**Arrêt N° 127/16 - III – TRAV**

Exempt - appel en matière de droit du travail.

Audience publique du vingt-sept octobre deux mille seize.

Numéro 42519 du rôle

Composition:

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

E n t r e :

**A**, demeurant à L-(…),

appelant aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Josiane GLODEN d'Esch-sur-Alzette du 19 juin 2015,

intimé sur appel incident,

comparant par Maître Hervé WOLFF, avocat à la Cour à Luxembourg,

e t :

**1)B**, demeurant à L-(…),

intimée aux fins du susdit exploit GLODEN,

appelante par incident,

comparant par Maître Tom KRIEPS, 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 GLODEN,

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

**LA COUR D'APPEL:**

Vu l'ordonnance de clôture de l'instruction du 26 avril 2016.

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

Aux services du docteur A depuis le 19 janvier 1993, B a été licenciée avec un préavis de 6 mois par courrier du 9 juillet 2013.

Suite à la demande de la salariée, A lui a fait parvenir les motifs du licenciement consistant en un refus de travail par courrier du 20 août 2013.

Par requête du 13 février 2014, B a fait convoquer A devant le tribunal de travail de et à Esch-sur-Alzette aux fins de voir dire que le licenciement intervenu à son égard le 9 juillet 2013 est abusif et pour se voir condamner à lui payer le montant global de 76.082,65 euros à titre d'indemnisation pour le préjudice matériel et moral subi, de solde de l'indemnité de départ lui redue et d'indemnité pour congé non pris en 2013.

Elle a également réclamé une indemnité de procédure de 1.500 euros.

A l'audience du 20 mars 2015, la requérante a chiffré sa demande du chef de solde d'indemnité de départ au montant de 3.820,77 euros, sa demande du chef de solde pour congé non pris en 2013 au montant de 2.228,66 euros et sa demande en indemnisation de son préjudice matériel à 6.545,73 euros.

A l'appui de sa demande, la salariée a fait plaider principalement que la lettre de motivation est imprécise. Subsidiairement, elle a contesté les motifs invoqués tout en insistant sur le fait qu'elle a été engagée comme secrétaire médicale et non comme infirmière ou aide-soignante, de sorte que A serait mal venu de lui reprocher un refus de poser des actes médicaux ou paramédicaux. A titre encore

plus subsidiaire, elle a été d'avis que ces motifs ne justifieraient pas le licenciement d'une salariée ayant plus de 20 années d'ancienneté.

Par jugement du 29 avril 2015, le tribunal de travail a déclaré le licenciement abusif et a alloué à B les montants de 4.323,84 euros à titre de dommages et intérêts pour préjudice matériel, de 5.000 euros à titre de dommages et intérêts pour préjudice moral et de 2.228,66 euros à titre d'indemnité pour congé non pris. Le tribunal de travail a, en conséquence, condamné A à payer à B la somme totale de 11.552,50 euros avec les intérêts légaux à partir du 13 février 2014, jusqu'à solde et a dit que le taux d'intérêt légal sera automatiquement augmenté de trois points à partir du troisième mois qui suit la notification du jugement.

La juridiction de première instance a cependant déclaré non fondée la demande de B du chef de solde d'indemnité de départ.

Le tribunal de travail a également dit la demande de l'ETAT DU GRAND-DUCHE DE LUXEMBOURG fondée pour la somme de 19.919,04 euros, et a condamné A à payer à l'ETAT DU GRAND-DUCHE DE LUXEMBOURG le montant précité avec les intérêts légaux à partir du 20 mars 2015 jusqu'à solde.

Finalement, il a alloué à B une indemnité de procédure de 300 euros et débouté A de sa demande basée sur l'article 240 du NCPC.

Le tribunal de travail a retenu que même si B a refusé d'effectuer une partie des tâches énumérées dans la lettre de motivation, la lettre ne contient pas les précisions nécessaires pour permettre de conclure que l'attitude de B puisse être qualifiée de refus de travail justifiant un licenciement.

Il a considéré, en outre, que si B a volontairement accompli les tâches en cause, l'employeur ne saurait lui reprocher son changement d'attitude si les tâches en cause ne rentrent pas dans son rayon de compétence et a ajouté que l'affirmation de la salariée d'avoir toujours continué de s'occuper de la préparation normale de la salle de soins pour accueillir les patients n'est pas contredite par un élément du dossier.

Finalement, il a retenu que le reproche quant au comportement inacceptable de B envers les patients est également libellé de façon trop imprécise.

De ce jugement, A a régulièrement relevé appel par exploit d'huissier du 19 juin 2015.

Par réformation du jugement entrepris, l'appelant demande à voir dire le licenciement du 9 juillet 2013 justifié et à être déchargé de toutes les

condamnations prononcées à son encontre tant en faveur de la salariée que de l'ETAT DU GRAND-DUCHE DE LUXEMBOURG.

L'appelant conclut encore à l'octroi d'une indemnité de procédure de 1.500 euros.

L'appelant soutient que les motifs du licenciement, à savoir des refus de travail (insubordination et refus d'ordre) et un comportement inacceptable vis-à-vis des patients du cabinet médical sont indiqués avec suffisamment de précision pour permettre à la salariée de comprendre les faits qui lui sont reprochés et de les contester. Ces faits, corroborés par les pièces versées en cause, seraient de nature à justifier un licenciement même avec effet immédiat.

Ainsi, le 8 juillet 2013 B aurait, sans raison justifiée, refusé d'exécuter les tâches qui lui étaient dévolues en tant qu'assistante médicale qu'elle aurait cependant accepté d'effectuer pendant plus de 20 ans. Malgré l'avertissement reçu en date de ce jour, elle aurait de nouveau refusé d'exécuter certaines de ses tâches le lendemain 9 juillet 2013. Ce comportement aurait eu en outre comme conséquence qu'il était dans l'obligation d'annuler une opération chirurgicale à effectuer sur la patiente « X de S.F. »

Contrairement à l'affirmation de B, les tâches qu'elle refusait d'exercer n'auraient pas été des actes médicaux. Ces tâches, c'est-à-dire la préparation de la salle de soins pour accueillir les patients, la préparation des seringues pour les traitements et l'obligation de jeter les déchets médicaux ne tomberaient pas dans le champ d'application de l'exercice illégal de la médecine, mais relèveraient de l'exercice de la fonction d'assistante médicale qui ne constituerait pas une profession réglementée.

A reproche encore au tribunal de travail d'avoir retenu que le grief relatif au comportement inacceptable de la salariée avec les patients serait formulé de façon trop générale en relevant que la lettre de motivation contient l'identité de certains des patients qui se sont plaints du comportement de la salariée à leur égard au moment de leur accueil au secrétariat. Il serait impossible d'indiquer la date de chaque plainte, les patients eux-mêmes étant incapables de s'en souvenir. La réalité des plaintes serait établie par les attestations testimoniales de 22 patients ou ex-patients versées en cause qui font état de méchanceté, d'agressivité, d'antipathie, d'arrogance et de froideur de la salariée à leur encontre. Le fait qu'il avait eu des dizaines de plaintes de patients aurait terni l'image du cabinet médical et les plaintes seraient à considérer dans leur ensemble.

Ce grief ne serait d'ailleurs que complémentaire au grief caractérisé par l'insubordination de la salariée.

En ordre subsidiaire, et pour le cas où le caractère abusif du licenciement serait confirmé, A fait valoir que la salariée ne démontrerait pas avoir subi un quelconque préjudice. Sa demande en paiement de dommages et intérêts serait dès lors non fondée, sinon du moins largement surévaluée.

En tout état de cause, la période de référence de huit mois retenue par le tribunal de travail serait largement surévaluée. En effet, la salariée se serait mise en maladie pour l'ensemble de la période de préavis, soit six mois, période pendant laquelle elle a pu chercher un autre emploi. Elle aurait cependant envoyé seulement deux candidatures en octobre 2013 et deux au mois de décembre de la même année. Ce ne serait qu'en 2014 qu'elle aurait envoyé plusieurs candidatures qui ne seraient cependant pas rédigées avec sérieux et contiendraient de nombreuses fautes de grammaire et de syntaxe.

Tout au moins, il y aurait lieu d'intégrer dans le calcul de la période de référence le préavis de six mois.

L'appelant conteste également l'existence d'un préjudice moral dans le chef de la salariée et estime que le quantum de ce préjudice devrait au moins être évalué à la baisse.

L'attribution d'une indemnité compensatoire pour congé non pris en 2013 serait aussi à rejeter, car la salariée aurait pris 22 jours de congé en 2013 pendant le temps où le cabinet médical était fermé et qu'il n'y avait pas de consultations.

B conclut à la confirmation du jugement entrepris en ce qu'il a déclaré le licenciement abusif et en ce qu'il lui a alloué en conséquence des dommages et intérêts.

B interjette cependant appel incident contre le jugement de première instance en ce qu'il n'a pas fait droit à sa demande en paiement du solde de l'indemnité de départ non payé et réclame à ce titre le montant de 3.820,77 euros.

Elle réclame encore, par réformation du jugement entrepris, une indemnité de procédure de 1.000 euros pour la première instance.
Elle demande finalement la condamnation de A à lui payer une indemnité de procédure de 1.500 euros pour l'instance d'appel.

La salariée fait valoir que la manipulation de seringues et la préparation d'autres actes médicaux ne sont pas nécessairement comprises dans les tâches d'une secrétaire de sorte que les juges de première instance auraient retenu à juste titre que faute par A d'avoir décrit de façon précise ses fonctions et devoirs ainsi que les fautes prétendument commises dans l'exercice de ses fonctions, la lettre de motivation n'était pas satisfaisante.

Ce serait encore à bon droit que le tribunal de travail aurait retenu que le refus d'exercer des tâches ne tombant pas dans le domaine de sa compétence ne serait pas constitutif d'une faute professionnelle. Les manipulations de matériel médical ou paramédical ne tomberaient pas dans le domaine de compétence d'une secrétaire.

Le fait qu'elle aurait effectué des tâches qu'elle n'avait pas à faire depuis un certain temps ne justifierait pas qu'elle aurait dû continuer à les faire.

- **<u>Quant au licenciement :</u>**

Dans sa lettre de motivation du 20 août 2013 le docteur A reproche d'abord à la salariée d'avoir en date du 8 juillet 2013 refusé sans justification valable d'exécuter les tâches d'assistance médicale qu'elle a effectué depuis son entrée en fonction en 1993 au cabinet médical et de s'être limitée à exécuter seulement les tâches administratives dans les termes suivants :
*« En date du 8 juillet 2013, vous êtes restée dès votre prise de fonction, dans le secrétariat et j'ai dû faire à votre place toutes les tâches suivantes qui vous sont normalement dévolues, à savoir :*

1) *préparation de la salle de soins pour accueillir les patients, rangement de la pièce, mise en place du drap papier sur le lit d'examen ;*
2) *préparation des seringues pour chaque traitement injectable programmé pour la journée ou à prévoir en cas d'urgence, préparation des mélanges de médicaments, préparation des seringues et tampons alcoolisés dans un ramequin pour chaque traitement programmé ;*
3) *tenue à jour des stocks de médicaments, seringues, aiguilles et autres fournitures médicales consommables ;*
4) *évacuation des déchets médicaux et des seringues et aiguilles utilisées après usage pour soigner un patient dans les containers ad hoc ;*
5) *nettoyage du matériel de petite chirurgie, puis stérilisation de ce matériel ;*
6) *nettoyage de la salle de soins après passage du patient, et avant l'arrivée d'un nouveau patient ».*

La salariée estime que la lettre de motivation ne décrit pas suffisamment les tâches qu'elle devait exécuter en tant que secrétaire médicale et les fautes qu'elle aurait prétendument commises dans l'exercice de ces fonctions pour rapporter le cas échéant la preuve de leur fausseté compte tenu du fait que la manipulation de matériel médical ou paramédical ainsi que la préparation d'actes médicaux ne tombent pas dans le domaine de compétence d'une secrétaire médicale.

S'il est vrai qu'aucun contrat de travail ne reprenant les tâches exactes à accomplir par B n'a été versé en cause, il résulte néanmoins du règlement interne du 1er avril 2009 que contrairement à l'affirmation de B, sa fonction englobait non seulement des tâches purement administratives d'une secrétaire médicale mais également les tâches d'assistance médicale suivantes : préparer les injections en fonction du planning du travail de la journée, changer les draps papier, enlever le matériel médical usagé, vérifier le stock du matériel médical, préparer les seringues et enlever les déchets médicaux.

Dans ces conditions, les tâches que A reproche à la salariée de ne pas avoir exécutées en date du 8 juillet 2013 sont énumérées avec suffisamment de précision pour permettre à la salariée de comprendre les faits à la base du refus de travail invoqué par A et d'en rapporter le cas échéant la preuve de leur fausseté et pour permettre à la Cour d'en apprécier leur légitimité.

La salariée soutient que les manipulations de matériel médical et paramédical et la préparation de mélanges médicaux sont des actes médicaux qui ne tombent pas dans son domaine de compétence, de sorte qu'elles ne seraient pas de nature à pouvoir justifier son licenciement. Le fait qu'elle effectuait des tâches qu'elle n'avait pas à faire depuis un certain temps ne justifierait pas qu'elle aurait dû continuer à les faire.

B ne conteste donc pas avoir refusé d'exécuter les tâches reprises dans la lettre de motivation de l'employeur qu'elle a exécutées depuis 20 ans, mise à part la préparation normale de la salle de soins pour accueillir les patients, mais elle justifie ce refus par le caractère médical de ces tâches se situant en dehors du domaine de compétence d'une secrétaire médicale.

Son refus d'exécuter du jour au lendemain certaines tâches qu'elle a effectué depuis le début de la relation de travail entre parties résulte encore du courriel qu'elle a envoyé le 4 juillet 2013 à A, soit 5 jours avant son licenciement et qui est libellé comme suit :

*« je tiens à souligner une fois de plus que je ne touche/range plus les seringues/aiguilles utilisés, ni que je range//touche les compresses/tampons sanglantes, ni l'assistance des Lypos, et enlèvement après, ni les préparations de seringues je ferait en future ».*

Les fonctions de B englobaient cependant non seulement des actes administratifs mais également des actes d'assistance médicale tels que cela lui a été rappelé par le règlement interne du 1er avril 2009. La salariée reste en défaut d'expliquer en quoi les tâches énumérées dans la lettre de motivation constituent des actes médicaux qu'une assistante médicale n'aurait pas le droit ou la compétence d'exécuter. Or, mise à part la préparation des mélanges de médicaments et le refus d'assister

l'employeur dans la préparation d'une intervention chirurgicale pour lesquels subsiste un doute, la description des tâches que la salariée refusait d'exécuter le 8 juillet 2013 ne permet pas de retenir que ces actes soient des actes qui ne sont pas de la compétence d'une assistante médicale.

Le refus sans justification valable de continuer à exécuter du jour au lendemain des actes d'assistance médicale effectués pendant vingt sans justification valable constitue dans le chef de B un refus d'ordre caractérisé, rendant impossible le maintien de la relation de travail. Ce refus suffit, à lui seul, à justifier le licenciement avec préavis, de sorte qu'il devient superfétatoire de se prononcer encore sur le deuxième motif de licenciement invoqué.

Il en suit que par réformation du jugement entrepris, le licenciement du 9 juillet 2013 est à déclarer régulier.

Du fait du caractère justifié du licenciement, les demandes de B en paiement d'une indemnité pour les préjudices matériel et moral subis ne sont pas fondées et il a lieu de les rejeter. A est donc à décharger des condamnations y relatives prononcées à son encontre en première instance.

- **Quant à l'indemnité de départ :**

B reproche au tribunal de première instance d'avoir retenu qu'elle avait seulement travaillé à temps partiel.

Elle affirme avoir travaillé à temps plein pendant plus de 210 mois et se réfère à cet égard à une attestation de la Caisse nationale d'assurance pension. Le calcul effectué par A serait donc erroné et il resterait un montant de 3.820,77 euros à régler.

En ordre subsidiaire, une diminution de l'indemnité de départ devrait tout au plus se calculer sur une période de 39 mois et non pas sur une période de 119 mois comme l'aurait affirmé l'employeur en première instance.

L'employeur fait valoir que B a au moins travaillé à temps partiel pendant la période du 1er juillet 1993 au 30 septembre 1994 et pendant la période du 1er janvier 2000 au 31 décembre 2002. Pour prouver ses dires, il se réfère aux fiches de salaires versées en cause.

L'appel incident de la salariée quant au solde de l'indemnité de départ serait donc à déclarer non fondé et le jugement de première instance serait à confirmer sur ce point.

Si d'après l'article L.124-7 du Code du travail l'indemnité de départ à laquelle un salarié a droit après une ancienneté de services continus de vingt ans correspond à six mois de salaire qui est à calculer sur la base des salaires bruts effectivement versés au salarié sur les douze derniers mois qui précèdent immédiatement celui de la notification de la résiliation, il résulte néanmoins de l'article L.123-7 (3) du même code que « *L'indemnité de départ des salariés ayant été occupés à temps complet et à temps partiel dans la même entreprise est calculée proportionnellement aux périodes d'emploi effectuées selon l'une et l'autre de ces deux modalités depuis leur entrée dans l'entreprise* ».

Il résulte des fiches de salaires versées en cause par A que du 1er juillet 1993 au 30 septembre 1994 B avait travaillé 77,28 heures par mois sauf pour les mois de juillet, août et septembre 1993 pendant lesquels elle a travaillé respectivement 64, 69, 28 et 69,28 heures. Il en résulte également qu'elle a travaillé de janvier 2000 à décembre 2002 86,5 heures par mois, mis à part le mois de janvier 2000 pendant lequel elle a travaillé pendant 108 heures.

Ces fiches de salaires ne sont pas contredites par l'attestation de la Caisse nationale d'assurance pension concernant la carrière d'assurance de la salariée qui ne reprend pas les heures travaillées mensuellement pour les années 1993 à 2002, mais seulement les mois d'affiliation. Les montants repris à titre de revenus pendant les années 1993, 1994, 2000, 2001 et 2002 dans l'attestation de la Caisse de pension, largement inférieures aux montants du reste de la durée de la relation de travail entre B et A, permettent, au contraire, de conforter l'affirmation de l'employeur que la salariée a seulement travaillé à temps partiel pendant ces périodes.

L'employeur n'ayant pas versé d'autres fiches de salaires de nature à contredire le travail à plein temps pendant les autres périodes de la relation de travail entre parties. Il y a dès lors lieu d'inviter, avant tout autre progrès en cause, B à établir un nouveau décompte quant au montant à titre d'indemnité de départ en tenant compte du fait qu'elle a travaillé pendant la période du 1er juillet 1993 au 30 septembre 1994 77,28 heures par mois, sauf pour les mois de juillet, août et septembre 1993 pendant lesquels elle a travaillé respectivement 64, 69, 28 et 69,28 heures mensuelles, ainsi que du fait que pendant la période de janvier 2000 à décembre 2002 elle a travaillé 86,5 heures par mois, mis à part le mois de janvier 2000 où elle a travaillé pendant 108 heures.

- **<u>Quant à l'indemnité pour congé non pris :</u>**

A reproche à la juridiction de première instance d'avoir alloué à B une indemnité compensatrice pour congé non pris d'un montant de 2.228,66 euros du chef de 20 jours de congé non pris en 2013. Il affirme que la salariée aurait pris 22 jours de congé en 2013 pendant le temps où le cabinet médical était fermé et où il n'y avait

pas de consultations et qu'il lui a versé le montant de 574,54 euros au mois de janvier 2014, correspondant à l'indemnité lui redue du chef de 4 jours de congé non pris (y compris un jour férié).

C'est à juste titre que la juridiction de première instance a relevé que l'article L.233-17 du Code du travail oblige l'employeur de tenir livre sur le congé légal des salariés qui sont à son service et qu'en cas de contestations sur les jours de congé pris, la charge de la preuve incombe à l'employeur.

Tout comme en première instance A verse uniquement une pièce intitulée fiche des congés/jours fériés/ congé extraordinaire/congé compensatoire/maladie relative à la période du 1er janvier au 31 décembre 2013.

Cette pièce n'est pas étayée par un autre élément justificatif. A ne verse en effet pas l'agenda du cabinet avec les rendez-vous du cabinet ou copie d'une annonce de fermeture du cabinet publiée dans un journal local. Les fiches de salaires versées en cause pour l'année 2013 ne font pas non plus état de jours de congé pris par la salariée au cours des mois de janvier à juillet 2013 alors que les jours fériés récupérés et les jours de maladie y sont pourtant énumérés.

La juridiction de première instance est dès lors à confirmer en ce qu'elle a retenu que si les fiches au moyen desquelles il doit tenir « livre sur le congé légal » n'ont pas besoin d'être signées, le seul relevé versé en cause par A, ne saurait, compte tenu des contestations de la salariée et en l'absence d'un quelconque élément à l'appui de l'exactitude des inscriptions unilatérales y figurant, valoir preuve du congé pris par B.

La juridiction de première instance est partant à confirmer en ce qu'elle a alloué à B le montant de 2.803,20-574,54 (montant viré du chef d'indemnité pour congé non pris par A à B) =2.228,66 euros à titre d'indemnité compensatoire pour congé non pris.

- **<u>Quant au recours de l'ETAT DU GRAND-DUCHE DE LUXEMBOURG</u>**

L' ETAT DU GRAND-DUCHÉ DE LUXEMBOURG demande le remboursement des indemnités de chômage qu'il a versées à la salariée, ceci alternativement contre la partie mal fondée, soit la partie appelante soit la partie intimée.

Eu égard au caractère régulier du licenciement, la demande de l'ETAT DU GRAND-DUCHE dirigée contre A n'est pas fondé et l'employeur est à décharger

du paiement du montant de 19.919,04 euros à l'ETAT DU GRAND-DUCHE DE LUXEMBOURG.

Le remboursement des indemnités de chômage ne pouvant être réclamé qu'au salarié licencié pour faute grave et non au salarié licencié, comme en l'espèce, avec préavis, la demande de l'ETAT DU GRAND-DUCHE DE LUXEMBOURG en remboursement des indemnités de chômage payées dirigée à l'encontre de B, n'est pas fondée.

Il y a lieu de réserver les demandes respectives des parties en allocation d'une indemnité de procédure.

**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 les appels principal et incident,

dit l'appel de A fondé en ce qui concerne le licenciement,

**réformant :**

dit que le licenciement avec préavis du 9 juillet 2013 est régulier et justifié,

décharge A des condamnations prononcées à son encontre par la juridiction de première instance du chef d'indemnisation des préjudices matériel et moral,

décharge A de la condamnation au remboursement du montant de 19.919,04 euros payé par l'ETAT DU GRAND-DUCHE DE LUXEMBOURG à titre d'indemnités de chômage,

avant tout autre progrès en cause, invite B à verser un nouveau décompte quant au montant lui encore redû par A à titre d'indemnité de départ en tenant compte du fait qu'elle a travaillé pendant la période du 1er juillet 1993 au 30 septembre 1994 77,28 heures par mois, sauf pour les mois de juillet, août et septembre 1993 pendant lesquels elle a travaillé respectivement 64, 69,28 et 69,28 heures ainsi que du fait

que pendant la période de janvier 2000 à décembre 2002, elle a travaillé 86,5 heures par mois, mis à part le mois de janvier 2000 où elle a travaillé pendant 108 heures,

refixe l'affaire à ces fins à l'audience du **mardi, 13 décembre 2016 à 9.00 heures, salle d'audience n° CR.2.28.,**

confirme le jugement entrepris en ce qu'il a condamné A à payer à B une indemnité pour congé non pris de 2.228,66 euros,

sursoit à statuer sur les demandes respectives des parties sur base de l'article 240 du NCPC,

réserve les frais.

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.