

Numéro 28060 du rôle.
Exempt - appel en matière de droit du travail.
Audience publique du neuf février deux mille six.

Présents:

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

Entre:

A, employée privée, demeurant à x, appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice suppléant Yves TAPELLA, en remplacement de l'huissier de justice Roland FUNK de Luxembourg, du 12 août 2003, comparant par Maître Lydie LORANG, avocat à la Cour à Luxembourg,

et:

la société anonyme B S.A., établie et ayant son siège social à x, représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, intimée aux fins du susdit exploit TAPELLA, comparant par Maître Alex KRIEPS, avocat à la Cour à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL:

Vu l'ordonnance de clôture de l'instruction du 14 juillet 2005. Oui le magistrat de la mise en état en son rapport oral à l'audience.

Par requête déposée au greffe de la justice de paix de Luxembourg en date du 24 décembre 2002, A a fait convoquer son ancien employeur, la société anonyme B devant le tribunal du travail (section employés privés) pour s'entendre condamner à lui payer, suite à son licenciement qu'elle qualifia d'abusif, divers montants d'un total de 280.405,92 €, outre les intérêts légaux.

A l'appui de sa demande, elle exposa qu'elle exerçait depuis le 1^{er} août 1995 la fonction d'employée à titre de «deputy chairman» auprès de la B, que dans le contexte de ses fonctions, elle était, ensemble avec un autre membre du conseil d'administration de B, déléguée à la gestion journalière, avec obligation de reporting au conseil d'administration,

que par lettre recommandée du 17 septembre 2002, elle fut avisée qu'en date du 16 septembre 2002, l'Assemblée générale des actionnaires l'avait révoquée de son mandat d'administrateur-délégué,

que minée par les agissements de certains actionnaires, elle tomba malade, de sorte qu'elle fut en arrêt de travail du 19 septembre au 25 octobre 2002 et du 26 octobre 2002 au 29 novembre 2002,

que par lettre recommandée datée du 25 octobre 2002, alors même qu'elle était en congé de maladie, le conseil de B lui notifia son licenciement dans les termes suivants :

« Madame,

Par décision du 20 septembre 2002, le Conseil d'administration a mis fin à vos fonctions d'administrateur-délégué.

L'accès à B vous est donc interdit.

Si par impossible vous étiez d'avis que vous avez la qualité d'employée privée, votre employeur vous notifie par les présentes le licenciement immédiat pour les motifs suivants: Lors d'un déjeuner avec Monsieur X au mois de septembre 2002, sans préjudice d'une date plus précise, vous avez fait remarquer à Monsieur X que si B mettait fin à vos fonctions d'administrateur-délégué, vous n'hésiteriez pas à dénoncer les pratiques illégales de la banque à l'autorité de contrôle.

Vous savez très bien que depuis sa constitution B n'a pas commis la moindre illégalité.

Au vu de vos fonctions d'administrateur-délégué et de la confiance que la banque doit avoir en vous, ces faits sont d'une gravité telle que le maintien des relations de travail est devenu immédiatement et irrémédiablement impossible.

Veuillez agréer, Madame, l'expression de mes sentiments très distingués. »

La société anonyme B souleva l'incompétence rationne materiae du tribunal du travail au motif que les parties seraient en présence d'un mandat social et non pas d'un contrat de travail.

Par jugement rendu contradictoirement le 11 juillet 2003, le tribunal du travail s'est déclaré incompétent pour connaître de la demande.

Pour statuer ainsi, le tribunal a notamment retenu la motivation suivante :

« Le cumul dans une même personne des fonctions d'administrateur-délégué et de salarié d'une société anonyme (est possible), à condition que le contrat de travail conclu entre parties soit une convention réelle et sérieuse qui correspond à une fonction réellement exercée, caractérisée par un rapport de subordination de salarié à employeur.

Il est nécessaire que les fonctions exercées en qualité d'employé subordonné soient distinctes de celles occupées par son titulaire en tant qu'organe de la société.

En cas de contestations, il appartient au demandeur à l'action de démontrer l'existence des faits qui engendrent la compétence et plus spécialement de rapporter la preuve du contrat de travail qu'il invoque et d'en établir l'élément essentiel, à savoir l'existence d'un rapport de subordination juridique plaçant le salarié sous l'autorité de l'employeur qui lui donne des ordres concernant l'exécution du travail, en contrôle l'accomplissement et en vérifie les résultats.

L'existence d'un contrat de travail ne dépend ni de la volonté exprimée par les parties, ni de la dénomination ou de la qualification qu'elles ont donnée à leur convention, mais des conditions de fait dans lesquelles s'exerce l'activité du salarié.

Ainsi la preuve du contrat de travail peut résulter d'un ensemble d'éléments qui constituent des présomptions précises et concordantes faisant conclure à l'existence d'un lien de subordination. (...)

En l'occurrence, le contrat de travail ne précise ni les tâches, ni un quelconque horaire de travail de la requérante.

Les demandes de congé pour les mois de mars, avril, mai et août 2002 ont été signées par A elle-même.

Lors de sa révocation de sa fonction d'administrateur-délégué avec effet immédiat en date du 16 septembre 2002, son mandataire a demandé par lettre du 3 octobre 2002, de définir la tâche future qu'elle aura à remplir dans le contexte de son contrat de travail. Si le contrat de travail avait été réel, la tâche de la requérante aurait été fixée dès le début des soi-disant relations de travail.

Il n'est pas non plus établi, abstraction faite de l'existence ou non d'un lien de subordination, que A ait exercé en qualité d'employée des fonctions distinctes de celles occupées par elle en tant qu'organe de la société.

Comme il n'est ni allégué, ni offert en preuve que A aurait effectué d'autres travaux que la restructuration précise de B, tâche énumérée à l'article X du contrat, elle n'a pas prouvé la diversité des fonctions dont elle se prévaut.

A n'a pas rapporté la preuve d'un lien de subordination et partant le contrat de travail n'était que fictif et elle n'a jamais exercé de réelles fonctions sous les ordres de son employeur. »

Par exploit d'huissier du 12 août 2003, A a régulièrement relevé appel du jugement du 11 juillet 2003.

Elle demande à la Cour de le réformer, de dire que le tribunal du travail était compétent pour connaître de la demande, quant au fond et par évocation, de déclarer le licenciement abusif et de condamner l'intimée à lui payer les montants actualisés d'un total de 302.914,34 € outre les intérêts.

L'appelante fait plaider que c'est à tort que le tribunal a estimé que l'existence d'un contrat de travail ne dépendait que des conditions de fait dans lesquelles s'exerce l'activité du salarié pour venir ensuite à la conclusion qu'un lien de subordination n'existait pas en l'espèce et se déclarer dès lors incompétent pour connaître de la demande ;

qu'en effet, il résulterait du contrat soumis à la Cour que les parties ont souhaité soumettre le contrat à la loi régissant le contrat de travail ;

qu'ainsi il est prévu dans l'article XI que le contrat aurait une durée déterminée jusqu'au 31 septembre 1998 et que si un licenciement intervenait quand même, par dérogation à l'article 17, alinéa 2 de la loi sur le contrat de travail, des dommages et intérêts équivalents aux rémunérations à percevoir jusqu'au 31 septembre 1998 seraient dus. Par avenant du 16 mai 1997, cette période fut prolongée jusqu'au 31 mai 2002 dans les mêmes conditions ; que la loi sur le contrat de travail serait donc celle choisie par les parties.

Elle expose encore en ordre subsidiaire que c'est à tort que le tribunal du travail a estimé que la preuve du lien de subordination appartenait à la requérante ; que la présence d'un contrat de travail écrit et signé comme en l'espèce, opérerait renversement de la charge de la preuve, en ce qu'en présence d'un écrit signé par les parties, il appartiendrait à la partie qui se prévaut de l'absence d'un lien de subordination de rapporter la preuve de cette absence.

Elle expose ensuite qu'elle exerçait au sein de B la fonction de cadre supérieur, ayant à gérer la banque sous l'ordre du conseil d'administration et engagée par B pour ses qualifications professionnelles, d'abord pour la restructurer, ensuite pour la gérer.

Le conseil d'administration, qui comporte les deux directeurs conformément aux exigences de la loi sur le secteur bancaire et de la CSSF, faisait office de véritable organe de contrôle, son président représentant l'actionnaire majoritaire étant le supérieur hiérarchique direct des deux directeurs. Or, le cadre supérieur directeur est un employé privé.

L'appelante offre de prouver par toutes voies de droit et notamment par témoins :

« que dans la pratique journalière de B toute décision tenant à la gestion journalière de B, autre que l'organisation interne du travail, était prise par les deux directeurs, X et A, avec l'accord préalable du président du conseil d'administration qui effectuait la surveillance générale et sans l'aval duquel aucune décision engageant d'une façon ou d'une autre la banque n'était prise ».

La société intimée demande la confirmation du jugement attaqué.

Elle expose que le tribunal du travail est une juridiction d'exception qui ne connaît que des affaires qui lui sont attribuées par la loi. Aux termes de l'article 25 du nouveau code de procédure civile le tribunal du travail connaît des contestations relatives au contrat de travail entre employeurs et salariés. L'incompétence du tribunal du travail pour connaître des affaires qui ne sont pas de sa compétence est d'ordre public. Il s'ensuit que l'appelante doit prouver qu'elle était liée à l'intimée par un contrat de travail qui est « un contrat qui place le salarié sous l'autorité de l'employeur qui lui donne des ordres concernant l'exécution du travail, en contrôle l'exécution et en vérifie le résultat ». Il appartient donc à l'appelante de rapporter la preuve d'un contrat de travail se caractérisant par un lien de subordination. Le lien de subordination ne dépend ni de la volonté exprimée par les parties, ni de la dénomination qu'elles ont donnée à leur convention, mais des conditions de fait dans lesquelles est exercée l'activité salariée.

La société intimée fait encore plaider que si le cumul dans une même personne des fonctions d'administrateur-délégué et de celles d'employé privé est possible, il faut pour qu'une relation de travail existe, que l'administrateur-délégué exerce une fonction technique distincte de son mandat social, fonction qu'il remplit sous la surveillance et l'autorité permanente du conseil d'administration.

L'antériorité du contrat de travail a toujours été un critère important pour vérifier le caractère réel du contrat de travail. Le fait qu'il est postérieur à la nomination aux fonctions d'administrateur-délégué prouve en général son caractère fictif.

Si l'appelante avait assumé une fonction distincte de celle d'administrateur-délégué, point n'aurait été besoin de déterminer ses fonctions après sa révocation comme administrateur-délégué.

L'intimée affirme également que contrairement à ce que soutient l'appelante, elle n'avait pas d'horaires fixes comme tous les autres employés de la banque et n'était pas présente à B au moins 8 heures par jour. En fait, Madame A venait travailler de 10 à 11 heures. De 11 à 16 heures elle se consacrait à ses activités équestres. Après 16 heures, il lui arrivait de faire de courtes visites au bureau.

Quant au fond, selon l'intimée, il résulte du jugement dont appel, page 3, qu'en première instance les parties ont limité les débats à la compétence du tribunal sans plaider le fond de l'affaire. L'appel n'a donc pas saisi la Cour du fond de l'affaire ; il n'y a pas lieu à évocation alors que le jugement n'encourt pas la nullité.

En tout état de cause il y a lieu de garantir à l'intimée le double degré de juridiction et de renvoyer l'affaire devant les premiers juges pour le cas où la Cour se déclarait compétente pour connaître de l'affaire.

Quant à la maladie invoquée par l'appelante, cette dernière aurait omis d'en informer son employeur et comme l'employeur n'était pas informé de la maladie le jour même de l'empêchement, il pouvait valablement procéder au licenciement de l'appelante le 26 octobre 2002.

Quant à la compétence

En principe, celui qui invoque l'existence d'un contrat de travail doit en établir la preuve.

Cependant, lorsque les parties sont en présence d'un contrat de travail apparent, il incombe à celui qui conteste l'existence d'un lien de subordination d'établir le caractère fictif du contrat.

En l'espèce, il est constant en cause que le 1^{er} avril 1995, les parties litigantes ont signé un document intitulé « Contrat de louage de service » qui qualifie A d'employée.

Avant d'examiner les différents moyens invoqués par les parties, il échet d'analyser le contrat en question afin d'en déterminer le caractère sérieux et complet et de décider s'il constitue un contrat de travail apparent susceptible d'opérer un renversement de la charge de la preuve en défaveur de l'employeur.

Le contrat précise que l'employée bénéficie d'une rémunération mensuelle de 600.000,- francs, liée à l'indice du coût de la vie, et d'une allocation dite du « treizième mois », conformément à l'article seize de la convention collective du travail des employés de banque du 1 janvier 1991, ainsi que de primes de performance « conformément aux règlements en vigueur dans la Banque ».

Outre la rémunération, le contrat prévoit, quant à la prestation de travail, que l'employée est engagée en tant que « Deputy Chairman ».

Cette mention est précisée à l'article X du contrat qui détermine la mission de l'employée durant la période allant jusqu'au 31 septembre 1998 comme « tâche précise consistant dans la restructuration de la Banque. »

Par ailleurs, aux termes de l'article VII, l'employée « s'engage à respecter les règlements de toute nature qui seraient ou viendraient à être établis par la Banque. »

La société intimée soutient à juste titre que la fonction de « deputy chairman » (vice-président du conseil d'administration) n'est en elle-même pas un emploi salarié.

Il échet donc d'examiner si, dans l'organisation de B, la tâche de l'appelante consistant dans la restructuration de la banque correspondait à une activité réelle.

A cet égard, l'appelante verse un organigramme (organisation chart) qui la mentionne comme « Managing Director », sous l'autorité du « Board of Directors ».

Un autre document précise qu'au 31 décembre 2000, "Mr X and Mrs A are Managing Directors responsible for daily management and were appointed pursuant to articles 7.(2) and 19.(2) of the law of April 5. 1995 on the financial sector."

Deux autres documents fixant les devoirs et responsabilités des membres du comité des directeurs notent en ce qui concerne l'appelante: "Chairman of the Treasury Committee, Deputy Chairman of the Credit Committee, Accounting Department, Payment Section, Secretariat, Computer, Dealing Department, Correspondant relations, Relations with Staff Delegation".

Il résulte par ailleurs des pièces versées que A figurait sur la liste des employés de B et qu'elle bénéficiait d'une pension complémentaire.

L'ensemble des faits relevés ci-avant n'est pas incompatible avec les énonciations de l'article XII du contrat de travail qui stipule que le contrat est régi par la loi portant règlement du louage de service des employés privés ainsi que par les dispositions de la convention collective de travail des employés de banque.

Contrairement aux conclusions principales prises par l'appelante, l'apparence de régularité d'un contrat de travail écrit n'établit pas en elle-même la compétence des juridictions du travail, mais ne fait que renverser la charge de la preuve en faveur de la salariée. Il s'ensuit que, les parties étant en présence d'un contrat de travail apparent, il incombe à B qui conteste la validité du contrat, d'en établir le caractère fictif.

Pour ce faire, l'intimée invoque d'abord l'antériorité du mandat social par rapport au contrat litigieux.

En l'occurrence, le contrat de louage de service du 1^{er} août 1995 précise qu'il entre en vigueur « depuis le moment d'arrivée de Mme A à Luxembourg ».

Etant donné que la coexistence d'un mandat social avec un contrat de travail est possible en principe, l'antériorité de l'un par rapport à l'autre ne prouve pas, par elle-même, le caractère fictif du second en date.

La société intimée souligne ensuite l'absence d'horaire prévu dans le contrat du 1^{er} août 1995 et affirme que l'appelante travaillait seulement quelques heures par jour.

Ces faits ressortent de l'attestation testimoniale de E. La même attestation fait cependant ressortir une grande différence en ce qui concerne la présence dans B de Messieurs X et X qui assistaient en moyenne à 12 réunions par an et l'appelante qui avait une présence journalière d'environ 5 heures et demie ou 6 heures. Une telle présence, même si elle est inférieure à celle de la plupart des employés de banque, est cependant nettement supérieure à celle des personnes exerçant un pur mandat social et ne prouve par conséquent pas l'affirmation de la société intimée.

La société intimée entend ensuite établir l'absence de lien de subordination par le fait que A aurait signé et autorisé elle-même ses demandes de congé et qu'elle se serait servie dans la caisse de B sans demander l'avis de B.

Les pièces versées à ce sujet sont divers documents intitulés « Absence Form » visant des absences de respectivement 3, 6, 2 et 2 jours dans le courant de l'année 2002.

L'appelante de son côté estime qu'il résulte de ces pièces qu'elle devait remplir une demande de congé comme tous les autres employés, même si pour des raisons d'ordre administratif elle a contresigné elle-même ses demandes.

Etant donné qu'il n'est pas établi si les « Absence Form » constituent des demandes de congé ou des décisions accordant le congé sollicité, aucune conclusion formelle ne peut en être tirée.

Quant aux avances de caisse imputées à l'appelante, la pièce invoquée documente une avance de 500 €, un montant facturé de 175 € et un montant remboursé de 230 €, laissant subsister un « solde caisse » de 95 €.

Ce montant, absolument dérisoire par rapport à la rémunération mensuelle de l'appelante, ne permet pas de retenir qu'elle se servait à sa guise dans la caisse de la banque.

Les attestations testimoniales X et X que B invoque pour établir l'absence de lien de subordination de l'appelante à l'égard du conseil d'administration, voire du président de ce conseil d'administration, ne sont pas concluantes.

X mentionne les activités des présidents X et X, ainsi que les heures de présence de A, et le fait que cette dernière signait des contrats de crédit, de leasing et d'achat de matériel informatique, sans se prononcer sur l'éventuel lien de subordination de l'appelante envers le conseil d'administration.

Il convient d'ailleurs de noter que la signature des contrats mentionnés peut parfaitement rentrer dans la compétence des directeurs de banque au sens courant du terme, même non membres d'un conseil d'administration.

L'attestation X, dans la mesure où elle vise l'indépendance de l'appelante vis-à-vis de lui-même, est contredite par les attestations des dénommés X et X qui insistent sur la soumission de l'appelante au conseil d'administration.

Les offres de preuve produites de part et d'autre sont donc à rejeter pour être respectivement d'ores et déjà contredites par les éléments acquis en cause, ou dépourvues de caractère pertinent.

La pratique invoquée par les deux parties que « toutes les banques de la place font profiter leurs administrateurs délégués d'un contrat de travail et de la nécessaire protection qui en découle », ne démontre rien quant à la validité ou au caractère fictif de tels contrats, mais

expose les banques concernées aux conséquences de l'apparence qu'elles contribuent à créer.

Il se dégage des développements qui précèdent que B n'a pas réussi à établir que le contrat de travail du 1^{er} août 1995 ne constitue qu'une fiction.

Le jugement attaqué est par conséquent à réformer et il échet de dire que le tribunal du travail est compétent pour connaître de la demande.

Quant au fond

Le jugement attaqué retient que les parties se sont accordées à limiter les débats à la question de la compétence du tribunal du travail.

La Cour estime qu'en l'absence de débat contradictoire sur le fond en première instance, il convient de respecter le double degré de juridiction, tant en ce qui concerne l'applicabilité de l'article 35(3) de la loi sur le contrat de travail que les diverses demandes de l'appelante.

Les demandes des deux parties basées sur l'article 240 du nouveau code de procédure civile sont à rejeter, aucune partie n'ayant établi en quoi il serait inéquitable de laisser à sa charge les frais par elle exposés et 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 de A, le déclare fondé, réformant :

dit que le tribunal du travail est compétent pour connaître de la demande, rejette les offres de preuves faites par les deux parties, dit qu'il n'y a pas lieu à évocation,

rejette les demandes basées sur l'article 240 du nouveau code de procédure civile,

renvoie l'affaire en prosecution de cause devant le tribunal du travail de Luxembourg, autrement composé,

condamne la S.A. B aux frais et dépens des deux instances et ordonne la distraction de ceux de l'instance d'appel au profit de Maître Lydie LORANG, avocat constitué qui la demande, affirmant en avoir fait l'avance.