

AFFAIRE PRUD'HOMALE

DOUBLE RAPPORTEUR

R.G : N° RG 16/03189 - N° Portalis DBVX-V-B7A-KJ2V

X

C/

SOCIÉTÉ A

APPEL D'UNE DÉCISION DU :

Conseil de Prud'hommes - Formation paritaire de LYON

du 31 Mars 2016

RG : F 14/00268

COUR D'APPEL DE LYON
CHAMBRE SOCIALE B
ARRÊT DU 11 JANVIER 2019

APPELANT :

Jérôme X

Comparant en personne, assisté de Me Georges MEYER de la SELARL DELGADO & MEYER, avocat au barreau de LYON

INTIMÉE :

Société A

Représentée par Me Philippe GAUTIER de la SELARL CAPSTAN RHONE-ALPES, avocat au barreau de LYON

DÉBATS EN AUDIENCE PUBLIQUE DU : 08 Novembre 2018

Présidée par Michel SORNAY, Président, et Natacha LAVILLE, conseiller, magistrats rapporteurs (sans opposition des parties dûment avisées) qui en ont rendu compte à la Cour dans leur délibéré,

assistés pendant les débats de Gaétan PILLIE, Greffier.

COMPOSITION DE LA COUR LORS DU DÉLIBÉRÉ :

- Michel SORNAY, président
- Natacha LAVILLE, conseiller
- Sophie NOIR, conseiller

ARRÊT : CONTRADICTOIRE

Prononcé publiquement le 11 Janvier 2019 par mise à disposition de l'arrêt au greffe de la Cour, les parties en ayant été préalablement avisées dans les conditions prévues à l'article 450 alinéa 2 du code de procédure civile ;

Signé par Michel SORNAY, Président et par Gaétan PILLIE, Greffier auquel la minute de la décision a été remise par le magistrat signataire.

FAITS, PROCÉDURE ET PRÉTENTIONS DES PARTIES :

La société X IMMOBILIER exerçait une activité de gestion et de transactions immobilières.

Elle appliquait la convention collective nationale de l'immobilier (administrateurs de biens, sociétés et agents).

Jérôme X, fils du fondateur de la société, a été embauché par cette dernière à compter du 1er juin 1992 en qualité d'employé responsable de gérance, niveau IV, coefficient 290 dans le cadre d'un contrat de travail à durée indéterminée à temps plein, avec pour missions de développer le service de gestion des syndicats de copropriété de la société, et d'assurer, notamment, le suivi comptable, technique et juridique des syndicats de copropriétés.

A compter de l'année 1994, il a été nommé Président du conseil d'administration.

Le 31 janvier 2005, suite à la transformation de la société en SAS, son mandat social a été confirmé et il a été nommé président de la SAS X IMMOBILIER sans limitation de durée.

Aux termes d'un protocole d'acquisition d'actions du 30 mai 2006, la société A a acquis 34% du capital de la SAS X.

Le capital social de la société était alors réparti comme suit:

- Jean X: 45,84 %
- SOCIÉTÉ B: 14,16 %
- Jérôme X: 6%
- SOCIÉTÉ A: 34 %.

Aux termes de ce protocole, conclu sous conditions suspensives, les parties ont convenu de ce que:

- ' (...) *Monsieur Jérôme X s'engage (.) à continuer d'exercer les fonctions de Président de la Société pendant une durée de 8 ans à compter de la date de réalisation (.). Monsieur Jérôme X déclare expressément n'être plus lié à la Société par un contrat de travail. Il déclare également, s'il a été lié à cette Société par un tel contrat de travail, n'avoir droit, à ce titre, à aucune rémunération ou indemnité que ce soit au titre de ce contrat de travail ou sa cessation.*

- *à la date de réalisation, les Associés Majoritaires s'engagent à voter en faveur des résolutions suivantes tendant à : (.)- fixer la durée du mandat de Monsieur Jérôme X en qualité de président de la société.*

Monsieur Jérôme X sera nommé à compter de la date de réalisation pour une durée ferme de 8 ans expirant le 30 juin 2014. Le président sera révocable, par décision des associés représentant un tiers des voix, uniquement en cas de faute grave rendant impossible le maintien de son mandat social tel que définie par les tribunaux français en matière de droit du travail.(.).

- *à la date de réalisation, les Associés Majoritaires s'engagent à voter en faveur d'une résolution tendant à fixer la rémunération de Monsieur Jérôme X en qualité de président de la société de la manière suivante :*

En sa qualité de Président de la Société, Monsieur Jérôme X percevra, à compter de la date de réalisation, une rémunération annuelle brute de 65'000 €, outre une rémunération brute annuelle variable égale à 0,5 % du chiffre d'affaires hors taxes réalisé par la Société au titre de l'exercice écoulé (.)'.

Monsieur Jérôme X bénéficiera, en outre, une prime annuelle brute égale à 2 % du montant du résultat d'exploitation de la société comptabilisée au titre de l'exercice écoulé si ce résultat d'exploitation excède 10 % du chiffre d'affaires hors taxes comptabilisées à cette date. Cette prime sera payable lors de la régularisation de la rémunération variable. (.)'

Aux termes d'une assemblée générale de la SAS X IMMOBILIER du 12 juillet 2006 il a été notamment décidé:

- de la création d'un conseil de surveillance de trois membres exerçant un contrôle permanent de la gestion de la Société par le président, la société A en étant membre de droit

- des modalités de révocation du président de la société

- que Jean X et la société SOCIÉTÉ B, représentée par Raymond X, soient désignés membres du conseil de surveillance sans limitation de durée

- que le mandat de président de Jérôme X expirerait le 30 juin 2014

- des modalités de rémunération de Jérôme X en sa qualité de président.

Le 19 janvier 2007, Jérôme X a acquis en son nom propre un appartement de 77 m2 situé au dessus des locaux de la société, qu'il lui a loués à partir du 1er mars 2007.

À compter du 6 janvier 2009, Jérôme X a également exercé les fonctions de conseiller prud'hommes à Grenoble, collège 'employeurs', section 'commerce'.

Par protocole d'accord du 31 mars 2010, signé alors que les actions des associés majoritaires (Jean X, la société SOCIÉTÉ B et Jérôme X) faisaient l'objet de promesses de

ventes au profit de la société A expirant le 30 septembre 2014, Jean X, la SOCIÉTÉ A, Jérôme X - ce dernier agissant tant à titre personnel qu'en sa qualité de Directeur général unique de la SA à directoire et conseil de surveillance SOCIÉTÉ B - et la SA X IMMOBILIER ont convenu, sous conditions suspensives:

- d'une prise de participation majoritaire du groupe A dans le capital et les droits de vote de la société X immobilier
- de la conclusion d'un contrat de collaboration commerciale entre X IMMOBILIER et les filiales de la société A au titre de leurs activités communes de vente, de location et de gestion immobilière.
- d'une promesse d'embauche de Jérôme X par la société X IMMOBILIER en qualité de *'directeur de [X IMMOBILIER] dans le cadre d'un contrat de travail à durée indéterminée qui prendra effet au terme de son mandat social de Président expirant le 30 juin 2014, date à laquelle A devra détenir l'intégralité du capital D'X IMMOBILIER et sous la condition suspensive que Monsieur Jérôme X exerce toujours son mandat à cette date (...)'*.

Par décision d'assemblée générale du 31 mai 2010, la dénomination sociale de la SAS X IMMOBILIER est devenue 'A SUD RHONE ALPES'.

Jérôme X a cédé ses dernières actions au 31 décembre 2012 en sorte que la société est alors devenue la propriété de la seule société A.

Par courrier remis en mains propres du 22 novembre 2013, Jérôme X a donné sa démission de ses fonctions de mandataire social de la SOCIÉTÉ A, démission qu'il a ensuite contestée par courrier du 27 novembre 2013 en indiquant qu'il avait été contraint de la présenter sous la menace d'une plainte pénale mais sur laquelle la présidente, Madame Y, présidente de la SOCIÉTÉ A, a refusé de revenir.

Jérôme X a saisi le conseil de prud'hommes de LYON le 23 janvier 2014 pour faire juger que son licenciement ne reposait pas sur une cause réelle et sérieuse et obtenir le paiement d'une indemnité compensatrice de préavis et des congés payés y afférents, d'une indemnité conventionnelle de licenciement et de dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse.

Le 5 février 2014, la SOCIÉTÉ A a déposé plainte contre Jérôme X pour abus de biens sociaux en raison, notamment, de la conclusions d'un bail commercial entre la société X IMMOBILIER, alors représentée par Jean X, et Jérôme X, propriétaire à titre personnel d'un appartement de 77 m2 loué à un prix trois fois supérieur à celui du marché.

Cette plainte a fait l'objet d'un classement sans suite par le procureur de la République de GRENOBLE le 13 septembre 2018 au motif que des poursuites pénales seraient non proportionnées ou inadaptées au regard du préjudice causé par l'infraction révélée.

Par jugement du 31 mars 2016 le conseil des prud'hommes de Lyon a :

- dit et jugé que Jérôme X était salarié de la SOCIÉTÉ A
- fixé le salaire moyen mensuel brut de Jérôme X à la somme de 8311,47 €
- dit et jugé que la démission de Jérôme X est régulière et produit tous ses effets

En conséquence,

- débouté Jérôme X de l'ensemble de ses demandes, y compris au titre de l'article 700 du code de procédure civile

- dit et jugé que chaque partie conservera la charge de ses propres dépens.

Jérôme X a régulièrement interjeté appel de ce jugement le 26 avril 2016.

La SOCIÉTÉ A a également interjeté appel de ce jugement le 29 avril 2016.

Les deux procédures ont été jointes par ordonnance du 30 septembre 2016.

*

Dans ses dernières conclusions, **Jérôme X** demande à la cour:

' de confirmer le jugement du conseil des prud'hommes en ce qu'il a dit et jugé que Monsieur Jérôme X était salarié de la SOCIÉTÉ A

' de l'infirmier pour le surplus,

' de statuer à nouveau et :

' de dire et juger que la démission n'est pas valable en ce qu'elle ne résulte pas d'une volonté claire et non équivoque de Monsieur Jérôme X ou à tout le moins, qu'elle était limitée au mandat social de ce dernier ;

' de dire et juger que la rupture du contrat de travail, imputable à l'employeur, s'analyse en un licenciement nul ;

en conséquence,

' de condamner la société A à payer à Monsieur Jérôme X les sommes suivantes :

- 25'410 € à titre d'indemnité compensatrice de préavis
- 2541 € au titre des congés payés afférents
- 45'886 € à titre d'indemnité conventionnelle de licenciement

ces sommes portant intérêt au taux légal à compter de la saisine du conseil des prud'hommes

- 127 050 € nets de cotisations sociales de CSG/CRDS à titre de dommages-intérêts pour licenciement nul
- 254 070 € à titre d'indemnité pour violation du statut protecteur
- 40'000 € au titre de son préjudice moral

' de dire et juger que la clause de non-concurrence est nulle

en conséquence,

' de condamner la société A à payer à Monsieur Jérôme X 35'000 € à titre de dommages et intérêts en réparation du préjudice subi du fait d'avoir respecté une

clause de non-concurrence nulle

' de condamner la société A à payer à Monsieur Jérôme X 28'500 € à titre de rappel sur la prime de bilan pour l'année 2013

' de dire que ces sommes porteront intérêts au taux légal

' d'ordonner à la société A d'avoir à délivrer à Monsieur Jérôme X les documents suivants conformément aux dispositions de l'arrêt à intervenir :

- certificat de travail
- reçu pour solde de tout compte comprenant notamment l'indemnité compensatrice de préavis
- attestation destinée à Pôle Emploi

sous astreinte de 100 € par document et par jour de retard à compter de la date de la notification de l'arrêt à intervenir

' de rejeter toutes demandes, fins et conclusions contraires

' de condamner la société A à verser à Monsieur Jérôme X la somme de 3500 € au titre de l'article 700 du code de procédure civile

' de condamner la même aux entiers dépens.

Dans ses dernières conclusions, **la SOCIÉTÉ A** demande pour sa part à la cour :

' d'infirmer le jugement rendu le 31 mars 2016 par le conseil des prud'hommes de Lyon en ce qu'il a dit et jugé que Monsieur Jérôme X était salarié de la SOCIÉTÉ A

' de le confirmer en ce qu'il a débouté Monsieur Jérôme X de l'ensemble de ses demandes en conséquence,

' de dire et juger que Monsieur Jérôme X n'était pas lié à la société A par un contrat de travail par suite

' de dire et juger que les demandes présentées par Monsieur Jérôme X sont irrecevables

' de renvoyer Monsieur Jérôme X à mieux se pourvoir devant les juridictions de droit commun (tribunal de grande instance de Grenoble)

subsidiatement

' de constater que Monsieur Jérôme X ne justifie pas avoir démissionné sous la pression et/ou la menace de la société A

' de dire et juger que la démission présentée par Monsieur Jérôme X est régulière et produit tous ses effets,

en tout état de cause,

' de débouter Monsieur Jérôme X de l'ensemble de ses demandes, tant salariales qu'indemnitaires

' de condamner Monsieur Jérôme X au paiement de la somme de 3500 € au titre de l'article 700 du code de procédure civile ainsi qu'aux entiers dépens de l'instance.

Conformément aux dispositions de l'article 455 du code de procédure civile, la Cour se réfère, pour un plus ample exposé des moyens et prétentions des parties, à leurs conclusions écrites précitées, qu'elles ont fait viser par le greffier lors de l'audience de plaidoiries et qu'elles ont à cette occasion expressément maintenues et soutenues oralement en indiquant n'avoir rien à y ajouter ou retrancher.

MOTIFS DE LA DÉCISION

1.- Sur la compétence de la juridiction:

Selon l'article L1411-1 du code du travail: *'Le conseil de prud'hommes règle par voie de conciliation les différends qui peuvent s'élever à l'occasion de tout contrat de travail soumis aux dispositions du présent code entre les employeurs, ou leurs représentants, et les salariés qu'ils emploient.'*

Il résulte de ce texte que la juridiction prud'homale a pleine compétence pour apprécier l'existence ou non d'un éventuel contrat de travail liant deux parties et, après avoir tranché cette question, pour :

- soit, lorsque l'existence d'un contrat de travail est reconnue, apprécier le bien fondé des différentes demandes du salarié qui en découlent,

- soit, lorsque cette existence n'est pas reconnue, débouter le demandeur de ses prétentions lorsque celles-ci sont, comme en l'espèce, toutes fondées sur ce prétendu contrat de travail.

En l'espèce, les demandes formées par l'appelant reposent toutes sur l'allégation d'un contrat de travail, distinct de ses fonctions de président de société, en sorte que la juridiction prud'homale est compétente pour en connaître.

2.- Sur l'existence d'un contrat de travail :

Le cumul d'un contrat de travail avec un mandat social est possible à condition que le contrat de travail corresponde à un emploi réel et qu'il soit réalisé dans le cadre d'un lien de subordination entre l'intéressé et l'entreprise.

Il est constant que pour qu'une convention soit qualifiée de contrat de travail, il faut qu'une personne (le salarié) accepte de fournir contre rémunération une prestation de travail au profit d'une autre personne (l'employeur) en se plaçant dans un état de subordination juridique vis-à-vis de cette dernière. Il est par ailleurs constant que ce lien de subordination est caractérisé par l'exécution d'un travail sous l'autorité d'un employeur, qui a le pouvoir de lui donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements de son subordonné.

L'existence d'une relation de travail salariée 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 du travailleur. Il appartient au juge de vérifier la commune intention des parties, conformément à l'article 12 du code de procédure civile.

La preuve de l'existence d'un tel contrat incombe à celui qui s'en prévaut.

Pour démontrer l'existence d'un contrat de travail Jérôme X fait valoir :

' qu'il était titulaire d'un contrat de travail signé le 1er juin 1992 alors qu'il ne détenait à l'époque aucun mandat social,

' que dès lors que l'existence d'un contrat de travail effectif n'est pas contestée par l'employeur, la charge de la preuve de l'absence de contrat de travail incombe à ce dernier,

' que la SOCIÉTÉ A n'apporte aucun élément permettant d'établir que le contrat de travail a été rompu conformément à la loi avant ou pendant l'exercice du mandat social,

' qu'il en résulte qu'il bénéficiait, outre d'un mandat social, d'un contrat de travail,

' qu'il n'y a pas eu de novation du contrat de travail en mandat social par application du protocole du 30 mai 2016 dans la mesure où :

- le procès-verbal de l'assemblée générale du 31 janvier 2005 le désignant comme président de la SAS n'évoque pas son contrat de travail
- il n'a jamais été remplacé dans les fonctions prévues par son contrat de travail en sorte qu'il a continué à les exercer

' que le protocole d'accord du 30 mai 2006 ne lui attribue pas de mandat social qu'il détenait depuis 2005 et n'a donc pu substituer un mandat social au contrat de travail

' qu'il a cumulé son contrat de travail et son mandat social de président de SAS pendant plus d'un an

' qu'à supposer que le protocole d'accord du 30 mai 2006 ait mis fin au contrat de travail de 1992, il démontre avoir exercé au sein de la société des fonctions techniques distinctes de son mandat, sous la subordination juridique de la société et en contrepartie d'une rémunération, postérieurement à ce protocole.

De son côté, la SOCIÉTÉ A soutient :

' que s'il est constant que Jérôme X bénéficiait en 1992 d'un contrat de travail en qualité d'employé responsable de gérance, celui-ci ne s'est toutefois pas poursuivi au-delà de 2006 dans la mesure où, Jérôme X étant devenu président de la SAS, ses fonctions de responsable de gérance et de mandataire social avaient vocation à se confondre,

' qu'avant l'entrée au capital de la société A, la société X IMMOBILIER était exclusivement détenue par Jérôme X et son père et que le protocole du 30 mai 2006 comporte un nouvel actionnaire,

' que par accord du 30 mai 2006, les parties ont expressément convenu que Jérôme X n'était plus lié à la société par un contrat de travail, que s'il avait été lié par un tel contrat la société il n'avait plus droit à aucune rémunération ou indemnité que ce soit au titre de son contrat de travail ou de sa cessation et qu'il serait nommé à compter de la réalisation et jusqu'au 30 juin 2014 en qualité de président,

' que ce faisant, les parties ont manifesté une volonté claire et non équivoque de faire cesser le contrat de travail par voie de novation au sens de l'article 1329 du code civil lors de l'accession du salarié aux fonctions de mandataire social,

' que par l'effet de ce dispositif conventionnel, le contrat de mandat est venu se substituer au contrat de travail initial de Jérôme X auquel il a ainsi été mis fin,

' que Jérôme X n'a pas exercé au sein de la société des fonctions techniques distinctes de son mandat social, sous la subordination juridique de la société et en contrepartie d'une rémunération liée à une activité salariée postérieurement à ce protocole.

On l'espère, il est effectivement constant que:

' Jérôme X a conclu un contrat de travail avec la SA X IMMOBILIER le 1er juin 1992 pour exercer les fonctions d'employé responsable de gérance,

' qu'en 1994, il est devenu président du conseil d'administration de la société puis, le 31 janvier 2005, à la suite de la transformation de la société de SA en SAS, président de la société, sans limitation de durée,

' que le 30 mai 2006, un nouvel actionnaire, la société A, est entré au capital social à hauteur de 34% par l'acquisition, sous conditions suspensives, d'actions appartenant à Jean X.

C'est dans ce contexte qu'a été signé le protocole du 30 mai 2006 - confirmé par une décision d'assemblée générale du 12 juillet 2006 - qui, s'il n'a pas confié de mandat social à Jérôme X qui l'exerçait déjà depuis de nombreuses années, a néanmoins modifié ce mandat sur plusieurs points, notamment en:

' limitant la durée du mandat de président de Jérôme X, jusqu'alors à durée illimitée, au 30 juin 2014,

' fixant les modalités de la rémunération de président de Jérôme X

' prévoyant une possibilité de révocation du président en cas de faute grave rendant impossible le maintien du mandat social.

Or, aux termes de ce protocole, Jérôme X signataire en sa triple qualité d'actionnaire de la société X IMMOBILIER, de représentant de la société SOCIÉTÉ B, également actionnaire, et de président de la société X IMMOBILIER, a de façon expresse et non équivoque déclaré ne plus être lié à la société par un contrat de travail.

Il a même précisé renoncer à toute rémunération ou indemnité que ce soit au titre de ce contrat de travail ou de sa cessation dans l'hypothèse où il aurait été lié par un contrat de travail à la société.

Il en résulte que, à l'époque de la signature du protocole du 30 mai 2006, la persistance du contrat de travail liant Jérôme X à la SAS X IMMOBILIER depuis 1992 était incertaine, tout au moins dans l'esprit de la société A, et en toute hypothèse, les parties ont expressément et sans ambiguïté convenu d'y mettre fin pour le cas où un tel contrat aurait perduré.

Ceci est confirmé par le protocole d'accord du 31 mars 2010 stipulant une promesse d'embauche en CDI de Jérôme X par la société X IMMOBILIER en qualité de directeur, mais à l'issue de son mandat de président seulement.

Par conséquent, Jérôme X ne peut valablement se prévaloir d'une présomption de contrat de travail en raison du contrat de travail écrit datant de 1992.

Il lui appartient donc de rapporter la preuve de ce qu'il a, dans les faits et postérieurement au 30 mai 2006, en parallèle de ses fonctions de président de la société, assuré comme il le prétend l'exécution de fonctions techniques distinctes, dans le cadre d'un lien de subordination à l'égard de la SAS X IMMOBILIER puis de la SOCIÉTÉ A, c'est à dire sous leurs autorités successives, ces dernières ayant le pouvoir de lui donner des ordres et des directives, d'en

contrôler l'exécution et de sanctionner ses manquements.

À cet effet, Jérôme X fait valoir :

' qu'il exerçait en plus de ses fonctions de président de la société, des fonctions techniques distinctes de son mandat social à savoir celles de directeur d'agence,

' que la SAS X IMMOBILIER s'est engagée à l'embaucher en qualité de directeur salarié aux termes du protocole d'accord du 31 mars 2010 auquel était jointe une promesse de contrat de travail, ce qui démontre que les parties ne voyaient aucun obstacle à ce que ses fonctions de directeur d'agence s'inscrivent dans la qualification juridique de contrat de travail

' que son poste de directeur d'agence impliquait des fonctions techniques différentes des fonctions classiques d'un président de société ainsi qu'il résulte des statuts de la société à savoir:

- la gestion de copropriétés très importantes et notamment celle du Centre commercial Grand-Place dont il assurait le secrétariat lors des réunions d'assemblée générale,

- des missions de syndic pour la copropriété Grand Panorama,

- la participation à des conseils syndicaux et assemblés générales de copropriété pour les cas complexes

- le suivi des travaux et des sinistres dans les copropriétés

- des tâches relevant de la gestion opérationnelle courante de l'agence : appels des locataires, propriétaires et copropriétaires, dépannages informatiques, achats de fournitures de bureau, remises de versements en espèces à la banque.

' qu'il exerçait ces différentes fonctions dans le cadre d'un lien de subordination ainsi qu'il résulte :

- du fait qu'il devait remplir une feuille de congés qui était ensuite soumise à la validation du conseil de surveillance

- du fait qu'il était soumis à un entretien annuel d'évaluation tenu par Monsieur C qui apparaît comme 'manager' et donc supérieur hiérarchique, à l'issue duquel il a été évalué en 2012 comme 'satisfaisant', ses points forts et ses points faibles étant appréciés, une formation à suivre étant fixée ainsi que des objectifs pour l'année à venir

- du fait qu'il était soumis au quotidien aux directives de Messieurs C et D, représentants de la A, actionnaire majoritaire puis seul actionnaire à compter de 2012, qui lui donnaient des tâches et des directives, à qui il devait rendre des comptes et qui avaient le pouvoir de le 'recadrer'.

' que la rémunération perçue pour l'exercice du mandat était la contrepartie de son travail effectif de directeur d'agence et non de son mandat social, laquelle donnait lieu à émission de bulletins de salaire mentionnant la convention collective de l'immobilier ainsi que sa position au sein de la convention collective

' que suite à son départ de la société, sa fonction de président a été confiée à Madame Y et sa fonction de directeur d'agence à Madame Z, laquelle a également conservé son contrat de travail initial.

De son côté, la SOCIÉTÉ A fait valoir que Jérôme X n'a jamais

exercé d'autres tâches que celles résultant de sa fonction de mandataire social et qu'il ne rapporte pas la preuve des trois conditions cumulatives à l'existence d'un contrat de travail à savoir:

- l'existence de fonctions techniques distinctes de celles de président de la société en charge de la gestion des tâches quotidiennes de direction générale
- l'existence d'un lien de subordination
- en contrepartie d'une rémunération distincte de celle versée au titre du mandat social.

En l'espèce, il résulte de l'article 14 des statuts de la SOCIÉTÉ A mis à jour le 31 mai 2010 (pièce 2.2 de l'appelant) que Jérôme X était investi, en sa qualité de président de la société, des pouvoirs les plus étendus pour agir en toutes circonstances au nom de la société, dans la limite de l'objet social, des lois et règlements en vigueur et des statuts et dans l'intérêt de la société.

Il est constant que Jérôme X a exercé de façon effective ses pouvoirs de mandataire social tels qu'ils figurent aux statuts.

Par ailleurs, Jérôme X rapporte la preuve qu'il a continué à assumer ponctuellement certaines de ses anciennes fonctions techniques d'employé responsable de gérance, y compris après le 30 mai 2006.

Il produit à cet effet:

- 4 procès verbaux d'assemblées générales de la copropriété 1804 'Grand Place' de 2004, 2011, 2012 et 2013 qui mentionnent sa présence en qualité de représentant du syndic et de secrétaire de l'assemblée (pièces 3 à 3.3)
- un compte-rendu de réunion n°9 du comité de suivi de l'opération Le Grand Panorama à VALMEINIER du 24 avril 2009 où il figure en qualité de représentant du syndic (pièce 4) et des attestations du président du conseil syndical de cette copropriété et du promoteur (pièces 9 et 12) selon lesquelles Jérôme X est intervenu pour reprendre le dossier dans le cadre d'un sinistre majeur ayant nécessité la démolition puis la reconstruction de l'immeuble
- des courriels et attestations établissant qu'il participait à la gestion de sinistres (pièces 5, 15 et 15.1).
- des attestations émanant de salarié, de client ou du directeur de l'agence bancaire de la SOCIÉTÉ A indiquant qu'il recevait les appels téléphoniques de clients, qu'il assumait des dépannages informatiques, qu'il allait acheter des sucreries et des fournitures de bureau, qu'il recevait des clients, qu'il participait aux formations dispensées aux collaborateurs de l'entreprise ou encore qu'il venait remettre les paiement en espèces des loyers (pièces 6, 7, 8 et 14).

Pour autant, l'exécution de telles tâches n'était pas incompatible avec les fonctions de président de Jérôme X telles que définies de façon très large dans les statuts de la société.

Elles n'apparaissent pas non plus totalement incompatibles avec de telles fonctions au vu de la grande expérience technique de Jérôme X au sein de la société, qui en faisait un interlocuteur privilégié notamment pour les clients ou les dossiers importants, et de la taille de la société.

Concernant l'existence d'un lien de subordination, la cour relève que les courriels entre Jérôme X, Arnaud D et Hubert C, ces derniers étant respectivement président de la société A et directeur général de la société A SUD

RHONE ALPES:

- émanent de représentants d'un actionnaire de la SOCIÉTÉ A à l'égard duquel aucun contrat de travail n'est revendiqué, ce que reconnaît d'ailleurs Jérôme X en page 14 de ses conclusions où il indique avoir été '*soumis au quotidien aux directives des représentants de la A (laquelle détenait la majorité, puis à compter de 2012, la totalité du capital de la société A), Messieurs C et D*'
- s'inscrivent dans le cadre d'une relation entre un président de société et son actionnaire majoritaire puisqu'ils sont tous postérieurs au protocole d'accord du 31 mars 2010
- s'inscrivent également dans le cadre d'un partenariat commercial entre la société X IMMOBILIER et les filiales de la société A, partenariat qui était également l'objet du protocole d'accord du 31 mars 2010 visant à créer des synergies entre les activités 'administration de biens' du groupe A et celles de la société X IMMOBILIER
- sont difficiles à contextualiser dans la mesure où les propres courriels de Jérôme X ne sont pas produits mais ne révèlent pas l'existence d'ordres, de directives, de demandes de compte rendu ou l'exercice d'un pouvoir disciplinaire exercé sur Jérôme X
- retranscrivent plutôt des discussions sur la stratégie, la coordination, le suivi et la gestion des dysfonctionnements liés au partenariat commercial conclu entre la société X IMMOBILIER et la société A et relèvent à ce titre des seules fonctions de président de Jérôme X
- ne concernent aucunement les fonctions techniques sur la base desquelles l'appelant revendique l'existence d'un contrat de travail.

A cet égard, la cour relève que les faits dénoncés par Hubert C, dans un courriel du 7 avril 2011 adressé à Jérôme X en sa qualité de 'président' (pièce 19.7), présenté par ce dernier comme un courrier de 'recadrage', dans lequel il lui est reproché des '*pratiques rentables mais toujours sur le fil du rasoir réglementaire particulièrement dangereuses pour la notoriété, les risques financiers et d'image du groupe*' n'ont fait l'objet d'aucune autre sanction que ce courriel dans lequel son auteur fait part de sa '*déception*' et de ses '*réserves*' formulées de façon '*plus formelle et toujours amicale*'.

Jérôme X verse également aux débats:

- un document intitulé '*feuille de route 2011 SH GESTION*' établi par la A dont il prétend qu'il contient les directives à mettre en oeuvre mais qui présente en réalité les '*enjeux*', les '*synergies réseau SH*' et les '*synergies réseau CASRA*' du '*groupe CA*' s'adressant incontestablement aux seuls organes dirigeants des entités concernées, ce que confirme le caractère confidentiel du document,
- une unique demande de congés remplie le 28 août 2013 et signée par Catherine Y, dont la qualité n'est pas précisée (pièce 18), mais qui n'est pas suffisante pour établir l'existence d'un lien de subordination dans la mesure où il n'est pas contesté que Jérôme X ne faisait l'objet d'aucun décompte de congés payés
- un entretien d'évaluation du 16 décembre 2012 par Hubert C qui, s'il mentionne au stade des signatures la qualité de 'collaborateur' de Jérôme X et celle de 'manager' de Hubert C, n'en porte pas moins, au fond, sur l'évaluation de ses fonctions de président et sur la '*gestion globale de la SOCIÉTÉ A*', étant ici rappelé que Hubert C était directeur général de la société A SUD RHONE ALPES, n'exerçait aucune

fonction au sein de la SOCIÉTÉ A et ne pouvait donc exercer aucun lien hiérarchique sur Jérôme X.

Enfin, les bulletins de paie produits en pièce 25 ne démontrent pas que la rémunération versée à Jérôme X durant l'exercice de son mandat social était la contrepartie de son travail salarié de directeur d'agence même s'ils font mention d'une ancienneté au 1er juin 1992 ainsi que de la convention collective nationale de l'immobilier.

En effet:

- ces bulletins font état de l'emploi de président de Jérôme X et non pas de directeur,
- la rémunération, unique, composée d'un salaire contractuel et d'avantages en nature, ne correspond à aucun temps de travail précis,
- cette rémunération a été décidée en assemblée générale le 12 juillet 2006, était soumise au conseil de surveillance et provisionnée au bilan de la société (pièce 20.4),
- le salaire contractuel correspond à la rémunération annuelle brute de 65 000 € consentie à Jérôme X en sa qualité de président par le protocole d'acquisition d'actions du 30 mai 2006, votée par décision d'assemblée générale du 12 juillet 2006,
- il n'est pas contesté qu'il n'était tenu aucun décompte de congés payés, que la rémunération versée à Jérôme X n'était pas soumise aux cotisations chômage et que Jérôme X bénéficiait d'une assurance perte d'emploi financée par la SOCIÉTÉ A, laquelle était stipulée au protocole du 30 mai 2006 et figure aux bulletins de salaire comme avantage en nature.

Au regard de tout ce qui précède, Jérôme X ne rapporte pas la preuve de ce que les travaux techniques qu'il a été amené à réaliser durant son mandat de président l'ont été sous la subordination juridique de la SOCIÉTÉ A et donc dans le cadre d'un contrat de travail distinct de son mandat social.

En conséquence, le jugement, qui a retenu l'existence d'un tel contrat de travail, sera infirmé sur ce point.

3.- Sur la requalification de la démission de Jérôme X en une prise d'acte de la rupture du contrat de travail produisant les effets d'un licenciement nul :

Dès lors qu'il n'est pas établi que Jérôme X était lié à la SOCIÉTÉ A par un contrat de travail au moment où il a donné sa démission de son mandat social, la demande tendant à voir requalifier cette démission en une prise d'acte de la rupture produisant les effets d'un licenciement nul, ainsi que les demandes indemnitaires en découlant, ne peuvent qu'être rejetées.

4.- Sur la nullité de la clause de non-concurrence et la demande de dommages et intérêts, sur le rappel de prime de bilan de l'année 2013 et sur les documents de fin de contrat et la demande d'astreinte :

Jérôme X sollicite une somme de 35 000 € à titre de dommages et intérêts en conséquence de la nullité de la clause de non concurrence qu'il a été dans l'obligation de respecter.

Il demande également la condamnation de la SOCIÉTÉ A à lui payer une somme de 28 500 € à titre de rappel de prime de bilan de l'année 2013.

Il sollicite enfin la condamnation de l'intimée à lui remettre, sous astreinte, les documents de fin de contrat.

L'appelant fonde toutes ces demandes sur l'existence d'un contrat de travail ainsi que, en ce qui concerne la clause de non concurrence, sur les articles 3.1 et 3.2 du protocole d'acquisition du 30 mai 2006, entérinés par la décision de l'assemblée générale du 12 juillet 2006.

Cependant, dès lors qu'il est établi ci-dessus que les parties n'étaient pas liées par un tel contrat de travail, les demandes de Jérôme X ne peuvent qu'être rejetées comme mal fondées.

5.- Sur les demandes accessoires:

Partie perdante, Jérôme X supportera la charge des dépens de première instance et d'appel.

Vu les données du litige, il ne paraît pas inéquitable de laisser à chacune des parties la charge intégrale des frais de procédure et honoraires qu'elle a dû exposer pour la présente instance.

Il n'y a donc pas lieu en l'espèce de faire application de l'article 700 du code de procédure civile.

PAR CES MOTIFS,

La Cour,

INFIRME en totalité le jugement déféré;

Statuant à nouveau et y ajoutant :

DECLARE les demandes de Jérôme X recevables;

DIT que Jérôme X n'était pas lié à la SOCIÉTÉ A par un contrat de travail;

REJETTE l'intégralité des demandes de Jérôme X;

CONDAMNE Jérôme X aux dépens de première instance et d'appel;

DÉBOUTE les parties de leurs demandes plus amples ou contraires.

Le Greffier Le Président

Gaétan PILLIE Michel SORNAY