Exempt - appel en matière de droit du travail.

Audience publique du treize janvier deux mille onze.

Numéro 35847 du rôle

Présents:

Charles NEU, premier conseiller, président,
Ria LUTZ, conseiller,
Théa HARLES-WALCH, conseiller,
Isabelle HIPPERT, greffier.

E n t r e :

**la société anonyme A S.A.,** établie et ayant son siège social à L-(…), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Alex MERTZIG de Diekirch du 24 février 2010,

comparant par Maître Pierrot SCHILTZ, avocat à la Cour à Luxembourg,

e t :

**B,** demeurant à L-(…),

intimée aux fins du susdit exploit MERTZIG,

comparant par Maître Jean-Marie BAULER, avocat à la Cour à Luxembourg.

**LA COUR D'APPEL:**

Vu l'ordonnance de clôture de l'instruction du 21 septembre 2010.

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

Par requête déposée le 18 août 2009, la société anonyme A (ci-après : A) a fait convoquer B devant le tribunal de travail de Diekirch pour y entendre prononcer la résolution du contrat de travail liant les parties avec effet au 14 août 2009 pour faute grave dans le chef de sa salariée et déléguée du personnel suppléante.

Par jugement contradictoire du 8 février 2010, le tribunal de travail a dit la demande non fondée.

Pour statuer ainsi, il a retenu que A n'a pas établi de faute grave endéans le mois précédant la mise à pieds à charge d'B et les faits des mois de juin 2009 et d'octobre 2008, même à les supposer établis, ne sauraient à eux-seuls justifier une résolution du contrat de travail.

Par exploit d'huissier du 24 février 2010, A a interjeté régulièrement appel de ce jugement.

L'appelante conclut, par réformation, à entendre prononcer la résolution du contrat de travail conclu entre parties le 2 octobre 1995 avec effet au 14 août 2009 pour faute grave dans le chef d'B. Elle demande encore une indemnité de procédure de 2.000.-euros.

L'intimée conclut à la confirmation du jugement entrepris et à l'allocation d'une indemnité de procédure de 1.500.-euros.

Suivant contrat de travail du 2 octobre 1995, B a été engagée en qualité d'aide aux soins au sein de la maison de retraite à (…). Le contrat de travail a été conclu pour une durée indéterminée et il est résiliable moyennant un préavis à signifier à l'autre partie par lettre recommandée dans les délais légaux prévus.

Par lettre reçue en mains propres le 14 août 2009, A a prononcé à l'égard d'B devenue membre suppléant de la délégation du personnel, une mise à pied selon l'article 415-11 paragraphe 2 du code de travail. En attendant la décision du tribunal de travail, elle a été suspendue de son travail avec effet immédiat.

Dans sa requête introductive d'instance, A a reproché à B d'avoir exercé les 9 et 10 août 2009 des violences physiques à l'encontre du pensionnaire C, d'avoir le 12

août 2009, refusé d'accompagner la pensionnaire D aux toilettes et d'avoir le 6 août 2009 employé un ton déplacé envers d'autres membres du personnel. Elle a encore invoqué une plainte de la pensionnaire E du 24 octobre 2008 à l'encontre d'B ainsi que des incidents d'une teneur semblable au courant des 13, 14 et 15 juin 2009.

A fait grief aux premiers juges d'avoir décidé que l'employeur n'a pas réussi à prouver les violences physiques et orales commises par B.

A l'appui de son appel, elle invoque les attestations testimoniales des infirmières ainsi que trois notes au dossier internes.

Elle fait valoir qu'il ressort des différents témoignages qu'en amenant aux toilettes le pensionnaire C, elle lui a tordu le bras de manière tellement violente qu'il a failli le casser, qu'elle traite les personnes âgées dont elle est censée s'occuper, avec un manque de respect total, qu'elle refuse systématiquement d'amener des personnes aux toilettes, notamment la pensionnaire D et qu'elle s'est adressée le 6 août 2009 sur un ton déplacé au personnel en charge du groupe résidents III.

L'ensemble des faits irrespectueux envers des pensionnaires et ou des collègues de travail, leur caractère habituel et récurrent des écarts, nonobstant le mécontentement exprimé par la direction rendrait impossible la relation de confiance entre parties et serait de nature à ébranler la réputation de l'appelante.

En ordre subsidiaire, elle offre de prouver par témoins la réalité des faits reprochés à B.

B conclut au rejet de la demande. Elle fait valoir que pendant presque 14 ans de service, elle n'a jamais fait l'objet d'aucune remontrance de la part de son employeur en ce qui concerne la qualité de son travail.

Elle conteste les faits qui lui sont reprochés dans l'acte d'appel au motif qu'ils sont en partie nouveaux par rapport à la requête introductive d'instance.

En principe, aucun fait non évoqué dans la requête introductive d'instance ne saurait être ajouté au cours de la procédure ultérieure, ni être pris en considération à l'appui de la demande.

Des faits non initialement articulés peuvent en revanche être invoqués, et ce même devant les juges du second degré s'ils ne font que compléter et corroborer les moyens déjà présentés et ne forment pas une nouvelle cause juridique de la demande (cf. Cour 30 juin 1993, Pas. 29, 273).

A l'appui de sa requête introductive d'instance, A a décrit différents faits se rapportant aux 9 et 10 août 2009, 12 août 2009, 6 août 2009 et 24 octobre 2008. In

fine de sa demande, elle a encore invoqué des incidents d'une teneur semblable datant des 13, 14 et 15 juin 2009.

Dans son acte d'appel, elle a, d'une part, précisé les faits qu'elle avait déjà décrits dans l'acte introductif d'instance et, d'autre part, détaillé ceux qu'elle n'y avait que simplement énoncés.

Même si pour certains jours en question, A fait état d'un ou plusieurs incidents successifs, elle n'a pas pour autant changé la nature juridique de son action.

Le moyen n'est dès lors pas fondé.

B conteste encore les faits lui reprochés au motif qu'ils sont trop vagues et non établis, voire pas suffisamment graves ou trop éloignés du 14 août 2009 pour justifier une résolution de son contrat de travail.

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 attendant la décision définitive de la juridiction de travail sur la demande de l'employeur en résolution 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.

Pour l'appréciation de la gravité de la faute, il n'y a toutefois pas de différence à faire entre la faute grave du salarié et celle du salarié-délégué protégé.

Corrélativement, le délégué doit pouvoir invoquer les mêmes garanties inscrites à l'article L124-10 du code du travail.

En effet, il résulte de l'article L.124-10.(6) du code du travail que, sauf le cas de poursuites pénales, seule l'existence d'un fait ou d'une faute parvenus à la connaissance de l'employeur dans le mois précédant le licenciement immédiat permet à l'employeur d'invoquer des faits ou des fautes antérieurs à l'appui du nouveau fait ou de la nouvelle faute (cf. Cour 10 juin 1993, no 13468 du rôle).

Il y a lieu dès lors d'analyser d'abord le bien-fondé des faits reprochés à B qui se situent endéans le mois précédant sa mise à pied du 14 août 2009.

Il est en premier lieu reproché à B d'avoir les 9 et 10 août 2009 exercé des violences physiques à l'égard du pensionnaire C.

Il résulte de l'attestation testimoniale de F que le pensionnaire C, questionné sur la raison du tremblement important de son bras droit et de sa jambe droite, a expliqué que, lors de son déplacement aux toilettes, B lui aurait tordu son bras de telle

manière qu'il avait toujours très mal et que la veille elle lui aurait donné des coups de pieds en l'amenant aux toilettes.

Si l'affirmation quant aux douleurs éprouvées par ce pensionnaire ne saurait être sérieusement mise en doute, les causes de ces douleurs demeurent cependant incertaines, du fait qu'aucun témoin n'a observé le déroulement exact des faits, ni les difficultés liées au déplacement en fauteuil roulant du prédit pensionnaire, atteint de la maladie de Parkinson.

L'offre de preuve testimoniale formulée par A sur ce point ne précisant pas davantage le déroulement exact des faits, il n'y a pas lieu d'y faire droit.

Il est en deuxième lieu reproché à B d'avoir le 12 août 2009 refusé d'accompagner la pensionnaire D aux toilettes au motif qu'elle y avait été cinq minutes auparavant.

Il se dégage de l'attestation testimoniale de F qu'B avait justifié cette réponse au motif qu'une collègue de travail avait accompagné la pensionnaire D aux toilettes cinq minutes auparavant. Comme B aurait entre-temps été occupée avec un autre pensionnaire, le témoin l'aurait fait et la pensionnaire se serait plainte du comportement d'B dans les termes suivants : *« Dann gin ech erem vernannt dat ech den ganzen Daag op de Toilette setzen ».*

A la demande d'explication ultérieure sur son comportement, B aurait répondu : *« Ach, ich lasse mich jetzt nicht in eine Diskussion ein !».*

Il est en troisième lieu reproché à B d'avoir le 6 août 2009 employé un ton déplacé envers d'autres membres du personnel.

Il se dégage en effet des attestations testimoniales de G et de H que ces dernières ont assisté le 6 août 2009, vers 11.15 heures à une discussion au sujet de la position assise exacte de la pensionnaire I dans la salle résidents du groupe III.

A cette occasion, B aurait donné des instructions à G sur un ton très élevé concernant la position assise exacte et le devoir des employés de remettre les repose-pieds dans les termes suivants : « *Ausserdem sei es verdammt noch mal die Aufgabe der Beschäftigung nach dem Essen daran zu denken, die Fusstützen auch wieder anzubringen».* H lui'aurait demandé de baisser le ton et lui aurait rappelé qu'elle n'avait pas de pouvoir de décision en ce qui concerne le groupe de résidents III.

Le témoin G l'aurait entendu par après dire à une autre infirmière : « Du musst nicht glauben, dass ich nochmals in Gruppe III Toilettengang mit de Bewohnern mache ! ».

Ces incidents survenus au courant du mois d'août 2009 témoignent certes d'un manque de respect et de courtoisie d'B envers des collègues de travail, respectivement des personnes âgées qu'elle a pour mission d'assister, mais sont insuffisants pour justifier la suspension avec effet immédiat de son contrat de travail.

Il y a partant lieu d'examiner si les faits antérieurs ou fautes lui reprochés sont de nature à justifier une mise à pied.

Or, contrairement aux conclusions de A, *« la manière habituelle et récurrente des écarts »* d'B n'est pas établie.

En effet, les faits des 13 et 14 juin 2009 ainsi que du 24 octobre 2008, à les supposer encore établis, s'ils font preuve de l'emploi par B d'un vocabulaire très populaire, voire irrespectueux, envers les personnes qu'elle soignait, remontent en partie à presqu'un an et ne sont dès lors pas non plus d'une gravité suffisante pour justifier une résiliation du contrat de travail d'B.

Par ailleurs, B est employée aux services de A depuis 14 ans et elle n'a jamais fait l'objet d'un avertissement écrit au sujet de son comportement ou de plaintes de la part de pensionnaires.

S'il résulte des pièces que le 20 novembre 2008 elle avait eu un entretien avec H et le docteur J, il y était question du principe du respect, de sa perception par les autres et de sa mise en œuvre. Il n'en ressort pas qu'B ait été informée de l'existence d'une plainte par la famille d'une pensionnaire au sujet de son comportement irrespectueux.

C'est dès lors à juste titre, bien que partiellement pour d'autres motifs, que les premiers juges ont déclaré non fondée la demande de A tendant à résolution judiciaire du contrat de travail.

Il s'en suit, et sans qu'il n'y ait lieu de procéder à une mesure d'instruction complémentaire, qu'il y a lieu de confirmer le jugement entrepris.

B ne justifiant pas l'iniquité requise par l'article 240 du nouveau code de procédure civile, sa demande en obtention d'une indemnité de procédure de 1.500.-euros n'est pas fondée.

A succombant dans son appel sa demande en obtention d'une indemnité de procédure de 2.000.-euros n'est pas fondée.

**PAR CES MOTIFS :**

la Cour d'appel, troisième chambre, siégeant en matière de droit du travail, statuant contradictoirement, sur le rapport oral du magistrat de la mise en état,

Reçoit l'appel ;

Le dit non fondé ;

Partant, **confirme** le jugement entrepris ;

Dit non fondées les demandes respectives d'B et de la société anonyme A S.A. sur base de l'article 240 du nouveau code de procédure civile,

Condamne la société anonyme A S.A. à tous les frais et dépens de l'instance avec distraction des dépens au profit de Maître Jean-Marie BAULER qui la demande, affirmant en avoir fait l'avance.