

Tribunal du Travail de Liège - Division Liège
Jugement de la Neuvième chambre du 12/01/2021

En cause :

Madame **J**

, faisant

élection de domicile en l'étude de son conseil

Partie demanderesse, ayant comparu personnellement assistée de son conseil Maître Hervé DECKERS, avocat à 4460 GRACE-HOLLOGNE, Rue Saint-Exupéry, 17B11, BAT17

Contre :

L'ASBL CENTRE HOSPITALIER CHRETIEN, (BCE: 0416.805.238), dont le siège est établi Bd Patience et Beaujonc, 9 à 4000 LIEGE

Partie défenderesse, ayant comparu par son conseil Maître Rodrigue CAPART, avocat à 4020 LIEGE 2, place des Nations Unies, 7

Vu les dispositions de la loi du 15 juin 1935 concernant l'emploi des langues en matière judiciaire.

Vu les pièces du dossier de la procédure, à la clôture des débats, et notamment la requête introductive d'instance adressée par recommandé du 24 janvier 2019 et reçue au greffe le 28 janvier 2019.

Entendu les parties présentes ou représentées en leurs dires et moyens à l'audience du 1^{er} décembre 2020.

I. LA DEMANDE

Par requête du 28 janvier 2019, Madame J. sollicite la condamnation de son ancien employeur, le CHC, au paiement des sommes de :

- 22.615,25 euros à titre de dommages et intérêts dus en application de l'article 18 §2 de la loi du 10 mai 2007 à titre principal en raison d'une discrimination sur base du handicap et à titre subsidiaire en raison d'une discrimination sur base de l'état de santé.
- 14.786,94 euros correspondant à 17 semaines de rémunération, à titre d'indemnité pour licenciement manifestement déraisonnable.
- 10.000 euros à titre de dommages et intérêts pour absence d'audition préalable au licenciement.

Sur ce point, et à titre subsidiaire, Madame J sollicite qu'il soit réservé à statuer et que la question suivante soit posée à la Cour constitutionnelle :

« Les articles 32, 3° et 37, §1^{er} de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail, interprétés comme faisant obstacle au droit d'être entendu préalablement au licenciement pour un travailleur employé par un hôpital au sens de l'article 2 de la loi coordonnée du 10 juillet 2008 sur les hôpitaux et autres établissements de soins, constitué sous forme d'une association sans but lucratif, violent-ils les articles 10 et 11 de la Constitution, alors que ce droit est garanti conformément à l'adage « audi alteram partem » aux agents contractuels d'un hôpital, au sens de l'article 2 de la loi coordonnée du 10 juillet 2008, ayant la qualité d'autorité administrative ? ».

Madame J sollicite par ailleurs la condamnation du CHC aux intérêts et aux dépens.

II. RECEVABILITE

La demande est recevable pour avoir été introduite dans les formes et délais légaux.

III. LA COMMUNICATION AU MINISTERE PUBLIC

La cause, communicable en application de l'article 764, 12° du code judiciaire, a été communiquée à l'office de Monsieur l'Auditeur du travail par les soins de Madame le greffier des rôles par courrier du 31 janvier 2019.

Par courrier du 13 mars 2019, Monsieur Matthieu SIMON, substitut de l'Auditeur du travail, a annoncé qu'en application de l'article 766 § 1^{er} du code judiciaire, il n'estimait pas convenable d'émettre un avis.

IV. LES FAITS

La requérante est infirmière de formation et âgée, à l'heure actuelle, de 36 ans.

Il faut, avec toute la délicatesse possible, signaler que la requérante a subi, dans l'enfance, des faits de viol et d'attentat à la pudeur pour lesquels l'un de ses oncles a été condamné par la Cour d'appel de Liège à trois ans de prison avec sursis.

Madame J a été occupée par le CHC, en qualité d'employée - infirmière, dans le cadre d'un contrat de travail à durée indéterminée, à temps partiel, daté et ayant pris cours le 1^{er} octobre 2011.

Madame J a été engagée pour la fonction d' « infirmière graduée hospitalière ». Le temps partiel correspondait à 28 h 30 de travail, 5 jours par semaine et selon un horaire variable.

Madame J a d'abord exercé, durant huit mois, les fonctions d'infirmière

hospitalière, à la clinique Saint-Joseph.

Elle a ensuite été transférée, à partir du 1^{er} juin 2012, dans l'équipe du bloc opératoire de la clinique Saint-Joseph.

Depuis le 1^{er} décembre 2016, Madame J. exerçait ses fonctions d'infirmière bloc opératoire à la clinique de l'Espérance.

La requérante est passée à temps plein, 38 h/semaine hormis deux périodes de congé parental jusqu'à la fin de son occupation.

Les faits subis dans l'enfance par la requérante entraînent un état dépressif majeur consécutif à un état de stress post-traumatique pour lequel elle est traitée et qui a entraîné de nombreuses incapacités de travail.

Il n'est pas contesté que le CHC n'a pas été informé des causes de cet état psychologique.

Le CHC fait effectivement état de nombreuses incapacités de travail dont certaines auraient été renseignées en dernière minute désorganisant, selon l'ancien employeur, les plannings opératoires.

Par e-mail du mardi 19 juin 2018, M. H. coordinateur du département infirmier du CHC, sollicite de Monsieur D. , la rupture du contrat de travail de Madame J. dans les termes suivants :

« Je te confirme la demande de mettre fin à la collaboration de Madame J. , infirmière au bloc opératoire de la clinique de l'Espérance, sans prestation du préavis et avec paiement des indemnités En annexe, un petit rapport qui décrit son parcours et les raisons de cette demande de fin de contrat qui n'est jamais facile à faire mais je pense qu'on n'a pas le choix. Je propose que ce soit versé dans son dossier. J'ai essayé de la contacter pas GSM mais je suis tombé sur son répondeur et lui ai demandé de me rappeler. Si elle ne me rappelle pas ce jour, je propose de lui envoyer le courrier recommandé demain matin et je laisserais un message sur son répondeur pour l'en informer, ce que je regrette car je préférerais lui annoncer de vive voix pour que je puisse expliquer notre décision

Je vais déjà faire le nécessaire pour couper ses accès informatiques et vais m'arranger avec Mme D. , chef du bloc, pour qu'elle soit disponible pour quand elle souhaitera récupérer ses affaires personnelles Merci de me confirmer quand la lettre sera envoyée Bien à toi et merci pour ton soutien dans cette démarche difficile »

A ce courrier électronique est joint un document intitulé « Dossier J. » :

« Parcours au CHC

- Engagée le 1/10/2011 à SJ dans équipe volante. Elle y reste 8 mois.
De. se rappelle d'absences fréquentes :
o 6 fois absentes entre 1/1/2012 et 22/1/2013

o 32 jours SMG sur cette période

- *1/6/2012 transfert vers bloc opératoire de SJ pour offrir travail sans WE et supervision et accompagnement plus rapproché par une ICU*
 - o Au 22/1/2013, écartement grossesse jusqu'au 6/2/2014*
 - o Travaille 3 jours puis maladie du 12/2/2014 au 13/11/2016 soit 33 mois de maladie LD (2 ans et 9 mois.....) ' ;*
 - o Recommence le 16/11/2016*
- *1/12/2016, à la demande de . V. , transfert vers bloc opératoire de l'espérance jusqu'à ce jour*
 - o Depuis 16/11/2016*
 - *66 jours de maladie SMG*
 - *2 jours de maladie supérieurs à 1 mois*
 - *10 périodes d'absences*

Perception des ICU et collaborateurs

- *Quand malade prévient 2H avant début de pause....désorganise tout le programme du bloc.*
- *Rend en retard certificat de prolongation quand maladie LD*
- *Médecins n'en veulent plus*
 - o Pas confiance dans savoir et savoir faire*
 - o Manque d'investissement. Donne impression de ne pas vouloir évoluer*
 - o Garde pas sécurisante*
- *Collègues se sentent lésées par absences et manque d'investissement de sa part. Cela donne naissance à des commentaires et jugements désagréables de la part de ses collègues. Elle est en inadéquation avec le reste de l'équipe sur la perception du travail au bloc et des devoirs et responsabilités... « Elle s'en fout royalement des conséquences de ses absences sur ses collègues et les patients »*
- *Aucun dynamisme ou volonté de progresser ou de s'investir. A aucun moment, elle n'a donné un signal à sa responsable qu'elle voulait progresser dans ses connaissances pour le bloc opératoire. C'est plutôt un ressenti de sa responsable du style « moins je sais, moins on me demandera ... »*

Par courrier recommandé du 19 juin 2018, le CHC a notifié à Madame J la rupture de son contrat de travail, moyennant le paiement d'une indemnité compensatoire de préavis de 3 mois et 15 semaines.

Madame J a demandé à connaître les motifs précis de son licenciement, en application de la CCT n° 109, par courrier du 24 juillet 2018.

Le CHC y répond le 9 août suivant comme suit :

« Comme a pu vous en faire oralement Monsieur H , Directeur et Coordinateur du département infirmier, la décision de ne pas poursuivre le contrat de travail qui vous liait au CHC découle principalement d'un constat d'un réel manque d'investissement dans votre chef.

En effet, ce manque d'investissement personnel dans la fonction qui était la vôtre, et l'évident manque de volonté de votre part de réellement progresser, a engendré une perte de confiance de nombreux médecins du bloc opératoire, mais aussi de vos responsables hiérarchiques successifs, et même de vos collègues.

A titre d'exemple, il nous a été rapporté à plusieurs reprises que lorsque vous deviez vous absenter pour des raisons de santé, ce que nous ne pouvons pas vous reprocher, vous ne vous préoccupiez que très légèrement des conséquences de vos absences que nous n'annonciez généralement que quelques heures avant le début prévu de votre prestations (sic). Il est clair que de tels comportements ont créé une irritation importante dans le chef des personnes qui devaient pallier auxdites absences sans avoir pu s'organiser préalablement.

Poursuivre sur le long terme une collaboration dans un tel climat de méfiance et de doléances répétées ne nous paraissait plus possible, et c'est pourquoi, moyennant respect des préavis légaux, nous avons pris la décision de mettre fin à votre contrat de travail. ».

V. DISCUSSION

Selon Madame J. , le licenciement qu'elle a subi est discriminatoire, à titre principal sur base du handicap qui le frappe et, à titre subsidiaire, sur base de son état de santé. Le licenciement est, également, manifestement déraisonnable. L'indemnité pour licenciement manifestement déraisonnable est cumulable avec l'indemnité protégeant de la discrimination. Il eût été utile d'entendre la requérante avant de la licencier, l'absence de dispositions imposant une telle audition dans des entreprises telles que le CHC, exerçant des missions de service public, est discriminatoire. Subsidiairement une question préjudicielle à la Cour constitutionnelle serait utile.

Le CHC, pour sa part, estime avoir licencié en raison de la perte de confiance de l'équipe médicale dans les compétences et l'investissement de la requérante. Le licenciement n'est pas fondé sur le handicap lequel était totalement ignoré de l'employeur. Le licenciement n'est non plus pas lié à l'état de santé. Le licenciement n'est pas manifestement déraisonnable étant lié aux compétences et aux comportements de la requérante. Subsidiairement, le cumul entre l'indemnité pour discrimination et une indemnité pour licenciement manifestement déraisonnable n'est pas possible. En outre, le salaire retenu est incorrect. Il n'y avait pas lieu, pour le CHC, d'entendre la requérante, la comparaison avec les salariés du secteur public n'est pas pertinente.

VI. DECISION DU TRIBUNAL

6.1. L'indemnité pour licenciement discriminatoire

6.1.1. En droit

La loi du 10 mai 2007 « *tendant à lutter contre certaines formes de discrimination* » vise à créer un cadre général pour lutter contre la discrimination fondée sur certains critères dits « *critères protégés* » (articles 2, 3 et 51 de la loi).

Cette loi s'applique à toutes les personnes, tant pour le secteur public que pour le secteur privé, en ce qui concerne, entre autres, les relations de travail (articles 4, 1° et 5, 52, de la loi anti-discrimination).

Le principe de l'interdiction de discrimination s'applique à l'ensemble de la relation de travail, depuis le recrutement jusqu'au licenciement.

Dans les matières qui relèvent du champ d'application de la loi, toute forme de discrimination est interdite (article 14 de la loi anti-discrimination).

Il convient ici de noter que la loi anti-discrimination distingue entre deux notions : la distinction - notion neutre — et la discrimination — distinction qui ne peut pas être légitimée et qui est donc prohibée.

Au sens de la loi anti-discrimination, la notion de discrimination englobe la discrimination directe et la discrimination indirecte.

La loi anti-discrimination interdit la discrimination fondée sur 13 critères (article 4, 4° de la loi anti-discrimination).

Parmi ces critères « *protégés* » se trouve le handicap ou l'état de santé.

Toute distinction directe, fondée sur l'un des critères protégés constitue une discrimination directe, à moins que cette distinction directe ne soit objectivement justifiée par un but légitime et que les moyens de réaliser ce but soient appropriés et nécessaires (article 7 de la loi).

Dans le domaine des relations de travail, il existe une possibilité limitée de justifications de distinction directe fondée sur 4 critères protégés dont le handicap: la distinction doit être justifiée par des exigences professionnelles « *essentielles et déterminantes* » (article 8 de la loi).

Le juge doit examiner pour chaque situation concrète si une caractéristique donnée forme une exigence professionnelle essentielle et déterminante ¹.

¹ Compendium social, 2013-2014, tome 2, n°2198, p.117

Par dérogation à la règle générale énoncée ci-dessus, une distinction directe fondée sur l'état de santé en matière de relation de travail ne constitue pas une discrimination justifiée par un objectif légitime, tels que des objectifs légitimes de politique de l'emploi, du marché du travail ou tout autre objectif légitime comparable, et que les moyens de réaliser cet objectif sont appropriés et nécessaires.

Lorsqu'une personne qui s'estime victime d'une discrimination invoque devant la juridiction compétente des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination fondée sur l'un des critères protégés, il incombe au défendeur de prouver qu'il n'y a pas eu de discrimination (articles 27 et 28 de la loi anti- discrimination).

Par faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe fondée sur un critère protégé, sont compris, entre autre, mais pas exclusivement :

- les éléments qui révèlent une certaine récurrence de traitement défavorable à l'égard de personnes partageant un critère protégé ;
- les éléments qui révèlent que la situation de la victime du traitement plus défavorable est comparable avec la situation de la personne de référence.

La personne qui s'estime victime d'une discrimination doit invoquer des comportements ou des faits concrets et clairement définis de personnes identifiables, desquelles il est possible d'inférer qu'il y a bel et bien discrimination.

Diverses affirmations décousues et une déclaration « *sur l'honneur* » de la personne qui s'estime victime de discrimination ne suffisent pas².

S'agissant d'une discrimination directe, le travailleur doit prouver son appartenance à un groupe déterminé, la comparabilité de sa situation avec celle d'un travailleur qui n'appartient pas à ce groupe, ainsi que la différence de traitement. Il y a alors renversement de la charge de la preuve³.

Dans un arrêt du 16 juin 2009, la Cour du travail de Bruxelles a jugé que le travailleur devait démontrer l'existence d'éléments permettant de présumer un lien étroit entre les critères protégés et le licenciement; elle estime que pour qu'il y ait discrimination, il faut que le licenciement soit fondé essentiellement sur le critère protégé⁴.

En cas de discrimination directe, le renversement de la charge de la preuve est acquis dès que le travailleur apporte la preuve de son appartenance à un groupe déterminé (selon le sexe, l'âge, l'origine ethnique...), pour autant qu'il démontre la comparabilité de sa situation avec celle d'un travailleur n'appartenant pas à ce groupe et de la différence de traitement⁵.

² Prés.Trib.Trav. d'Oudenaarde, 5 juin 2008, TGR, 2008, p.316

³ C.Trav. Brux., 13 nov 2012, RG n°2011/AB/613

⁴ C.Trav. Brux. 16 juin 2009, Chron. D.S., 2010, p.19

⁵voy. les exemples cités par M. DE VOS, «De Bouwstenen van het discriminatie recht in de arbeidsverhoudingen na de wet bestrijding discriminatie », in De Wet Bestrijding Discriminatie in de praktijk, Intersentia, M. DE VOS et E. BREMS (eds), p. 89

La discrimination indirecte est, quant à elle, une mesure qui en apparence est neutre mais qui, dans ses effets, se révèle défavorable à un groupe de personnes particulier.

On peut évoquer un exemple parlant de discrimination directe et de discrimination indirecte.

Lorsqu'une entreprise, par exemple, pratique une différence salariale entre hommes et femmes, mais il pourrait en aller d'autres catégories protégées, il y a alors discrimination directe.

Lorsque la même entreprise offre un salaire équivalent aux hommes et femmes à temps plein mais réserve, par contre, un salaire horaire moins favorable aux travailleurs à temps partiel qu'à ceux à temps plein, il s'agit en apparence d'une mesure neutre. Lorsqu'il est démontré, par contre, que l'intégralité des travailleurs à temps partiel sont des femmes, la mesure apparemment neutre se révèle être une discrimination indirecte.

Le juge confronté à une situation apparente de discrimination procédera, alors, et au moyen des éléments produits devant lui à un test de comparabilité, un travailleur dans une situation similaire mais ne présentant par le critère protégé, aurait-il été traité de la même façon où se serait-il vu réserver un sort plus favorable ?

6.1.2. Application

6.1.2.1. Discrimination sur base du handicap

Bien qu'il soit communément considéré comme aisé de distinguer une altération durable telle que le handicap d'une situation passagère telle qu'un état de santé défaillant, la frontière entre les deux notions est néanmoins parfois ténue. Elle est d'autant plus ténue que l'enseignement de la CJUE exclut de la notion d'état de santé, la maladie temporaire⁶.

Il est couramment admis que le handicap se définit comme l'incapacité d'interagir pleinement avec son environnement à cause d'une déficience, c'est-à-dire d'une altération importante et durable d'une fonction physique ou intellectuelle. L'origine du handicap est à ce point de vue irrelevant, il peut être inné comme être apparu à la suite d'un accident ou d'une maladie, il reste défini par sa permanence et son incurabilité même s'il est, le cas échéant, améliorable.

A l'inverse, l'état de santé qui est le critère protégé et l'altération de ce dernier, sont considérés comme un état et l'altération un état transitoire, évolutifs même s'ils peuvent s'inscrire dans la durée, empêchant temporairement l'accomplissement de certaines tâches comme les prestations de travail ou certaines d'entre elles. Selon l'enseignement de la CJUE, une maladie dont la fin est prévisible ne constitue pas un handicap.⁷

⁶ C.J.U.E., 11 juillet 2006, CHACON-NAVAS, C-13/05

⁷ C.J.U.E., 1^{er} décembre 2016, DAOUIDI, C-395/15

Une même incapacité à interagir avec son environnement, la capacité de se mouvoir, l'incapacité d'user d'un de ses sens comme la vision ou la parole, selon qu'elles seront temporaires ou définitives constitueront un handicap ou une maladie.

Comme le relève adéquatement la requérante dans ses conclusions, dès lors qu'une maladie de longue durée a pris un certain caractère de permanence, elle doit être considérée comme un handicap.

Si la requérante rapporte la preuve de son appartenance à un groupe déterminé à savoir les travailleurs, et personnes handicapées car frappée par un état dépressif majeur résultant d'un stress post-traumatique, cette situation était inconnue du CHC, la requérante ne prétend pas le contraire mais estime que ce dernier aurait pu néanmoins, notamment parce qu'il appartient au monde médical, s'en douter vu le contexte.

La requérante ne prétend cependant pas avoir été la victime d'un licenciement discriminatoire fondé directement sur le handicap du fait de l'ignorance de sa situation exacte de son ancien employeur.

Forcément, le tribunal reconnaîtra volontiers qu'il s'agit d'une situation suffisamment douloureuse pour ne pas pouvoir, au-delà de son droit au respect du secret médical et de la protection de la vie privée, se livrer à des confidences aisées à ce sujet.

Néanmoins, dès lors que la requérante ne peut pas prétendre appartenir à une minorité visible, son handicap n'étant pas décelable à sa vue ou à sa fréquentation, elle doit démontrer qu'un employeur normalement prudent et diligent, particulièrement lorsqu'il appartient au monde médical, n'aurait pu ignorer qu'il s'agissait là d'une travailleuse en situation de handicap même s'il n'en décelait pas tous les contours. Le tribunal ne considère pas qu'ils ressortent des pièces produites par l'une ou l'autre des parties que le CHC avait la moindre idée de ce qui frappe la requérante.

Certes, certains auraient pu déduire du contexte l'existence de quelque chose de cet ordre, ce serait cependant être très exigeant dans la gestion des ressources humaines que d'exiger d'un employeur qu'il détecte d'un absentéisme important, un handicap qui ne lui a pas été déclaré là où la plupart des employeurs auraient simplement déduit un état de santé défaillant.

La note du 18 juin 2018 figurant en annexe de l'e-mail de Monsieur H emporte, sur ce point, la conviction du tribunal sur le fait que si un état de santé défaillant était connu, le CHC ignorait tout de la situation et n'avait pas, non plus, déduit du contexte des éléments en ce sens.

Cependant, la requérante soutient pouvoir invoquer une discrimination indirecte laquelle n'impliquerait pas une connaissance précise du contexte dans le chef de l'employeur.

Aucun élément du dossier ne permet de dire que le licenciement est intervenu d'une façon qui puisse être liée, directement ou indirectement, avec le handicap qui frappe la requérante. Il ressort, plutôt, des pièces un lien avec d'une part une certaine perte de confiance et d'autre part, comme il sera vu infra, une exaspération quant aux

nombreuses absences et surtout en ce qui concerne la gestion de ces dernières au regard de la soudaineté de certaines incapacités.

Enfin, c'est à juste titre que le CHC relève que pour refuser un aménagement raisonnable il faut à tout le moins en être au moins saisi fût-ce informellement.

La preuve d'un élément permettant de présumer d'une discrimination fondée sur le handicap n'est pas rapportée.

Il apparaît déraisonnable d'imputer une discrimination indirecte ou une présomption d'une telle discrimination du fait que l'employeur, à raison de son caractère de centre hospitalier, aurait dû déduire d'un contexte d'absence récurrentes, l'existence du handicap constitué par une dépression profonde.

Imputer une discrimination, fut-elle indirecte, fondée sur un handicap dont l'employeur peut, raisonnablement, affirmer qu'il ignorait tout, même s'il ne peut pas, dans le même temps, affirmer que tout allait bien, serait excessif.

Cet aspect de ce chef de demande n'est pas fondé.

6.1.2.2. Discrimination sur base de l'état de santé

La discrimination sur base de l'état de santé actuel ou futur est une notion distincte de la discrimination sur base du handicap comme le rappelle la jurisprudence.⁸

Il en va a fortiori ainsi lorsque, comme on l'a vu supra, la CJUE a bien dégagé que le critère protégé est l'état de santé et non la maladie temporaire.

La gestion des ressources humaines de toute entité n'interdit pas de considérer qu'un absentéisme récurrent, fût-il justifié systématiquement par des certificats médicaux et le cas échéant confirmé par le médecin contrôleur, nuit à l'entreprise de telle sorte que le licenciement ou tout autre traitement défavorable comme le refus d'une promotion, la réaffectation, ... ne seront pas ipso facto considérés comme discriminatoires.⁹

Le lien fait par la requérante entre son état de santé et le licenciement dont elle a fait l'objet apparaît néanmoins comme beaucoup moins ténu que le lien entre le handicap dont l'employeur pouvait légitimement tout ignorer et ce même licenciement.

Le tribunal estime que la note figurant à la pièce 1B du dossier du CHC et constituant l'annexe de l'e-mail du mardi 19 juin 2018 par laquelle M. H sollicite de Monsieur D la rupture du contrat de travail de la requérante fonde cette demande sur deux éléments :

- un manque de confiance dans les compétences et surtout
- un absentéisme important notamment de courte durée entraînant la débauchage du

⁸ Cour du travail de Bruxelles, 17 janvier 2017, R.G. 2015/AB/291 sur www.terralaboris.be

⁹ la présente chambre, 13 novembre 2018, RG 16/7.336/A sur www.terralaboris.be

salaire garanti

Certes, comme exposé supra, si l'on ne peut raisonnablement justifier un licenciement par un état de santé défaillant, on peut par contre constater qu'un absentéisme important, même justifié et légitime, désorganise une entreprise ou en l'occurrence un hôpital.

Dans un récent arrêt du 10 janvier 2017, la Cour du travail de Mons ¹⁰ pose la question du facteur Bradford, outil connu en gestion des ressources humaines et qui permet de quantifier l'absentéisme de courte durée et son impact sur l'organisation du travail. La Cour relève que :

« Le « Facteur Bradford » est un outil qui permet d'analyser l'absentéisme des travailleurs en mettant l'accent sur les absences fréquentes de courte durée.

Lorsqu'il est nécessaire de procéder à une réduction des effectifs pour cause de diminution du chiffre d'affaires ou dans le cadre d'une restructuration de l'entreprise, il est légitime d'opérer une sélection en se fondant sur le critère d'efficacité des différents travailleurs. Il n'y a donc aucun comportement générateur d'un abus de droit dans le chef de l'employeur qui effectue une telle sélection en se fondant sur un critère d'efficacité et en choisissant de licencier celui ou celle dont le rendement, indépendamment de toute faute, est incontestablement affecté par des absences répétées du chef de maladie ou d'incapacité, ces absences fussent-elles dûment justifiées par des certificats médicaux.

(...)

Le licenciement décidé dans le cadre de la restructuration sur base de ce critère, pertinent dans la mesure où l'absentéisme est perturbateur, n'est pas discriminatoire. ».

Dans le cas d'espèce, on est assez éloigné de la répétition de petites incapacités récurrentes, même si elles existent, et on est surtout en présence de très longues incapacités mais aussi de congés de maternité.

L'employeur pouvait-il légitimement craindre que le schéma de longues périodes d'incapacité et d'autres plus courtes allaient se répéter, c'est certain. Pouvait-il, néanmoins, procéder à un licenciement notamment en raison de ce qui précède, c'est beaucoup moins certain.

Si la lutte contre l'absentéisme peut apparaître, dans nombres d'hypothèses, légitime ne constituant, tout au plus, qu'un indice d'une discrimination indirecte lequel sera vérifié par le processus du test de comparabilité, la défiance à l'égard de l'état de santé actuelle

¹⁰ 2015/AM/306, sur www.juridat.be

ou future est, par contre, une discrimination directe¹¹.

Le CHC peut en effet difficilement soutenir au regard des pièces produites mais aussi de la lettre justifiant du licenciement après la demande de motivation au sens de la CCT 109 que l'exaspération liée à l'état de santé passé mais aussi aux craintes liées à l'état de santé futur n'a pas joué un rôle dans le processus décisionnel.

En effet, le contexte temporel et l'analyse des prestations et incapacités récentes concourt à poser un tel constat :

En 2018, la requérante a été en incapacité :

- du 6 au 9 février
- du 12 au 23 février
- le 15 mai
- et, est en incapacité depuis le 23 mai lorsqu'elle est licenciée

Or, si seules les compétences ou l'implication avaient été remises en question, un employeur raisonnable, disposant comme en l'espèce d'une multitude de services, face à une situation structurelle de manque d'infirmiers et infirmières, le métier étant en pénurie laquelle a été encore aggravée par l'allongement des études, aurait proposé une réaffectation à un poste moins exigeant.

Le tribunal estime que la requérante rapporte la preuve de faits laissant présumer d'un licenciement qui, à tout le moins en partie, est discriminatoire sans que le CHC rapporte intégralement la preuve contraire.

L'action est fondée mais comme il sera vu au point suivant, elle ne l'est pas intégralement.

6.1.2.3. Indemnisation

6.1.2.3.1. Le principe

Le tribunal a établi un lien entre l'état de santé passé de la requérante et, probablement, les craintes, partiellement légitimes, quant à l'état de santé futur et le licenciement. Ce dernier est dès lors discriminatoire.

D'autres motifs de licenciement existent, ils sont attestés par un ensemble de pièces produites par le CHC.

Ces pièces sont crédibles, elles permettent de dire qu'au-delà de son état de santé, la requérante présentait un certain nombre d'inadéquations à la fonction exercée.

Le tribunal estime dès lors que même en l'absence d'un état de santé précaire, la requérante s'acheminait, à court ou moyen terme, vers une fin de collaboration selon

¹¹ voir en ce sens CT Bxl,F, arrêt du 8 février 2017, RG 2014/AB/1.021, sur www.terralaboris.be

une forme ou une autre, le licenciement ou la réaffectation à une fonction moins exigeante.

A tout le moins, le CHC rapporte la preuve au sens de l'article 18, 2° in fine de la loi du 10 mai 2007 que le traitement défavorable serait intervenu quoiqu'il en soit de telle sorte que le tribunal prononcera la réduction de l'indemnité à trois mois de rémunération.

6.1.2.3.2. Le montant

Subsidiairement, le CHC propose une rémunération de 44.584,43 euros et non 45.230,51 euros, les parties s'opposant sur le montant à retenir pour les chèques repas dont il faut à l'évidence ne retenir que la seule part patronale et sur un montant de 89,13 euros à titre de : « *autres avantages* ».

La requérante n'a pas répondu sur ce point, le calcul proposé par le CHC sera retenu.

Le calcul sera opéré comme suit :

$$(44.584,43 \text{ euros} : 12) \times 3 = 11.146,11 \text{ euros.}$$

Les intérêts seront accordés à dater du 24 janvier 2019, date de la requête.

6.2. L'indemnité pour licenciement manifestement déraisonnable

6.2.1. En droit

La convention collective de travail n° 109 consacre le droit du travailleur à connaître les motifs de son licenciement et définit la notion de licenciement manifestement déraisonnable.

L'article 8 de la CCT 109 dispose que :

« Un licenciement manifestement déraisonnable est le 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. »

Cet article est commenté comme suit par les partenaires sociaux :

« 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. »

Selon la doctrine¹² :

« Il faut donc non seulement que le licenciement repose sur l'aptitude du travailleur, sur sa conduite ou sur les nécessités du fonctionnement de l'entreprise, mais encore qu'un employeur « normal et raisonnable » eut lui aussi pu opter pour le licenciement dans les mêmes circonstances »

Le tribunal du travail de Liège, division Dinant, a jugé le 20 mars 2017¹³ que :

« 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. (...) 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 tribunal dans sa décision précitée relève la généalogie existant entre la CCT 109 et l'article 63 de la loi du 3 juillet 1978 aujourd'hui abrogé.

De nombreuses considérations ont amplement été développées à l'endroit de cet ancien article 63 qui concernait le licenciement « *présumé* » abusif du travailleur ouvrier.

La Cour de cassation, citée par la division de Dinant dans son jugement du 20 mars 2017, avait retenu qu' :

« un licenciement pour un motif lié à l'aptitude à la conduite de l'ouvrier est abusif

¹² Sophie GERARD, Anne-Valérie MICHAUX, Erwin CRABEELS, La C.C.T. Imposant la motivation du licenciement et sanctionnant le licenciement manifestement déraisonnable : une première lecture et déjà – de nombreuses questions », Chr. D.S. 2014, p. 146 cités notamment par TT Liège, div. Namur, 19 octobre 2016, RG 15/394/A (inédit)

¹³ RG 15/ 1317/ A, inédit

si le motif est manifestement déraisonnable »¹⁴.

Il a été jugé¹⁵ que :

« Sur base de cette disposition, il appartient au Tribunal de contrôler deux éléments :

1. Il doit tout d'abord vérifier si les motifs sont ou non en lien avec l'aptitude ou la conduite du travailleur ou s'ils sont fondés sur les nécessités du fonctionnement de l'entreprise.

2. Il doit ensuite contrôler l'exercice du droit de licencier de l'employeur par référence à ce que serait l'exercice de ce droit par un employeur normal et raisonnable. (...)

Le Tribunal doit se livrer uniquement à un contrôle marginal et ne peut donc substituer purement et simplement sa propre appréciation à celle de l'employeur. Il doit laisser à celui-ci la maîtrise de la gestion de son entreprise, seules les décisions manifestement déraisonnables pouvant être sanctionnées. »

Le motif invoqué doit être légitime, valable et raisonnable¹⁶.

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.¹⁷

Le licenciement doit être proportionné aux circonstances de la cause, raisonnable et légitime. Selon la doctrine :

« En ce qui concerne le critère de l'attitude, la jurisprudence de la Cour de cassation du 22 novembre 2010 nous paraît parfaitement applicable. Il faut en effet un motif valable de congé. L'employeur ne peut invoquer n'importe quelle « attitude ». Le motif du licenciement doit être raisonnable ou légitime, ce qui donne un contrôle de proportionnalité entre les faits qui sont invoqués et la décision de mettre fin au contrat de travail. Sans exiger que le comportement du travailleur pouvant justifier valablement un licenciement doive être fautif, parce qu'un licenciement décidé, par exemple, sur la base de l'attitude peut provenir d'un comportement non fautif de celui-ci, encore faut-il que la décision de l'employeur soit raisonnable ou

¹⁴ 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

¹⁵ Trib. trav. Liège, div. Huy, 17 juiln 2019, inédit, RG 18/161/A

¹⁶ 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

¹⁷ 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

légitime ».¹⁸

La charge de la preuve incombe, selon les cas, à l'employeur ou au travailleur¹⁹ :

« Si l'employeur a correctement communiqué les motifs du licenciement sur demande du travailleur ou d'initiative, la partie qui allègue des faits en assume la charge de la preuve ;

Il appartient à l'employeur de fournir la preuve des motifs du licenciement invoqués qu'il n'a pas ou pas correctement communiqués au travailleur et qui démontrent que le licenciement n'est pas manifestement déraisonnable ;

Il appartient au travailleur de fournir la preuve d'éléments qui indiquent le caractère manifestement déraisonnable du licenciement lorsqu'il n'a pas introduit de demande visant à connaître les motifs de son licenciement ».

Concernant la charge de la preuve, trois hypothèses peuvent être envisagées :

- soit le travailleur n'a pas demandé et/ou n'a pas reçu spontanément la motivation de son licenciement et la charge de la preuve lui incombe intégralement, il devra prouver les motifs de son licenciement et le caractère déraisonnable de ces derniers ;
- soit le travailleur a demandé mais n'a pas reçu la motivation de son licenciement et la charge de la preuve incombe à l'employeur, il devra démontrer les motifs du licenciement et le caractère raisonnable de ces derniers ;
- soit le travailleur a demandé et a reçu, ou a reçu spontanément, la motivation de son licenciement et un partage de la charge de la preuve s'installe alors, l'employeur devra démontrer la véracité des motifs, le travailleur devra démontrer le caractère manifestement déraisonnable de ces derniers.

En l'espèce, on se trouve dans la troisième hypothèse, la requérante a sollicité la motivation de son licenciement et l'a reçue.

6.2.2. Le cumul des indemnités

L'article 9, §3 de la CCT 109 dispose que :

« L'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. ».

¹⁸ L. DEAR et S. GILSON, « L'obligation de motiver le congé et le licenciement manifestement déraisonnable » in « L'harmonisation des statuts entre ouvriers et employés », Anthémis 2014, p. 227 cités par TT Liège, div. Namur, 19 octobre 2016.

¹⁹ L. PELTZER, E. PLASCHAERT, « La motivation du licenciement des travailleurs : nouvelles règles pour tous les travailleurs depuis le 1^{er} avril 2014 », J.T. 2014, p. 387 cités notamment par TT Liège, div. Namur, 19 octobre 2016.

La jurisprudence est parfois partagée quant à ce qui peut, et a contrario ne peut pas, être cumulé.

Si une tendance se dégage pour considérer que certaines indemnités peuvent être cumulées lorsqu'elles ont des objets réellement distincts, une autre considère que le texte exclut tout cumul.

Ainsi A. FRY²⁰ relève que « *plusieurs arguments solides plaident en faveur de l'impossibilité de cumuler ces indemnités* » tandis que selon S.GILSON et F.LAMBINET²¹ « *l'indemnité allouée en application de la CCT n° 109 ne peut se cumuler avec cette indemnisation (pour discrimination) particulière* ». Ces auteurs sont cités par le CHC en pages 29 et 30 de ses conclusions.

Avec ces auteurs, le tribunal estime que, par contre, ces indemnités peuvent être réclamées utilement l'une en ordre principal, a priori la plus élevée, et l'autre à titre subsidiaire.

Le tribunal rejoint le CHC et les auteurs cités en considérant que le texte interdit le cumul entre l'indemnité pour licenciement discriminatoire et l'indemnité pour licenciement manifestement déraisonnable, il en va a fortiori ainsi dès lors que ces deux indemnités ont le même objet, sanctionner le comportement d'un employeur qui n'aurait pas agi conformément à ce que l'on peut attendre d'un employeur normalement prudent et diligent.

Sur ce point, le tribunal s'inscrit très clairement dans la ligne dégagée par le tribunal du travail du Hainaut, division de Charleroi, du 6 novembre 2018²² toujours cité par le CHC :

« Parmi les indemnités dont le cumul est exclu, doivent être rangées à l'estime du tribunal, l'indemnité pour licenciement discriminatoire sur la base de la loi du 10 mai 2007 (discrimination sur la base de l'état de santé) (voy, dans un même sens, en doctrine, notamment A.V. Michaux, S. Gerard, S. Sottiaux, « Motivation du licenciement et sanction du licenciement manifestement déraisonnable (C.C.T. 109). Analyse critique d'une jurisprudence naissante », R.D.S., 2018/3, p. 389, point 164).

A supposer qu'il faille considérer que le texte de l'article 9 §3 de la C.C.T. n° 109 n'exclut pas le cumul entre l'indemnité pour licenciement manifestement déraisonnable et l'indemnité pour licenciement discriminatoire, il n'en demeure pas moins qu'en toute hypothèse, une référence à l'arrêt prononcé par la Cour de cassation le 20 février 2012 (Pas., 2012, p. 386), ne permettrait pas d'avaliser la thèse d'un cumul possible entre l'indemnité pour licenciement manifestement déraisonnable et l'indemnité pour licenciement discriminatoire (sur la base de l'état de santé) dans la mesure où l'une et l'autre de ces deux indemnités ont une cause et un objet identiques. »

²⁰ « CCT n° 109 : amende civile et indemnités pour licenciement manifestement déraisonnable » in actualité et innovation en droit social, CUP, Anthemis, 2018, p. 113

²¹ « Fifteen Shades of CCT 109. les 15 degrés du manifestement déraisonnable » in « droit du travail tous azimuts », Larcler, 2016, P. 363

²² RG 15/4156/A

En effet, non seulement le texte ne met pas le cumul mais encore le droit commun, en application du principe *non bis in idem* cité par A. FRY²³ exclut la réparation d'un même dommage par deux indemnités distinctes.

6.3. Les dommages et intérêts au regard de l'adage « Audi Alteram Partem »

En l'application de l'adage « *audi alteram partem* », l'autorité publique qui souhaite frapper un agent statutaire d'une mesure défavorable, dont le licenciement, doit, sous peine de commettre une faute, entendre préalablement ce dernier.

Historiquement, l'agent contractuel d'une autorité publique ne disposait pas de cette garantie réservée à l'agent statutaire.

Tant la Cour de cassation dans un arrêt du 12 décembre 2015²⁴ que le Conseil d'État dans de nombreux arrêts dont notamment celui du 27 septembre 2016²⁵, estimait que l'autorité administrative qui procédait au licenciement d'un travailleur contractuel n'était pas pas forcément tenue d'entendre préalablement ce dernier.

Néanmoins, cette appréciation a fondamentalement évolué depuis que la Cour constitutionnelle, dans son arrêt 86/2017, a relevé que :

« Le principe audi alteram partem implique que l'agent qui risque d'encourir une mesure grave en raison d'une appréciation négative de son comportement en soit préalablement informé et puisse faire valoir utilement ses observations. La différence objective entre la relation de travail statutaire et la relation de travail contractuelle ne peut justifier, pour les agents d'une autorité publique, une différence de traitement dans l'exercice du droit garanti par le principe de bonne administration audi alteram partem. ».

Depuis, la jurisprudence est fixée dans le sens d'une obligation, pour l'autorité publique, d'entendre ses agents, statutaires ou contractuels, avant toute mesure les concernant.

La requérante relève que bien que travaillant pour une entité de droit privé, son employeur accomplit des missions de service public, des missions d'intérêt général, qui font qu'ils sont soumis à des règles similaires à celles qui régissent les hôpitaux publics.

A son estime, il fallait, dès lors, l'entendre avant de la licencier ce qui aurait permis d'exposer le contexte de son mal-être. Ceci aurait pu constituer une chance de sauver son emploi, il y aurait donc à tout le moins la perte d'une chance.

La presse généraliste s'est fait écho²⁶ d'une question préjudicielle posée en ce sens par le tribunal du travail de Bruxelles en novembre 2020. Ni le Moniteur Belge ni le site Internet de la Cour constitutionnelle ne renseigne une telle question. Il apparaît utile de rouvrir brièvement les débats pour permettre aux parties et au tribunal de s'enquérir de

²³ op.cit.

²⁴ RG S 13.0026.N

²⁵ n° 235.871 sur www.terralaboris.be

²⁶ Julien Balboni, Entretien préalable avant licenciement: la Cour constitutionnelle saisie, l'Echo du 8 décembre 2020

l'existence, effective, de cette question et de sa rédaction éventuelle.

Le tribunal rouvrira brièvement les débats sur ce point.

MPS

6.4. Exécution provisoire

Le CHC sollicite que le jugement à intervenir ne soit pas déclaré exécutoire par provision ou qu'à défaut, la faculté de cantonner lui soit réservée.

L'article 1397 du Code judiciaire dispose que :

« Sauf les exceptions prévues par la loi ou sauf si le juge, d'office ou à la demande d'une des parties, en décide autrement moyennant une décision spécialement motivée, sans préjudice de l'article 1414, les jugements définitifs sont exécutoires par provision nonobstant appel et sans garantie si le juge n'a pas ordonné qu'il en soit constitué une.

Sauf les exceptions prévues par la loi ou sauf si le juge, d'office ou à la demande d'une des parties, en décide autrement moyennant une décision spécialement motivée et sans préjudice de l'article 1414, l'opposition ou l'appel formé par la partie défaillante contre les jugements définitifs prononcés par défaut en suspendent l'exécution.

L'exécution par provision est de droit pour les jugements avant dire droit, ce qui englobe tous les types de mesures provisoires. »

L'article 1398 précise quant à lui que :

« L'exécution provisoire du jugement n'a lieu qu'aux risques et périls de la partie qui la poursuit.

Elle se poursuit sans garantie si le juge ne l'a pas ordonnée et sans préjudice des règles du cantonnement. »

L'article 1397 précité ne permet au tribunal de s'écarter du principe de l'exécution provisoire que par une décision spécialement motivée.

L'inconvénient lié à l'exécution provisoire d'une somme soumise à l'impôt et/ou à la cotisation sociale est réel et frappe les deux parties.

Elle permet, cependant, de se prémunir contre les recours dilatoires et contre l'insolvabilité, toujours possible, de la partie succombante.

En l'espèce, l'exercice d'un recours, dans un dossier dont il ne peut pas être dit que la solution s'impose naturellement, loin s'en faut, pourrait apparaître comme légitime.

L'insolvabilité future du CHC est une hypothèse fort théorique.

L'exécution provisoire légalement prévue sera donc écartée.

PAR CES MOTIFS,

LE TRIBUNAL, statuant contradictoirement,

La cause ayant été communiquée au ministère public.

La dit recevable.

La déclare partiellement fondée.

En conséquence, condamne le CHC à payer à Madame J la somme de 11.146,11 euros à titre d'indemnité pour discrimination sur base de l'état de santé à majorer des intérêts à dater du 24 janvier 2019.

La déboute de sa demande d'indemnité pour discrimination sur base du handicap et de sa demande d'indemnité pour licenciement manifestement déraisonnable.

Réservant à statuer sur la demande de dommages et intérêts déduit de la violation du principe « *audi alteram partem* » : ordonne la réouverture des débats à la date du **4 mai 2021 à 14 h (15 minutes)** aux fins stipulées aux motifs **à l'audience de la 9^{ème} chambre du Tribunal du travail de Liège, siégeant au rez-de-chaussée de l'aile sud de l'annexe du palais de Justice, place Saint Lambert, 30 à 4000 LIEGE, salle A.O.A.**

Dit qu'il y a lieu de déroger à l'exécution provisoire.

Réserve les dépens.

AINSI jugé par la Neuvième chambre du Tribunal du Travail de Liège - Division Liège composée de:

VAN PRAAG FABRICE,
HUSTINX GUY-MICHEL,
FAFCHAMPS RENE,

Juge, président la chambre,
Juge social employeur,
Juge social employé, s'est trouvé dans
l'impossibilité de signer (article 785 alinéa 1 du
Code Judiciaire).

Et prononcé en langue française à l'audience publique de la même chambre le **12/01/2021** par **VAN PRAAG FABRICE**, Juge, président la chambre, assisté de **BOLLETTE MARIE-CHRISTINE**, Greffier,

Le Président, les Juges sociaux et le Greffier,

