Exempt - appel en matière de droit du travail.

Audience publique du quatorze mars deux mille treize.

Numéro 38173 du rôle

Présents:

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

E n t r e :

A, demeurant à L-(…),

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Catherine NILLES de Luxembourg des 9 et 10 janvier 2012,

intimée sur appels incidents,

comparant par Maître Gast NEU, avocat à la Cour à Luxembourg,

e t :

1)B, demeurant à L-(…),

intimée aux fins du susdit exploit NILLES du 10 janvier 2012,

appelante par incident,

intimée sur appel incident,

comparant par Maître Andrée BRAUN, 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,

intimé aux fins du susdit exploit NILLES du 9 janvier 2012,

appelant par incident,

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

LA COUR D'APPEL:

Vu l'ordonnance de clôture de l'instruction du 13 novembre 2012.

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

Suivant contrat de travail du 22 mars 2006 B a été engagée par le Dr. A (ci-après : A), médecin ophtalmologue, en qualité de secrétaire médicale.

Par lettre recommandée du 10 août 2010, elle a été licenciée avec un préavis de 2 mois s'étendant du 15 août 2010 au 15 octobre 2010. Par lettre recommandée du 31 août 2010, elle a été dispensée de prester le préavis.

La lettre de motivation du 5 septembre 2010 est de la teneur suivante :

« Madame,
Sur votre demande, je vous communique ci-après les motifs de votre licenciement.

Motifs liés à votre aptitude :

1. *contrairement à votre candidature, connaissances insuffisantes des programmes informatiques élémentaires de base Windows et Word, entraînant un ralentissement considérable du fonctionnement du cabinet basé exclusivement sur système informatique ainsi que des erreurs régulières dans l'exécution du travail*

Exemples :

- *incapacité de créer un fichier Word et de le sauvegarder correctement, nécessitant entre autres une réédition complète d'un document lors de la correction de quelque mots*
- *incapacité de mise en forme d'un texte*
- *incapacité et refus catégorique de suivre des consignes simples d'un informaticien à distance dans le programme Windows*
- *manipulation incorrecte du programme Windows aboutissant régulièrement à un dysfonctionnement de l'ordinateur*

2. incapacité de travailler de manière correcte et autonome dans des situations de stress, mauvaise capacité à déterminer les priorités du travail

Exemples :

- *erreurs de travail et omissions régulières lors des situations de stress (p.ex. erreurs de gestion des rendez-vous, omission ou oubli de tâches urgentes)*
- *travaux de bureau, demande de résolution de problèmes non urgents et conversations de complaisance effectués malgré un retard des consultations*

3. problèmes d'arythmie élémentaire, c.-à-d. basée sur des simples calculs d'addition et de soustraction

Exemples :

- *fautes régulières dans les horaires des rendez-vous nécessitant la considération du temps nécessaire à un examen complémentaire déterminé*
- *erreurs de liquidation de mémoires d'honoraires*

4. travail manquant régulièrement de soin, d'exactitude et de ce fait insuffisamment fiable Exemples

- *tâches demandées de ma part nécessitant régulièrement plusieurs rappels*
- *omissions ou erreurs d'enregistrement correct des données d'identification des patients (consigne écrite)*
- *omissions de consultation systématiquement exigée du dossier du patient pour une bonne planification des rendez-vous (consigne écrite)*
- *rendez-vous accordés mais non enregistrés*
- *rendez-vous non oblitérés en cas de déplacement de ceux-ci (consigne écrite)*
- *non-respect des consignes liées à une certaine répartition des consultations plus longues (consigne écrite)*
- *rappels téléphoniques promis aux patients mais non effectués dans un délai raisonnable ou même omis (consigne écrite)*
- *travail avec du matériel partiellement défectueux sans avertissement et demande de remplacement de celui-ci*
- *surveillance insuffisante du bon fonctionnement des instruments de travail régulièrement utilisés (p.ex. non-fonctionnement de la télécopieuse en raison de manque de papier découvert par moi-même après une période de déjà dix jours)*

- *messages d'erreurs des appareils régulièrement utilisés non rapportés spontanément, mais seulement sur demande lors de l'apparition manifeste d'un problème d'utilisation de l'appareil en question*
- *manque de vérification systématique exigée des mémoires d'honoraires quant à la nécessité d'y ajouter une motivation pour la caisse nationale de santé (consigne écrite)*
- *contrôles et commandes non systématiques du stock de matériel accessoire nécessaire*
- *affranchissements postaux incorrects*

• *manque de capacité à travailler de manière prévoyante*

(p. ex.: commander à temps du matériel utilisé régulièrement, résoudre à l'avance d'éventuelles erreurs de planification des rendez-vous, demander de manière autonome la confirmation d'un programme opératoire prévu à l'hôpital)

5. connaissances très limites de l'orthographe et de la grammaire françaises, requises de manière limitée mais régulièrement

<u>Motifs liés à votre conduite :</u>

1. non-respect régulier de nombreuses consignes, mêmes écrites, déjà précitées en partie sous le point
4. du paragraphe précédent
Autres exemples :

- *décisions de nature médicale parfois autonomes, pouvant à la limite représenter un danger pour les patients (p.ex. jugement autonome du délai d'une consultation demandée en urgence, réponse autonome à diverses questions de patients concernant un traitement médical)*
- *manque à veiller à une occupation continue de la salle de consultation*
- *temps de suspens et cumul exagérés de mémoires d'honoraires*
- *manque de vérification systématique et suffisamment à l'avance d'un programme opératoire à l'hôpital*

2. manque de comportement constructif :

- *refus catégorique de votre part d'améliorer vos connaissances informatiques malgré des demandes régulières de ma part*
- *absence de propositions constructives et même de communication par rapport à mes insatisfactions régulièrement exprimées, absence de justification par rapport aux erreurs de travail régulièrement énoncées*
- *absence d'initiative à élucider certaines démarches administratives régulièrement requises, concernant notamment les prises-en-charge par les caisses de maladie*

3. comportement régulièrement non adapté envers les patients, notamment dans des situations de stress, contraire aux consignes données :

Exemples :

- *absence d'information du patient sur un temps d'attente éventuel lors de la présentation au rendez-vous, même sur demande*
- *non-respect de la séquence des rendez-vous*
- *manque de communication avec le patient lors de son arrivée en cas de présentation discordante avec le calendrier des rendez-vous, afin d'élucider une éventuelle erreur de la planification (p.ex. présentation du patient avant l'heure notée du rendez-vous, ne justifiant pas une prolongation anormale du temps d'attente en cas d'erreur de planification interne ; présentation d'un couple de patients consultant d'habitude ensemble discordant avec la notification d'un seul rendez-vous)*
- *manque de communication avec le patient lors de son arrivée en cas du souhait de celui-ci de ne pas subir un examen complémentaire prévu avant la consultation (notamment l'examen du champ visuel), surtout pour lui expliquer la conséquence d'un temps d'attente correspondant avant la consultation et pour élucider la raison exacte du refus de l'examen, notamment un état général altéré imposant d'adapter la séquence des consultations*
- *manque d'efforts à joindre des consultations de patients préférant se présenter ensemble*
- *absence de transmission des insatisfactions de patients concernant le délai d'un rendez-vous demandé, en vue de l'élaboration d'une solution individuelle*
- *rapport de plusieurs cas de renvoi autonome de patients pour rendez-vous non enregistré, pourtant fixé par téléphone*

En conclusion, je tiens à remarquer que je vous ai adressé des avertissements correspondants réguliers et que j'ai essayé d'initier des discours constructifs depuis une longue période préalable au licenciement. Mais malheureusement j'ai finalement dû me rendre compte qu'il n'y avait aucune tendance à l'amélioration de la situation, alors que la prise-en-charge progressivement plus intensive de mes patients ne me permet pas de tolérer plus longtemps cette situation. »

Par requête du 15 février 2011, B a demandé la convocation de A devant le tribunal du travail de Luxembourg pour entendre déclarer abusif le licenciement avec préavis du 10 août 2010 intervenu à son encontre et pour entendre condamner son ancien employeur à lui payer les montants suivants :

- préjudice matériel :10.000 euros
- préjudice moral :5.000 euros

Par requête du 26 avril 2011, B a mis en intervention l'ETAT DU GRAND-DUCHE DE LUXEMBOURG, agissant en sa qualité de gestionnaire du fonds pour l'emploi.

A l'audience des plaidoiries du 9 novembre 2011, B contesta tant la précision que le caractère réel et sérieux des motifs avancés.

A de son côté versa des attestations testimoniales et formula une offre de preuve par témoins tendant à établir le bienfondé de son licenciement.

Par jugement contradictoire du 12 décembre 2011, le tribunal du travail a joint les deux rôles, a donné acte à B qu'elle réduit sa demande en indemnisation du chef de préjudice matériel au montant de 4.032,60 euros. Il déclara abusif le licenciement avec préavis du 10 août 2010 et dit fondées les demandes de B pour les montants de 1.735,04 euros au titre de préjudice matériel et 2.300 euros au titre de préjudice moral. Il condamna A à payer à B le montant total de 4.035,04 euros, outre les intérêts légaux à partir du 15 février 2011. Il dit non fondées les demandes respectives en allocation d'une indemnité de procédure. Il dit fondée la demande de l'ETAT ès qualités pour le montant de 10.047,16 euros et condamna A à payer à l'ETAT ledit montant avec les intérêts légaux à partir du jour de la demande en justice jusqu'à solde.

Pour statuer ainsi, le tribunal du travail a retenu que la lettre de motivation ne répond pas aux critères de précision requis par la loi et la jurisprudence et que l'offre de preuve qui comporte des éléments nouveaux par rapport à la lettre de motivation est irrecevable, de sorte que le licenciement est abusif.

Par exploit d'huissier des 9 et 10 janvier 2012, A a régulièrement interjeté appel de ce jugement. Elle conclut, par réformation, à entendre dire que le licenciement était justifié, partant à s'entendre relever de toutes les condamnations prononcées à son encontre.

B interjette appel incident du jugement quant au volet indemnitaire. Elle conclut, par réformation, à entendre dire fondée sa demande au titre de préjudice matériel pour le montant de 4.032,60 euros, celle à titre de préjudice moral pour le montant de 5.000 euros. Elle demande encore, par réformation, à entendre condamner A au paiement d'une indemnité de procédure de 1.000 euros pour la première instance.

Elle conclut pour le surplus à la confirmation du jugement et à l'allocation d'une indemnité de procédure de 2.000 euros pour l'instance d'appel.

L'ETAT ès qualités interjette appel incident et demande la condamnation, soit de A, soit de B, au paiement du montant actualisé de 24.059 euros avancé à titre d'indemnités de chômage pour la période d'octobre 2010 à octobre 2011.

- **Le caractère abusif du licenciement**

Au soutien de son appel, A fait valoir que la lettre de motivation était suffisamment précise pour permettre à l'intimée de connaître la nature et la portée de ce lui qui était reproché, en l'occurrence des problèmes au niveau de ses compétences professionnelles, ses connaissances insuffisantes en informatique, une mauvaise capacité à déterminer les priorités de travail, des erreurs de calcul, son manque d'exactitude et de soin, des fautes d'orthographe, mais aussi des problèmes liés à la conduite et au non-respect des consignes, son manque de comportement constructif, son comportement non adapté envers les clients, tous ces points ayant été précisément détaillés dans la lettre de motivation.

Pour établir le bien-fondé des griefs invoqués, elle verse des attestations testimoniales et des pages d'agenda. Elle réitère en ordre subsidiaire son offre de preuve par témoins tendant à établir la réalité des motifs liés à l'aptitude et à la conduite de son ancienne salariée.

B conclut à la confirmation du jugement entrepris par adoption des motifs des premiers juges. Elle soutient qu'aucun des reproches vagues formulés dans la lettre motivation n'est corroboré par des faits précis et que c'est en vain que l'appelante essayerait de faire croire que l'offre de preuve apporte uniquement des précisions sur les dates et circonstance, alors qu'en réalité il s'agit de faits nouveaux qui ne sont pas contenus dans la lettre motivation et qui sont énoncés pour la première fois dans l'offre de preuve.

L'appelante résiste en faisant valoir que l'offre de preuve et les attestations testimoniales ne font que reprendre les faits tels qu'énoncés dans la lettre de licenciement. L'offre de preuve ne contiendrait pas de motifs différents ou nouveaux de ceux qui auraient provoqué la rupture du contrat de travail.

Ainsi que l'ont retenu à juste titre les juges de première instance, la précision des motifs du licenciement requise par l'article L.124-5 du code du travail doit être de nature qu'elle permette au salarié d'apprécier leur caractère légitime et de faire la preuve de leur fausseté ou de leur inanité et au juge de vérifier si le congédiement est intervenu pour des motifs valables ou pour des motifs illégitimes ou s'il constitue un acte économiquement et socialement anormal.

En particulier dans le contexte d'un licenciement fondé, comme en l'espèce, sur des considérations liées à la conduite du salarié, ses aptitudes et les nécessités d'un bon fonctionnement du cabinet de l'employeur, celui-ci est tenu d'indiquer des faits concrets en rapport avec la conduite du salarié et les intérêts légitimes de l'entreprise.

Il ne suffit dès lors pas de critiquer de façon générale dans le chef du salarié *« ses connaissances insuffisantes des programmes informatiques élémentaires de Windows et Word »*, son *« incapacité de travailler de manière correcte et autonome dans des situations de stress »,* sa *« mauvaise capacité à déterminer les priorités du travail », ses « problèmes d'arythmie élémentaire* », son *« travail manquant régulièrement de soin d'exactitude et de ce fait insuffisamment fiable »*, *ses « connaissances très limites de l'orthographe et de la grammaire fran*çaise », son « *non respect régulier de nombreuses consignes, mêmes écrites (...) »*, son *« manque de comportement constructif »* et son *« comportement régulièrement non adapté envers les patients dans des situations de stress, contraire aux consignes données »*, sans en préciser les circonstances de temps et de lieux ou tout autre élément de nature à permettre au salarié d'apprécier en pleine connaissance de cause s'il entend agir en justice suite à la mesure de licenciement et s'il est en mesure d'en rapporter la contre-preuve.

Il en est de même des *« exemples »* cités à la suite des différents griefs qui sont tout aussi vagues et imprécis quant aux indications de temps et de lieux, et qui ne contiennent pas d'indication de cas concrets d'erreurs ou d'insuffisances constatées dans la création ou la sauvegarde de fichiers informatiques, d'erreurs de calcul ou d'orthographie constatées dans la correspondance, d'erreurs ou des négligences commises dans la gestion des rendez-vous des clients, de non respect des consignes ou avertissements donnés etc., aucun cas ou incident concret n'étant indiqué à titre d'exemple.

De ce fait, les attestations testimoniales versées en cause par l'appelante et l'offre preuve réitérée en instance d'appel ne sauraient pallier aux insuffisances manifestes de la lettre de licenciement.

En effet, s'il est permis de préciser ou de compléter par une offre de preuve en cours d'instance les motifs indiqués dans la lettre de licenciement, il en va autrement si les reproches formulés dans la lettre de licenciement ne sont aucunement liés à des faits précis susceptibles d'être prouvés.

A supposer encore que certains des incidents relatés dans les attestations testimoniales ou offerts en preuve puissent être rattachés à l'un ou l'autre des reproches formulés de façon vague dans la lettre de motivation, il n'en demeure pas moins qu'aucun de ces incidents ou faits concrets n'a été détaillé dans la lettre de licenciement, ni même mentionné.

Dans ces circonstances, il convient de confirmer la décision des juges de première instance en ce qu'ils ont rejeté les attestations testimoniales et ont déclaré irrecevable l'offre de preuve par la voie testimoniale et en ce qu'ils en ont tiré la conclusion que l'imprécision des motifs équivalait à une absence de motifs, de sorte que le licenciement était à déclarer abusif.

- **L'indemnisation des préjudices matériel et moral**

Le tribunal du travail en fixant à cinq mois la période de référence a pris en considération le fait que B a été dispensée de prester son préavis à partir du 1er septembre 2010 et qu'elle a donc pu se mettre à la recherche d'un nouvel emploi. Il a fixé dès lors le préjudice matériel subi pendant les cinq mois en cause à 1.735,04 euros montant correspondant à la différence entre ce montant brut des salaires qu'elle aurait perçu auprès de son ancien employeur et le montant des indemnités de chômage qu'elle a perçu pendant la même période.

B critique cette décision et demande à voir fixer une période de référence de 11,5 mois à partir de son licenciement, de sorte que son dommage matériel s'élèverait à 4.032,46 euros correspondant à la différence entre les salaires qu'elle aurait touchés auprès de A et les prestations de chômage.

A s'oppose à la fixation d'une période de référence de 11,5 mois au motif qu'elle est largement exagérée et que l'intimée se retrancherait derrière la conjoncture économique, sans pour autant justifier que le marché du travail est effectivement saturé pour le métier de secrétaire. Les pièces versées par l'intimée ne refléteraient pas non plus une recherche active d'un emploi à hauteur de ses compétences.

Elle conclut pour autant que la Cour qualifie le licenciement d'abusif de confirmer le jugement entrepris en ce qu'il a fixé à 5 mois la période de référence pour le calcul du préjudice matériel.

S'il appert des pièces versées en cause que B a certes entrepris des démarches actives pour retrouver un nouvel emploi, il ne s'en dégage pas pour autant pour quels motifs elle n'a pas pu obtenir un des emplois vacants pour lesquels elle postulait.

C'est dès lors à juste titre que le tribunal du travail a fixé compte tenu de l'âge de B, de la situation du marché de l'emploi et des démarches par elle entreprises pour retrouver un emploi, la période de référence à cinq mois. Il y a partant lieu de confirmer encore le jugement entrepris sur ce point.

En ce qui concerne l'évaluation du préjudice moral, B demande à entendre fixer par réformation du jugement entrepris à 5.000 euros le montant de son préjudice moral subi.

Elle soutient que les circonstances de son licenciement sont particulièrement vexantes pour elle, dans la mesure où il lui aurait été reproché qu'elle serait incapable de créer un fichier Word ainsi que de le sauvegarder correctement et qu'elle ne maîtriserait pas des simples calculs d'addition et de soustraction.

Les motifs invoqués dans la lettre de motivation mettraient encore ouvertement en cause son aptitude d'exercer un métier à caractère administratif et notamment celui de secrétaire médicale. Or, il ne faudrait pas oublier qu'elle a exercé ce métier pendant de nombreuses années et en dernier lieu pendant plus de quatre ans pour A.

A conteste le montant réclamé de 5.000 euros pour être surfait et conclut pour autant que la Cour qualifie le licenciement d'abusif à la confirmation du jugement entrepris sur ce point.

Eu égard aux circonstances dans lesquelles le licenciement de Diane GOUDENBERG est intervenu et de l'atteinte portée à sa dignité par cette mesure, la Cour est d'avis que le tribunal du travail a fait une correcte appréciation du préjudice moral subi en le fixant à 2.300 euros.

Il y a partant lieu de confirmer encore le jugement entrepris sur ce point.

- **Le recours de l'ETAT**

L'ETAT conclut, par réformation du jugement entrepris, à la condamnation en ordre principal de A et en ordre subsidiaire de B, à lui payer le montant actualisé de 24.059,86 euros au titre des indemnités de chômage versées à B pour la période d'octobre 2010 à octobre 2011.

A conclut au rejet de l'appel incident de l'ETAT et à la confirmation du jugement entrepris en ce que celui-ci a limité sur base de l'article L.521-4 du code du travail le recours de l'ETAT ès qualités aux indemnités de chômage prestées pendant la période couverte par le préjudice matériel, soit d'octobre 2010 à mars 2011.

B conclut également au rejet de l'appel incident de l'ETAT en tant que dirigé en ordre subsidiaire à son encontre pour le cas où le licenciement était déclaré régulier.

L'appel de l'ETAT, pris en sa qualité de gestionnaire du Fonds pour l'emploi, est recevable.

Eu égard au caractère abusif du licenciement c'est à juste titre que le tribunal du travail a, conformément à l'article L.521-4 du code du travail, déclaré le recours de l'ETAT fondé en tant que dirigé contre A et qu'il a limité son droit au remboursement des indemnités de chômage prestées à la période couverte par le préjudice matériel de B, soit d'octobre 2010 à mars 2011.

L'appel incident de l'ETAT n'est dès lors pas fondé et il y a lieu de confirmer le jugement entrepris.

En ce qui concerne la demande de B en allocation d'une indemnité de procédure de 1.000 euros pour la première instance, c'est à juste titre que le tribunal du travail a retenu que du fait de l'affiliation de la requérante à une organisation syndicale celle-ci n'établissait pas devoir supporter les frais non compris dans les dépens.

Pour le même motif, sa demande en allocation d'une indemnité de procédure de 2.000 euros pour l'instance d'appel n'est pas fondée

A succombant dans son appel, sa demande sur base de l'article 240 du NCPC n'est pas non plus fondée.

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,

reçoit l'appel principal et les appels incidents ;

les dit non fondés,

partant **confirme** le jugement entrepris ;

dit non fondées les demandes respectives sur base de l'article 240 du NCPC ;

condamne A à tous les frais et dépens de l'instance avec distraction au profit de Me Georges PIERRET qui la demande, affirmant en avoir fait l'avance.