Exempt - appel en matière de droit du travail.

Audience publique du treize février deux mille quatorze.

Numéro 35904 du rôle

Composition:

Carlo HEYARD, président de chambre,
Ria LUTZ, premier conseiller,
Théa HARLES-WALCH, premier conseiller,
Isabelle HIPPERT, greffier.

E n t r e :

A, demeurant à L-(…),

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Pierre BIEL de Luxembourg du 21 janvier 2010,

défenderesse aux fins d'une requête en intervention de l'Etat du Grand-Duché de Luxembourg du 9 avril 2013,

comparant par Maître Eyal GRUMBERG, avocat à la Cour à Luxembourg,

e t :

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

intimée aux fins du susdit exploit BIEL,

défenderesse aux fins de la susdite requête en intervention,

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

2) l'ETAT DU GRAND-DUCHE DE LUXEMBOURG, pris en sa qualité de gestionnaire du Fonds pour l'emploi, représenté par son Ministre d'Etat, établi à L-1352 Luxembourg, 4, rue de la Congrégation,

demandeur aux termes d'une requête en intervention du 9 avril 2013,

comparant par Maître Georges PIERRET, avocat à la Cour à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL:

Vu l'ordonnance de clôture de l'instruction du 24 septembre 2013.

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

Au service de la société B SA en qualité d'agent immobilier sur base d'un contrat de travail à durée indéterminée prévoyant une période d'essai de 6 mois conclu le 5 mars 2008, A exposa que l'employeur a résilié le 20 juin 2008 le contrat de travail moyennant un préavis de 24 jours prenant cours le 21 juin 2008 et expirant le 14 juillet 2008.

Elle qualifia cette résiliation d'abusive et réclama à son ancien employeur par requête du 22 juin 2009 différents montants indemnitaires plus amplement repris dans la prédite requête.

Elle réclama encore le remboursement des frais de publication d'un montant de 82,46 euros ainsi que des commissions relatives à la vente d'un appartement situé à Esch-sur-Alzette et d'un autre situé à Rumelange, un montant « pm » à titre d'indemnité kilométrique et finalement une indemnité compensatoire pour congés non pris de 14,5 jours soit un montant de 1.294,56 euros.

Elle soutint que la résiliation de son contrat de travail serait intervenue en période de protection dans la mesure où elle aurait été en période de maladie dûment portée à la connaissance de l'employeur le 20 juin 2008, de sorte qu'en vertu des articles L.121-5 et L.121-6 du code du travail, la période d'essai était prolongée d'un mois compte tenu de la suspension du contrat en raison de sa maladie.

L'employeur qui contesta la réalité de la maladie de la salariée prétendit qu'elle se serait présentée à son lieu de travail le matin du 20 juin 2008 et que suite à une discussion animée entre parties, elle aurait quitté son poste de travail.

Il formula à cet égard une offre de preuve par témoins.

Par un jugement du 18 décembre 2009 le tribunal du travail d'Esch-sur-Alzette a :
dit que la résiliation du contrat de travail de A est régulière,
dit non fondées les demandes de A du chef de solde de salaire, d'indemnité de préavis et de dommages et intérêts pour préjudice moral,
dit non fondées les demandes de A du chef de commissions, d'indemnité kilométrique et de frais de publication,
dit fondée la demande de A en paiement du montant de 1.027,12 € du chef d'indemnité compensatoire pour congé non pris,
condamné B S.A. à payer à A le montant de 1.027,12 € avec les intérêts légaux à partir du 22 juin 2009, date du dépôt de la requête introductive d'instance, jusqu'à solde,
dit le recours de l'ETAT non fondée,
rejeté les demandes de A en allocation d'une indemnité de procédure.

Pour statuer comme il l'a fait, le tribunal du travail a constaté que la salariée n'avait pas accompli les obligations de l'article L.121-6 du code du travail lui permettant de se prévaloir de la protection contre le licenciement y prévue, de sorte que l'employeur était autorisé à lui notifier la résiliation du contrat de travail moyennant respect du délai de préavis de 24 jours et qu'il l'a déboutée de ses demandes indemnitaires.

De ce jugement, A a régulièrement relevé appel par acte de l'huissier de justice Pierre BIEL de Luxembourg du 21 janvier 2010.

L'appelante demande de déclarer son appel fondé et par réformation de déclarer le licenciement intervenu en date du 20 juin 2008 abusif ; partant, B SA s'entendre condamner à lui payer le montant de 24.822,82 € + p.m. du chef des causes sus énoncées sinon à tout autre montant, même supérieur, le cas échéant à dires d'experts, avec les intérêts légaux tels que de droit à partir de la demande en justice jusqu'à solde.

Elle soutient, versant deux attestations judiciaires à l'appui, avoir averti par téléphone son employeur le 20 juin 2008 de son incapacité de travailler pour cause de maladie, de sorte qu'elle bénéficiait de la protection prévue à l'article L.121-6 (3) du code du travail et que le tribunal du travail a à tort déclaré le licenciement régulier.

Elle soutient encore qu'elle a été affectée par les propos injurieux, calomnieux tenus par son employeur aux fins de justifier le licenciement, de sorte qu'elle pourrait prétendre pour le préjudice moral subi de ce chef à des dommages et intérêts.

Elle réitère les différentes demandes formulées en première instance et dont elle a été déboutée par le jugement de première instance.

L'intimée conclut à la confirmation du jugement entrepris en tous ses points.

Elle conteste toujours avoir été avertie de la maladie de la salariée en date du 20 juin 2008 ; elle verse également une attestation judiciaire de laquelle il appert qu'à aucun moment en date du 20 juin 2008 la salariée a informé son employeur de son incapacité de travailler.

Elle conteste finalement toutes les demandes formulées par l'appelante dans leur principe et leur montant.

Elle formule une demande reconventionnelle d'un montant de 1.931,44 euros correspondant à un mois de salaire indûment payé à la salariée pour la période du 14 juillet 2008 au 14 août 2008.

L'Etat pris en sa qualité de gestionnaire du Fonds pour l'emploi déclare intervenir dans la cause et réclame à la partie malfondée un montant de 21.613,37 euros correspondant aux indemnités de chômage avancées à la salariée pendant la période allant du 16 juillet 2009 au 13 janvier 2010 sur base de l'article L.521-4 du code du travail.

L'intimée conclut à l'irrecevabilité de l'appel pour ne pas avoir été signifié à l'Etat pourtant partie en cause en première instance et à titre subsidiaire elle demande à voir constater que le jugement déféré est définitivement acquis à l'encontre de l'Etat en ce que ce dernier n'a été ni intimé par la salariée ni n'a relevé appel de son propre chef du jugement du 18 décembre 2009.

Chacune des parties réclame une indemnité de procédure sur base de l'article 240 du NCPC.

- **<u>Quant à la recevabilité de l'appel.</u>**

L'employeur conclut en premier lieu à l'irrecevabilité de l'appel pour défaut d'intimation de l'Etat cependant partie au litige en première instance et en second lieu, il soutient que le jugement entrepris serait définitvement acquis à l'encontre de l'Etat dès lors que ce dernier n'a pas été intimé par la salariée et que l'ETAT n'a

pas entrepris le jugement de son propre chef, ledit jugement ayant déclaré la demande de l'ETAT non fondée, de sorte que cette décison est coulée en force de chose jugée.

Il soutient dès lors que l'ETAT est forclos à faire valoir des droits éventuels même en cas de condamntion de l'employeur pour licenciement abusif.

L'ETAT peut en vertu de l'article L.521-4.(7) in fine du code du travail intervenir volontairement au procès en tout état de cause et même pour la première fois en instance d'appel, il en résulte que cette intervention est recevable et qu'elle n'affecte en rien la recebabilité de l'appel.

La Cour constate que par requête du 10 avril 2013 l'ETAT pris en sa qualité de gestionnaire du Fonds pour l'emploi a déclaré intervenir au litige et réclamer le remboursement de la somme de 21.613,37 euros correspondant aux indemnités de chômage avancées à la salariée pour les périodes allant du 16 juillet au 13 janvier 2010 alternativement à la partie intimée malfondée sur base de l'article L.521-4 du code du travail, de sorte que le moyen soulevé par l'intimée tombe à faux.

- **<u>Quant au fond.</u>**

Concernant les faits de la cause, la Cour se réfère à la relation exhaustive et correcte faite par le tribunal du travail pour la faire sienne dans son intégralité.

L'appelante qui maintient en instance d'appel son moyen tiré de la violation par l'employeur de l'article L.121-6 (3) du code du travail, qui prétend plus précisément avoir été protégée contre le licenciement prononcé le 20 juin 2008 dès lors qu'elle était en état de maladie dûment portée à la connaissance de son employeur, verse actuellement aux débats deux attestations judiciaires pour établir qu'elle a informé son employeur le 20 juin 2008 de son incapacité de travailler.

Le témoin C, qui est le père de la salariée, déclare qu'il a accompagné sa fille le 20 juin 2008 à 8h30 chez le médecin de famille à Belvaux et qu'une fois revenue à la maison vers 10h00, sa fille a téléphoné à son employeur pour l'informer de sa maladie et de son incapacité de travailler et qu'elle n'a plus quitté la maison le jour en question.

Cette déclaration est cependant contredite par celle du témoin D qui est la nièce de l'employeur et qui certifie que la salariée n'a à aucun moment pendant la journée du 20 juin 2008 appelé pour faire une déclaration d'incapacité de travail.
Ce témoin de poursuivre « *au contraire, elle (la salariée) s'était présentée vers 9h05 pour reprendre son travail normalement ».*

S'il résulte du certificat médical établi le 20 juin 2008 par le docteur E que A était malade le 20 juin 2008 et ce jusqu'au 7 juillet 2008, il laisse cependant, au vu des attestations contraires, d'être prouvé que la salariée en a informé son employeur avant l'envoi de la lettre recommandée de licenciement, soit le 20 juin 2008 à 15h24 d'après le récépissé postal du recommandé, de sorte que le jugement du tribunal du travail est à confirmer en ce qu'il a retenu :

« La requérante n'ayant pas établi avoir rempli les obligations lui incombant en la matière, il y a lieu de retenir qu'elle ne se trouvait pas sous la protection édictée par l'article L.121-6 du code du travail et que l'employeur était en droit de lui envoyer le 20 juin 2008, pendant la période d'essai, la lettre de résiliation du contrat de travail conclu entre parties, moyennant un préavis de vingt-quatre jours, prenant cours le 21 juin 2008 et expirant le 14 juillet 2008.
L'employeur ayant au vu des pièces versées en cause réglé à A ses salaires jusqu'au 14 août 2008, la requérante est à débouter de ses demandes du chef d'indemnité de préavis et de solde de salaire.
La requérante est encore à débouter de sa demande du chef de dommage moral pour motifs injurieux, calomnieux et licenciement abusif, l'employeur n'ayant pas à fournir de motifs à l'appui de la résiliation du contrat de travail, la rupture étant un droit discrétionnaire et réparation n'est due au salarié, en cas de contrat à l'essai, que si le salarié prouve l'intention de nuire ou la légèreté blâmable de l'employeur lors de la résiliation du contrat à l'essai, ce qui n'est pas le cas en l'espèce. »

L'appelante fait ensuite grief au tribunal du travail de l'avoir déboutée de ses demandes en remboursement des frais avancés par elle pour le compte de son employeur.

Elle réitère en instance d'appel sa demande tendant au remboursement des frais de publication d'un montant de 82,46 euros au profit de son employeur, soutenant que ce serait avec ses propres deniers qu'elle aurait effectué ces paiements pour le compte de l'employeur.

Elle verse à l'appui ce sa demande cinq factures relatives à des publications émanant de F, ainsi qu'un relevé de son compte bancaire auprès de la G et finalement un historique du débit de son compte personnel pour la période du 1er mai 2008 au 1er juillet 2008, pièces desquelles il résulte que la salariée à payé ces cinq factures avec ses propres deniers par différents virements.

Cependant l'employeur conteste que ces virements aient été faits par la salariée pour apurer une dette qui lui serait imputable.

Il est de principe que les frais qu'un salarié justifie avoir exposés pour les besoins de son activité professionnelle et dans l'intérêt de l'employeur doivent lui être

remboursés sans qu'ils puissent être imputés sur la rémunération qui lui est due, à moins qu'il n'ait été contractuellement prévu qu'il en conserverait la charge moyennant le versement d'une somme fixée à l'avance de manière forfaitaire et à la condition que la rémunération proprement dite du travail reste au moins égale au minimum garanti. Il suit de ces considérations que le principe est le remboursement, l'exception la clause contractuelle aménageant les modalités du remboursement sous forme forfaitaire, et la limite à l'exception, le respect du salaire minimun (Dalloz, cf. salaire n° 365 et suivants, C. Cass. Fr. 25.02.1998).

Si le remboursement est aux frais réels, il appartient au salarié de rapporter la preuve de la dépense engagée, et de respecter les consignes de l'employeur à cet égard, au risque de ne pouvoir l'obtenir (Soc. 20 oct. 1994, n° 93-41.856).

En l'espèce, ces publications concernent des annonces relatives au parc immobilier en vente ou en location de la société employeuse, de sorte que ces frais de publications faits pour l'activité de son ancien employeur sont à charge de l'employeur et non de la salariée.

Il en suit que la demande de A est par réformation à déclarer fondée pour le montant réclamée de 82,46 euros.

L'appelante réclame, comme en première instance, le paiement d'une indemnité kilométrique fixée ex aequo et bono au montant de 1.500 euros, sinon tout autre montant à dire d'expert, respectivement elle sollicite qu'il soit enjoint à l'employeur de communiquer les « planings » ou agendas mentionnant les visites effectuées par la salariée pour le compte de l'employeur.

Elle prétend que même si le contrat de travail ne prévoit pas le paiement d'une telle indemnité kilométrique, il n'en demeurerait pas moins que l'employeur s'est enrichi à ses dépens respectivement qu'elle s'est appauvrie au profit de son employeur.

Elle se prévaut de la théorie de l'enrichissmeent sans cause fondée sur l'article 1371 du code civil selon laquelle celui qui s'enrichit sans cause au détriment d'autrui doit rembourser cette personne.

Elle prétend qu'en utilisant son véhicule personnel dans le cadre de son travail, elle a supporté le coût de l'essence nécessaire pour effectuer les trajts pour se rendre sur les lieux des biens immobiliers à faire visiter, ainsi que le coût lié à l'usure de son véhicule.

L'employeur conteste cette demande tant dans son principe que dans son montant ; il conclut à la confirmation du jugement déféré par adoption de sa motivation.

La Cour relève à cet égard que le même principe que ci-avant exposé dans le cadre des frais de publication s'applique et si la salariée expose des frais de déplacement dans le cadre de l'exercice de son activité professionnelle, elle a droit à leur remboursement sans analyser la question de savoir si la théorie de l'enrichissement sans cause s'applique.

La Cour estime nécessaire de procéder avant tout autre progrès en cause à une comparution personnelle des parties et d'enjoindre à la société Bde soumettre à la Cour, lors de cette comparution, le carnet de rendez-vous de la salariée pour la période d'engagement.

L'appelante maintient également sa demande en paiement de la somme de 1.533,00 euros à titre de commissions pour apport et pour vente de deux immeubles sis à Esch / Alzette, 20 rue de Belvaux pour un prix de vente de 211.000 euros et sis à Rumelange, rue de l'école pour un prix de vente de 300.000 euros.

L'employeur conteste cette demande tant dans son principe que dans son montant.

Il soutient d'une part que la preuve de la participation active et directe de la salariée aux ventes litigieuses laisserait d'être établie et d'autre part que la condition contractuelle du versement d'une commission, à savoir la réalisation par la salariée d'un chiffre d'affaires mensuel de 1.000.000 euros ne serait pas donnée.

Le contrat de travail conclu entre parties prévoit en ce qui concerne les provisions attribuées à la salariée ce qui suit :

« Clauses complémentaires convenues entre les deux parties sur les provisions attribuées sur la production :
Le montant des provisions est fixé à 0,15% brut calculé sur la valeur de vente d'un immeuble, pour le cas où cette vente serait réalisée par l'intermédiaire du salarié. Au cas où le rendez-vous est transmis par une de non secrétaires, le taux se réduit à 0,10% brut. Le salarié aura la possibilité de recevoir des provisions d'apport d'immeubles. Pour bénéficier de ces provisions, le salarié prendra en option des immeubles moyennant son travail à travers ses connaissances personnelles ou suite à des prospections. Cela signifie, qu'aucun lien ne devra exister entre l'agence et ces immeubles. Le montant des provisions d'apports est également fixé à 0,15% brut de la valeur des immeubles. Toutefois, les provisions sont uniquement payables à la passation de l'acte de vente notarié des immeubles.
Pour bénéficier de ces conditions et afin de justifier le montant de ces provisions, ainsi que de confirmer sa productivité au sein de l'agence, le salarié s'engage à réaliser les objectifs suivants :
la moyenne des ventes doit être de 1.000.000 euros (un million euros) mensuels et la moyenne des apports à réaliser doit être au moins de quatre immeubles mensuels

à sélectionner les immeubles de façon à ce que les pris requis, correspondent à la valeur du marché de l'immeuble.
Une provision extraordinaire peut lui être accordée, au cas où le montant net de vente, donc ventes réalisées définitivement par acte notarié, atteint le chiffre de 20.000.000 euros (vingt millions euros) annuel, chiffre réalisé par l'intermédiaire de l'agent soussigné. Le taux de provision est fixé à 0,075% de la valeur de vente et est payable en une fois après décompte. »

Pour établir que les deux ventes ont été réalisées par son intermédiaire directe, A verse deux attestations judiciaires desquelles il appert que la salariée a « *participé à la négociation de la vente … en assistance de D »* et qu'elle a *« pris part à la vente de la maison sise à Rumelange* », ces deux attestations étant régulièrement établies par les acquéreurs des immeubles concernés.

Force est cependant de constater qu'il laisse d'être établi que la salariée est intervenue personnellement et directement dans la réalisation de ces deux ventes.

S'y ajoute que A n'a pas prouvé avoir rempli l'objectif contractuellement fixé à 1.000.000 d'euros par mois pour pourvoir bénéficier des commissions réclamées, de sorte que la demande afférente de A est à déclarer non fondée et le jugement est à confirmer sur ce point.

L'appelante fait finalement grief au tribunal du travail de l'avoir déboutée de sa demande tendant au paiement de 14,5 jours de congés non pris, soit la somme de 1.294,56 euros et de ne lui avoir seulement accordé pour 11,5 jours de congés la somme de 1.027 euros.

Elle prétend que l'employeur n'aurait pas prouvé lui avoir accordé ou payé les congés légalement dus.

Le tribunal du travail a fait une analyse correcte tant des dispositions contractuelles et légales à cet égard que de l'attestation patronale du 9 octobre 2008, de sorte que le jugement est encore à confirmer en ce qu'il a déclaré la demande afférente de la salariée fondée seulement pour le montant de 1.027,12 euros.

La société B formule en instance d'appel à l'égard de A une demande reconventionnelle d'un montant de 1.931,44 euros correspondant au paiement indû d'un mois de salaire.

Elle expose qu'en raison de la cessation régulière de la relation de travail le 14 juillet 2008 inclus, elle serait allée au-delà de ses obligations légales en rémunérant son ex salariée jusqu'au 14 août 2008 inclus, ce que cette dernière reconnaîtrait implicitement dans l'évaluation de ses prétentions dans la requête introductive

d'instance dans la mesure où elle y précise à la page 1 *« or pendant ladite préiode elle n'a touché que le montant de 10.590,98 euros*, *de façon qu'il reste un solde en sa faveur de 2.929,10 euros ».*

La salariée conteste le bien fondé de cette demande dans son principe.

Elle fait développer dans ses conclusions notifiées le 16 août 2013 des hypothèses qui ne correspondent pas au cas d'espèce dans la mesure où la relation de travail a régulièrement pris fin le 14 juillet 2008.

En effet, en indiquant dans les prédites conclusions : « *elle estime que la situation devrait pour l'appréciation de son dommage être envisagée comme si le licenciement était réputé nul et non avenu et donc comme si le contrat avait continué son cours normal au moins jusqu'au 5 octobre 2008* », la salariée méconnait la réalité et émet des hypothèses d'école qu'il échet de rejeter.

De même en poursuivant qu'« *elle aurait dû bénéficier d'une prolongation de sa période d'essai correspondant au nombre de jours de maladie sans pouvoir excéder un mois »,* elle occulte une fois de plus le fait qu'elle n'a pas bénéficié de la protection contre le licenciement en période de maladie étant donné qu'elle n'a pas respecté les obligations légales pour pouvoir en bénéficier, de sorte que la Cour ne peut que répéter que le contrat la liant à la société B a régulièremetn pris fin le 14 juillet 2008.

Comme la salariée a perçu ses salaires, d'après les pièces versées, jusqu'au 14 août 2008 inclus, soit un mois de plus que légalement redû, ses revendications ne sont pas fondées tandis que celles de l'employeur formulées dans sa demande reconventionnelle le sont.

Il y a partant lieu de condamner la salariée à rembourser à son ancien employeur la somme de 1.931.44 euros correspondant au salaire non dû lui versé entre le 14 juillet 2008, fin du délai de préavis, et le 14 août 2008 inclus, période pendant laquelle elle n'a pas travaillé et n'avait partant pas droit à une contrepartie sous la forme d'un salaire.

Par adoption des motifs des juges de première instance et au regard de l'issue du litige en première instance confirmée en instance d'appel, la demande de l'ETAT est à déclarée non fondée et le jugement déféré est à confirmer sur ce point.

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,

déclare l'appel recevable,

le dit partiellement non fondé,

réformant :

dit la demande de A en paiement des frais de publication fondée pour un montant de 82,46 euros,

concernant la demande en paiement des indemntités kilométriques :

ordonne avant tout autre progrès en cause une **comparution personnelle des parties**,

dit que le représentant légal de la société B est tenu de présenter à la Cour les agendas de rendez-vous de A pendant la durée de l'engagement de cette dernière,

fixe la comparution des parties au **mercredi, 5 mars 2014 à 9.00 heures,** en la chambre du conseil dans la salle des enquêtes n° CR.4.28, 4e étage, en les locaux de la Cour Supérieure de Justice à Luxembourg, Cité Judiciaire, Bâtiment CR, Plateau du St. Esprit,

dit la demande reconventionnelle de la société B fondée pour un montant de 1.931,44 €,

réserve le surplus.