

Copie

Délivrée à: me. LECOMTE Marie-Françoise

art. 792 C.J.

Exempt du droit de greffe - art. 280,2° C.Enr.

Chambre 1
Numéro de rôle 2018/AM/317
Gi / LE A.S.B.L.
Numéro de répertoire 2019/ 1597
Arrêt contradictoire, définitif

COUR DU TRAVAIL DE MONS

ARRET

**Audience publique du
15 novembre 2019**

COVER 01-00001516190-0001-0032-01-01-1



Droit du travail – Contrat de travail d'employée.

Travailleuse engagée en qualité d'éducatrice au service d'un home hébergeant des personnes handicapées.

- I. Educatrice se voyant offrir la possibilité d'exercer la fonction de secrétaire assistante en comptabilité en lieu et place du responsable de service de la comptabilité appelé à remplacer, à concurrence d'un mi-temps, la directrice générale de l'institution bénéficiaire d'une réduction de son temps de travail avant son admission à la pension.

Abandon du remplacement assuré par le directeur du service de la comptabilité faute pour lui de disposer des titres requis pour exercer à temps partiel les fonctions directoriales au sein de l'institution.

Educatrice reconnue en état d'incapacité de travail avant le retour dans ses anciennes fonctions du directeur du service de la comptabilité.

Invocation par l'éducatrice, lors de la reprise de ses activités, d'une novation du contrat de travail dès lors que les fonctions originaires avaient été modifiées, de commun accord, lui permettant, ainsi, selon elle, de revendiquer le poste de secrétaire assistante en comptabilité.

Eléments de faits du dossier (soumission de l'éducatrice aux examens médicaux préalables à la reprise d'une activité d'éducatrice imposés par l'AR du 28/05/2003) révélant l'absence « d'animus novandi » dans le chef des deux parties au contrat de travail mais, au contraire, une modification temporaire de l'objet du contrat portant sur les fonctions confiées originairement à la travailleuse.

- II. Travailleuse invoquant, à tort, l'existence d'un acte équipollent à rupture dans le chef de son employeur de telle sorte qu'elle lui est redevable d'une indemnité compensatoire de préavis.

Article 578, 1^{er} du Code judiciaire.

Arrêt contradictoire, définitif.

EN CAUSE DE :

MADAME G.

Partie appelante, demanderesse originaire, comparaissant par son conseil Maître LECOMTE, avocate à Charleroi,

CONTRE :

PAGE 01-00001516190-0002-0032-01-01-4



_____ Inscrite à la BCE sous le numéro _____
faisant élection de domicile au cabinet de son
conseil Maître HERMAN, à 6061 MONTIGNIES-SUR-SAMBRE, Rue
T'Serclaes, 49-51,

Partie intimée, défenderesse originaire, comparaissant par son
conseil Maître HERMAN, avocat à MONTIGNIES-SUR-SAMBRE,

La cour du travail, après en avoir délibéré, rend ce jour l'arrêt suivant :

Vu, en original, l'acte d'appel présenté en requête reçue au greffe de la cour le 10/09/2018 et visant à la réformation d'un jugement contradictoire prononcé le 25/06/2018 par le tribunal du travail du Hainaut, division de Charleroi ;

Vu les pièces de la procédure légalement requises et, notamment, la copie conforme du jugement dont appel ;

Vu l'ordonnance de mise en état consensuelle, prise sur pied de l'article 747, §1^{er} du Code judiciaire le 19/10/2018 et notifiée le 22/10/2018 aux parties ;

Vu, pour _____ ses conclusions additionnelles et de synthèse reçues au greffe de la cour le 21/06/2019 ;

Vu, pour _____ ses secondes conclusions additionnelles et de synthèse reçues au greffe de la cour le 19/08/2019 ;

Entendu les conseils des parties en leurs dires et moyens, à l'audience publique du 18/10/2019 de la 1^{ère} chambre ;

Vu le dossier des parties ;

RECEVABILITE DE LA REQUETE D'APPEL

Par requête reçue au greffe le 10/09/2018, _____ a relevé appel d'un jugement contradictoire prononcé le 25/06/2018 par le tribunal du travail du Hainaut, division de Charleroi.



L'appel élevé à l'encontre de ce Jugement, dont il n'est pas soutenu qu'il ait été signifié, a été introduit, dans les formes et délais légaux et est, partant, recevable.

FONDEMENT :

1. Les faits de la causé

Il appert des conclusions des parties, de leur dossier ainsi que des explications recueillies à l'audience que , née l , est entrée au service de l 8/1/2002 en qualité d'éducatrice classe 1 sous couvert de deux contrats de travail d'employée de 19h / semaine chacun.

est une structure d'accueil pour personnes adultes qui comporte plusieurs services : un service d'accueil de jour (SAJA), un service résidentiel (SRA) et un service de logements supervisés (SLS).

l a ensuite été désignée en qualité de déléguée effective SETCA en date du 5/3/2009.

Elle a été régulièrement soumise à l'examen médical d'évaluation de santé dans le cadre de l'arrêté royal du 28/5/2003 relatif à la surveillance de la santé des travailleurs afin de vérifier qu'elle disposait toujours bien des aptitudes suffisantes pour exercer la fonction d'éducatrice.

Au mois de mars 2011, a été amenée à prester des tâches administratives de secrétariat et de comptabilité en soutien de (directeur administratif comptable), qui reprenait lui-même à mi-temps les fonctions directoriales de Madame bénéficiaire quant à elle d'une diminution de son temps de travail dans le cadre d'un régime de fin de carrière Old-Timer.

l continué à se présenter aux examens médicaux réalisés par le médecin du travail près le service de prévention et de protection (A.S.B.L. CESI) en date des 6/9/2011, 28/9/2012, et 10/12/2013 pour la fonction d'éducatrice.

Au cours de ceux-ci, il a été constaté que l présentait bien les aptitudes suffisantes pour le poste concerné d'éducatrice.

Elle a été reconnue en Incapacité de travail à partir du 11 février 2014 jusqu'au 27 octobre 2014.



Entretemps, au début du mois de février 2014, [] a pleinement repris ses fonctions administratives et de comptabilité (en se voyant attribuer le titre de directeur financier) dans la mesure où il ne disposait pas des titres requis pour lui permettre d'occuper le poste de directeur général en lieu et place de Madame D' [] (à concurrence d'un mi-temps).

Cette situation contraignit Madame I [] à reprendre ses fonctions de directrice générale à temps plein.

L'A.S.B.L. LE CHAF procéda à l'engagement d'une directrice pédagogique en la personne de Madame Li []

Suite à la décision prise par le médecin-conseil de son organisme assureur de la remettre au travail à la date du 27/10/2014, Madame Gi [], en vue de reprendre son travail au sein de l'institution, a été soumise à un examen médical pratiqué le 30/10/2014 par le médecin du travail (CESI) (le Docteur [] pour évaluer ses aptitudes à l'exercice de la fonction d'éducatrice : le Docteur I [] a recommandé que Madame G' [] soit mutée pour une période de 3 mois à un poste adapté (type administratif) en évitant les travaux de manutention lourde.

Par lettre du 17/11/2014, expédiée par recommandé le 20/11/2014, l'A.S.B.L. I [] a informé le CESI qu'elle ne disposait pas d'un poste de type administratif à octroyer à Madame Gi [] qu'il n'existait qu'un seul poste administratif subventionné mais que celui-ci était occupé.

L'A.S.B.L. [] précisa par ce courrier ce qui suit :

« Nous n'avons pas de poste sans manutention à risques pour Françoise, que ce soit au service d'accueil de jour ou au service résidentiel car certains usagers sont agressifs ou violents et imprévisibles. D'autres sont âgés et demandent une assistance active pour diverses tâches.

Françoise Gi [] a un numéro AWIPH. Nous avons rencontré ensemble Madame Si [] de l'AWIPH. L'aide pour Françoise consiste en un éducateur à ses côtés pour pouvoir effectuer tous les gestes qu'elle ne sait pas faire lors de ses prestations. C'est impossible à réaliser. »

C'est dans ce contexte que Madame Gi [] a été mise en chômage temporaire pour raison de force majeure médicale à partir du 3/11/2014.

Madame G [] fut soumise à un nouvel examen médical pratiqué par le C.E.S.I. le 30/1/2015 afin de vérifier ses aptitudes pour le poste d'éducatrice à l'issue de cette période de trois mois.



Suite à cet examen, le médecin du travail renouvela sa recommandation, à savoir que Madame G' devait être affectée pour une nouvelle période de trois mois à un poste adapté de type administratif en évitant les travaux de manutention lourde.

Madame G' a, dès lors, continué à percevoir des allocations de chômage temporaire pour force majeure médicale durant les mois de février, mars et avril 2015.

En vue de sa reprise du travail, Madame G' a adressé à l'A.S.B.L. LE un courrier daté du 20/4/2015 libellé comme suit :

*« Je vous fais parvenir ce courrier pour vous prévenir que ma reprise au travail se fera en date du 1^{er} mai 2015, ce dernier étant un jour férié tombant un vendredi, je serai présente dès le lundi 4 mai 2015.
Comme convenu lors de notre réunion avec le syndicat et Madame DI je reprendrai un travail adapté à mon état de santé et temps complet. ».*

Les parties sont, toutefois, en désaccord entre elles sur la date de reprise effective de ses activités, Madame GI prétendant qu'il lui fut demandé de ne reprendre le travail que le 07/05/2015 pour des raisons d'organisation alors que l'A.S.B.L. LE soutient que Madame GI a repris ses activités d'éducatrice le 04/05/2015.

Cela étant, un nouvel examen médical d'évaluation de santé pour le poste d'éducatrice fut réalisé en date du 7/5/2015 par le Docteur du service de prévention et de protection (A.S.B.L. CESI).

Suite à cet examen, un premier formulaire a été établi concluant que Madame G' avait les aptitudes suffisantes pour le poste concerné, soit celui d'éducatrice, sans que la moindre réserve ne soit formulée.

Par courrier du 8/5/2015, l'A.S.B.L. LE adressa, dès lors, le courrier suivant à Madame G' :

*« Par cette lettre, ce jour, je vous signifie la réception d'un formulaire d'évaluation de santé de la médecine du travail stipulant une reprise du travail sans incapacité et sans réserve dans votre emploi d'éducatrice.
Je ne peux vous attribuer qu'un emploi réparti comme suit : un mi-temps au service de logements supervisés et un mi-temps au service résidentiel.
Vous avez refusé cette proposition.
Je vous signale que ce refus peut être assimilé à un refus d'exécuter un ordre légitime de l'employeur. Ceci est susceptible d'être considéré comme un motif grave justifiant la résiliation du contrat de travail sans préavis ni indemnité.*



Je serai, par conséquent, contrainte de soumettre votre cas au conseil d'administration afin qu'il prenne toutes décisions qu'il jugera utiles, sauf si lundi vous me confirmez accepter les prestations proposées. »

Madame G^{...} répondit à l'A.S.B.L. LE^{...} par lettre du 2/6/2015, envoyée par recommandé le 5/6/2015 :

« Je reviens vers vous avec cette lettre, suite à votre courrier du 8/5/2015 me menaçant de licenciement pour motif grave.

En effet, j'aimerais savoir où en est mon dossier car je n'ai plus aucune nouvelle de votre part et ce malgré le courrier qui vous a été adressé par le CESI rectifiant le document de reprise de travail.

Vous n'êtes pas sans savoir que mon interruption de travail pour maladie se termine le 10 juin 2015 et je désirerais savoir dans quelles conditions vous comptez me réintégrer au sein de l'institution. »

Entretemps, un second formulaire d'évaluation de santé daté du 12/5/2015 fut établi suite au même examen médical du 7/5/2015, toujours par le Docteur R^{...}, aux termes duquel celui-ci recommanda que Madame G^{...} soit mutée définitivement à un poste ou une activité répondant aux recommandations suivantes : *« Apte à la reprise uniquement dans un poste adapté convenu par téléphone avec l'employeur : travail sans manutention lourde. Apte à l'encadrement des personnes autonomes dans les appartements. »*

Madame G^{...} fut reconnue en état d'incapacité de travail à partir du 10/05/2015.

Par courrier du 02/06/2015, elle interpella sa directrice sur les conditions de sa reprise de travail prévue le 10/06/2015.

Monsieur L^{...}, délégué régional du SETCA, adressa, ensuite, une lettre datée du 12/6/2015 à Monsieur MINSART, Président du Conseil d'Administration de l'A.S.B.L. LE^{...}, libellée comme suit :

« Par la présente, je sollicite un entretien en vue de rediscuter de la réintégration de Madame G^{...} sur base de notre entretien du 19 janvier dernier au sein de votre service en votre présence, ainsi que votre directrice, de Sébastien L^{...} (délégué syndical SETCA), de Madame G^{...} et de moi-même.

Dans la mesure du possible, ce nouvel entretien devrait s'organiser avant le 10 juillet 2015 puisque cette date est le dernier jour du certificat médical de l'intéressée.

Dans l'attente,... »



Monsieur MI répondit à Monsieur LI par lettre non datée reçue le 3/7/2015 :

« J'accuse réception de votre lettre du 12 juin dernier qui a fait l'objet d'une information lors de notre dernier conseil d'administration.

Dans l'état actuel de notre institution, nous ne pouvons proposer à Madame GI que la formule déjà discutée lors de notre entretien du 19 janvier dernier et confirmée à Madame GI le 8 mai dernier par lettre recommandée à savoir un mi-temps au service SLS en accord avec Madame C. qui a accepté de libérer un mi-temps, l'autre mi-temps ne pouvant être presté qu'au SRA ou au SAJA. Aucun poste administratif n'étant libre comme je vous l'ai déjà confirmé ainsi qu'à Madame G (...). »

Par courrier du 6/7/2015, Monsieur LEONET adressa un nouveau courrier à Monsieur MINSART en ces termes :

« Par la présente et comme convenu par notre contact téléphonique de ce vendredi 3 juillet 2015 et de ce lundi 6 juillet 2015, nous confirmons ce qui suit :

Françoise G, déléguée syndicale SETCA Charleroi, accepte (si l'avis médical le permet) de reprendre le travail aux conditions proposées par le Conseil d'Administration du F, c'est-à-dire que la prestation temps plein sera répartie par un mi-temps au SLS et l'autre mi-temps au SAJA.

L'orientation de notre déléguée vers ces deux services permet de respecter la recommandation médicale. Cette reprise étant naturellement conditionnée à l'avis médical du médecin conseil de la mutuelle et de la position de la médecine du travail. Je tiens à vous remercier pour votre soutien et je reste disponible. »

Toutefois, par lettre du 4/1/2016, Madame G⁺ fit savoir à l'A.S.B.L. LEI qu'elle souhaitait reprendre le travail en mi-temps médical :

« Suite à ma rencontre avec le médecin de la mutuelle, je désire reprendre le travail en mi-temps médical. J'ai donc reçu les documents nécessaires à ma reprise à la fin de mon incapacité c'est-à-dire le 31 janvier inclus.

Pourriez-vous prendre rendez-vous avec la médecine du travail pour que je puisse les rencontrer en vue d'avoir leur opinion quand à mon éventuel retour. »



L'A.S.B.L. LE répondit par lettre du 21/1/2016 ce qui suit :

*« Nous avons bien reçu votre courrier du 4 janvier 2016 concernant votre souhait d'obtenir un mi-temps médical à prester au .
Le Conseil d'Administration s'est réuni ce mercredi 20 janvier 2016 et il a décidé de refuser votre mi-temps médical.
Les circonstances au sein de l'entreprise ont changé et nous ne pouvons plus assurer votre réintégration dans l'équipe. »*

Par lettre du 25/1/2016, Madame G fit part à l'A.S.B.L. LE que dans la mesure où son certificat médical se terminait le 31 janvier 2016, elle serait présente le 1^{er} février 2016 à 8h30 et reprendrait ses fonctions de secrétaire, assistante en comptabilité, poste qu'elle occupait depuis le mois de mars 2011.

L'A.S.B.L. LE répondit par lettre du 26/1/2016 ce qui suit :

*« Nous avons bien reçu votre courrier du 25 janvier 2016 dans lequel vous précisez la fin de votre certificat médical pour le 31 janvier. Vous annoncez aussi votre reprise du travail pour le 1^{er} février.
Votre absence pour raison de maladie dépasse largement les 30 jours.
Pour rentrer au 1^{er} février, vous devez vous présenter munie du papier de la médecine du travail vous autorisant à reprendre le travail.
Pour ce faire, il vous faut un avis de votre médecin traitant pour pouvoir vous présenter auprès de la médecine du travail afin de vérifier vos aptitudes à la reprise dès le 1^{er} février 2016. (...)
Nous vous rappelons que votre fonction au sein de l'institution est éducatrice, poste de sécurité et de vigilance.
Nous nous étonnons que vous réclamiez un poste de secrétaire, assistante en comptabilité, poste qui n'existe évidemment plus depuis la reprise de ses fonctions par le sous- directeur administratif et comptable. »*

Madame G s'est ensuite présentée le 1^{er} février 2016 afin de reprendre le travail non pas en qualité d'éducatrice mais en qualité de secrétaire, assistante en comptabilité.

Par lettre du 1/2/2016, elle écrivit ce qui suit à l'A.S.B.L. LE :

*« Par la présente, je tenais à vous notifier que je me suis présentée à mon poste au terme de mon certificat médical en date du 1^{er} février 2016 à 8h19' pour reprendre ma fonction qui est depuis plus de 4 ans secrétaire, assistante en comptabilité.
Vous avez refusé de signer le document de reprise de travail que je devais remettre à ma mutualité ce jour.*



Par ailleurs, je vous rappelle que vous êtes dans l'obligation de me fournir du travail chose que vous avez refusé devant témoins.

J'ose espérer que vous trouverez la solution la plus adéquate possible en concordance avec les législations sociales. »

Par lettre du 1/2/2016, l'A.S.B.L. LE répondit que :

« Dans l'attente de l'avis de la médecine du travail, dont le rendez-vous pour l'examen de votre reprise est fixé ce vendredi 5 février à 11 heures, nous vous communiquons votre nouvel horaire.

Ce dernier est temporaire et fixé dans l'attente de l'avis médical du médecin du travail.

(...)

Cet horaire est fixé afin de vous remettre au courant, étant donné votre absence depuis plus d'une année pour raison de maladie. Vous occuperez la salle de réunion au 1^{er} étage de l'administratif. Vous pourrez prendre connaissance des cahiers contenant les rapports journaliers du SAJA et du SRA ainsi que les dossiers de toutes les nouvelles personnes adultes handicapées admises dernièrement et les comptes rendus des réunions d'équipe. »

Madame GF s'est ensuite présentée le 5/2/2016 à la médecine du travail afin de faire procéder à l'évaluation de ses aptitudes, non plus pour le poste d'éducatrice, mais pour le poste de « secrétaire au service comptabilité effectivement proposé/occupé à partir du 05/02/2016 ».

Le médecin du travail a conclu de cet examen que Madame GENOT présentait bien les aptitudes suffisantes pour le poste concerné.

Par lettre du 8/2/2016, Madame GF fit valoir à l'adresse de l'A.S.B.L. LE qu'elle ne se présentera pas à un nouvel examen médical auprès de la médecine du travail et qu'elle sera présente à son poste de secrétaire en comptabilité dès le 9 février 2016.

L'A.S.B.L. LE contesta la position de Madame GF par lettre du 9/2/2016 dans les termes suivants :

« Je fais suite à votre courrier du 8/2/2016 qui est formellement contesté. Vous n'occupez pas un emploi de « secrétaire en comptabilité » mais bien d'éducatrice dans notre institution qui héberge des adultes handicapés et occupez un poste de vigilance et à risque défini au sens de l'article 2 de l'arrêté royal du 28/5/2003 relatif à la surveillance de la santé des travailleurs.



Après votre période d'incapacité de travail de plus de 4 semaines, vous êtes soumise à un examen de reprise de travail obligatoire en application de l'article 35 du même arrêté royal.

C'est dans ces circonstances que vous avez été invitée à vous présenter chez le médecin du travail le 5 février 2016.

Il résulte toutefois du formulaire d'évaluation de santé non signé transmis par le C.E.S.I. que vous vous êtes présentée comme secrétaire au service comptabilité, soit une catégorie de travailleur non soumis à l'examen de reprise obligatoire de sorte que c'est la case C qui a été indûment remplie par le médecin du travail.

Cette attitude, qui consiste à induire le médecin du travail en erreur, en vantant une activité que vous n'exercez pas est inadmissible et je serai par conséquent contrainte d'en informer le Conseil d'Administration afin qu'il prenne à votre égard les mesures qui s'imposent.

Je prends bonne note de votre refus de vous présenter au nouvel examen obligatoire de reprise de travail pour occuper vos fonctions d'éducatrice.

Outre que ce refus, constitutif d'insubordination, sera également porté à la connaissance du Conseil d'administration, j'attire votre attention sur le fait que l'article 13 de l'arrêté royal du 28/5/2003 dispose en ce sens que : « Il est interdit aux employeurs de mettre ou de maintenir au travail des travailleurs qui se soustraient aux examens médicaux de prévention auxquels les assujettissent les dispositions du présent arrêté. » Dans ces circonstances, je ne peux pas vous autoriser à reprendre le travail aussi longtemps que vous ne vous soumettez pas à cet examen.

Je sou mets le litige au médecin inspecteur social de la Direction Générale Contrôle du bien-être au travail en application de l'article 96 de l'arrêté royal du 28/5/2003. Je réserve copie de la présente à votre organisation syndicale dans la mesure où vous avez signé le courrier du 8 février 2016 en qualité de déléguée syndicale. »

L'A.S.B.L. LE avisa la Direction Générale du contrôle du bien-être au travail par lettre du 9/2/2016 afin de lui soumettre le litige sur base de l'article 96 de l'AR du 28/5/2003 relatif à la surveillance de la santé des travailleurs.

Par lettre du 9/2/2016, Monsieur LI fit savoir à l'A.S.B.L. LE () ce qui suit :

« (...) Par la présente, nous confirmons un contact téléphonique avec le contrôle du bien-être du Hainaut. Lors de cet échange téléphonique, celui-ci me précise que la médecine du travail reste indépendante dans son avis et applique le droit social et médical en vigueur. Il est donc hors de question selon le contrôle du bien-être que votre employée, Madame G soit revue par la médecine du travail.



Madame GI est employée dans une fonction de secrétaire administrative et comptable depuis plus de trois années. Elle doit donc retrouver cette fonction comme le prévoit la législation sociale à la sortie de son incapacité.

Notre affiliée, par ailleurs déléguée syndicale, n'a pas à subir les conséquences de gestion financière pour le moins hasardeuse de l'A.S.B.L. I(...) »

Par ailleurs, par lettre recommandée du 10/2/2016, faisant suite au courrier de l'A.S.B.L. LE du 09/02/2016 adressé à son affiliée, Madame GI, Monsieur LE et Monsieur R (conseiller juridique du SETCA) ont mis en demeure l'A.S.B.L. LE de fournir à Madame G le travail convenu, en l'occurrence un travail de secrétaire assistante en comptabilité, en soutenant que :

« (...) S'il est exact que Madame GI exerçait une fonction d'éducatrice, cette fonction fut modifiée en mars 2011, époque à laquelle Madame GI accéda à la fonction de secrétaire assistante en comptabilité.

Sauf erreur, aucun écrit ne fut rédigé à cette occasion qui aurait, le cas échéant, limité cette modification de fonction dans le temps.

En droit, le contrat de travail de Madame G. s'en est donc trouvé modifié de fait par le phénomène de novation. Ainsi, de fait, la fonction de Madame GI est-elle devenue en mars 2011 celle de secrétaire assistante en comptabilité.

Cette fonction a par ailleurs été exercée par Madame GI sans interruption, jusque y compris la veille de son incapacité de travail.

Madame GI n'a en outre jamais repris une autre fonction que celle de secrétaire assistante en comptabilité. Au terme de son incapacité de travail, à sa reprise du travail, il est donc on ne peut plus cohérent et logique que Madame GI entende reprendre le travail convenu, la fonction qui est devenue la sienne, celle de secrétaire assistante en comptabilité.

Dans le cadre de cette fonction, aucun examen médical de reprise n'est prescrit par l'AR du 28/5/2003.

Ayant cependant été convoquée par vous auprès de la Médecine du Travail, Madame G s'y est présentée. A la question quelle fonction occupez-vous ? Eu égard à tout ce qui précède, elle a donc très logiquement répondu au médecin du travail : « secrétaire assistante en comptabilité ».

Le Médecin du Travail a donc examiné Madame GI dans le cadre de la fonction qui est la sienne, a rendu un avis, signé, contrairement à ce que vous avancez.

Il n'y a donc, en cela aucune tromperie, aucun dol qui puisse lui être reproché.



De même, Madame GI ne commet aucun acte d'insubordination en refusant de subir un nouvel examen médical de reprise dans le cadre d'une fonction qui n'est pas la sienne, qui n'est plus la sienne depuis 5 ans, confortée en cela par l'avis reçu des services du Contrôle du Bien-Etre.

Et donc pour Madame GI de maintenir à nouveau et pour autant que de besoin que sa fonction est celle de secrétaire assistante en comptabilité, fonction qu'elle vous prie de bien vouloir lui permettre d'exercer, comme la loi sur les contrats de travail vous y oblige, à savoir à fournir au travailleur le travail convenu aux temps et lieu convenus. »

Madame GE a continué à se présenter au travail pour effectuer les tâches de secrétaire, assistante en comptabilité, sans fournir de prestations, ce que l'A.S.B.L. LE (a fait constater par huissier de justice.

Après une réunion du 15/2/2016 et un nouvel échange de correspondances restés vains, Madame G. a mis en demeure l'A.S.B.L. LE (par lettre recommandée du 18/2/2016 de lui fournir le travail convenu de secrétaire assistante en comptabilité, dans un délai de cinq jours ouvrables, précisant qu'à défaut de ce faire, force lui serait de constater que l'A.S.B.L. LE (aura, par son attitude, manifesté « *clairement et indubitablement* » son intention de ne plus poursuivre la collaboration professionnelle, et de ce fait, mis fin au contrat de travail.

L'A.S.B.L. LE (lui répondit par lettre du 22/2/2016 en réitérant sa position, à savoir que :

- Madame G n'occupe pas un emploi de secrétaire en comptabilité, mais bien un emploi d'éducatrice,
- qu'il s'agit d'un poste de vigilance et à risque au sens de l'article 2 de l'AR du 28/5/2003 relatif à la surveillance de la santé des travailleurs,
- qu'en application de l'article 35 de cet arrêté royal, un examen médical de reprise du travail est obligatoire après une période d'incapacité de travail de plus de 4 semaines,
- qu'en vertu de l'article 13 dudit arrêté royal, il est interdit aux employeurs de mettre ou maintenir au travail des travailleurs qui se soustraient aux examens médicaux de prévention légalement requis.

Par lettre recommandée du 25/2/2016, Madame G a posé le constat, dans le chef de l'A.S.B.L. LE (d'un acte équipollent à rupture, rupture effective à la date de son courrier et lui a réclamé le paiement d'une indemnité compensatoire de préavis et de l'indemnité de protection prévue par la CCT du 17/12/2009.

En date du 26/2/2016, Madame GI (a eu un entretien avec le conseiller en prévention au C.E.S.I. suite à la plainte informelle pour harcèlement moral déposée le 15/02/2016.



L'A.S.B.L. LE C contesta les prétentions de Madame GI par lettre recommandée du 25/3/2016 dans les termes suivants :

« C'est à tort que vous vous prévaluez d'être secrétaire en comptabilité et pas éducatrice. Vous êtes éducatrice.

Vous avez remplacé Monsieur B. lorsqu'il a presté comme directeur. Vous avez été malade le 11/2/2014 après la reprise complète et définitive de ses fonctions par Monsieur B.

Vous avez repris le travail au 1^{er} mai 2015 avec un examen de reprise du travail comme éducatrice, daté du 7 mai 2015, et presté en qualité d'éducatrice. Vous êtes tombée malade le 11 mai 2015 jusqu'au 1^{er} février 2016.

Vous avez passé le vendredi 5 février 2016 un examen de reprise où vous avez frauduleusement prétendu être secrétaire en comptabilité. Vous avez refusé obstinément de vous présenter à un examen de reprise comme éducatrice.

La loi m'interdit de vous remettre au travail après une absence pour maladie de plus de 4 semaines. Or, vous vous êtes imposée chaque jour et toute la journée dans nos services, du 8 février 2016 au 25 février 2016, en provoquant par votre présence des perturbations.

J'ai fait constater par huissier votre présence inopportune et votre totale inoccupation.

Vous avez rompu votre contrat de travail en invoquant l'acte équipollent à rupture le 25 février 2016.

C'est à tort que vous prétendez : « vous m'êtes redevable d'une indemnité compensatoire de préavis calculé compte tenu de mon ancienneté et, du fait de cette rupture irrégulière de contrat, de l'indemnité forfaitaire prévue par la CCT du 17 décembre 2009 et ce, sans préjudice de toutes autres venant en réparation du préjudice réellement subi. »

Le formulaire C4 daté du 16/3/2016 mentionna que Madame GI avait été occupée au service de l'A.S.B.L. LE C du 18/1/2002 au 25/2/2016 et que le contrat de travail avait pris fin à l'initiative du travailleur le 25/2/2016.

2. Rétroactes de la procédure

Par requête déposée au greffe du tribunal du travail du Hainaut, division de Charleroi, le 21/02/2017, l'A.S.B.L. LE C a sollicité la condamnation de Madame G' à lui payer la somme de 14.400,36€ à titre d'indemnité compensatoire de préavis, à majorer des intérêts judiciaires à dater du dépôt de la requête introductive d'instance et ce jusqu'à parfait paiement, ainsi que les frais et dépens de l'instance.



Cette requête fut enregistrée sous le numéro de rôle général 17/920/A.

Par requête déposée au greffe du tribunal du travail du Hainaut, division de Charleroi, le 23/02/2017 et enregistrée sous le numéro de rôle général 17/949/A, Madame GI a postulé la condamnation de l'A.S.B.L. LE à lui payer :

A titre principal :

- la somme de 59.774,19 € bruts à titre d'indemnité compensatoire de préavis équivalente à 14 mois et 12 semaines de rémunération,
- la somme de 42.774,19 € bruts à titre d'indemnité de protection du délégué syndical de 12 mois de rémunération,
- la somme de 2.133,38 € à titre de dommages et intérêts pour perte de rémunération du 6 au 25/2/2016
- la somme de 21.387,09€ à titre de dommages et intérêts pour discrimination envers les personnes handicapées sur base de l'article 18, §2, 2° de la loi du 10/5/2007.

A titre subsidiaire :

- la somme de 59.774,19 € bruts à titre d'indemnité compensatoire de préavis équivalente à 14 mois et 12 semaines de rémunération,
- la somme de 2.133,38 € à titre de dommages et intérêts pour perte de rémunération du 6 au 25/2/2016,
- la somme de 13.983,86 € à titre d'indemnité pour licenciement manifestement déraisonnable correspondant à 17 semaines de rémunération.

Elle sollicitait, également, le bénéfice des intérêts légaux et judiciaires à dater du 25/02/2016 ainsi que celui des frais et dépens de l'instance et que le jugement à intervenir soit déclaré exécutoire par provision, nonobstant tout recours et sans caution.

Par jugement prononcé le 25/06/2018, le tribunal du travail du Hainaut, division de Charleroi, après avoir joint les causes enregistrées sous les numéros de rôle général 17/920/A et 17/949/A en raison de la connexité qui les unissait :

En la cause RG 17/949/A :

- dit la demande recevable mais non fondée en chacun de ses chefs ;

En la cause RG 17/920/A

- dit la demande recevable et fondée ;



- condamna Madame GE à payer à l'A.S.B.L. LE la somme de 14.400,36€ bruts à titre d'indemnité compensatoire de préavis, à augmenter des intérêts judiciaires au taux légal à dater du 21/02/2017, date du dépôt de la requête introductive d'instance au greffe ;
- condamna Madame GE à payer les frais et dépens de l'instance liquidés par l'A.S.B.L. LE la somme de 6.007,50€ ;
- dit qu'il n'était pas dérogé à l'article 1397 du Code judiciaire.

Madame GENOT Interjeta appel de ce jugement.

GRIEFS ELEVES A L'ENCONTRE DU JUGEMENT QUERELLE

Madame GI fait grief au premier juge d'avoir estimé, à tort, qu'elle devait reprendre ses fonctions d'éducatrice à l'issue de son incapacité de travail.

Elle relève qu'il est inexact et contraire au dossier de prétendre que les tâches administratives exercées par ses soins l'ont été dans le cadre d'un remplacement provisoire et partiel des fonctions de Monsieur B. et ce dans la mesure où ce dernier était appelé à remplacer Madame DE MI dans ses fonctions de directrice générale.

Ainsi, observe Madame GI, des tâches administratives (secrétariat, assistante en comptabilité) lui ont, en conséquence, été attribuées pour une durée indéterminée.

Elle estime que les parties ont eu la volonté certaine de nover en modifiant sa fonction sans la limiter dans le temps sans quoi l'A.S.B.L. LE aurait pris la précaution de la mentionner dans un écrit.

Madame GE indique que l'accord donné par Monsieur LE, par courrier du 06/07/2015, visait à sortir de l'impasse au sein de laquelle l'A.S.B.L. LE l'avait placée : il était, néanmoins, conditionné à l'avis médical du médecin-conseil de la mutuelle et du médecin du travail.

Elle estime qu'en refusant de faire suite à sa demande de mi-temps médical du 04/01/2016, l'A.S.B.L. LE a remis totalement en cause l'accord auquel avait dû se plier son syndicat agissant en son nom et pour son compte.

Madame GI fait, ainsi, observer que cet accord n'a, donc, pas pu sortir le moindre effet compte tenu de la demande de mi-temps médical conseillé par le médecin-conseil de la mutuelle et, d'autre part, n'avait pas pu recevoir la moindre exécution compte tenu du changement d'attitude dans le chef de son employeur.



Elle souligne, donc, que contrairement à ce qu'a estimé le tribunal, ce n'est pas contre toute attente qu'elle a annoncé, le 21/02/2016, qu'elle reprendrait ses fonctions de secrétaire assistante en comptabilité dès le 01/02/2016 et qu'elle s'est présentée le 05/02/2016 à l'examen médical afin de subir une évaluation de santé pour ce poste mais bien en raison de l'attitude de son employeur et du contexte décrit par Monsieur LEONET dans son attestation du 22/08/2018.

Madame GENOT considère que, dès le mois de novembre 2014, l'A.S.B.L. LE CHAF n'a plus entendu la réintégrer à quelque poste que ce soit, position confirmée dans son courrier du 21/01/2016 de telle sorte « qu'il y a eu, sans conteste, modification de la fonction de secrétaire résultant de la novation non limitée dans le temps par un écrit valable ».

En outre, ajoute-t-elle, l'employeur « a inexécuté fautivement le contrat de travail en refusant de lui fournir du travail sous quelque forme que ce soit (secrétaire voire éducatrice dans un poste adapté) » de telle sorte que la rupture du contrat lui est imputable.

Si la cour de céans ne devait pas conclure à l'existence d'un acte équipollent à rupture dans le chef de l'A.S.B.L. LE CHAF, Madame GENOT « demande d'apprécier la matérialité des manquements qu'elle invoque dans le chef de son ancien employeur » qui ont trait à deux obligations fondamentales inhérentes, à savoir, s'abstenir de toute modification d'un élément essentiel du contrat et veiller à assurer le respect entre les parties contractantes lesquelles se doivent des égards mutuels.

Elle relève qu'il ne peut lui être imputé la responsabilité de la rupture par le simple fait d'avoir constaté, même à tort, quod non, un acte équipollent à rupture dans le chef de son employeur dès lors que ce dernier a procédé à une modification unilatérale importante de ses fonctions qui a été aggravée par le manque d'égards et de bonne foi dont il s'est rendu coupable.

Madame GENOT considère, ainsi, que la conjonction des manquements de l'A.S.B.L. LE CHAF pendant 2 ans confère à ceux-ci le caractère de gravité requis pour prononcer la résolution judiciaire du contrat avenant entre les parties à la date du 25/02/2016 et lui octroyer la réparation qu'elle postule sous la forme de dommages et intérêts d'un montant de 59.774,19€ correspondant à l'indemnité compensatoire de préavis au taux légal depuis le 23/03/2017, date de l'acte introductif d'instance.

Elle sollicite, également, le bénéfice de l'indemnité protectionnelle liée à sa qualité de déléguée syndicale fixée à la somme brute de 42.774,19€ correspondant à la rémunération de 12 mois dès lors que l'A.S.B.L. LE CHAF est l'auteur de la rupture irrégulière de son contrat de travail.



Enfin, Madame GI postule la condamnation de l'A.S.B.L. LE (à lui verser la somme de 2.133,38€, à titre de dommages et intérêts pour perte de rémunération du 6 au 25/02/2016.

Elle sollicite la réformation du Jugement dont appel en toutes ses dispositions.

POSITION DE L'A.S.B.L. LE CHAF

L'A.S.B.L. LE CHAF Indique que, c'est à tort que Madame GE invoque la théorie de l'acte équipollent à rupture dès lors qu'aucun élément de son contrat de travail n'a fait l'objet d'une modification unilatérale et importante de sa part, la fonction exercée par Madame GI ayant toujours été celle d'éducatrice.

Elle conteste avoir mis fin à l'accord convenu entre parties le 06/07/2015 en refusant de faire droit à la demande de mi-temps médical lui adressée le 04/01/2016 par Madame GI : en effet, l'accord convenu prévoyait des prestations à temps plein.

L'A.S.B.L. LE (estime que c'est, dès lors, à juste titre qu'elle a exigé, lors de la reprise du travail par Madame GI le 01/02/2016, qu'elle se présente à un examen de reprise du travail puisque la fonction d'éducatrice est considérée comme « un poste de vigilance et une activité à risque » tels que définis à l'article 2 de l'AR du 28/05/2003.

Elle souligne que, lors de l'examen du 05/02/2016, Madame GI s'est, de mauvaise foi, à tort et en violation de l'accord intervenu entre parties, présentée comme secrétaire attachée à la comptabilité, soit une catégorie de travailleurs non soumise à l'examen de reprise obligatoire, situation qui l'a conduite à inviter Madame G. à se représenter à un examen médical de reprise conforme aux fonctions d'éducatrice qu'elle devait normalement exercer mais elle s'y refusa s'opposant, ainsi, à une ordre légitime de son employeur.

L'A.S.B.L. LE (indique, ainsi, avoir refusé à Madame GEI le droit de reprendre le travail aussi longtemps qu'elle ne se soumettait pas à un examen médical de reprise du travail.

Ainsi, selon elle, partant de ce constat, Madame GI doit être considérée comme l'auteur de la rupture unilatérale du contrat de travail sans préavis ni indemnité de telle sorte qu'elle est redevable de la somme de 14.400,36€ correspondant à 4,5 mois de rémunération.

Par ailleurs, la demande de résolution judiciaire est sans objet puisque Madame GE a mis fin au contrat de travail le 25/02/2016.



L'A.S.B.L. LE sollicite la confirmation du jugement dont appel en toutes ses dispositions.

DISCUSSION – EN DROIT

I. Fondement de la requête d'appel

1. Quant à la novation du contrat alléguée par Madame GENOT

Madame G soutient la thèse selon laquelle le contrat de travail originaire venu entre les parties aux termes duquel elle avait été engagée le 18/01/2002 en qualité d'éducatrice Classe I a fait l'objet d'une novation lorsqu'en raison de son état de santé déficient, il lui fut proposé, en mars 2011, d'assurer un travail administratif de secrétaire assistante en comptabilité en remplacement du titulaire de ce poste (Monsieur ' ') appelé à remplacer à mi-temps la directrice générale de l'institution laquelle s'était vue accorder le bénéfice d'une réduction de son temps de travail dans le cadre du régime Old-Timer s'apparentant au crédit-temps fin de carrière.

Il n'est pas contesté que ces fonctions de secrétaire assistante en comptabilité furent assumées par Madame G de mars 2011 à février 2014, moment où elle fut reconnue en état d'incapacité de travail.

Concomitamment à la suspension du contrat de travail de Madame G pour maladie, Monsieur B a repris, au début du mois de mars 2014, pleinement ses fonctions administratives et comptables après qu'il eût été contraint d'abandonner l'exercice de ses tâches de direction en remplacement de Madame DE et ce en exécution d'une décision prise par l'AWIPH après que l'agence eût constaté que Monsieur B ne possédait pas les titres requis pour pourvoir au remplacement de Madame D.

Madame G considère que les parties ont eu la volonté certaine de nover en modifiant ses fonctions ajoutant qu'il n'était pas dans leur intention de limiter cette fonction dans le temps ou de la conditionner au remplacement de Monsieur B, sans quoi, précise-t-elle, « l'employeur aurait pris la précaution de la mentionner dans un écrit », inexistant, en l'espèce, pour constater la modification des fonctions lui attribuées.

La cour de céans n'ignore pas qu'il est parfaitement loisible aux parties de « revoir » les termes de la convention qui les lie.



A cet égard, P. WERY distingue trois hypothèses bien précises (P. WERY, « Droit des obligations », Volume 1, Théorie générale du droit, 2^{ème} édition, 2011, p. 828) :

a) les parties procèdent à la résiliation conventionnelle du contrat initial qu'elles font suivre de la conclusion entre elles d'un nouveau contrat. Les deux conventions qui se succèdent sont indépendantes l'une de l'autre. Ainsi, l'annulation de la nouvelle ne fait-elle pas renaître de ses cendres le contrat primitif qui a été dissous.

b) la novation par changement d'objet :

Comme le précise P. WERY, « la novation ne se présument pas, il faut s'assurer que les parties ont bien l'intention de nover, « l'animus novandi ». Or, force est de constater qu'en pratique, lorsque les parties contractants apportent une modification à l'objet d'une obligation, elles s'expriment rarement sur la portée de ce changement.

Dans certains cas, il est vrai, la modification est d'une telle importance qu'elle doit aller de pair avec l'intention de nover. Nombreuses sont, toutefois, les hypothèses où la survie du lien obligatoire, primitif n'est pas inconciliable avec le changement décidé par les parties. Dans ces cas douteux, il faut par application de l'article 1273 du Code civil, considérer que le rapport primitif persiste sous réserve des modifications, des aménagements que les parties y ont apportées » (P. WERY, op. cit., p. 889).

Cette volonté commune des parties est au cœur même de la novation : elle en constitue l'élément essentiel.

A cet égard, la Cour de cassation a précisé, sans équivoque aucune, que « si l'intention de nover était un élément essentiel de toute novation et s'il était exact que les mots « annexe au contrat d'emploi » pouvaient suggérer une volonté de maintenir le contrat en vigueur, ces termes ne pouvaient, toutefois, prévaloir sur la volonté réelle des parties, manifestée par la nature même des stipulations nouvelles dont elles étaient convenues et qui avaient remplacé par des obligations différentes les obligations prévues audit contrat » (Cass., 24 avril 1978, R.D.S., 1978, p. 340).

La Cour de cassation a, également, souligné que « lorsqu'en matière de contrats de travail, il n'existait pas d'écrit constatant la convention opérant la novation, la preuve de cette convention pouvait être apportée par témoins ou présomptions même si le contrat de travail original avait été établi par écrit. La Cour ajouta que « le travailleur qui invoquait soit les modalités d'application d'un contrat de travail, soit les notifications de celui-ci, devait fournir la preuve de ses allégations » (Cass., 28 mai 1979, Pas., I, p. 1116).



c) la convention notificative « sensu stricto » :

L'accord renferme une modification conventionnelle au sens étroit du terme.

Comme le souligne P. WERY, « même si elles changent tel ou tel élément de la convention primitive, les parties n'en restent pas moins animées de la volonté de conserver cette relation contractuelle : il n'y a pas « d'anlmus novandi ». L'opération peut donc se définir comme suit : la modification conventionnelle est l'accord des volontés par lequel les parties à un contrat décident de modifier, en cours d'exécution de celui-ci, un ou plusieurs de ses éléments, tout en maintenant, pour le reste, la convention inchangée. Le principe de la liberté contractuelle ne laisse planer aucun doute sur la licéité de cette figure juridique (voyez : C. RENARD, E. VIEUJEAN et Y. HANNEQUART, « théorie générale des obligations », in « Les Nouvelles », tome IV, Bruxelles, Larcier, 1957, p. 72, n° 23 ; H. DE PAGE, « Traité élémentaire de droit civil belge », tome II, 3^{ème} édition, 1964, p. 409) : en effet, puisque les parties ont la liberté de « faire » et « défaire », il doit, également, leur être permis de modifier.

En principe, ce type de convention se conclut « solo consensu ».

Ces conventions modificatives au sens strict du terme sont fréquentes. Elles trouvent un terrain d'élection dans les changements que les parties peuvent apporter aux modalités de l'obligation.

Il est essentiel de distinguer novation et modification : la convention modifiée subsiste avec ses caractéristiques et ses garanties alors que l'obligation qui est novée disparaît avec ses particularités et ses attributs, conclut P. WERY (op. cit., p. 889).

En l'espèce, il appartient à Madame GI d'apporter la preuve, par toutes voies de droit, que les parties ont manifesté leur volonté certaine de nover lorsqu'elle s'est vue confier en mars 2011 de nouvelles fonctions (soit l'accomplissement d'un travail administratif de secrétaire assistante en comptabilité pour une durée indéterminée) en lieu et place de celles lui attribuées aux termes du contrat de travail originaire conclu avec effet au 18 janvier 2002 (éducatrice classe I).

Il est acquis, en tout état de cause, que Madame GI n'a pas pu remplacer, par « un contrat de remplacement » tel que visé par l'article 11 ter de la loi du 3 Juillet 1978, Monsieur B. appelé, quand à lui, à remplacer Madame DF qui avait sollicité une réduction de son horaire à mi-temps dans le cadre du régime Old-Time s'apparentant à un crédit de temps fin de carrière.



Aux termes de l'article 11 ter, en vue :

- 1) d'introduire une plus grande souplesse en ce qui concerne les conditions d'engagement et de licenciement des travailleurs salariés,
- 2) d'assurer une meilleure distribution du travail disponible et de faciliter l'engagement des travailleurs dont l'exécution du contrat est suspendue (Doc. Parl., Sénat, sess. 1984-1985, 757/1, pp 21 et 22),
 - a) est étendue à tous les travailleurs visés par la loi du 3 juillet 1978 la possibilité de conclure un contrat de remplacement qui, à l'origine, était exclusivement réservé aux employés ;
 - b) la conclusion d'un contrat de remplacement est permise dans tous les cas de suspension de l'exécution du contrat, sauf, toutefois, en cas de manque de travail résultant de causes économiques, d'intempéries, de grève ou de lock-out. Il s'ensuit que le contrat de remplacement peut être conclu chaque fois qu'un travailleur remplace un autre travailleur dont l'exécution du contrat est suspendue, hormis dans l'éventualité où cette suspension procède de l'une des autres exceptions précitées.

Très clairement, dès lors que le contrat de travail de Monsieur B/ n'a pas été suspendu, les parties ne disposaient pas de la possibilité juridique de conclure un contrat de travail de remplacement dans le cadre duquel Madame G se voyait confier de nouvelles fonctions.

Cette précision étant apportée, il appartient à la cour de céans de vérifier si, en l'espèce, les parties ont été animées de manière certaine et sans équivoque aucune de la volonté de nover en substituant à leurs relations contractuelles originales, par leur accord unilatéral, un nouveau contrat de travail faisant disparaître le contre de travail original avec ses particularités et ses attributs aux termes duquel Madame G s'est vue confier de nouvelles fonctions pour une durée indéterminée à savoir celles de secrétariat assistante en comptabilité, ou, au contraire, si les parties ont simplement convenu verbalement d'une modification temporaire des fonctions dévolues par le contrat de travail original devenu entre les parties dans le cadre d'un remplacement provisoire et partiel de Monsieur B.

L'examen des pièces du dossier des parties soumis à la cour de céans et le déroulement des faits ci-avant démontrent, en réalité, qu'il a été bien convenu par les parties que Madame G reprenne sa fonction d'éducatrice au sein de l'A.S.B.L. LE après sa période d'incapacité de travail se terminant le 27 octobre 2014 et, partant, qu'elles n'ont jamais été animées de l'intention de nover.



A l'instar du premier juge, la cour de céans entend épingle à ce sujet les éléments de fait suivants révélateurs de l'absence d' « animus novandi » :

- a) Madame GF a été en incapacité de travail continue du 7 février 2013 au 27 octobre 2014, date à laquelle elle a été remise au travail par une décision du médecin-conseil de son organisme assureur. Quand l'examen de reprise du travail est obligatoire (tel est le cas lorsque, comme en l'espèce, le travailleur est occupé à un « poste à risques » (le terme désigne les postes de sécurité, les postes de vigilance, les activités à risque défini et les activités liées aux denrées alimentaires, tels que défini à l'article 2 de l'arrêté royal du 28 mai 2003 relatif à la surveillance de la santé des travailleurs), il est obligatoirement soumis à une évaluation de santé destinée à vérifier s'il est apte à reprendre le travail. Si le travailleur se soustrait à l'examen médical obligatoire, la réglementation interdit à l'employeur de mettre ou de maintenir au travail ce travailleur (article 13 de l'arrêté royal du 28 mai 2003). Dans pareille hypothèse, l'exécution du contrat sera suspendue et l'employeur sera dispensé de rémunérer le travailleur pour les prestations non effectuées (M. DAVAGLE, « L'incapacité de travail de droit commun constatée par le médecin traitant ou par le médecin du travail et les obligations qui en découlent pour l'employeur et le travailleur », Eudes pratiques de droit social, Kluwer, 2013, p. 212, n° 483).

En date du 30 octobre 2014, Madame GE s'est présentée au service de médecine du travail. Le docteur R a complété le formulaire d'évaluation de santé pour le poste d'éducatrice (occupé à partir du 18 janvier 2002) en recommandant que Madame GF soit mutée vers un « poste adapté » (type administratif) « en évitant, les travaux de manutention lourde pour une durée de trois mois ».

En date du 17 novembre 2014, l'A.S.B.L. LE C porta à la connaissance du docteur R qu'aucun poste de type administratif ne pouvait être attribué à Madame GF, le seul poste administratif subventionné au sein de l'institution étant déjà occupé.

Le 30 janvier 2015, le médecin du travail adopta la même recommandation pour une deuxième période de trois mois.

En date du 7 mai 2015, Madame GF se présenta à la médecine du travail et le médecin du travail considéra que « Madame GF avait les aptitudes suffisantes pour le poste d'éducatrice ».

Cependant, un second formulaire fut complété ce jour-là par le même médecin (le docteur R prenant le contrepiéd du précédent aux termes duquel il déclara que Madame GF « était apte à la reprise uniquement dans un poste adapté convenu par téléphone avec l'employeur : travail sans manutention lourde. Apté à l'encadrement des personnes autonomes dans les appartements ».



Cet examen évaluait, également, son aptitude à la reprise de son activité d'éducatrice.

Madame GI ne reprit pas le travail dès lors qu'elle fut à nouveau reconnue en état d'incapacité de travail à partir du 12 mai 2015.

A aucun moment, Madame GI n'a contesté devoir se soumettre à un examen médical préalable à la reprise de son activité d'éducatrice dès lors qu'elle était invitée à reprendre un poste à risques.

- b) Suite aux recommandations émises par le médecin du travail les 30 octobre 2014 et 30 janvier 2015, et à l'absence de poste adapté de type administratif disponible au sein de l'institution gérée par l'A.S.B.L. LE (Madame G a été mise en chômage temporaire pour force majeure médicale durant les mois de novembre et décembre 2014, janvier, février, mars et avril 2015 jusqu'à sa reprise en charge par son organisme assureur en date du 12 mai 2015.

Madame GI n'a jamais émis la moindre contestation relative à sa mise en chômage temporaire pour force majeure médicale consécutive à l'impossibilité de lui attribuer un poste administratif ni formulé la moindre remarque à ce sujet.

Il tombe sous le sens que si Madame GI avait vu son contrat de travail originaire faire l'objet d'une novation portant sur l'objet des fonctions à assumer, elle n'aurait évidemment pas manqué d'en faire état en s'opposant formellement à cette mise en chômage temporaire pour force majeure médicale.

Madame GI fait grand cas d'une réaction de son permanent syndical, Monsieur LI, communiquée par courrier du 12 décembre 2014 adressé à l'A.S.B.L. LE : la lecture de cette lettre révèle simplement la volonté, dans le chef de ce permanent syndical, de voir son affiliée (Madame GI) être traitée avec humanité et non avec « légèreté ». A aucun moment, il n'est fait état d'une protestation relative à la nature exacte des fonctions exercées par Madame GI.

- c) En date du 6 Juillet 2015, l'organisation syndicale de Madame GI, par l'entremise de son délégué régional, Monsieur LI, confirmé l'accord de Madame GI portant sur la reprise de son travail aux conditions proposées par le conseil d'administration de l'A.S.B.L. LE à savoir que « les prestations à temps plein seraient réparties à concurrence d'un mi-temps au SLS (service des logements supervisés) et de l'autre mi-temps au SAJA (service d'accueil du jour pour adultes handicapés) Cet accord était, toutefois, conditionné à l'avis du médecin-conseil de son organisme-assureur et de celui du médecin du travail.



Le courrier du 6 juillet 2015 se clôturait par un mot de remerciement de Monsieur LI pour le « soutien » dont il a pu bénéficier de la part du président du conseil d'administration de l'A.S.B.L. LE C. Madame G demeura, toutefois, en état d'incapacité de travail jusqu'au 31 janvier 2016.

L'accord conclu entre parties ne prévoyait pas de mi-temps médical mais bien des prestations à temps plein de telle sorte que c'est tort et par une interprétation qui viole la foi due aux actes que Madame GE soutient aux termes de son courrier en réponse transmis le 21 janvier 2016 qu'en refusant de faire droit à sa demande de mi-temps médical adressée à l'A.S.B.L. LE C le 4 janvier 2016 et « en déclarant ne plus pouvoir assurer sa réintégration au sein de l'équipe », celle-ci aurait mis fin à l'accord convenu.

Contre toute attente, Madame GE a annoncé, par lettre du 25 janvier 2016 adressé à l'A.S.B.L. LE C qu'elle reprendrait ses fonctions de secrétaire assistante en comptabilité dès le 1^{er} février 2016.

A la réception de ce courrier, l'A.S.B.L. LE C fit valoir à l'adresse de Madame GI que sa fonction au sein de l'institution était celle d'éducatrice, soit un poste de sécurité et de vigilance qui imposait l'obligation de se soumettre à un examen pratiqué par le médecin du travail aux fins de vérifier ses aptitudes à la reprise conformément au prescrit de l'article 35 de l'arrêté royal du 28 mai 2003.

Lors de l'examen réalisé le 5 février 2016, Madame GI s'est présentée comme occupant à partir du 5 février 2016 le poste de « secrétaire au service de comptabilité » alors même que l'A.S.B.L. LE C lui avait rappelé, par courrier du 26 janvier 2016, que sa fonction était ce bien celle d'éducatrice.

Madame GI a, donc, frauduleusement modifié les informations relatives à sa situation réelle figurant sur le formulaire d'évaluation de santé suite à l'élaboration de la liste des postes à risques contenant l'identification nominative des travailleurs soumis à la surveillance de santé obligatoire (article 5 de l'arrêté royal du 28 mai 2003).

L'employeur ne peut supprimer le nom d'un travailleur inscrit sur la liste nominative de surveillance de santé, ni apporter aucune modification à cette liste sauf s'il a obtenu l'accord du médecin du travail et du CPPT. En cas de désaccord, l'employeur sollicite l'intervention du médecin-inspecteur du service du contrôle du bien-être, seul habilité à décider de modifier ou non cette liste (M. DAVAGLE, op. cit., p. 204, n° 451, article 7, § 1, A.R. 28/05/2003).



C'est dire qu'il était rigoureusement prohibé, dans le chef de Madame GI de solliciter unilatéralement auprès du médecin du travail le retrait de son nom de cette liste de travailleurs occupant un poste de sécurité et de vigilance transmise par l'A.S.B.L. LE C' au médecin du travail en y faisant substituer au regard de son nom un autre poste de travail qu'elle s'appropriait, selon ses dires, à occuper à partir du 5 février 2016.

Il n'est pas contestable que cette visite médicale avait été programmée par l'A.S.B.L. LE dans le cadre de l'examen obligatoire préalable à la reprise d'activité en qualité d'éducatrice par Madame GI (article 35 de l'arrêté royal du 28 mai 2003) et non, bien sûr, dans le cadre de la visite de pré-reprise du travail effectué par le médecin du travail formulée à la demande du travailleur telle qu'organisée par l'article 36 bis de l'arrêté royal du 28 mai 2003 et ouverte à tous les travailleurs et non seulement à ceux soumis à l'obligation de la surveillance de la santé des travailleurs.

Dans les faits, Madame G a, toutefois, transformé la visite médicale imposée aux travailleurs soumis à l'obligation de la surveillance de la santé en une visite de pré-reprise de travail après avoir invité le médecin du travail à changer le nom de la fonction sur le formulaire d'évaluation et à compléter indûment la case C en lieu et place de la case B.

Prenant acte du comportement illégal de Madame GI, l'A.S.B.L. LE (a, tout à la fois, invité celle-ci à se représenter à un examen médical de reprise conforme aux fonctions qu'elle devait normalement exercer, soit celles d'éducatrice, et dénoncé la situation au médecin-inspecteur de la direction générale du contrôle du bien-être au travail en application de l'article 96 de l'arrêté royal du 28 mai 2003.

Dès lors que Madame GI a refusé de se soumettre à un nouvel examen médical de reprise tel qu'exigé par l'article 35 de l'arrêté royal du 28 mai 2003, l'A.S.B.L. LE (s'est vue contrainte de faire application de l'article 13 de l'arrêté royal du 28 mai 2003 qui lui interdit de mettre ou de maintenir au travail un travailleur qui se soustrait à un examen médical obligatoire préalable à la reprise de ses activités en qualité de titulaire d'un poste de sécurité ou de vigilance de telle sorte que Madame GI ne saurait revendiquer le bénéfice de sa rémunération au cours de la période s'étendant du 1^{er} février 2016 au 25 février 2016 puisqu'elle n'a assuré aucune prestations (voyez les constats d'huissier de justice des 19 et 26 février 2016).

Il résulte de l'ensemble des développements qui précèdent que c'est à tort que Madame G. soutient qu'elle exerçait, au sein de l'A.S.B.L. LE (les fonctions de secrétaire assistante en comptabilité.



Le contrat de travail original conclu avec effet au 18 janvier 2002 et prévoyant l'occupation de Madame G en qualité d'éducatrice classe I a déterminé les droits et obligations des parties et ce même si celles-ci, suite à leur accord bilatéral, ont pu y apporter des aménagements provisoires en affectant, pendant la période de remplacement de Madame DI par Monsieur BA, Madame G à d'autres fonctions compte tenu de son état de santé fragilisé par la fibromyalgie dont elle souffrait.

Madame G persiste à prétendre que le contrat de travail original venu entre elles a fait l'objet d'une novation par changement d'objet portant sur les fonctions à assumer par ses soins mais force est de constater à la lumière des éléments de fait évoqués supra que les parties ont adopté un comportement qui a toujours exclu tout « animus novandi » dès lors qu'elles ont toujours été animées de la volonté de faire renaître la relation contractuelle originale après le retour de Monsieur BA à ses fonctions initiales lesquelles impliquaient la réintégration de Madame G au poste d'éducatrice. Toute autre interprétation se révèle inconciliable avec le comportement même adopté par Madame G lors de ses tentatives de reprise d'activité après la fin de son état d'incapacité de travail ainsi qu'avec l'accord dépourvu de toute ambiguïté. Exprimé le 6 juillet 2015 par Monsieur LE en sa qualité de délégué régional du SETCA, au nom et pour compte de son affiliée, Madame G (il est à noter que l'attestation non signée de Monsieur LE du 22 août 2018 ne permet pas de remettre en cause les termes mêmes de l'accord du 6 juillet 2015).

Il s'impose de déclarer l'appel de Madame G non fondé sur ce point.

I. 2. Quant au fondement de l'acte équipollent à rupture allégué par Madame G

Madame G prétend que l'A.S.B.L. LE « a modifié unilatéralement la fonction de secrétaire résultant de la novation non limitée dans le temps par un écrit valable » ajoutant que « la volonté de rompre le contrat de travail par l'employeur est, en conséquence, présumée ».

Elle ajoute « qu'elle n'a pas pu fournir de prestations de travail du 1^{er} février 2016 au 25 février 2016 compte tenu de l'attitude fautive de son employeur : il a, en effet, inexécuté fautivement le contrat de travail en refusant de fournir du travail sous quelque forme que ce soit (secrétaire, voire éducatrice dans un poste adapté) ».



En l'espèce, la cour de céans constate que, par courrier du 25 février 2016, Madame GF a invoqué, dans le chef de l'A.S.B.L. LE C, un acte équipollent à rupture « après avoir épinglé le refus persistant dans le chef de son employeur de lui fournir le travail convenu, comportement manifestant clairement son intention de ne pas poursuivre la relation professionnelle ».

Sur base des développements consignés au sein du chapitre I, 1 relatif à la novation du contrat de travail avenant entre parties, la cour de céans relève que l'A.S.B.L. LE C n'a pas modifié unilatéralement et de manière importante les fonctions attribuées à Madame GI.

On ne peut évidemment déduire du seul constat selon lequel l'employeur a refusé de permettre à Madame GI de reprendre l'exercice de ses activités d'éducatrice aussi longtemps qu'elle ne se soumettait pas à l'examen médical de reprise du travail tel qu'imposé par l'article 35 de l'arrêté royal du 28 mai 2003 une volonté de rompre le contrat de travail original avenant entre parties.

Ce faisant, l'A.S.B.L. LE C n'a fait que se soumettre aux dispositions réglementaires relatives à la santé des travailleurs fixées par l'arrêté royal du 28 mai 2003.

De même, le refus manifesté par l'A.S.B.L. LE C de confier à Madame GI le poste de secrétaire assistante en comptabilité, après le retour de Monsieur B/ dans ses fonctions originales, était justifié par l'absence de novation du contrat original, situation qui dénie toute faute au comportement adapté par l'A.S.B.L. LE C.

En invoquant à tort un acte équipollent à rupture dans le chef de l'A.S.B.L. LE C, Madame GI est devenue l'auteur de la rupture du contrat de travail et est redevable à cette dernière de l'indemnité compensatoire de préavis sanctionnant, in fine, une démission sans préavis ni indemnité (B. PATERNOSTRE et M.C. PATERNOSTRE, « Modification des contrats de travail par l'employeur ; état de la question », Ors. 20019/6, p. 2 et ss et spécialement p. 24).

Madame GI est, dès lors, redevable envers l'A.S.B.L. LE C d'une indemnité compensatoire de préavis correspondant à 4,5 mois de rémunération (application conjointe des articles 37/2, § 2 et 39 de la loi du 03/07/1978), soit la somme brute non contestée de 14.400,36€.

L'appel de Madame GI est non fondé.



I. 3. Quant à la résolution judiciaire du contrat

Madame GI [redacted] indique que si la cour de céans ne devait pas retenir l'acte équipollent à rupture dans le chef de l'A.S.B.L. LE [redacted], tel qu'invoqué par ses soins aux termes de son courrier du 25 février 2016, elle demande à la cour d'apprécier la matérialité et la gravité des manquements dont s'est rendu coupable son ancien employeur dès lors qu'elle conteste être l'auteur de la rupture du contrat de travail.

Elle considère que la conjonction des manquements reprochés à son ancien employeur (modification unilatérale d'un élément essentiel du contrat couplée à son manque de respect et d'égards à son encontre) confère à ceux-ci le caractère de gravité requis pour prononcer la résolution judiciaire du contrat de travail à la date du 25 février 2016.

La cour de céans ne peut, à cet égard, manquer de relever que la rupture du contrat de travail a été consommée suite à l'invocation à tort par Madame GI [redacted] d'un acte équipollent à rupture dans le chef de l'A.S.B.L. LE [redacted], avec effet au 25 février 2016.

Dès lors que le contrat de travail a été rompu le 25 janvier 2016, jour où Madame GI [redacted] a constaté faussement la réunion des éléments constitutifs de l'acte équipollent à rupture dans le chef de l'A.S.B.L. LE [redacted] la demande de résolution judiciaire est sans objet.

L'appel de Madame G [redacted] doit être déclaré non fondé sur ce point.

I. 4. Quant au fondement du chef de demande portant sur l'indemnité protectionnelle liée à son statut de déléguée syndicale.

Dès lors que Madame GI [redacted] est l'auteur de la rupture du contrat de travail advenu entre parties, elle ne saurait prétendre au bénéfice de l'indemnité forfaitaire due par l'employeur qui licencie un délégué syndical en violation de la réglementation prévue par la CCT du 17 décembre 2009 relative au statut de la délégation syndicale.

L'appel de Madame GI [redacted] doit être déclaré non fondé quant à ce.

I. 5. Quant au chef de demande originaire portant sur les dommages et intérêts pour discrimination envers les personnes handicapées.

A l'appui de sa requête d'appel, Madame GI [redacted] ne développe pas le moindre moyen en rapport avec ce chef de demande invoqué devant le premier juge de telle sorte que la cour de céans se doit de considérer qu'elle l'a abandonné de manière implicite mais certaine en degré d'appel.



II. Quant aux dépens des deux instances.

Dès lors que Madame GF et son époux ont été admis au bénéfice de la procédure en règlement collectif de dettes par ordonnance du 29 novembre 2016 prise par le tribunal du travail du Hainaut, division de Charleroi, il s'impose de faire droit à la demande de Madame G en fixant l'indemnité de procédure due pour chaque instance à son montant minimum, soit la somme de 1.200 € dans la tranche comprise entre 100.000,01 € et 250.000 €.

En effet, la capacité financière de Madame GE est limitée (article 1022, alinéa 3, du Code judiciaire).

Le jugement dont appel doit être réformé en ce qu'il a fixé à 6.007,50 € le montant de l'indemnité de procédure due pour l'instance mue devant le tribunal du travail.

PAR CES MOTIFS,

La cour du travail,

Statuant contradictoirement,

Vu la loi du 15 juin 1935 sur l'emploi des langues en matière judiciaire, notamment l'article 24 ;

Déclare la requête d'appel recevable mais non fondée ;

Confirme le jugement dont appel en toutes ses dispositions sauf en ce qu'il a fixé à la somme de 6.007, 50 € l'indemnité de procédure de première instance ;

Réforme le jugement dont appel uniquement sur ce point (dépens de première instance) ;

Emendant et faisant ce que le premier juge eut dû faire, condamne Madame GF à l'indemnité de procédure minimale due pour la procédure de première instance, soit la somme de 1.200 € ;



Condamne Madame GF à aux frais et dépens de l'instance d'appel taxés par la cour de céans à l'indemnité de procédure minimale due, soit la somme de 1.200 € ainsi qu'à la contribution de 20 € pour le Fonds d'aide juridique de deuxième ligne.

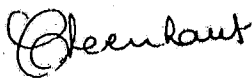
Ainsi jugé par la 1^{ère} chambre de la Cour du travail de Mons, composée de :

Xavier VLIEGHE, président,
Jacques DELROISSE, conseiller social au titre d'employeur,
Raymond AUBRY, conseiller social suppléant au titre de travailleur employé,

Assistés de :
Chantal STEENHAUT, greffier,

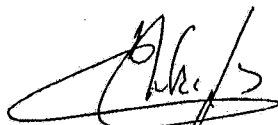
qui en ont préalablement signé la minute.

Le greffier,

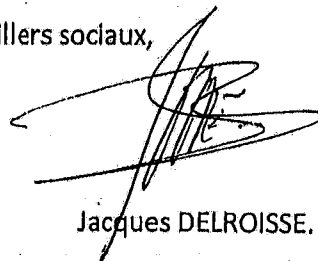


Chantal STEENHAUT.

Les conseillers sociaux,



Raymond AUBRY.



Jacques DELROISSE.

Le président,



Xavier VLIEGHE.



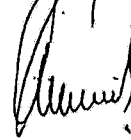
et prononcé en langue française, à l'audience publique du 15 novembre 2019 par Xavier VLIEGHE, président, avec l'assistance de Chantal STEENHAUT, greffier.

Le greffier,



Chantal STEENHAUT.

Le président,



Xavier VLIEGHE.

