Exempt - appel en matière de droit du travail.

Audience publique du douze juillet deux mille sept.

Numéro 30830 du rôle

Présents:

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

E n t r e :

la société à responsabilité limitée C.) s.à r.l., établie et ayant son siège social à L-**(…)** , représentée par ses gérants actuellement en fonctions,

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Alex MERTZIG de Diekirch du 16 décembre 2005,

intimée sur appel incident,

comparant par Maître Fernand ENTRINGER, avocat à la Cour à Luxembourg,

e t :

B.), employé privé, demeurant à **L- (…)** ,

intimé aux fins du susdit exploit MERTZIG,

appelant par incident,

comparant par Maître Pierrot SCHILTZ, avocat à la Cour à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL:

Vu l'ordonnance de clôture de l'instruction du 19 avril 2007.

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

Par requête adressée le 10 novembre 2004 au tribunal du travail de Luxembourg, **B.)** a déclaré avoir été depuis le 19 mars 2004 en qualité d'employé (responsable de salle) au service de la s.à r.l. CAFE-RESTAURANT **C.)** et il réclama 24.399,61 € du chef de solde de salaires, outre les intérêts, ainsi que sur base de la responsabilité contractuelle, sinon sur base des articles 1382 et 1383 du code civil la somme de 1.000 € ou tout autre montant à fixer ex aequo et bono par le tribunal, à titre de dommages-intérêts pour préjudice moral.

Il sollicita 1.000 € sur base de l'article 240 du nouveau code de procédure civile.

Par jugement rendu contradictoirement le 1er décembre 2005, le tribunal du travail de Luxembourg :
a reçu la demande de **B.)** en la forme,
s'est déclaré compétent pour en connaître,
a condamné la s.à r.l. CAFE-RESTAURANT **C.)** à payer à **B.)** la somme de 23.399,60 € avec les intérêts évalués au taux légal à partir du 11 octobre 2004,
a prononcé l'exécution provisoire de cette condamnation,
a débouté **B.)** pour le surplus de sa demande,
a dit qu'il n'y a pas lieu de prononcer la majoration du taux d'intérêts,
a condamné la s.à r.l. CAFE-RESTAURANT **C.)** à payer à **B.)** la somme de 750 € sur base de l'article 240 du nouveau code de procédure civile,
a condamné la s.à r.l. CAFE-RESTAURANT **C.)** à tous les frais et dépens de l'instance.

De cette décision la s.à r.l. CAFE-RESTAURANT **C.)** a relevé appel par acte de l'huissier de justice Alex MERTZIG de Diekirch du 16 décembre 2005.

Elle demande de réformer le jugement de première instance et de dire que le tribunal du travail était incompétent pour connaître de la demande de **B.)**.

L'intimé soulève la nullité de l'acte d'appel, interjette subsidiairement appel incident quant aux dommages et intérêts pour préjudice moral et conclut à la confirmation de la décision de première instance pour le surplus.

Quant à la recevabilité de l'appel

B.) soulève la nullité de l'acte d'appel au motif qu'il ne mentionne pas de date.

La date de l'acte d'appel figure sur la fiche relative aux modalités de la remise de l'exploit laquelle fait partie intégrante de l'acte d'appel.

Conformément aux conclusions de l'appelante, le moyen de nullité opposé par **B.)** est donc à rejeter comme non fondé.

L'appel de la s.à r.l. **C.)**, fait par ailleurs dans les forme et délai de la loi, est à recevoir, de même que l'appel incident.

<u>Quant à la compétence des juridictions du travail</u>

Les parties sont en désaccord sur la question de savoir s'il existait entre elles un contrat de travail.

L'appelante fait valoir que la charge de la preuve de l'existence d'un contrat de travail incombe à **B.)** et elle conteste l'existence d'un lien de subordination.

B.) fait valoir que l'employeur, la société **C.)**, a fait une déclaration d'entrée auprès du centre commun de la sécurité sociale d'après laquelle il travaille pour lui en tant que « responsable de salle ».

Les fiches de salaire seraient venues corroborer mois par mois cet aveu relatif au statut de salarié dans le chef de **B.)**.

Celui qui se prévaut de la fictivité d'un acte devrait en rapporter la preuve.

B.) aurait effectué un travail subordonné de serveur, soumis aux directives et décisions stratégiques et organisationnelles des gérants, **R.B.)** et **L.)** .

A titre subsidiaire et pour autant que de besoin, **B.)** offre en preuve les faits suivants :
« Monsieur **B.)** a travaillé dans deux restaurants/cafés, à savoir au restaurant « **C.)** » et au **T.)** , et ce depuis le 19 mars 2004.
Il y effectuait un travail de serveur, c'est-à-dire qu'il faisait quotidiennement le service. Il a effectué un travail dépassant de loin les 8 heures par jour, samedis (et nombreux dimanches) compris.
Monsieur **B.)** n'avait pas de statut particulier, mais se trouvait sous la direction du gérant, Monsieur **R.B.)** qui assumait la gestion et donnait les ordres et directives de gestion du café. Monsieur **B.)** ne prenait aucune décision d'ordre administratif ou organisationnel. »

La s.à r.l. **C.)** a été constituée le 26 mars 1997 comme société unipersonnelle.

Le 25 février 2004 **L.)** a été nommée gérante technique, chargée d'assurer la gestion courante de la succursale que la s.à r.l. **C.)** entendait ouvrir au centre commercial **T.)** à (…) .

Suivant procès-verbal d'une assemblée générale extraordinaire du 1er mars 2004, une succursale a été ouverte au centre commercial **T.)** à (…) et **R.B.)** a été nommé gérant technique.

Lors d'une assemblée générale extraordinaire en date du 6 avril 2004, le capital social de la s.à r.l. **C.)** a été augmenté de 12.500 € à 105.500 € par l'émission de 3.720 parts sociales nouvelles, souscrites à concurrence de respectivement 1.400, 1.400 et 920 parts sociales par **R.B.)**, **B.)** et **L.)** .

L'ensemble des parts sociales a été détenu à raison de 1.900 par **R.B.)**, de 1.400 par **B.)** et de 920 par **L.)** .

Le 11 octobre 2004 **B.)** a déclaré présenter sa démission avec préavis en tant qu'employé.

Aucun contrat de travail n'a été signé entre la s.à r.l. **C.)** et **B.)**.

Face aux contestations de la s.à r.l. **C.)** relatives à l'existence d'un contrat de travail, la charge de la preuve afférente incombe au demandeur **B.)**.

Suivant déclaration d'entrée auprès du Centre Commun de la Sécurité Sociale, **B.)** a été affilié par la s.à r.l. **C.)** le 1er juin 2004 comme responsable de salle ; une déclaration de sortie a été faite le 30 septembre 2004.

Des fiches de salaire pour les mois de juillet et d'août 2004 ainsi qu'un certificat de rémunération et de retenue d'impôt ont été établis.

Ces éléments sont cependant insuffisants pour prouver en l'espèce l'existence d'un contrat de travail, ceci non seulement eu égard au fait que **B.)** détient un nombre important des parts sociales dans la société, mais encore en raison des liens familiaux étroits entre le demandeur et l'associé majoritaire/gérant **R.B.)**.

Il s'impose dès lors d'examiner si les éléments constitutifs d'un contrat de travail sont réunis.

Il résulte des attestations testimoniales de **M.)** , **L.) , S.)** et **P.)** que **B.)** a travaillé au Centre **T.)** au « …» à (…) et au Restaurant « **C.)** » à (…) .

Le chef de cuisine **L.)** a attesté que **B.)** n'avait pas le pouvoir de décision sur l'organisation du travail, que **R.B.)** en avait le seul pouvoir.

M.) a déclaré : « Meiner Ansicht nach erschien **R.B.)** immer nur als ″ Kontrollgast″ oder Chef. »

L'appelante verse également des attestations testimoniales.

Des divergences existent entre les attestations **L.)** et **D.)** sur la question de savoir si **D.)** a été embauché par **B.)** ou **R.B.)**. Il reste cependant que **D.)** a attesté encore que **B.)** a établi les horaires de travail du salarié et fixé ses jours de congé, a donné les conseils à lui demandés, sans se concerter avec son associé **R.B.)**, et choisi lui-même ses propres horaires de travail.

E.) a déclaré que **B.)** l'a reçue lors de son engagement, a établi ses horaires de travail et déterminé ses jours de congé ; il résulte encore de son attestation que **B.)** n'était pas soumis à un horaire de travail, que **R.B.)** était responsable au café « **C.)** » à (…) et que d'après les explications des deux patrons, **B.)** était le seul responsable pour le personnel du « **T.)** ».

K.) a attesté avoir travaillé plusieurs mois avec **B.)** « qui, selon ses activités journalières, était considéré par moi-même comme par mes collègues comme patron. En effet, celui-ci programmait les ordinateurs, passait les diverses commandes, préparait les horaires de travail du personnel, et si quelqu'un désirait avoir congé, c'est également auprès de lui que nous nous rendions ; j'affirme aussi qu'il prenait ces décisions seul, sans l'avis d'un associé, car nous avions directement une réponse. »

J.) a certifié que **B.)** se présentait comme gérant de la brasserie « …», qu'il dirigeait le personnel et s'occupait du fonctionnement de la brasserie.

G.) , indiquant avoir été en bons termes avec **R.B.)** et **B.)**, a déclaré que les deux frères lui ont confirmé que **B.)** travaillerait comme patron au « **T.)** », c'est-à-dire qu'il aurait pouvoir de décision et qu'il ne serait pas dépendant de **R.B.)**.

V.) , travaillant occasionnellement au Café-Restaurant « **C.)** », a attesté que **B.)** lui aurait dit que lui-même devait organiser et diriger tout au « …», que **B.)** était « chef » au « …» et **R.B.** « chef » au Café « **C.)** », que **B.)** n'était pas engagé sous la direction de **R.B.)**.

Des attestations testimoniales de **A.T.)** , connaissance de longue date des deux frères **B.)** , et de **X.)** , client, déclarant connaître assez bien la situation des

personnes impliquées, il résulte encore que **B.)** était désigné à gérer en tant que « patron » le Restaurant « … », qu'il y était le chef.

Non seulement les attestations testimoniales produites en cause par l'appelante contredisent-elles la déclaration faite par **L.)** quant au détenteur du pouvoir de décision au Restaurant « … », mais en plus elles convergent toutes dans le sens de l'absence d'un lien de subordination entre **B.)** et la s.à r.l. **C.)**.

L'élément caractéristique du contrat de travail, l'existence d'un lien de subordination entre employeur et salarié, laisse ainsi d'être établi par les attestations testimoniales versées par **B.)**.

L'existence d'un lien de subordination est encore mise en doute par la signature par **B.)** d'un contrat de leasing financier à hauteur de 14.220 € avec un acte de cautionnement personnel de sa part, ces éléments soulignant dans son chef la qualité d'associé doté d'une certaine part du pouvoir de décision au sein de la société et faisant admettre la qualité de dirigeant dans son chef.

Les faits offerts en preuve ne comportent aucune précision quant aux ordres et aux directives que **R.B.)** aurait donnés à **B.)** et qui auraient été spécifiques à une relation employeur-salarié ; aucun contrôle de son travail n'est offert en preuve ; l'audition de témoins n'est ainsi pas non plus susceptible d'établir l'existence d'un lien de subordination entre la s.à r.l. **C.)** et **B.)**.

L'offre de preuve présentée par **B.)** est donc à rejeter pour être dénuée de pertinence.

La preuve relative à un lien de subordination entre **B.)** et la s.à r.l. **C.)** n'étant pas rapportée, les juridictions du travail sont incompétentes pour connaître de la demande et partant de l'appel incident de **B.)**.

<u>Quant à la demande en remboursement présentée par la s.à r.l. C.)</u>

L'appelante conclut au remboursement des montants touchés en suite du premier jugement, soit 23.399,60 €, plus 750 €, plus les intérêts et les frais.

L'intimé soulève l'irrecevabilité de cette demande comme constituant une demande nouvelle et il conteste le montant réclamé.

L'affaire est renvoyée devant le conseiller de la mise en état aux fins de permettre aux parties de prendre position quant à la compétence de la juridiction saisie pour connaître de cette demande.

<u>Quant aux demandes présentées sur base de l'article 240 du nouveau code de procédure civile</u>

Chacune des parties sollicite une indemnité de procédure de 1.000 €.

Ces demandes sont réservées.

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 principal et l'appel incident,

déclare l'offre de preuve présentée par **B.)** irrecevable,

déclare l'appel principal fondé,

<u>réformant :</u>

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

se déclare incompétente pour connaître de l'appel incident de **B.)**,

renvoie l'affaire devant le conseiller de la mise en état pour permettre aux parties de prendre position quant à la compétence de la juridiction saisie pour connaître de la demande en remboursement présentée par la s.à r.l. **C.)**,

réserve le surplus.