Exempt – appel en matière de droit du travail

Audience publique du vingt-quatre janvier deux mille treize

Numéro 36795 du rôle.

Composition:

Romain LUDOVICY, président de chambre;
Astrid MAAS, premier conseiller;
Roger LINDEN, premier conseiller;
Alain BERNARD, greffier.

Entre:

A., demeurant à F (…),

appelant aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Patrick KURDYBAN de Luxembourg du 26 novembre 2010,

comparant par Maître Pierre REUTER, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

et:

la société anonyme SOC1.) S.A., établie et ayant son siège social à L-(…), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

intimée aux fins du prédit exploit KURDYBAN,

comparant par Maître Guy CASTEGNARO, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

----

LA COUR D'APPEL:

Par requête déposée le 13 août 2010, la société anonyme SOC1.), ci-après C., a fait convoquer son salarié et délégué du personnel A. devant le tribunal du travail de Luxembourg pour y entendre prononcer avec effet au 23 juillet 2010, date de la mise à pied, la résolution judiciaire du contrat de travail conclu entre parties le 14 juillet 1999 et s'entendre condamner à rembourser à C. 20.758,36 € et 6.755,19 € du chef de salaires indûment perçus ainsi qu'une indemnité de procédure de 2.500 €.

Par jugement du 12 octobre 2010, le tribunal du travail a prononcé la résiliation du contrat de travail avec effet au 23 juillet 2010, date de la mise à pied et a condamné A. à payer à C. 6.755,19 € avec les intérêts légaux à partir du 13 août 2010 à titre de remboursement du salaire du mois de février 2010 ainsi qu'une indemnité de procédure de 1.000 €.

Par exploit du 26 novembre 2010, A. a régulièrement interjeté appel contre ce jugement, demandant, par réformation, à la Cour de déclarer non justifiée la mise à pied du 23 juillet 2010 et non fondée la demande en résolution judiciaire du contrat de travail et de condamner C. à lui payer les rémunérations non perçues auxquelles il aurait pu prétendre depuis sa mise à pied, le 23 juillet 2010, de le décharger des condamnations prononcées à son encontre en première instance et de lui allouer une indemnité de procédure de 5.000 € pour l'instance d'appel.

C. a demandé la confirmation du jugement pour autant que la résolution judiciaire du contrat de travail a été prononcée et que A. a été condamné à lui payer 6.755,19 €, mais a interjeté appel incident en ce qu'elle a été déboutée de sa demande en remboursement de 20.758,36 € et elle a demandé une indemnité de procédure de 5.000 € pour l'instance d'appel.

Les faits

Suivant contrat de travail à durée indéterminée du 14 juillet 1999, A. a été engagé avec effet au 3 novembre 1999 par C. en qualité de pilote de ligne. Depuis le 17 octobre 2006, il était membre effectif de la délégation du personnel.

Par lettre recommandée du 23 juillet 2010, C. a prononcé sa mise à pied immédiate pour faute grave et par requête déposée le 13 aout 2010, elle a demandé la résolution judiciaire du contrat de travail.

A. a été en congé de maladie ininterrompu du 4 novembre 2009 jusqu'au jour de sa mise à pied. C. soutient que celui-ci aurait exercé une activité professionnelle parallèle, à savoir celle d'agent immobilier, au Sud de la France et cela malgré son congé de maladie et à l'insu de son employeur, commettant ainsi non seulement une fraude à l'égard de la Caisse Nationale de Santé au Luxembourg, mais manquant encore gravement à son obligation de loyauté vis-à-vis de son employeur.

Qualifiant l'incapacité de travail de A. de factice, C. réclame le remboursement de 20.758,36 € du chef de salaires qu'elle a dû continuer à payer, sur base de l'article L.121-6. (3) alinéa 2 du code du travail, entre le 4 novembre 2009 et la fin du mois de janvier 2010, de même que le remboursement du salaire du mois de février 2010, soit 6.755,19 €, qu'elle lui a payé, alors qu'il a bénéficié pour le même mois d'une indemnité pécuniaire de maladie de la part de la Caisse Nationale de Santé.

A. conteste les affirmations de C. et soutient n'avoir exercé qu'une activité d'investisseur immobilier. En se limitant à gérer son patrimoine pendant la période de son incapacité de travail, il n'aurait pas eu de comportement déloyal envers son employeur.

Discussion

C. verse à l'appui de ses affirmations une attestation du détective S., une carte de visite de A. le qualifiant de promoteur immobilier, trois fiches de visite d'immeubles renseignant que l'affaire était suivie par A., un exemplaire du journal de l'Amicale Sportive des Plaisanciers de Palavas-les-Flots « *Le Flamant Bavard* » du mois de mai 2010 contenant en dernière page une publicité pour des transactions et promotions immobilières opérées par l'Agence O. établie à F(…), invitant les intéressés à contacter B. ou A., faisant suivre leurs noms des numéros respectifs de leurs portables. C verse encore le résultat de recherches opérées sur Internet via le moteur de recherche GOOGLE relatives à des annonces immobilières sur lesquelles figurent le nom et le numéro de téléphone de A. comme personne à contacter. Elle verse de même les certificats d'incapacité de travail que celui-ci lui a transmis à partir du fax de l'Agence O..

La Cour ne se penchera pas sur les développements faits de part et d'autre par rapport au climat social au sein de C. et les prétendus antécédents disciplinaires de A., ceux-ci n'ayant pas été invoqués à l'appui de la mise à pied, mais invoqués par les parties pour placer l'affaire dans son contexte.

L'attestation testimoniale de S.

S. exerce sous l'enseigne *« Agence Française d'Investigation- A.F.I.D. »* l'activité d'agent de recherches privées et dispose à cet effet d'un agrément préfectoral du 6 juillet 2006.

C'est d'abord à tort que A. conclut au rejet de l'attestation testimoniale de S. au motif que l'article 4 de la loi française n° 83-629 du 12 juillet 1983 interdirait aux entreprises exerçant des activités énumérées en ses articles 1er et 2 de s'immiscer ou d'intervenir sous quelque forme que ce soit dans le déroulement d'un conflit de travail ou d'événements s'y rapportant.

Comme le remarque à juste titre C., l'article 4 de la loi française figure en son Titre 1er relatif aux activités privées de surveillance et de gardiennage, de transport de fonds et de protection physique des personnes et ne vise partant

pas l'activité exercée par S., qui est celle d'une agence de recherches privées consistant à « *recueillir, même sans faire état de sa qualité ni révéler l'objet de sa mission, des informations ou renseignements destinés à des tiers, en vue de la défense de leurs intérêts* » qui relève du Titre II de la loi. Aucun des articles relatifs à cette activité ne contient d'interdiction similaire à celle de l'article 4 de la loi.

Rien ne s'oppose dès lors à cet égard à la prise en considération des déclarations de S..

Celui-ci n'a pas dressé de rapport proprement dit, mais a fait une attestation testimoniale.

Il est vrai que S. n'a pas personnellement fait les observations qu'il relate mais qu'il rapporte celles faites par ses collaborateurs les 30 juin et 2 juillet 2010.

Si, aux termes de l'article 402 du nouveau code de procédure civile, l'attestation contient la relation des faits auxquels son auteur a assisté ou qu'il a personnellement constatés, un témoignage indirect n'est pas nécessairement dépourvu de toute valeur, mais il faut, pour être suffisamment probant, qu'il soit corroboré par d'autres éléments de fait.

L'attestation relate ce qui suit :

« Mes collaborateurs ont rencontré Monsieur A. à l'agence immobilière (Agence O.) située à F(…).

<u>Une première fois :</u> le 30 juin 2010 aux environs de 14 heures dans l'agence précitée, mon collaborateur a été reçu par un homme, se présentant Monsieur A., qui propose à la vente différents biens immobiliers.

L'entretien terminé, cet homme lui remet sa carte de visite sur laquelle on peut lire : promoteur immobilier, son nom « A. » et l'ensemble de ses coordonnées.

<u>Une deuxième fois</u> : le 2 juillet 2010 après avoir obtenu un RDV avec Monsieur A., mon collaborateur a rencontré aux environs de 14.30 heures cet homme dans un des bureaux de l'agence immobilière (Agence O.) à F(…) qui lui propose via un ordinateur une liste de biens immobiliers à la vente. Il imprime et lui remet trois fiches de visites de biens immobiliers (fiches indiquant : affaires suivies par Monsieur A.).
<u>Pour ces visites</u> : Il indique avoir un autre RDV et ne peut le faire lui-même.
Il nous présente une jeune femme comme sa collaboratrice qui va nous conduire à la visite des biens sélectionnés.

Au cours des visites cette collaboratrice nous apprend que Monsieur A. était auparavant pilote de ligne au Luxembourg, qu'il avait quitté son ancien travail en décembre 2009 puis pris son poste à l'agence immobilière O. en janvier 2010.

Ensuite nous proposons à cette jeune collaboratrice un nouveau RDV avec Monsieur A. après 18 heures ; elle nous répond qu'en général Monsieur A. est absent de l'agence immobilière car il pratiquerait sa passion le « KiteSurf ».

L'argument avancé par A. selon lequel la force probante de l'attestation testimoniale serait d'office nulle au motif que S. aurait été spécialement engagé et payé par C. afin de démontrer qu'il exercerait une activité d'agent immobilier et que le détective aurait donc dû tout faire pour obtenir ce résultat, est à rejeter, le reproche du témoin intéressé ayant été aboli, l'article 405 du nouveau code de procédure civile dans sa nouvelle formulation admettant désormais le témoignage de toute personne à l'exception de celle qui est partie est cause.

Les contestations de A. par rapport à la réalité des rendez-vous et à la remise en mains propres des trois fiches de vente, affirmant que celles-ci auraient été téléchargées sur Internet, sont mises à néant par les pièces versées en cause qui établissent que les fiches disponibles sur Internet ont une apparence tout à fait différente de celles qui sont remises entre les mains des clients qui se présentent dans les locaux de l'Agence O.. Il suffit pour s'en convaincre de comparer les pages 3 de la pièce 23 ainsi que la pièce 22 versée par Me Castegnaro avec les trois fiches visées par l'attestation testimoniale (pièce 26 de Me Castegnaro).

La réalité de la visite est encore établie par la carte de visite de A. sur laquelle celui-ci se qualifie de promoteur immobilier (pièce 25 de Me Castegnaro). Une carte de visite ne peut être téléchargée et il est fort improbable que cette carte de visite ait été remise par quelqu'un d'autre que A. lui-même en raison du rapport de concurrence existant entre les différents agents immobiliers.

Les trois fiches de vente renseignent que l'affaire est suivie par A. et indiquent son numéro de portable 06 16 58 79 16 qui correspond au numéro qu'il a communiqué à son employeur sur la fiche « *Crew Database Maintenance* » (pièce 35 de Me Castegnaro).

Il n'y a d'ailleurs pas seulement ces trois fiches de vente, mais encore 34 annonces publicitaires de l'agence immobilière O. parues sur internet les 6 et 13 juillet 2010 qui renseignent toutes comme personne de contact A. ainsi que ce même numéro de portable (pièce 23 de Me Castegnaro). Dans la mesure où il résulte de la pièce 22 versée par Me Castegnaro que l'Agence O. fait partie du réseau I., il est sans importance de savoir si ces annonces ont été publiées sur le site I. ou sur le site propre de l'Agence O..

C. verse encore le numéro 3 du mois de mai 2010 du *« Journal de l'Amicale Sportive des Plaisanciers de Palavas les Flots- Le Flamant Bavard »* qui publie sur sa dernière page une annonce publicitaire pour des transactions et promotions immobilières opérées par l'Agence O. renseignant comme personnes de contact tant B. que A. avec les numéros de leurs portables (pièce 24 de Me Castegnaro).

A. a transmis ses certificats médicaux à C. en utilisant le télécopieur de l'Agence O. dont notamment les certificats des 1er décembre 2009, 2 janvier

2010, 1er mars 2010, 4 juin 2010, 6 juillet 2010 et 5 août 2010, la date de transmission étant illisible sur les autres (pièce 19 de Me Castegnaro) ce qui témoigne encore de sa présence régulière au sein de l'Agence O..

Toutes ces pièces corroborent à suffisance les déclarations faites par S. dans son attestation testimoniale.

A. est malvenu à soutenir que l'apparition de son nom et de son numéro de portable serait due à une erreur d'encodage, C. remarquant à juste titre que de telles erreurs auraient alors un caractère singulièrement récurrent et qu'au vu des nombreux moyens de publicité par lesquels cette erreur s'est propagée - fiches de vente, annonces sur internet, annonces dans le journal « *Le Flamant Bavard* » - il serait étonnant que personne ne l'ait rectifiée.

Sans aller jusqu'à soutenir que l'indication de son activité de promoteur immobilier suivie de ce même numéro de portable figurant sur sa carte de visite résulterait elle aussi d'une erreur, A. affirme qu'il n'en disposerait qu'en sa qualité d'associé (d'ailleurs à raison de 50%) avec B. dans la société à responsabilité limitée SOC2.) dans laquelle il n'exercerait aucune activité opérationnelle. Loin de contredire l'exercice de la profession d'agent immobilier, l'objet social de la société en question qui consiste dans « *l'acquisition, la gestion, la location, la vente de tous biens et droits immobiliers, de manière directe ou indirecte, activité de lotisseur, promotion immobilière, gestion et propriété de parts sociales de toute société »* ne fait que corroborer les autres éléments probants du dossier.

Il se dégage ainsi de l'ensemble des éléments du dossier que A. a bien exercé une activité professionnelle dans la branche immobilière durant son congé de maladie et qu'il ne se limitait pas seulement à gérer, par des investissements immobiliers et création de sociétés civiles immobilières, son patrimoine privé. Selon les pièces versées en cause ces opérations immobilières faites dans le cadre de la gestion de son patrimoine ont par ailleurs été faites au courant des années 2003, 2005 et 2006 (pièces 30, 31 et 32 de Me Reuter) et non pas en 2010, période visée par la présente affaire.

Les pièces du dossier prouvant à suffisance les motifs invoqués à l'appui de la demande en résolution du contrat de travail, il n'y a pas lieu de procéder en outre à l'audition de témoins.

C'est à tort que A. soutient que, même établis, les faits constatés ne seraient pas de nature à prouver l'exercice d'une véritable activité professionnelle qui se caractériserait par l'accomplissement régulier de certains actes - par opposition au travail occasionnel - et par la poursuite d'un but de lucre.

Dans la mesure où le principal reproche que C. fait à A. n'est pas celui d'avoir gagné de l'argent auprès d'un autre employeur, mais le fait d'avoir, à son insu, effectué un travail important et répété ailleurs que chez C. et cela durant une période de congé de maladie prolongé, il est sans incidence aucune de savoir si le travail en question a été rémunéré ou non, mais il suffit qu'il y ait eu

prestation de travail ailleurs que chez l'employeur, alors pourtant que A. était déclaré médicalement incapable de travailler.

Aux termes de l'article 1134 alinéa 3 du code civil, les contrats s'exécutent de bonne foi.

Le fait pour A. de s'adonner à l'exercice, pour son propre compte, d'une activité d'agent immobilier au Sud de la France tout en étant déclaré médicalement incapable de travailler auprès de son employeur au Luxembourg, constitue un manquement grave de son obligation de loyauté et de bonne foi dont il était tenu vis-à-vis de son employeur tant que duraient les relations de travail et justifie la résolution du contrat de travail.

Il y a partant lieu à confirmation du jugement entrepris en ce que la demande en résolution du contrat de travail a été déclarée fondée.

La demande reconventionnelle de C.

C. a interjeté appel incident en ce que sa demande en remboursement des salaires payés pendant la période du 4 novembre 2009 au 31 janvier 2010 a été rejetée.

Aux termes de l'article L.121-6. (3) du code du travail :

« Le salarié incapable de travailler a droit au maintien de son salaire jusqu'à la fin du mois de calendrier au cours duquel se situe le soixante-dix-septième jour d'incapacité de travail … »

C. demande le remboursement de la somme de 20.758,36 € payée durant cette période à A. au motif que l'incapacité de travail de celui-ci aurait selon toute vraisemblance été factice alors qu'elle ne l'aurait pas empêché d'exercer une activité professionnelle en France et de s'adonner au *« kitesurf* ».

Dans la mesure où la Cour est en possession de certificats médicaux pour la période en question et qu'il n'est ni prouvé ni offert en preuve que leur contenu soit faux et que C. ne conteste pas que l'examen médical de contrôle qu'elle a exigé en mars 2010 a confirmé l'état d'incapacité de travail de A., c'est à bon droit que les premiers juges ont rejeté cette demande.

L'appel incident n'est dès lors pas fondé.

Il convient encore de confirmer, par adoption des motifs, le jugement entrepris en ce que A. a été condamné à rembourser à C. le salaire du mois de février 2010

Les indemnités de procédure

Eu égard à l'issue du litige en instance appel et à la décision à intervenir sur les frais et dépens, les demandes des deux parties en paiement d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel sont à rejeter.

PAR CES MOTIFS:

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

reçoit les appels principal et incident ;

les dit non fondés ;

confirme le jugement du tribunal du travail de Luxembourg du 12 octobre 2010 ;

rejette les demandes des deux parties en paiement d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel ;

fait masse des frais et dépens de l'instance d'appel et les impose pour 1/4 à la société anonyme SOC1.) pour 3/4 à A. avec distraction au profit de Maître Pierre REUTER, avocat constitué, sur ses affirmations de droit.