que PERSONNE1.) aurait établi lesdits plannings, de même que le fichier Excel reprenant les prétendues heures de travail et heures supplémentaires effectués par le personnel sans contrôle et sans contresignature de PERSONNE2.), qui à l'époque était le seul associé de la société SOCIETE1.). Les salariés de l'établissement auraient été en contact uniquement avec PERSONNE1.) afin de lui rendre compte des recettes de la journée et de l'organisation du SOCIETE2.). L'intimée insiste en outre pour dire que contrairement aux autres salariés de la société, PERSONNE1.) n'aurait pas été soumis au système de pointage. L'intimée se réfère à l'attestation du témoin PERSONNE6.) afin de justifier « qu'une différence a été opérée » entre PERSONNE1.) et « tout le personnel ».

L'intimée fait ensuite valoir que PERSONNE1.) aurait été le « gérant de fait » de l'établissement SOCIETE2.). Se référant aux pièces n° 3 et 15 de l'appelant, l'intimée affirme que ce dernier aurait été pleinement investi de la gestion de l'établissement au même titre que PERSONNE2.). La gestion continue de l'établissement par PERSONNE1.) serait encore confirmée par les attestations testimoniales versées sous les pièces n° 23 à 25 de l'intimée. Se référant à un arrêt rendu le 24 octobre 2013 par la Cour d'appel (n° 39110 du rôle), l'intimée demande à voir dire que lorsque deux personnes se sont occupées au même titre des affaires courantes de la société, tels que les commandes ou supervision des travaux, aucun rang de hiérarchie n'existerait entre elles et il ne saurait par conséquent être question d'un lien de subordination. Cet arrêt serait par conséquent transposable au cas d'espèce, dès lors que la gestion de la société aurait été assurée par PERSONNE2.) et PERSONNE1.).

L'intimée se prévaut ensuite de l'attestation du témoin PERSONNE7.) pour soutenir que PERSONNE1.) aurait été responsable de la gestion financière et de la définition des tarifs appliquées au sein de l'établissement SOCIETE2.). Le changement de la carte des boissons

et le choix des plats inscrits sur la carte auraient également été sous sa responsabilité. Il se dégagerait en outre des attestations testimoniales versées sous les pièces n°23 à 25 que PERSONNE1.) aurait été responsable de la surveillance de la comptabilité, de la gestion des stocks, de la salle, de l'accueil des clients, voire du fonctionnement général et quotidien de l'établissement. L'appelant aurait d'ailleurs également eu accès au coffre-fort afin de procéder au paiement des travailleurs occasionnels et des étudiants s'occupant notamment de la vente des plats à manger lors de chaque concert à la ADRESSE3.). Les pièces invoquées par l'appelant ne seraient pas de nature à justifier que PERSONNE2.) se serait de manière exclusive occupé de la gestion financière de la société SOCIETE1.). PERSONNE1.) aurait également effectué les commandes pour l'établissement SOCIETE2.). L'intimée renvoie aux attestations des témoins PERSONNE8.) et PERSONNE4.) et d'autres salariés de la société SOCIETE1.) qui justifieraient selon elle, que l'appelant aurait été en relation avec les fournisseurs et qu'il aurait passé les commandes pour l'établissement, et signé à de multiples reprises des documents et contrats pour le compte du SOCIETE2.).

L'appelant aurait également été chargé du recrutement du personnel et de l'organisation du travail du personnel. L'intimée renvoie à ce sujet aux attestations des témoins PERSONNE7.) et PERSONNE9.). Se référant à l'attestation du témoin PERSONNE10.), l'intimée soutient en outre que l'appelant aurait également pris les décisions d'autorisation relatives aux heures supplémentaires à réaliser par les employés de l'établissement. Il aurait également signé les demandes de congés « en sa qualité de patron de l'établissement ». Les demandes de congés de PERSONNE1.) auraient été signées par lui-même.

L'intimée insiste en outre pour dire que l'appelant se serait rendu régulièrement chez des clients en tant que représentant du SOCIETE2.), afin de faire de la publicité pour des événements. PERSONNE1.) se serait présenté comme « chef » et « patron » tant à l'égard des clients qu'à l'égard du personnel de l'établissement. Le fait d'organiser de nombreux événements de sa propre initiative et en toute indépendance témoignerait de l'absence d'un lien de subordination de l'appelant à l'égard de la société SOCIETE1.). L'existence d'un tel lien de subordination ne résulterait pas non plus de l'échange de courriels entre PERSONNE1.) et PERSONNE2.). La qualité de gérant de fait de PERSONNE1.) serait encore confirmée par la pièce n° 19 de l'appelant, attestant que PERSONNE2.) n'était que très peu présent dans l'établissement. Il se dégagerait de l'ensemble de ces éléments que PERSONNE1.) aurait pris des décisions importantes au sein de l'établissement SOCIETE2.), tant en ce qui concerne la gestion journalière de l'établissement, que

l'organisation et l'embauche du personnel et les relations avec les fournisseurs.

Le statut d'indépendant de PERSONNE1.) par rapport à la société SOCIETE1.) serait encore corroboré par le fait que le salarié aurait à partir d'avril 2017, et sans avoir demandé l'autorisation préalable de PERSONNE11.), utilisé le local technique de l'établissement SOCIETE2.) en tant qu'entrepôt du matériel audiovisuel appartenant à une société SOCIETE3.) que l'appelant avait créé en date du 7 avril 2017 avec le dénommé PERSONNE9.) et dont il était l'un des co-associés.

L'intimée insiste ensuite pour dire que PERSONNE1.) aurait été payé en fonction du chiffre d'affaires fait par l'établissement SOCIETE2.), ce qui ferait corroborer le statut d'indépendant de l'appelant. L'intimée insiste en outre sur la qualité d'associé de PERSONNE1.) de la société SOCIETE1.).

L'absence de rémunération de PERSONNE1.) pour la période de septembre 2017 à novembre 2018 établirait également le caractère fictif du contrat de travail, étant donné qu'il serait inconcevable qu'un salarié qui soutient avoir continué à prêter son travail durant une période aussi longue au profit d'un employeur marque sans réserve son accord à ne pas se voir verser de rémunération.

L'intimée fait encore état de la petite taille de l'entreprise pour soutenir que les fonctions salariales ne sauraient être distinctes du mandat social.

Au regard de l'ensemble de ces éléments, l'intimée estime avoir établi que le contrat de PERSONNE1.) ne serait pas à qualifier de contrat de travail, étant donné que l'appelant n'aurait jamais presté un travail en qualité de salarié au sein de l'établissement SOCIETE2.).

Elle sollicite la confirmation du jugement entrepris en ce que le tribunal s'est déclaré matériellement incompétent pour connaître des demandes de PERSONNE1.).

Appréciation de la Cour

Les parties sont en désaccord sur la question de savoir s'il existait entre elles une relation de travail, caractérisé par un lien de subordination de PERSONNE1.) à l'égard de la société SOCIETE1.).

Il importe de rappeler qu'en l'espèce, suivant un contrat de travail écrit à durée indéterminée du 15 mai 2012, PERSONNE1.) avait été engagé par la société SOCIETE1.), représentée par PERSONNE2.), à raison d'une durée hebdomadaire de 20 heures (*note de la Cour* : le contrat ne précise pas les tâches auxquelles le salarié a été affecté).

Il se dégage en outre d'un formulaire de modification déposé au Registre de Commerce et des Sociétés du 7 juin 2012, qu'à cette date, PERSONNE1.) est devenu associé de la société SOCIETE1.) (31 parts sociales), l'associé majoritaire étant PERSONNE2.) (93 parts sociales).

Les parties ont en date du 23 septembre 2015 signé un nouveau contrat de travail, ayant pris effet au 20 octobre 2015, aux termes duquel PERSONNE1.) a été embauché en qualité de « *chef du personnel* », « *responsable de la gestion journalière et du personnel de la société SOCIETE1.) s.à r.l.* », à raison de 40 heures par semaine, pour un salaire mensuel de 4.500 euros, indice courant. Le contrat contient des dispositions relatives au congé légal de récréation, aux démarches à respecter par le salarié en cas d'empêchement au travail et a prévu qu'il est régi par les lois et juridictions luxembourgeoises.

C'est d'abord à bon droit que le tribunal du travail a retenu qu'en application de l'article 25 du NCPC, il n'est compétent que s'il est saisi d'une demande qui prend son origine dans un contrat de louage de service caractérisé par un lien de subordination et que la subordination juridique consiste dans le fait que le salarié se trouve placé sous l'autorité de son employeur qui lui donne des ordres concernant l'exécution du travail, en contrôle l'accomplissement et en vérifie les résultats.

Il appartient à celui qui se prévaut de l'existence d'un contrat de travail, d'en rapporter la preuve. La société SOCIETE1.) ne critique pas le tribunal du travail d'avoir retenu qu'en présence d'un contrat écrit qui contient toutes les clauses usuelles généralement insérées dans les contrats de travail, il appartient à la société SOCIETE1.) d'établir l'absence d'un lien de subordination entre elle et PERSONNE1.) et partant que le contrat de travail écrit n'était qu'un contrat de travail fictif.

Suivant le contrat de travail signé entre les parties le 23 septembre 2015, PERSONNE1.) était « responsable de la gestion journalière et du personnel de la société SOCIETE1.) s.à r.l. ». PERSONNE1.) a démissionné de ses fonctions le 28 novembre 2018, « avec effet immédiat pour faute grave dans le chef de l'employeur », reprochant à celui-ci de ne plus lui avoir payé ses salaires depuis le mois de septembre 2017.

Concernant les tâches réellement effectuées par l'appelant jusqu'au jour de sa démission, le témoin PERSONNE7.) indique « avoir connu M. PERSONNE1.) comme gérant associé dans la société, il s'occupe de notre planning, gère les commandes, organise des événements, gère l'entretien des embauches (...). Ce témoin déclare en outre que PERSONNE1.) « a organisé les réunions avec le personnel, vérifié les heures du personnel, organisé les plats du jour avec le chef de cuisine et modifié les prix de la carte de boissons ». Il a encore précisé qu'il a géré les « fonds journaliers de caisse en nous obligeant chaque fin de service de lui envoyer les recettes par téléphone ».

Concernant la relation de PERSONNE1.) avec les fournisseurs de la société SOCIETE1.) et la passation de commandes, il convient de se référer à la déposition du témoin PERSONNE12.), délégué commercial SOCIETE4.). Il résulte de la déposition de ce témoin qu'il a pu « introduire différents produits dans la société SOCIETE1.) grâce à l'entremise de PERSONNE1.), qu'il a pu collaborer sur différents événements avec l'appelant et qu'il a également négocié un contrat de collaboration entre la SOCIETE2.) et sa société ». Il se dégage en outre de la déposition de ce témoin que jusqu'en 2018, « toutes les négociations et décisions se faisaient avec PERSONNE1.) » et que ce n'était qu'en 2018 suite à des changements au sein de l'établissement que son contact est devenu « PERSONNE2.), l'autre associé ».

Afin de justifier l'absence de tout lien de subordination de l'appelant à l'égard d'un supérieur hiérarchique et le pouvoir décisionnel de PERSONNE1.) au sein de la société SOCIETE1.), la société intimée renvoie encore à l'attestation testimoniale de PERSONNE9.), qui était responsable de l'audiovisuel et multimédia au sein de la société intimée dont la déposition pertinente pour la solution du présent litige, dans son attestation du 28 mai 2019 se lit comme suit :

« (...) J'ai toujours connu Monsieur PERSONNE1.) comme responsable et gestionnaire du SOCIETE2.). Il a d'ailleurs fait mon entretien d'embauche avec Monsieur PERSONNE3.), il a même été décisionnaire sur mon poste, pour sa volonté de médier le SOCIETE2.). Monsieur PERSONNE1.) avait la responsabilité du personnel, des plannings, de l'organisation en règle générale, il mettait en place toutes les soirées, la Summer, la Christmas, les concerts,... Il avait pour cela la responsabilité des extras pour tous les

événements, la responsabilité des caisses, de l'argent qui transitait pendant les soirées. C'est lui qui donnait le tempo en salle et en cuisine, tout le monde était sous ses ordres, même le chef de cuisine était sous ses ordres. Il faisait les entretiens d'embauche pour le personnel de la salle, je l'ai vu à plusieurs reprises, que ce soit pour l'entretien de PERSONNE13.) ou pour PERSONNE14.) par exemple.

Il a signé devant moi des documents administratifs à PERSONNE15.), le barman lors de son départ du SOCIETE2.).

Une fois par mois, il réunissait le personnel au complet pour faire le bilan sur l'ensemble de l'activité du SOCIETE2.), où il ne manquait jamais de rappeler sa place de leader ».

Cette déposition rejoint celle du témoin PERSONNE16.) qui déclare en résumé que PERSONNE1.) fait les entretiens d'embauches, « dit quand les gens doivent partir », organise les plannings, « dit toujours que c'est lui le patron (...), « dit à tout le monde ce qu'il faut faire », « donne des ordres à tout le monde » et « fait la commande pour les restaurant ».

Il convient encore de citer la déposition du témoin PERSONNE17.) qui déclare « qu'après janvier 2016, Monsieur PERSONNE1.) est devenu responsable du SOCIETE2.) en prenant la gérance de la salle, la cuisine (gérer les personnels, gérer les commandes, gérer les plats du jours...) après une réunion faite entre nous (le personnel), M. PERSONNE1.) et M. PERSONNE3.) pour nous informer que M. PERSONNE1.) va être présent toujours comme gérant qui à un pourcentage dans la société. De ces jours jusqu'à son départ, c'est le rôle que M. PERSONNE1.) avait ».

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.

Il résulte de ce qui précède que l'appelant s'est vu investir de pouvoirs de gestion journalière très étendus, tels que la gestion quotidienne de l'établissement, l'encadrement du personnel placé sous ses ordres, le suivi des commandes de boissons et l'établissement de la carte. Tel que relevé à juste titre par le tribunal du travail, ces fonctions s'inscrivent dans le cadre de la gestion journalière d'un gérant et ne relèvent pas nécessairement d'une tâche de salarié.

PERSONNE1.) avait en effet le seul pouvoir de décision sur l'organisation du travail des salariés affectés à l'établissement « SOCIETE2.) », il leur a donné des ordres, établi leurs horaires de travail et fixé leurs jours de congés, il était le seul responsable pour le

personnel, se présentait comme « *patron* », dirigeait le personnel et s'occupait seul du fonctionnement de l'établissement et de l'organisation des événements, était en relation avec les fournisseurs, négociait des contrats et passait des commandes pour le compte de l'établissement SOCIETE2.). Il se dégage en outre de ces déclarations, qu'aucun des témoins ne mentionne PERSONNE2.) comme étant leur supérieur hiérarchique. Le témoin PERSONNE18.), dont l'attestation est produite par l'appelant précise d'ailleurs que « *Monsieur PERSONNE3.) était peu présent, il se repose sur Monsieur PERSONNE1.) ainsi que tout le personnel* ». Les déclarations des témoins ci-avant reproduites quant au pouvoir décisionnel de PERSONNE1.) ne sont pas contredites par les attestations testimoniales versées par l'appelant. L'élément caractéristique du contrat de travail, l'existence d'un lien de subordination entre employeur et le salarié laisse d'être établi au vu des attestations testimoniales versées par l'intimée. Contrairement à l'affirmation de l'appelant, elle ne résulte pas non plus des échanges d'sms entre PERSONNE2.) et PERSONNE1.). De même, la signature par PERSONNE2.) en tant que représentant de la société SOCIETE1.), en date du 27 novembre 2013 d'un contrat d'achat exclusif et de mise à disposition avec la société SOCIETE5.), soit près de deux ans avant la conclusion du contrat de travail du 23 septembre 2015 de PERSONNE1.), ainsi que la conclusion par ce même PERSONNE2.), pour le compte de la société SOCIETE1.) le 22 novembre 2018, soit postérieur à la démission de PERSONNE1.) de ses fonctions ne sont d'aucune pertinence, dès lors qu'ils ne sont pas de nature à établir que l'appelant aurait effectué ses tâches sous le contrôle d'un supérieur hiérarchique, respectivement qu'il n'aurait pas passé de commandes pour le compte de la société SOCIETE1.) où négocié avec les fournisseurs entre 2015 et le 28 novembre 2018.

L'existence d'un lien de subordination est encore mise en doute par la signature par PERSONNE1.) sous la mention « *patron* » de ses propres demandes de congés (pièce n° 13 de l'appelant), cet élément soulignant également la qualité de dirigeant dans le chef de l'appelant.

Force est encore de relever que ce n'est que par courrier de son mandataire du 28 novembre 2018 que PERSONNE1.) s'est plaint auprès de son employeur de ne plus avoir reçu le paiement de son salaire depuis le mois de septembre 2017 et qu'il réclamé le paiement de la somme de 77.384,10 euros correspondant aux salaires échus entre septembre 2017 et novembre 2018 (pièce n° 6 de l'appelant). PERSONNE1.) reste en défaut de s'expliquer sur le moyen de la société intimée qu'il a attendu plus d'un an avant de s'adresser à la société intimée pour réclamer le paiement de prétendus salaires qui ne lui auraient pas été versés depuis septembre 2017. Tel que relevé à bon droit par l'intimée, il est inconcevable qu'un salarié qui soutient avoir continué à prêter son travail durant une période aussi longue (

de septembre 2017 à novembre 2018), au profit d'un employeur marque sans réserve son accord à ne pas se voir verser de rémunération.

Pour être complet, il convient encore de mentionner les déclarations du témoin PERSONNE9.), contenues dans son attestation testimoniale additionnelle du 3 juin 2021, qui précise avoir « toujours vu PERSONNE1.) faire les embauches pour le restaurant, le commandes auprès des fournisseurs, négocié avec les fournisseurs, que ce soit PERSONNE19.) ou autres sociétés » (...) « *il avait l'habitude de venir manger à la carte avec sa femme et son amie (...) pratiquement tous les samedis au SOCIETE2.) et ce, sans jamais rien payer et toujours pendant ses heures de travail chez SOCIETE1.) (...)* « *il a congédié Monsieur PERSONNE20.), serveur* ».

Le témoin précise en outre qu'il a constitué ensemble avec PERSONNE1.) la société SOCIETE6.) et que « *Monsieur PERSONNE1.) avait décidé d'installer officieusement dans les locaux de SOCIETE1.), sans même demander l'autorisation de Mr. PERSONNE3.), ni même signer de bail de location ou encore verser de loyers à SOCIETE1.). C'était son restaurant, sa pépite comme il disait, donc il était normal pour lui que PERSONNE21.) ne paie rien* ». Toujours en rapport avec la société SOCIETE6.), le témoin précise que les réunions professionnelles concernant cette société ont eu lieu, non pas au siège social de cette société, mais au SOCIETE2.) « *pendant les heures de travail de Mr PERSONNE1.) pour SOCIETE1.)* ».

Les activités de PERSONNE1.) telles que décrites par le témoin ne sont pas celles d'un salarié qui exécute ses tâches sous l'autorité et le contrôle d'un supérieur hiérarchique, mais témoignent au contraire de l'existence de pouvoirs très étendus de PERSONNE1.) au sein de la société SOCIETE1.) et confirment l'absence de tout lien de subordination de l'appelant à l'égard de la société SOCIETE1.).

Face aux éléments de preuve produits en cause par la société intimée, non contredits par les pièces versées par l'appelant, la demande de PERSONNE1.) tendant à voir ordonner une comparution personnelle des parties est à rejeter.

Quant à l'offre de preuve de l'appelant, les faits libellés sous les points 1 à 3, portent sur les déclarations faites par les témoins PERSONNE18.) et PERSONNE22.) qui ont été analysées par la Cour et qui ne comportent aucune précision quant aux ordres et aux directives que PERSONNE2.) aurait donnés à PERSONNE1.), et qui auraient été spécifiques à une relation employeur-salarié.

Quant aux faits libellés sous le point 4 de l'offre de preuve, même à les supposer établis, ils ne suffisent pas à eux seuls à caractériser l'existence d'un lien de subordination et à énoncer les faits établis par la société intimée.

La Cour approuve en conséquence le tribunal du travail de s'être déclaré matériellement incompétent pour connaître des demandes de PERSONNE1.) et de la demande de l'ETAT.

Au vu de l'issue du litige, c'est encore à bon droit que le tribunal du travail a rejeté la demande de PERSONNE1.) en allocation d'une indemnité de procédure, et qu'il l'a condamné à payer à la société SOCIETE1.) une indemnité de procédure de 500 € pour la première instance.

L'appel n'est pas fondé et le jugement déferé est à confirmer.

Au vu du sort réservé à son appel, PERSONNE1.) ne saurait se voir allouer une indemnité de procédure.

Il serait toutefois inéquitable de laisser à charge de la société intimée les frais qu'elle a dû exposer en appel qui ne sont pas compris dans les dépens. La Cour lui alloue 1.000 €.

PAR CES MOTIFS

la Cour d'appel, huitième chambre, siégeant en matière de droit du travail, statuant contradictoirement, sur rapport du magistrat de mise en état,

reçoit l'appel,

le dit non fondé,

confirme le jugement entrepris,

rejette la demande de PERSONNE1.) en allocation d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel,

condamne PERSONNE1.) à payer à la société à responsabilité limitée SOCIETE1.), en faillite, une indemnité de procédure de 1.000 € pour l'instance d'appel et à supporter les frais et dépens de cette instance.

