

Arrêt N° 103/18 - III – TRAV

Exempt - appel en matière de droit du travail.

Audience publique du cinq juillet deux mille dix-huit.

Numéro 44762 du rôle

Composition:

Ria LUTZ, présidente de chambre,
Théa HARLES-WALCH, premier conseiller,
Mireille HARTMANN, premier conseiller,
Isabelle HIPPERT, greffier.

Entre :

la société anonyme S1 S.A., actuellement S2 S.A., établie et ayant son siège social à B-(...), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Véronique REYTER d'Esch-sur-Alzette du 21 mars 2017,

intimée sur appel incident,

comparant par la société en commandite simple KLEYR GRASSO s.e.c.s., inscrite sur la liste V du tableau de l'Ordre des avocats du barreau de Luxembourg, établie et ayant son siège social à L-2763 Luxembourg, 31-33, rue Sainte Zithe, en l'étude de laquelle domicile est élu, représentée aux fins de la présente instance par Maître Philippe NEY, avocat à la Cour à Luxembourg.

et :

A, demeurant à B-(...),

intimée aux fins du susdit exploit REYTER,

appelante par incident,

comparant par Maître Mathias PONCIN, avocat à la Cour à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL:

Vu l'ordonnance de clôture de l'instruction du 29 mai 2018.

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

A a été aux services de la S1 S.A., actuellement S2 S.A., à partir du 16 août 2006 en qualité de « Sales Advisor ».

Suivant convention du 1^{er} janvier 2010, les parties ont retenu que la salariée travaillera désormais à 80% sur le territoire du Grand-Duché et que la relation de travail est régie par le droit luxembourgeois.

Le 16 août 2013, A a été licenciée avec effet immédiat, pour insuffisance professionnelle du fait du non-respect du nombre de visites et de « remodelings » lui imposés par jour et, pour avoir rédigé de faux rapports d'activités.

Par lettre de son organisation syndicale du 21 août 2013, A a contesté le licenciement et le 4 août 2014 son mandataire a encore une fois émis des contestations.

Par requête du 20 août 2014, A a fait convoquer la SA S1, actuellement S2 S.A., devant le tribunal du travail de Luxembourg aux fins de se voir condamner à lui payer une indemnité compensatoire de préavis de 10.180,72 euros, une indemnité de départ de 2.545,18 euros, ainsi que des dommages et intérêts pour préjudices matériel et moral subis de 7.000 et 2.000 euros par suite de son licenciement qu'elle a qualifié d'abusif.

Elle a encore réclamé une indemnité de procédure de 500 euros.

Par jugement du 20 mai 2016, le tribunal du travail a déclaré la demande recevable, a donné acte à la salariée de l'augmentation de sa demande en indemnisation de son préjudice matériel au montant de 9.950,18 euros, et, après avoir rejeté le motif tiré de l'insuffisance professionnelle, a admis l'offre de preuve testimoniale de la SA S1, actuellement S2 S.A., tendant à prouver l'établissement de faux rapports.

Par jugement du 10 février 2017, le tribunal du travail a déclaré le licenciement abusif et a condamné l'employeur à payer à A une indemnité compensatoire de 10.180,72 euros, une indemnité de départ de 2.545,8 euros et une indemnité pour le préjudice moral subi de 2.500 euros. Il a cependant déclaré non fondée la demande de A en allocation d'une indemnité pour le préjudice matériel subi.

Finalement, il a accordé à la salariée un montant de 500 euros sur base de l'article 240 du NCPC et a rejeté la demande de l'employeur en allocation d'une indemnité de procédure.

Pour ce faire, le tribunal a retenu qu'au vu des déclarations des témoins entendus lors de l'enquête et de la contre-enquête, l'employeur n'a pas établi la réalité des reproches en relation avec les « field checks des 29 janvier, 6 et 8 février 2013 », que le responsable B n'a lui-même pas exclu que l'incohérence relevée par rapport au statut du magasin C à Arlon peut être une simple erreur de la salariée et que la SA S1, actuellement S2 S.A., n'a ni établi que l'encodage de la salariée était inexacte ni prouvé que les divergences (à les admettre) relèvent d'une intention illicite de A.

Pour fixer le montant de l'indemnité compensatoire de préavis et de l'indemnité de départ, le tribunal a pris en considération le salaire brut de A.

Il a ensuite retenu que la salariée n'a pas établi que son dommage matériel au-delà de la période couverte par l'indemnité compensatoire de préavis de quatre mois soit toujours en lien causal avec le dommage.

De ce jugement, la SA S2 a régulièrement relevé appel par exploit d'huissier du 21 mars 2017.

Par réformation du jugement entrepris, l'appelante demande à voir dire que le licenciement du 16 août 2013 est régulier et justifié et de débouter A de ses demandes en paiement d'une indemnité de préavis, d'une indemnité de départ et de l'allocation de dommages et intérêts pour préjudice moral.

Pour autant que de besoin, elle formule une offre de preuve par voie testimoniale tendant à établir la réalité des motifs de licenciement invoqués et notamment le fait que A a commis des fraudes d'encodage et a rédigé des rapports mensongers et « infidèles » pour les journées du 28 janvier 2013, 1^{er}, 5 et 7 février 2013 en se basant sur trois contrôles effectués les 29 janvier 2013, 6 février 2013 et 8 février 2013.

A titre subsidiaire, elle demande à voir réduire le montant de l'indemnité compensatoire de préavis à 9.035,36 euros et celui de l'indemnité de départ à 2.258,84 euros.

L'employeur demande également à voir débouter la salariée de sa demande en allocation d'une indemnisation pour préjudice moral subi, sinon de réduire le montant alloué à de plus justes proportions.

Il conclut cependant à la confirmation du jugement entrepris en ce qu'il a rejeté la demande de A en paiement d'une indemnité pour le préjudice matériel subi.

Finalement, il réclame deux indemnités de procédure.

A interjette appel incident et demande, par réformation, à se voir allouer le montant de 9.950,18 euros, sinon tout autre montant à dire par la Cour, à titre d'indemnisation du préjudice matériel subi. Pour le surplus, elle conclut à la confirmation du jugement entrepris.

La salariée réclame encore une indemnité de procédure de 2.000 euros et conclut au rejet des demandes de l'employeur basées sur l'article 240 du NCPC.

Quant à la régularité du licenciement :

A l'appui de son appel la SA S2 fait valoir qu'B, responsable de projet et supérieur hiérarchique de la salariée avait opéré trois contrôles sur terrain, appelés « field checks », afin de vérifier la réalité des prestations prétendument réalisées par l'intimée en date des 28 janvier, 1^{er}, 5 et 7 février 2013 auprès de différents points de vente de produits « Mars » dans la région du Grand-Duché. Il aurait découvert que la salariée avait gonflé des chiffres, voir inventé purement et simplement des prestations.

Les faits reprochés à A résulteraient des pièces versées en cause et notamment des différents « field checks » des 29 janvier, 6 février et 8 février 2013 ainsi que de l'attestation testimoniale d'B qui contrediraient les rapports établis par l'intimée.

Ces agissements à caractère frauduleux seraient de nature à entraîner la perte de confiance de l'employeur, d'autant plus que suivant l'article 13 du contrat de travail signé entre parties, la rédaction d'un faux rapport est susceptible d'être sanctionnée par la rupture du contrat pour faute grave et que la salariée avait déjà reçu un avertissement le 31 juillet 2012 pour d'autres incohérences constatées entre ses déclarations et la réalité du terrain. Une partie de son salaire était variable et dépendait directement de ses performances.

La salariée conteste les fautes qui lui sont reprochées.

Elle explique que l'employeur exigeait la prise de photos systématique lors de chaque visite tant avant le travail effectué qu'après. La marchandise ne serait arrivée que quelques jours après une commande, de sorte qu'B n'aurait pas dû être surpris de ne pas avoir vu l'installation des « flexis ».

La salariée ajoute que des produits pouvaient manquer entre son passage et celui du responsable des produits en raison d'achats effectués ou d'aménagements de rayons. A explique encore qu'elle ne devait contacter le responsable d'un magasin

que si le responsable du rayon n'était pas présent. Le fait qu'un responsable ne l'avait pas vue ne serait donc pas de nature à contredire sa présence sur les lieux.

Pour établir la réalité de ses dires, elle renvoie aux attestations testimoniales de T1, de T2 et de T3.

L'employeur aurait cherché à se débarrasser d'elle. En effet, en aidant une amie à trouver un emploi, elle avait vu le 4 février 2013 une offre d'emploi de S1 pour la fonction qu'elle occupait. Il résulterait, en outre, des mails adressés par B à Madame D de S1 Belgique que l'employeur cherchait à la licencier pour faute grave mais « *pas avant d'avoir trouvé un remplaçant pour elle* ».

Aux termes de l'article L.124-10.(2) est considéré comme motif grave tout fait ou faute qui rend immédiatement et définitivement impossible le maintien des relations de travail.

L'employeur soutient qu'il résulte du « field-check » effectué par B en date du 29 janvier 2013 que, contrairement au rapport fait par la salariée suite à sa visite du 28 janvier 2013 au supermarché E à Echternach, aucun « flexi display M&M's » n'avait été placé à l'entrée du magasin et le collaborateur du magasin ne se souvenait même pas de l'avoir rencontrée.

L'employeur conteste encore que A ait installé un « flexi display » au magasin E à Munsbach et qu'elle ait fait un « remodeling », tout comme il conteste que la salariée ait effectué un « remodeling » à la station-service à Bollendorf-Pont.

Lors du « field-check » du 6 février 2013, B aurait constaté que A avait noté que sa visite au Magasin E à Gasperich avait duré 63 minutes alors que suivant la déclaration du collaborateur du magasin et des enregistrements vidéo, cette visite n'aurait duré que 9 minutes. La salariée aurait, par ailleurs, affirmé dans son rapport avoir vendu un « flexi display M&M's » et d'avoir de ce fait offert une boîte gratuite de « Twix » single au gérant du E comme prime d'encouragement. Or, lors du « field check » aucun « flexi display » n'avait été mis en place et le collaborateur du magasin ne se souvenait pas d'avoir rencontré la déléguée commerciale.

B aurait encore constaté que le nombre de « facings » relevés par A au magasin E GASPERICH et au C X serait incorrect. La salariée aurait également précisé que le magasin C avait un statut « bronze » alors qu'il avait un statut « basic ».

Finalement, lors du Field Check du 8 février 2013, un collaborateur du magasin « F » aurait confirmé à B qu'il n'avait pas reçu la visite de A en date du 7 février et qu'il n'avait pas non plus « entendu parler ni reçu de « flexi display M&M's avec quatre cartons de pouch, ni avoir reçu une boîte gratuite de TWIX single » et ceci contrairement aux affirmations de la salariée dans son rapport.

A l'appui de ses allégations, l'employeur se réfère aux « field-checks » réalisés par B et à sa déposition et verse deux déclarations de collaborateurs des magasins E à Gasperich et de la succursale de la SA G de Luxembourg-Gare, tandis que la salariée, qui conteste les faits lui reprochés, se réfère aux pièces et déclarations faites par les témoins lors de la contre-enquête.

La Cour rappelle que dans son premier jugement du 20 mai 2016 le tribunal de travail a retenu que sur base des pièces versées en cause l'employeur n'a pas prouvé à suffisance de droit les reproches tenant à un comportement malhonnête de A dans les encodages de ses prestations, raison pour laquelle il a fait droit à l'offre de preuve de l'employeur pour prouver de faux encodages.

Les reproches de témoins ayant été abolis, il n'y a pas lieu d'écarter les attestations de T1 et de T3, anciennes salariées de la SA S1 licenciées en 2012 et 2013, telles que demandées par l'employeur. Aucun élément du dossier soumis à la Cour ne permet de douter de leur crédibilité et si ces deux témoins n'ont pas assisté personnellement aux faits reprochés à A, ils ont néanmoins pu fournir des indications sur la façon de travailler des délégués commerciaux au sein de la société SA S1.

Tout comme la juridiction de première instance, la Cour relève d'abord que lors de l'enquête B n'a pas pu fournir des précisions en ce qui concerne les « field checks » des 29 janvier et 8 février 2013.

A l'instar du tribunal de travail, la Cour constate également que les photos versées en cause sont insuffisantes pour prouver que l'intimée n'a pas fait son travail, respectivement les remodelings.

Aucune explication n'a pu être fournie par le témoin B en ce qui concerne la prétendue « incohérence par rapport à la réalité des facings » relevé par lui dans ses « field checks » des magasins E à Munsbach et à Echternach.

Les témoins T1 et T3 sont, par contre, concordants pour dire qu'on ne peut déduire d'une divergence entre le nombre de « facings » relevés lors d'un contrôle et le nombre de « facings » inscrit par un délégué commercial dans son rapport que ce dernier ait fait une fausse indication, le nombre de « facings » pouvant changer le jour même du passage du commercial, compte tenu des ventes effectués ou du réaménagement du rayon par les collaborateurs du magasin.

Il en suit que la juridiction de première instance est encore à confirmer en ce qu'elle a retenu qu'une divergence constatée n'est, faute d'autres éléments pas une preuve suffisante de fausses déclarations de la part de la salariée.

L'absence de « displays » le lendemain de la visite de A n'est pas non plus une preuve que la salariée ait menti sur la réalité de ses prestations.

En effet, selon T1, qui contrairement aux affirmations de l'employeur, faisait encore partie des effectifs de la SA S2 au début de l'année 2013 et pouvait donc valablement expliquer les procédures en relation avec les « flexi displays » au moment des faits reprochés à l'intimée, les « flexi displays » étaient vendus « oralement » dans des magasins organisés centralement comme les magasins E et F, puis étaient mis en place vides. La vente d'un « flexi display » devait immédiatement être encodée dans la tablette mise à disposition du commercial par l'employeur, tandis que les marchandises étaient commandées. Le témoin a ajouté qu'il arrivait fréquemment que le gérant du magasin mettait le « flexi display » vide en réserve en attendant l'arrivée de la marchandise.

Cette déclaration est confirmée par le témoin T4, à l'époque gérant du magasin E à Gasperich, qui a déclaré qu'*« il arrive que des flexi displays sont mises dans la réserve dans l'attente de la marchandise »*.

T4 a également indiqué que les marchandises sont seulement livrées 2 à 3 jours après une commande.

Compte tenu du délai de livraison les « field-checks » étaient, selon le témoin T1, seulement réalisés une semaine après le passage d'un commercial.

Il en suit que les constats en relation avec les « flexi displays » faits le lendemain de la visite d'un délégué commercial ne peuvent être concluants.

Le fait qu'un responsable de magasin affirme n'avoir ni vu la déléguée commerciale ni reçu des produits ne permet pas non plus, en l'absence d'autre preuve, de conclure à l'absence de la déléguée, alors que suivant les déclarations d'B les commerciaux pouvaient également se présenter auprès des chefs de rayons et le témoin T4 a encore ajouté que les commerciaux s'adressaient aussi à son adjoint.

A ces constatations, s'ajoute le fait qu'B n'a pas vérifié si les personnes rencontrées lors des « field-checks » étaient effectivement présentes lors du passage de la déléguée.

Il ne résulte pas non plus des pièces du dossier ou de la déclaration d'B que le témoin ait fait des vérifications pour voir si les clients concernés avaient passé une commande ou s'ils avaient réceptionné la marchandise commandé ou si la marchandise commandée était encore en réserve.

La déclaration du responsable du magasin G GARE, qui ne précise pas son nom, ne remplit pas les conditions de forme exigées par l'article 402 du NCPC et ne présente pas les garanties suffisantes pour être prise en considération.

Concernant le « field check » au magasin E à Gasperich, la Cour constate d'abord que la pièce 11 versée par l'appelante reprenant une déclaration du gérant du magasin, suivant laquelle ce dernier affirme n'avoir pas reçu la marchandise gratuite par la représentante « Mars » lors de son passage du 1^{er} février 2013 d'une durée de 9 minutes telle que constatée sur un enregistrement vidéo, n'est pas non plus conforme aux exigences de l'article 402 du NCPC. Elle est, en outre, contredite par les déclarations du gérant du magasin de l'époque, T4, qui ne connaît pas de personne du nom de « B » et qui exclut également avoir visionné un enregistrement avec une personne de S1, a exclu qu'il soit l'auteur de cette pièce, tout comme il a exclu qu'elle pût émaner de son adjoint. Cette pièce, dont l'auteur n'est pas établi, n'est dès lors pas non plus à prendre en compte.

Comme B a été entendu par la juridiction de première instance, il n'y a pas lieu de faire droit à l'offre de preuve par voie testimoniale de l'employeur tendant à entendre le même témoin, alors qu'il est fortement improbable que le témoin se souvienne actuellement de plus de détails que lors de l'enquête tenue en 2016.

Finalement, en ce qui concerne le statut « bronze » du C à Arlon, B n'a pas exclu qu'il pourrait s'agir d'une simple erreur.

Le tribunal du travail est donc à confirmer en ce qu'il a retenu, à juste titre, que l'employeur n'a pas établi la réalité des prédicts reproches.

La juridiction de première instance est dès lors à confirmer, par adoption de ses motifs, en ce qu'elle a retenu que le licenciement avec effet immédiat prononcé le 16 août 2013 est abusif.

Quant à l'indemnité compensatoire de préavis :

L'employeur ne conteste pas que la salariée, qui avait une ancienneté de sept ans, a droit à une indemnité compensatoire de préavis correspondant à quatre mois de salaire.

Il conteste cependant la prise en compte du salaire brut pour fixer le montant de l'indemnité compensatoire de préavis au motif que dans le cadre d'un licenciement avec effet immédiat déclaré abusif, le préavis perdrait son caractère de salaire pour se transformer en indemnité. Il deviendrait ainsi une composante de l'indemnisation pour résiliation abusive.

Comme conformément à l'article 115 9 b) de la LIR « *l'indemnité pour résiliation abusive du contrat de travail fixée par la juridiction du travail* » serait exemptée d'impôt sur le revenu jusqu'à un plafond de douze fois le salaire social minimum, l'indemnité compensatoire de préavis serait exemptée d'impôt sur le revenu jusqu'au plafond précité, de sorte que le fait de calculer l'indemnité de préavis sur base du salaire brut, entraînerait un enrichissement du salarié abusivement licencié avec effet immédiat par rapport à un salarié abusivement licencié avec préavis.

En tenant compte du principe de la réparation intégrale, il conviendrait partant d'utiliser comme base de calcul le salaire net de base de l'intimée, à savoir le montant de 2.029,28 euros.

A titre subsidiaire, l'employeur soutient que le calcul du tribunal de travail est erroné alors que le salaire mensuel brut de A s'élevait seulement à 2.258,84 euros. En effet, l'avantage en nature correspondant au véhicule de fonction ne serait pas à prendre en compte pour calculer l'indemnité de préavis étant donné que la voiture n'avait été mise à la disposition à A que pour l'exécution de sa fonction.

A conclut à la confirmation du jugement en ce qu'il a pris en compte son salaire mensuel brut de 2.545,18 euros, l'avantage en nature d'un montant de 285,80 euros faisant partie intégrante de son salaire.

La partie qui résilie le contrat à durée indéterminée sans y être autorisée par suite d'une faute grave du salarié ou sans respecter les délais de préavis prescrits, est tenue de payer à l'autre une indemnité compensatoire de préavis égale au salaire correspondant à la durée du préavis, ou le cas échéant, à la partie de ce délai restant à courir.

L'indemnité compensatoire de préavis constitue donc un substitut de salaire qui ne peut être réduit ou supprimé. Son montant équivaut au montant de la rémunération brute alors que les retenues légales représentent une partie du salaire.

Le premier moyen de l'employeur est donc à rejeter.

Par contre, la mise à disposition d'un véhicule ne constitue un avantage en nature que si le salarié est en droit de l'utiliser à des fins privées. Une utilisation à des fins professionnelles relève de l'exécution du contrat de travail et de la mise à disposition au salarié d'un outil de travail.

Comme la salariée ne soutient ni a fortiori n'établit qu'elle pouvait utiliser la voiture à des fins privées, il n'y a partant lieu de ne tenir compte que du salaire brut de base de 2.258,84 euros.

Par réformation du jugement entrepris, la demande de A n'est donc fondée qu'à concurrence du montant de $2.258,84 \times 4 = 9.035,36$ euros.

Quant à l'indemnité de départ :

L'employeur conteste également le montant de l'indemnité de départ.

L'indemnité de départ est calculée sur base des salaires bruts effectivement versés au salarié pour les douze derniers mois qui précèdent immédiatement celui de la notification de la résiliation.

La demande de la salariée est dès lors à déclarer fondée pour le montant de 2.258,84 euros.

Quant à l'indemnité pour préjudice matériel :

A demande à se voir allouer le montant de 9.950,18 euros, correspondant à la différence entre le salaire qu'elle aurait touché auprès de son ancien employeur et les indemnités de chômage perçues pour la période du 17 décembre 2013 à août 2014.

Elle explique que malgré d'innombrables efforts, elle n'a pas retrouvé un nouvel emploi. Elle aurait finalement ouvert une sandwicherie-librairie-papeterie en septembre 2014.

L'employeur conclut au rejet de la demande. La salariée ne se serait pas inscrite comme demanderesse d'emploi au Luxembourg et elle aurait seulement versé 11 demandes d'emploi pour la période d'août 2013 à janvier 2014.

Tout comme la juridiction de première instance, la Cour constate que A n'établit pas qu'elle ait encore fait des recherches actives pour trouver un nouvel emploi après janvier 2014. Elle a, par contre signé en date du 8 janvier 2014 un contrat de bail commercial pour un local destiné à l'exploitation d'une librairie.

Le tribunal du travail est donc à confirmer par adoption de ses motifs en ce qu'il a retenu que la salariée n'a pas établi que son dommage matériel, au-delà de la période couverte par l'indemnité de préavis de quatre mois, soit toujours en lien causal avec le dommage et qu'il a rejeté en conséquence la demande de A.

Quant à l'indemnité pour préjudice moral :

La SA S2 soutient que A reste en défaut d'établir qu'elle s'est réellement fait du souci quant à son avenir et qu'elle a recherché activement un emploi. La salariée serait donc à débouter de sa demande en allocation d'une indemnisation pour le préjudice moral. A titre subsidiaire, elle demande à voir réduire l'indemnité à de plus justes proportions.

Par adoption des motifs de la juridiction de première instance que la Cour fait siens, l'indemnisation du préjudice moral subi par A du fait de l'atteinte portée à sa dignité de travailleur est à fixer au montant de 2.500 euros.

Il suit des considérations qui précèdent que la demande de A est fondée pour le montant total de $9.035,36 + 2.258,84 + 2.500 = 13.794,20$ euros.

Quant aux indemnités de procédure :

Eu égard à l'issue du présent litige le tribunal du travail est à confirmer en ce qu'il a rejeté la demande de la SA S2 en allocation d'une indemnité de procédure.

Pour la même raison, sa demande formulée sur base de l'article 240 du NCPC pour l'instance d'appel est à déclarer non fondée.

En revanche, il paraît inéquitable de laisser à charge de A l'entièreté des frais par elle dépensés non compris dans les dépens.

Compte tenu des éléments du dossier, il y a lieu de confirmer le jugement de première instance en ce qu'il lui a alloué le montant de 500 euros et de lui allouer le montant 2.000 euros pour l'instance d'appel.

PAR CES MOTIFS :

la Cour d'appel, siégeant en matière de droit du travail, statuant contradictoirement, sur le rapport oral du magistrat de la mise en état,

reçoit les appels principal et incident,

dit l'appel incident non fondé,

dit l'appel principal partiellement fondé,

par réformation :

dit la demande de A en paiement d'une indemnité de préavis seulement fondée à concurrence du montant de 9.035,36 euros,

dit la demande de A en paiement d'une indemnité de départ seulement fondée pour le montant de 2.258,84 euros,

confirme le jugement de première instance en ce qu'il a alloué à A une indemnité pour préjudice moral subi de 2.500 euros,

partant ramène le montant de la condamnation prononcée à l'encontre de la SA S2 au montant de 13.794,20 euros,

pour le surplus confirme le jugement entrepris,

dit non fondée la demande de la SA S2 en paiement d'une indemnité de procédure et en déboute,

condamne la SA S2 à payer à A une indemnité de procédure de 2.000 euros pour l'instance d'appel,

met les frais de l'instance d'appel à charge de la SA S2 avec distraction au profit de Maître Mathias PONCIN qui la demande, affirmant en avoir fait l'avance

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