Exempt - appel en matière de droit du travail.

Audience publique du premier février deux mille sept.

Numéro 29638 du rôle

Présents:

Edmond GERARD, président de chambre,
Eliane EICHER, conseiller,
Charles NEU, conseiller,
Isabelle HIPPERT, greffier.

E n t r e :

X.), employé privé, demeurant à L-(…), (…),

appelant aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Yves TAPELLA d'Esch-sur-Alzette du 6 décembre 2004,

comparant par Maître Stéphan LE GOUEFF, avocat à la Cour à Luxembourg,

e t :

la société anonyme BANQUE S.A., établie et ayant son siège social à L-(…), (…), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

intimée aux fins du susdit exploit TAPELLA,

comparant par Maître Paul MOUSEL, avocat à la Cour à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL:

Vu l'ordonnance de clôture de l'instruction du 4 juillet 2006.

Ouï le magistrat de la mise en état en son rapport oral à l'audience.

Par requête du 26 février 2004, **X.)** a fait convoquer la **BANQUE** S.A. devant le tribunal du travail de Luxembourg aux fins de voir déclarer abusif le licenciement avec préavis intervenu le 13 décembre 2002 et s'entendre condamner à lui payer à titre de préjudice matériel 76.987,84.- €, à titre de préjudice moral 30.000.- €, 127.470.- € représentant « l'incidence des corrections comptables décidées unilatéralement par l'employeur sur le bonus et le prix de l'achat des actions », le montant de 30.000.- € à titre de bonification d'intérêts sur un prêt de 100.000.- € contracté auprès de son employeur et 59.880.- € à titre de « remboursement de 123 actions de la **BANQUE** Bruxelles ».

Par jugement du 26 octobre 2004, le tribunal du travail de Luxembourg s'est déclaré incompétent pour statuer sur le bien-fondé des demandes en paiement de **X.)** formulées à titre de dommages et intérêts pour préjudice subi suite au licenciement, de bonus et prix de rachat des actions, de bonification d'intérêts et de remboursement d'actions.

Par exploit de l'huissier de justice Yves TAPELLA d'Esch-sur-Alzette du 6 décembre 2004, **X.)** a régulièrement relevé appel du jugement du tribunal du travail du 26 octobre 2004.

En ce qui concerne les faits, **X.)** expose que le 16 décembre 1998 il a été embauché selon contrat à durée indéterminée par la **BANQUE** S.A. en qualité de directeur général de la société **SOC1.)** .
Le 27 décembre 2001, suite à une fusion, la société **SOC1.)** a changé sa dénomination sociale en **SOC2.)** .
Par courrier du 13 décembre 2002, **X.)** s'est vu notifier son licenciement avec un préavis de deux mois dans les termes suivants : *« nous vous informons que nous résilions votre contrat de travail qui a pris effet le 1er avril 1999 avec le préavis légal ».*
Par courrier du 6 janvier 2003 il a demandé les motifs de son licenciement.
Ces motifs lui ont été communiqués par courrier du 5 février 2003 dont la teneur est la suivante : *« Les activités de la société, dont vous étiez l'un des fondateurs en sus de votre qualité d'Administrateur-délégué, seront exercées avant la fin du premier trimestre de cette année par la **BANQUE** S.A., actionnaire à 100 % depuis le 16 décembre 2002.*

Dans ce contexte, qui vous est parfaitement connu puisque vous avez participé à toutes les décisions, le poste d'Administrateur-délégué disparaît. »

X.) demande la réformation du jugement entrepris, estimant que c'est à tort que le tribunal du travail s'est déclaré incompétent pour statuer sur sa demande, étant donné qu'il exerçait une fonction technique au sein de la **BANQUE** S.A., distincte de celle d'administrateur. Il relève à cet effet que son contrat de travail du 16 décembre 1998 a été antérieur à sa nomination comme administrateur du 7 mai 1999. Aussi aurait-il été dans une situation de subordination juridique, un rapport hiérarchique étant établi par le fait qu'il exerçait sa fonction technique sous la surveillance et l'autorité non seulement du conseil d'administration, mais encore du « Comité de filiales », duquel il recevait des instructions et auquel il devait rendre des comptes.

Non seulement les fonctions techniques du contrat de travail, existant avant la nomination au poste d'administrateur, se seraient poursuivies après sa nomination, mais les deux rôles n'auraient jamais été confondus. Aussi aurait-il perçu sa rémunération en considération de l'activité salariée, la fonction d'administrateur n'ayant jamais été rémunérée.

Quant au caractère abusif du licenciement, la **BANQUE** S.A. n'aurait avancé dans sa lettre du 5 février 2003 aucun motif valable afin de justifier la rupture du contrat de travail.

Relativement à la compétence du tribunal du travail, la **BANQUE** S.A. soutient qu'il n'existe en l'espèce aucun lien de subordination de **X.)** ni vis-à-vis de **SOC1.)** ni vis-à-vis de **SOC2.)** dont il était à chaque fois actionnaire et administrateur-délégué, n'ayant eu aucune fonction technique distincte dans la gestion de ces sociétés. L'intimée conteste l'existence d'un contrat de travail, c'est-à-dire une relation entre patron et salarié au sens des articles 1779 1° du code civil et 1er de la loi du 24 mai 1989 sur le contrat de travail et conclut à l'incompétence du tribunal du travail.

Comme en témoigneraient les statuts et les extraits des assemblées générales publiées au Mémorial C, **X.)** aurait été l'unique administrateur-délégué de **SOC1.)** et de **SOC2.)** et aurait détenu une participation dans ces sociétés.

L'écrit du 16 décembre 1998 ne constituerait pas un contrat de travail, mais il s'agirait en l'occurrence d'un contrat sui generis dont la finalité était de s'assurer que **X.)** sera disponible pour **SOC1.)** , participera à la constitution de cette société et sera prêt pour la gérer une fois qu'elle sera constituée. Ce contrat aurait été exécuté et aurait pris fin au moment où **X.)** a débuté son mandat d'administrateur-délégué de **SOC1.)** .

Afin de pouvoir être cumulé avec les fonctions de dirigeant de société, le contrat de travail devrait être réel, c'est-à-dire correspondre à une fonction réellement exercée et caractérisée par un état de subordination, qui ferait défaut en l'espèce. Il devrait donner lieu à un travail réel, un travail subordonné, et à une rémunération distincte de celle reçue au titre d'administrateur-délégué.

Un contrat de travail devrait présenter un caractère sérieux et non pas avoir été conclu dans le seul but de contourner la règle de la révocabilité ad nutum d'un administrateur. **X.)** ne se serait jamais considéré lui-même comme salarié de **SOC1.)** ou de **SOC2.)** , et se serait toujours vu comme en étant l'administrateur-délégué, comme cela résulterait du courrier du 8 janvier 2002, et ne serait pas apparu envers les tiers dans une autre qualité que celle d'administrateur-délégué de ces deux sociétés.

En l'occurrence, il y aurait eu absence de travail réel. Étant donné que **X.)** était le seul administrateur-délégué de la société et détenait également une participation dans la société, on verrait mal qui aurait pu être son supérieur hiérarchique. **X.)** ne verserait par ailleurs aucune pièce de laquelle il résulterait qu'il exerçait une fonction technique distincte de son mandat social dans la société. Ni les termes de la convention du 16 décembre 1998, ni ceux de l'attestation du 4 juin 1999 ou encore du courrier de confirmation du 28 décembre 2001 ou de la lettre de licenciement du 13 décembre 2002 ne constitueraient à eux seuls des présomptions précises et concordantes faisant conclure à l'existence d'un lien de subordination, et les fonctions décrites dans la « Fiche signalétique Fonction » établie par la société mère **BANQUE** S.A. ne constitueraient pas des fonctions techniques distinctes. Il s'en suivrait que les fonctions indiquées dans les différentes pièces versées par **X.)** ne constitueraient pas des fonctions techniques strictement séparées du mandat social, mais rentreraient dans les attributions d'un administrateur-délégué d'une société anonyme.

Il y aurait absence de lien de subordination d'une manière évidente, et l'affirmation non prouvée de **X.)** qu'il aurait reçu des instructions de la part du « Comité des filiales » ne pourrait établir l'existence d'un lien de subordination entre employeur et employé, alors que ce « Comité des filiales » serait un organe de la société mère, donc de l'actionnaire de **SOC1.)** respectivement de **SOC2.)** et non pas un organe du prétendu employeur de **X.)**.

L'appelant n'aurait pas perçu un salaire au titre d'un contrat de travail, mais uniquement sa rémunération en tant qu'administrateur-délégué de la société et n'aurait pas établi qu'il a effectivement exercé des fonctions différentes de celles normalement attribuées à un administrateur-délégué de société, c'est-à-dire des fonctions subordonnées et rémunérées par un salaire distinct.

X.) entend préciser que s'il est exact qu'il détenait 3.100 actions dans le capital social de **SOC1.)** au moment de sa constitution, le capital social aurait été fixé à 620.000.- € divisés en 62.000 actions de 10 € chacune, de sorte qu'il détenait en réalité 5 % du capital de cette société.

Pour ce qu'il en est de **SOC2.)** , il affirme avoir détenu 775 actions d'un montant nominal de 25 € soit 1,18 % du capital social. N'étant pas actionnaire majoritaire, la participation de **X.)** n'a pu être un obstacle à la conclusion d'un contrat de travail entre parties. Par ailleurs au moment de la constitution de **SOC1.)** , la société comprenait 8 administrateurs.

Le cumul dans une même personne des fonctions d'administrateur d'une société anonyme et de celle de travailleur salarié de cette même société ne serait prohibé ni par la loi sur les sociétés commerciales, ni par un autre texte de loi, ni par un principe de droit.

En vue d'établir la réalité du contrat de travail, **X.)** énumère un certain nombre de documents destinés à établir un faisceau d'indices et de présomptions à savoir :
- le contrat de travail du 16 décembre 1998,
- l'attestation établie par la **BANQUE** certifiant que **X.)** était employé sous contrat à durée indéterminée auprès de sa filiale **SOC1.)** ,
- la lettre de licenciement du 13 décembre 2002 précisant qu'il s'agit d'une rupture du contrat de travail du 16 décembre 1998 qui a pris effet le 1er avril 1999,
- le décompte de rémunération de **X.)**,
- la souscription à l'augmentation de capital réservée aux membres du personnel du 16 avril 2002,
- l'attestation du Centre commun de la sécurité sociale, département affiliation du 9 août 1999,
- l'accusé de réception de la déclaration de sortie du Centre commun de la sécurité sociale du 14 février 2003,
- le régime complémentaire de pension en faveur du personnel de **SOC2.)** souscrit par **X.)**,
- l'attestation fiscale émise par **SOC2.)** reconnaissant la qualité d'employé à **X.)**,
- le code de déontologie imposé à tous les salariés,
- la justification des frais de déplacement du 8 avril 2002.

X.) invoque encore un courrier de **A.)** et de **B.)** du 1er juillet 2002 dans lequel serait énumérée la liste des fonctions techniques attribuées à **X.)** et dans lequel il serait précisé qu'il était responsable commercial et administratif au sein de la direction générale, participait à la gestion journalière de la société et avait la responsabilité:
- d'organiser et d'assurer le développement commercial,
- des procédures,
- de superviser la comptabilité générale et analytique,

- dans le cadre de la branche « assurance-vie », d'assurer les relations avec les assureurs et le développement commercial,
- d'assurer le respect de la loi et de la réglementation CSSF,
- d'assurer les relations avec les autorités de tutelle,
- des opérations d'ingénierie financière, de haut bilan, de placements privés et de structuration de patrimoine,
- de la gestion du personnel et des rémunérations et
- des réclamations clientèle.

Il serait évident que ces missions requéraient des connaissances particulières eu égard à leur haute technicité et spécificité et ne sauraient être considérées comme entrant dans le cadre d'un mandat d'administrateur, en concluant que l'existence d'un travail réel réalisé par l'appelant ne saurait être contestée.

En ce qui concerne le lien de subordination, **X.)**, dans le cadre de l'exécution de sa mission, affirme qu'il devait rendre des comptes au conseil d'administration duquel il recevait des instructions quant à l'exécution de sa mission technique et en outre, qu'il devait répondre aux instructions du Comité de filiales et du Comité de la Banque du groupe **BANQUE**.

Par ailleurs, le contrat de travail prévoirait expressément une rémunération qui serait spécialement mentionnée dans la fiche de paie, de sorte que l'existence d'une rémunération ne pourrait être sérieusement remise en cause.

Tout au long de leur collaboration, les parties auraient toujours entendu se placer dans le cadre d'un rapport d'employeur à salarié comme cela résulterait des pièces versées en cause.

BANQUE S.A. estime que les pièces énumérées par **X.)** ne sauraient constituer un faisceau d'indices afin d'établir la réalité d'un contrat de travail et l'existence du lien de subordination, puisque « toutes ces pièces découleraient de la dénomination erronée que les parties avaient donnée à leur rapport d'affaires établi par l'écrit du 16 décembre 1998 ». Toutes les fonctions indiquées sur la fiche signalétique des fonctions rentreraient dans le cadre d'une fonction de mandataire social. Aussi la qualification donnée à une relation par des organismes de sécurité sociale serait-elle sans incidence.

La Cour constate que **X.)** a été engagé en qualité de directeur général par contrat du 16 décembre 1998 qui est de la teneur suivante :

*« Nous vous confirmons votre engagement, en qualité de Directeur Général de la société **SOC1.)** , qui prendra cours le 1er avril 1999.*

Votre rémunération annuelle brute de base est fixée à Francs Français 900.000,-. A ces montants s'ajoutera une gratification de Francs Français 200.000.- pour

la première année d'exercice de la société. A partir de la deuxième année une gratification de 20% du bénéfice avant impôts avec un plafond de Francs Français 2.500.000.- vous sera versée.

Dans le cadre de son plan voiture, la Banque met à votre disposition une voiture. Le budget de fonctionnement dans votre cas particulier est arrêté à Flux 375.000,- par an. Les modalités du plan voiture pourraient être sujettes à révision au gré de la Banque.

En outre la Banque interviendra à hauteur de Francs Français 100.000.- dans les frais de déménagement et d'aménagement à Luxembourg.

Vous aurez à vous conformer au règlement intérieur d'application pour l'ensemble du Personnel de notre Maison.

Vous voudrez bien noter que toute fonction, rémunérée ou non, que vous souhaiteriez assumer en dehors de la banque, devra faire l'objet d'une autorisation préalable.

Le présent contrat est conclu sous réserve de l'émission d'une fiche d'aptitude par le médecin du travail de l'ASTF conformément à la loi sur la santé au travail en vigueur au ler janvier 1995.
Pour tout ce qui n'est pas prévu aux dispositions ci-dessus, la loi du 24 Mai 1989 sur le contrat de travail sera d'application.

*Ce contrat conclu avec la **BANQUE** Luxembourg S.A. sera repris par la société **SOC1.)** , dès que celle-ci aura existence légale au Grand-Duché de Luxembourg. »*

Le 28 décembre 2001, **SOC2.)** S.A. confirme le contrat de travail dans les termes suivants :

*« Par la présente, nous avons le plaisir de vous confirmer que, depuis ce 27 décembre 2001, notre société a changé sa raison sociale de **SOC1.)** S.A. en **SOC2.)** S.A.*

*Par conséquent, nous vous informons que votre contrat de travail qui a débuté le 1er avril 1999 continue à sortir ses effets sous la dénomination sociale de **SOC2.)** S.A. sans subir de modification. »*

Le 13 décembre 2002 **X.)** a été licencié par lettre rédigée de la façon suivante :

« Par la présente, nous vous informons que nous résilions votre contrat de travail qui a pris effet le 1er avril 1999 avec le préavis légal.

Conformément à l'article 20 de la loi modifiée du 24 mai 1989 sur le contrat de travail, votre préavis commence à courir le 15 décembre 2002 et se termine le 14 février 2003. »

SOC2.) S.A. a finalement, à la demande de **X.)** « conformément à l'article 22 de la loi modifiée du 24 mai 1989 … de me communiquer les motifs de mon licenciement », répondu le 5 février 2003 de la manière suivante :

« Nous nous référons à votre courrier du 6 janvier 2003.

*Les activités de la société, dont vous étiez l'un des fondateurs en sus de votre qualité d'Administrateur-délégué, seront exercées avant la fin du premier trimestre de cette année par la **BANQUE** S.A. actionnaire à 100 % depuis le 16 décembre 2002.*

Dans ce contexte, qui vous est parfaitement connu puisque vous avez participé à toutes les décisions, le poste d'Administrateur-délégué disparaît. »

Il est constant en cause que l'appelant a été licencié avec le préavis légal et que ce préavis lui a été payé.

X.) a, pendant la période du 1er avril 1999 jusqu'à la date du licenciement, touché une rémunération fixe, reçu mensuellement des fiches de paie sur lesquelles figuraient les heures de travail effectuées et a été affilié à la sécurité sociale et à la caisse de pension.

Quant à la question d'un lien de subordination, il convient de relever d'une manière générale que l'administrateur-délégué chargé de la gestion journalière de la société peut être considéré comme engagé dans les liens de subordination, s'il exerce une fonction technique, comme en l'espèce la fonction de directeur général, en plus de son mandat social. Il remplit dès lors cette fonction de directeur général sous la surveillance et l'autorité du conseil d'administration, qui a une existence propre étant en mesure d'exercer sur l'employé, qui en même temps est membre du conseil d'administration en qualité d'administrateur-délégué, les pouvoirs qui caractérisent le lien de subordination.

La Cour retient que, en l'espèce particulière, en présence d'un contrat de travail en bonne et due forme et de tous les éléments qui caractérisent le contrat de travail ainsi qu'en face d'une rémunération payée régulièrement chaque mois, de fiches de paie en bonne et due forme mentionnant même le nombre d'heures travaillées, de l'affiliation à la sécurité sociale, du paiement de gratifications, d'un licenciement avec préavis avec motivation et du paiement de l'indemnité de préavis, il appartient à l'employeur qui soutient qu'il y a eu uniquement mandat social, de prouver le caractère fictif du contrat de travail.

Le fait que **X.)** ait été membre fondateur de **SOC1.)** S.A. lors de sa constitution le 7 mai 1999 et souscrit 3.100 parts sociales sur 62.000 et nommé administrateur-délégué chargé de la gestion journalière de **SOC1.)** S.A., puis de **SOC2.)** S.A., n'enlève pas, en l'occurrence, à **BANQUE** S.A. la charge de la preuve du caractère fictif du contrat de travail.

BANQUE S.A. n'a pas rapporté cette preuve.

Le moyen d'incompétence des juridictions du travail invoqué par **BANQUE** S.A. est en conséquence à rejeter comme n'étant pas fondé et il convient de dire qu'il y a eu contrat de travail entre **X.)** et la **BANQUE** S.A.

Au cas où l'existence d'un contrat de travail serait admise par la Cour, **BANQUE** S.A. invoque la nullité du contrat de travail étant donné qu'il y aurait dans ce cas cumul avec la fonction d'administrateur-délégué aux seules fins de contourner la révocabilité ad nutum du mandat social.

Ce moyen n'est pas fondé, étant donné que le cumul de la fonction de directeur général faisant l'objet d'un contrat de travail et de celle d'administrateur-délégué est permis en droit luxembourgeois et que, tel que relevé ci-avant, le contrat de travail du 16 décembre 1998 a un caractère réel et sérieux.

En ce qui concerne la motivation du licenciement, **BANQUE** S.A. soutient que celle-ci serait suffisamment précise, les motifs à sa base étant la disparition du poste de **X.)**, la suppression d'un poste à la suite de la réorganisation d'un secteur d'une entreprise constituant un motif sérieux de licenciement.

X.) a été licencié selon motifs fournis dans la lettre du 5 février 2003 : « *Les activités de la société seront exercées avant la fin du premier trimestre de cette année par la **BANQUE** S.A. actionnaire à 100 % depuis le 16 décembre 2002.* » Ces motifs, à la base de la résiliation du contrat de travail de directeur général de **X.)** manquent de précision. A supposer qu'il s'agisse de motifs économiques, il n'est pas spécifié dans quoi consisteraient ces motifs économiques.

Le licenciement de **X.)** du 13 décembre 2002 doit, en conséquence, être déclaré abusif.

X.) réclame en instance d'appel à titre de dommages et intérêts pour préjudice matériel le montant de 76.987,84.- € et à titre de préjudice moral le montant de 30.000.- €.

BANQUE S.A. conteste tant le principe que les montants réclamés.

X.) a bénéficié d'un préavis jusqu'au 14 février 2003. Il travaille auprès de **SOC3.)** S.A. à partir du 1er mars 2003 avec une rémunération de 4.166,67.- € et concomitamment auprès de **SOC4.)** LUXEMBOURG S.A. à partir du 1er avril 2003 avec une rémunération de 5.460,90.- €. L'appelant a touché auprès de **BANQUE** S.A. le montant mensuel de 13.439,75.- € y non compris la mise à disposition d'une voiture.

Au regard de ces données, la Cour est en mesure de fixer ex aequo et bono les dommages et intérêts pour préjudice matériel à la somme de 25.000.- €.

Quant au préjudice moral, eu égard aux éléments de la cause, il convient de le fixer à 5.000.- €.

X.) réclame à titre « d'incidence des corrections comptables sur le bonus et le prix de rachat des actions » la somme de 125.470.- € et à titre de « remboursement des actions » le montant de 59.880.- €.

BANQUE G S.A. conteste la compétence des juridictions du travail quant à ces deux demandes.

L'appelant n'a pas établi que ces deux demandes se rattachent au contrat de travail existant entre parties, de sorte que la Cour siégeant en matière d'appel de droit du travail, doit se déclarer incompétente pour en connaître.

X.) réclame encore à titre de bonification d'intérêts la somme de 30.000.- €.

Cette demande est contestée par **BANQUE** S.A.

L'appelant n'a pas versé des pièces détaillées ni donné des explications fondées quant à ce chef de sa demande, ne mettant pas la Cour en mesure de l'examiner. Cette demande doit par conséquent être déclarée non fondée.

Chacune des parties réclame une indemnité de procédure de 3.000.- € sur base de l'article 240 du nouveau code de procédure civile.

Ces demandes sont à déclarer non fondées, les parties appelante et intimée ne justifiant pas en quoi il serait inéquitable de laisser à leur charge les frais par elles exposés non compris dans les dépens.

PAR CES MOTIFS :

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

reçoit l'appel :

le dit partiellement fondé ;

réformant :

se déclare compétent pour connaître de la demande de **X.)** ;

dit le licenciement de **X.)** intervenu le 13 décembre 2002 abusif ;

dit que **X.)** a droit à des dommages et intérêts pour préjudice matériel de 25.000.- € et pour préjudice moral de 5.000.- € ;

partant condamne **BANQUE** S.A. à payer à **X.)** la somme de 30.000.- €, avec les intérêts légaux à partir de la demande en justice jusqu'à solde ;

se déclare incompétent pour connaître de la demande relative au montant de 125.470.- € réclamé à titre « d'incidence des corrections comptables sur le bonus et le prix de rachat des actions » et de celle relative au montant de 59.880.- € réclamé à titre de « remboursement des actions »;

dit la demande relative au montant de 30.000.- € réclamé à titre de bonification d'intérêts non fondée et en déboute ;

rejette les demandes de **BANQUE** S.A. et de **X.)** basées sur l'article 240 du nouveau code de procédure civile ;

condamne **BANQUE** S.A. aux frais et dépens des deux instances.