

C1 15 263

JUGEMENT DU 19 OCTOBRE 2017

**Tribunal cantonal du Valais
Cour civile II**

Composition : Jean-Pierre Derivaz, président; Stéphane Spahr, Bertrand Dayer, juges;
Elisabeth Jean, greffière;

en la cause

X S.A. _____, demanderesse et appelante, représentée par Maître M _____,
avocate,

contre

Y _____, défendeur et appelé, représenté par Maître N _____, avocate

(délimitation du contrat de travail [administrateur de société])

appel contre le jugement du 3 septembre 2015 du juge des districts de A _____ et
de B _____

Procédure

A. Par mémoire du 27 juin 2014, X. S.A. _____ a ouvert action en libération de dette contre Y _____, au terme duquel elle a pris les conclusions suivantes :

«5.1. Constaté que X S. A. _____ ne doit pas à Y _____ la somme de CHF 45'829.50, avec intérêts à 5% l'an dès le 1^{er} mars 2013 sur CHF 829.50, dès le 1^{er} avril 2013 sur CHF 4'500.00, dès le 1^{er} mai 2013 sur CHF 4'500.00, dès le 1^{er} juin 2013 sur CHF 4'500.00, dès le 1^{er} juillet 2013 sur CHF 4'500.00, dès le 1^{er} août 2013 sur CHF 4'500.00, dès le 1^{er} septembre 2013 sur CHF 4'500.00, dès le 1^{er} octobre 2013 sur CHF 4'500.00, dès le 1^{er} novembre 2013 sur CHF 4'500.00, dès le 1^{er} décembre 2013 sur CHF 4'500.00 et dès le 1^{er} janvier 2014 sur CHF 4'500.00 faisant l'objet du prononcé de la mainlevée provisoire du 19 mai 2014;

5.2. Sous suite de frais et dépens.».

Dans sa réponse du 1^{er} décembre 2014, Y _____ a conclu au rejet de la demande, sous suite de frais et dépens.

Outre le dépôt et l'édition de titres, l'instruction a consisté en l'interrogatoire des parties.

Aux débats principaux, tenus le 31 mars 2015, les parties ont confirmé leurs conclusions respectives.

Statuant le 3 septembre 2015, le juge des districts de A _____ et de B _____(ci-après : juge de district) a prononcé le dispositif suivant :

- «1. La demande en libération de dette de X S.A. _____ déposée le 27 juin 2014 est partiellement admise.
Partant, il est constaté que X S.A. _____ ne doit pas à Y _____ la somme de 45'829 fr. 50, mais lui doit celle de 45'642 fr. 85, avec intérêts à 5% dès le 1^{er} mars 2013 sur 642 fr. 85, ainsi que des intérêts à 5% dès chaque premier du mois sur 4'500 francs jusque et y compris le 1^{er} janvier 2014, faisant l'objet du prononcé de la mainlevée provisoire du 19 mai 2014, le tout sous déduction des charges sociales usuelles et contractuelles.
2. La demande est rejetée pour le surplus.
3. Les frais, par 3'000 francs, sont mis à la charge de X S.A. _____ à raison de 2'700 francs et de Y _____ à raison de 300 francs, montant qu'il remboursera à X S.A. _____ (art. 111 al. 2 CPC).
4. X S.A. _____ versera à Y _____ une indemnité de 3'790 francs à titre de participation aux dépens.».

B. Contre ce jugement, expédié le 3 septembre 2015, X S.A. _____ a interjeté appel par écriture du 5 octobre 2015. Elle a, principalement, confirmé ses

conclusions initiales, et, subsidiairement, sollicité le renvoi de la cause à l'autorité intimée pour nouveau jugement dans le sens des considérants.

Au terme de sa réponse du 4 décembre 2015, le défendeur a conclu au rejet de l'appel, sous suite de frais et dépens.

Par écriture du 26 juillet 2016, l'appelante a introduit en cause un fait nouveau, étayé par des pièces justificatives. Le 29 août suivant, l'appelé a présenté ses observations sur l'admissibilité et, le cas échéant, la portée du fait et des moyens de preuves nouveaux.

SUR QUOI LE TRIBUNAL CANTONAL

I. Preliminaire

1. Nonobstant le domicile en France du défendeur, la compétence des autorités judiciaires suisses ne prête pas à discussion. Les parties sont, en effet, convenues d'une clause de prorogation de for au siège social de la demanderesse (consid. 2.3).

1.1 Le jugement attaqué a été notifié à X S.A. _____ le 4 septembre 2015. La déclaration d'appel, remise à la poste le lundi 5 octobre 2015, remplit les exigences de forme et respecte le délai de trente jours de l'article 311 al. 1 CPC (cf. art. 142 al. 3 CPC). Le recours est, partant, recevable.

1.2

1.2.1 L'appel peut être formé pour violation du droit ou constatation inexacte des faits (art. 310 CPC). L'autorité d'appel examine avec plein pouvoir les griefs pris de la mauvaise application du droit - fédéral, cantonal ou étranger - et de la constatation inexacte des faits par le premier juge. Elle applique le droit d'office, sans être liée par les motifs invoqués par les parties ou le tribunal de première instance et peut substituer ses propres motifs à ceux de la décision attaquée. Elle ne revoit, en revanche, les constatations de fait que si elles sont remises en cause par le recourant, ne réexaminant d'office les faits non attaqués que lorsque la maxime inquisitoire pure est applicable et uniquement si elle a des motifs sérieux de douter de leur véracité lorsque c'est la maxime inquisitoire sociale qui est applicable. Elle contrôle en outre librement l'appréciation des preuves effectuée par le juge de première instance (art. 157 CPC en relation avec l'art. 310 let. b CPC) - ce qui découle de la nature ordinaire de la voie de l'appel, en vertu de laquelle le litige se continue pour ainsi dire devant l'instance

supérieure (JEANDIN, Code de procédure civile commenté, 2011, n. 6 ad art. 310 CPC)
- et vérifie si ce magistrat pouvait admettre les faits qu'il a retenus.

1.2.2 En l'espèce, l'appelante conteste l'appréciation des faits. Elle reproche, en substance, au juge intimé de ne pas avoir distingué l'activité effectuée par l'appelé en qualité de salarié et celle accomplie comme actionnaire, fondateur de la société et administrateur de celle-ci. Elle se prévaut, en outre, d'une violation de l'article 319 CO.

1.3

1.3.1 Aux termes de l'article 317 al. 1 CPC, les faits et moyens de preuve nouveaux ne sont pris en compte que s'ils sont invoqués ou produits sans retard (let. a) et s'ils ne pouvaient être invoqués ou produits devant la première instance bien que la partie qui s'en prévaut ait fait preuve de la diligence requise (let. b). Ces deux conditions sont cumulatives, la deuxième ne concernant toutefois par définition que les faux *nova* - ou *nova* improprement dits (arrêt 5A_695/2012 du 20 mars 2013 consid. 4.2.1) - à savoir les faits qui existaient déjà lors de la fixation de l'objet du litige devant le premier juge (JEANDIN, n. 6 et 8 ad art. 317 CPC). S'agissant de tels faits, il incombe au plaideur qui désire s'en prévaloir d'exposer précisément les raisons pour lesquelles le moyen de preuve n'a pas pu être produit en première instance (arrêts 5A_24/2017 du 15 mai 2017 consid. 4.2; 5A_456/2016 du 28 octobre 2016 consid. 4.1.1 et réf. cit.; cf. ég. ATF 143 III 42 consid. 4.1). Dans le système du code de procédure civile fédéral, tous les faits et moyens de preuve doivent, en principe, être apportés dans la procédure de première instance; la diligence requise suppose donc qu'à ce stade, chaque partie expose l'état de fait de manière soigneuse et complète et qu'elle amène tous les éléments propres à établir les faits jugés importants (arrêts 5A_445/2014 du 28 août 2014 consid. 2.1; 5A_739/2012 du 17 mai 2013 consid. 9.2.2).

L'autorité peut refuser une mesure probatoire en procédant à une appréciation anticipée des preuves, lorsqu'elle estime que le moyen de preuve requis ne pourrait pas fournir la preuve attendue ou ne pourrait en aucun cas prévaloir sur les autres moyens de preuve déjà administrés par le tribunal de première instance, à savoir lorsqu'il ne serait pas de nature à modifier le résultat de l'appréciation des preuves qu'elle tient pour acquis (ATF 140 I 285 consid. 6.3.1, et réf. cit.).

1.3.2 En l'espèce, le 26 juillet 2016, l'appelante a introduit en cause un fait nouveau. Elle a exposé que l'appelé était administrateur «d'au moins trois autres sociétés offshore, ou en passe de les constituer» lorsqu'il a conclu le contrat de travail. Dans ces circonstances, il n'entendait pas, selon elle, exercer son activité à un taux

d'occupation de 80 %. A titre de moyen de preuve, elle a versé en cause deux courriels des 6 et 20 juillet 2016, ainsi qu'un organigramme révélé par l'affaire des *Panama Papers*. Elle a relevé «[qu']il n'y a[vait] qu'à taper» le nom de Y _____ dans une base de données pour constater les faits qui précèdent.

La question de savoir si la demanderesse a eu connaissance des faits invoqués aux dates indiquées souffre de rester indéterminée. D'abord, les pièces versées en cause ne renseignent pas sur le temps consacré par Y _____ à l'activité, à supposer avérée, auprès de C _____ ou D _____, voire lors de la constitution de ces sociétés. Elles ne sont, partant, pas nécessaires à l'administration de la vérité. Ensuite, les innombrables renseignements qui figurent sur internet ne peuvent pas être considérés comme notoires (ATF 138 I 1 consid. 2.4; cf. ég. ATF 134 III 224 consid. 7.2; 134 III 534 consid. 3.2.3.3). La demanderesse ne saurait simplement s'y référer pour prouver les faits dont elle se prévaut. Enfin, les preuves administrées permettent à la cour de céans de forger sa conviction, en sorte qu'il n'y a pas lieu de les compléter.

II. Statuant en faits

2.

2.1 Y _____, est titulaire d'un doctorat ès sciences économiques. A une époque, il a exercé la fonction de directeur général de E _____ (p. 90). Il enseigne, en outre, dans différentes universités, ainsi qu'à l'école de commerce de xxx _____ (p. 11; rép. 7 et 9 p. 172).

F _____, est titulaire d'une maîtrise d'informatique appliquée à la gestion d'entreprise. Il est consultant international.

2.2. Au printemps 2012, F _____ et Y _____ sont convenus de créer une société de placement financier. Y _____ devait exercer une activité de gestionnaire de fortune (*trader*). F _____ était, pour sa part, chargé de développer une clientèle «sur la base de son large réseau commercial» (all. 2.46 s. : admis).

Le 12 septembre 2012, F _____ et Y _____ ont ainsi constitué X S.A. _____, active notamment dans toutes opérations relatives à la gestion de patrimoine et au conseil en placement, toutes recherches et analyses financières ainsi que tous services et toutes prestations dans le domaine économique et financier. Le capital-actions s'élève à 100'000 francs. Il est divisé en 60 actions nominatives liées de type A et 40 actions nominatives liées de type B, d'une valeur nominale de 1000 fr.

chacune (p. 8). Y _____ détient les actions de type A et F _____ celles de type B (all. 21 : admis). Celui-ci, titulaire de la signature individuelle, préside le conseil d'administration de la société; celui-là y siège en qualité de membre et dispose de la signature collective à deux (p. 8).

Pour exercer son activité d'intermédiaire financier, X S.A. _____ devait obtenir une autorisation de la FINMA (p. 52). Y _____ disposait de la formation requise pour pouvoir être affilié à l'organisme d'autorégulation des gérants de patrimoine (OAR-G), reconnu par celle-ci (all. 26 : admis; p. 54).

2.3 Le 7 août 2012, Y _____ s'est obligé à travailler au service de X S.A. _____, à compter du 25 février 2013 et pour une durée indéterminée, «en qualité de conseiller financier et gestionnaire de fortune» (p. 9). Les parties sont convenues, dans le contrat de travail conclu en la forme écrite, d'un taux d'occupation de 80 % et d'un salaire brut mensuel de 4500 fr., versé 12 fois l'an (art. 2 et 3). Elles ont stipulé une clause en vertu de laquelle, en cas de litige, les tribunaux ordinaires du siège de la société étaient compétents et les articles 319 ss CO applicables (art. 9).

2.4 Le 1^{er} octobre 2012, F _____, agissant pour Y _____, a pris à bail auprès de H _____ une chambre individuelle avec douche commune, à G _____. Le loyer mensuel s'élevait à 500 fr. (p. 18). Le même jour, X S.A. _____ a versé les sûretés d'un montant de 1500 fr. et les loyers des mois d'octobre, de novembre et de décembre, soit un montant total de 3000 fr. (1500 fr. + [500 fr. x 3]). Hormis le loyer du mois de janvier 2013, payé par F _____ ou par Y _____, X S.A. _____ a, par la suite, versé les loyers mensuels jusqu'à l'échéance du contrat de bail au mois de septembre 2013 (all. 2.15 : admis; p. 21 ss; rép. 3 p. 170).

Dans une déclaration écrite du 16 mai 2014, H _____ a exposé que, du mois d'octobre 2012 au mois de septembre 2013, Y _____ avait occupé la chambre prise à bail à six ou sept reprises, souvent le samedi ou le dimanche. A une reprise, il y avait séjourné durant une semaine (p. 15).

2.5 Au mois d'octobre 2012, F _____ et Y _____ ont défini la phase initiale de la campagne publicitaire. Ils ont établi la brochure commerciale et mis en œuvre le site internet (p. 65 ss). La présentation de X S.A. _____, sur celui-ci, est introduite par les termes suivants : «BIENVENUE CHEZ F _____ & Y _____ FINANCE».

2.6 Au mois de juillet 2013, les relations entre F _____ et Y _____ se sont détériorées. Le 24 juillet 2013, Y _____ a adressé un courriel au conseil de F _____. Il a, en substance, exposé qu'il n'avait jamais eu l'intention de cesser son activité de salarié. Il a spécifié que, «malgré [s]es demandes répétées», il n'avait pas perçu son salaire. Il n'avait pas, pour autant, agi en justice pour le réclamer, ce qui constituait la preuve de sa volonté de coopérer avec F _____ et de privilégier les chances de réussite du bon développement, à long terme, de X S.A. _____ (p. 73 ss).

Les pourparlers transactionnels entrepris par la suite n'ont pas abouti. Le 19 novembre 2013, X S.A. _____ a résilié le contrat de travail de Y _____ pour le 31 décembre suivant (p. 17). Le 13 décembre 2013, celui-ci a pris acte de la fin des rapports contractuels. Il a rappelé que la demanderesse devait encore s'acquitter des arriérés de salaire (p. 79).

Le 12 mars 2014, Y _____ a fait notifier à X S.A. _____ un commandement de payer le montant de 45'829 fr. 50 en capital, à titre de salaires des mois de février à décembre 2013. La poursuivie a formé opposition au commandement de payer délivré dans la poursuite n° xxx _____ de l'office des poursuites du district de A _____. Par décision du 19 mai 2014, la juge suppléante des districts de A _____ et de B _____ a levé provisoirement l'opposition à concurrence de 45'829 fr. 50, avec intérêt à 5 % dès le 1^{er} mars 2013 sur 829 fr. 50, et à compter du 1^{er} de chaque mois, du 1^{er} avril 2013 au 1^{er} janvier 2014 compris, sur 4500 fr. (p. 30 ss).

3.

3.1 A l'appui de son action en libération de dette, la demanderesse a exposé que le défendeur n'avait jamais travaillé. Celui-ci l'a contesté. Il a allégué qu'il s'était «largement investi dans son travail» (all. 36). Il avait ainsi effectué de nombreuses simulations financières (all. 37). Il s'était, en outre, rendu à de multiples rendez-vous à Lugano, Londres, Paris et Luxembourg «afin de rencontrer des clients potentiels» (all. 38). Il a, initialement, étayé ces allégués par le dépôt d'un échange de courriels des 18 et 19 octobre 2012, antérieurs à la date - 25 février 2013 - à laquelle le contrat de travail prenait effet, ainsi que par un e-mail du 6 juin 2013 au terme duquel F _____ lui indiquait qu'ils feraient «le point» le lendemain matin sur un objet déterminé, «le recap de I _____» (p. 64 ss). Il a également versé en cause deux courriels relatifs à des rendez-vous à Londres, le 28 mars 2013, et à Lugano, le 25 juin suivant, ainsi que de nombreux billets de train (p. 68 ss). Ces titres de transport font état de déplacements notamment à Bruxelles, Lugano, Milan, et Paris. L'intéressé n'a

articulé aucun fait qui portait sur les causes de ces déplacements. Il n'a, par ailleurs, ni prétendu ni, *a fortiori*, établi que la demanderesse lui avait remboursé les frais y relatifs.

Aux débats d'instruction, le défendeur a encore déposé la correspondance électronique entretenue de février à juillet 2013 avec F _____ et des tiers. Ces moyens de preuves portaient sur l'activité qu'il avait exercée. Il n'a pas, pour autant, introduit des faits nouveaux à cet égard, tendant à préciser la nature et l'ampleur de ses prestations. Il s'est, en effet, référé aux allégués 36 à 38.

3.2 Les faits que le demandeur n'a pas formellement allégués, mais auxquels il s'est borné à faire allusion en se référant aux courriels déposés, ne peuvent être retenus (consid. 5.1.3).

Au demeurant, même si elle devait être prise en considération, la correspondance électronique versée en cause ne révèle pas, à elle seule, une activité intense de Y _____ en qualité de conseiller financier et/ou de gestionnaire de fortune.

Au mois de février, Y _____ a ainsi interpellé la société de courtage de devises en ligne F _____. parce que, lorsque X S.A. _____ se connectait sur la plateforme destinée aux transactions, son compte n'affichait pas le montant disponible, à cette époque, de 100'000 francs. Durant le même mois, F _____ et lui-même sont convenus de fixer à 30 % les ordres de vente destinés à limiter les pertes en cas de baisse du cours («*stop loss*»). Y _____ a encore remis à F _____ le «*reporting*» financier, dont il n'a pas déposé une copie en cause, et le relevé des transactions effectuées. Au mois de mars 2013, Y _____ a indiqué la date à laquelle il était disponible pour aménager, à Genève, une séance avec des clients; il a sollicité F _____ d'organiser les rendez-vous. Il lui a remis, par la suite, l'historique des chiffres réels réalisés («*track record*»). Dans le courant du mois, il l'a invité à lui faire parvenir les brochures commerciales. Les parties sont également convenues des modalités d'un rendez-vous à Londres. A la fin mars 2013, Y _____ a remis à F _____ un document intitulé «proposition de service de gestion sous mandat», ainsi que la description de la stratégie de gestion. Il lui a, en outre, indiqué un site sur lequel il pouvait obtenir des informations sur une monnaie - «xxx _____» -, dont un «contact» de F _____ leur avait parlé à plusieurs reprises. Au mois d'avril 2013, Y _____ a invité F _____ à lui faire parvenir «le mandat de gestion». Il a exposé que le conseiller en gestion de patrimoine indépendant français (ci-après : CGPI français) entendait soumettre «notre produit» à

ses clients, mais, à défaut de mandat de gestion, n'était pas à même de le faire. Il a ajouté que, faute pour «J _____» de remettre à F _____ le mandat de gestion, «nous sommes en train de perdre notre crédibilité auprès de cette personne». Il convenait, en outre, d'établir le mandat de gestion entre F _____ et X S.A. _____, afin de préciser la stratégie d'investissement et «l'effet de levier». Les parties ont, par la suite, débattu de la possibilité de réinvestir les gains générés. Y _____ a signifié à F _____ le modèle de mandat de gestion, ainsi que le contrat de celui-ci. Durant la deuxième semaine du mois, il lui a indiqué qu'il convenait de rédiger «un contrat d'apporteur d'affaire» avec le cabinet CGPI, dont les frais de gestion s'élevaient à 1 %, et qui souhaitait «que l'on travaille avec K_____». Il s'apprêtait à s'entretenir le lendemain avec «le client à 200 000 euros», que ce cabinet entendait lui présenter. Il espérait que les pourparlers aboutissent; il s'agirait alors de «notre premier client». Dans le courant du mois, les parties ont encore échangé sur les «certificats», soit «des produits financiers émis par des établissements financiers», ainsi que sur l'accès à la plateforme L _____. Au début du mois de mai 2013, Y _____ a adressé à F _____ un compte rendu des anomalies des marchés s'agissant de la parité euro-dollar. Il a envisagé de changer de parité de monnaie. Dans les semaines qui ont suivi, il lui a fait part de l'évolution des marchés et de la situation de la société. Il lui a également indiqué que, avec un tiers, ils avaient procédé à des tests économétriques tendant à déterminer «la réaction de la parité EUR/USD aux annonces macroéconomiques, VIX, emploi, GDP, etc.». Au cours de la deuxième semaine du mois, Y _____ a rencontré les représentants d'une compagnie d'assurance; il entendait connaître la prime à payer «pour garantir un minimum de rémunération de 2 % du certificat». La veille, il a questionné F _____ de la manière suivante : «Quoi de neuf de ton côté ?». Quelques jours plus tard, il lui a fourni des informations relatives à l'investissement de clients. Il lui a encore remis le certificat d'investissement avec les différents articles qui le composaient (11 pages), puis le prospectus y relatif, et enfin la fiche de présentation de ce produit financier. Au début du mois de juin 2013, Y _____ a rapporté à F _____ la situation du marché et les motifs pour lesquels il n'y avait pas eu d'opportunité. Il a fait état de la perte subie - 1273 fr. - et de la performance négative hebdomadaire - «- 250 frs.» -, ainsi que des causes de celles-ci. Les jours suivants, Y _____ a encore fait parvenir à F _____ des graphiques sur les parités EUR/USD et GBP/USD qu'il a commentés. Durant la troisième semaine du mois, il a constaté une tendance à la baisse. Il entendait exploiter les signaux y relatifs, à compter de maintenant et pour les prochains jours, voire semaines. Vers la fin du mois, il s'est rendu à Lugano pour rencontrer un éventuel investisseur. Le même jour, F _____ a invité Y _____ à extraire le

montant des marges du mois de juin «afin de préparer [le] salaire [de celui-ci]». Au mois de juillet 2013, Y _____ a notamment échangé avec un représentant de I_____. sur le nouvel accès «à la plateforme O_____ sur l'environnement P_____». Il a aussi fait parvenir à F _____ la version finale du plan d'investissement journalier sur le marché des devises.

III. Considérant en droit

4.

4.1 Les parties ne contestent pas l'application du droit suisse, qu'elles ont, au demeurant, choisi pour régir leur contrat (consid. 2.3).

4.2 Introduite le 27 juin 2014, l'action en libération de dette est intervenue dans le délai de vingt jours à compter de la notification, le 7 juin au plus tôt, du prononcé de mainlevée (art. 83 al. 2 LP).

Il convient de rappeler que l'action en libération de dette se caractérise par la transposition du rôle des parties. Autrement dit, le créancier est défendeur au lieu d'être demandeur. La répartition du fardeau de la preuve est en revanche inchangée. Il incombe donc au défendeur d'établir que la créance litigieuse a pris naissance (arrêt 5A_398/2017 du 28 août 2017 consid. 4.1.2; ATF 131 III 268 consid. 3.1).

5. L'appelante fait valoir que l'appelé «n'est jamais entré [à son] service». Selon elle, il n'a pas «produit la moindre activité de *trader* à proprement parler». Il n'a d'ailleurs «pratiquement» pas occupé la chambre prise à bail. A supposer avérée, les prestations de l'intéressé ne relevaient, au demeurant, pas des rapports de travail, mais de ses obligations d'administrateur et de fondateur de la société, «rôle lui imposant de supporter le risque économique» (déclaration d'appel, ch. 4.2.2). L'appelé, pour sa part, se prévaut des dispositions sur le contrat de travail, en particulier de l'obligation de l'employeur de payer le salaire convenu.

5.1 Par le contrat individuel de travail, le travailleur s'engage, pour une durée déterminée ou indéterminée, à travailler au service de l'employeur et celui-ci à payer un salaire fixé d'après le temps ou le travail fourni (art. 319 al. 1 CO). Les éléments caractéristiques de ce contrat sont une prestation de travail, un rapport de subordination, un élément de durée et une rémunération (arrêts 4A_10/2017 du 19 juillet 2017 consid. 3.1; 4A_200/2015 du 3 septembre 2015 consid. 4.2.1; 4P.337/2005 du 21 mars 2006 consid. 3.3.2).

5.1.1 Le contrat de travail se distingue avant tout des autres contrats de prestation de services, en particulier du mandat, par l'existence d'un lien de subordination (arrêt 4A_10/2017 du 19 juillet 2017 consid. 3.1; ATF 125 III 78 consid. 4 p. 81; 112 II 41 consid. 1a/aa et 1a/bb), qui place le travailleur dans la dépendance de l'employeur sous l'angle personnel, organisationnel et temporel ainsi que, dans une certaine mesure, économique. Le travailleur est assujéti à la surveillance, aux ordres et instructions de l'employeur; il est intégré dans l'organisation de travail d'autrui et y reçoit une place déterminée (arrêts 4A_10/2017 du 19 juillet 2017 consid. 3.1; 4A_200/2015 du 3 septembre 2015 consid. 4.2.1, et réf. cit.).

Les critères formels, tels l'intitulé du contrat, les déclarations des parties ou les déductions aux assurances sociales, ne sont pas déterminants. Il faut bien plutôt tenir compte de critères matériels relatifs à la manière dont la prestation de travail est effectivement exécutée, tels le degré de liberté dans l'organisation du travail et du temps, l'existence ou non d'une obligation de rendre compte de l'activité et/ou de suivre les instructions, l'identification de la partie qui supporte le risque économique (arrêts 4A_10/2017 du 19 juillet 2017 consid. 3.1; 4A_592/2016 du 16 mars 2017 consid. 2.1; 2C_714/2010 du 14 décembre 2010 consid. 3.4.2). En principe, des instructions qui ne se limitent pas à de simples directives générales sur la manière d'exécuter la tâche, mais qui influent sur l'objet et l'organisation du travail et instaurent un droit de contrôle de l'ayant droit, révèlent l'existence d'un contrat de travail plutôt que d'un mandat (arrêt 4A_10/2017 du 19 juillet 2017 consid. 3.1; cf. arrêt 4C.216/1994 du 21 mars 1995 consid. 1a).

Le critère de la subordination doit être relativisé pour les fonctions dirigeantes ou les professions qui présentent un aspect libéral et qui peuvent être exercées à titre indépendant ou dépendant, par exemple le vétérinaire, le médecin ou l'avocat. L'indépendance de l'employé est alors beaucoup plus grande et la subordination est essentiellement organisationnelle (WYLER/HEINZER, Droit du travail, 3^e éd., 2014, p. 21). Dans un tel cas, plaident notamment en faveur du contrat de travail la rémunération fixe ou périodique, la mise à disposition d'une place de travail et des outils de travail, ainsi que la prise en charge par l'employeur du risque de l'entreprise (arrêt 4A_200/2015 du 3 septembre 2015 consid. 4.2.3, *in* JAR 2016 p. 321; STAEHELIN, Commentaire zurichois, n. 33 ad art. 319 CO; cf. aussi REHBINDER/STÖCKLI, Commentaire bernois, n. 44 ad art. 319 CO); le travailleur renonce à participer au marché comme entrepreneur assumant le risque économique et abandonne à un tiers l'exploitation de sa prestation, en contrepartie d'un revenu

assuré (arrêts 4A_200/2015 du 3 septembre 2015 consid. 4.2.3, *in* JAR 2016 p. 321; 4A_602/2013 du 27 mars 2014 consid. 3.2; REHBINDER/STÖCKLI, n. 64 ad art. 319 CO).

5.1.2 Les rapports juridiques entre une personne morale et ses organes, singulièrement entre une société anonyme et les membres du conseil d'administration ou la direction, peuvent relever à la fois du droit des sociétés et du droit des contrats. La tendance est plutôt de considérer que les directeurs sont liés par un contrat de travail et les administrateurs par un mandat ou un contrat *sui generis* analogue au mandat. En tous les cas, lorsque l'organe dirigeant exerce son activité à titre principal, le critère décisif en faveur du contrat de travail est le rapport de subordination, l'intéressé étant alors soumis à des instructions, par exemple du conseil d'administration (arrêts 4A_10/2017 du 19 juillet 2017 consid. 3.1; 4A_293/2015 du 10 décembre 2015 consid. 5; 4C.39/2005 du 8 juin 2005 consid. 2.3, *in* RVJ 2006 p. 131; ATF 130 III 213 consid. 2.1; 128 III 129 consid. 1a/aa).

Par définition, il n'existe aucun rapport de subordination lorsqu'il y a identité économique entre la personne morale et son organe dirigeant; un contrat de travail ne saurait ainsi lier une société anonyme et son actionnaire et administrateur unique (ATF 125 III 78 consid. 4). N'a également pas été qualifié de contrat de travail le rapport juridique qui liait le prestataire de services, actionnaire important, mais minoritaire - 49% du capital-actions - et coadministrateur, à la société, parce qu'il n'exécutait pas ses tâches de gestion sur la base d'instructions de l'actionnaire majoritaire - 51 % - et coadministrateur (arrêt 4A_10/2017 du 19 juillet 2017 consid. 3.2). L'administrateur d'une société anonyme, qu'il dirige conjointement avec son frère et dont ils détiennent le capital-actions chacun à raison de la moitié, est lié par un mandat et non un contrat de travail (RJJ 1996 p. 149 consid. 1). Il en va de même pour deux actionnaires uniques d'une société, détenteurs de parts égales et tous deux administrateurs (GVP 1986 n° 39).

Le fait que les parties ont décidé de conclure un contrat de travail, selon leur propre dénomination, ne permet pas de retenir l'existence d'un tel contrat s'il s'avère que le rapport de subordination fait défaut; pour les mêmes motifs, le fait que les relations entre la société et l'administrateur ont cessé à la suite d'une "lettre de résiliation du contrat de travail pour justes motifs" et que celle-ci se soit considérée "obligée d'invoquer de justes motifs de licenciement immédiat" n'est pas déterminant (arrêt 4C.39/2005 du 8 juin 2005 consid. 2.5, *in* RVJ 2006 p. 131; cf. ég. arrêt 4A_592/2016 du 16 mars 2017 consid. 2.2.2). Seul l'examen de l'ensemble des circonstances du cas concret permet de déterminer si l'activité en cause est exercée de manière dépendante

ou indépendante (arrêt 4A_10/2017 du 19 juillet 2017 consid. 3.1; ATF 130 III 213 consid. 2.1; 129 III 664 consid. 3.2; 128 III 129 consid. 1a/aa).

5.1.3 En vertu de la règle de l'article 8 CC sur la répartition du fardeau de la preuve, il appartient au créancier de prouver l'existence du rapport juridique sur lequel il fonde sa créance, alors que c'est au débiteur qu'il incombe d'en établir l'extinction. Appliquée aux prétentions déduites d'un rapport de travail, cette répartition signifie que le travailleur doit apporter la preuve des faits nécessaires à démontrer la conclusion d'un contrat de travail (art. 55 al. 1 CPC; ATF 125 III p. 78 consid. 3b, et réf. cit.; arrêt 4C.39/2005 du 8 juin 2005 consid. 2.1, *in* RVJ 2006 p. 131). Les faits doivent être expressément introduits en cause. Les exigences à cet égard dépendent, d'une part, des éléments de fait de la norme invoquée et, d'autre part, du comportement adopté en procédure par la partie adverse. La partie qui a la charge de l'allégation et qui voit son affirmation, en soi décisive, contestée par son adversaire, peut être contrainte d'exposer les faits pertinents en détail, et pas seulement dans leurs traits essentiels, de telle sorte qu'ils puissent faire l'objet de preuve (arrêts 4A_7/2012 du 3 avril 2012 consid. 2.3.1; 4A_210/2009 du 7 avril 2010 consid. 3.2).

Celui qui agit contre la société dont il a été un administrateur ne peut pas se contenter d'invoquer un document intitulé «contrat de travail» à l'appui de ses prétentions. Il doit alléguer et, le cas échéant, prouver les éléments de fait propres à faire admettre qu'il était bien lié par un contrat de travail, nonobstant sa fonction d'administrateur (arrêt 4C.39/2005 du 8 juin 2005 consid. 2.3, *in* RVJ 2006 p. 131). Les faits auxquels il s'est borné à faire allusion en se référant à un dossier, fût-il censé allégué et reproduit dans son entier, ne sont pas valablement allégués et ne peuvent donc être retenus par le juge. Pour agir correctement, la partie doit énoncer régulièrement en procédure les faits qui résultent de ce dossier et qu'elle entend invoquer, annoncer leur preuve par pièces et requérir à cet effet, comme moyen de preuve, la production de telle ou telle pièce dudit dossier (HOHL, Procédure civile, t. I, 2^e éd., 2016, n° 1259).

S'il n'est pas possible de conclure à l'existence d'un contrat de travail sur la base des faits constatés de manière complète par l'autorité cantonale, la partie qui entendait déduire des droits d'un tel contrat devra supporter l'échec de la preuve sur ce point; ce sera le cas de celle qui élevait des prétentions de salaire en alléguant avoir été liée à l'autre partie par un contrat de travail (arrêts 4C.39/2005 du 8 juin 2005 consid. 2.2, *in* RVJ 2006 p. 131; 4C.135/2000 du 1er septembre 2000, consid. 3a; ATF 125 III 78 consid. 3b).

5.2 En l'espèce, le défendeur a consacré trois allégués de la réponse à la présentation de l'activité exercée soi-disant au service de la demanderesse. Bien qu'ils fussent contestés, il s'est contenté de se référer à un échange de courriels électroniques, sans énoncer expressément les faits qui en résultaient, en sorte que ceux-ci ne sauraient être retenus.

L'appelé prétend, en outre, que, dès lors qu'il était disposé à offrir une prestation conforme au contrat, il appartenait à la demanderesse de supporter le risque d'entreprise. Elle doit, partant, lui payer son salaire. La demeure de l'employeur, auquel il se réfère, suppose la conclusion d'un contrat de travail. Il convient dès lors d'examiner, au regard de l'ensemble des circonstances, si l'intéressé a exercé l'activité en cause de manière dépendante ou indépendante.

5.2.1 Le contrat conclu par les parties présentait certes les éléments caractéristiques du contrat de travail, en ce sens qu'il s'inscrivait dans la durée et que l'appelé devait percevoir une rémunération fixe mensuelle. Il portait, par ailleurs, la dénomination de «contrat de travail» et, le 19 novembre 2013, la demanderesse l'a résilié pour le 31 décembre suivant. Ces indices en faveur de l'application des dispositions des articles 319 ss CO doivent cependant être examinés à la lumière des autres éléments qui ressortent des actes de la cause. A cet égard, la position occupée par le défendeur au sein de la société n'est pas sans importance. Membre fondateur de la demanderesse aux côtés de F _____, il détenait 60 actions nominatives liées de type A et occupait un des deux sièges d'administrateur. Cette position, en particulier celle d'actionnaire majoritaire, est, pour le moins, difficilement compatible avec celle de travailleur.

5.2.2 Dans la réponse, sous l'intitulé «pourparlers précédant la constitution de la X S.A. _____», le défendeur a exposé que, avec F _____, ils étaient convenus «que [celui-ci] apporterait la masse financière [qu'il {Y _____}] s'engageait à gérer» (all. 28). Les deux actionnaires/administrateurs s'étaient ainsi répartis, selon leurs compétences, les tâches nécessaires au bon fonctionnement de l'entreprise. Nonobstant la conclusion d'un contrat de travail, ils n'ont pas modifié cette répartition. Le défendeur a ainsi reproché à F _____ de «n'a[voir] jamais pu apporter l'encours minimal (CHF 5'000'000.--) nécessaire à une gestion pérenne de X S.A. _____» (all. 32). Celui-ci a, pour sa part, fait grief à celui-là de n'avoir pas géré le montant à disposition - 132'000 fr. -, conformément à la méthode convenue. Les reproches réciproques sont de nature à convaincre la cour de céans que l'activité de l'un et de l'autre s'est confondue avec celle que l'intéressé s'était, en qualité de

fondateur de X S.A. _____, obligé à accomplir pour assurer la pérennité de l'entreprise.

Dans les courriels qu'il adressait à F _____, le défendeur utilisait le pronom personnel «nous» lorsqu'il exposait les démarches entreprises ou celles à effectuer. L'emploi de la première personne du pluriel signifie qu'il considérait appartenir au même groupe que le destinataire. Autrement dit, l'un et l'autre échangeaient sur un pied d'égalité. Il est, à cet égard, significatif que chacun d'entre eux prenait l'initiative, à intervalles réguliers, de se réunir pour faire le point de la situation. L'appelé s'adressait d'ailleurs à F _____ comme à un partenaire. Au mois de mai 2013, il l'a questionné sur les démarches entreprises en des termes éloquents : «Quoi de neuf de ton côté ?». A une reprise, il l'a invité à aménager un rendez-vous avec un tiers.

Le défendeur s'est ainsi comporté comme un dirigeant de l'entreprise, dont l'action tendait au succès de celle-ci.

5.2.3 F _____ présidait, il est vrai, le conseil d'administration. Il n'a pas, pour autant, usé des prérogatives y relatives dans l'organisation du travail du défendeur. Du point de vue temporel, celui-ci n'était pas tenu de respecter un horaire de travail. Les dates de ses vacances ne lui étaient pas non plus imposées. Sous l'angle spatial, il avait la faculté de travailler où il l'entendait. Il a ainsi œuvré, pour l'essentiel, en dehors de l'entreprise. Quant à l'aspect hiérarchique, le défendeur n'a ni allégué ni, *a fortiori*, établi qu'il devait se conformer, dans l'exécution de son travail, à des instructions, voire à des directives données par F _____. Lorsque leurs relations se sont tendues, celui-ci n'a pas invité celui-là à se soumettre à de véritables injonctions. L'appelé a ainsi constamment disposé d'une liberté d'action et d'une totale indépendance.

F _____ et Y _____ sont convenus de constituer X S.A. _____. L'appelé a participé à la définition des objectifs de celle-ci au même titre que F _____. Ils ont, de concert, coordonné leurs activités. Le défendeur ne s'est ni placé sous la sphère d'influence du président du conseil d'administration ni soumis à l'organisation de l'entreprise. Il n'a pas non plus agi sous le contrôle et l'autorité de son coadministrateur, qui n'a, au demeurant, pas cherché à interférer dans son activité.

L'appelé a exposé que, dans le cadre de son activité, il s'était rendu notamment à Lugano, Londres, Paris et Luxembourg. Il n'a pas prétendu que, à défaut d'indemnité convenue, son employeur lui avait remboursé, conformément à l'article 327a al. 1 CO, les frais liés à ces déplacements (transport, le cas échéant hébergement, repas, etc.), dont il n'a, au demeurant, pas précisé la cause exacte. La demanderesse ne s'est pas

non plus acquittée du salaire du défendeur. Celui-ci fait valoir qu'il a réclamé oralement sa rémunération à F _____ à plusieurs reprises. Il ne l'a pas établi. La première interpellation est, en effet, intervenue par un courriel du 24 juillet 2013 alors que les rapports entre les parties s'étaient péjorés. L'intéressé a, par la suite, fait état des «arriérés de salaire» le 13 décembre 2013, quelques jours après avoir reçu sa lettre de congé. Le défaut de remboursement des frais imposés par l'exécution du travail et de versement du salaire, ainsi que l'absence de réclamation régulière de ces derniers sont de nature à exclure une dépendance économique de l'intéressé. Il s'agit, en revanche, d'un indice que celui-ci supportait, au même titre que F _____, le risque d'entreprise.

5.2.4 En définitive, la position d'actionnaire majoritaire et d'administrateur du défendeur, la répartition des tâches convenue, l'action coordonnée des deux actionnaires et administrateurs tendant au succès de l'entreprise, l'absence de tout lien de subordination temporelle, spatiale, hiérarchique, organisationnelle et économique sont de nature à convaincre la cour de céans que l'activité litigieuse a été exercée de manière indépendante. Il n'y a dès lors pas lieu de qualifier de contrat de travail le rapport juridique qui liait les parties, nonobstant la dénomination du contrat et la lettre de résiliation des rapports de travail signifiée par la demanderesse au défendeur. Les conclusions tendant au paiement du salaire jusqu'à l'échéance du contrat de travail allégué doivent, partant, être rejetées.

L'absence des allégations nécessaires pour qualifier les relations juridiques nouées entre les parties empêche, par ailleurs, la cour de céans, qui applique le droit d'office, d'examiner si les prétentions de l'intéressé pourraient être allouées sur la base d'un autre contrat que celui invoqué, le cas échéant à hauteur de quel montant. L'action en libération de dette doit dès lors être admise. La poursuite n° xxx _____ de l'office des poursuites du district de A _____ est, partant, arrêtée définitivement; elle tombe, ce qui entraîne la caducité de la décision de mainlevée provisoire prononcée par la juge suppléante des districts de A _____ et de B _____ le 19 mai 2014 (arrêts 5A_127/2010 du 7 septembre 2010 consid. 3.1 *in* SJ 2011 I p. 133).

6. A teneur de l'article 318 al. 3 CPC, si l'instance d'appel statue à nouveau, elle se prononce sur les frais de la première instance.

6.1 Les frais sont mis à la charge de la partie qui succombe (art. 106 al. 1 CPC). La demande est, en l'occurrence, admise, en sorte que le défendeur supporte les frais de première instance, dont le montant non contesté, fixé conformément aux

dispositions applicables (art. 10, 13, 16 al. 1 LTar), à 3000 fr., débours compris, est confirmé. Ces frais sont prélevés sur l'avance effectuée par la demanderesse, à charge pour le défendeur de la lui rembourser.

Eu égard à l'activité utile de son conseil, les dépens de la demanderesse, chiffrés par le premier juge à 4400 fr., débours compris, montant non contesté, sont également confirmés (art. 27, 28 al. 1 et 32 al. 1 LTar). Supportant ses propres frais d'intervention en justice, le défendeur versera dès lors à l'intéressée ce montant à titre de dépens pour la procédure de première instance.

6.2 Vu le sort de l'appel, les frais de seconde instance sont mis à la charge de l'appelé.

L'émolument est calculé par référence au barème applicable en première instance, et peut tenir compte d'un coefficient de réduction de 60 % (art. 19 LTar). Eu égard à la valeur litigieuse, au degré de difficulté usuel de la cause, ainsi qu'aux principes de la couverture des frais et de l'équivalence des prestations (art. 13 LTar), les frais judiciaires en instance d'appel, qui se limitent à l'émolument forfaitaire de décision (art. 95 al. 2 let. b CPC), sont arrêtés à 2500 fr. (art. 16 et 19 LTar), montant prélevé sur l'avance de l'appelante. L'appelé versera dès lors à celle-ci le montant de 2500 fr. à titre de remboursement d'avance.

Les honoraires sont calculés par référence au barème applicable en première instance, compte tenu d'un coefficient de réduction de 60 % (art. 35 al. 1 let. a LTar). L'activité du conseil de l'appelante a, pour l'essentiel, consisté à rédiger la déclaration d'appel et un courrier qui faisait état de *nova*, ainsi qu'à prendre connaissance de la réponse de l'appelé. Le degré de difficulté de la cause doit être qualifié d'ordinaire. Dans ces circonstances, les dépens de l'appelante, supportés par l'appelé, sont arrêtés au montant de 1900 fr., débours compris.

Par ces motifs,

Prononce

Le jugement dont appel est réformé; en conséquence, il est statué :

1. L'action en libération de dette est admise.
2. X S.A. _____ ne doit pas à Y _____ le montant de 45'829 fr. 50, avec intérêt à 5 % dès le 1^{er} mars 2013 sur 829 fr. 50, dès le 1^{er} avril 2013 sur 4500 fr., dès le 1^{er} mai 2013 sur 4500 fr., dès le 1^{er} juin 2013 sur 4500 fr., dès le 1^{er} juillet 2013 sur 4500 fr., dès le 1^{er} août 2013 sur 4500 fr., dès le 1^{er} septembre 2013 sur 4500 fr., dès le 1^{er} octobre 2013 sur 4500 fr., dès le 1^{er} novembre 2013 sur 4500 fr., dès le 1^{er} décembre 2013 sur 4500 fr. et dès le 1^{er} janvier 2014 sur 4500 francs.
3. Les frais, par 5500 fr. (1^{re} instance : 3000 fr.; appel : 2500 fr.), sont mis à la charge de Y _____.
4. Y _____ paiera à X S.A. _____ une indemnité de 6300 fr. (1^{re} instance : 4400 fr.; appel : 1900 fr.) à titre de dépens et le montant de 5500 fr. (1^{re} instance : 3000 fr.; appel : 2500 fr.) à titre de remboursement d'avances.

Sion, le 19 octobre 2017