

TRIBUNAL DU TRAVAIL DE LIEGE DIVISION DE DINANT

AUDIENCE DU 20 MARS 2017

Rép. 17/

2^{ème} chambre

R.G.15/1317/A
CIV. 3370/16

Le jugement suivant a été prononcé :

| |
|----------------------|
| EN CAUSE DE : |
|----------------------|

Madame M
domiciliée à

Ayant pour conseil et comparaissant par Maître Simon PALATE, avocat à 5000 Namur, rue Henri Lemaître, 78/1.

PARTIE DEMANDERESSE

| |
|-----------------|
| CONTRE : |
|-----------------|

L'ASSOCIATION SANS BUT LUCRATIF
, BCE n°, dont le siège social est établi à

Ayant pour conseil et comparaissant par Maître Raphaël PAPART, avocat à 5520 Onhaye, Place Collignon, 13.

PARTIE DEFENDERESSE

JUGEMENT

Vu la requête contradictoire reçue au greffe le 14.12.2015;

Vu l'ordonnance de fixation rendue sur pied de l'article 747§1er du Code judiciaire datée du 19.01.2016 pour l'audience du 19.12.2016;

Vu les conclusions de synthèse de la partie demanderesse reçues au greffe le 18.10.2016;

Vu les conclusions de synthèse de la partie défenderesse reçues au greffe le 14.11.2016;

Vu le dossier de pièces de chaque partie;

Vu le procès-verbal d'audience ;

Vu les dispositions de la loi du 15 juin 1935 relative à l'emploi des langues en matière judiciaire ;

Aucune conciliation préalable, telle que prévue à l'article 734 du Code judiciaire, n'a pu être établie ;

Après avoir, à l'audience publique du 19.12.2016, entendu les parties en leurs explications, le Tribunal a déclaré les débats clos, reporté la cause au 19.01.2017 pour permettre le dépôt au greffe de l'avis écrit de Madame l'Auditeur et au 17.02.2017 pour permettre aux parties d'y répliquer; à cette date, la cause a été prise en délibéré pour qu'il soit statué à l'audience de ce jour.

Vu l'avis écrit de Mme l'Auditeur reçu au greffe le 18.01.2017 ;

Vu les répliques de la partie défenderesse reçues au greffe le 16.02.2017 ;

Vu les répliques de la partie demanderesse reçues au greffe le 17.02.2017.

I. OBJET ET RECEVABILITE DE L'ACTION

Sur bases de ses conclusions de synthèse, la partie demanderesse postule la condamnation de la partie défenderesse:

- à lui payer une somme de 10.364,83€ bruts à titre d'indemnité compensatoire de préavis égale à 3 mois et 9 semaines de rémunération, à majorer des intérêts moratoires au taux légal à dater du 12.06.2015
- à lui payer une somme de 12.249,36€ à titre d'indemnité due en raison de la discrimination sur base de la loi du 10.05.2007 ou subsidiairement, la somme de 8.009,21€ à titre d'indemnisation du caractère manifestement déraisonnable du licenciement, à majorer des intérêts moratoires au taux légal à dater du 12.06.2015
- à lui payer une somme de 5.000€ à titre de dommages et intérêts pour licenciement abusif, à majorer des intérêts compensatoires au taux légal à dater du 12.06.2015
- à lui délivrer une fiche de paie rectifiée pour le mois de juin 2015, dans le mois de la signification du jugement à intervenir, sous peine d'une astreinte de 50€ par jour de retard
- au paiement des frais et dépens de l'instance, en ce compris l'indemnité de procédure liquidée à la somme de 3.600€ ou subsidiairement à la somme de 2.400€
- outre l'exécution provisoire du jugement à intervenir nonobstant tout recours et sans caution ni cantonnement

La demande est recevable.

II. ANTECEDENTS DE LA CAUSE

Madame M., née le 20.05.1987 est entrée au service de la partie défenderesse - qui exploite une maison de repos et de soins - en date du 15.10.2012, dans le cadre d'un contrat de travail d'employé conclu à durée indéterminée et à temps partiel (28 heures par semaine) pour y exercer les fonctions d'infirmière A2 (pièce 1 du dossier du défendeur).

Un avenant du 26.02.2014 augmente le temps de travail de 5 heures par semaine dans le cadre d'un remplacement pour une durée déterminée de 3 mois (pièce 2 du défendeur).

Par un avenant du 26.06.2014, cette augmentation du temps de travail est prévue, à dater du 01.07.2014, pour la durée de l'écartement d'une collègue (pièce 3 du défendeur).

Les dernières fiches de paie font état d'un temps partiel de 28.50 heures par semaine (pièce 1 du demandeur).

En page 2 de ses conclusions de synthèse, l'employeur précise que la demanderesse prestait essentiellement de nuit.

Madame M. est en incapacité de travail à partir du 24.01.2015 et jusqu'au 09.02.2015 (fracture d'un orteil) (pièce 2 du demandeur)

L'incapacité est prolongée par certificat médical du 10.02.2015 jusqu'au 01/03/2015 (pièce 3 du demandeur)

Elle est en incapacité le 11.04.2015 (pièce 6 demandeur).

Un certificat d'incapacité de travail est établi du 11 au 17.04.2015 par un gynécologue (pièce 31 du dossier du défendeur).

De même du 20 au 26.05.2015 (pièce 7 du demandeur, certificat médical établi par un gynécologue), du 30.05.2015 au 02.06.2015 (pièce 8, incapacité suite à la fracture d'un orteil) en lieu et place d'un certificat allant jusqu'au 12.06.2015 et ce, en vue de transformer cette période d'incapacité en période de vacances annuelles (pièce 9 du demandeur) avec réception et accord sur ce changement de la part de l'employeur (pièce 10 du demandeur).

Madame M. est en incapacité de travail du 11.06.2015 au 15.07.2015 inclus (pièce 12 du demandeur).

Une attestation médicale établie le 19.10.2015 par le médecin qui a prévu l'incapacité du 11.06.2015 au 15.07.2015, atteste d'un suivi médical entre le 28.05 et le 12.06.2015 suite à un *burn out* en lien avec le travail (pièce 20 du demandeur).

Une attestation médicale du 30.11.2015 fait état d'un suivi depuis 2013 pour une procréation médicale assistée (PMA) avec intervention entre janvier et mai 2015 (pièce 21 du demandeur).

Une offre d'emploi pour un poste d'infirmière est en ligne depuis janvier 2015 (pièce 5 du demandeur qui concerne le C. avec mention de l'ancien directeur) et en mars 2015 (pièce 23 du demandeur, pour un poste d'infirmier/ère de jour et/ou de nuit).

Madame M. est licenciée par courrier recommandé du 12.06.2015 pour motif grave, en fin de journée, au motif d'une accumulation de fautes (pièces 4 et 5 du défendeur et 13 du demandeur).

Les manquements sont les suivants : « évaluation négative, négligence grave, non – exécution d'une procédure mise en place par le médecin coordinateur, harcèlement moral, refus de se soumettre à un contrôle médical ».

Le syndicat de Mme M. a contesté ce licenciement sur la forme et le fond par courrier du 30.07.2015 et du 11.09.2015 (pièces 6 et 8 du dossier du défendeur et pièces 16 et 18 du demandeur).

L'employeur a maintenu sa position dans un courrier adressé en réponse le 06.08.2015 et le 15.09.2015 (pièces 7 et 9 du défendeur et pièces 17 et 19 du demandeur).

L'employeur produit :

- en pièce 10 : un avis au personnel daté du 04.07.2013 relativement à un cas de gale au sein du C (invitation du médecin coordinateur à une séance d'information ou à prendre contact directement)
- en pièce 11 : une note au dossier (n°1) de Mme M. datée du 08.07.2013 relativement au défaut de prise de contact de Mme M. suite à l'avis du 04.07.2013 et au dépassement du délai de prévention et de prophylaxie
- en pièce 12 : une note au dossier (n°2) de Mme M. du 09.07.2013, confirmation du défaut de tout contact avec Mme M. suite à cet avis du 04.07.2013, nonobstant plusieurs messages laissés sur son répondeur
- en pièce 13 : une remarque (n°1) au dossier de Mme M. en date du 23.09.2013 relativement à l'état d'une patiente le matin suite à un manquement des 2 veilleuses de nuit, dont Mme M.
- en pièce 14 : un rapport d'entretien du 08.07.2014 entre une aide soignante et l'infirmière chef quant à l'attitude de Mme M. à son égard (surveillance intempestive de son travail)
- pièce 15 : un rapport d'entretien du 11.08.2014 entre les mêmes personnes quant au suivi de ce problème (l'aide – soignante exprimant du stress mais ne souhaitant pas entrer en conflit)
- en pièce 16 : une note au dossier de Mme V.M., aide-soignante, du 12.11.2014 qui termine une nuit avec Mme M., elle est en pleurs, suite à l'attitude harcelante de cette dernière
- en pièce 17 : une remarque (n°2) au dossier de Mme M. datée du 12.11.2014, Mme M. se plaint du comportement de Mme V.M.
- en pièce 18 : un rapport d'entretien du 17.11.2014 entre Mme V.M., aide – soignante et le responsable du personnel relativement à la difficile collaboration de travail entre Mme M. et elle – même
- en pièce 19 :un rapport d'entretien du 21.11.2014 avec Mme M. sur le même sujet, à l'initiative de Mme M.
- en pièce 20 : une remarque (n°3) au dossier de Mme M. du 08.12.2014 qui avait oublié de retirer un garrot suite à une prise de sang ; la pièce 21 étant la feuille de rapport de cette patiente et la pièce 22 étant une attestation médicale

relative à cet incident

-en pièce 23 : un rapport unilatéral d'évaluation du 03.04.2015

-en pièce 25 : une attestation non datée (non conforme au Code Judiciaire) de Mme VM.

-en pièce 37 : une attestation du 31.03.2016 (non conforme au Code Judiciaire) de Mme N.B. quant à la période d'incapacité du 30.05.2015 au 12.06.2015

La partie demanderesse produit une attestation de Mr K.B.J., époux de la demanderesse, du 23.09.2016 relativement aux circonstances de fait entourant l'incapacité signalée à partir du 12.06.2015 (pièce 26 du demandeur).

Mme V.M., aide – soignante, a quitté son emploi en janvier 2015.

IV. DISCUSSION

A. QUANT AU CHEF DE DEMANDE RELATIF A L'INDEMNITE COMPENSATOIRE DE PREAVIS

1° REPECT DU DELAI ET DES FORMES PREVUS PAR L'ARTICLE 35 DE LA LOI SUR LE CONTRAT DE TRAVAIL

A) RAPPEL DES PRINCIPES

L'article 35 de la loi du 3 juillet 1978 sur le contrat de travail précise :

" Chacune des parties peut résilier le contrat sans préavis ou avant l'expiration du terme pour un motif grave laissé à l'appréciation du juge et sans préjudice de tous dommages-intérêts s'il y a lieu.

Est considérée comme constituant un motif grave, toute faute grave qui rend immédiatement et définitivement impossible toute collaboration professionnelle entre l'employeur et le travailleur.

Le congé pour motif grave ne peut plus être donné sans préavis ou avant l'expiration du terme, lorsque le fait qui l'aurait justifié est connu de la partie qui donne congé, depuis trois jours ouvrables au moins.

Peut seul être invoqué pour justifier le congé sans préavis ou avant l'expiration du terme, le motif grave notifié dans les trois jours ouvrables qui suivent le congé.

A peine de nullité, la notification du motif grave se fait soit par lettre recommandée à la poste, soit par exploit d'huissier de justice.

Cette notification peut également être faite par la remise d'un écrit à l'autre partie.

La signature apposée par cette partie sur le double de cet écrit ne vaut que comme accusé de réception de la notification.

La partie qui invoque le motif grave doit prouver la réalité de ce dernier; elle doit également fournir la preuve qu'elle a respecté les délais prévus aux alinéas 3 et 4"

Le Tribunal saisi d'un litige sur cette base doit donc vérifier:

-d'office, sauf à vérifier, au préalable, si cet article n'avait pas fait l'objet d'une renonciation valable¹, le respect du double délai de 3 jours c'est-à-dire le délai pour donner le congé (dans les 3 jours ouvrables de la connaissance du fait à l'origine du motif grave) et le délai pour notifier, selon les modalités prévues, les motifs invoqués pour justifier la rupture : le délai commence à courir à partir du moment où l'auteur du congé a une certitude suffisante de l'existence des faits reprochés à l'autre partie et des circonstances de nature à leur attribuer le caractère de motif grave.²

- la précision des motifs invoqués au titre de motif grave :

« Les motifs graves de nature à justifier un congé sans préavis doivent être exprimés dans la lettre de congé de manière, d'une part, à permettre à la partie qui a reçu le congé de connaître les faits qui lui sont reprochés et, d'autre part, à mettre le juge à même d'apprécier la gravité du motif invoqué et de vérifier s'il s'identifie avec celui qui est allégué devant lui. »³

-le congé doit porter sur au moins un fait constitutif de faute dont l'auteur du congé a eu connaissance dans les trois jours qui le précèdent. La Cour de cassation a considéré que «dès lors qu'il refuse le caractère de faute aux faits qui précèdent de trois jours ouvrables ou moins le congé pour motif grave, l'arrêt n'a pas à examiner les faits qui se situent plus de trois jours ouvrables avant ledit congé : ceux-ci ne sont pas susceptibles d'avoir une incidence sur la gravité d'un comportement dont le caractère fautif est dénié»⁴

- en cas de contestation, il appartient à l'employeur d'établir le moment de la prise de connaissance de ceux-ci en apportant des éléments de preuve suffisamment probants à charge pour le destinataire du congé d'apporter la preuve contraire d'une prise de connaissance antérieure ; en cas de doute, il sera considéré que l'employeur n'apporte pas la preuve requise⁵

-l'auteur du congé doit disposer du pouvoir de donner congé en qualité de titulaire ou de mandataire du titulaire de ce droit

¹Cass., 22/05/2000, Pas, 2001, p.943 («Attendu qu'aux termes de l'article 35, alinéas 3 et 4, de la même loi, le congé pour motif grave ne peut plus être donné sans préavis ou avant l'expiration du terme lorsque le fait qui l'aurait justifié est connu de la partie qui donne congé depuis trois jours ouvrables au moins et peut seul être

invoqué pour justifier le congé sans préavis ou avant l'expiration du terme, le motif grave notifié dans les trois jours ouvrables qui suivent le congé ;Que cette disposition est impérative en faveur du travailleur et de l'employeur, donc du demandeur ;Attendu que, partant, la cour du travail était tenue d'examiner l'application de cette disposition, dans le respect des droits de la défense des parties, même si le demandeur s'était abstenu de faire état de celle-ci dans un premier temps ») et C.T. Mons, 29/06/2011, RG n°2010/AM/326 cité dans BSJ n°463, nov, 2011-1 p.6

² V.VANNES, "Le contrat de travail : aspects théoriques et pratiques", BXL, Bruylant, 1996, pages 655 et suivantes

³ Cass. 24/03/1980, Pas. 1980, I p. 900 ; B.PATERNOSTRE, « La précision du motif grave ... Le clair ou l'obscur ?» in LE CONGE POUR MOTIF GRAVE, Notion, évolutions, questions spéciales, Anthémis, 2011, pages 141 et suivantes

⁴ Michel DUMONT, « Le double délai de trois jours : la gageure d'aller vite tout en prenant le temps de la réflexion» in LE CONGE POUR MOTIF GRAVE, Notion, évolutions, questions spéciales, Anthémis, 2011, page 71 qui cite Cass., 27 novembre 1989. J.L.M.B., 1990. p. 654 et obs. J. CLESSE ; Cass. 11 septembre 2006. Chron. D.S . 2007, p. 275 ; C. trav. Liège (4è ch.), 16 mai 1991. R.G. n° 11 425/84.

⁵ Idem, ibid., pages 71 et 73

B) EN L'ESPECE

La partie demanderesse soulève l'imprécision des motifs mentionnés dans la lettre de rupture : seuls des termes généraux sont utilisés, sans aucune date ou détail des faits.

Le délai de trois jours ne peut être vérifié.

La partie défenderesse soutient que la partie demanderesse ne pouvait se méprendre sur les faits qui lui sont reprochés et que le dernier fait a été constaté le 11.06.2015 s'agissant du refus de se soumettre à un contrôle médical.

Le tribunal

Les termes utilisés par l'employeur sont les suivants : « *évaluation négative, négligence grave, non – exécution d'une procédure mise en place par le médecin coordinateur, harcèlement moral, refus de se soumettre à un contrôle médical* », le dernier fait s'étant produit le 11.06.2015 selon l'employeur.

La jurisprudence de la Cour de Cassation, la doctrine et la jurisprudence des juridictions de fond, sur base du texte de loi et de sa *ratio legis*, permettent de relever l'exigence suivante quant à l'énoncé des motifs : les motifs doivent être énoncés de manière telle que le destinataire sache avec exactitude ce qui lui est reproché afin qu'il puisse se défendre utilement et que le juge puisse vérifier la concordance entre ces faits et ce qui est allégué devant lui dans le cadre d'un débat judiciaire ultérieur.

Un licenciement décidé en date du 12.06.2015 sur base de motifs rédigés en termes très généraux dont l'employeur soutient *a posteriori* qu'il s'agit de griefs remontant à juillet 2013, septembre 2013, juillet 2014, décembre 2014 et enfin au 11.06.2015, ne permet ni au travailleur de cerner l'exactitude de ce qui lui est reproché, ni au juge de procéder au contrôle qui s'impose.

Le libellé « *évaluation négative* », « *négligence grave* », « *non – exécution d'une procédure mise en place par le médecin coordinateur* », sans aucune autre référence, ne permet pas de considérer que la notification vise un évènement précis et certain, sans que le travailleur ou le tribunal puisse se méprendre sur le fait invoqué, son objet et sa gravité.

Cette notification ne permet pas de connaître directement ni même indirectement ce qui est reproché au travailleur.

La notification ne contient pas le minimum d'éléments requis pour cerner la nature des griefs invoqués.

L'employeur soutient que la demanderesse a été convoquée pour discuter de chacun des motifs évoqués au fur et à mesure des évènements : il n'y a pas eu, avant le licenciement, de mise au point qui permettrait de se référer sans doute possible à des faits précis.

Il en va de même pour le dernier fait « *refus de se soumettre à un contrôle médical* » en cours d'exécution d'un contrat de travail qui est marqué par plusieurs périodes d'incapacité de travail : aucune circonstance ne permet de rattacher ce grief à la date du 11.06.2015.

L'employeur ne peut, *a posteriori*, suppléer à cette imprécision en fournissant un dossier de pièces évoquant un fait précis qui correspond aux griefs invoqués : une « négligence grave » ne correspond pas nécessairement à un fait qui s'est produit le 23.09.2013 ou le 08.12.2014 au regard des pièces produites *a posteriori*.

Le licenciement n'est donc pas régulier dans la forme.

2° FONDEMENT DU MOTIF GRAVE

A) RAPPEL DES PRINCIPES

L'article 35 de la loi du 3 juillet 1978 sur le contrat de travail précise :

"Chacune des parties peut résilier le contrat sans préavis ou avant l'expiration du terme pour un motif grave laissé à l'appréciation du juge et sans préjudice de tous dommages-intérêts s'il y a lieu.

Est considérée comme constituant un motif grave, toute faute grave qui rend immédiatement et définitivement impossible toute collaboration professionnelle entre l'employeur et le travailleur.

Sur base de cette définition légale, la Cour de Cassation, notamment dans un arrêt du 23.10.1989 (JTT 1989, page 432) a souligné que les motifs graves qui permettent de rompre le contrat sans préavis ou avant l'expiration du terme sont des faits qui doivent pouvoir être considérés comme fautifs et imputés en tant que tels au travailleur personnellement.

Ainsi, " *la décision de rompre le contrat est une sanction qui ne peut s'appliquer qu'en regard de la gravité de la faute commise. Cette mesure doit donc être proportionnelle au fait. La doctrine et la jurisprudence rappellent régulièrement que cette sanction ne peut être qu'exceptionnelle et plus particulièrement que l'employeur doit agir avec modération ou pondération, sans précipitation ou réaction excessive. Le principe civiliste de l'exécution de bonne foi des conventions trouve ainsi à s'appliquer au motif grave. Le congé pour motif grave ne peut donc être donné quand les parties auraient pu aplanir leur différend par une mise au point, une discussion, voire un avertissement"*, le rapport de confiance qui existe entre les parties doit être détruit.⁶

Cette notion de faute imputable au travailleur exclut que soient retenus à ce titre et en soi, sans comportement volontaire ou malicieux, la négligence, l'incompétence, la maladresse, le rendement insuffisant du travailleur, le résultat défectueux de la prestation de travail, le refus d'exécuter un ordre patronal outrepassant l'objet du contrat ou qui ne respecte pas les règles légales de sécurité, l'attitude démotivée d'un travailleur allant de pair avec un rendement décroissant et de nombreuses absences pour maladie, par contre, la désinvolture peut constituer un motif grave⁷.

⁶ M.DAVAGLE, La notion de motif grave : un aspect difficile à appréhender, Orientations 2003, page 2 et M. DAVAGLE, « La notion de motif grave : un concept abstrait difficile à appréhender concrètement », in LE CONGE POUR MOTIF GRAVE, Notion, évolutions, questions spéciales, Anthémis, 2011, pages 27 et suivantes

⁷ M. DAVAGLE, « La notion de motif grave : un concept abstrait difficile à appréhender

Le juge doit à cet égard apprécier la faute *in concreto* en tenant compte de toutes les circonstances de la cause, invoquées dans la lettre de rupture et de nature à attribuer au fait incriminé le caractère de motif grave et notamment, en tenant compte de l'ancienneté du travailleur, de ses fonctions, du caractère isolé de la faute et des faits antérieurs au licenciement.⁸

« L'idée de proportionnalité est contenue dans le texte de l'article 35 de la loi, sur le terrain de la faute (aspect qualitatif) – et non de ses conséquences pour le travailleur ou du préjudice subi par les parties (aspect quantitatif)⁹ – et le Tribunal doit procéder à ce contrôle de proportionnalité : le juge, se substituant à l'employeur, va vérifier si, et dans quelle mesure, la faute reprochée au travailleur était à ce point grave qu'elle devait empêcher immédiatement et définitivement la poursuite des relations contractuelles entre parties ». ¹⁰

B) EN L'ESPECE

La partie demanderesse conteste le fondement des motifs : aucun des motifs précisés *a posteriori* par l'employeur, s'il fallait les considérer valables sur la forme, n'est établi.

La partie défenderesse soutient ce fondement sur base des pièces produites dans son dossier.

Le tribunal

S'il fallait retenir la régularité formelle du licenciement – **quod non**- le Tribunal considère que le dernier fait situé le 11.06.2015 ne présente pas le caractère de gravité suffisante pour justifier un motif grave.

Ce fait est en outre survenu dans des circonstances floues quant à la période précise d'incapacité à considérer et quant au rôle précis de la partie demanderesse.

Tout repose sur une attestation non conforme de la partie défenderesse (pièce 37 de son dossier) en contradiction avec une autre attestation non conforme (celle du mari de Mme M., pièce 26 du demandeur) et il s'agit d'un échange entre l'infirmière en chef et le mari de Mme M., nullement d'un échange mettant en cause Mme M.

Ce fait ne pouvait donc rompre immédiatement et définitivement la confiance de

concrètement », in LE CONGE POUR MOTIF GRAVE, Notion, évolutions, questions spéciales, Anthémis, 2011, page 33 et H. DECKERS, « Licenciement pour motif grave et principe de proportionnalité : aspects théoriques et pratiques », Orientations, 2015/8 p.8

⁸ V. VANNES, La rupture du contrat de travail pour motif grave, dans Contrats de travail : 20ème anniversaire de la loi du 3 juillet 1978, éd. JBB, 1998, page 228 - V.VANNES, "Le contrat de travail : aspects théoriques et pratiques", BXL, Bruylant, 1996, pages 633 et suivantes - COMPENDIUM 03-04, Droit du travail, Tome 2 , W. Van Eeckhoutte et V. Neuprez, pages 1542 et suivantes

⁹ C. Cass. 06.06.2016, RG n° S.15.0067.F, <http://jure.juridat.just.fgov.be>. : arrêt duquel il ressort qu'il appartient exclusivement au législateur de déterminer les conséquences juridiques des fautes graves qui rendent impossible toute collaboration professionnelle entre l'employeur et le travailleur.

¹⁰ Hervé DECKERS, «Licenciement pour motif grave et principe de proportionnalité : une fausse évidence ? » in LE CONGE POUR MOTIF GRAVE, Notion, évolutions, questions spéciales, Anthémis, 2011, pages 251 à 290 et du même auteur, « Licenciement pour motif grave et principe de proportionnalité : aspects théoriques et pratiques », Orientations, 2015/8 p.2 à 7

l'employeur et ce d'autant qu'il ne s'agit pas d'un refus de contrôle dans le chef de Mme M. mais de propos qui auraient été tenus préalablement à tout contrôle par son mari.

La sanction d'un refus de contrôle consiste en le non - paiement du salaire garanti mais pas nécessairement un licenciement pour motif grave.

Par ailleurs, les autres faits invoqués, compte tenu de leur ancienneté par rapport au dernier grief (qui serait considéré comme un fait fautif) ne sont pas de nature à le teinter de cette gravité suffisante à justifier une tel licenciement.

A titre subsidiaire, le tribunal considère que le licenciement n'est donc pas justifié sur le fond.

3° INDEMNITE COMPENSATOIRE DE PREAVIS

Le montant postulé à titre d'indemnité compensatoire de préavis n'est pas contesté.

L'indemnité est calculée comme suit, à concurrence de 3 mois et 9 semaines de rémunération :

$32.664,90\text{€} \times 28.5\text{H}/38\text{H} = 24.498,67\text{€} \Rightarrow 10.364,83\text{€}$, le détail est exposé en page 15 des conclusions de synthèse du demandeur sur base des documents sociaux produits.

B. QUANT AU CHEF DE DEMANDE RELATIF A L'INDEMNITE FONDEE SUR LA LOI DU 10.05.2007

1° PRINCIPES APPLICABLES

En Belgique, suite à un arrêt de la Cour constitutionnelle¹¹ qui supprima toute référence à des critères de discrimination en étendant ainsi l'interdiction de discrimination à un nombre potentiellement illimité de situations, le législateur a adopté quatre lois « anti - discrimination » du 10.05.2007¹².

L'article 2 de la loi genre du 10.05.2007 précise qu'elle transpose les directives européennes suivantes :

- la Directive 75/117/CEE du Conseil du 10 février 1975 concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives à l'application du principe de l'égalité des rémunérations entre les travailleurs masculins et les travailleurs féminins;

- la Directive 76/207/CEE du Conseil du 9 février 1976 relative à la mise en oeuvre du principe de l'égalité entre hommes et femmes en ce qui concerne

¹¹ C.A., 06/10/2004, n° 157/2004

¹²P. JOASSART, « La prohibition de la discrimination et les barèmes liés à l'âge : summum ius, summa injuria ? », JTT 2008, pages 233 et suivantes

P. Van den Bergh, «*De nouvelles lois anti - discrimination plus cohérentes*», L'Indicateur social, 2007, n°17, page 7 et suivantes : la loi anti - discrimination fondée notamment sur le critère de l'âge, la loi - genre (discrimination sur base du sexe), la loi - racisme et la loi « pénale » adaptant le code judiciaire et réprimant certains actes.

l'accès à l'emploi, à la formation et à la formation professionnelle, et les conditions de travail, modifiée par la Directive 2002/73 CE du Parlement européen et du Conseil du 23 septembre 2002;

- la Directive 86/378/CEE du Conseil du 24 juillet 1986 relative à la mise en oeuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes dans les régimes professionnels de sécurité sociale, modifiée par la Directive 96/97/CE du Conseil du 20 décembre 1996;

- la Directive 97/80/CE du Conseil du 15 décembre 1997 relative à la charge de la preuve dans les cas de discrimination fondée sur le sexe;

- la Directive 2004/113/CE du Conseil du 13 décembre 2004 mettant en oeuvre le principe de l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes dans l'accès à des biens et services et la fourniture des biens et services;

- la Directive 86/613/CEE du Conseil du 11 décembre 1986 sur l'application du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes exerçant une activité indépendante, y compris une activité agricole, ainsi que sur la protection de la maternité;

- la Directive 79/7/CEE du Conseil du 19 décembre 1978 relative à la mise en oeuvre progressive du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière de sécurité sociale.

La directive 76/207 est actuellement devenue la directive « refonte » 2006/54 du 05.06.2006.

L'article 5.5° de la loi genre de 2007 définit la distinction directe comme suit : la situation qui se produit lorsque, sur la base du sexe, une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre personne ne l'est, ne l'a été ou ne le serait dans une situation comparable.

La distinction indirecte est définie à l'article 5.7° : la situation qui se produit lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre est susceptible d'entraîner, par rapport à d'autres personnes, un désavantage particulier pour des personnes d'un sexe déterminé.

L'article 4§ 1^{er} de la loi genre de 2007 précise qu'une distinction directe fondée sur la grossesse, l'accouchement et la maternité est assimilée à une distinction directe fondée sur le sexe.

Il est de jurisprudence constante que le licenciement d'un travailleur féminin en raison de sa grossesse constitue une discrimination directe fondée sur le sexe.

L'article 17 précise que les dispositions relatives à la protection de la grossesse et de la maternité ne s'analysent pas en une quelconque forme de discrimination, mais sont une condition pour la réalisation de l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes.

L'article 33§ 1^{er} énonce, quant à la charge de la preuve :

§ 1^{er} Lorsqu'une personne qui s'estime victime d'une discrimination, l'Institut ou l'un des groupements d'intérêts invoque devant la juridiction compétente des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination fondée sur le sexe, il incombe au défendeur de prouver qu'il n'y a pas eu de discrimination.

§ 2. Par faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe fondée sur le sexe, sont compris, entre autres, mais pas exclusivement :

1° les éléments qui révèlent une certaine récurrence de traitement défavorable à l'égard de personnes du même sexe; entre autres, différents signalements isolés faits auprès de l'Institut ou l'un des groupements d'intérêts; ou

2° les éléments qui révèlent que la situation de la victime du traitement plus défavorable est comparable avec la situation de la personne de référence.

§ 3. Par faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination indirecte fondée sur le sexe, sont compris, entre autres, mais pas exclusivement:

1° des statistiques générales concernant la situation du groupe dont la victime de la discrimination fait partie ou des faits de connaissance générale; ou

2° l'utilisation d'un critère de distinction intrinsèquement suspect; ou

3° du matériel statistique élémentaire qui révèle un traitement défavorable.

L'article 23§2,1° de la loi genre du 10.05.2007 accorde notamment une indemnité forfaitaire équivalente à 6 mois de rémunération (soit une indemnité égale à celle prévue par l'article 40 de la loi de 1971) en cas de discrimination sexuelle.

Cet article dispose en effet :

§ 1er. En cas de discrimination, la victime peut réclamer une indemnisation de son préjudice en application du droit de la responsabilité contractuelle ou extra-contractuelle.

Dans les circonstances ci-après visées, la personne qui a contrevenu à l'interdiction de la discrimination doit verser à la victime une indemnité correspondant, selon le choix de la victime, soit à une somme forfaitaire fixée conformément au § 2, soit au dommage réellement subi par la victime. Dans ce dernier cas, la victime doit prouver l'étendue du préjudice par elle subi.

§ 2. Les dommages et intérêts forfaitaires visés au § 1er sont fixés comme suit :

1° hors l'hypothèse visée ci-après, l'indemnisation forfaitaire du préjudice moral subi du fait d'une discrimination est fixé à un montant de 650 euros; ce montant est porté à 1300 euros dans le cas où le contrevenant ne peut démontrer que le traitement litigieux défavorable ou désavantageux aurait également été adopté en l'absence de discrimination, ou en raison d'autres circonstances, telle la gravité particulière du préjudice moral subi.

2° si la victime réclame l'indemnisation du préjudice moral et matériel qu'elle a subi du fait d'une discrimination dans le cadre des relations de travail, l'indemnisation forfaitaire pour le dommage matériel et moral équivaut à six mois de rémunération brute, à moins que l'employeur ne démontre que le traitement litigieux défavorable ou désavantageux aurait également été adopté en l'absence de discrimination; dans cette dernière hypothèse, l'indemnisation forfaitaire pour le préjudice matériel et moral est limitée à trois mois de rémunération brute; si le préjudice matériel résultant d'une discrimination dans le cadre des relations de travail ou des régimes complémentaires de sécurité sociale peut néanmoins être réparé par le biais de l'application de la sanction de nullité prévue à l'article 20, les dommages et intérêts forfaitaires sont fixés selon les dispositions du point 1°.

2° APPLICATION AU CAS D'ESPECE

La partie demanderesse retient la violation de la loi genre.

Elle estime établir, à suffisance, des faits permettant de présumer l'existence d'une discrimination fondée sur le sexe :

- dès lors qu'au mois de janvier 2015, lorsque l'employeur est informé du suivi d'une procédure PMA, sa réaction est d'envisager une interruption de carrière
- un entretien clair avec l'infirmière en chef a porté sur les soucis engendrés par les absences répétées de la demanderesse, dans le cadre de son traitement PMA parfaitement connu de l'employeur : Mme M. prévient au dernier moment et bouleverse l'organisation du personnel.
- l'employeur est informé du suivi de la procédure de PMA, une offre d'emploi pour une fonction similaire à celle de la demanderesse est publiée en réaction
- le licenciement intervient le 12.06.2015 soit le jour de l'annonce de la prolongation de l'incapacité de travail justifiée notamment par le suivi de la procédure PMA
- le licenciement repose sur des manquements totalement fallacieux

L'employeur ne démontre pas, sur cette présomption, qu'il n'y a pas eu discrimination.

La partie défenderesse se défend de tout acte de discrimination.

La demanderesse a annoncé elle – même suivre une procédure de PMA en octobre 2014, l'infirmière en chef n'a communiqué aucune information à ce sujet mais a mis au point la nécessité d'organiser les absences dans le respect des autres membres du personnel (quel que soit le motif de l'absence) sachant qu'elle travaillait de nuit, seule avec une aide – soignante ce qui complique l'organisation des remplacements qui ne sont annoncés que quelques heures avant la prise de service.

Le personnel est essentiellement féminin et les absences liées à la grossesse et au repos de maternité sont courantes ; la défenderesse a créé en 07/2016, une maison d'accueil pour enfants avec une priorité pour les membres de son personnel.

La publication d'une offre d'emploi est totalement obsolète (site non utilisé depuis plusieurs années, le mise en ligne datant de l'ancien directeur, sans qu'il soit possible de mettre fin à cette publication qui n'est aucunement à jour).

Celles qui émanent du directeur actuel ne sont pas prévues pour licencier le personnel mais le remplacer dans le cadre des nombreuses absences : l'annonce publiée en mars ne permet nullement de considérer qu'il s'agissait d'une intention d'évincer Mme M.

L'AVIS DE MADAME L'AUDITEUR ET REPLIQUES

L'article 4§ 1^{er} de la loi genre de 2007 précise qu'une distinction directe fondée sur la grossesse, l'accouchement et la maternité est assimilée à une distinction directe fondée sur le sexe.

Se pose la question de savoir à partir de quel moment une procédure de PMA est assimilée à une grossesse.

Mme l'Auditeur renvoie sur ce point à un arrêt de la CJUE du 26.02.2008 (il faut que le transfert d'ovules fécondés dans l'utérus de la travailleuse ait eu lieu

au moment du licenciement) et invite à soumettre cette jurisprudence à la contradiction des parties.

Mme l'Auditeur relève en outre que les certificats d'incapacité de travail remis par Mme M. soit sont sans lien avec un état pathologique lié à la grossesse soit ne précise rien quant au motif de l'incapacité. : la question de l'existence de l'état de grossesse doit donc faite l'objet d'une réouverture des débats.

A titre subsidiaire, s'il fallait appliquer la loi de 2007, Mme l'Auditeur estime que les faits invoqués par la partie demanderesse ne permettent pas de présumer l'existence d'une discrimination : soit ils ne sont pas corrects (ce n'est pas l'employeur qui a suggéré une interruption de carrière mais l'infirmière en chef, les certificats médicaux n'attestent pas tous d'un suivi gynécologique) soit ils ne sont pas pertinents (une offre d'emploi est obsolète et l'autre procède à une réserve de recrutement d'infirmière à temps partiel, l'employeur a le droit de constater la désorganisation de la société liée aux absences répétées dont la dernière qui est basée sur une fracture).

Quant aux motifs du licenciement justifiés par les pièces du dossier du défendeur, il paraît judicieux de demander la production des originaux dès lors que les pièces déposées semblent être des retranscription.

Dans ses répliques, la partie défenderesse analyse la jurisprudence (arrêt de la CT de Bxl du 16.06.2009 qui se base sur l'arrêt Mayr de la CJUE et arrêt de la CT de Bxl du 18.05.2012).

La procédure PMA ne peut être assimilée à un état de grossesse.

Quant à la production de pièces, la partie défenderesse ne s'y oppose pas mais souligne qu'il s'agit d'une quantité très importante de documents qui devraient être consultés sur place dans le cadre de l'audition du personnel et de l'infirmière en chef qui pourront alors utilement consulter cette masse de documents dans un cadre contradictoire.

Dans ses répliques, la partie demanderesse précise qu'elle ne réclame pas une indemnité de protection liée à la grossesse et ne se fonde pas sur cet état pour l'application de la loi genre de 2007.

Elle invoque une discrimination fondée sur le sexe dès lors qu'elle a été licenciée en raison des absences liées au suivi d'une procédure PMA.

La chronologie des faits développées permettent, au contraire de ce qu'a considéré Mme l'auditeur, de retenir un lien fort entre le licenciement et le désir d'enfant exprimé au travers de la procédure PMA.

Les absences dont la plupart étaient en lien avec la procédure PMA sont la cause déterminante du licenciement, les motifs invoqués à l'appui du licenciement pour motifs graves sont quant à eux particulièrement anciens.

La proposition d'une interruption de carrière émanant de l'infirmière en chef traduit la position de l'employeur qui était parfaitement au courant des faits.

L'offre d'emploi de mars 2015 ne vise pas la constitution d'une réserve de recrutement mais l'engagement d'une infirmière sous le même régime de travail que celui presté par la demanderesse.

La preuve contraire n'est pas rapportée et la partie défenderesse a eu tout le loisir de mettre son dossier en état en ce y compris quant aux éléments de preuve à apporter.

Le tribunal

Le tribunal ne suit pas l'avis de Mme l'Auditeur quant à la nécessité de procéder à une réouverture des débats dès lors que la partie demanderesse ne soutient pas l'existence d'un état de grossesse qui serait protégé par l'article 40 de la loi du 03.07.1978 sur base de la directive 92/85 mais bien l'existence d'une situation de discrimination fondée sur le sexe dès lors qu'elle estime avoir été licenciée en raison du suivi d'une procédure de procréation médicale assistée qui justifiait plusieurs absences et période d'incapacité.

L'arrêt de la CJUE du 26/02/2008 (arrêt Mayr) exclut cette protection avant le transfert des ovules fécondés dans l'utérus de la travailleuse pour des raisons tenant au respect du principe de sécurité juridique mais n'exclut pas l'application de la directive 76/207 en précisant dans ses considérants 43 à 54 :

« (...) »

Toutefois, les articles 2, paragraphe 1, et 5, paragraphe 1, de la directive 76/207 s'opposent au licenciement d'une travailleuse qui, dans des circonstances telles que celles au principal, se trouve à un stade avancé d'un traitement de fécondation in vitro, à savoir entre la ponction folliculaire et le transfert immédiat des ovules fécondés in vitro dans l'utérus de cette travailleuse, pour autant qu'il est démontré que ce licenciement est fondé essentiellement sur le fait que l'intéressée a subi un tel traitement ».

La Cour du Travail de Bruxelles a fait une application de cette jurisprudence européenne dans un arrêt du 18.05.2012.

Le licenciement peut donc être discriminatoire si il est établi qu'il est fondé essentiellement sur le fait que Mme M. suivait une procédure de PMA.

En application de l'article 33 de la loi genre de 2007, il appartient à la partie demanderesse d'invoquer des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination fondée sur le sexe.

En l'espèce, elle invoque :

- le fait que l'employeur est informé du suivi d'une procédure de PMA en janvier 2015 et que sa réaction est d'envisager une interruption de carrière

L'employeur reconnaît être au courant du suivi d'une procédure de PMA depuis octobre 2014 lorsque la demanderesse l'a elle – même annoncé.

Il ne dit mot quant à la proposition formulée par l'infirmière de recourir à une interruption de carrière.

L'absence de contestation sur ce point précis ne peut être considérée comme une preuve de l'élément de fait avancé par la partie demanderesse.

Il est donc seulement établi que l'employeur sait depuis octobre 2014 que Mme M. suit une procédure de PMA.

-un entretien clair avec l'infirmière en chef a porté sur les soucis engendrés par les absences répétées de la demanderesse, dans le cadre de son traitement PMA parfaitement connu de l'employeur

L'employeur le reconnaît, l'infirmière en chef a dû procéder à une mise au point non pas parce que le suivi de cette procédure allait engendrer des absences mais bien parce que les absences étaient signalées au dernier moment et cela bouleversait l'organisation du personnel.

Le fait est établi, le contexte et la justification de l'employeur seront examinés, le cas échéant, dans le cadre du renversement de la charge de la preuve.

-l'employeur est informé du suivi de la procédure de PMA, une offre d'emploi pour une fonction similaire à celle de la demanderesse est publiée en réaction

L'offre d'emploi de janvier 2015 n'est pas probante s'agissant manifestement de données obsolètes.

Celle de mars 2015 est établie mais le lien entre le licenciement et ce fait n'est pas établi eu égard à la chronologie entre l'annonce des faits en 10/2014 et le licenciement en juin 2015 et de plus, il s'agit d'une offre d'emploi pour des prestations de jour et/ou de nuit alors que Mme M. preste essentiellement la nuit ; l'offre ne prévoit pas de prise de cours de fonction

-les certificats médicaux établissant les absences le sont en lien avec la procédure de PMA

Tel est le cas pour l'incapacité du 11 au 17.04.2015 et du 20 au 26.05.2015 mais non pour les autres périodes d'incapacité qui sont explicitement justifiées par une fracture (24.01.2015 au 01.03.2015 et du 30.05.2015 au 02.06.2015). Lorsque la demanderesse est licenciée le 12.06.2015, le certificat médical qui prévoit une incapacité du 11.06 au 17.05.2015 ne mentionne pas la cause de l'incapacité (il sera justifié a posteriori par un burn out)

-le licenciement intervient le 12.06.2015 soit le jour de l'annonce de la prolongation de l'incapacité de travail justifiée notamment par le suivi de la procédure PMA

La dernière incapacité s'étend du 30.05.2015 au 02.06.2015 pour cause de fracture du 4^{ème} orteil.

Elle devait s'étendre du 30.05.2015 au 12.06.2015 mais la demanderesse a préféré couvrir la période du 03.06.2015 au 11.06.2015 par une période de vacances annuelles, ce qui a été admis par l'employeur.

L'incapacité qui est signalée le 11.06.2015 n'est donc pas une prolongation mais une nouvelle période d'incapacité pour un motif qui, au moment où elle est signalée à l'employeur, n'est pas connu.

Postérieurement, la demanderesse déposera des pièces attestant qu'il s'agissait d'un *burn out* lié au travail.

Le gynécologue de la demanderesse atteste d'un suivi PMA ente janvier et mai 2015 mais pas en juin 2015

-le licenciement repose sur des manquements totalement fallacieux

La chronologie démontre que le licenciement intervient en réaction à la dernière incapacité annoncée le 11.06.2015 alors que la demanderesse devait reprendre le travail le 12.06.2015

Le tribunal estime donc que les faits invoqués par la partie demanderesse ne permettent pas à suffisance de présumer l'existence d'une discrimination fondée sur le sexe mais seulement de présumer que le licenciement est en lien avec le fait des absences pour incapacité de travail dont l'essentiel n'est pas motivé par le suivi de la procédure de PMA.

Il n'est donc pas établi que le licenciement de Mme M. est fondé essentiellement sur le fait que Mme M. se soumettait à un traitement de fécondation assistée que ce soit directement ou indirectement (en raison des absences futures que ce traitement suppose dès lors que le licenciement n'intervient pas lors de l'annonce de ce traitement mais ensuite des absences concrètes de la demanderesse sans que ces absences ne soient pas elle – mêmes essentiellement fondées sur le traitement mais sur d'autres motifs médicaux).

La demande d'indemnisation sur base de la loi genre de 2007 n'est donc pas retenue.

C. SUBSIDIAIREMENT, QUANT AU CHEF DE DEMANDE RELATIF A L'INDEMNITE POUR LICENCIEMENT MANIFESTEMENT DERAISONNABLE

EN DROIT

LA NOTION DE LICENCIEMENT MANIFESTEMENT DERAISONNABLE

La CCT n° 109 vise notamment à introduire le droit pour le travailleur d'obtenir une indemnisation si son licenciement était manifestement déraisonnable.

L'article 8 de la CCT définit le licenciement manifestement déraisonnable : il s'agit du licenciement d'un travailleur engagé pour une durée indéterminée, qui **se base sur des motifs qui n'ont aucun lien avec l'aptitude ou la conduite du travailleur ou qui ne sont pas fondés sur les nécessités du fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service, et qui n'aurait jamais été décidé par un employeur normal et raisonnable.**

Le commentaire du texte de la CCT précise :

Le contrôle du caractère déraisonnable du licenciement ne porte pas sur les circonstances du licenciement. Il porte sur la question de savoir si les motifs ont ou non un lien avec l'aptitude ou la conduite du travailleur ou s'ils sont fondés sur les nécessités du fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service et si la décision n'aurait jamais été prise par un employeur normal et raisonnable.

En outre, l'exercice du droit de licencier de l'employeur est contrôlé à la lumière de ce que serait l'exercice de ce droit par un employeur normal et raisonnable. Il s'agit d'une compétence d'appréciation à la marge, étant donné que l'employeur est, dans une large mesure, libre de décider de ce qui est raisonnable : il faut respecter les différentes alternatives de gestion qu'un employeur normal et raisonnable pourrait envisager. Il s'agit donc d'un contrôle marginal. Seul le caractère manifestement déraisonnable du licenciement peut être contrôlé, et non l'opportunité de la gestion de l'employeur (c'est-à-dire son choix entre les différentes alternatives de gestion raisonnables dont il dispose). L'ajout du mot " manifestement " à la notion de " déraisonnable " vise précisément à souligner la liberté d'action de l'employeur et le contrôle à la marge. Ce dernier élément est également dicté par l'impossibilité pratique de contrôler la gestion de l'employeur autrement qu'à la marge.

La sanction est prévue par l'article 9 : en cas de licenciement manifestement déraisonnable, l'employeur est redevable d'une indemnisation au travailleur qui correspond au minimum à trois semaines de rémunération et au maximum à 17 semaines de rémunération.

Cette indemnisation n'est pas cumulable avec toute autre indemnité qui est due par l'employeur à l'occasion de la fin du contrat de travail, à l'exception d'une indemnité de préavis, d'une indemnité de non-concurrence, d'une indemnité d'éviction ou d'une indemnité complémentaire qui est payée en plus des allocations sociales.

Le commentaire du texte de la CCT précise, quant au choix du montant de l'indemnisation, qu'il dépend de la gradation du caractère manifestement déraisonnable du licenciement sans préjudice de la possibilité laissée au travailleur de demander la réparation de son dommage réel, conformément aux dispositions du Code civil.

L'application de l'article 8 suppose donc deux conditions cumulatives sur base de son libellé, lu strictement ¹³:

- un motif de licenciement sans lien avec l'aptitude, la conduite ou les nécessités de fonctionnement de l'entreprise
- une décision de licencier que n'aurait pas prise un employeur normal et prudent

Cette double exigence relève du cas d'école.

L'application stricte de ce libellé est toutefois en contradiction avec les commentaires du texte de la CCT, les dispositions internationales applicables dont l'article 24 de la Charte sociale européenne et l'article 23 de la constitution¹⁴.

¹³ M. STRONGYLOS, R. CAPART, G. MASSART, Le statut unique ouvriers- employés, commentaires pratiques de la loi du 26 décembre 2013, Les dossiers du BSJ, Limal, Anthémis, 2014, pages 129 à 131

¹⁴ E. Carlier, Réflexions à propos de la CCT n° 109 du conseil national du travail In Le droit du travail au XXIème siècle, Liber Amicorum Claude Wantiez, coord. P. Gosseries et M. Morsa, Bxl, Larcier, pages 519 et svtes

Le rapport précédent la CCT n°109¹⁵ mentionne :

« (...)

Par ailleurs, la présente convention collective de travail s'inscrit dans un contexte international et européen où différents instruments juridiques portent sur le droit du travailleur de connaître les motifs de son licenciement et sur le droit à la protection contre le licenciement manifestement déraisonnable.

(...)

La présente convention collective de travail vise, d'autre part, à baliser les contours du droit de licencier de l'employeur, dont la jurisprudence admet déjà aujourd'hui qu'il n'est, comme tout droit, pas absolu.

Nonobstant le droit de l'employeur de décider des intérêts de son entreprise, ce droit ne peut pas être exercé de manière imprudente et disproportionnée.

La présente convention collective de travail prévoit que lorsque l'employeur licencie un travailleur engagé pour une durée indéterminée après six mois d'occupation pour des motifs qui n'ont aucun lien avec l'aptitude ou la conduite du travailleur ou qui ne sont pas fondés

sur les nécessités du fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service, et que ce licenciement n'aurait jamais été décidé par un employeur normal et raisonnable, il s'agit d'un licenciement manifestement déraisonnable. Une sanction séparée y est liée.

(...)

Par la notion de licenciement manifestement déraisonnable, les partenaires sociaux montrent leur volonté d'innover, en s'inspirant cependant de notions qui sont déjà communément admises dans la jurisprudence et la doctrine. L'article 63 de la loi du 3 juillet 1978 relatif

au licenciement abusif, qui s'appliquait uniquement aux ouvriers, cessera ainsi de s'appliquer. Le contenu de l'article 63 de la loi du 3 juillet 1978 est toutefois maintenu jusqu'au 31 décembre 2015 pour les travailleurs auxquels s'applique temporairement un préavis réduit dans le cadre de l'article 70, § 1er, de la loi du 26 décembre 2013. A partir du 1er janvier 2016, ce sont les dispositions de la présente convention collective de travail qui s'appliquent à ces travailleurs. Pour les travailleurs auxquels s'applique structurellement un préavis réduit dans le cadre de l'article 70, § 4, de la loi du 26 décembre 2013, le contenu de l'article 63 de la loi du 3 juillet 1978 continue de s'appliquer.

(...)

L'article 30 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne qui s'applique à la Belgique (et dont les commentaires se réfèrent à l'article 24 de la Charte sociale européenne révisée), dispose sous le titre « Protection en cas de licenciement injustifié » que tout travailleur a droit à une protection contre tout licenciement injustifié, conformément au droit communautaire et aux législations et pratiques nationales.

L'article 24 de la Charte sociale européenne révisée (ratifiée par la Belgique mais avec une réserve sur l'article 24 qui se base sur la convention n° 158 de l'OIT)¹⁶ dispose sous le titre « Droit à la protection en cas de licenciement » qu'en vue d'assurer l'exercice effectif du droit à la protection en cas de licenciement, les Parties s'engagent à reconnaître:

¹⁵ MB 20.03.2014, p .22613 et svtes

¹⁶ G. SANGRONES- JACQUEMOTTE, C-E CLESSE, La rupture du contrat de travail : droit, motivation et restriction, Et. Prat. De Dr. Soc., Waterloo , Kluwer, 2015, pages 79 et svtes

- a) le droit des travailleurs à ne pas être licenciés sans motif valable lié à leur aptitude ou conduite, ou fondé sur les nécessités de fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service;
- b) le droit des travailleurs licenciés sans motif valable à une indemnité adéquate ou à une autre réparation appropriée.

A cette fin les Parties s'engagent à assurer qu'un travailleur qui estime avoir fait l'objet d'une mesure de licenciement sans motif valable ait un droit de recours contre cette mesure devant un organe impartial.

L'article 23 de la Constitution consacre le principe de *standstill* à savoir, l'interdiction de réduire sensiblement, sauf motif lié à l'intérêt général, le niveau de protection d'un droit reconnu constitutionnellement notamment en droit du travail.

Tel est bien le cas en l'espèce dès lors que le libellé de l'article 8 de la CCT n° 109 en introduisant la conjonction de coordination « ET » et non « OU » vide de sa substance la protection reconnue par l'ancien article 63 tel qu'interprété par la Cour de Cassation à savoir un motif légitime lié à trois critères légaux¹⁷.

Une autre lecture de la CCT, sous la forme positive, est donc possible et la seule admissible au regard des dispositions supérieures énoncées ci - avant : le licenciement sera régulier au sens de l'article 8 de la CCT n° 109 s'il se base sur un motif en lien avec l'aptitude, la conduite du travailleur ou les nécessités de fonctionnement de l'entreprise et si la décision de licencier aurait été prise par un employeur normal et prudent.¹⁸

En cela, on rejoint le contenu de l'ancien article 63 de la loi sur le contrat de travail et le Tribunal se réfère à l'analyse de cet article.

Le Tribunal est donc amené à vérifier la légalité du motif invoqué par l'employeur, sa réalité et le lien de causalité nécessaire entre le motif et le licenciement sachant toutefois que l'employeur est seul juge des nécessités de son entreprise, de la gestion de celle-ci et de la valeur de chaque travailleur, ce qui correspond au contrôle marginal prévu par l'article 8 de la CCT.

Le choix qu'il fait pour licencier certains travailleurs, la valeur professionnelle des travailleurs qu'il occupe relèvent de son pouvoir d'appréciation discrétionnaire sans que le juge saisi ne puisse en apprécier l'opportunité¹⁹, le

¹⁷ E. Carlier, Réflexions à propos de la CCT n° 109 du conseil national du travail In Le droit du travail au XXIème siècle, Liber Amicorum Claude Wantiez, coord. P. Gosseries et M. Morsa, Bxl, Larcier, pages 528 et 529

¹⁸ V. VANNES et L. DEAR, *ibid.*, page 141-142

¹⁹ J. CLESSE et F. KEFER, « Examen de jurisprudence (1995-2001) - contrats de travail », RCJB 2003, p. 237 et svtes.

M. JOURDAIN, « Le licenciement abusif de l'ouvrier ou la transformation d'un droit discrétionnaire en droit contrôlé », Etudes pratiques de droit social, Waterloo, Kluwer, 2010 pages 335 et suivantes

choix ne pouvant toutefois relever de l'arbitraire.

La Cour de Cassation, dans deux arrêts des 27/09/2010 et 22/11/2010²⁰ relatif à l'article 63 de la LCT considère toutefois que le licenciement est abusif si les faits reprochés à l'ouvrier en lien avec sa conduite ou son aptitude, même démontrés, ne sont pas légitimes.

La Cour utilise les termes suivants : « *Il ressort de la genèse de la loi que les règles en matière de licenciement abusif visent à interdire tout licenciement pour des motifs manifestement déraisonnables. Il s'en suit qu'un licenciement pour un motif lié à l'aptitude ou à la conduite de l'ouvrier est abusif si le motif est manifestement déraisonnable.* »

La Cour de cassation introduit donc un principe de proportionnalité dans l'appréciation du motif invoqué à l'appui du licenciement sans que le contrôle du juge ne porte sur l'opportunité de la décision de rompre²¹.

Le motif doit être légitime, valable, raisonnable.²²

L'appréciation de la légitimité du motif de licenciement fondé sur les nécessités de fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service n'autorise pas le juge à substituer à ceux de l'employeur ses propres critères d'organisation de ce fonctionnement.²³

APPLICATION AU CAS D'ESPECE

La partie demanderesse revendique une indemnité de 17 semaines et invoque le fait que le licenciement ne présente aucun lien avéré avec un des trois motifs légaux.

L'employeur précise qu'il a décidé de licencier sur base des reproches formulés durant l'engagement et renvoie à l'accumulation des manquements énoncés dans la lettre de licenciement.

Le tribunal

S'agissant d'un licenciement pour motif grave sur base de l'article 35 de la loi du 03.07.1978, il y a lieu de considérer que la partie qui allègue des faits en assume la charge de la preuve.

²⁰ G. CHUFFART et A. AMERIAN, « *Le licenciement abusif des ouvriers : une évolution nécessaire* », J.T.T. 2012, pages 65 et suivantes ; Chr. D. S., 2011, pages 4 à 7 et C. WANTIEZ, observations sous les deux arrêts de cassation publiés au J.T.T. 2011, pages 8 et 9 ; C.T. Mons, 20.10.2014, RG 2013/AM/332

²¹ J.CLESSE et F. KEFER, « Examen de jurisprudence (2002 à 2011) – Contrats de travail », RCJB 2012, p.327 et svtes, n° 82-83

²² M. JOURDAIN, Motif grave et licenciement abusif IN Le congé pour motif grave, sous la coord. de S. GILSON, Anthémis, Limal, 2011, pages 423 et svtes

²³ C.Cass.16.02.2015, JTT 2015, pages 196 et suivantes et commentaires de S. GILSON, B.J.S. 2015, n°549, p. 7 qui conclut à un possible recul par rapport à la jurisprudence de la Cour de Cassation de 2010 en ce qui concerne le motif lié aux nécessités de l'entreprise par une réaffirmation de la conception classique de « l'interprétation mécanique » du motif à l'origine du licenciement

Le tribunal constate que l'employeur invoque un motif légal de licenciement à savoir, plusieurs griefs en lien avec l'aptitude ou la conduite du travailleur outre la désorganisation du travail liée au signalement tardif des absences.

La réalité de ces motifs est contestée, il s'agit :

- en juillet 2013, du non – respect d'une procédure médicale imposée au personnel face à un cas de gale
- en date du 23.09.2013, d'un manquement professionnel relativement à l'état d'une patiente le matin suite à un manque de soins des deux veilleuses de nuit, dont Mme M.
- depuis juillet 2014, d'une problématique relationnelle entre une aide-soignante et Mme M.
- en date du 08.12.2014, d'un manquement professionnel dans le chef de Mme M. qui avait oublié de retirer un garrot suite à une prise de sang
- d'un refus de contrôle médical le 11.06.2015

Les preuves produites par l'employeur ne sont pas suffisamment établies : elles sont unilatérales ou non conformes au code judiciaire alors qu'il s'agit de la version d'un collègue de travail (supérieur hiérarchique).

Le conflit ayant pu exister entre Mme M. et Mme V.M. est qualifié de harcèlement moral sans aucun élément objectif, il peut tout au plus s'agir d'un conflit dont la responsabilité imputée à Mme M. n'est nullement établie, en outre, ce collègue avait quitté l'entreprise depuis plusieurs mois lors du licenciement.

L'évaluation négative du 03.04.2015 repose sur un rapport unilatéral qui précise que Mme M. sera vue prochainement pour faire le point sur ces remarques.

Aucun élément contradictoire n'est produit, l'employeur fait état d'une rencontre informelle sans écrit dressé à cette occasion.

Si ces motifs sont des motifs légaux liés à la qualité du travail presté (aptitude du travailleur) ou à la conduite du travailleur, à les supposer établis – *quod non* - le lien de causalité entre ces motifs et le licenciement ne peut être retenu : il sont très anciens et aucun élément factuel n'est invoqué entre la dernière évaluation négative du 03.04.2015 (qui repose sur ces mêmes faits très anciens) qui devait être suivie d'un entretien et le licenciement le 12.06.2015.

Ces manquements n'étaient pas de nature à justifier un licenciement puisqu'il n'intervient pas sur cette base mais sur base d'un dernier élément qui n'est pas constitutif d'un manquement professionnel (le refus du contrôle n'est pas établi dans le chef de Mme M.) mais d'une désorganisation du travail.

Le tribunal a exclu le lien de causalité entre le licenciement et la procédure de PMA mais a mis en évidence le lien de causalité entre le licenciement et l'annonce d'une nouvelle incapacité de travail le 11.06.2015.

L'employeur admet considérer que la cause des absences est indifférente mais que les absences posent un problème d'organisation et qu'il a mis la demanderesse en garde contre cet élément à l'occasion d'un entretien clair sur ce point entre Mme M. et l'infirmière en chef.

Ce motif d'absence pour cause d'incapacité de travail peut raisonnablement justifier le licenciement au regard du motif fondé sur les nécessités de l'entreprise si l'employeur démontre les conséquences néfastes sur l'organisation du travail.

Aucun élément objectif n'est, en l'espèce, soutenu : il est affirmé de façon très générale que l'annonce tardive d'une incapacité occasionne des difficultés d'organisation.

L'employeur devrait, pour soutenir sa thèse, démontrer les nécessités de fonctionnement sur base de la durée et/ou de la fréquence des incapacités de la demanderesse au regard de l'organisation de l'entreprise.

Or, il soutient chercher régulièrement des travailleurs pour faire face au roulement de personnel, il occupe de nombreux travailleurs à temps partiel et compose avec ces régimes de travail (la demanderesse a remplacé elle – même des travailleurs absents), il occupe un grand nombre de personnel,

Aucun élément probant n'est donc développé pour soutenir la régularité du licenciement fondé sur les absences pour cause d'incapacité de la demanderesse.

Une indemnité de 17 semaines sera, en l'espèce, retenue dès lors que le licenciement intervient comme une sanction de l'incapacité annoncée la veille d'une date de reprise de travail sur base d'une motivation qui repose sur des faits particulièrement anciens ou supposés (tel le refus d'un contrôle potentiel) dénotant le caractère fallacieux de cette motivation.

L'indemnité de 17 semaines calculée sur base d'une rémunération mensuelle de 471.13€ n'est pas contestée dans son *quantum* et justifiée sur les mêmes bases que celles retenues pour le calcul de l'indemnité de rupture.

D. QUANT AU CHEF DE DEMANDE RELATIF AU LICENCIEMENT ABUSIF

Le droit commun de l'abus de droit trouve à s'appliquer en lieu et place de la CCT n°109 : le rapport préalable à la CCT n°109 précise expressément que le travailleur peut toutefois toujours invoquer l'abus du droit de licencier par l'employeur en application de la théorie civiliste de l'abus de droit, s'il peut en prouver les éléments. Le travailleur doit également prouver, dans ce cas, le lien entre le mode de licenciement et le dommage ainsi que l'ampleur du dommage subi.

En outre, la CCT n° 109 précise que le licenciement manifestement déraisonnable est celui qui se base sur des motifsle commentaire du texte précisant que le contrôle du caractère déraisonnable du licenciement **ne porte pas sur les circonstances du licenciement**. Il porte sur la question de savoir si les motifs ont ou non un lien avec l'aptitude ou la conduite du travailleur ou s'ils sont fondés sur les nécessités du fonctionnement de l'entreprise, de

l'établissement ou du service et si la décision n'aurait jamais été prise par un employeur normal et raisonnable.

Le licenciement abusif qui serait lié aux circonstances et non au motif de la rupture peut donc toujours être invoqué ne s'agissant pas de la même cause ni du même dommage ce qui exclut toute interdiction de cumul.

L'exercice d'un droit peut se révéler excessif et être constitutif d'un abus de droit.

A défaut de règle particulière inscrite dans la loi du 3 juillet 1978 pour les travailleurs liés par un contrat de travail d'employé, les principes généraux du droit civil s'appliquent.

Ainsi, l'abus de droit s'analyse, soit comme une faute extra - contractuelle fondée sur l'article 1382 du code civil, notamment en cas de violation de l'obligation de prudence qui s'impose à toute personne, soit en une faute contractuelle en vertu du principe de l'exécution de bonne foi des conventions consacré par l'article 1134 du code civil, lequel interdit à une partie à un contrat d'abuser des droits que lui confère celui-ci .

La partie demanderesse doit ainsi rapporter la preuve de l'existence d'une faute distincte de la méconnaissance des règles relatives à la résiliation du contrat de travail, d'un dommage distinct de celui réparé par l'indemnité compensatoire de préavis et d'un lien de causalité entre ces fautes et ce dommage distinct.

L'employé licencié qui se prétend victime d'un licenciement abusif, ne peut donc se contenter d'invoquer que celui-ci s'appuie sur des motifs non avérés, voire sur l'absence de motif, mais doit au contraire apporter la preuve certaine que l'acte juridique que constitue la rupture, est concrètement abusif²⁴ (motif volontairement inexact, manque de prudence, dépassement manifeste de l'exercice du droit, circonstances qui accompagnent la rupture).²⁵

Le caractère abusif du licenciement ne se déduit donc pas de l'absence de motivation de celui-ci, ni, le cas échéant, de l'inexactitude du motif invoqué mais des circonstances dans lesquelles il intervient.²⁶

Il est acquis que l'employeur est le seul juge des nécessités de l'entreprise, les tribunaux n'ayant pas à s'immiscer dans la gestion de celle-ci.²⁷

Les hypothèses générales de l'abus de droit sont les suivantes²⁸:

- l'exercice du droit avec la seule intention de nuire
- l'exercice du droit en causant un préjudice à autrui sans aucun intérêt pour soi ou sans intérêt appréciable

²⁴ C. T. Mons, 3ème ch., 10/09/1992, RG n° 8317 et 21/04/1994, J.L.M.B., 1994, p.1409

²⁵ M. JOURDAIN, « Motif grave et licenciement abusif », in LE CONGE POUR MOTIF GRAVE, Notion, évolutions, questions spéciales, Anthémis, 2011, pages 395 et suivantes

²⁶ C.T. Liège (Namur), 13ème ch., 23/03/2010, R.G n° 209/8735

²⁷ Idem qui se réfère à la jurisprudence constante de la C.T de Liège et de Mons notamment

²⁸ « *Le Licenciement abusif* » Etudes pratiques de Droit Social, Charles-Eric CLESSE, Kluwer 2005, p. 106-107.

- l'exercice d'un droit de façon téméraire, imprudente, légère ou insouciante et causant un dommage à autrui qui aurait pu être évité
- le choix de la manière la plus dommageable à autrui parmi les différentes manières possible d'exercer le droit avec le même intérêt pour soi
- l'existence d'une disproportion entre le dommage provoqué et l'intérêt procuré

Ainsi et par exemple, un licenciement peut être abusif s'il est établi qu'il intervient pour un motif futile, en jetant le doute sur l'honnêteté et la moralité du travailleur ou avec une publicité donnée au congé portant à la connaissance du personnel la raison invoquée à l'appui de la rupture du contrat.²⁹

La preuve d'un dommage spécifique doit être rapportée dès lors que l'indemnité compensatoire de préavis couvre de manière forfaitaire l'intégralité du dommage matériel et moral qui découle de la rupture irrégulière.³⁰

La partie demanderesse invoque un préjudice moral étant une atteinte à son intégrité professionnelle au vu des accusations fallacieuses et se base sur les certificats médicaux du docteur G du 14.10.2015 et 23.09.2016 ; elle évalue son préjudice à 5.000€.

La partie défenderesse estime la demande fantaisiste et rejette tout lien de causalité entre le *burn out* évoqué et les circonstances de travail et l'absence de cumul possible entre les différentes réclamations pour un même dommage.

Le tribunal

La partie demanderesse invoque les motifs fallacieux du licenciement et n'invoque aucune circonstance particulière intervenue dans la manière dont le licenciement s'est produit.

Son argumentation repose sur le non fondement des motifs qui justifie l'octroi d'une indemnité pour licenciement manifestement déraisonnable et d'une indemnité de rupture qui couvre l'intégralité du préjudice matériel et moral.

Aucun préjudice distinct n'est établi.

La demande ne sera donc pas retenue.

E. QUANT AUX CHEFS DE DEMANDE RELATIFS AUX DOCUMENTS SOCIAUX, A L'EXECUTION PROVISOIRE ET AUX DEPENS

La partie demanderesse sollicite la délivrance d'une fiche de paie rectifiée pour le mois de juin 2015, dans le mois de la signification du jugement à intervenir, sous peine d'une astreinte de 50€ par jour de retard.

²⁹ Idem référence 12

³⁰ C. Cass., 19/02/1975, Pas., I, p. 622 et C. Cass., 07/05/2001, J.T.T., 2001, p. 410 avec obs. C. Wantiez

S'agissant de délivrer une fiche de paie en conséquence de la présente condamnation face à un employeur dont il n'est pas établi qu'il a, par ailleurs, manqué à son obligation de délivrance des documents sociaux liés à la rupture, l'astreinte ne se justifie pas.

La partie défenderesse succombe sauf sur un chef de demande.

La partie demanderesse a liquidé ses frais et dépens de l'instance étant l'indemnité de procédure à la somme de 3.600€ (150% du montant de base) et subsidiairement à la somme de 2.400€, étant le montant de base.

Elle invoque une défense fautive ce qui traduit le caractère manifestement déraisonnable de la situation.

Si tel est le cas du fondement du litige, cela ne l'est pas de l'attitude procédurale d'une partie qui a tenté de défendre en vain sa thèse mais s'est légitimement opposée à certains fondements juridiques invoqués et non retenus.

L'exécution provisoire est de droit.

PAR CES MOTIFS,

LE TRIBUNAL,

VU les dispositions de la loi du 15 juin 1935 sur l'emploi des langues en matière judiciaire,

STATUANT contradictoirement,

DIT la demande recevable et partiellement fondée,

CONDAMNE la partie défenderesse à payer à la partie demanderesse :

- **une somme de 10.364,83€ bruts à titre d'indemnité compensatoire de préavis égale à 3 mois et 9 semaines de rémunération, à majorer des intérêts moratoires au taux légal à dater du 12.06.2015**
- **une somme de 8.009,21€ à titre d'indemnisation du caractère manifestement déraisonnable du licenciement, à majorer des intérêts moratoires au taux légal à dater du 12.06.2015**

DEBOUTE la partie demanderesse du surplus de sa demande,

CONDAMNE, la partie défenderesse aux frais et dépens fixés à la somme de 2.400€ (indemnité de procédure de base).

Ainsi jugé et signé avant la prononciation par la 2^{ème} chambre du Tribunal du travail de Liège division Dinant composée de :

Madame Muriel DURIAUX, Juge président la chambre
Monsieur Paul DE KEYSER, Juge social représentant les employeurs
Monsieur Yves DEMOITIE, Juge social représentant les employés
qui ont assisté aux débats de la cause conformément au prescrit légal,
assistés au moment de la signature, de **Monsieur Yohann BALZAT**, greffier

Le greffier

Les juges sociaux

Le Président

Et prononcé en langue française, à l'audience publique de la 2^{ème} chambre du Tribunal du travail de Liège Division Dinant, du vingt mars deux mille dix-sept au Palais de Justice sis à 5500 Dinant, Place du Palais de Justice par Madame Muriel DURIAUX, Juge président la chambre, assisté de Monsieur Yohann BALZAT, greffier, qui signe ci-dessous

Le Greffier