

N° 1360/2019
du 25 octobre 2019

ORDONNANCE

rendue en date du vendredi, vingt-cinq octobre deux mille dix-neuf, en matière de délégation du personnel en application de l'article L-415-10 (4) du Code du Travail, par Madame Claude METZLER, président du tribunal du travail de Diekirch, assistée du greffier Sandra SCHACKMANN.

dans la cause entre

A), épouse B), aide aux soins avec CATP, demeurant à B-(...),

partie demanderesse,
partie défenderesse sur reconvention,

comparant par Maître Claude SPEICHER, avocat à la Cour, demeurant à Diekirch ;

et

le SYDICAT INTERCOMMUNAL ayant pout objet la construction,
l'entretien et l'exploitation d'une maison de retraite régionale,
(Résidence des (...)), établie et ayant son siège à L-(...),

partie défenderesse,
partie demanderesse par reconvention,

comparant par Maître Alain BINGEN, avocat à la Cour, demeurant à Diekirch.

FAITS :

Sur la base d'une requête déposée au greffe de la Justice de paix de Diekirch en date du 22 juillet 2019, les parties furent convoquées par la voie du greffe à comparaître devant le tribunal du travail de Diekirch à l'audience publique du lundi, 12 août 2019 à 9.30 heures, en la salle des audiences de la Justice de paix de Diekirch, "Bei der aler Kiirch", pour y entendre statuer sur le mérite des causes énoncées dans ladite requête.

A l'appel de la cause à l'audience publique du 12 août 2019, l'affaire fut refixée au 27 septembre 2019 où elle fut utilement retenue de sorte que les débats eurent lieu comme suit :

Maître Claude SPEICHER, représentant la partie demanderesse, donna lecture de la requête introductive de l'instance et exposa le sujet de l'affaire.

Maître Alain BINGEN, représentant la partie défenderesse, fut entendu en ses moyens de défense.

Sur quoi le tribunal prit l'affaire en délibéré et rendit à l'audience de ce jour à laquelle le prononcé avait été refixé

l' o r d o n n a n c e q u i s u i t :

Par requête déposée au greffe de la Justice de Paix de Diekirch, le 22 juillet 2019, **A)** a fait convoquer son employeur, le syndicat intercommunal ayant pour objet la construction, l'entretien et l'exploitation d'une maison de retraite régionale devant le président du tribunal du travail aux fins de voir ordonner le maintien du salaire de la requérante au-delà de la durée de trois mois suivant la notification de la mise à pied jusqu'à la solution définitive du litige.

La requérante demande en outre à voir ordonner l'exécution provisoire de la décision à intervenir et à assortir la condamnation d'une astreinte de 1.000.- euros par jour de retard.

A l'audience du 12 août 2019, audience à laquelle l'affaire a été appelée pour la première fois, le syndicat intercommunal ayant pour objet la construction, l'entretien et l'exploitation d'une maison de retraite régionale a formulé une demande reconventionnelle en résolution du contrat de travail sur base de l'article L.415-10 (5) alinéa 1^{er} du code du travail.

Il y a lieu de lui en donner acte.

En fait :

La requérante a été engagée par contrat à durée indéterminée du 5 mars 2002 en qualité d'aide aux soins avec CATP par le syndicat intercommunal

ayant pour objet la construction, l'entretien et l'exploitation d'une maison de retraite régionale.

Il est constant et il n'a pas été contesté que A) a la qualité de déléguée sortante et qu'elle jouit en cette qualité de la protection jusqu'au 12 septembre 2019.

Par courrier recommandé du 3 juillet 2019, l'employeur notifie à A) sa mise à pied avec effet immédiat pour faute grave.

Ce courrier recommandé a la teneur suivante :

(...)

Moyens et prétentions des parties :

A l'audience des plaidoiries, A) a formellement contesté les motifs invoqués par son employeur à la base de sa mise à pied.

A ce titre, elle soutient qu'elle est au service du syndicat intercommunal ayant pour objet la construction, l'entretien et l'exploitation d'une maison de retraite régionale depuis 18 ans et qu'elle n'a jamais eu le moindre avertissement.

Elle conteste la validité du courrier de mise à pied en la forme dans la mesure où le courrier serait uniquement signé par le président du syndicat intercommunal, la signature du secrétaire faisant défaut.

La décision de la mettre à pied, aurait de surcroît à être prise par le comité du syndicat intercommunal et non par le président seul.

Finalement A) soutient qu'elle n'aurait pas reçu copie de la délibération du comité qui devrait exister et être transcrite sur un registre au moment de l'envoi du courrier de mise à pied.

Au vu des développements qui précèdent, elle demande au président du tribunal du travail de faire droit sur base de l'article 415-10 (4) du code du travail, à sa demande en maintien du salaire au-delà de la durée de trois mois en attendant l'issue du litige.

Elle conclut à l'irrecevabilité de la demande reconventionnelle au motif que cette demande aurait été adressée à la composition collégiale.

Elle fait encore exposer que bien que la lettre de mise à pied lui aurait été notifiée le 3 juillet 2019, la décision de procéder à sa mise à pied aurait été prise le 13 mai 2019 alors qu'elle se serait trouvée en arrêt de maladie dûment certifié. La décision aurait été prise publiquement de sorte que celle-ci a été prise pendant la protection de la maladie.

La protection de la maladie devrait partant jouer de sorte que la mise à pied serait de ce seul fait abusive.

Elle conteste formellement les motifs invoqués à la base de sa mise à pied, soutenant que la preuve des faits allégués par l'employeur aurait été obtenue de façon illégale. La façon de procéder de l'employeur serait contraire à l'article 11 de la Constitution et à l'article 1^{er} de la loi du 11 août 1982 sur la protection de la vie privée.

D'ailleurs la plainte pénale qui aurait été déposée à son encontre, aurait été classée sans suites.

Elle demande partant en ordre subsidiaire et pour le cas où la demande reconventionnelle serait déclarée recevable, le maintien du salaire ainsi que la continuation du contrat de travail.

La partie défenderesse de son côté soutient en termes de réplique que l'absence de contresignature de la part du secrétaire n'aurait pas pour effet de faire perdre toute valeur à la mise à pied.

Subsidiairement et pour le cas où l'absence de signature aurait pour conséquence de faire perdre tout effet juridique à la mise à pied, la demande de la requérante en maintien du salaire n'aurait aucun fondement et devrait également être rejetée.

Elle conteste encore les développements de **A)** en ce qui concerne l'organe habilité à prendre la décision de procéder à la mise à pied. Dans ce contexte, elle admet qu'il appartient au comité de procéder au licenciement d'un employé ou d'un fonctionnaire communal, mais dans la mesure où elle aurait été engagée en tant qu'ouvrière, le bureau serait compétent sur base de l'article 57 de la loi du 14 septembre 2018 pour engager respectivement licencier.

La mise à pied serait partant parfaitement valable.

La demande reconventionnelle aurait été formulée de façon orale à l'audience du 12 août 2019, de sorte qu'il conviendrait de tenir compte de cette intervention, qui serait encore recevable. Le courrier reprenant la demande reconventionnelle et étant adressé à la composition collégiale ne serait intervenu que par la suite, de sorte que la demande reconventionnelle telle que formulée à l'audience de vacation, serait recevable en la forme.

Elle conteste encore les développements de la requérante en relation avec la protection contre le licenciement, en raison d'une maladie dûment certifiée. A) se serait trouvée en arrêt de maladie jusqu'au 28 juin 2019. Or la décision de mise à pied lui aurait été notifiée le 3 juillet 2019, donc à un moment où elle n'était plus protégée par un certificat de maladie.

En ce qui concerne le fond de l'affaire, elle demande de rejeter l'argumentation de la requérante, admettant que les collègues de travail n'avaient effectivement pas le droit de fouiller le sac à mains de la requérante. La preuve des faits serait cependant établie sur base des déclarations de ceux-ci lors du dépôt de la plainte pénale et à la lecture des attestations testimoniales.

En ordre subsidiaire elle formule une offre de preuve pour établir la réalité des motifs qu'elle invoque à la base de la mise à pied.

Motifs de la décision

A) Quant à la demande principale : le maintien du salaire

La demande en maintien du salaire ayant été déposée le 22 juillet 2019, elle est recevable au regard de l'article L.415-10 (4) alinéa 5 du code du travail qui dispose que « dans le mois qui suit la mise à pied, le délégué peut demander, par simple requête, au président de la juridiction du travail, qui statue d'urgence et comme en matière sommaire, les parties entendues ou dûment convoquées, de se prononcer sur le maintien ou la suspension du salaire au-delà de la durée de trois mois, en attendant la solution définitive du litige ».

1. Quant à la validité de la mise à pied

A) conclut en premier lieu que la lettre de mise à pied ne serait pas valable et ne pourrait sortir aucun effet alors qu'elle n'est pas contresignée par le secrétaire (1.2). Elle conteste ensuite la validité de la mise à pied alors que la décision n'avait pas à être prise par le président mais par le comité du syndicat intercommunal (1.1) et qu'elle n'a pas reçu copie de la délibération du comité, délibération qui aurait dû exister au moment de sa mise à pied (1.3).

1.1 Quant au pouvoir de décision

En l'espèce, le courrier de notification de la mise à pied décidée en date du 13 mai 2019, courrier datant du 3 juillet 2019, est signé par le président du syndicat intercommunal ayant pour objet la construction, l'entretien et l'exploitation d'une maison de retraite régionale seul. Or la décision formelle de prendre la mesure disciplinaire d'une mise à pied a été prise par le bureau du syndicat intercommunal.

Aux termes de l'article 6 de la loi du 23 février 2001 concernant les syndicats de communes, les attributions respectivement du président et du bureau sont celles qui sont exercées respectivement par le bourgmestre et le collège des bourgmestres et échevins dans une commune.

L'article 47 de la loi du 3 mars 2017 dite « loi Omnibus » prévoit que les attributions du bureau du syndicat intercommunal (correspondant au collège des bourgmestres et échevins dont les attributions sont prévues par l'article 57 de la loi communale modifiée du 13 décembre 1988) sont modifiées. Cet article retient actuellement que « Indépendamment des attributions qui lui sont conférées par d'autres dispositions légales le collège des bourgmestres et échevins est chargé :

(...)

8° de l'engagement des salariés sous l'approbation du ministre de l'Intérieur, de la surveillance du personnel communal, de l'application à ces personnes des mesures qui découlent impérativement de dispositions légales ou réglementaires en matière de congés, promotions et autres

droits statutaires(...). »

Sur base de cette disposition, le bureau du syndicat intercommunal est en droit de décider de la mise à pied d'un salarié.

Il résulte du contrat de travail signé par la requérante et des avenants subséquents qu'elle a également été engagée par le bureau du syndicat intercommunal.

En l'espèce, la lettre de notification de la mise à pied du 3 juillet 2019 a été signée par le président du bureau du syndicat intercommunal ayant pour objet la construction, l'entretien et l'exploitation d'une maison de retraite régionale.

Aux termes de l'article 415-10 (4) du code du travail, « en cas d'invocation d'une faute grave, le chef d'entreprise a la faculté, dans le respect des dispositions prévues au paragraphe 3 de l'article L.121-6, de notifier une mise à pied au délégué. (...)».

Ainsi la mise à pied doit provenir de l'employeur. Or il est de jurisprudence constante et il a été décidé par la Cour d'Appel notamment dans une décision n° 43618 du 13 juillet 2017 que « si en principe, c'est par la signature de l'employeur que l'auteur du licenciement est concrétisé, toujours est-il que la lettre de licenciement ne doit pas nécessairement être signée par l'employeur, mais elle peut l'être par une personne habilitée à cet effet par l'employeur, qui peut même ratifier une décision de rupture prise par un membre de la société sans pouvoir, le moment du licenciement étant, en droit celui de la décision de rupture. »

En l'espèce, il résulte de l'extrait du registre aux délibérations du bureau de la Maison de retraite (...) du 13 mai 2019 que la décision d'appliquer sur base de l'article L.415-10 du code du travail une mise à pied avec effet immédiat pour faute grave, à **A**) a été prise par le bureau du syndicat intercommunal pour la construction, l'entretien et l'exploitation d'une maison de retraite régionale à (...), organe compétent sur base de l'article 47 de la loi du 3 mars 2017 précitée, pour prendre cette mesure disciplinaire.

C'est par la suite le président du bureau qui s'est chargé de l'exécution de la mesure disciplinaire en notifiant le 3 juillet 2019 la lettre de mise à

pied à A).

Donc la délibération permet de retenir que la décision avait été prise par le bureau, bureau qui avait également procédé à l'engagement de la salariée. Le président du bureau avait donc été habilité à procéder à la notification de la mise à pied de A). Il n'appartient d'ailleurs aucunement à la requérante qui est tiers par rapport au mandat conféré de contester la réalité ou la régularité du mandat.

Dans ces conditions, ce moyen est à écarter.

1.2. Quant à l'absence de contreseing

L'article 74 de la loi communale modifiée du 13 décembre 1988 prévoit que « les règlements et arrêtés du conseil communal et du collège des bourgmestre et échevins, les publications, les actes et la correspondance de la commune sont signés par le bourgmestre ou celui qui le remplace et contresignés par le secrétaire.

La signature de la correspondance de la commune peut être déléguée par le bourgmestre à un ou plusieurs échevins. »

Ce texte est identique à l'article 109 de la nouvelle loi communale belge du 24 juin 1988.

La doctrine belge a dans le cadre de l'analyse de la valeur du contreseing développé que les décisions, soit les actes à portée générale et réglementaire adoptés par les organes délibérants de la commune doivent être signés par le bourgmestre et ensuite contresignés par le secrétaire. Les actes à portée individuelle adoptés par le conseil et le collège (décision de nomination ou sanction disciplinaire) (...) ne sont donc pas soumises à la formalité du contreseing.

Ceci étant, les actes à portée individuelle doivent être notifiés à ceux qui en font l'objet ou dont ils affectent la situation. Cette notification interviendra le plus souvent sous le couvert d'un courrier de la commune lequel doit à titre de la correspondance, être signé par le bourgmestre et contresigné par le secrétaire. (Revue de droit communal belge 2013/12 Le contreseing du secrétaire communal : notion, portée et sanction, n°5, p.37)

Il faut rappeler ici la jurisprudence fermement établie du Conseil d'Etat (belge) selon laquelle un vice ou une irrégularité éventuelle de la notification n'affecte en rien la légalité de l'acte administratif ainsi notifié. (Revue de droit communal belge 2013/12 Le contreseing du secrétaire communal : notion, portée et sanction, n°7, p.40)

Au vu des développements qui précèdent, ce moyen est à écarter.

1.3. Quant à la délibération

Il se dégage des éléments du dossier dont peut avoir connaissance la juridiction que le courrier de notification du 3 juillet 2019 ne comprenait pas la délibération.

La délibération du bureau a cependant été actée le jour même de la décision et a été envoyée par la suite par courrier recommandé du 26 juillet 2019 à **A**), de sorte que la requérante est en possession de la délibération.

Ce moyen est encore à écarter.

2. Quant au bien-fondé de la demande en maintien du salaire

En tant que juge statuant dans le cadre de l'article L.415-10 (4) précité, le juge saisi ne juge pas le fond du litige, mais doit se fonder sur des apparences de régularité de la mise à pied: il dispose d'un pouvoir discrétionnaire pour apprécier les éléments de fait lui soumis par l'employeur, auquel incombe la charge de la preuve de l'apparence de régularité de la mise à pied, et pour admettre ou refuser la demande en maintien du salaire.

Il appartient donc à l'employeur de soumettre à la juridiction les éléments nécessaires propres à établir que la mise à pied a une apparence de régularité et de légitimité.

S'il y a un doute sur la régularité de la mise à pied, l'employeur doit être condamné à maintenir la rémunération.

La requérante conteste la matérialité des faits lui reprochés, ainsi que la légalité des preuves.

La partie défenderesse de son côté estime qu'il existe des éléments suffisants pour permettre de conclure à une apparence de régularité et de légitimité de la mise à pied ; elle estime avoir apporté la preuve du vol domestique par la production des attestations versées en cause et soutient que le vol est constitutif d'une faute grave justifiant la mise à pied.

Aux termes de l'article 415-10 (4) de la loi du 23 juillet 2015, « en cas d'invocation d'une faute grave, le chef d'entreprise a la faculté, dans le respect des dispositions prévues au paragraphe 3 de l'article L.121-6, de notifier une mise à pied au délégué. Cette décision doit énoncer avec précision le ou les faits reprochés au délégué et les circonstances qui sont de nature à leur attribuer le caractère d'un motif grave. »

La lettre de mise à pied énonce la date et le lieu de survenance des faits, ainsi qu'un résumé précis des faits, de sorte que la salariée ne pouvait se méprendre sur les faits que son employeur lui reprochait. La condition de la précision est partant remplie.

Force est de constater que pour justifier la suspension du contrat de travail en cas de faute grave d'un délégué du personnel en prononçant la mise à pied, mesure immédiate et provisoire en application de l'article L.415-10(4) du code du travail, en attendant la décision définitive sur la demande de l'employeur en résiliation du contrat de travail, les fautes doivent revêtir une certaine gravité de nature à rendre immédiatement et définitivement impossible la continuation des relations de travail.

L'employeur se base notamment sur deux attestations testimoniales pour justifier la mise à pied.

Il se dégage de celles-ci que leurs auteurs à savoir **T1**) et de **T2**) avaient fouillé le sac à main de la requérante en son absence, à la recherche des médicaments prétendument soustraits pour ainsi établir l'infraction.

L'article 1^{er} de la loi du 11 août 1982 sur la protection de la vie privée prévoit que « chacun a droit au respect de sa vie privée.(...). »

L'atteinte à la vie privée peut se matérialiser par une simple indiscretion ou investigation (introduction dans un lieu privé, fouille d'un sac, ouverture d'une correspondance...).

Toute immixtion dans la vie privée d'autrui constitue ainsi une faute, cause d'un préjudice : ce délit ou quasi-délit civil ouvre droit à réparation du préjudice ou à la cessation de l'illicite.

La fouille d'un sac d'un salarié lorsqu'il quitte l'entreprise est en principe illicite, sauf circonstances exceptionnelles et après accord de l'intéressé et information de son droit de s'y opposer ou d'exiger la présence d'un témoin (*Cass. soc.*, 11 févr. 2009, n° 07-42.068 : *JurisData* n° 2009-047002 ; *Bull. civ.* 2009, V, n° 40 ; *D.* 2009, p. 570, obs. B. Ines ; *RTD civ.* 2009, obs. J. Hauser).

Le moyen de preuve obtenu de manière déloyale est irrecevable dans une procédure civile (*Cass. soc.*, 7 juin 2006, *préc. supra* [n° 61](#) – V. *infra* [n° 121 s.](#) et il faut réserver la recevabilité de moyen de preuve dans une procédure pénale). (Jurisclasseur Code civil, Art. 9 - Fasc. 15 : JOUISSANCE DES DROITS CIVILS. – Droit au respect de la vie privée. – Régime. Atteinte légitime à la vie privée)

Au vu des développements qui précèdent, il n'y a pas lieu de tenir compte des résultats obtenus au moyen de la fouille du sac à main de **A**).

Nonobstant ce moyen de preuve illicite qu'il y a lieu d'écarter, il résulte des attestations testimoniales de **T2**) et de **T1**) que la requérante a, malgré le fait que l'entrée à la pièce contenant les médicaments était strictement réservée aux infirmiers et qu'elle n'avait en qualité d'aide-soignante pas l'autorisation d'entrer dans ladite pièce, accédé à la pièce, pièce dont la porte était ouverte en raison d'un dégât des eaux, duquel elle n'avait a priori pas à se soucier.

Les attestations testimoniales régulières par rapport à l'article 402 du nouveau code de procédure civile et plus particulièrement celle de **T1**) et de **T2**), permettent encore de retenir qu'elle a ouvert les armoires contenant les médicaments et qu'elle manœuvrait et ouvrait les boîtes de médicaments (bruit des feuillets), en cherchant la fuite d'eau à voix haute et ce malgré le fait que le problème infrastructurel se trouvait de façon visible et de surcroît indiqué par une note jaune près de l'évier, de sorte qu'il n'y avait aucune nécessité de fouiller les armoires et encore moins les boîtes contenant les traitements des patients.

T1) atteste encore que la requérante cachait au moment de sortir de la pièce, plusieurs feuilles comprenant des médicaments ainsi qu'une boîte à

médicaments de couleur blanche-orange dans la poche de sa blouse de travail, fait qu'elle pouvait voir et entendre.

Il résulte encore de l'audition de **T2)** à la Police en date du 23 avril 2019 que l'infirmière de service, qui avait seule le droit d'accéder à la pièce dans laquelle les médicaments des patients étaient stockés, avait constaté qu'effectivement des médicaments avaient disparu.

Finalement aucun élément du dossier soumis à l'appréciation du Président, ne permet de retenir que **A)** avait déjà, avant son audition par la Police en date du 5 mai 2019, fait état du fait qu'elle avait été à la recherche d'un comprimé de DAFALGAN contre ses maux de tête et qu'elle était au moment des faits sous antibiotiques (AMOXICILLINE EG 875), fait censé expliquer sa présence dans la pièce litigieuse, ainsi que le fait qu'elle portait des médicaments sur sa personne.

T3), infirmier et supérieur hiérarchique de la requérante a d'ailleurs confirmé dans son attestation testimoniale qu'aucun médicament n'a été trouvé dans le sac à main de la requérante, donc également pas de DAFALGAN ni d'AMOXICILLINE EG 875 mg.

Suivant courrier adressé le 8 août 2019 par le substitut du Procureur d'Etat au mandataire de **A)**, le dossier fut classé sans suites pénales, non en raison de l'absence de preuves, mais au motif que « le trouble causé par l'infraction est trop peu important pour justifier que le Parquet déclenche l'action publique ».

Face aux éléments ainsi apportés de nature à faire admettre la réalité d'un vol domestique, fait considéré en principe comme étant grave, une apparence de régularité peut être retenue.

Il y a dès lors lieu, de débouter **A)** de sa demande en maintien de la rémunération.

B) Quant à la demande reconventionnelle en résolution du contrat de travail

A l'audience du 12 août 2019, le syndicat intercommunal a formulé par devant le Président du tribunal du travail une demande reconventionnelle tendant à voir prononcer la résolution judiciaire du contrat de travail de **A)**,

demande reconventionnelle qu'il réitère le même jour par courrier adressé au « Tribunal du travail, aux bons soins de Madame le Président ».

La partie demanderesse sur reconvention demande au Président du tribunal du travail de déclarer cette demande fondée, sur base des attestations testimoniales versées en cause. Elle demande en ordre subsidiaire de faire droit à son offre de preuve.

Le vol domestique constituerait une faute grave justifiant la résolution judiciaire du contrat de travail de la requérante.

Elle se base à l'appui de sa demande sur l'article 415-10 (5) du code du travail.

A) de son côté conclut à l'incompétence de la demande au motif que le courrier du 12 août 2019 dans lequel son employeur aurait formulé sa demande reconventionnelle serait adressé au « Tribunal du Travail ».

Elle demande en ordre subsidiaire de débouter la partie adverse de sa demande en résolution judiciaire.

1) Quant à la compétence

Avant de pouvoir se prononcer sur le fond du litige, il y a avant tout autre progrès en cause de se prononcer sur la compétence matérielle de la juridiction saisie pour connaître de la demande en résolution judiciaire du contrat de travail.

En l'espèce, il convient de constater que la demande reconventionnelle a été formulée en premier lieu le 12 août 2019, de manière orale à l'audience de vacation devant le Président du tribunal du travail.

Par courrier du même jour, cette demande reconventionnelle a été présentée par écrit au greffe de la Justice de Paix de et à Diekirch qui y a apposé le tampon du 12 août 2019.

Il résulte effectivement du courrier en cause qui est adressé au « TRIBUNAL DU TRAVAIL » et plus particulièrement à « Madame le Président », ce qui pourrait porter à confusion.

Dans la mesure où la demande reconventionnelle a cependant été présentée pour la première fois de façon orale à l'audience de vacation devant le Président du tribunal du travail, avant le dépôt dudit courrier au greffe, il y a lieu de retenir que la demande reconventionnelle a été introduite devant le Président du tribunal du travail et non devant le tribunal de travail, en composition collégiale.

En ce qui concerne la compétence matérielle du Président du tribunal du travail pour connaître de la demande reconventionnelle présentée par le syndicat intercommunal, les articles 415-10 (4) alinéa 5 et suivants et (5) tels qu'introduits par la loi du 23 juillet 2015 portant réforme du dialogue social à l'intérieur des entreprises, prévoient que :

« (4) (...) Dans le mois qui suit la mise à pied, le délégué peut demander, par simple requête, au président de la juridiction du travail qui statue d'urgence et comme en matière sommaire, les parties entendues ou dûment convoquées, de se prononcer sur le maintien ou la suspension du salaire au-delà de la durée de trois mois, en attendant la solution définitive du litige.

Le délégué qui ne souhaite pas être maintenu ou, le cas échéant, être réintégré, peut saisir, dans les trois mois de la notification de la mise à pied, le tribunal du travail d'une demande en constatation de la résiliation du contrat et d'une demande tendant à la condamnation de l'employeur à verser des dommages et intérêts tenant compte du dommage spécifique subi par la cessation du contrat en rapport avec son statut de délégué jouissant d'une protection spéciale.

Le délégué exerçant cette option est à considérer comme chômeur involontaire au sens de l'article L. 521-3 à l'issue de la période fixée à l'alinéa 4.

L'option entre les deux demandes figurant aux alinéas 5 et 6 est irréversible.

(5) L'employeur peut présenter sa demande en résolution judiciaire du contrat de travail auprès de la juridiction du travail, le cas échéant par demande reconventionnelle, au plus tard dans le mois à compter de la date

de la notification de la convocation à comparaître devant le président de la juridiction du travail.

Lorsque la juridiction du travail refuse de faire droit à cette demande, les effets de la dispense cessent de plein droit.

Lorsque la juridiction du travail fait droit à cette demande, la résiliation prend effet à la date de la notification de la mise à pied.

Cette disposition est susceptible d'appel dans les conditions des jugements rendus par la juridiction du travail; elle est exécutoire par provision, au besoin sur minute et avant l'enregistrement.

Si l'employeur n'engage pas cette procédure endéans les délais, le salarié peut demander, dans les quinze jours après écoulement du délai, par simple requête, au président de la juridiction du travail qui statue d'urgence et comme en matière sommaire, les parties entendues ou dûment convoquées, d'ordonner la continuation de l'exécution du contrat par toutes les parties en cause ou s'il ne souhaite pas être maintenu ou, le cas échéant, réintégré, saisir le tribunal du travail d'une demande en constatation de la résiliation du contrat et d'une demande tendant à la condamnation de l'employeur à verser des dommages et intérêts tenant compte du dommage spécifique subi par la cessation du contrat en rapport avec son statut de délégué jouissant d'une protection spéciale. Le délégué exerçant cette option est à considérer comme chômeur involontaire au sens de l'article L. 521-3 à l'issue de la période fixée à l'alinéa 2. »

La juridiction actuellement saisie se doit de constater que ce texte soulève d'importants problèmes procéduraux, dans la mesure où le Président du tribunal de travail qui a, dans une première phase, à se prononcer seul sur le maintien du salaire du délégué au-delà du délai de trois mois en attendant la solution définitive du litige, doit également se prononcer sur le fond de l'affaire ayant trait à la résolution judiciaire du contrat de travail

En effet, après avoir statué d'urgence et comme en matière sommaire, sur le maintien du salaire du salarié, le Président aura à connaître seul, en passant le cas échéant par des mesures d'instruction dans une même et identique affaire concernant un délégué du personnel, de la demande en résolution du

contrat de travail et ce alors que les licenciements « ordinaires » sont analysés en composition collégiale.

Une autre incohérence résulte encore du point (5) de l'article 415-10 du code du travail en ce qu'il fait bénéficier l'employeur d'une dualité de régime. En effet, l'employeur a le choix soit d'agir devant la composition collégiale, le cas échéant à l'étranger, soit de procéder par voie de demande reconventionnelle en résolution judiciaire du contrat de travail dans le cadre de l'action principale en maintien du salaire devant le Président du tribunal du travail.

Cette disposition litigieuse permettrait à l'employeur de contourner l'article 22 du règlement UE n° 1215/2012 du Parlement européen et du conseil du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution de décisions en matière civile et commerciale prévoyant que « l'action de l'employeur ne peut être portée que devant les juridictions de l'Etat membre sur le territoire duquel le travailleur a son domicile ».

La possibilité d'une demande reconventionnelle de l'employeur en résolution du contrat de travail ne figurait pas dans le texte initial proposé et elle avait seulement été introduite suite à la proposition de texte du Conseil d'Etat formulé dans son premier avis.

Le Conseil d'Etat s'était penché en détail sur la question et avait notamment retenu que dans le cadre de la demande en résolution judiciaire du contrat de travail, que l'appréciation de la gravité de la faute du délégué devait être analysée par le tribunal du travail et donc à contrario n'était pas de la compétence du Président du tribunal du travail (en ce sens, page 23, 3^{ième} alinéa du premier avis du Conseil d'Etat, « selon le Conseil d'Etat, l'appréciation de la faute doit être analysée et jugée par le tribunal du travail) et avait encore souligné « qu'il n'appartient pas au législateur d'éviter l'application des règles de compétence européenne par des artifices qui seraient de toute manière sans effet. »

Or comme il a été prévu par la doctrine « s'agissant de l'argument tiré des travaux préparatoires, le recours à ce type d'argument trouve une limite en ce qu'il faut éviter de donner force de loi aux intentions du législateur, si elles ne se sont pas traduites dans des textes. » (Paul DELNOY, Eléments de méthodologie juridique, Bruxelles, Larcier, 2^e édition, 2006, page 174)

Dans la mesure où l'article 415-10 (5) prévoit que l'employeur peut présenter sa demande en résolution judiciaire du contrat de travail auprès de la juridiction de travail, le cas échéant par demande reconventionnelle, au plus tard dans le mois à compter de la date de la notification de la convocation à comparaître devant le président de la juridiction, et que l'alinéa 7 de l'article 415-10 (4) est clair en ce qu'il prévoit que le choix entre la procédure en obtention du maintien du salaire à introduire devant le président du tribunal du travail et la procédure de constatation de la résiliation du contrat de travail devant le tribunal du travail est irréversible, la demande reconventionnelle ne peut être formulée que dans le cadre de la demande en maintien du salaire au-delà des trois mois, en non dans le cadre de la demande en résiliation du contrat.

Le Président du tribunal du travail devra partant se déclarer compétent, malgré la « bizarrerie procédurale » comme la Chambre des Métiers a désigné cette disposition à juste titre dans son avis complémentaire du 2 juin 2016.

2) Quant à la résolution du contrat de travail

En l'espèce, il convient en premier lieu de constater que la lettre de mise à pied suffit aux exigences de précision de la loi et de la jurisprudence, telle qu'il avait été retenu ci-avant dans le cadre des développements en relation avec le maintien du salaire.

2.1. Quant à la protection de l'article L.121-6 du code du travail

A) soulève encore que la mise à pied avait été décidée alors qu'elle se trouvait en arrêt de maladie pour conclure au rejet de la demande adverse.

Aux termes de l'article L.415-10 (4) du code du travail, « en cas d'invocation d'une faute grave, le chef d'entreprise a la faculté, dans le respect des dispositions prévues au paragraphe 3 de l'article L.121-6 du code du travail, de notifier une mise à pied au délégué. »

Il résulte des pièces soumises à l'appréciation de la juridiction que la requérante se trouvait en arrêt de maladie jusqu'au 28 juin 2019.

Aux termes de l'article L.121-6 (3) du code du travail, « l'employeur averti conformément au paragraphe (1) ou en possession du certificat médical visé au paragraphe (2) n'est pas autorisé, même pour motif grave, à notifier au salarié la résiliation du contrat de travail, ou le cas échéant convocation à l'entretien préalable visé à l'article L.124-2 pour une période de vingt-six semaines au plus à partir du jour de la survenance de l'incapacité de travail. »

Dans la mesure où l'employeur n'a que par courrier recommandé du 3 juillet 2019 notifié la mise à pied à **A**), la requérante ne se trouvait pas sous la protection de l'article L.121-6 du code du travail, ce texte reprenant que la notification ne doit pas intervenir au courant de la maladie, et ne fait pas de précision quant à la date de la prise de décision, de sorte que le fait que la décision de prononcer la mise à pied avait été prise en date du 13 mai 2019, ne porte pas à conséquence.

Ce moyen est partant à écarter.

2.2 Quant à la faute

Pour qu'il y ait faute grave permettant la résolution judiciaire du contrat de travail du salarié délégué, il faut que le fait lui imputé soit tel que son maintien ne peut être toléré plus longtemps sans nuire à l'entreprise. Il incombe à l'employeur de rapporter la preuve de la réalité et de la gravité du fait imputé et il appartient à la juridiction d'apprécier sur base des éléments fournis par la partie demanderesse le bien-fondé de la demande en résolution du contrat de travail.

Il est de jurisprudence constante en la matière que la faute d'un délégué ne doit pas être plus lourde que celle d'un collègue qui n'a pas cette qualité, le raisonnement contraire serait plutôt admissible si l'on admet qu'un délégué doit servir d'exemple aux autres membres du personnel. (cf. Cour, 12.02.1998, n° 20670 du rôle, **ME**) c/ **Le**)).

En l'occurrence, le syndicat intercommunal ayant pour objet la construction, l'entretien et l'exploitation d'une maison de retraite régionale reproche à **A**) d'avoir commis une infraction de vol domestique.

Le syndicat intercommunal fait produire des attestations testimoniales établies par **T2**), aide-soignante, **T1**), aide-soignante et **T3**), infirmier et supérieur hiérarchique, qui répondent quant à leur forme aux critères énoncés à l'article 402 du nouveau code de procédure civile. Il se base encore sur le procès-verbal n° 80133/2019 établi en date du 14 avril 2019 par la Police Grand-ducale.

Il est de jurisprudence constante qu'il appartient au juge saisi de contrôler la pertinence des déclarations faites par les personnes entendues en qualité de témoins en vérifiant notamment si celles-ci sont susceptibles de refléter la vérité et sont exemptes de partialité.

La juridiction, en appréciant les déclarations, tient également compte de la fonction des témoins et de la possibilité qu'ils ont pu avoir pour constater des faits précis. Ces mêmes développements valent pour les auteurs d'attestations testimoniales.

Tout en retenant que la fouille du sac à main de la requérante constitue une atteinte à la vie privée, de sorte que cette preuve est à écarter, il faut constater à la lecture des attestations testimoniales établies par **T1**) et **T2**), qu'elles paraissent crédibles et qu'elles sont pertinentes et concluantes.

En effet, il résulte des témoignages des collègues de travail, déclarations que celles-ci ont d'ailleurs maintenues lors de leur audition à la Police que la requérante, qui n'était pas en droit d'entrer dans la pièce servant de dépôt pour le stockage des médicaments, a manipulé les portes des armoires, et qu'elle a fouillé dans les boîtes, en prétendant se trouver à la recherche d'un problème infrastructurelle dont elle n'avait pas à se soucier, pour sortir par la suite en possession de médicaments qu'elle cachait par finalement dans son sac à mains.

Il reste encore à souligner que la requérante n'a qu'au moment d'être auditionnée par la Police au courant du mois de mai 2019, déclaré pour la première fois qu'elle se trouvait au moment des faits sous antibiotiques. Ses déclarations ne sont cependant étayées par aucune pièce, et ce alors qu'il aurait été aisé de se procurer une attestation du médecin prescripteur pour établir la réalité de ces affirmations.

Les éléments de la cause sont suffisamment clairs de sorte qu'il n'y a pas lieu à procéder en outre à l'audition des trois témoins par voie d'enquête,

notamment au vu du fait que les trois témoins que le syndicat intercommunal se propose d'entendre ont déjà établi des attestations testimoniales.

Dès lors, au vu des développements qui précèdent, le syndicat intercommunal a établi le fait grave justifiant la mise à pied de la salariée et, par voie de conséquence, il y a lieu de déclarer fondée la demande reconventionnelle du syndicat intercommunal en résolution de son contrat de travail.

Quant à l'indemnité de procédure

Au vu de l'issue du litige, il y a lieu de débouter **A)** de sa demande en allocation d'une indemnité de procédure sur base de l'article 240 du nouveau code de procédure civile.

PAR CES MOTIFS :

Nous, **Claude METZLER**, juge de paix de et à Diekirch, siégeant comme Président du tribunal du travail, statuant contradictoirement et en premier ressort ;

Reçoit la demande principale en la pure forme ;

Se déclare compétent pour en connaître ;

Donne acte au syndicat intercommunal ayant pour objet la construction, l'entretien et l'exploitation d'une maison de retraite régionale de sa demande reconventionnelle ;

Se déclare compétent pour en connaître ;

Déclare valable la mise à pied notifiée en date du 3 juillet 2019 à **A)** ;

Déclare la demande principale en maintien du salaire non fondée ;

Déclare la demande reconventionnelle en résolution judiciaire du contrat fondée ;

Prononce la résolution judiciaire du contrat de travail ayant existé entre **A)** et le syndicat intercommunal ayant pour objet la construction, l'entretien et l'exploitation d'une maison de retraite régionale avec effet au 3 juillet 2019 ;

Déclare la demande de **A)** en allocation d'une indemnité de procédure non fondée;

Condamne A) aux frais et dépens de l'instance.

Ainsi prononcé en audience publique, date qu'en tête, au prétoire de la Justice de Paix de Diekirch, et a signé la présente ordonnance avec la greffière.

Claude METZLER

Sandra SCHACKMANN