Exempt - appel en matière de droit du travail.

Audience publique du cinq mars deux mille quinze.

Numéro 39780 du rôle

Composition:

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

E n t r e :

l'établissement public CENTRE HOSPITALIER NEURO-PSYCHIATRIQUE (CHNP), établi et ayant son siège social à L-9002 Ettelbrück, 17, avenue des Alliés, représenté par le président de son conseil d'administration actuellement en fonctions,

appelant aux termes d'un exploit de l'huissier de justice suppléant Cathérine NILLES de Luxembourg du 22 mars 2013,

intimé sur appel incident,

comparant par Maître Romain ADAM, avocat à la Cour à Luxembourg,

e t :

A, demeurant à F-(…),

intimé aux fins du susdit exploit NILLES,

appelant par incident,

comparant par Maître Luc OLINGER, avocat à la Cour à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL:

Vu l'ordonnance de clôture de l'instruction du 18 novembre 2014.

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

Par requête du 17 mai 2010, A réclama à son ancien employeur, le CENTRE HOSPITALIER NEURO-PSYCHIATRIQUE, ci-après CHNP, suite à son licenciement du 28 septembre 2009, qu'il qualifia d'abusif, les montants indemnitaires plus amplement repris dans la susdite requête.

Au service du CHNP en tant que psychiatre depuis le 10 mai 2004 et détaché au centre pénitentiaire de Luxembourg, le docteur A fut licencié avec effet immédiat le 28 septembre 2009, entre autres faits, pour non-respect des heures de travail prévues par le contrat de travail et ce par l'établissement de fausses déclarations par rapport aux heures de travail réellement prestées.

A contesta tant la précision que la réalité et le sérieux ainsi que la gravité des faits lui reprochés.

Par jugement rendu contradictoirement le 4 mars 2013, le tribunal du travail a déclaré le licenciement abusif et condamné le CHNP à payer à A la somme de 132.188,05 euros avec les intérêts légaux.

Pour statuer comme il l'a fait, le tribunal du travail a tout d'abord considéré qu'une partie des faits relatés dans la lettre de licenciement n'étaient pas précis, mais que le fait ci-avant repris l'était, pour ensuite rejeter le moyen tenant à la forclusion du délai d'un mois prévu par l'article L.124-10(6) du code du travail.

Quant au fond le tribunal du travail a décidé que :
« Les explications du Dr A quant à ses multiples tâches, ne se cantonnant pas à sa présence physique au CPL et ne pouvant même, faute de moyens, être accomplies sérieusement au sein du CPL, ne sont pas contredites par le CHNP.
Le travail effectif du requérant ne pouvant dès lors, de loin, être réduit à ses présences physiques au CPL.
Le CHNP n'a dès lors pas établi que les heures de travail déclarées par le Dr A n'ont pas été prestées. »

Le CHNP a régulièrement relevé appel du prédit jugement par acte de l'huissier de justice Carlos CALVO de Luxembourg du 22 mars 2013.

L'appelant demande de déclarer son appel fondé et de réformer le jugement en ce qu'il a déclaré abusif le licenciement avec effet immédiat prononcé à l'encontre du docteur A en date du 28 septembre 2009, partant de débouter le docteur A de toutes ses demandes et de décharger le CHNP des condamnations prononcées à son encontre par le tribunal du travail.

A interjette appel incident et soutient que le grief lui reproché est irrecevable, pour défaut de précision, qu'il est encore irrecevable en raison de l'écoulement du délai d'invocation d'un mois prévu à l'article L.124-10 al.6 du code du travail, qu'il est finalement irrecevable en raison de l'inadmissibilité des listings du CENTRE PENITENTIAIRE DE LUXEMBOURG (ci-après CPL) comme moyen de preuve, eu égard au principe de loyauté dans l'administration de la preuve, qui aurait été violé par le CHNP.

Quant au fond, l'intimé conclut à la confirmation du jugement déféré, en ce qu'il a déclaré abusif son licenciement ; il prétend que les listings CPL sont dénués de la moindre force probante, car il sont truffés d'erreurs; l'intimé soutient encore qu'il ne devait ni ne pouvait être 50 heures par semaine à l'intérieur du CPL, présence physique de 50 heures qui n'aurait par ailleurs jamais été demandée ni souhaitée par le CHNP, que ni le contrat de travail ni aucun autre document ne mentionne une telle obligation ; qu'il lui était finalement impossible d'être physiquement 50 heures par semaine au CPL, vu les nombreuses missions assumées pendant la journée par lui et qu'il énumère dans ses conclusions, sans parler des 3 semaines d'astreinte par mois qui faisaient partie intégrante de son temps de travail.

<u>Quant aux faits</u>

Le CHNP expose avoir engagé le docteur A comme psychiatre à partir du 10 mai 2004 et l'avoir détaché au CPL en vertu de la Convention « portant création d'un service psychiatrique pénitentiaire du CHNP au CPL » signée le 22 avril 2002 entre le CHNP et l'ETAT du Grand-Duché de Luxembourg, à raison de 50 heures par semaine, aux fins de dispenser dans l'enceinte du CPL l'ensemble des soins psychiatriques aux patients détenus au CPL, soit 700 détenus, dont 200 toxicomanes ;

qu'en vertu de cette convention, le CHNP facturait, sur base des heures de travail déclarées par le docteur A, lesdites heures au Ministère de la justice ;

que lors d'une réunion, qui s'est tenue entre le directeur du CHNP, le Ministre de la justice, ainsi qu'un représentant du service financier du Ministère et enfin B du CPL en date du 4 septembre 2009, le CHNP a été informé que le docteur A a presté nettement moins d'heures de travail que celles que le CHNP a facturées au Ministère, sur base des relevés mensuels établis par le docteur A ;

que B du CPL a envoyé les listes de présence du docteur A au Ministère avec l'observation suivante : « l'horaire de présence ne correspond nullement aux relevés envoyés mensuellement au CPL ».

Le CHNP expose avoir effectué un contrôle et avoir établi des tableaux comparatifs entre les listes de présence du CPL et les listes des heures déclarées par le docteur A, qui a permis d'établir que sur une période de 10 mois allant du 1er octobre 2008 au 28 août 2009, le docteur A a déclaré 2.095 heures et 30 minutes tandis que les listes de présence indiquaient 1.219 heures et 3 minutes, faisant apparaître une différence de 876 heures et 27 minutes, soit plus de 40 % et en termes de salaire quelque 60.000 euros, de sorte qu'il apparaissait clairement que le docteur A ne prestait pratiquement jamais une permanence de 10 heures par jour à la prison, conformément à ses obligations contractuelles.

Pour l'employeur, il s'agit d'un abus de confiance répété, persistant et systématique, sinon d'une tromperie grossière de nature à ébranler définitivement la confiance que l'employeur doit avoir en son salarié, de sorte qu'il estime avoir été autorisé à le licencier avec effet immédiat en date du 28 septembre 2009.

<u>Quant au licenciement</u>

Il échet de relever que le seul motif de licenciement encore en litige entre les parties en instance d'appel est celui tiré du défaut de prestation, pendant la période du 1er octobre 2008 au 28 août 2009, de 85 heures par mois de travail, en moyenne, par rapport aux heures de travail déclarées en fonction des horaires mobiles.

Pour l'intimé qui interjette appel incident, ce motif est imprécis et doit partant être écarté, dans la mesure où il ne serait ni situé dans le temps ni dans l'espace et qu'il ne serait pas précisé en quoi il serait de nature à justifier un licenciement avec effet immédiat.

Or, dans la mesure où le grief litigieux tel que rédigé dans la lettre de licenciement, permet à A d'en apprécier la nature et la portée et de prouver le cas échéant la fausseté et aux juridictions du travail de vérifier que le susdit motif s'identifie avec celui analysé en cours de procédure, le motif a été indiqué avec suffisamment de précision, de sorte que ce moyen est à écarter et le jugement à confirmer sur ce point.

L'intimé fait ensuite grief au tribunal du travail d'avoir considéré que ce motif avait été invoqué dans le délai légal d'un mois prévu à l'article L.124-10 alinéa 6 du code du travail.

Il soutient que le CHNP savait depuis toujours qu'il ne prestait pas les 50 heures par semaine au CPL, vu que les fiches mensuelles établies par sa secrétaire, vérifiées et contresignées par le CHNP, indiquent sur 10 des 12 fiches en question une présence physique dans l'enceinte du CPL inférieure à 216,25 heures, de sorte que l'employeur est forclos d'invoquer ce fait en septembre 2009.

Ce dernier, au contraire, précise n'avoir eu connaissance des listes de présence du CPL qu'en septembre 2009, plus précisément en date du 4 septembre 2009, lors d'une réunion qui s'est tenue au Ministère de la justice, au cours de laquelle il a été confronté au reproche que l'horaire de travail de son salarié ne correspondait pas aux relevés établis par lui et envoyés par le CHNP au Ministère.

D'après l'article L.124-10 alinéa 6 du code du travail *« Le ou les faits ou fautes susceptibles de justifier un licenciement pour motif grave ne peuvent être invoqués au-delà du délai d'un mois à compter du jour où la partie qui l'invoque en a eu connaissance, à moins que ce fait n'ait donné lieu dans le mois à l'exercice de poursuites pénales.*
Le délai prévu à l'alinéa qui précède n'est pas applicable lorsqu'une partie invoque un fait ou une faute antérieure à l'appui d'un nouveau fait ou d'une nouvelle faute.»

S'il est constant que les fiches mensuelles établies par la secrétaire du docteur A sur les heures de travail de ce dernier au CPL ont été signées chaque mois par l'employeur, il n'en reste pas moins que cette signature n'implique pas nécessairement et forcément un contrôle par l'employeur de l'exactitude des susdites fiches.

En effet, dès lors que le docteur A exerçait ses fonctions, son activité en dehors du CHNP d'Ettelbruck, soit dans l'enceinte du CPL à Schrassig et suivant un horaire mobile, un contrôle journalier par l'employeur du respect par son salarié de l'horaire de travail était géographiquement, et temporellement, donc matériellement impossible, sauf à admettre que l'employeur se rende chaque jour d'Ettelbruck au CPL de Schrassig pour vérifier le respect par A de son horaire de travail.

Il s'en dégage qu'en raison des circonstances données de l'espèce, des conditions de travail spécifiques du docteur A, les relations de travail entre les parties devaient plutôt être basées sur des confiance et loyauté réciproques, que sur un contrôle effectif du travail effectué par A.

Finalement, un contrôle efficace des horaires de travail du docteur A supposait une vérification effective et comparative; or, cette vérification n'a pu se faire que par rapport aux listings du CPL qui n'ont effectivement été soumis au CHNP que dans le mois précédant le licenciement, à savoir au moment de la réunion du 4 septembre 2009 qui s'est tenue au Ministère de la justice en présence du CHNP et du CPL, de

sorte qu'il est avéré que le délai d'invocation légal d'un mois a été respecté par l'employeur.

Ce deuxième moyen laissant d'être prouvé, le jugement est encore à confirmer à cet égard.

L'intimé reproche finalement au tribunal du travail d'avoir retenu les listings du CPL comme éléments, voire moyens de preuve.

Il estime que la production des listings du CPL viole le principe de loyauté dans l'administration de la preuve ; il invoque le caractère illicite des listings, soutenant qu'il ignorait que le CPL notait ses présences respectivement les retranscrivait, de sorte que n'ayant pas été valablement informé, il ne les a pas consultées pour en vérifier l'exactitude.

Or, en travaillant dans l'enceinte du CPL, qui n'est autre qu'une prison, par sa nature et par définition un endroit fortement sécurisé, le docteur A devait nécessairement savoir que ses présences étaient non seulement notées mais également contrôlées, ce d'autant plus que d'après le règlement grand-ducal du 24 mars 1989, le CPL est obligé de recenser les entrées et sorties des personnes venant de l'extérieur.

En effet, d'après l'article 110 du prédit règlement : *« le portier tient un registre des entrées et sorties qui est visé chaque semaine par le directeur ; sont inscrites dans ce registre les heures d'entrée et de sortie de toutes les personnes étrangères à l'administration, la présence d'un membre du personnel est contrôlée par un agent à désigner par le directeur».*

Il s'en suit que ce contrôle était non seulement nécessaire mais légal, de sorte que les listings litigieux sont des pièces officielles, qui n'ont pas été obtenues à l'insu du docteur A mais officiellement transmises du CPL au Ministère de la justice, qui les a continuées pour explications au CHNP ; c'est dès lors à bon droit que le tribunal du travail les a retenues comme moyen de preuve.

L'intimé prétend enfin que ces listings, truffés d'erreurs, n'auraient aucune valeur probante.

Dans la mesure où l'intimé ne cite qu'une seule erreur trouvée sur les listings du CPL pour la période concernée allant du 1er octobre 2008 au 28 août 2009, soit pendant 10 mois, il ne donne aucun élément pertinent qui permettrait de mettre en doute la fiabilité des données recueillies par l'administration pénitentiaire, tant en ce qui concerne les entrées que les sorties du salarié du CPL, listings qui seront partant pris en compte comme moyen de preuve.

L'intimé conclut finalement au caractère abusif du licenciement, soutenant qu'il ne devait ni ne pouvait être 50 heures par semaine à l'intérieur du CPL, présence physique de 50 heures qui n'a par ailleurs jamais été demandée ni souhaitée par le CHNP, que ni le contrat de travail ni aucun autre document ne mentionne une telle obligation; il précise encore qu'il lui était impossible, au vu des nombreuses autres missions assumées pendant la journée par lui et des trois semaines d'astreinte par mois faisant partie intégrante de son travail, d'être physiquement 50 heures par semaine au CPL.

D'après les renseignements fournis et les pièces versées, c'est par une convention conclue en date du 22 avril 2011 entre le Ministère de la justice et le CHNP, que l'ETAT DU GRAND-DUCHE a confié au CHNP la mission de dispenser dans l'enceinte du CPL à partir du 1er avril 2002 l'ensemble des soins psychiatriques aux patients détenus au CPL, soit 700 détenus et 200 toxicomanes.

D'après le CHNP, il avait été convenu qu'à partir du 1er octobre 2008 un service de médecine psychiatrique (SMPP) serait mis en place et le docteur A désigné afin d'assurer comme tâche principale une permanence de 50 heures par semaine, soit 10 heures par jour dans l'enceinte du CPL.

Le CHNP met encore en exergue que les autres fonctions, missions listées par le docteur A dans ses conclusions ne lui prenaient pas le temps affirmé par lui.

S'il est constant que ni le contrat de travail initial signé le 6 mai 2004 entre le CHNP et le docteur A, ni les cinq avenants postérieurs qui ont augmenté la charge de travail à exécuter par le docteur A à une durée de 50 heures par semaine, soit 10 heures par jour à partir du 1er octobre 2008, selon un horaire allant de 7h30 à 12h 00 et de 13h00 à 18h30, n'indiquent pas le lieu de travail du docteur A, force est cependant de constater que d'après un certificat rédigé par le directeur du CHNP, le docteur C, signé concomitamment au contrat originaire, soit le 6 mai 2004, indique ce qui suit :

« Il est certifié par la présente que le CHNP, représenté par le docteur C, directeur, envisage d'engager à mi-temps le docteur A, médecin spécialiste en psychiatrie, à partir du 10 mai 2004 dans son service de médecine psychiatrique pénitentiaire.
Le CHNP accepte que le docteur A continuera à exercer sa profession en cabinet libéral, sous réserve que son engagement au Centre Pénitentiaire n'en subisse pas d'entraves ».

Ce certificat suivi du premier contrat de travail lève le doute sur le lieu de travail du docteur A qui n'était autre que le CPL.

Il appert encore d'un échange de courriels entre le directeur administratif et financier du CHNP, D et E du CHNP ainsi que le docteur A en juin 2008, courriels relatifs à l'augmentation temporaire d'activité au CPL, que par cette augmentation d'activité était visée celle du docteur A ainsi que sa présence au CPL selon un temps de travail hebdomadaire de 50 heures, soit 10 heures par jour, augmentation justifiée par une implication des psychiatres dans le projet « délinquants sexuels ».

Il s'en suit que la présence contractuelle du docteur A était, sinon exclusivement, du moins principalement requise au CPL, mais également pour un horaire contractuellement fixé à 10 heures par jour et 50 heures par semaine.

Finalement, le docteur A ne conteste pas que les fiches établies par sa secrétaire chaque mois pendant la période incriminée concernent bien non seulement ses heures de travail, soit à l'exception de deux fiches, toujours 50 heures par semaine, mais également sa présence au CPL, de sorte qu'il est actuellement malvenu de contester que le temps de travail contractuellement prévu ne devait pas être exercé principalement au CPL, ce d'autant plus qu'il reste, en présence des contestations du CHNP, en défaut de prouver que ses autres missions détaillées dans ses conclusions rendaient impossible sa présence physique au CPL telle que prévue au contrat de travail.

Il suit des considérations qui précèdent que le CHNP a prouvé que son salarié devait travailler principalement au CPL et à raison de 10 heures par jour soit 50 heures par semaine.

La réalité du motif du licenciement tenant au fait que le docteur A n'assurait pratiquement jamais une permanence de respectivement 10 heures par semaine et 50 heures par mois à la prison, conformément à ses obligations contractuelles, résulte clairement de la comparaison faite entre les listings du CPL et les relevés mensuels établis par la secrétaire du docteur A.

Dès lors que le reproche fait à A ne constitue pas un fait isolé et unique, mais révèle dans son chef un comportement fautif systématique et répétitif, compte tenu de l'ampleur en termes d'heures de travail non prestées mais rémunérées, et donc de salaires perçus mais non mérités, compte tenu de la confiance réciproque primordiale, en l'occurrence, en raison du contexte de travail spécifique, qui a été violée, les agissements du docteur A sont d'une gravité suffisante pour justifier un licenciement sans préavis le privant des indemnités légales nonobstant son ancienneté de service importante.

L'appel principal est partant justifié et le jugement à réformer en ce qu'il a déclaré le licenciement abusif, de sorte que les offres de preuve formulées de part et d'autre sont à rejeter pour être superflues.

Eu égard au caractère régulier du licenciement, les demandes indemnitaires du docteur A sont à rejeter pour ne pas être fondées.

La demande de A basée sur l'article 240 du NCPC est à déclarer non fondée tant pour la première instance que pour l'instance d'appel dans la mesure où il succombe en instance d'appel et est condamné aux frais et dépens au vu du résultat du présent recours.

Au vu du résultat positif de l'appel pour le CHNP, il ne paraît pas inéquitable de lui allouer une indemnité de procédure de 1.000 euros sur base de l'article 240 du NCPC pour l'instance d'appel.

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 les appels principal et incident recevables,

dit l'appel incident non fondé,

dit l'appel principal fondé,

réformant :

dit que le licenciement prononcé le 28 septembre 2009 est régulier,

dit les demandes de A non fondées et l'en déboute,

rejette les demandes du docteur A basées sur l'article 240 du NCPC tant pour la première instance que pour l'instance d'appel,

condamne le docteur A à payer au CHNP une indemnité de procédure de 1.000 euros

condamne le docteur A aux frais et dépens de l'instance avec distraction au profit de Maître Romain ADAM qui la demande affirmant en avoir fait l'avance.