Exempt – appel en matière de droit du travail

Audience publique du vingt décembre deux mille douze

Numéro 36497 du rôle.

Composition:

Romain LUDOVICY, président de chambre;
Astrid MAAS, premier conseiller;
Roger LINDEN, premier conseiller;
Alain BERNARD, greffier.

Entre:

A., demeurant à L-(…),

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Guy ENGEL de Luxembourg du 23 août 2010,

comparant par Maître Pol URBANY, avocat à la Cour, demeurant à Diekirch,

et:

le syndicat de commune B., établi à L-(…), représenté par son bureau, et pour autant que de besoin par son comité, sinon par son président,

intimé aux fins du prédit exploit ENGEL,

comparant par Maître Gérard SCHANK, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

----

LA COUR D'APPEL:

Par requête déposée le 14 décembre 2007, A. a fait convoquer le Syndicat de commune B., devant le tribunal du travail de Luxembourg aux fins d'y entendre déclarer abusif son licenciement avec effet immédiat du 6 septembre 2007 et s'entendre condamner à lui payer une indemnité compensatoire de préavis de 41.100 €, une indemnité de départ de 41.000 € ainsi que 20.000 € à titre de réparation de son préjudice matériel et 25.000 € à titre de réparation de son préjudice moral, réclamant encore une indemnité compensatoire pour congés non pris, le paiement d'heures supplémentaires, d'une prime de fin d'année, d'un pécule de vacance, d'arriérés de salaire et d'une indemnité compensatoire pour travail de nuit, ces derniers postes évalués pour mémoire à 8.000 € sous réserve d'augmentation en cours d'instance. Elle a également demandé une indemnité de procédure 750 €.

B. a demandé reconventionnellement à voir condamner A. à lui payer 10.000 € pour procédure abusive et vexatoire ainsi qu'une indemnité de procédure de 3.000 €.

Par un premier jugement du 12 novembre 2009, le tribunal du travail a déclaré régulier le licenciement au regard de l'article L.121-6. du code du travail et a ensuite admis B. à prouver par témoins les motifs invoqués à la base du licenciement avec effet immédiat.

Par un jugement subséquent du 3 juin 2010, le tribunal du travail a déclaré régulier le licenciement et débouté A. de ses demandes en indemnisation, rejetant de même les demandes accessoires faute d'avoir été chiffrées. La demande reconventionnelle de B. a également été rejetée et les deux parties ont été déboutées de leurs demandes respectives en paiement d'une indemnité de procédure.

Par exploit du 23 août 2010, A. a régulièrement interjeté appel contre le jugement du 3 juin 2010 lui notifié le 15 juillet 2010, demandant, par réformation, à la Cour de déclarer le licenciement abusif et de condamner B. à l'indemniser de son préjudice subi, réitérant à cet effet les demandes formulées en première instance tout en évaluant individuellement ses différentes demandes accessoires, chiffrant son préjudice total à 135.000 €. Elle a encore demandé la réformation du jugement en ce qu'elle a été déboutée de sa demande en paiement d'une indemnité de procédure et demande 4.000 € de ce chef pour les deux instances.

B. conclut principalement à la confirmation du jugement et conteste en ordre subsidiaire les montants réclamés. Il conclut encore au rejet de la demande en paiement d'une indemnité de procédure, réclamant pour sa part 6.000 € pour les deux instances.

Le licenciement

Engagée suivant contrat de travail du 11 juillet 1986 en qualité d'infirmière diplômée par B., A. a été licenciée avec effet immédiat par lettre recommandée du 6 septembre 2007.

La Cour renvoie pour le détail des fautes qui sont reprochées à A. à la lettre de licenciement entièrement transcrite dans le jugement du 12 novembre 2009.

Les parties sont en désaccord sur l'appréciation faite par les premiers juges du résultat de la mesure d'instruction et des pièces produites en cause.

L'employeur reproche en premier lieu à A. d'avoir donné à manger au patient C. le 11 août 2007 et d'avoir répété ce geste le lendemain malgré un état général du patient diminué depuis le matin, alors que celui-ci avait été admis à la Maison de Soins le 30 janvier 2007 avec des consignes strictes de ne pas l'alimenter, ni de lui donner à boire par voie buccale, son dossier médical renseignant que celui-ci était susceptible de faire de *« fausses déglutitions silencieuses* » pouvant entraîner des pathologies respiratoires graves.

A. n'a jamais contesté avoir administré de l'eau gélifiée et du FORTIMEL au patient C.. Elle l'a par ailleurs noté dans les « *Transmissions ciblées* » dans lesquelles sont inscrites toutes les interventions faites sur un patient, respectivement les constatations faites par rapport à son état. Les « *Transmissions ciblées* » relatives au patient C. depuis son admission à la Maison de Soins de (…) le 1ier février 2007 jusqu'au 22 août 2007 ont été remises à la Cour par le mandataire de B. et la Cour aura encore l'occasion de s'y référer par la suite.

C'est par une appréciation correcte des dépositions des témoins et par de justes motifs que la Cour adopte que les premiers juges ont retenu que A. avait parfaitement connaissance des consignes strictes et claires émises par l'employeur par rapport à l'interdiction d'alimenter le patient C. par la voie buccale.

La Cour dispose par ailleurs à l'heure actuelle de la fiche relative à l'identification des objectifs du patient C. dressée lors du *staff meeting* du 12 juin 2007 qui renseigne ce qui suit :

« *Nutrition: problème de déglutition, pas d'alimentation per os. Gastrostomie à demeure. »*

Dans son attestation testimoniale du 5 mars 2008, D., infirmière diplômée et chargée de direction de B. a déclaré: « *Je témoigne de la présence de Madame A., en service, à la date du 12 juin 2007 (6.30 – 14.30) et par conséquent de sa participation à la détermination des objectifs de Mr. C. en sa qualité d'infirmière. »*

Il s'ensuit qu'au plus tard le 12 juin 2007 A. avait parfaitement connaissance de l'interdiction d'alimenter le patient C. par la bouche, la transmission à la Cour de la fiche « *identification des objectifs »* mettant définitivement à néant toutes ses contestations à cet égard.

C'est en vain qu'elle fait valoir qu'elle n'aurait rien fait d'autre que de laisser avaler Monsieur C. de petites quantités des mêmes aliments - eau gélifiée, Fortimel – qui lui auraient été administrés par les orthophonistes.

S'il est bien vrai que tel était effectivement le cas et que l'administration de certains aliments ou liquides mentionnés dans les pages 11 et 12 de l'exploit d'appel, soit du coca gélifié, de la compote ou du yaourt, est bien confirmée par les « *Transmissions ciblées* », il en ressort cependant également qu'à chaque fois cette administration a été faite par une orthophoniste, ce qui fait toute la différence.

Il résulte en effet des différents rapports médicaux versés en cause qui sont tous antérieurs aux incidents des 11 et 12 août 2007 et notamment du rapport du 30 novembre 2006 du Dr. E., médecin rééducateur auprès de B., que le patient C., hémiplégique et aphasique, présentait des troubles de déglutition pouvant entraîner des « *fausses routes* » silencieuses, c'est-à-dire sans réflexe de toux.

Selon les renseignements fournis par B., non contestés par A., les fausses routes correspondent à un passage des aliments et de la salive dans la trachée. Si elles se manifestent normalement par un réflexe de toux, les fausses routes dites silencieuses ne présentent pas de signes évidents et ne sont pas immédiatement décelables.

Le 9 février 2007 a été effectué un contrôle de déglutition au Centre Hospitalier de Luxembourg par le docteur F., médecin spécialiste ORL, qui a par la suite formulé la consigne suivante : *« les liquides peuvent être donnés une fois l'état pulmonaire amélioré, par petites quantités et sous contrôle logopédique. »*

Selon le témoin Z. la nécessité que l'administration de la nourriture se fasse par une orthophoniste s'explique par le fait que celle-ci « *peut faire des exercices au patient qui évitent qu'il fasse une fausse route silencieuse. Une infirmière n'a pas appris à faire ces gestes*. »

Il découle d'ailleurs des annotations de l'orthophoniste dans les « *Transmissions ciblées* » que celle-ci a activement travaillé avec le patient la déglutition salivaire, procédant à des massages des praxies faciales et donnant des consignes au patient pour la déglutition et la déglutition salivaire. A maintes reprises l'orthophoniste a noté : « *J'ai préféré éviter la prise d'eau gélifiée car encore encombré » - « travail de déglutition salivaire -+ 2-3 cuillères d'eau gélifiée. Je n'ose pas lui donner plus étant donné son encombrement (attente du résultat ORL) » - « Monsieur C. étant fortement encombré j'ai préféré ne rien lui donner à « boire » (Eau gélifiée) » - « Toujours en attente des résultats de l'examen ORL pour lui donner à nouveau de l'eau gélifiée ».*

Si les *« Transmissions ciblées* » renseignent bien évidemment aussi de bonnes séances où le patient C. a pu manger de la compote sans faire de fausses routes, il n'en reste pas moins qu'avant de décider de procéder à une

alimentation par la bouche, l'orthophoniste s'est à chaque fois rassurée sur son état général et a fait des exercices de stimulation de la déglutition.

Les déclarations du médecin Dr M. selon lesquelles : *« Je suis de l'avis personnel qu'un infirmier, en respectant les règles de l'art, peut également alimenter un patient avec une sonde gastrique par voie buccale. En cas de fausse route il existe alors la possibilité de procéder à une aspiration. Il peut être fait par une infirmière. »* ne sont pas pertinentes dans la mesure où si c'est l'orthophoniste qui procède à l'alimentation, aucune fausse route ne risque de se produire du fait des exercices, massages et stimulations qu'elle fait au préalable et qu'il n'y a nul besoin de procéder par après à une aspiration de la nécessité de laquelle l'infirmière ne peut même pas se rendre compte, vu que les fausses routes silencieuses ne présentent précisément pas de signes évidents, le patient n'ayant pas le réflexe de la toux, et qu'elles ne sont pas immédiatement décelables, ce qui les rend particulièrement sournoises.

Les développements faits par A. sur les attributions des orthophonistes et des infirmières telles qu'elles résulteraient de la réglementation légale, s'appuyant à cet effet encore une fois sur les déclarations du même médecin Dr M. selon lesquelles : « *Le médecin peut déterminer si un patient dans la situation de M. C. peut être nourri par voie buccale, mais il ne peut pas prescrire qui doit effectuer ce travail (infirmier ou orthophoniste par exemple). Il s'agit d'une question de la règlementation légale de ces professions.* » ne sont d'aucune pertinence, la nécessité que dans ce cas précis l'alimentation par la bouche devait se faire exclusivement par une orthophoniste découlant à suffisance des explications ci-avant données par rapport aux fausses routes silencieuses.

Il découle par ailleurs des annotations faites par A. elle-même dans les « *Transmissions ciblées* » des 11 et 12 août 2007 que contrairement à l'orthophoniste, celle-ci n'a pas procédé à des exercices ou massages préalables avant de donner à boire et à manger au patient C., mais que c'est suite à sa constatation que celui-ci s'est mis à avaler l'eau gélifiée destinée au nettoyage et à l'hydratation de la bouche qu'elle lui a proposé à continuer avec une cuillère et qu'il a fait signe que oui et qu'il a de même accepté sa proposition de recommencer le lendemain.

La volonté, respectivement l'accord du patient, surtout au vu de l'état général dans lequel se trouvait le patient C., n'autorise cependant pas l'infirmière à méconnaître une consigne médicale formelle.

Le certificat médical établi le 12 octobre 2010 par le Docteur F., donc par le même médecin qui avait prescrit au mois de février 2007 que l'alimentation par la bouche ne devait se faire que sous contrôle logopédique, conçu comme suit : « *En l'occurrence dans les maisons de long et moyen séjour, une orthophoniste n'étant pas toujours disponible, le relais pouvait évidemment être pris par une infirmière qualifiée afin qu'il n'existe pas, dans la prise en charge du patient, d'intervalle de temps trop long sans stimulation orale, ceci s'appliquait également pour Monsieur C. »* n'est pas convainquant non plus dans la mesure où les « *Transmissions ciblées »* de C. renseignent une très grande présence

de l'orthophoniste, de sorte qu'il n'y avait aucune nécessité pour A. de prendre le relais de celle-ci.

Dans sa lettre du 27 août 2007 du docteur G., médecin traitant de C., adressée à la chargée de direction D., celle-ci a insisté sur la dangerosité du geste de A.. En effet : « *Monsieur C. ne tousse pas, il avale de travers, les aliments glissent directement dans les voies respiratoires; la consigne de non-alimentation per os était donc capitale à respecter »* et elle a déclaré que *« La restriction concernant l'alimentation per os est rappelée dans les objectifs soignants d'août 2007* ».

C'est en vain que A. entend se justifier en affirmant avoir voulu agir pour le plus grand bien du patient, s'emparant à cet effet de la déposition du témoin Dr. M., médecin agréé à B., selon laquelle : *« quant au patient C., celui-ci était aux soins palliatifs et en fin de vie et ce qui prime alors pour un tel patient est la qualité de la vie. Il fait du bien pour un tel patient d'être alimenté par voie buccale*. »

Si d'un point de vue humain, l'agissement de A. est tout à fait compréhensible, il n'en reste pas moins qu'elle a, en pleine connaissance de cause des risques que son acte pouvait entraîner, enfreint une interdiction médicale formelle qu'il ne lui appartenait pas, même en qualité d'infirmière expérimentée, de remettre en question. Bien au contraire c'est précisément en raison de sa longue expérience dans le domaine des soins qu'elle aurait dû s'abstenir à prendre des initiatives propres qui étaient contre-indiquées par les médecins.

Indépendamment de la question de savoir si l'infection pulmonaire dont le patient C. a été victime 10 jours plus tard a été ou non la conséquence du geste de A., la Cour juge cette méconnaissance délibérée d'une interdiction médicale formelle à elle seule, et sans qu'il soit besoin d'examiner les autres fautes qui lui sont reprochées, suffisamment grave pour justifier son licenciement avec effet immédiat, la confiance de l'employeur en sa salariée ayant été immédiatement et irrémédiablement compromise.

Au vu des développements qui précèdent, il n'y a pas lieu de faire droit à l'offre de preuve formulée par A., les faits offerts en preuve étant soit d'ores-et-déjà contredits par les pièces du dossier, soit dépourvus de pertinence

Il y a partant lieu à confirmation du jugement en ce que le licenciement de A. a été déclaré régulier.

Les demandes accessoires

L'indemnité compensatoire pour congés non pris

Tandis que A. réclame 2.654,376 € du chef d'indemnité compensatoire pour 83,60 heures de congé non pris, B. soutient que celle-ci a en réalité déjà bénéficié de 35,17 heures de congé de trop.

Selon l'article 11 A).1. de la Convention collective de travail des salariés occupés dans les établissements hospitaliers luxembourgeois (texte coordonné

du 31 janvier 2002), les salariés bénéficient d'un congé annuel payé de 25 jours ouvrables auxquels viennent s'ajouter 10 jours de congé conventionnels, l'article 11A).2. stipulant que « *Pour chaque année le nombre minimal de jours de congé légal (voir point A).1.ci-dessus) et de jours de congé conventionnel est fixé par l'addition du nombre de jours de congé de récréation définis par la loi et des jours de congé conventionnel obtenus par la conversion de jours fériés légaux et de jours de fête d'usage en jours de travail théoriques: A partir de l'an 2000, 4 jours fériés d'usage et 6 jours fériés légaux sont convertis en jours de congé conventionnel non affectés à une date de calendrier précise. »*, l'article 11A).3. stipulant finalement que : « *Pour chaque jour de congé légal et conventionnel un nombre d'heures équivalent à la durée journalière de travail brute normale est mise en compte*. »

Se référant au plan de travail du mois d'août 2007 selon lequel il lui resterait « *au moins* » 83,60 heures de congé, A. réclame une indemnité compensatoire pour congés non pris de 2.654,36 € (soit 83,60 heures x taux horaire de 31,7508 €).

C'est à juste titre que B. oppose que ce plan de travail a été dressé à un moment où il n'était pas encore question de licenciement de sorte que ce solde correspond au nombre d'heures de congé qui lui restaient jusqu'au 31 décembre 2007. La Cour note par ailleurs que ce solde proratisé sur 12 mois n'était plus que de 45,60 heures sur le plan de travail du mois de septembre 2007.

Conformément à l'article L.233-12. du code du travail, lorsque le contrat de travail prend fin dans le courant de l'année, le salarié a droit à un douzième de son congé annuel par mois de travail entier.

Selon la fiche de congé pour l'année 2007 versée par B. les heures de congé dues à A. jusqu'au 31 août 2007 étaient au total de 177,34 heures (soit 126,67 heures de congé légal + 50,67 heures de congé conventionnel) tandis qu'elle avait en réalité déjà pris 212,5 heures de congé (soit 126,67 heures de congé légal + 85,83 heures de congé conventionnel) de sorte qu'au moment de son licenciement elle avait effectivement déjà bénéficié de 35,17 heures de trop par rapport aux heures auxquelles elle pouvait prétendre sur base de l'article L.233-12. du code du travail.

Il s'ensuit que la demande de A. en paiement d'une indemnité compensatoire pour congé non pris est à rejeter.

Par contre, la demande reconventionnelle de B. en remboursement du trop-payé de ce chef, soit 1.116,68 € (35,17 heures x 31,7508 €) est à déclarer fondée, le montant en tant que tel n'ayant pas autrement été contesté.

<u>Les heures supplémentaires</u>

Tout en soutenant avoir presté des heures supplémentaires, A. n'a fourni aucune précision par rapport à cette demande, se contentant de l'évaluer à

1.000 €, demandant pour le surplus à la Cour d'enjoindre à l'employeur de communiquer le relevé des heures supplémentaires.

C'est à juste titre que B. fait valoir qu'il appartient au salarié qui réclame le paiement d'heures supplémentaires d'établir qu'il a effectivement presté des heures supplémentaires et qu'il les a prestées de l'accord de l'employeur.

Dans la mesure où A. n'a fourni aucune précision notamment par rapport au nombre d'heures supplémentaires prétendument prestées ou par rapport aux dates auxquelles celles-ci auraient été prestées, il n'y a pas lieu de faire droit à sa demande en injonction, une telle mesure ne pouvant être ordonnée en vue de suppléer la propre carence d'une partie dans l'administration de la preuve.

La demande en paiement d'heures supplémentaires est partant à rejeter.

Le repos de compensation pour travail de nuit

Aux termes de l'article 9 E) de la Convention collective de travail des salariés occupés dans les établissements hospitaliers luxembourgeois : « *Le salarié a droit par 304 heures de travail de nuit à un jour de repos payé. Sont prises en considération les heures pour lesquelles le supplément pour travail de nuit est payé.* »

Soutenant avoir presté régulièrement entre 32 et 40 heures de travail de nuit, de sorte qu'au bout de quelques mois elle aurait eu droit à un jour de repos payé, A. demande à la Cour d'enjoindre à l'employeur de produire le décompte des heures de nuit prestées et des jours de repos payés auxquels elle aurait droit.

Dans la mesure où la Cour dispose de l'ensemble des fiches de salaire de l'année 2007 qui renseignent pour chaque mois les heures de nuit prestées ainsi que les suppléments payés de ce chef, aucune injonction n'est à faire à l'employeur.

En additionnant les heures de nuit prestées entre le 1er janvier 2007 et le jour de son licenciement, 6 septembre 2007, A. a presté 272 heures de nuit de sorte qu'elle n'atteint pas le seuil de 304 heures pour pouvoir bénéficier d'un jour de repos payé.

Cette demande est donc également à rejeter.

Le pécule de vacances

A. réclame 1.181,78 € à titre de pécule de vacances pour l'année 2007, soit le même montant que celui qui lui a été payé pour l'année 2006.

Aux termes de l'article 20 de la Convention collective : « *Chaque année au 30 juin et pour la première fois au 30 juin 2001, chaque salarié bénéficie d'une allocation dite « pécule de vacances ». «… Le salarié reçoit autant de douzièmes des montants prédéfinis qu'il a presté de mois entiers en cours de l'année civile n-1 auprès d'un (des) établissement(s) membre(s) de l'EHL …»*

C'est en conformité à ce dernier alinéa que l'employeur estime ne redevoir pour l'année 2007 que huit douzièmes du pécule de vacances, A., licenciée avec effet immédiat le 6 septembre 2007, n'ayant travaillé que 8 mois entiers au courant de l'année 2007.

Comme ni le nombre de points indiciaires retenu par l'employeur, soit 77 points, ni la valeur du point indiciaire de 15,3478 n'ont fait l'objet de contestations de la part de A., sa demande du chef de pécule de vacances est fondée jusqu'à concurrence de 787,85 € bruts (soit 77 points x 15,3478 x 8/12).

Il n'y a pas lieu de lui accorder en outre la surprime évaluée par l'employeur à 355,58 €, aucune demande n'ayant été formulée du chef de surprime par A..

La prime de fin d'année

A. réclame 6.739,68 € du chef de prime de fin d'année de l'année 2007 et 3/12ièmes de cette prime pour l'année 2008.

Aux termes de l'article 18 de la Convention Collective : *« Le salarié bénéficie d'une allocation de fin d'année, payable avec le traitement du mois de décembre.*
A partir de l'an 2000 le montant de cette allocation est égal à 100% du traitement de base dû pour le mois de décembre (…)
Le salarié qui quitte le service en cours d'année pour des raisons autres que celles entraînant un licenciement pour faute professionnelle grave, reçoit autant de douzièmes du pourcentage prévu du dernier traitement mensuel qu'il a presté de mois de travail dans l'année. »

Dans la mesure où B. n'a pas invoqué la déchéance de la prime de fin d'année encourue du fait du licenciement avec effet immédiat pour faute grave régulier et offre de payer de ce chef 3.478,83 €, soit 8/12ièmes du traitement de base du mois d'août 2007, il y a lieu de déclarer la demande de A. fondée jusqu'à concurrence dudit montant, le montant en tant que tel n'ayant pas fait l'objet de contestations.

Les arriérés de salaire

B. reconnaît ne pas avoir payé le salaire pour la période du 1er au 6 septembre 2007 soit 1.457,15 € de sorte qu'il y a lieu de faire droit à la demande en paiement d'arriérés de salaire jusqu'à concurrence de 1.457,15 €.

Total

Il suit des développements qui précèdent que la demande de A. est fondée jusqu'à concurrence de 5.723,83 € (787,85 + 3.478,83 + 1.457,15)

La demande reconventionnelle de B. du chef de trop-payé pour congés est fondée jusqu'à concurrence de 1.116,68 €.

Il convient d'ordonner la compensation judiciaire des créances respectives des parties.

Les indemnités de procédure

Aucune des parties n'ayant justifié de l'iniquité requise par l'article 240 du Nouveau code de procédure civile, il n'y a pas lieu de faire droit aux demandes en paiement d'une indemnité de procédure formulées de part et d'autre.

PAR CES MOTIFS:

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

reçoit l'appel ;

réformant :

condamne le syndicat de commune B. à payer à A. 5.723,83 € avec les intérêts légaux à partir du jour de la demande, 14 décembre 2007, jusqu'à solde;

condamne A. à payer au syndicat de commune B. 1.116,68 € avec les intérêts légaux à partir du jour de la demande, 6 octobre 2011, jusqu'à solde;

ordonne la compensation judiciaire entre les montants redus de part et d'autre en tenant compte des intérêts légaux courus sur les créances respectives;

confirme pour le surplus le jugement déféré;

rejette les demandes de A. et du syndicat de commune B. en paiement d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel;

impose les frais et dépens de l'instance d'appel à raison de ¾ à A. et de ¼ au syndicat de commune B. avec distraction, pour sa part, au profit de Maître Gérard SCHANK, avocat constitué, sur ses affirmations de droit.