

Contrat de travail – employés

1. rupture de contrat d'un conseiller en prévention attaché à un service externe (A.R. 27 mars 1999, articles 3 et 10 de la loi du 20 décembre 2002) – déduction de l'indemnité spéciale de protection en cas de non respect par l'employeur de la procédure légale – calcul du montant en fonction de l'ancienneté (prise en compte uniquement des années durant lesquelles des missions ont effectivement été exécutées par le conseiller en prévention) de la partie de la rémunération due en raison de la fonction de conseiller en prévention – réouverture des débats pour déterminer le montant
2. cumul avec l'indemnité de préavis – le préavis raisonnable doit être déterminé en fonction du temps nécessaire pour trouver un emploi adéquat équivalent.

**COUR DU TRAVAIL DE LIEGE
SECTION DE NEUFCHATEAU**

ARRET

Audience publique du 16 décembre 2009

R.G. : 2008/AU/4102

11^e Chambre

EN CAUSE :

S,

,

APPELANTE au principal, INTIMEE sur incident,
ayant comparu par Maître Mathieu PIRSON qui se substitue à Maître Christiaan DELPORTE, avocat à 1200 BRUXELLES, boulevard de la Woluwe, 60,

CONTRE :

L'ASBL MENSURA, dont les bureaux sont établis à 1000 BRUXELLES, Arduinkaai, 16, reprenant volontairement l'instance de l'ASBL ENCARE PREVENT (dissoute et liquidée en date du 1^{er} juillet 2009).

INTIMEE au principal, APPELANTE sur incident,
ayant comparu par Maître Anne DE BIE qui se substitue à Maître Karel CAERS, avocat à 3580 BERINGEN, Scheigoorstraat, 5.

INDICATIONS DE PROCEDURE.

Vu en forme régulière les pièces du dossier de la procédure à la clôture des débats le 25 novembre 2009, notamment :

- le jugement attaqué, rendu contradictoirement entre parties le 3 octobre 2008 par le Tribunal du travail de Neufchâteau, 3^{ème} chambre (R.G. : 07/33214/A);
- la requête formant appel de ce jugement, reçue au greffe de la Cour le 29 décembre 2008 et notifiée à l'intimée le lendemain par pli judiciaire ;
- le dossier de la procédure du Tribunal du travail de Neufchâteau, reçu au greffe de la Cour le 5 janvier 2009;
- les conclusions de synthèse de l'intimée reçues au greffe de la Cour le 12 juin 2009 et celles de l'appelante ainsi que son dossier y reçue le 27 août 2009;
- l'ordonnance de fixation sur base de l'article 747 du Code Judiciaire du 11 février 2009 et notifiée par plis simples aux parties et à leur conseil le 13 février 2009;
- le dossier de l'intimée reçu au greffe le 20 novembre 2009;
- l'acte de reprise d'instance volontaire de l'ASBL MENSURA déposée à l'audience du 25 novembre 2009 ;

Entendu les conseils des parties en leurs explications à cette même audience.

MOTIVATION.

L'arrêt est fondé sur les motifs suivants :

1. QUANT A LA RECEVABILITE DE L'APPEL.

Il ne résulte d'aucune pièce ni élément du dossier de procédure que le jugement dont appel aurait été notifié.

L'appel, régulier en la forme, est recevable.

2. LES FAITS.

Madame S., docteur en médecine, ci-après l'appelante a été engagée à partir du 3 janvier 1989 par l'ASBL SEMISUD (à l'époque dénommée « SEMILUX »).

Son contrat de travail précise (article 1) qu'elle est engagée en qualité de Médecin Directeur du Service Médical SEMILUX (pièce 1 dossier appelante).

A partir du 1^{er} janvier 1999 (pièce 2.5 dossier appelante), elle a exercé la fonction de Directeur Général; elle a en outre continué à exercer la fonction de Médecin Directeur de la section « *surveillance médicale* » du Service Externe pour la Prévention et la Protection au Travail « *SEMISUD* » (anciennement dénommée « *SEMILUX* ») bien que l'avenant (pièce 2.5 dossier appelante) signé entre parties le 15 décembre 1998, précise :

- « - A partir du 1^{er} janvier 1999, le docteur E. S. portera le titre de « Directeur Général » de l'A.S.B.L. SEMILUX.
- Les prestations du Directeur Général s'effectueront à temps plein. Il ne

pourra exercer aucune autre activité susceptible de nuire de quelque façon que ce soit au bon exercice de sa fonction au sein de SEMILUX et aux intérêts de celle-ci. Il est cependant admis que le Directeur Général puisse postuler à un mandat d'enseignant au sein d'une faculté universitaire ou d'une école supérieure, sans toutefois que ce mandat n'entrave le bon exercice de la fonction de Directeur Général au sein de l'A.S.B.L. SEMILUX.

- Les autres éléments non modifiés du contrat restent d'application. »

Au cours de l'année 2007, plus particulièrement à partir du mois de juin 2007, des difficultés relationnelles surgissent entre l'appelante et l'ASBL. Dans un premier temps, en juin 2007, il lui a été demandé de démissionner, ce qu'elle a refusé de faire.

Au mois de septembre 2007, Monsieur Paul J. Président de l'ASBL, a remis à l'appelante un «*extrait du procès-verbal*» du Conseil d'Administration du 10 septembre 2007 signé par lui-même; ce document indiquait que :

« le directeur général qui fait également fonction de médecin directeur, sera déchargé de toutes ses tâches qui ne rentrent pas dans les obligations légales. Ces tâches seront gérées par le comité de direction composé par le Docteur Eveline St. Madame Hélène T. le Docteur Gretel St. »

Si besoin est, les décisions seront prises à la majorité.

Si un problème devait surgir il sera fait appel au président.

En compensation du temps qui se libère pour le directeur général, il lui est demandé, à dater de ce jour:

- o de réaliser la traduction du logiciel médical dans les meilleurs délais;*
- o de tout mettre en œuvre pour chercher de nouveaux clients et de faire le nécessaire afin d'éviter le départ des clients actuels, tout cela dans le but de conserver le personnel en place». (pièce 14 dossier appelante)*

Cette décision a fait l'objet, par la suite, d'une note de service (n° 2007/40) communiquée à tous les membres du Service (pièce 16 dossier appelante).

Par lettre recommandée de son conseil du 26 septembre 2007 (pièce 16 dossier appelante), adressée tant à l'ASBL SEMISUD qu'à l'ASBL ENCARE PREVENT, l'appelante a mis son employeur en demeure de lui confirmer, sous huitaine, que toutes les prérogatives et responsabilités qu'elle exerçait ainsi que les conditions d'exercice de sa fonction (y compris la transmission de toutes les informations nécessaires) lui seraient restituées.

Elle a averti les membres du Conseil d'administration et du Comité d'Avis de SEMISUD, par courrier du 14 octobre 2007, de ce qu'elle introduisait une procédure en référé, dès lors que son employeur n'avait pas répondu à sa demande. (pièce 19 dossier appelante)

La citation en référé a été signifiée à l'ASBL SEMISUD par exploit d'huissier du 22 octobre 2007 en vue de l'audience des référés du 12 novembre 2007 devant Monsieur le Président du Tribunal du Travail de Neufchâteau (pièce 20 dossier appelante).

Par lettre recommandée du 19 octobre 2007, le Président du Comité d'avis, Monsieur Paul J s'est adressé à l'appelante en ces termes (pièce 21 dossier appelante):

« Madame, nous envisageons de mettre fin au contrat de travail qui nous lie.

Les raisons qui se trouvent à la base de la mesure envisagée, et la preuve de ces raisons sont les suivantes: votre manque de capacité à diriger l'ASBL SEMISUD d'une façon acceptable par rapport à l'ensemble du personnel et le manque de réponse suffisante à l'inquiétude manifestée par les collaborateurs.

Il ressort de la lettre du 24.9.2007, émanant de la FGTB, ainsi que de ses annexes, que les membres du personnel estiment que le leadership de la direction générale de l'ASBL SEMISUD est insuffisant et qu'il n'existe aucun moyen de vous faire part des problèmes permanents afin de rechercher leur solution.

Vous trouverez en annexe, une copie de ladite lettre ainsi que ses annexes.

Vous trouverez également une copie des éléments composant actuellement le dossier à charge.

D'autres pièces pourront encore compléter ce dossier.

Ceux-ci vous seront communiqués au plus tard la veille de la réunion reprise ci-dessous.

Ce jour même, une copie de la présente est communiquée aux membres du Comité d'avis à qui et pour autant que de besoin, nous demandons par lettre recommandée leur accord préalable avec la mesure envisagée

A cette fin, nous les convoquons à la réunion prévue le 7 novembre à 15 heures à SEMISUD ASBL - Grand Rue 1 à 6800 LIBRAMONT.

Si vous le souhaitez, vous avez la possibilité de venir vous défendre devant les membres du Comité d'avis.

Veuillez d'agréer, Madame, l'assurance de nos sentiments distingués.

Monsieur Paul J. Président du Comité d'avis."

La réunion du Comité d'avis a eu lieu le 7 novembre 2007.

L'appelante y a assisté et a remis une note (pièce 21 bis dossier appelante), ainsi que la copie de la citation en référé.

Au terme de cette note, elle indiquait:

«- J'estime que les motifs invoqués dans la lettre du Président du Comité d'avis ne sont pas justifiés, en ce qui concerne ma fonction de directeur général.

Aucun motif n'est invoqué concernant ma fonction de médecin directeur, conseiller en prévention.

Par contre, j'estime qu'il est porté atteinte à mon indépendance de conseiller en prévention; Ceci justifie également que j'ai décidé d'agir en justice par une action en référé.

Le Comité d'Avis n'a pas exprimé s'il était d'accord, ou non, avec le licenciement.

Par lettre du même jour, l'ASBL a licencié l'appelante en ces termes (pièce 22 dossier appelante):

« *Madame S.*,

Par la présente, nous vous informons de notre décision de mettre fin à votre contrat de travail, conformément à la décision du Conseil d'Administration du 7 novembre 2007.

Le délai de préavis que nous devons respecter est de 12 mois.

Nous avons toutefois décidé de mettre fin immédiatement au contrat et de vous payer une indemnité de préavis de 12 mois conformément à la loi.

Bien évidemment, cette indemnité sera au préalable soumise aux retenues légales de sécurité sociale et de précompte professionnel.

Elle vous sera payée aussi vite que possible, en même temps que le salaire, les autres avantages et documents sociaux dont nous vous restons redevables.

Paul JI Président. »

Par lettre du 8 novembre 2007, le conseil de l'ASBL s'est adressé à M. le Président du Tribunal du Travail de Neufchâteau, exposant qu'en raison de ce licenciement, «*la demande de Madame S. est devenue sans objet*», dans le cadre de la procédure en référé qui était fixée à l'audience du 12 novembre 2007 (pièce 23 dossier appelante).

3. L'ACTION ORIGINALE.

L'appelante a introduit une action devant le Tribunal du Travail de Neufchâteau afin d'entendre :

- Dire que la cause n'appelle que des débats succincts et qu'elle sera par conséquent retenue à l'audience d'introduction, pour ce qui concerne l'indemnité compensatoire de préavis, la rémunération due afférente au mois de novembre 2007, le pécule de vacances dû (exercices 2006-2007 et 2007-2008), ainsi que la délivrance des documents sociaux de sortie.
- Condamner l'ASBL SEMISUD à lui payer:
 - 285.229,32€ bruts à titre d'indemnité compensatoire de préavis, à majorer des intérêts légaux depuis le 7 novembre 2007 et des intérêts judiciaires;
 - 427.843€ bruts à titre d'indemnité de protection (article 10 de la loi du 20 décembre 2002 portant protection des conseillers en prévention), à majorer des intérêts légaux depuis le 7 novembre 2007 et des intérêts judiciaires.
 - 1.948,84€ bruts à titre de rémunération du 1^{er} au 7 novembre 2007, à majorer des intérêts légaux et judiciaires;
 - 25.000€ bruts provisionnels à titre de péculs de vacances 2006-2007 et 2007-2008
- Condamner l'ASBL SEMISUD à lui délivrer les documents sociaux suivants: formulaire C4, attestations de vacances, attestation d'occupation et décompte de sortie sous peine d'une astreinte de 50 € par jour et par document manquant, incomplet ou incorrect, à dater du 10^{ème} jour suivant le prononcé du jugement à intervenir.
- Condamner l'ASBL SEMISUD aux entiers dépens de l'instance, en ce compris l'indemnité de procédure.

Par conclusions déposées devant le premier Juge, la demande de l'appelante a été actualisée.

Elle demandait au Tribunal du Travail de Neufchâteau de condamner l'ASBL ENCARE PREVENT (anciennement: SEMISUD) à lui payer:

- 160.120,200 bruts à titre d'indemnité complémentaire de préavis, à majorer des intérêts légaux depuis le 7 novembre 2007, et des intérêts judiciaires;
- 427.843€ bruts à titre d'indemnité de protection (article 10 de la loi du 20 décembre 2002 portant protection des conseillers en prévention), à majorer des intérêts légaux depuis le 7 novembre 2007 et des intérêts judiciaires.
- les dépens de l'instance, y compris l'indemnité de procédure.

4. LES JUGEMENTS DU TRIBUNAL DU TRAVAIL.

4.1. Par jugement du 4 février 2008, le Tribunal du Travail a dit qu'il n'y a pas lieu de retenir la cause dans le cadre de débats succincts et a fixé un calendrier de procédure.

4.2. Par jugement du 3 octobre 2008, le Tribunal a

- donné acte à l'ASBL ENCARE PREVENT de sa reprise de l'instance en lieu et place de l'ASBL Service Multidisciplinaire Inter Entreprises du Sud de la Belgique (Semisud),
- condamné l'ASBL à payer à la demanderesse (actuellement appelante) la somme de 160.120,26 €, montant brut, en complément d'indemnité de rupture unilatérale de contrat d'emploi ainsi qu'aux intérêts sur cette somme, au taux légal, depuis le 7 novembre 2007,
- dit l'action en récupération d'indemnité de protection non fondée,
- a condamné l'ASBL aux dépens : 146,17 € frs de citation) + 5.000 € (indemnité de procédure.

5. LES APPELS.

5.1. L'appelante a interjeté appel contre ce jugement aux motifs que c'est, à tort, que le Tribunal du Travail de Neufchâteau a considéré que l'indemnité de protection n'était pas due à Madame S.

En effet, après avoir relevé, à juste titre que l'appelante *«exerçait notamment la fonction de médecin directeur de la section surveillance médicale »*, et qu'à cet égard *«selon l'article 24 de l'arrêté royal du 27 mars 1998 relatif au service externe pour la prévention et la protection au travail, la demanderesse avait la qualité de conseiller en prévention - médecin du travail - par cette fonction de médecin directeur de la section de surveillance médicale »*, le Tribunal décide néanmoins que *« la loi du 20 décembre 2002 ne protège toutefois le conseiller en prévention d'un service externe que lorsqu'un employeur fait appel à lui pour l'exercice des missions prévues dans cette fonction (article 2, 2°b) ; la demanderesse n'établit pas qu'elle aurait, à l'époque précédent immédiatement son licenciement, exercé à la demande d'employeur(s) client(s), des missions de conseiller en prévention »* Jugement a quo, 2^{ème} feuillet).

Contrairement à ce que décide le Tribunal, il ne résulte pas de l'article 2, 2° b de la loi du 20 décembre 2002 que le conseiller en prévention ne bénéficierait de la protection instaurée par la loi du 20 décembre 2002 que *« lorsqu'un employeur fait appel à lui pour l'exercice des missions prévues dans cette fonction »*

L'appelante relève également

- que la loi du 20 décembre 2002, ne limite pas la fonction de conseiller en prévention aux seules missions exercées auprès des clients du service externe,
- que si la fonction de médecin directeur de la section surveillance médicale n'était pas une fonction de conseiller en prévention, il ne serait pas exigé que la personne investie de cette fonction soit un conseiller en prévention,
- qu'elle exerçait également la fonction de directeur général du service externe depuis 1999, tout en continuant à exercer à partir de cette date sa fonction de

- directeur de la section surveillance médicale,
- que cette fonction ne peut être dissociée de sa qualité de conseiller en prévention.

L'appelante considère que l'employeur n'a pas respecté les procédures prescrites par la loi, préalables à la rupture du contrat ou à l'écartement du conseiller en prévention de sa fonction. Elle estime qu'il est tenu de payer une indemnité égale à 142.614,66 € X 3 = 427.843 € bruts.

5.2. L'ASBL ENCARE a formé un appel incident par voie de conclusions. Elle estime que le 1^{er} juge l'a condamnée à tort au paiement d'une indemnité de rupture correspondant à 35 mois (ou même à une durée de 24 mois). Elle relève qu'elle a déjà payé à l'appelante un montant de 125.109,08 €, représentant 12 mois de rémunération.

6. FONDEMENT.

L'APPEL PRINCIPAL

6.1.- Indemnité de protection due en cas de rupture irrégulière à un conseiller en prévention (article 10 de la loi du 20 décembre 2002).

6.1.1 Principes.

a) Dispositions légales.

1) L'article 40 de la loi du 4 août 1996 relative au bien-être des travailleurs lors de l'exécution de leur travail dispose que:

« § 1^{er}. Des services externes de prévention et de protection au travail sont institués. Ces services disposent d'un ou de plusieurs conseillers en prévention.

Au sein des services externes de prévention et de protection au travail sont institués des sections distinctes, qui sont chargés de la surveillance médicale des travailleurs.

§ 2. Des services externes pour les contrôles techniques sur le lieu de travail sont également institués.

§ 3. Le Roi détermine les conditions et les modalités selon lesquelles un service externe visé au §1^{er} et 2 peut être agréé.

Il fixe également les règles concernant son organisation, ses missions et son statut juridique ainsi que celle concernant les compétences des conseillers en prévention.

Le Roi détermine des conditions auxquelles la formation des conseillers en prévention doit répondre, ainsi que les conditions et modalités concernant l'organisation et l'agrément éventuel de cette formation.

Les sections chargées de la surveillance médicale des travailleurs tiennent une comptabilité distincte et établissent des rapports de leurs activités de surveillance médicale et de leur mission de prévention, fonctionne sous l'autorité d'un médecin du travail directeur et peuvent être agréée par les Communautés. »

L'article 42 de la loi du 4 août 1996 stipule que:

« Les conseillers en prévention d'un service externe de prévention et de protection au travail font partie du personnel de l'employeur (. . .). »

L'article 43 de la même loi garantit la nécessaire indépendance des conseillers en prévention:

« Les conseillers en prévention remplissent leur mission en toute indépendance vis-à-vis de l'employeur et des travailleurs.

Ils ne peuvent subir de préjudice en raison de leurs activités en tant que conseiller en prévention. »

2) L'Arrêté Royal du 27 mars 1998, relatif au service externe pour la prévention et la protection au travail (pièce 45) règle, en application de la loi du 4 août 1996, l'organisation du service externe, dont notamment:

- l'obligation de créer un comité d'avis, composé paritairement de membres représentant des employeurs associés et de membres représentant les travailleurs des employeurs contractant (article 14) ;

- la compétence du comité d'avis dans les domaines suivants (article 15):

1. les comptes annuels et le budget du service externe;
2. l'application des principes de la gestion intégrale de la qualité;
3. la composition des sections, en relation avec le nombre et les compétences des conseillers en prévention ;

Ce même comité d'avis doit donner un accord préalable sur les critères de politique de gestion interne relatif aux principes de la gestion intégrale de la qualité, à la composition des sections, à la répartition des tâches entre les conseillers en prévention et les personnes qui les assistent, aux prestations minimales à effectuer auprès des employeurs ainsi qu'en ce qui concerne la désignation, le remplacement ou l'écartement des conseillers en prévention et des personnes qui les assistent.

3) L'article 17 de l'A. R. du 27 mars 1998 impose que soit désigné au sein du service externe:

« Une personne chargée de la direction et de la gestion du service qui supporte la responsabilité finale de cette direction et de cette gestion. »

Cet article 17 de l'AR. précise les conditions auxquelles doit répondre cette personne: il s'agit d'une part de compétences dans le domaine de la sécurité du travail, de la médecine du travail, de l'ergonomie, de l'hygiène industrielle et des aspects psycho- sociaux du travail dont la violence et le harcèlement moral ou sexuel au travail ; Cette personne doit disposer d'une expérience professionnelle et scientifique adéquate pour pouvoir diriger le service externe avec la compétence nécessaire; elle doit être attachée au service externe au moyen d'un contrat de travail à durée indéterminée. Enfin, elle doit exercer une activité à temps plein au sein du service externe.

L'article 18 du même AR. précise certaines des missions de la personne chargée de la direction du service externe, à savoir:

«

1. *Coordonner les activités des différentes sections composant le service externe.*
2. *Veiller à ce que les missions du service externe effectué chez un employeur soient accomplies en collaboration avec le service interne de l'employeur;*
3. *Garantir l'élaboration et veiller à l'application des principes de la gestion de la qualité intégrale (ou du système de qualité) en vigueur dans le service*

- externe;*
4. *Etablir un rapport annuel sur le fonctionnement du service externe;*
 5. *Désigner par écrit un conseiller en prévention (qui doit établir une liste de missions complémentaires en concertation avec le service interne et préparer le contrat à conclure avec l'employeur) ;*
 6. *Faire des propositions au conseil d'administration sur les moyens matériels, techniques et scientifiques qui sont nécessaires pour remplir les missions du service externe.*

La personne chargée de la direction de service externe n'est responsable de ces activités de direction du service que devant le conseil d'administration. »

4) Conformément à l'article 19 de l'AR. du 27 mars 1999 le service externe doit se composer de **deux** sections: une section chargée de la gestion des risques et une section chargée de la surveillance médicale.

L'article 24 de cet A.R. précise que:

« La section chargée de la surveillance médicale est dirigée par un conseiller en prévention médecin du travail (. .).

Ce conseiller en prévention - médecin du travail est exclusivement responsable de ces activités de direction, de gestion, et d'organisation de la section devant la personne chargée de la direction du service. »

5) Enfin la section V de l'A.R. organise les règles relatives à l'agrément du service externe.

Parmi celles-ci, l'article 42 oblige les services externes agréés à:

« Transmettre, de leur propre initiative les renseignements et documents suivants à l'administration de l'hygiène et de la médecine du travail :

1. *Toute modification de leur statut;*
2. *Toute modification dans l'organisation, les moyens disponibles et la gestion de la qualité qui est de nature à influencer le respect des conditions (de l'A.R.) ;*
3. *Tout engagement ou remplacement d'un conseiller en prévention chargé ou non de la direction d'un service ou d'une section (. .) »*

6) Afin de garantir l'indépendance des conseillers en prévention, la loi du 20 décembre 2002 portant protection des conseillers en prévention, instaure une protection juridique uniforme pour l'ensemble des conseillers en prévention.

La loi du 20 décembre 2002 dispose, en son article 3 :

« L'employeur ne peut rompre le contrat du conseiller en prévention, mettre fin à l'occupation statutaire du conseiller en prévention ou l'écarter de sa fonction que pour des motifs qui sont étrangers à son indépendance ou pour des motifs qui démontrent qu'il est incompetent à exercer ses missions et pour autant que les procédures visées par la présente loi soient respectées. »

L'article 10 précise les cas où l'employeur est tenu de payer l'indemnité de protection :

« 1° lorsque l'employeur ne respecte pas les procédures prescrites en vertu de la présente loi ;

2° lorsque le Tribunal du Travail ou la Cour du Travail reconnaît, dans le cadre de la procédure visée à l'article 6, alinéa 2, qu'il a été porté atteinte à l'indépendance du conseiller en prévention ou que les motifs invoqués en ce qui concerne l'incompétence à exercer ses missions ne sont pas prouvés ;

3° lorsque l'employeur met fin au contrat en violation de l'article 9. »

L'article 10 détermine le montant de l'indemnité :

« Cette indemnité est égale à la rémunération normale ou aux honoraires normaux en cours correspondant à une période de :

1° deux ans lorsque le conseiller en prévention compte moins de 15 années de prestations en cette qualité ;

2° trois ans lorsque le conseiller en prévention compte 15 années de prestations ou plus en cette qualité.

Ces années de prestations se calculent en fonction du nombre d'années civiles pendant lesquelles le conseiller en prévention a exercé sa fonction auprès de l'employeur, s'il s'agit d'un service interne pour la prévention et la protection du travail ou en fonction du nombre d'années civiles pendant lesquelles le conseiller en prévention a été attaché à un service externe pour la prévention et la protection au travail, s'il s'agit d'un tel service externe.

Si le conseiller en prévention exerce, outre cette fonction, une autre fonction auprès de l'employeur, la rémunération normale qui sert de base au calcul de l'indemnité est égale à la partie de la rémunération normale de la fonction de conseiller en prévention qui correspond à la durée pendant laquelle l'intéressé a exercé des prestations en tant que conseiller en prévention auprès de l'employeur. »

b) Interprétation.

Le directeur d'un service externe bénéficie de la protection instaurée par la loi du 20 décembre 2002 lorsqu'il remplit également des missions relatives au bien-être au travail auprès des employeurs qui font appel au service externe. S'il ne le fait pas, il n'a pas qualité de conseiller en prévention externe et ne peut dès lors bénéficier de la protection¹.

Par contre, la section chargée de la surveillance médicale au sein du service externe est dirigée par un conseiller en prévention médecin du travail. Celui-ci, par cette qualité, bénéficie de la protection instaurée par la loi du 20 décembre 2002.

Cette loi vise non seulement la rupture du contrat du conseiller en prévention par l'employeur, mais également l'écartement de sa fonction.

Dans l'un et l'autre cas l'employeur est tenu, lorsqu'il envisage soit de rompre le contrat d'un conseiller en prévention, soit de l'écartier de sa fonction, de respecter au préalable la procédure prévue aux articles 5 et suivants de la loi du 20 décembre 2002 (communication au conseiller en prévention des motifs pour lesquels il est envisagé de mettre fin à son contrat ou de l'écartier de sa fonction; demande aux membres du comité d'avis du service externe leur accord préalable; saisine du Tribunal du travail par le conseiller en prévention en cas de désaccord de celui-ci; Saisine du fonctionnaire chargé de la surveillance en application de l'article 80 de

¹ Luc ELIAERTS, *De bescherming van de preventie-adviseur*, Chrono Dr. Soc., 2004, 188

la loi du 4 août 1996 relative au bien être des travailleurs lors de l'exécution de leur travail par l'employeur s'il persiste dans son intention de mettre fin au contrat ou d'écarter le conseiller en cas de désaccord du comité d'avis ou si le comité d'avis ne s'est pas prononcé dans un délai raisonnable; saisine possible du Tribunal du travail par l'employeur après avis du fonctionnaire.

L'article 10, dernier alinéa, de la loi du 20 décembre 2002 stipule seulement que l'indemnité de protection ne peut être cumulée « avec d'autres indemnités spécifiques de protection contre le licenciement, fixées en application d'autres lois et d'arrêtés relatifs à la relation de travail ».

Cette indemnité est due sans préjudice d'une indemnité compensatoire de préavis.

Le calcul de l'ancienneté d'un conseiller en prévention doit tenir compte des années durant lesquelles il a été occupé en qualité de médecin du travail, chef du service de sécurité ou adjoint.

L'ancienneté du conseiller externe est calculée en fonction du nombre d'années durant lesquelles il a été lié à un service de prévention externe.

L'article 10 exige un calcul d'ancienneté prenant en compte :

- L'exercice de la fonction lorsque le conseiller en prévention exerce sa fonction auprès de l'employeur s'il s'agit d'un service interne ;
- L'attachement du conseiller en prévention à un service externe, s'il s'agit d'un tel service externe.

Cependant, pour ce qui concerne le conseiller en prévention externe, l'ancienneté doit également se calculer par référence au nombre d'années durant lesquelles celui-ci a effectivement presté en qualité de conseiller en prévention.

Cela implique que le conseiller en prévention doit prouver qu'il a réellement rempli des missions relatives au bien-être et à la santé au travail.

Le législateur n'oblige pas que l'ancienneté prise en compte soit ininterrompue et cela contrairement au calcul d'une indemnité de préavis pour laquelle une ancienneté ininterrompue doit être prise en compte².

Lorsque le conseiller en prévention exerce sa fonction à temps partiel, l'indemnité doit être déterminée pro rata, notamment sur base de sa rémunération normale correspondant à la durée des prestations en qualité de conseiller en prévention.

Pour ce qui concerne le conseiller en prévention externe, les prestations comprennent l'ensemble des activités qu'il doit exécuter afin de pouvoir mener à bien efficacement les missions confiées au service externe. Ces prestations comprennent le temps accordé aux études et examens, à l'exclusion du temps nécessaire aux déplacements³.

² Art 59-60 de la loi du 13 juillet 1978

³ Art 27 A.R. 17 mars 1998 ; Luc ELIAERTS, *De bescherming van de preventie-adviseur*, Chrono Dr. Soc., 2004, 188

Outre le respect de la procédure préalable à la rupture du contrat ou à l'écartement de sa fonction, les seuls motifs admissibles doivent être étrangers à l'indépendance ou être fondés sur l'incompétence du conseiller en prévention.

6.1.2. En l'espèce.

a) La qualité de conseiller en prévention de l'appelante.

Il résulte des principes énoncés que tout service externe pour la prévention et la protection au travail doit, obligatoirement, être divisé en deux sections:

- une section « *surveillance médicale* »
- une section « *gestion des risques* »

Conformément à l'article 24 de l'arrêté royal du 27 mars 1999, la section chargée de la surveillance médicale est dirigée par un conseiller en prévention - médecin du travail.

La fonction de médecin directeur de la section surveillance médicale était nécessairement exercée par un médecin du travail - conseiller en prévention, l'appelante a incontestablement la qualité de conseiller en prévention au sens de la loi du 20 décembre 2002.

C'est à tort que l'A.S.B.L. s'en réfère à l'article 17 § 2 de l'A.R. du 27 mars 1998 dans la mesure où l'appelante n'avait pas uniquement la qualité de directeur du service externe comprenant les deux sections et visé par cette disposition, mais bien la double qualité de directeur de la section « service médical » et celle de Directeur Général et qu'elle semble avoir conservé cette double qualité jusqu'à la rupture du contrat de travail.

En effet, l'appelante a été engagée le 3 janvier 1989 en qualité de « *médecin directeur du service médical* ». Elle prétend avoir continué à exercer cette fonction, outre la direction générale du service médical de l'A.S.B.L. à partir de 1999 et ceci en contradiction avec les termes de l'avenant signé entre parties le 15 décembre 1998. Aux termes de cet avenant, il est clairement stipulé que les prestations du Directeur Général s'effectueront à temps plein.

La fonction de directeur de la section surveillance médicale semble cependant résulter de l'organigramme (pièce 3 dossier appelante); cette fonction a été expressément rappelée dans la communication intitulée « *extrait du procès verbal* » du conseil d'administration du 1 0.09.2007 au terme duquel le Président de l'ASBL indiquait que « le directeur général qui fait également fonction de médecin directeur, sera déchargé de toutes ses tâches qui ne rentrent pas dans les obligations légales (. . .) ».

L'appelante précise en termes de conclusions les différents aspects de sa fonction de médecin directeur de la section « *surveillance médicale* » - (qui constitue donc nécessairement une fonction de conseiller en prévention) :

Ainsi:

- il lui appartenait, à ce titre, de rendre des avis sur des dossiers médicaux, d'assurer les relations avec les médecins du travail (pièces 35 et 36.1 à 36.3

dossier appelante), ainsi qu'avec les employeurs affiliés et leurs travailleurs, dans le cadre du suivi des dossiers médicaux;

- elle assurait également l'encadrement et la supervision des jeunes médecins du travail, leur formation ainsi que la formation permanente de l'équipe « *surveillance médicale* » (voir pièce 37 dossier appelante) ;
- C'est également en sa qualité de médecin directeur de la section surveillance médicale qu'elle assurait diverses activités « *extérieures* », notamment des formations pour conseillers en prévention (voir pièces 37 et 38.1 à 38.4 dossier appelante).

Ces fonctions de médecin directeur - conseiller en prévention sont encore attestées par les documents suivants :

- l'extrait du rapport annuel 2005 précisant la qualification de médecin du travail de l'appelante ainsi que le nombre total d'heures de prestations en sa qualité de médecin du travail attaché au service du travail pendant l'année concernée (pièce 39 dossier appelante). En 2005, 2250 heures prestées.
- des extraits du dossier « demandes de renouvellement de l'agrément », avec en annexe la liste des conseillers en prévention au 18.12.2006, ainsi que le nombre de jours « d'attachement au service pendant l'année » concernée, à savoir, 2006; le même dossier d'agrément comprenait également l'organigramme au 18.12.2006 (annexe 2.a du dossier d'agrément - pièce 40 dossier appelante) ;
- dans le cadre de la demande d'agrément de la section surveillance médicale d'ENCARE PREVENT ASBL (entité avec laquelle SEMISUD devait fusionner), l'appelante est reprise en qualité de médecin du travail attaché au service du travail et également reprise dans le cadre de la synthèse des compétences des conseillers en prévention/médecin du travail en qualité de médecin spécialiste (ergonomie et toxicologie) (pièce 41 dossier appelante).
- dans le rapport annuel aux organes de gestion pour l'année 2006, l'appelante est également reprise en qualité de médecin directeur à côté de sa fonction de Directeur Général (pièce 42 dossier appelante).
- c'est également en sa qualité de conseiller en prévention - médecin du travail, que l'appelante était membre de la commission surveillance médicale au sein de l'ASBL CO PREV, et invitée aux réunions de la commission de surveillance médicale (voir pièce 43 dossier appelante).

Sur base de ces différentes pièces, la Cour considère que l'appelante, malgré les termes de l'avenant, peut incontestablement se prévaloir de la qualité de conseiller en prévention depuis la date d'entrée en service le 3 janvier 1989 jusqu'à la date de la rupture du contrat de travail le 7 novembre 2007.

b) Non respect par l'ASBL de la procédure de licenciement.

De manière tout aussi évidente, il doit être constaté que le licenciement de l'appelante a été opéré en violation de la procédure particulière prévue aux articles 4 et suivants de la loi du 20 décembre 2002 portant protection des conseillers en prévention.

Ainsi, il appartenait à l'employeur (en l'espèce l'ASBL SEMISUD), et non au président du Comité d'Avis d'adresser, par lettre recommandée, à l'appelante « *les motifs pour lesquels il veut mettre fin au contrat ainsi que la preuve de ces motifs* » ;

il appartenait également à l'employeur (et non au Président du Comité d'Avis) de communiquer une copie de ce courrier simultanément, aux membres du Comité d'Avis.

De plus, le Comité d'avis n'a jamais fait part de son accord quant au licenciement de l'appelante. Malgré ce fait, l'A.S.B.L. a décidé de rompre le contrat de l'appelante le jour où le Comité d'avis s'est réuni et cela sans poursuivre la procédure légale organisée par la loi précitée.

Conclusion.

La violation, par l'ASBL, de dispositions relatives à la procédure particulière qui doit être suivie lorsqu'il est envisagé de mettre fin au contrat d'un conseiller en prévention, est manifeste. En principe l'appelante peut prétendre au paiement de l'indemnité de protection.

c) Montant de l'indemnité.

Il convient de déterminer le montant de l'indemnité en tenant compte de :

1° l'ancienneté de l'appelante, à savoir la prise en compte des années calendriers (article 16 alinéa 2 de la loi précitée) durant lesquelles des missions, (y compris des missions d'étude, de cours, de formation) ont effectivement été exécutées.

Ce nombre exact ne résulte pas des pièces déposées qui se limite à établir la réalité de la fonction et par exemple le nombre d'heures prestée en qualité de médecin directeur du service médical externe en 2005 (2250 heures – pièce 39 dossier appelante).

Les parties sont invitées à préciser ce point.

2° de la partie de la rémunération qui correspond à la fonction de conseiller en prévention puisque, à partir de 1999, l'appelante a également exercé la fonction de directeur général.

Dès lors une ventilation s'impose.

En conclusion.

Le montant de l'indemnité sera fonction d'une ancienneté égale au nombre d'années durant lesquelles l'appelante a effectivement réalisé des missions pour le service externe, peu importe la nature de ces missions ainsi que d'une rémunération, limitée à celle correspondant à la fonction de conseiller en prévention.

Une réouverture des débats s'impose afin de permettre aux parties d'établir ce calcul.

L'APPEL INCIDENT ;

6.2. L'indemnité compensatoire de préavis. Préavis convenable.

6.2.1. Principe.

Disposition légale.

Article 82§3 : Lorsque la rémunération annuelle excède 16.100 €, les délais de préavis à observer par l'employeur et par l'employé sont fixés soit par convention conclue au plus tôt au moment où le congé est donné, soit par le juge.

Interprétation.

Depuis très longtemps, la Cour de Cassation rappelle que la durée du préavis est établie en tenant compte de « *la possibilité existant pour l'employé de trouver rapidement un emploi adéquat équivalent, compte tenu de son ancienneté, de son âge, de ses fonctions et de la rémunération, en fonction des éléments propres à la cause* »⁴.

Ces derniers ne pourront toutefois intervenir que s'ils ont une incidence sur les chances de reclassement de l'employé⁵. Tous ces facteurs doivent être appréciés au jour de la notification de l'acte de rupture et non au moment où le juge statue⁶.

Cette jurisprudence a encore été confirmée dans un arrêt du 3 février 2003.

Elle a également précisé que le juge ne peut tenir compte ni de l'intention de l'employé de créer une entreprise concurrente à celle de son employeur⁷, ni des manquements de l'employé à ses obligations⁸, ni de la perte potentielle d'une prépension avantageuse⁹, ni des considérations d'équité¹⁰.

6.2.2. En l'espèce.

L'appelante est active dans un secteur dans lequel les possibilités de mise au travail pour les médecins sont très importantes.

Il est admis que dans le secteur soins de santé en général et particulièrement dans le sud de la province de Luxembourg, les offres d'emploi sont nombreuses.

La très grande qualification, l'expérience diversifiée, la maturité de l'appelante, constituent également un ensemble de circonstances dont il convient de tenir compte pour évaluer le temps nécessaire à l'appelante pour trouver un emploi équivalent.

Il résulte de ces considérations que compte tenu de son âge au mont du licenciement (52 ans et demi), de sa rémunération annuelle (142.614,66 €), de son ancienneté (18,85 ans), et de la spécificité et l'importance de sa fonction (directeur général et médecin directeur d'un service externe pour la prévention et la protection du travail), la durée du préavis convenable doit être fixé à 18 mois.

⁴ Cass., 4 février 1991, Pas., 1991, I, 536

⁵ Cass., 6 novembre 1989, Pas., 1990, I, 283

⁶ Cass., 26 avril 1993, JTT, 1993, p. 260 ; Cass., 9 mai 1994, JTT, 1995, p. 8

⁷ Cass., 6 novembre 1989, Pas., 1990, I, 283

⁸ Cass., 23 février 1987, Pas., 1987, I, 753

⁹ Cass., 4 février 1991, précité

¹⁰ Cass., 14 mai 1990, JTT, 1990, p. 337

La rémunération de base servant au calcul de cette indemnité s'établit comme suit :

- fixe : $8.987,72 \text{ €} \times 13,92 = 125.109,06 \text{ €}$
 - voiture de société (Volvo XC70 – carte de carburant, usage privé illimité, toutes assurances et taxes comprises) : $400 - 246$ [part personnelle] $1.848,00 \text{ €}$
 - Assurance groupe (cotisation patronale) $(1.249,05\text{€} + 55,75\text{€}) \times 12 = 15.657,60 \text{ €}$
- Soit un total de **142.614,66 €**

L'indemnité compensatoire de préavis, équivalente à 18 mois de rémunération est par conséquent de 142.614,66 € : $12 \times 18 = 213.921,99 \text{ €}$.

DISPOSITIF.

PAR CES MOTIFS,

LA COUR,

Vu les dispositions de la loi du 15 juin 1935 sur l'emploi des langues en matière judiciaire et notamment son article 24 dont le respect a été assuré,

LA COUR, après en avoir délibéré et statuant publiquement et contradictoirement,

Donne acte à l'ASBL MENSURA de sa reprise volontaire d'instance

RECOIT les appels, principal et incident,

1. l'appel principal.

AVANT DIRE DROIT, ordonne une réouverture des débats aux fins susmentionnées.

Fixe la date limite pour les échanges des observations entre parties et leur dépôt au greffe de la Cour conformément à l'article 775 du Code judiciaire :

- des conclusions de la partie appelante au 20 janvier 2010,
- des conclusions de la partie intimée au 24 février 2010,

Fixe date pour les plaidoiries d'une **durée de 30 minutes** à l'audience publique du **jeudi 3 mars 2010 à 16.00 heures** de la Cour du travail de Liège, section de Neufchâteau, au Palais de Justice de Neufchâteau, place Charles Bergh, à 6840 NEUFCHATEAU.

2. l'appel incident.

Dit l'appel incident fondé et réforme le jugement entrepris.

Edictant par voie de dispositions nouvelles,

Condamne l'ASBL MENSURA au paiement du montant de 213.921,99 € sous déduction faite du montant déjà versé (125.109,08 €).

Réserve les dépens.

Ainsi arrêté et signé avant la prononciation par la 11^e Chambre de la Cour du travail de Liège, section de Neufchâteau, composée de Madame, Messieurs

Nicole COLLAER, Conseiller faisant fonction de Président,
André GUILLAUME, Conseiller social au titre d'employeur,
Jean-Pierre SOTTIAUX, Conseiller social au titre d'employé,
qui ont assisté aux débats de la cause,
le greffier,

les Conseillers sociaux,

le Président,

et prononcé en langue française, à l'audience publique de la **ONZIEME CHAMBRE** de la Cour du travail de Liège, section de Neufchâteau, au Palais de Justice de Neufchâteau, place Charles Bergh, à 6840 NEUFCHATEAU, le **SEIZE DECEMBRE DEUX MILLE NEUF**,
par le président, assisté du greffier.
le Greffier,

Le Président.