

Arrêt N° 148/16 - III – TRAV

Exempt - appel en matière de droit du travail.

Audience publique du vingt-quatre novembre deux mille seize.

Numéro 41981 du rôle

Composition:

Ria LUTZ, présidente de chambre,
Théa HARLES-WALCH, premier conseiller,
Mireille HARTMANN, 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 suppléant Michèle WANTZ d'Esch-sur-Alzette du 9 janvier 2015,

intimée sur appel incident,

comparant par Maître Nadine CAMBONIE, avocat à la Cour à Luxembourg,

e t :

B, demeurant à L-(...),

intimé aux fins du susdit exploit WANTZ,

appelant par incident,

comparant par Maître Charles KAUFHOLD, avocat à la Cour à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL:

Vu l'ordonnance de clôture de l'instruction du 28 juin 2016.

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

Par requête déposée au greffe du tribunal du travail d'Esch-sur-Alzette le 17 décembre 2013 B réclama à sa salariée A sur base des articles 1376, 1377 et 1235 du code civil, la somme de 15.341,02 euros avec les intérêts tels que de droit.

Il fit exposer à l'appui de sa demande que A était à ses services en qualité de « commercial » depuis le 1^{er} juin 2012 sur base d'un contrat de travail à durée indéterminée signé le même jour, qu'aux termes de l'article 6 du prédit contrat, le salaire de A se composait d'un traitement de base fixe, d'un montant brut de 2.165.- euros, ainsi que de participations aux commissions d'un montant brut de 2.835.- euros, que l'annexe du contrat de travail prévoyait *qu' « en cas de surplus de la participation aux commissions par rapport aux acomptes prévus par le contrat de travail, celui-ci serait payé au salarié au plus tard à la fin du mois qui suit le calcul du décompte. Il sera payé sous forme de gratification sous déduction des charges sociales et fiscales prévues par la loi. Dans le cas contraire, le salarié s'engage à rembourser la différence à son employeur dans un délai de 3 mois ou délai à convenir entre les deux parties ».*

L'employeur expliqua qu'en application de l'article 6 du contrat de travail, A aurait ainsi perçu en plus de la part fixe de son salaire, et pendant toute la durée de la relation de travail, des acomptes sur participation aux commissions d'un montant total brut de 22.650.- euros, que cependant son rendement aurait été tel que les commissions résultant des contrats signés se sont élevées au montant de 6.024,05.- euros pour l'année 2012 et au montant de 1.258,29.- euros pour l'année 2013.

B soutint dès lors que la salariée a indûment perçu, au titre de la participation aux commissions, le montant de 15.367,66.- euros.

Il exposa finalement qu'en date du 28 février 2013, les parties ont conclu un avenant au contrat de travail signé le 1^{er} juin 2012. Le point 6 du contrat de travail a été modifié en ce sens que la rémunération de A ne comprend plus qu'une part fixe de 4.209,07.- euros, indice 756,27 et ce à compter du 1^{er} février 2013.

A titre subsidiaire, il formula une offre de preuve par voie de témoignage.

A contesta la demande de l'employeur. Elle soutint que dans la mesure où, par avenant signé en février 2013, son contrat de travail a été modifié dans un sens plus

favorable pour elle, les dispositions antérieures auraient été abrogées. Par conséquent, B ne saurait se baser sur ces dispositions pour lui réclamer actuellement le remboursement d'un trop-perçu à titre de participation aux commissions. Elle était d'avis qu'avec la signature de l'avenant, les comptes entre parties ont été soldés pour la période antérieure au 1^{er} février 2013.

En outre, les pièces versées par B ne permettraient pas de connaître exactement à quel contrat les montants y énoncés correspondent.

A titre reconventionnel, A réclama, en se basant sur l'article 16 de la Convention collective de travail des salariés du secteur de l'assurance, le paiement du treizième mois de l'année 2013, soit le montant de 3.148,15.- euros.

Elle soutint encore que dès la période estivale de l'année 2013, elle a été victime de harcèlement moral de la part de B. Afin de prouver ses dires, elle formula, à titre subsidiaire, une offre de preuve par témoignage. A réclama à titre d'indemnisation de son dommage moral subi en raison de ces faits le montant de 10.000.- euros.

Par un jugement contradictoire du 2 décembre 2014, le tribunal du travail d'Esch-sur-Alzette a :

- donné acte à B de l'augmentation de sa demande au montant de 15.367,66.- euros ;
- donné acte à A de sa demande reconventionnelle ;
- dit la demande de B fondée pour le montant réclamé de 15.367,66.- euros ;
- partant, condamné A à payer à B le montant de 15.367,66.- euros avec les intérêts au taux légal sur le montant de 15.341,02.- euros à compter du 17 décembre 2013 et sur le montant de 26,64.- euros à compter du 4 novembre 2014, chaque fois jusqu'à solde ;
- dit que le taux d'intérêt sera majoré de trois points à compter du troisième mois qui suit la notification du jugement ;
- dit fondée la demande de A en paiement d'une prime de treizième mois ;
- partant, condamné B à payer à A le montant de 3.148,15.- euros, avec les intérêts au taux légal à compter du 4 novembre 2014, jour de la demande en justice jusqu'à solde ;
- dit la demande en indemnisation du dommage moral non fondée ;
- dit la demande en allocation d'une indemnisation pour procédure abusive et vexatoire non fondée ;
- dit non fondée la demande respective des parties en allocation d'une indemnité de procédure ;
- fait masse des frais et dépens de l'instance et les impose pour un quart à B et pour trois quarts à A.

Pour statuer comme il l'a fait, le tribunal a, après avoir examiné les conditions de l'action en répétition de l'indû, considéré qu'il résulte du décompte versé en cause par B que A a bénéficié d'avances sur commissions d'un montant de 22.650.- euros

et que son rendement pour les années 2012 et 2013 ne s'est élevé qu'au montant de 7.282,34.- euros.

Il a encore décidé que, contrairement aux dires de la salariée, le décompte de B, établi sur base des bordereaux de commissions des années 2012 et 2013, permet de connaître le rendement exact pour chaque numéro de police d'assurance réalisé par A et que les montants repris dans le décompte versé à l'audience du 4 novembre 2014 n'ont pas fait l'objet de contestations circonstanciées de la part de A.

Le tribunal du travail a relevé que le fait que les parties ont signé en date du 28 février 2013 un avenant au contrat de travail modifiant le mode de rémunération de A ne saurait rendre l'employeur forclos à réclamer le remboursement des montants indûment perçus antérieurement à cet avenant, qu'en effet, à aucun moment les parties n'ont considéré leurs comptes comme étant soldés.

Partant et sur base des pièces versées, le tribunal du travail a retenu que A a bénéficié de paiements indus à hauteur de la somme de 15.367,66.- euros de la part de son employeur, B, de sorte qu'il a déclaré la demande de ce dernier fondée.

Concernant la demande reconventionnelle de la salariée en paiement d'un treizième mois, le tribunal a déclaré cette demande, sur base de l'article 16 de la Convention collective de travail des salariés du secteur de l'assurance, qui est une convention d'obligation générale, fondée pour un montant de 3.148,15 euros.

Il a encore, concernant le harcèlement moral invoqué par la salariée et offert en preuve par témoins, après avoir donné la définition du harcèlement moral et déterminé ses caractéristiques, décidé que la salariée n'avait pas rapporté la preuve d'un harcèlement moral dans le chef de son employeur et que son offre de preuve était trop imprécise pour être retenue, de sorte qu'il a déclaré sa demande afférente non fondée.

Le tribunal a encore rejeté sa demande pour procédure abusive et vexatoire dans la mesure où la salariée n'a prouvé ni une intention malicieuse de l'employeur ni un quelconque préjudice résultant de l'exercice de l'action en justice.

A a régulièrement interjeté appel du susdit jugement par exploit d'huissier du 9 janvier 2015.

L'appelante demande de déclarer son appel fondé et de réformer le jugement entrepris l'ayant condamnée à payer à la partie intimée le montant de 15.341,02 euros avec les intérêts légaux tels que de droit et de la décharger de toutes les condamnations prononcées à son encontre en première instance ; par réformation, de déclarer qu'elle a subi un préjudice moral résultant du harcèlement moral, partant de condamner la partie intimée à lui payer une indemnisation pour le

préjudice moral subi d'un montant de 10.000 euros, et de condamner la partie intimée à lui payer le montant de 2.000 euros pour procédure abusive et vexatoire. A titre subsidiaire, A offre de prouver par témoins tous autres moyens de preuve réservés, les faits relatifs à la signature de l'avenant en date du 28 février 2013 et les faits de harcèlement moral.

L'appelante maintient ses arguments de première instance concernant la restitution des commissions non dues et concernant le harcèlement moral dont elle a été victime et formule deux offres de preuve pour établir sa version des faits.

L'intimée conteste ces demandes tant dans leur principe que dans leur montant.

I) Bien-fondé de la demande en répétition de l'indu.

L'appelante fait grief au tribunal du travail de l'avoir condamnée à rembourser à son ancien employeur la somme de 15.367,66 euros correspondant à des avances sur commissions perçues en trop sur base du principe de la restitution de l'indu.

Engagée comme commerciale sur base d'un contrat à durée indéterminée avec une période d'essai de six mois en date du 1^{er} juin 2012, l'appelante soutient qu'en date du 28 février 2013, la partie intimée lui a proposé la signature d'un avenant au contrat de travail modifiant les conditions de sa rémunération, que la partie intimée lui a clairement exposé que si elle acceptait de signer la modification de son contrat de travail, il renoncerait à lui réclamer un quelconque trop-perçu d'avances sur participation aux commissions, qu'elle a accepté cette modification relative à sa rémunération, laquelle correspondait de surcroit au poste administratif qu'elle occupait depuis plusieurs mois.

Elle précise encore que cette modification du contrat de travail relevait d'un constat fait sur huit mois (juin 2012 à janvier 2013 inclus) des missions qui lui étaient confiées par la partie intimée, à savoir des missions d'administration et non plus des missions de prospection. Ainsi, sa rémunération devenait fixe en son intégralité ce qui correspondait à un poste administratif.

Elle réitère n'avoir accepté la signature de l'avenant à son contrat de travail en février 2013 qu'en considération que l'annexe au contrat de travail était abrogée au 1^{er} février 2013 et que, sans aucun décompte au 31 décembre 2012 et au 28 février 2013 (date de signature de l'avenant), les parties étaient quittes entre elles et ne se devaient plus rien.

Elle formule une offre de preuve par témoins en ce sens.

L'intimé conclut à la confirmation du jugement entrepris sur ce point par adoption de ses motifs.

Il conteste la version des faits relatée par la salariée.

Il soutient comme en première instance que A a toujours et pendant toute la durée de son engagement travaillé conformément au contrat de travail, comme commerciale et non comme employée administrative, qu'ils ont modifié d'un commun accord sa rémunération en raison du fait que la salariée n'avait pas de rendement et que son salaire variable en pâtissait.

Il conteste encore avoir renoncé, en signant cet avenant au contrat de travail, à réclamer à la salariée le trop-perçu des commissions antérieures, remboursement qui était, par ailleurs, prévu par le contrat de travail.

Il formule, à titre subsidiaire, une offre de preuve par témoins pour établir sa version des faits et plus précisément le fait que la salariée n'avait pas droit aux commissions dont il réclame la restitution.

Les dispositions contractuelles pertinentes pour la solution du litige et qui prêtent à discussion entre les parties sont les suivantes :

-d'après le point 6 alinéa 2 du contrat de travail signé entre les parties le 1^{er} juin 2012 :

« Son traitement sera composé des éléments suivants :

- Traitement de base fixe : 2.165 euros*
- Participations aux commissions : 2.835 euros.*

Le traitement de base fixe brut est fixé à 2.165 euros par mois, indice 737,83. Il sera payé à la fin du mois sous déduction des charges sociales et fiscales prévues par la loi.

La participation aux commissions sera calculée suivant la description en annexe de la présente. Un acompte brut sur participation aux commissions est fixé à 3.000 euros par mois. Il sera payé à la fin du mois sous déduction des charges sociales et fiscales prévues par la loi. »

-selon le point 1) de l'annexe au contrat de travail signé le même jour et qui fixe le calcul et le paiement de la participation aux commissions :

« La participation aux commissions est la somme des commissions suivantes :

- 100% de la commission d'acquisition sur les contrats VIE produits par le salarié*
- 100% de la commission d'acquisition sur les contrats SANTE produits par le salarié*

- La première commission annuelle sur chaque nouvelle affaire IARD à prime récurrente produite par le salarié.

Le décompte annuel de la participation aux commissions sera calculé par année calendrier au 31.12 de chaque année dès que toutes les données nécessaires seront disponibles à l'employeur.

En cas d'un surplus de la participation aux commissions par rapport aux acomptes prévus par le contrat de travail, celui-ci sera payé au salarié au plus tard à la fin du mois qui suit le calcul du décompte. Il sera payé sous forme de gratification sous déduction des charges sociales et fiscales prévues par la loi.

Dans le cas contraire, le salarié s'engage à rembourser la différence à son employeur dans un délai de 3 mois ou délai à convenir entre les deux parties. »

-par un avenant au susdit contrat de travail du 28 février 2013 les parties se sont déclarées d'accord pour modifier le point 6 du contrat comme suit :

« (...)le traitement de base fixe brut est fixé à 4.209,07 € par mois, indice 756,27 ; il sera payé à la fin du mois sous déduction des charges sociales et fiscales prévues par la loi.

Ce nouveau traitement prendra effet le 1^{er} février 2013.

L'annexe au contrat de travail correspondant aux objectifs commerciaux est abrogée à partir du 1^{er} février 2013. »

Le principe de la liberté contractuelle permet aux parties de convenir des règles applicables entre elles sauf à respecter les dispositions de la loi sur le contrat de travail, des conventions collectives et des règlements internes, ce principe autorise partant les parties au contrat de travail à y déroger dans un sens plus favorable pour le salarié, ce qui fut le cas en l'espèce concernant la rémunération de A.

Par ailleurs, aux termes de l'article 1134 du code civil les conventions légalement formées tiennent lieu de loi aux parties qui les ont faites et elles s'exécutent de bonne foi d'après l'article 1134 alinéa 3 du même code. Il n'est pas permis aux juges, lorsque les termes de ces conventions sont clairs et précis, de dénaturer les obligations qui en résultent.

L'article 1163 du code civil précise encore que les conventions ne comprennent que les choses sur lesquelles les parties se sont proposées de contracter.

Le juge ne peut pas étendre et modifier les stipulations précises que renferme une convention et les adapter à une situation nouvelle.

Ces dispositions contractuelles ont partant une force contraignante entre les parties et s'imposent en tant que telles tant aux parties qu'aux juges.

La Cour constate que l'avenant au contrat de travail indique clairement et de façon non équivoque que la nouvelle rémunération de la salariée prendra effet le 1^{er}

février 2013 et que l'annexe au contrat de travail correspondant aux objectifs commerciaux est abrogée à partir du 1^{er} février 2013, et non comme le soutient la salariée avec effet rétroactif de façon à rendre l'employeur forclos à réclamer les avances sur commissions antérieures au mois de février 2013.

La version des faits de la salariée selon laquelle l'employeur aurait renoncé aux commissions trop payées pour la période antérieure au 1^{er} février 2013 ainsi que son offre de preuve sont partant contredites par l'avenant lui-même, lequel ne fait ni mention d'une prétendue renonciation patronale ni d'une réserve telle que celle invoquée par la salariée.

Il s'ensuit que la salariée qui ne soutient pas que son consentement a été vicié par l'erreur ou le dol, et ne tire partant aucune conséquence juridique concernant la validité de l'avenant litigieux et dès lors qu'il n'existe pas de commencement de preuve de ses allégations, ne peut formuler une offre de preuve en présence de dispositions contractuelles claires et précises qu'elle est partant tenue d'exécuter de bonne foi, ce d'autant plus que l'article 1341 du code civil prévoit « ... *qu'il n'est reçu aucune preuve par témoins contre et outre le contenu aux actes, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors ou depuis les actes...* ».

Finalement, les allégations de A relatives à son changement de fonctions auprès de l'employeur sont encore contredites par l'avenant litigieux, dans la mesure où si cela avait été le cas, les parties, et surtout la salariée n'auraient pas hésité à insérer cette modification également dans l'avenant litigieux.

Les montants réclamés par l'employeur de ce chef résultent à suffisance de l'ensemble des pièces versées par l'employeur, de sorte que le jugement est à confirmer par adoption de ses motifs en ce qu'il a déclaré la demande de l'employeur fondée pour le montant réclamé de 15.367,66 euros.

II) Harcèlement moral

L'appelante maintient ses arguments relatifs au harcèlement moral commis par son employeur et formule également une offre de preuve dont la teneur est intégralement reprise dans le dispositif du présent arrêt.

L'intimé conteste tout harcèlement moral dans son chef et demande à la Cour d'écarter l'offre de preuve formulée par la salariée.

La Cour se réfère à l'analyse circonstanciée et correcte faite par le tribunal du travail de la notion de harcèlement moral en droit luxembourgeois ainsi que des conditions requises pour que soient constitués des actes de harcèlement moral, pour la faire sienne dans son intégralité.

La charge de la preuve du harcèlement moral invoqué incombe à la salariée.

La Cour relève à titre liminaire qu'il résulte d'un courrier rédigé par C, sous-directeur et D, Directeur Commercial et Marketing auprès de E, adressé à B le 27 mars 2013 ce qui suit :

« Cher B,

Depuis quelques années déjà, nous travaillons ensemble à la succession de ton agence. D'une part, tu es demandeur de pouvoir te consacrer davantage à ta famille, d'autre part, E souhaite redynamiser ton agence, qui ces dernières années, a régulièrement présenté une croissance IARD inférieure à la moyenne du réseau d'agents et peu de résultats en assurances de personnes.

Tu nous a proposé A comme successeur potentiel. Nous avons par la suite pris en charge les frais de formation de A, proche de 100.000 €. Si aujourd'hui, nous sommes convaincus des qualités de A en tant qu'employée technico-commerciale, nous sommes, à ce stade, moins convaincus de ses qualités entrepreneuriales. C'est la raison pour laquelle nous avons proposé à F de la seconder pour combler ce déficit.

Malgré nos bonnes volontés, nous ressentons à ce jour un réel malaise au sein de ton agence et nous avons peu d'espoir à ce jour que la tendance puisse s'inverser dans le contexte actuel, ce qui s'est confirmé lors de la réunion particulièrement animée du 26 mars 2013 au siège de E avec ton responsable, G, F, A et le premier soussigné.

Après cette entrevue, il nous est clair que nous ne pouvons pas continuer à travailler dans la configuration actuelle car non seulement les résultats font défaut, mais encore, nous ressentons une absence flagrante d'esprit d'équipe. A défaut, nous réitérons donc la proposition que le premier soussigné t'as fait en réunion, à savoir que E reprendrait la gestion du portefeuille, louerait ton local de commerce et t'indemniserait selon les modalités prévues par ton contrat d'agent.

Au cas contraire, nous te prions de nous soumettre par écrit tes idées précises, à brève échéance, soit, avant le 15 avril 2013 au plus tard. Nous restons évidemment à ta disposition en cas de besoin. (...). »

Il en suit que la relation entre les parties était, contrairement à ce que prétend l'employeur, bel et bien conflictuelle depuis le mois de mars 2013 et que l'employeur a contribué à ce réel malaise au sein de l'agence.

Ce réel malaise a encore été dénoncé à l'employeur par le mandataire de la salariée dans un courrier du 24 septembre 2013, lequel a mis en cause le climat professionnel particulièrement pesant qui règne à l'agence et le souhait de la salariée de pouvoir travailler dans une atmosphère professionnelle, à savoir un lieu où règne un climat de confiance, de respect d'autrui, de politesse et de collégialité et qu'elle espère que l'employeur veillera au respect des principes précités.

Il appert finalement des certificats médicaux versés que la salariée était incapable de travailler à partir du 25 novembre 2013.

Avant de se prononcer sur la réalité des actes de harcèlement moral reproché à l'employeur, la Cour estime utile d'admettre la salariée à son offre de preuve, dans la mesure où l'offre de preuve décrit de façon précise un comportement injurieux, méprisant et dénigrant de l'employeur à son égard sur une période de plusieurs mois, comportement qui ne peut pas à priori être qualifié de simple saute d'humeur de la part de l'employeur, mais pourrait le cas échéant rentrer dans la définition du harcèlement moral telle qu'elle a été reprise par le tribunal du travail.

III) Quant à la demande relative à la procédure abusive et vexatoire

L'appelante réitère en instance d'appel sa demande en paiement de la somme de 2.000 euros sur base de l'article 6-1 du code civil que le tribunal du travail a rejetée.

Cette demande ainsi que les demandes respectives des parties basées sur l'article 240 du NCPC sont à réserver en attendant le résultat de la mesure d'instruction ordonnée par la Cour.

Lors de l'audience des plaidoiries du 18 octobre 2016, Maître Charles KAUFHOLD a versé à la Cour une farde contenant les originaux de plusieurs attestations testimoniales qui, d'après le courrier de Maître Nadine CAMBONIE du 19 octobre 2016, ne lui ont pas été communiqués en pièces et dont elle demande le rejet.

Dans la mesure où le principe du contradictoire n'a pas été respecté par Maître Charles KAUFHOLD lors de la communication de ces attestations testimoniales, la Cour les rejette et n'en tiendra pas compte.

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,

avant tout autre progrès en cause, admet A à prouver par les témoins

1. F, c/o Agence Assurance E, L-(...),
2. G, c/o E, L-(...),
3. C, c/o E, L-(...),

les faits suivants :

« 1. Que depuis le mois de juin 2013, A a été dénigré par B, responsable d'agence et employeur de A en exposant devant F, collègue de travail, et devant des tiers qu'elle était trop payée pour ce qu'elle faisait ; que de tels propos ont été maintes fois répétés devant des collègues de A, et devant des tiers, notamment à l'occasion de réunions telles que celle qui s'est tenue le 30 septembre 2013 entre G, B et F ;

2. qu'à de nombreuses reprises, notamment à partir de juin 2013, B a ignoré purement et simplement A lorsqu'elle se trouvait dans la même pièce que lui alors que les remarques de B avaient pour objet des dossiers gérés par A et ceci en présence de F ;

3. que lorsque B a reçu le courrier du conseil de A en date du 23 septembre 2013, B a directement et publiquement, notamment en présence de F, demandé à A si elle était folle et a dit qu'elle était d'un niveau de trottoir et que c'était un sacré coup de « pute » que A lui faisait. B a clairement et publique exposé à A qu'elle était une grosse salope et qu'elle devait foutre le camp de son bureau et qu'il ne voulait plus la voir » ;

4. que les agissements de B ont profondément affecté A qui a été placée en congé maladie au cours duquel elle a fait l'objet d'un suivi psychologique ainsi que d'un traitement médicamenteux en novembre 2013 ;

5. qu'en outre, à la réception des certificats médicaux, B a contacté M. C afin de le convaincre de ne pas engager A après l'arrêt de son activité car elle était en traitement chez un psychiatre et par conséquent, il ne fallait pas engager une folle. »

cette offre de preuve étant précise, pertinente et concluante,

commet à ces devoirs d'instruction Madame la présidente Ria LUTZ,

fixe jour et heure pour l'enquête au mercredi, 25 janvier 2017 à 9.00 heures,

fixe jour et heure pour la contre-enquête au mercredi, 8 mars 2017 à 9.00 heures,

chaque fois en la Chambre du Conseil de la salle d'audience CR.4.28, quatrième étage, en les locaux de la Cour Supérieure de Justice à Luxembourg, Bâtiment CR, Cité judiciaire, L-2080 Luxembourg,

dit que B devra déposer **au plus tard le 3 février 2017** au greffe de la Cour les noms, prénoms et demeures des témoins qu'elle voudra faire entendre lors de la contre-enquête,

rejette les originaux des attestations testimoniales versés par Maître Charles KAUFHOLD lors de l'audience des plaidoiries du 18 octobre 2016,

réserve les demandes pour le surplus.

La lecture du présent arrêt a été faite en la susdite audience publique par Madame la présidente Ria LUTZ, en présence du greffier Isabelle HIPPERT.