Arrêt N° 138/16 - III – TRAV

Exempt - appel en matière de droit du travail.

Audience publique du dix-sept novembre deux mille seize.

Numéro 42751 du rôle

Composition:

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

E n t r e :

A, établissement d'utilité publique, établi et ayant son siège social à L-(…), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

appelant aux termes d'un exploit de l'huissier de justice suppléant Michèle WANTZ d'Esch-sur-Alzette du 7 août 2015,

intimé sur appel incident,

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

e t :

B, demeurant à D-(…),

intimé aux fins du susdit exploit WANTZ,

appelant par incident,

comparant par Maître Franck FARJAUDON, avocat à la Cour à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL:

Vu l'ordonnance de clôture de l'instruction du 21 juin 2016.

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

Par requête du 9 janvier 2014, B a fait convoquer l'établissement d'utilité publique A, ci-après A, devant le tribunal de travail d'Esch-sur-Alzette aux fins de le voir condamner à lui payer une indemnité compensatrice de préavis, une indemnité de départ et des dommages et intérêts pour le préjudice matériel et moral qu'il estime avoir subi suite à son licenciement qu'il qualifie d'abusif. A titre subsidiaire, il a sollicité le paiement d'une indemnité pour irrégularité formelle de son licenciement.

Par jugement du 19 juin 2015, le tribunal de travail a dit que le licenciement avec effet immédiat du 3 avril 2013 est abusif et a déclaré les demandes de B fondées pour les montants de 6.702,08 euros à titre d'indemnité de départ, de 26.808,32 euros à titre d'indemnité compensatoire de préavis et de 5.000 euros à titre de dommages et intérêts pour le préjudice moral, montants auxquels l'employeur a été condamné de payer au salarié.

Le tribunal de travail a, par contre, dit non fondée la demande du salarié en allocation de dommages intérêts du chef de préjudice matériel.

Il a finalement alloué à B une indemnité de procédure de 400 euros.

Pour ce faire, le tribunal de première instance a retenu que les motifs invoqués à la base du licenciement, à savoir des violences physiques et verbales à l'égard de la patiente C ainsi que des attouchements sur la même patiente, ne sont pas établis par les éléments du dossier.

Il a fixé la période de référence à huit mois mais a constaté que le salarié avait retrouvé un emploi moins d'un mois après son licenciement. Compte tenu du montant de son préavis, des revenus perçus du chef d'allocation de chômage et des salaires perçus auprès de ses nouveaux employeurs, le tribunal est arrivé à la conclusion que le salarié n'a pas subi de dommage matériel.

Le tribunal a également rejeté la demande en indemnisation pour irrégularité formelle du licenciement au motif que l'indemnité visée à l'article L.124-12(3) du code du travail ne peut être accordée si le licenciement est déclaré abusif quant au fond.

De ce jugement le A a régulièrement relevé appel par exploit d'huissier du 7 août 2015.

Par réformation du jugement entrepris, il conclut à la régularité du licenciement et à voir rejeter les prétentions indemnitaires du salarié.

A titre subsidiaire, l'appelant sollicite la confirmation du jugement entrepris en ce qu'il a rejeté la demande de B en indemnisation de son préjudice matériel. Il conteste également le montant de 5.000 euros à titre d'indemnisation pour le préjudice moral subi ainsi que l'indemnité de procédure de 400 euros accordés au salarié.

Le A conteste le montant réclamé sur base de l'article L.124-12 (3) du Code du travail en faisant valoir que B n'a pas établi en quoi son licenciement serait irrégulier.

Le A réclame par contre, par réformation du jugement entrepris, l'allocation d'une indemnité de procédure de 1.000 euros pour la première instance et conclut également à l'allocation du montant de 2.000 euros sur base de l'article 240 du NCPC pour l'instance d'appel.

Il conteste en outre, la majoration des intérêts réclamés sur les prétentions indemnitaires du salarié.

B conclut à la confirmation du caractère abusif du licenciement, mais reproche au premier juge d'avoir retenu que les motifs à la base du licenciement sont suffisamment précis.

A titre subsidiaire, il conteste les motifs invoqués.

B interjette appel incident contre le jugement entrepris pour autant qu'il a rejeté sa demande en allocation de dommages-intérêts réclamés à titre de préjudice matériel et réclame le montant de 56.700,43 euros correspondant à la différence des revenus qu'il a perçus entre le mois d'avril 2013 et le mois de septembre 2014. Il demande également l'octroi de 10.000 euros du chef de dommages-intérêts pour le préjudice moral subi.

A titre subsidiaire, B conclut à l'allocation du montant de 6.702,08 euros pour licenciement irrégulier.

Le salarié demande également, par réformation de la décision entreprise, l'allocation d'une indemnité de procédure de 1.000 euros pour la première instance et réclame le montant de 5.000 euros sur base de l'article 240 du NCPC pour l'instance d'appel.

Quant à la précision des motifs :

Le salarié fait valoir qu'il se trouve concrètement dans l'impossibilité de se défendre par rapport aux motifs du licenciement invoqués par l'employeur qui ne sont rapportés que d'une manière indirecte, la seule personne y ayant assistée étant décédée entretemps et en conclut qu'ils ne peuvent être considérés comme répondant au caractère de précision requis suivant lequel il doit non seulement être possible d'en vérifier le bien-fondé, mais également de rapporter la preuve de leur fausseté. Par ailleurs, le A aurait attendu jusqu'au 20 mars 2013 pour le mettre à pied avec effet à partir du 27 mars 2013 pour de prétendus faits commis pendant la nuit du 5 au 6 mars 2013 qui, d'après l'employeur, justifieraient un licenciement avec effet immédiat. L'imprécision des motifs aurait d'ailleurs été reconnue par le premier mandataire du A dans un courriel.

La Cour constate d'abord que le prétendu courriel de l'ancien mandataire du A n'est pas versé en cause.

La Cour relève ensuite que la précision des motifs invoqués est à examiner par rapport aux dispositions retenues par l'article 124-10.(3) du Code du travail suivant lequel la lettre de licenciement doit énoncer avec précision le ou les faits reprochés au salarié ainsi que les circonstances qui sont de nature à leur attribuer le caractère d'un motif grave. Le critère de précision retenu dans cet article est un critère objectif qui est à examiner par rapport aux faits invoqués reprochés au salarié tels que décrits dans la lettre de licenciement, de sorte que le fait qu'un salarié n'a pas de témoin pour en rapporter une preuve contraire n'est pas de nature à leur faire perdre leur caractère de précision.

En l'espèce, l'employeur reproche dans sa lettre de licenciement à B d'avoir, dans la nuit du 5 au 6 mars 2013 agressé tant verbalement que physiquement une patiente du A, à savoir la dame C, et notamment de l'avoir frappée violemment au visage et sur les mains et de lui avoir dit *« tu peux crever sur place »*. Le A reproche encore au salarié de s'être livré pendant la même nuit à des attouchements sexuels sur la même patiente par le fait de lui avoir mis un doigt dans le vagin et d'avoir frotté son pénis contre le ventre de la patiente.

La lettre de licenciement indique donc la date des faits, l'identité de la patiente concernée ainsi que les actes reprochés à B.

Elle est donc suffisamment précise pour permettre au salarié de connaître les faits qui lui sont reprochés et d'assurer sa défense, d'autant plus que B reconnait avoir tapé sur les bras et les mains de la patiente lorsqu'il a essayé sans succès, à au moins sept reprises, de lui mettre une nouvelle veinule, d'avoir fixé très fort le masque à CPAP tout en n'excluant d'avoir coincé/tiré à cette occasion les cheveux de la patiente et d'avoir refusé de lui donner à boire.

Tout comme la juridiction de première instance, la Cour retient donc que les contestations de l'appelant concernant le caractère de précision de la lettre de licenciement ne sont pas fondées.

Quant au caractère réel et sérieux du licenciement :

Le A fait valoir que les faits dont le salarié est en aveu, constituent des violations graves des obligations déontologiques qui pourraient être qualifiées de maltraitance et qui justifieraient à eux seuls le licenciement avec effet immédiat de l'intimé.

Quant à l'agression sexuelle invoquée par la patiente, le A donne à considérer que B a spontanément affirmé avoir procédé à un nettoyage intime de la patiente suite à une toux qui aurait provoqué une incontinence urinaire. Si aucun témoin direct, mis à part la patiente, entretemps décédée, n'avait assisté aux faits, la patiente aurait néanmoins réaffirmé sans variation à au moins quatre reprises sa version des faits à des personnes différentes. A cela s'ajouterait que le témoin D qui avait aidé B à refaire le lit de la patiente n'a pas détecté de trace d'urine sur les draps.

Le A verse différentes attestations testimoniales et des rapports de services du 6 et 12 mars 2013. Pour autant que de besoin il formule une offre de preuve testimoniale tendant à établir la réalité des reproches invoqués.

B conteste avoir agressé la patiente tant verbalement, physiquement que sexuellement.

Il reconnaît avoir été moins patient et plus directif avec C, mais fait valoir que ses agissements étaient dans l'intérêt de la patiente. Il explique ainsi que la veinule en place n'a pas été étanche, de sorte qu'il avait essayé d'en poser une nouvelle pour assurer la prise des médicaments administrés par cette voie, malgré le capital veineux en mauvais état de la patiente. A cette fin, il avait tapé sur les mains et les bras de la patiente. Il ne l'aurait cependant pas frappé au visage. Comme la saturation en oxygène de la patiente avait chuté, il aurait mis en place un masque pour administrer du CPAP qu'il avait fixé bien fort pour garantir son maintien au vu du fait que la patiente bougeait beaucoup. L'intimé n'exclut pas d'avoir coincé voire tiré les cheveux de la patiente lors de la fixation du masque. Le salarié explique encore qu'il n'avait pas permis à la patiente de boire en vue d'une éventuelle intubation d'urgence compte tenu de la dégradation possible de son état. Il aurait cependant expliqué à la patiente les raisons de ce refus. B explique encore que s'il a dû s'emporter, c'était dans l'intérêt de la patiente afin qu'elle accepte les prescriptions médicales nécessaires. Il impute son état d'énervement au cours de la nuit des faits par sa fatigue due au planning serré qui lui était imposé par son employeur.

Le salarié nie par ailleurs avoir procédé à des attouAents sexuels sur la patiente. Il explique par contre qu'il a dû faire un nettoyage intime alors que la patiente avait perdu de l'urine en toussant.

Les attestations testimoniales versées par l'employeur ainsi que son offre de preuve se rapporteraient à des faits postérieurs aux reproches visés dans la lettre de licenciement et à des événements auxquels les témoins n'auraient pas assisté personnellement. Elles seraient donc à rejeter.

Les attestations devraient en tout état de cause être rejetées, étant donné que le A aurait manipulé plusieurs de ses salariés pour obtenir de leur part des attestations écrites en réalité par lui-même. En effet, ces attestations seraient presque identiques en leurs termes et leurs auteurs auraient repris une formulation suggérée par un même auteur jusqu'aux fautes d'orthographe.

Les nouvelles attestations versées en instance d'appel ne seraient pas non plus à prendre en considération, car le témoignage des auteurs de ces attestations ne serait plus crédible.

Il ajoute encore que les attestations testimoniales et l'offre de preuve devraient être rejetées pour être contraires au principe de l'égalité des armes. A titre subsidiaire, il demande à ce que la Cour accepte son propre témoignage.

B demande finalement à la Cour de faire abstraction du fait qu'il avait piqué à plusieurs reprises la patiente étant donné que ce fait n'aurait pas été invoqué dans la lettre de licenciement.

La Cour retient d'abord que le fait que B a au moins piqué à sept reprises la patiente est à la base du premier motif de licenciement invoqué, à savoir le motif de violence physique, et il a été reconnu par B. L'employeur peut dès lors l'invoquer, d'autant plus que suivant l'article L.124-11 (3) alinéa 2 du Code du travail l'employeur peut apporter en cours d'instance des précisions complémentaires par rapport aux motifs énoncés.

La Cour constate ensuite que le tribunal de première instance n'a pas pris en compte les attestations rédigées par E, F, G et H versées en première instance par le A pour manque de pertinence, à défaut par leurs auteurs d'avoir fourni de quelconques précisions quant aux déclarations faites par B lors du conseil de discipline du 2 avril 2013, et ceci abstraction même du fait que leur contenu est presque identique. Ces attestations ne sont plus versées en instance d'appel par l'employeur à l'appui de ses dires, de sorte qu'il est superfétatoire de statuer sur leur recevabilité.

Il est donc également superfétatoire de statuer sur l'admission de la demande de B d'enjoindre au A de verser le courriel adressé aux auteurs de ces attestations ou de son offre de preuve y relative.

Le A verse cependant en instance d'appel de nouvelles attestations établies par I, J et G ainsi que des attestations de K et de L.

Le fait que tous les témoins n'ont pas assisté personnellement aux faits qui sont reprochés à B ne permet pas de rejeter d'emblée les attestations, les témoignages indirects étant en principe admissibles alors que la loi se remet à la prudence des juges quant aux éléments à prendre en cause pour former leur conviction.

Le fait qu'I, J et G tirent la même conclusion de l'entrevue du 2 avril 2013 dans des termes plus ou moins identiques et qu'ils avaient déjà attesté de ces conclusions en première instance n'est pas suffisant pour mettre en doute leur crédibilité, d'autant plus que chacun d'eux explique clairement d'une façon cohérente et détaillée le déroulement des différents entretiens avec la patiente en date du 6 et 7 mars 2013, ainsi que de l'entretien avec l'intimé du 8 mars 2013. I et J avaient par ailleurs déjà exprimé d'une manière personnelle et détaillée le contenu des entretiens précités dans leurs attestations de première instance.

Toutes les attestations versées en cause par le A sont donc à prendre en considération.

Nul ne pouvant témoigner dans sa propre cause, l'attestation testimoniale établie par B n'est cependant pas à prendre en considération.

En effet, la circonstance à elle seule qu'une partie dispose d'un témoin et l'autre non n'est pas constitutive d'une violation des droits de la défense et n'équivaut pas automatiquement à une rupture de l'égalité des armes au procès.

Il résulte de l'attestation d'I qu'elle avait été avertie le matin du 6 mars 2016 par M que C s'était plainte d'avoir été maltraitée par B pendant la nuit précédente. I relate que C lui a expliqué lors d'un entretien qu'elle a eu avec la patiente au cours de la même matinée que B a, lors d'innombrables essais de pose d'une nouvelle veinule, essais qui l'avaient totalement épuisée, frappé sur ses mains, ses bras et suite à ses plaintes qu'il y allait trop fort, même sur son visage. I a encore précisé que la patiente s'est également plainte du fait que B l'avait obligée à garder toute la nuit le masque CPAP qu'il avait fixé, d'après la patiente très fort, rendant son port *« volontairement »* insupportable et qu'il lui a refusé de l'eau malgré sa soif intense en lui disant *« tu peux crever sur place »*. La patiente avait également expliqué que l'intimé l'avait touchée brutalement à *« l'intérieur d'elle »* et sur la demande d'I C avait précisé qu'il lui a mis un doigt dans le vagin et sorti son pénis.

G confirme que la patiente lui a répété exactement les mêmes faits en présence d'I une fois au courant de l'après-midi de la même journée et encore une fois le lendemain 7 mars 2013.

K et L confirment également que C leur avait fait part des agressions reprochées à B le 6 mars 2016.

Tous les auteurs des attestations testimoniales versées en instance d'appel sont formels pour dire que C était en possession de ses facultés intellectuelles et que ses propos étaient clairs et invariables.

Le comportement irrespectueux et agressif, voire menaçant de l'intimé vis-à-vis de la patiente tout au long de la nuit du 5 au 6 mars 2013 a encore été confirmé par N et D qui étaient de service la même nuit que B lors d'une entrevue en date du 11 mars 2013 avec I, G et J.

Contrairement à l'affirmation de l'intimé d'avoir refusé de donner à boire à la patiente en raison de son état tout en lui expliquant les raisons de ce refus, N a entendu B refuser toute boisson à la patiente en lui répliquant sur un ton agressif qu'elle avait déjà eu à boire. D confirme également que tout au long de la nuit B avait refusé de donner à boire à la patiente. N a également entendu B obliger la patiente à garder le masque CPAP pendant toute la nuit malgré ses protestations et qu'il lui avait interdit formellement et sur un ton menaçant d'y toucher.

Or, le médecin de garde avait administré à la patiente un médicament qui a comme effet indésirable une soif intense, de sorte qu'il était en fait dans l'intérêt de la patiente de prendre du liquide. Il n'y avait pas non plus de raison pour obliger la patiente à porter un masque CPAP pratiquement toute la nuit d'autant plus que le port d'un tel masque est en principe seulement mis pour un temps relativement restreint et que le médecin de garde avait déjà noté que la patiente était stable au niveau des fonctions vitales et ne souffrait plus de dyspnée, de sorte qu'il avait prévu le transfert de la patiente du service de réanimation dans un service normal de l'hôpital. Le simple aérosol mis finalement par une collègue de travail au moment où B se trouvait dans la cuisine a, par ailleurs, assuré par la suite à suffisance la saturation en oxygène de la patiente.

A cela s'ajoute que suivant les auteurs des attestations, il est d'usage d'appeler un collègue de travail en cas de deux échecs pour mettre une veinule, consignes que B a volontairement ignorées.

Au vu des déclarations invariables répétées par la patiente à plusieurs reprises à au moins cinq personnes ensemble les constatations des collègues, la Cour tient les reproches d'agressivité verbale et physique énumérés au point 1 de la lettre de licenciement pour établis.

Ce comportement non professionnel et inacceptable à l'égard d'une personne physiquement fragilisée se trouvant dans un service de réanimation par un membre du personnel soignant, formé pour pouvoir faire face avec sérénité à une patiente exigeante ou difficile, est à lui seul de nature à ébranler définitivement la confiance de l'employeur dans son salarié et n'est pas non plus atténuée par la prétendue situation de stress alléguée par le salarié. Il est dès lors superfétatoire d'enjoindre au A de verser les fiches de salaires de tous les infirmiers du service de réanimation pour la période de février à mars 2013.

Par réformation du jugement de première instance, le licenciement du 3 avril 2013 est donc à déclarer justifié.

Il en suit que B est également, par réformation du jugement de première instance à débouter de ses demandes en paiement d'une indemnité de départ, d'une indemnité de préavis et d'une indemnité pour préjudice moral subi. Il ne peut pas non plus prétendre à l'octroi de dommages et intérêts pour le préjudice matériel subi par suite de son licenciement, de sorte que le juridiction de première instance est à confirmer, quoique pour d'autres motifs, en ce qu'elle a rejeté cette demande du salarié.

L'indemnité réclamée pour irrégularité formelle du licenciement :

B réclame, à titre subsidiaire, l'allocation du montant de 6.702,08 euros à titre de réparation du dommage subi du fait d'une irrégularité de son licenciement sur base de l'article 124-12 (3) al 1er du Code du travail sans préciser autrement sa demande.

Le A conclut à la régularité du licenciement en faisant valoir que, contrairement aux critiques émises par l'intimé en première instance, selon lesquelles le A lui avait, d'une part, adressé une mise à pied daté du 20 mars 2013, mais prenant seulement effet le 27 mars 2013 et, d'autre part, notifié son licenciement plus de huit jours après la notification de la mise à pied, B a seulement reçu la mise à pied conservatoire en mains propres en date du 27 mars 2013.

Il affirme encore que le 27 mars 2013 le salarié a également reçu en mains propres la convocation à un entretien préalable prévu pour le 2 avril 2013.

L'entretien préalable s'étant tenu le 2 avril 2013 et le licenciement étant intervenu le 3 avril 2013, le délai endéans lequel le licenciement doit être notifié, à savoir au plus tôt le lendemain de l'entretien préalable et au plus tard huit jours à compter de la mise à pied conservatoire, aurait donc également été respecté.

Il résulte de l'attestation de J du 14 août 2015 que B s'est présenté à son poste de travail en date du 27 mars 2013, après avoir été en congé légal, en affirmant qu'il

n'avait reçu ni la mise à pied, ni la lettre de convocation à un entretien préalable à lui envoyées par voie postale, de sorte qu'elle lui a remis en mains propres le 27 mars 2013 en présence d'I et de M une mise à pied conservatoire avec effet à partir de cette date.

L'article 124-10.(4) du Code du travail a donc été respecté.

L'employeur lui a encore remis en mains propres en date du 27 mars 2013 une convocation à un entretien préalable pour le 2 avril 2013 qui a eu lieu à cette date.

Le délai prévu par l'article 124-10 (5) du Code suivant lequel le licenciement peut être notifié au plus tôt le lendemain de l'entretien préalable et au plus tard dans les huit jours après cet entretien, a, partant, de même été respecté.

Il en suit que la partie intimée reste en défaut d'établir une irrégularité formelle de son licenciement.

Sa demande subsidiaire est dès lors à rejeter.

<u>Quant aux indemnités de procédure :</u>

Seule la partie gagnante pouvant prétendre à l'octroi d'une indemnité de procédure, il en suit que, par réformation du jugement de première instance, la demande de B en allocation d'une indemnité de procédure pour la première instance est à rejeter.

Pour les mêmes raisons sa demande en allocation d'une indemnité sur base de l'article 240 du NCPC pour l'instance d'appel est à déclarer non fondée.

Eu égard à l'issue positive du litige pour le A, il paraît inéquitable de laisser à sa charge entière les frais non compris dans les dépens de sorte qu'il y a lieu de lui allouer une indemnité de procédure de 500 euros pour la première instance et une indemnité de procédure de 1.000 euros 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 du 3 avril 2013 est justifié,

décharge le A de toutes les condamnations prononcées à son encontre en première instance,

condamne B à payer au A une indemnité de procédure de 500 euros pour la première instance,

dit non fondée la demande de B sur base de l'article L.124-12 (3) al 1er du Code du travail,

dit non fondée la demande de B en paiement d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel,

condamne B à payer au A une indemnité de procédure de 1.000 euros pour l'instance d'appel,

condamne B aux frais et dépens des deux instances avec distraction des frais d'appel au profit de Maître Guy CASTEGNARO 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.