



N°
2^{ème} chambre

ARRET

AUDIENCE PUBLIQUE DU 6 SEPTEMBRE 2010

RG 2009.AM.21.642

Contrat de travail – Secteur public – Ouvrière licenciée par la Province de Hainaut – Absence de motivation de la lettre de congé – Pas de possibilité pour l'employeur public de justifier à posteriori dans le cadre du débat judiciaire les motifs du licenciement – Licenciement abusif au sens de l'article 63 de la loi du 3 juillet 1978 - Absence d'audition préalable au licenciement - Préjudice consistant dans la perte d'une chance de conserver son emploi – Dommages et intérêts alloués ex aequo et bono.

Demande de licenciement abusif fondée également sur les articles 1134 et 1382 du Code civil - Cumul possible avec une demande fondée sur l'article 63 de la loi du 3 juillet 1958 – Conditions à réunir.

Article 578,1° du Code judiciaire.

Arrêt contradictoire, définitif.

EN CAUSE DE :

LA PROVINCE DE HAINAUT, dont les bureaux sont établis à 7000 Mons, avenue Général de Gaulle, 102,

Appelante au principal, intimé sur incident, comparaissant par son conseil Maître Caeymaex loco Maître Joseph, avocat à Bruxelles,

CONTRE :

Madame D.S.,

Intimée au principal, appelante sur incident, comparaissant, assistée de son conseil Maître Dear, avocat à Ottignies.

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

R.G. 2009/AM/21642

Vu, produites en forme régulière, les pièces de la procédure légalement requises et, notamment, la copie du jugement entrepris ;

Vu l'appel interjeté contre le jugement contradictoire prononcé le 11 mai 2009 par le tribunal du travail de Mons, section de Mons, appel formé par requête reçue au greffe le 16 juin 2009 ;

Vu l'ordonnance de mise en état judiciaire prise sur pied de l'article 747 § 2 du Code judiciaire le 3 novembre 2009 et notifiée aux parties le 10 novembre 2009 ;

Vu, pour Madame D.S., ses conclusions d'appel et d'appel additionnelles reçues respectivement au greffe les 13 octobre 2009 et 14 janvier 2010 ;

Vu, pour la Province de Hainaut, ses conclusions de synthèse d'appel reçues au greffe le 22 février 2010 ;

Entendu les conseils des parties, en leurs dires et moyens, à l'audience publique du 7 juin 2010 ;

Où le Ministère public en son avis oral émis lors de ladite audience publique auquel aucune des parties n'a répliqué ;

Vu les dossiers des parties ;

RECEVABILITE DE L'APPEL PRINCIPAL

Par requête d'appel réceptionnée au greffe le 16 juin 2009, la Province de Hainaut a interjeté appel d'un jugement contradictoire prononcé le 11 mai 2009 par le tribunal du travail de Mons, section de Mons.

L'appel principal, élevé à l'encontre de ce jugement, dont il n'est pas soutenu qu'il ait été signifié, est recevable.

RECEVABILITE DE L'APPEL INCIDENT

Aux termes de ses conclusions reçues au greffe le 13 octobre 2009, Madame D.S.a formé un appel incident faisant grief au premier juge d'avoir déclaré le chef de demande portant sur l'indemnité protectionnelle prévue par la CCT 77 bis non fondée ainsi que d'avoir refusé de lui accorder la somme de 12.500 € à titre de dommage et intérêts pour abus de droit fondé sur les articles 1134 et 1382 du Code civil. Madame D.S.reproche, également, au premier juge de ne pas lui avoir octroyé la somme de 5.000 € à titre de dommages et intérêts pour violation de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs et pour perte d'une chance de conserver son emploi.

L'appel incident, introduit dans les formes et délais légaux, est recevable.

FONDEMENT

1. Les faits de la cause

Il appert des conclusions des parties, de leurs dossiers ainsi que des explications recueillies à l'audience que Madame D.S., née le 1977, a été engagée par la Province de Hainaut dans les liens d'un contrat de travail d'ouvrière à durée indéterminée ayant pris cours le 1^{er} février 2004.

Elle était engagée en qualité d'auxiliaire polyvalente au centre d'hébergement de Roisin à raison de 38 heures par semaine moyennant une rémunération mensuelle brute de 1.682 €.

Par courrier du 1^{er} décembre 2006, Madame D.S. invoquant « des raisons familiales et médicales » a demandé à pouvoir bénéficier d'une interruption de carrière à mi-temps avec effet au 1^{er} janvier 2007.

La Province de Hainaut a fait droit à sa demande de telle sorte qu'à partir du 1^{er} janvier 2007, elle a bénéficié d'un horaire de travail à mi-temps à raison de 19 heures par semaine.

Il n'est, toutefois, pas contesté par la Province de Hainaut que, malgré la réduction de son temps de travail, Madame D.S. a été invitée à effectuer des heures supplémentaires selon les besoins du Centre d'hébergement lesquels impliquaient, également, selon la Province du Hainaut une grande fluctuation horaire, « la plage horaire pouvant débiter certains jours à 8 heures et se terminer d'autres jours à 20 heures ».

Par courrier du 9 mai 2007, Madame D.S. a dénoncé auprès de la Commission des cadres et des statuts Delta Hainaut des faits de harcèlement moral imputés à deux de ses collègues de travail (les sœurs Déborah et Maggy L.) qui nourrissaient à son égard des sentiments de jalousie en raison de l'horaire de travail différent qui lui avait été attribué, situation qui a engendré une dégradation progressive de l'ambiance de travail.

Bien qu'informée par son employeur de la procédure mise en place pour assurer la gestion des plaintes pour harcèlement moral, Madame D.S. n'a pas mis en mouvement la procédure prévue par la loi du 4 août 1996.

Une procédure de médiation a, néanmoins, été entamée sous l'égide de Madame MERTENS, psychologue, attachée à la direction des ressources humaines de la Province de Hainaut laquelle aurait permis à chaque partie intervenante (victime et auteur des faits) de se « déclarer satisfaite d'avoir

pu s'expliquer et prête à communiquer davantage ». Le médecin traitant de Madame D.S., le Docteur BIENFAIT, l'a, toutefois, reconnue en état d'incapacité de travail à partir du 27 octobre 2007 jusqu'au 31 janvier 2008 après avoir diagnostiqué qu'elle était « probablement atteinte d'un syndrome anxio-dépressif d'épuisement réactionnel ».

Par courrier recommandé du 11 décembre 2007, Madame D.S. s'est vue signifier son congé avec effet au 1^{er} décembre 2007 moyennant paiement d'une indemnité compensatoire de préavis correspondant à 35 jours de rémunération.

Le formulaire C4 établi le 14 décembre 2007 mentionna comme motif précis du chômage : « Vie privée incompatible avec horaires de l'institution ».

Un second formulaire C4 non daté indiquera comme motif précis du chômage : « Restructuration de l'institution ».

Par courrier de son conseil du 5 février 2008, rappelé le 4 mars 2008, la Province de Hainaut a été invitée à préciser les « raisons qui avaient motivé » le licenciement.

Aux termes d'un courrier en réponse daté du 10 avril 2008, la Province de Hainaut justifia le licenciement par les raisons suivantes :

- refus de Madame D.S. de marquer son accord sur les horaires de l'institution ;
- absences fréquentes ;
- nombreux départs anticipés.

Dès lors que Madame D.S. entendait contester le fondement des griefs lui reprochés, elle assigna la Province de Hainaut devant le tribunal du travail de Mons.

2. Rétroactes de la procédure

Par citation signifiée le 28 avril 2008, Madame D.S. assigna la Province de Hainaut devant le tribunal du travail de Mons aux fins de l'entendre condamner à lui verser les sommes suivantes augmentées des intérêts moratoires à dater du 11 décembre 2007 :

- 10.092 € à titre de dommages et intérêts pour licenciement abusif en application de l'article 63 de la loi du 3 juillet 1978 ;
- 10.092 € à titre d'indemnité de protection instaurée par la CCT 77 bis ;
- 12.500 € à titre de dommages et intérêts pour licenciement abusif au sens des articles 1134 et 1182 du Code civil ;
- 5.000 € à titre de dommages et intérêts pour violation de la loi du 29 juillet 1991 et pour la perte d'une chance de conserver son emploi.

Aux termes du jugement dont appel, le premier juge fit partiellement droit aux prétentions de Madame D.S. en condamnant la Province de Hainaut à lui verser la somme de :

- 10.092 € à titre d'indemnité pour licenciement abusif au sens de l'article 63 de la loi du 3 juillet 1978 ;
- 1 € au titre de dommages et intérêts pour perte d'une chance de conserver son emploi.

Le premier juge a, également, condamné la Province de Hainaut à payer à Madame D.S. les frais et dépens de l'instance.

Le premier juge déboute Madame D.S. du surplus de sa demande estimant que Madame D.S. ne pouvait prétendre au bénéfice de l'indemnité protectionnelle visée par la CCT 77 bis car l'article 2 § 3 de la loi du 5 décembre 1968 excluait les provinces de son champ d'application et pas davantage à des dommages et intérêts pour licenciement abusif au sens des articles 1134 et 1382 du Code civil, Madame D.S. « ne faisant état d'aucun comportement particulier de l'employeur qui justifiait sa demande ».

La Province de Hainaut interjeta appel de ce jugement.

OBJET DE L'APPEL PRINCIPAL

La Province de Hainaut poursuit la réformation du jugement dont appel en ce que le premier juge l'a condamnée à verser à Madame D.S. une indemnité pour licenciement abusif ainsi que la somme d'1 € à titre de dommages et intérêts pour violation de la loi du 29 juillet 1991 et perte d'une chance de conserver son emploi.

La Province de Hainaut sollicite, pour le surplus, la confirmation du jugement dont appel.

OBJET DE L'APPEL INCIDENT

Aux termes de ses conclusions d'appel reçues au greffe le 13 octobre 2009, Madame D.S. a formé un appel incident faisant grief au premier juge de n'avoir pas fait droit à sa demande de condamnation de la Province de Hainaut à lui verser les sommes en principal de :

- 10.092 € à titre d'indemnité de protection instaurée par la CCT 77 bis ou subsidiairement à titre de dommages et intérêts ;
- 12.500 € à titre de dommages et intérêts pour licenciement abusif au sens des articles 1134 et 1182 du Code civil ;
- 5.000 € à titre de dommages et intérêts pour violation de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs et perte d'une chance de conserver son emploi ;

Pour le surplus, Madame D.S. sollicite la confirmation du jugement dont appel.

DISCUSSION

I. Fondement de l'appel principal

I. a) Quant au caractère abusif du licenciement signifié à Madame D.S.

I.a.1. Thèse des parties

A. La Province de Hainaut

Après avoir rappelé les principes applicables au licenciement abusif des ouvriers, la Province de Hainaut fait valoir que le licenciement signifié à Madame D.S. a été décidé pour des raisons tenant, d'une part, au refus systématique dans son chef de se soumettre aux horaires et, d'autre part, à ses absences nombreuses et répétées qui rendaient l'organisation du service extrêmement délicate pour ne pas dire impossible.

La Province de Hainaut estime, ainsi, avoir mis un terme au contrat à juste titre, pour motif intrinsèquement lié à l'aptitude et à la conduite de l'ouvrier qui a influé négativement sur le fonctionnement de l'entreprise, le licenciement n'étant nullement le résultat d'un simple caprice de l'employeur.

Analysant la problématique déduite de la violation alléguée par Madame D.S. de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs et du défaut d'audition préalable, la Province de Hainaut fait observer que Madame D.S. a été convoquée et entendue avant son licenciement dès lors qu'il lui a été demandé de se plier aux horaires de travail et qu'elle a refusé, de façon définitive, de s'y conformer.

La Province de Hainaut estime, ainsi, que les griefs dirigés à l'encontre de Madame D.S. lui ont été révélés à de multiples reprises avant son licenciement et qu'elle n'y a réservé aucune suite constructive ajoutant, pour le surplus, que la régularité du congé ne saurait être affectée par l'absence d'audition préalable.

La Province de Hainaut considère, ainsi, que même l'allocation d'1 euro « provisionnel » est excessive car aucun préjudice quelconque n'est démontré.

S'agissant de la problématique de la motivation de la lettre de rupture, la Province de Hainaut conteste l'absence de toute motivation dans la mesure où le formulaire C4 a mentionné le motif précis du chômage en invoquant le caractère incompatible de la vie privée de Madame D.S. avec l'horaire de l'institution.

La Province de Hainaut relève, toutefois, qu'à supposer même que la mesure de licenciement signifiée à Madame D.S. n'ait pas été motivée, la confirmation du jugement querellé s'impose dans la mesure où cette irrégularité éventuelle ne pourrait être sanctionnée que par l'octroi d'une indemnité compensatoire de préavis que Madame D.S. a, en l'espèce, perçue.

B. Madame D.S.

Après avoir rappelé les principes directeurs gouvernant la matière du licenciement abusif des ouvriers, Madame D.S. constate que la lettre de congé du 11 décembre 2007 ne fait état d'aucun motif, seule la lecture de la motivation du premier formulaire C4 lui délivré permettant de comprendre qu'il lui était reproché d'avoir sollicité un horaire à mi-temps.

Madame D.S. relève, néanmoins, qu'au cours du débat judiciaire, la Province de Hainaut a indiqué que le congé trouvait son origine dans son refus systématique de se soumettre aux horaires et, d'autre part, à ses absences nombreuses et répétées, griefs qu'elle estime être dénués de tout fondement et qu'elle considère comme attent à son honorabilité.

Madame D.S. estime, au contraire, s'être toujours montrée disponible dans la mesure de ses possibilités pour pallier aux changements constants imposés par la Province de Hainaut ajoutant, par ailleurs, que ses éventuelles absences étaient systématiquement justifiées par un certificat médical remis à l'employeur à heure et à temps.

Madame D.S. observe, en outre, que la Province de Hainaut lui demandait d'accomplir 25 heures de travail par mois alors qu'elle bénéficiait d'une réduction de son temps de travail à raison de 19 heures par semaine qu'elle avait sollicitée pour des raisons médicales et personnelles.

Madame D.S. estime qu'en lui demandant sans cesse d'effectuer des heures supplémentaires, en modifiant continuellement son horaire de travail et en n'engageant pas de second mi-temps, la Province de Hainaut démontre qu'elle ne voulait pas qu'elle puisse profiter de son crédit-temps.

Madame D.S. considère qu'en égard à l'ensemble de ces éléments, la Province de Hainaut n'établit pas de motif valable au sens de l'article 63 de la loi du 3 juillet 1978 de telle sorte que le congé doit être déclaré abusif au sens de cette disposition.

Madame D.S. estime, dès lors, que c'est à bon droit que le premier juge a condamné la Province de Hainaut à lui verser une indemnité pour licenciement abusif.

Abordant la problématique liée à la violation de la loi du 29 juillet 1991, Madame D.S. fait valoir que le respect des droits de la défense impliquait la possibilité d'être entendue avant qu'il ne soit procédé à son licenciement ce qui lui aurait permis, informée des raisons du congé envisagé, de commenter ou contester ces raisons, de vanter ses propres mérites et de tenter de convaincre la Province de Hainaut de renoncer à la licencier en informant son employeur de la nécessité d'engager un deuxième travailleur à mi-temps à ses côtés pour, ainsi, conserver son poste.

La Province de Hainaut avait, également, l'obligation de motiver correctement la lettre de congé lui signifiée, souligne Madame D.S..

Ainsi, relève Madame D.S., « en ne l'entendant pas et en ne motivant pas son congé, la Province de Hainaut a commis une faute qui a eu comme

conséquence certaine qu'elle a perdu une chance de conserver son emploi » ajoutant que « si la chance est, en soi, un élément aléatoire, la perte de cette chance, présente, au contraire, un caractère certain ».

Madame D.S. évalue la perte d'une chance de conserver son emploi à la somme forfaitaire de 5.000 €.

I.a.2. Position de la cour de céans

En droit, la matière est régie par l'article 63 de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail lequel dispose : « *Est considéré comme licenciement abusif pour l'application au présent article, le licenciement d'un ouvrier engagé pour une durée indéterminée effectué pour des motifs qui n'ont aucun lien avec l'aptitude ou la conduite de l'ouvrier ou qui ne sont pas fondés sur les nécessités du fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service. En cas de contestation, la charge de la preuve incombe à l'employeur...* ».

Depuis l'entrée en vigueur de cette disposition nouvelle de la loi précitée, la Cour de cassation n'a eu de cesse de rappeler que « le licenciement pour des motifs qui ont un lien avec la conduite de l'ouvrier n'est pas abusif au sens de l'article 63 de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail », même si le comportement incriminé n'est ni constitutif de motif grave ou d'une certaine gravité, ni critiquable, ni fautif, ni même déraisonnable (voyez : Charles-Eric Clesse : Le licenciement abusif, Kluwer, p. 36 et suivantes qui cite : Doc. Parl., Ch. Repr., sess. Ord. 1968-1969, p. 45 et 46 et voyez notamment : Cass., 8 décembre 1986, Juridat : JC86C83 ; Cass., 17 février 1992, JTT., 1992, p. 222 et Juridat : JC922H3 ; Cass., 6 juin 1994, Pas. 1994, I., p. 562 ; Cass., 22 janvier 1996, Chron. D. S., 1996, p. 336 et Juridat : JC961M5 ; Cass., 7 mai 2001, JTT., 2001, p. 407 ; Cass., 18 juin 2001, JTT., 2001, p. 406).

Cette interprétation est très largement suivie par les juridictions de fond (voyez notamment : CT. Liège, 12 mars 1997, Juridat : JS50502 ; CT. Liège, 3 mars 2004, Juridat : JS60687 ; CT. Bruxelles, 20 octobre 2003, Juridat : JS60956 ; CT. Mons, 4 octobre 2004, Juridat : JS60113 ; CT. Bruxelles, 13 mai 2002, Juridat : JS60102 ; CT. Mons, 7 avril 2000 ; Juridat : JS52586 ; CT. Mons, 28 juin 2006, RG. 19823).

Il convient, de préciser que les hypothèses exclusives d'abus du droit de licencier ont été limitativement énumérées par le législateur à l'article 63 de la loi du 3 juillet 1978 et qu'elles ne peuvent donner lieu à interprétation relevant d'une appréciation subjective y incorporant une notion de proportionnalité qui n'y figure pas. Cette thèse de la proportionnalité soutenue par une jurisprudence minoritaire (voyez notamment : TT. Nivelles, 7 février 2006, Ch. D. Soc., 2008, p. 264 ; TT. Nivelles, 9 janvier 2004, JTT., 2004, p. 422) et certains auteurs (L. Dear « L'article 63 de la loi du 3 juillet 1978 a-t-il encore une raison d'être ? ». Contrats de travail, Bruxelles, Kluwer, 2003, A.E.B., n° 20, p. 1 à 3) est d'ailleurs rejetée par la Cour de cassation (à titre d'exemple : Cass., 6 juin 1994, Pas., I., p. 562) qui a cassé un arrêt selon lequel « l'importance du grief n'est pas démontrée au point de pouvoir conclure que le comportement de la

travailleuse était ne serait-ce que critiquable ou décevant ». Ainsi, il n'y a pas lieu de s'interroger sur une quelconque proportion entre, d'une part, la faute commise et, d'autre part, le congé donné par l'employeur étant entendu, toutefois, que « *le motif ne peut être futile, anodin ou par trop minime : mais, il ne doit, toutefois, pas revêtir un certain degré de gravité* » (Ch. E. Clesse : « Le licenciement abusif », Kluwer, 2005, p. 63).

Comme l'observent complémentirement avec pertinence J. Clesse et F. Kefer (Le contrat de travail, examen de jurisprudence (1995-2001 ; R.C.J.B., 2003, p. 237) « sans doute la conduite de l'ouvrier ne doit-elle pas nécessairement être fautive pour exclure le licenciement abusif ; cependant, cette conduite doit être d'une nature telle qu'elle rend le licenciement nécessaire, excluant, ainsi, l'arbitraire patronal (...). Il résulte des arrêts prononcés par la Cour de cassation (notamment celui prononcé le 7 mai 2001, JTT., 2001, p. 407) que dès lors que le juge constate que les faits, dûment établis, invoqués pour justifier le licenciement relèvent de la conduite de l'ouvrier, dans le sens extensif que le langage donne à ce terme, le juge doit exclure le caractère abusif du licenciement. Toute autre exigence, par exemple une gravité minime (Cass., 6 juin 1994, déjà cité), l'existence de reproches antérieurs (Cass., 9 octobre 1995, Bull., 1995, p. 891), des conséquences préjudiciables, ajoute à la loi une exigence qu'elle ne contient pas et violerait celle-ci.

La Cour de cassation opte, ainsi, résolument pour une interprétation littérale de la loi qui retire au juge de fond tout pouvoir d'apprécier si les faits invoqués sont suffisamment consistants que pour justifier le licenciement.

Celui-ci ne sera abusif au sens de l'article 63 que dans les hypothèses suivantes : soit l'employeur ne fournit aucun motif ou ne peut établir la matérialité des faits qu'il allègue (Cass., 18 juin 2001, JTT., 2001, p. 406), soit les faits invoqués sont étrangers à la conduite de l'ouvrier, soit, encore, le juge considère que le motif donné par l'employeur n'est pas la cause réellement du licenciement mais uniquement un prétexte », concluent ces deux auteurs.

La preuve que devra fournir l'employeur est donc double :

- il doit prouver ce que sont, en fait, les motifs liés à la conduite, à l'aptitude et/ou aux nécessités de l'entreprise ;
- il doit démontrer que ces faits ont un lien avec le licenciement.

En conclusions, si l'article 63 précité ne va pas jusqu'à autoriser un contrôle d'opportunité du licenciement, il permet, néanmoins, aux juridictions saisies d'une telle demande d'indemnité de vérifier la réalité du motif invoqué et, bien entendu, du lien de causalité nécessaire entre celui-ci et le licenciement et, par-là, de souscrire pleinement au but poursuivi par le législateur, en l'occurrence, sanctionner l'usage anormal du droit de licencier.

En effet, l'employeur est, en principe, seul juge des nécessités de son entreprise et de la valeur professionnelle des travailleurs qu'il occupe, le juge n'ayant, à cet égard, pas à s'immiscer dans la gestion de celle-ci (Clesse et Kefer, « Examen de jurisprudence » (1995-2001) – Contrat de travail, R.C.J.B., 2003, pp. 237 à 240 et réf. citées), son rôle se limitant à vérifier la validité du motif avancé à l'appui de la décision de rompre, et en aucun cas, l'opportunité de cette décision (CT. Mons, 23 décembre 1994, JTT., 1995, p. 141 et réf. citées ; CT. Bruxelles, 18 mars 2002, JTT., 2002, p. 339 ; CT. Liège, 22 mars 2004, RG. 7242/02, inédit).

Le régime probatoire

Selon l'enseignement de la Cour de cassation : « *La charge de la preuve des motifs du licenciement invoqués incombe à l'employeur pour l'application de l'article 63 de la loi du 3 juillet 1978. Cette règle n'oblige toutefois pas le juge à ne tenir compte que des motifs indiqués et établis par l'employeur ; elle l'autorise également à fonder sa décision en faveur de l'absence du caractère abusif sur d'autres éléments produits régulièrement, qui, bien que l'employeur ne les ait pas proposés comme motifs, ont également déterminé le licenciement d'après l'avis du juge et qui se rapportent à l'aptitude ou à la conduite de l'ouvrier ou qui sont fondés sur les nécessités de fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service* » (Cass., 15.06.1988, 3^{ème} Ch., JTT, 1989, p.6).

La Cour de céans s'est déjà exprimée dans le même sens en décidant qu'en l'absence de précisions du législateur, il n'y avait pas lieu de limiter à ceux énoncés lors de la rupture les motifs invoqués dont l'employeur a la charge de la preuve et qu'il s'imposait de tenir compte des motifs réels, même si ceux-ci ne sont exprimés par l'employeur qu'au moment où, confronté à une demande d'indemnité, il est appelé à justifier des motifs de l'usage de son droit de licencier (voyez : C.T. Mons, 5^{ème} Ch., 09.10.1981, JTT, 1983, p. 24 et C.T. Mons, 8^{ème} Ch., 06.06.2006, RG 18245 ; C.T. Mons, 2^{ème} Ch., 15.05.2006, RG 18891 ; C.T. Mons, 28.06.2006, RG 19823).

Ainsi, dès lors que l'employeur contre lequel est introduit une action en reconnaissance du caractère abusif du licenciement au sens de l'article 63 précité, invoque en cours de procédure des motifs qui, bien que non invoqués antérieurement, sont néanmoins susceptibles de révéler le lien existant entre le licenciement et l'aptitude ou la conduite du travailleur comme les nécessités de fonctionnement de l'entreprise, la juridiction saisie ne peut se limiter à l'examen de la réalité du motif effectivement invoqué au terme de la lettre de congé ou sur le formulaire de chômage C4.

Il reste, toutefois, que la Province de Hainaut est une autorité administrative puisqu'elle assure une mission d'intérêt public ou d'intérêt général et qu'elle est habilitée à prendre des décisions obligatoires à l'égard des tiers.

En sa qualité d'autorité administrative, la Province de Hainaut est tenue au respect d'obligations particulières qui s'ajoutent au droit commun du travail telle que l'audition préalable qui découle du principe général de

bonne administration et la motivation du congé qui trouve sa source dans la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs (selon les dispositions de l'article 1 de ladite loi « doit être motivé formellement tout acte juridique unilatéral de portée individuelle émanant d'une autorité administrative et qui a pour but de produire des effets juridiques à l'égard d'un ou de plusieurs administrés ou d'une autorité administrative »).

L'obligation d'audition préalable découle du principe général de droit « audi alteram partem ». L'autorité administrative doit entendre la personne intéressée par son acte administratif, qu'il s'agisse d'un administré, d'un mandataire public ou l'un membre de son personnel statutaire ou contractuel avant de prendre une mesure grave à son égard en considération de sa personne ou de son comportement (C.T. Mons, 12/5/2010, R.G. 2009/AM/21557 ; C.T. Mons, 27/3/2009, R.G. 19544 et 19545 ; P. LEWALLE, Contentieux administratif, Ed. LARCIER, 2^{ème} éd., 2002, p. 109 à 191).

En outre, le congé qui est notifié par une autorité administrative à son personnel contractuel constitue un acte administratif qui doit faire l'objet d'une motivation formelle conformément au prescrit de la loi du 29 juillet 1991.

En effet, il s'agit d'un acte administratif unilatéral qui modifie l'ordonnancement juridique par la seule volonté de son auteur sans le consentement de son destinataire et qui s'oppose, ainsi, à l'acte juridique bilatéral, tel le contrat (voyez : J. RIVERO « Droit administratif », Dalloz, 1987, p. 110).

Le licenciement dont a été victime Madame D.S. répond, ainsi, en tous points, à la définition de l'acte juridique unilatéral de portée individuelle qui a pour but de produire des effets juridiques à l'égard de son destinataire (perte de la qualité de travailleur salarié au service de la Province de Hainaut).

Partant de ce constat, il convient de s'interroger sur l'incidence éventuelle de la violation de ces obligations sur la possibilité pour la Province de Hainaut de justifier à posteriori les motifs du licenciement comme pourrait le faire un employeur privé.

La question se pose avec d'autant plus d'acuité qu'en l'espèce Madame D.S. n'a pas fait l'objet d'une audition préalablement à son licenciement lui signifié le 11 décembre 2007 et que la lettre de rupture ne satisfait manifestement pas à l'exigence de motivation adéquate puisque la Province de Hainaut s'est bornée, au terme de la lettre de congé, à notifier sa décision de mettre fin au contrat de travail avec effet au 17 décembre 2007 moyennant paiement d'une indemnité correspondant à 35 jours calendrier en se référant à cet effet, à la décision prise par le collège du conseil provincial au cours de sa séance du 29 novembre 2007... sans toutefois annexer à la lettre de rupture la décision dudit collège !

La question se pose, dès lors, de savoir si ce congé non motivé adéquatement est, en soi, abusif, ou si, au contraire, la Province de Hainaut est autorisée à apporter la preuve a posteriori des motifs en relation avec l'attitude de Madame D.S. ou les nécessités de fonctionnement de l'entreprise, comme pourrait le faire tout employeur du secteur privé dès lors qu'il est confronté à une demande de dommages et intérêts fondée sur l'article 63 de la loi du 3 juillet 1978.

La Cour de céans considère qu'un employeur de droit public qui s'est abstenu de motiver adéquatement le congé notifié à un de ses travailleurs contractuels ne peut remédier à cette carence a posteriori (en ce sens : C.T. Mons, 17/7/08, R.G. 20139).

La Cour de céans entend, à cet effet, s'appuyer sur deux arguments pour dénier à la Province de Hainaut le droit de motiver a posteriori l'acte de rupture notifié à Madame D.S.:

1. La Province de Hainaut ne peut tirer argument des possibilités de motivation a posteriori offertes par l'article 63 de la loi du 3 juillet 1978 aux fins de tenter de justifier ses propres carences qui se sont révélées à l'occasion de la notification de l'acte de rupture : en effet, l'article 63 de la loi du 3 juillet 1978 n'est applicable que dans la seule hypothèse visant à vérifier le contrôle du motif du licenciement pour reconnaître ou dénier tout caractère abusif à la mesure de licenciement intervenue.

En d'autres termes, le congé ne se confond évidemment pas avec l'éventuel abus de droit dont se serait rendu coupable l'employeur à l'occasion de l'exercice de son droit de rupture. L'objectif de l'article 63 consiste à organiser le contrôle du motif du licenciement aux fins d'apprécier l'éventuel caractère abusif dont il serait affecté au regard des critères qu'il énonce alors qu'en l'espèce il s'agit de vérifier la régularité de l'acte de rupture au regard des principes généraux de droit administratif qui s'imposent à toute autorité administrative, l'obligation de motivation constituant, en réalité, une modalité d'exercice du pouvoir de licenciement en imposant une condition de forme.

2. L'obligation de motivation s'impose à l'autorité administrative au moment de la notification du congé à son destinataire. La Province de Hainaut ne saurait a posteriori exécuter une obligation qui s'imposait antérieurement à elle au moment de la décision de rupture du contrat notifiée à Madame D.S.. En d'autres termes, la motivation de la décision de rompre le contrat de travail doit être concomitante à la prise de celle-ci, ce qui exclut la communication tardive d'un avis ou de la décision du collège de la Province auquel la décision de rupture fait référence (voyez : C.E., 9/12/2003, n°126.215, www.raadvst-consetat.be) tout comme la justification a posteriori des motifs qui sous-tendent l'acte de rupture.

La cour de céans estime, ainsi, que les motifs repris dans la délibération du collège de la Province de Hainaut datée du 29 novembre 2007, non communiquée à Madame D.S., ainsi que les motifs invoqués en cours de justice doivent être écartés.

Il ne sied, dès lors, pas de faire droit à la demande d'enquêtes formulée subsidiairement par la Province de Hainaut pour prouver, par toutes voies de droit, témoins compris, que le licenciement de Madame D.S. était fondé sur des motifs liés à son attitude ou sa conduite ou encore sur les nécessités de fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service.

En l'absence de motifs quelconques de licenciements invoqués à l'appui de la lettre de rupture et faute par la cour de reconnaître à la Province de Hainaut le droit de corriger, au cours du débat judiciaire, l'irrégularité formelle dont est entaché l'acte de rupture, la cour de céans doit conclure que la Province de Hainaut reste en défaut de renverser la présomption instaurée par l'article 63 de la loi du 3 juillet 1978 : Madame D.S. est, dès lors, habilitée à revendiquer le bénéfice d'une indemnité pour licenciement abusif fixée à 10.092 €, les intérêts dus ne pouvant courir qu'à partir de la citation dans la mesure où l'indemnité pour licenciement abusif ne présente pas un caractère rémunératoire au sens de la loi du 12 avril 1965. L'indemnité due répondant au préjudice moral n'est pas davantage impossible et n'est pas soumise aux cotisations de sécurité sociale (C.T. Bruxelles, 12/11/07, J.T.T., 2008, p. 64) ;

Le jugement dont appel doit être confirmé mais sur base d'une autre motivation.

Partant, la requête d'appel au principal doit être déclarée non fondée quant à ce.

I. b) Quant au fondement de la demande de dommages et intérêts postulés par Madame D.S. suite à la perte d'une chance de conserver son emploi consécutive à l'absence d'audition préalable au licenciement

La Province de Hainaut avait, en vertu du principe général de bonne administration, l'obligation d'entendre Madame D.S. avant de procéder à son licenciement (voyez : M. DETRY et D. CASTIAUX « La discipline des contractuels : quelles spécificités ? » in J.JACQMAIN (dir.), Une terre de droit du travail : Les services publics. Actes du colloque organisé par la Conférence du Jeune Barreau de Nivelles et l'AJPDS à Genval le 10/11/05, Buylant, Bruxelles, 2005, p. 227 ; M. JOURDAN « La rupture de la relation de travail des membres du personnel... » in J.JACQMAIN (dir.), Une terre de droit du travail : les services publics, op. cit., p. 344 ; O. DEPRINCE « Audition préalable et motivation du licenciement : un état de la question, quelques réflexions » in « Le droit du travail dans tous ses secteurs ; C.U.P., Anthemis, 2009, p. 133).

Or, en l'espèce, Madame D.S. n'a pas été entendue avant son congé notifié en date du 11 décembre 2007. La lettre invoquée par la Province de Hainaut et datée du 14 septembre 2007 étant la « convention » relative à l'horaire applicable au sein du centre d'hébergement de Roisin ne répond évidemment pas à l'exigence d'audition préalable. D'autre part, la suspension du contrat de travail de Madame D.S. en raison de son état d'incapacité de travail ne faisait évidemment pas obstacle à l'audition de Madame D.S. préalablement à son licenciement.

Une telle audition aurait permis à Madame D.S.informée des raisons du congé envisagé, de commenter ou de contester les raisons invoquées en développant ses moyens de défense pour tenter de convaincre la Province de Hainaut de renoncer à son projet de la congédier et, partant, lui permettre de conserver son emploi.

En ne procédant pas à l'audition de Madame D.S., la Province de Hainaut a commis une faute ayant entraîné un préjudice moral consistant, dans le chef de Madame D.S., en la perte d'une chance de conserver son emploi.

Lorsque le dommage consiste en la perte d'une chance (aux termes de son arrêt du 5 juin 2008, la Cour de cassation a considéré que le juge pouvait accorder une indemnisation pour la perte d'une chance d'obtenir un avantage ou la perte d'une chance d'éviter un désavantage si cette perte a été causée par une faute. Ce faisant, la Cour de cassation considère que la conception extensive de la perte d'une chance demeure présente au sein de notre arsenal juridique) (voyez : A. PUTZ « La perte d'une chance d'éviter la réalisation d'un risque : un préjudice indemnisable » obs. sous Cass., 5/6/2008, J.T., 2009, p. 29 et ss)], les dommages et intérêts alloués ne peuvent être équivalents à l'entière de l'avantage à la concrétisation duquel on a été privé de la possibilité de concourir : « Chacun s'accorde pour dire que l'indemnité allouée afin de réparer le dommage consistant dans la perte d'une chance ne peut être équivalente à l'avantage qu'aurait procuré cette chance si elle s'était réalisée » (B. DUBUISSON et I. DURANT « Quelques traits saillants dans le droit belge de la responsabilité civile », Revue Lamy, Droit civil, juillet-août 2007, p.14 ; voyez aussi B. DUBUISSON « La théorie de la perte d'une chance en question » : le droit contre l'aléa ? » J.T., 2007, pp. 489 et ss).

Le dommage subi par Madame D.S. est distinct de celui couvert par l'indemnité de congé et par l'indemnité pour licenciement abusif.

Il sera adéquatement réparé par l'octroi à Madame D.S.de dommages et intérêts fixés ex aequo et bono à 2.500 € en lieu et place de l'euro « symbolique » (qui ne correspond évidemment à aucun élément tangible) alloué par le premier juge.

L'évaluation ex aequo et bono présente incontestablement l'avantage de porter sur des éléments dont l'existence est certaine (la perte d'une chance présente assurément un caractère certain) mais qui ne peuvent être réalisés de manière exacte, l'étendue exacte du préjudice étant impossible à prouver : seul le caractère certain du dommage est établi.

Il s'impose, dès lors, de déclarer la requête d'appel au principal non fondée quant à ce.

Par contre, l'appel incident de Madame D.S.sollicitant la réformation du jugement querellé en ce qu'il ne lui a accordé qu'un montant d'1 € au titre de dommages et intérêts pour perte d'une chance de conserver son emploi doit être déclaré fondé et le jugement dont appel réformé dans cette limite.

II. Fondement des autres chefs de demande invoqués à l'appui de l'appel incident formé par Madame D.S.**II. a) Quant à l'indemnité protectionnelle instaurée par la CCT 77bis****II.a.1. Thèse des parties****A. Madame D.S..**

Madame D.S.fait valoir que le travailleur qui bénéficie d'une réduction de son temps de travail dispose d'une protection contre le licenciement, l'employeur ne pouvant le licencier que pour des motifs dont la nature et l'origine sont étrangères à la demande et à l'exercice du droit.

Or, observe Madame D.S., il est clairement établi que son licenciement trouve son origine dans l'exercice de son droit au crédit-temps, la Province de Hainaut lui reprochant son manque de présence sans, toutefois, lui avoir adressé de reproches pour ses absences au travail ou avoir opéré des retenues sur sa rémunération.

Madame D.S.s'estime, ainsi, en droit de réclamer le bénéfice d'une indemnité protectionnelle équivalente à 6 mois de rémunération, soit 10.092 € faisant grief, à cet effet, au premier juge d'avoir déclaré ce chef de demande non fondé au motif que la CCT 77bis ne s'appliquait pas aux provinces.

Madame D.S.invite, toutefois, à titre subsidiaire, la cour à soumettre à la Cour constitutionnelle une double question préjudicielle :

a) Existe-t-il une différence de traitement entre les employés et les ouvriers en ce que l'employé qui bénéficie de plus longs délais de préavis, différence de traitement que l'adoption de l'article 63 avait précisément pour objectif d'atténuer, peut cumuler ladite indemnité avec l'indemnité de protection de la CCT 77bis alors que l'ouvrier ne le peut pas ?

b) Existe-t-il une différence de traitement entre les travailleurs résultant de la qualité « publique » ou « privée » de leur employeur en ce sens qu'un travailleur lié par un contrat de travail à un employeur privé peut bénéficier de la protection instaurée par la CCT 77bis alors même qu'un travailleur lié dans les mêmes conditions par un contrat de travail à un employeur public ne peut pas en bénéficier ?

B. La Province de Hainaut

La Province de Hainaut estime qu'à juste titre le premier juge a relevé qu'une CCT ne trouvait à s'appliquer qu'aux employeurs soumis à la loi du 5 décembre 1968 sur les conventions collectives de travail et les commissions paritaires et que l'article 2 § 3 de ladite loi excluait les Provinces de son champ d'application en manière telle que ce chef de demande s'est pas fondé.

En tout état de cause, observe la Province de Hainaut, le licenciement signifié à Madame D.S.n'a nullement été motivé par des raisons qui tiendraient à la réduction du temps de travail accordée à cette dernière mais, au contraire, est lié à son refus de s'adapter aux horaires de l'institution fixés à 19 heures par semaine.

Enfin, à titre infiniment subsidiaire, la Province de Hainaut souligne que l'indemnité protectionnelle sollicitée ne peut être cumulée avec les indemnités fixées par l'article 63 alinéa 3 de la loi du 3 juillet 1978.

II. A. 2) Position de la cour de céans.

Au regard d'une convention collective de travail, les pouvoirs des juridictions du travail trouvent leur fondement au sein de l'article 159 de la Constitution qui énonce de manière tout à fait générale que « les Cours et Tribunaux n'appliquent les arrêtés et règlements généraux, provinciaux et locaux qu'autant qu'ils seront conformes aux lois ».

L'article 159 de la Constitution n'opère aucune distinction entre les actes qu'il vise, la Cour de cassation estimant que le pouvoir de contrôle s'applique aussi bien aux règlements administratifs qu'aux actes administratifs individuels (Cass. 21/4/88, Pas., I, p. 983 ; Cass. 24/11/88, Pas., 1989, I, p. 334 ; Cass., 19/10/89, Pas., 1990, I, p. 207 ; Cass., 10/11/92, Pas., I, p. 1245).

Aux termes d'un arrêt prononcé le 19 mai 1993 (arrêt n° 37/93), la Cour Constitutionnelle, après avoir confirmé le caractère réglementaire d'une convention collective, a considéré que la loi du 5 décembre 1968 n'avait fait que « réaffirmer le contrôle de légalité qui, en vertu de l'article 159 de la Constitution, revient aux Cours et Tribunaux ».

Le contrôle de légalité porte sur toute espèce d'illégalité, le juge ne pouvant s'en tenir aux seules illégalités manifestes, notent J.F. NEVE et P. JOASSART (« Le contrôle de légalité des conventions collectives de travail » in « Les 40 ans de la loi du 5 décembre 1968 sur les conventions collectives de travail » Actes du colloque organisé à Bruxelles le 5/12/2008 par l'AJPDS, Bruylant, 2008, p. 84).

Suivant l'enseignement dispensé par le Cour de cassation aux termes d'un arrêt prononcé le 8 août 1972, le contrôle du juge, par l'entremise du recours à l'article 159 de la Constitution, concerne tant la « légalité externe » que la « légalité interne » de l'acte incriminé, s'étendant, ainsi, à la vérification de l'existence d'un excès ou d'un détournement de pouvoir (Cass.(ch. réun.), 3/3/1972, R.C.J.B., 1973, p.434 note C. HUBERLANT).

La légalité externe regroupe les moyens « qui ne touchent pas au fond même de l'acte tandis que la légalité interne concerne les moyens qui « touchent à l'objet, aux motifs et au but de l'acte attaqué » (P. LEWALLE, Contentieux administratif, Coll. Fac. Droit Liège, Bruxelles, Larcier, 2^{ème} ed., p. 855, n° 471).

Si les conventions collectives de travail ne doivent pas mentionner les motifs qui les sous-tendent (en tant qu'actes réglementaires, les CCT ne sont pas soumises à l'obligation de motivation formelle des actes administratifs visés par la loi du 29 juillet 1991), il n'en demeure pas moins qu'elles doivent reposer sur des motifs exacts, pertinents et admissibles, le juge étant naturellement compétent pour examiner l'exception d'illégalité soulevée et déduite des motifs de droit de la CCT ce qui doit conduire le juge à vérifier si l'acte incriminé dispose d'une base juridique valable.

En l'espèce, le fondement de la compétence des partenaires sociaux qui ont conclu la CCT 77bis du 19 décembre 2001 au sein du Conseil National du Travail (rendue obligatoire par l'A.R. du 25/1/02) réside dans la loi du 5 décembre 1968.

« Dans le cas des conventions collectives », notent J-F. NEVEN et P. JOSSART (op. cit, p. 102), « l'illégalité des motifs de droit est pratiquement impossible car disposant d'une délégation de pouvoir par la loi du 5 décembre 1968 pour adopter quelque convention collective que ce soit, les partenaires sociaux n'ont pas, en principe, à justifier d'une base juridique autre ».

Or, l'article 2 § 3 de la loi du 5 décembre 1968 sur les conventions collectives de travail et les commissions paritaires exclut de son champ d'application les personnes occupées par les provinces.

Ainsi, en se voyant confier le soin par Madame D.S. d'examiner la légalité des motifs de droit de la CCT 77bis, la cour de céans doit constater que cette dernière a été adoptée par référence à une base juridique précise, à savoir la loi du 5 décembre 1968, dont il n'est nullement prétendu qu'elle serait constitutive d'une discrimination entre deux groupes de personnes comparables ce qui justifierait, partant, quelle soit soumise à la censure de la Cour Constitutionnelle.

Partant du constat selon lequel il ne s'impose pas de soumettre à la Cour Constitutionnelle le contrôle de constitutionnalité de la loi du 5 décembre 1968 (dès lors que Madame D.S. ne démontre pas qu'elle constituerait une source de droit constitutive d'une discrimination prohibée par les article 10 et 11 de la constitution), la cour de céans se doit de constater que les prétentions formulées par Madame D.S. ne reposent sur aucune base légale ou réglementaire dès lors que les provinces et les personnes occupées par ces dernières sont exclues du champ d'application de la loi du 5 décembre 1968 qui sert de base juridique à la CCT 77bis.

Il s'impose, dès lors, de confirmer le jugement dont appel en ce qu'il a débouté Madame D.S. de sa demande portant sur l'indemnité protectionnelle instaurée par la CCT 77bis.

L'appel incident de Madame D.S. doit, partant, être déclaré non fondé quant à ce.

II. b) Quant au caractère abusif du congé au sens des articles 1134 et 1382 du code civil**II.b.1.Position des parties**

Madame D.S.estime que son licenciement est, également, abusif en application des articles 1134 et 1382 du Code civil.

En effet, fait valoir Madame D.S., « en exigeant qu'elle preste des heures supplémentaires, en modifiant sans cesse son horaire de travail et en laissant perdurer une mauvaise ambiance de travail, la Province de Hainaut témoigne sinon d'une intention méchante à son encontre à tout le moins d'une légèreté coupable » ajoutant que « le comportement de l'employeur est empreint de précipitation fautive quand au lieu d'engager un second travailleur à mi-temps pour la soulager et répondre aux nécessités organisationnelles, la Province de Hainaut préfère la licencier et engager deux nouveaux mi-temps pour la remplacer ».

Madame D.S.fait observer qu'outre le dommage psychique qu'elle a subi consécutif aux tracas d'horaire et au caractère détestable de l'ambiance de travail, elle a été victime d'un dommage moral supplémentaire lié à l'annonce brutale de son licenciement lors de son incapacité de travail.

Madame D.S.considère, ainsi, que le congé est intervenu à titre de représailles à son état de santé déficient.

Madame D.S.estime que les circonstances fautives dans lesquelles la Province de Hainaut lui a donné congé sont en lien causal avec les dommages qu'elle a subis.

Elle en conclut que le licenciement est abusif au sens de la théorie civiliste de l'abus de droit, situation qui la conduit à solliciter l'octroi d'une somme de 12.500 € à titre de dommages et intérêts pour abus de droit.

La Province de Hainaut, quant à elle, estime n'avoir pas commis de faute dans l'exercice de son droit de licenciement dès lors qu'elle a mis en garde Madame D.S., une première fois par courrier du 14 septembre 2007, contre ses absences répétées, ledit courrier se clôturant par l'espoir de voir cette dernière « respecter ses obligations professionnelles » et l'invitant à signer une convention annexée à celui-ci relative aux horaires de travail, convention qu'elle refusa de signer.

La Province de Hainaut précise, en outre, que dans la mesure où les critères du licenciement abusif visés par l'article 63 de la loi du 3 juillet 1978 ne sont pas réunis en l'espèce, il en va, a fortiori de même, des critères de droit commun visés par l'article 1382 du Code civil.

II.b.2)Position de la cour de céans

Comme tout travailleur salarié, l'ouvrier a la possibilité de fonder une action judiciaire sur pied des article 1382 et 1134 du Code civil. La Cour de cassation a rappelé ce principe aux termes d'un arrêt prononcé le 18

février 2008 (voyez aussi les conclusions de Monsieur l'avocat général Genicot précédant cet arrêt in J.T.T. 2008, p. 117 ; voyez aussi J. CLESSE et A. MORTIER « Le contrôle des motifs du licenciement et le licenciement abusif des employés » in « Le licenciement abusif – notions, évolution et questions sociales », sous la coordination de CH-E. CLESSE et S. GILSON, Actes du colloque du 6 mars 2009 organisé par la Conférence du Jeune Barreau de Charleroi, Anthemis, 2009, pp. 25 et 26).

Dans cette hypothèse, l'abus de droit s'analysera en une faute extra-contractuelle en vertu de l'article 1382 du Code civil, notamment en cas de violation de l'obligation de prudence qui s'impose à toute personne, ou en une faute contractuelle en vertu du principe de l'exécution de bonne foi des conventions consacré par l'article 1134 du Code civil qui interdit à une personne d'abuser des droits que lui confère celui-ci. La charge de la preuve incombe, dans ce cas au travailleur qui invoque l'abus de droit.

La possibilité pour chacune des parties contractuelles de mettre fin unilatéralement au contrat de travail conclu pour une durée indéterminée, à condition de respecter les dispositions légales en matière de préavis, est un des principes fondamentaux du droit du travail. Le licenciement n'est pas abusif par lui-même, seul l'exercice du droit de licencier peut se révéler fautif.

En effet, le droit de licenciement constitue un « droit-fonction » c'est-à-dire un droit dont l'employeur peut et doit faire usage seulement pour le plus grand bien de son entreprise, l'employeur en y recourant occasionnant par la force des choses un préjudice financier à son cocontractant de sorte qu'il ne peut utiliser ce droit dans une autre perspective (notamment à titre de représailles à l'encontre d'une revendication légitime formulée par le travailleur).

L'employé licencié qui se prétend victime d'un licenciement abusif ne peut se contenter d'invoquer que celui-ci s'appuie sur des motifs non avérés, voire des motifs inexistantes mais doit apporter la preuve certaine que l'acte juridique qu'est la rupture est concrètement constitutif d'un abus de droit, soit qu'il est totalement disproportionné par rapport à l'intérêt servi, soit qu'il est révélateur d'une intention de nuire, soit qu'il détourne le droit de sa fonction sociale, soit encore qu'il révèle un comportement anormal et qu'il est, par ailleurs, générateur dans son chef de préjudice distinct de celui que répare forfaitairement l'indemnité compensatoire de préavis.

Aux fins de compléter ou de préciser les types de situation révélatrices d'abus de droit, il s'impose, également, de rappeler que le caractère abusif du licenciement pourra, également, être déduit des circonstances entourant celui-ci, étant entendu qu'un licenciement ne peut être opéré dans des conditions de nature à porter atteinte à la compétence, à la réputation, au crédit ou à l'honorabilité du travailleur ou se dérouler dans un contexte empreint de vexation ou d'humiliation pour le travailleur.

Enfin, comme l'observe à bon droit A. CABY (« La notion de licenciement abusif en période de crise économique » in « Le droit social face à la crise » Anthemis, 2010, p. 131) « l'abus doit nécessairement résulter d'un

fait juridique annexe au licenciement puisque l'irrégularité qui entache celui-ci est spécifiquement réparée par l'obligation de paiement de l'indemnité compensatoire de préavis laquelle revêt un caractère forfaitaire en ce sens qu'elle est censée réparer l'ensemble du préjudice qui résulte de l'acte, dans toutes ses manifestations matérielles et morales ».

La Cour de cassation a, également, rappelé pareille évidence en soulignant que « le droit à l'indemnité pour licenciement abusif qui naît et se détermine dès la notification de la volonté de rompre ne pourrait être déterminé par un élément ultérieur » (Cass., 1/3/1982, chr. D. dec., 1982, p. 170).

En l'espèce, force est à la Cour de céans de constater que Madame D.S. reste en défaut de démontrer que la Province de Hainaut aurait commis une faute à l'occasion de la rupture du contrat de travail liant les parties qui justifierait une indemnisation distincte de celle lui accordée par la cour suite à son licenciement non précédé de son audition.

En effet, Madame D.S. se borne à évoquer trois types de comportement susceptibles, selon elle, de conférer à la mesure de licenciement intervenue un caractère abusif en application des articles 1134 et 1382 du Code civil à savoir :

- a) des fautes contractuelles commises dans le cadre de l'exécution du contrat de travail (obligation de prestation des heures supplémentaires, modification constante des horaires de travail et absence d'intervention pour mettre fin à la mauvaise ambiance de travail) ;
- b) son licenciement a été opéré à titre de représailles suite à son état de santé déficient ce qui a conduit la Province de Hainaut à procéder à l'engagement de deux nouveaux mi-temps pour la remplacer ;
- c) l'annonce brutale de son licenciement lors de son incapacité de travail ;

La cour de céans estime qu'il n'y a pas lieu d'avoir égard aux manquements contractuels allégués par Madame D.S. dès lors qu'ils n'ont pas été commis (pour autant qu'ils soient dûment établis ce que la cour de céans n'a pas à examiner dans le cadre du débat judiciaire) à l'occasion de l'exercice par la Province de Hainaut de son droit de licenciement.

S'agissant du grief déduit des représailles prétendument exercées par la Province de Hainaut, la cour de céans se doit de constater que Madame D.S. ne prouve pas et n'offre pas de prouver ses allégations sur ce point précis du contentieux opposant les parties.

Enfin, il n'est pas davantage établi que le licenciement se serait déroulé dans un contexte empreint de vexation ou d'humiliation pour le travailleur : il relève, en effet, du souverain pouvoir d'appréciation de l'employeur le soin d'engager la procédure de licenciement en identifiant le moment le plus propice pour y procéder. Les Cours et Tribunaux sont, en effet, sans pouvoir pour contrôler tout à la fois l'opportunité d'une décision patronale et le moment choisi pour le mettre à exécution et, partant, s'immiscer dans l'organisation et la gestion d'une entreprise.

Pareille vérité signifie que la notification d'une décision de rupture pendant l'incapacité de travail subie par un travailleur n'est pas, in se, constitutive d'un abus de droit s'il n'est pas démontré que, par cet acte, l'employeur a été exclusivement animé d'une volonté de porter préjudice à un travailleur sans avoir aucunement égard aux impératifs de gestion qui devaient guider son choix.

En l'occurrence, Madame D.S. reste en défaut de démontrer que la notification de l'acte de licenciement dont elle a été victime a été opérée « brutalement » par la Province de Hainaut et que cette dernière n'a pas été guidée par le souci d'assurer de manière optimale la gestion de ses services.

Partant de ce constat, la cour de céans estime que ce chef de demande doit être déclaré non fondé de telle sorte qu'il y a lieu de confirmer le jugement dont appel quant à ce.

L'appel de Madame D.S. doit, ainsi, être déclaré non fondé.

III.Quant aux dépens

Madame D.S.sollicite l'octroi d'une indemnité de procédure fixée à son montant maximal soit 4.000 € et ce au motif que « le litige a demandé une instruction approfondie ».

La Province de Hainaut s'y oppose contestant le caractère complexe du litige opposant les parties : elle estime qu'il s'impose d'avoir égard à l'indemnité de base.

La répétibilité des frais et honoraires d'avocat est réglementée par la loi du 21 avril 2007 et l'arrêté royal du 26 octobre 2007.

Elle est intégrée dans le droit judiciaire (à savoir le nouvel article 1018,6° du Code judiciaire qui dispose que « les dépens comprennent l'indemnité de procédure visée à l'article 1022 du Code judiciaire) et non plus dans celui de la responsabilité civile.

Auparavant, les dépens comprenaient une indemnité de procédure définie comme « une rémunération tarifée d'une partie des prestations de l'avocat pour l'accomplissement de certains actes matériels en qualité de mandataire ad litem » (G. DE LEVAL, *Eléments de procédure civile*, 2^{ème} éd., Bruxelles, Larcier, 2005, p.458, 5341).

Désormais, le nouvel article 1022 du Code judiciaire définit l'indemnité de procédure comme « une intervention forfaitaire dans les frais et honoraires d'avocat de la partie ayant obtenu gain de cause ». Il précise d'ailleurs « qu'aucune partie ne peut être tenue au paiement d'une indemnité pour l'intervention de l'avocat d'une autre partie au-delà du montant de l'indemnité de procédure ».

Les dispositions de l'arrêté royal du 26 octobre 2007 fixant le tarif des indemnités de procédure visées à l'article 1022 du Code judiciaire et fixant la date d'entrée en vigueur des articles 1^{er} et 13 de la loi du 21 avril 2007 relative à la répétibilité des honoraires et frais d'avocat sont applicables aux affaires en cours à dater du 1^{er} janvier 2008, ce qui est le cas en l'espèce, la notion « d'affaires en cours » recouvrant toute cause non encore jugée lors de l'entrée en vigueur des dispositions nouvelles (Cass., 27.10.1977, Pas., 1978, I, p.252).

Conformément aux dispositions de la loi du 21/4/2007, le montant de la demande est calculé sur base des principes édictés par les articles 557 à 562 du Code judiciaire relatifs à la détermination de la compétence et du ressort c'est-à-dire qu'il s'entend du montant réclamé dans l'acte introductif d'instance à l'exclusion des intérêts judiciaires et de tous dépens ainsi que des astreintes. Cependant, lorsque la demande a été modifiée en cours d'instance, le ressort sera déterminé par la somme demandée dans les dernières conclusions (article 618 du Code judiciaire – Cass., 19/2/2004, www.juridat.be) sauf gonflement abusif de la demande aux fins de pousser artificiellement le montant de l'indemnité de procédure, ce qui n'est, toutefois, pas le cas en l'espèce.

La S.A. est en droit de bénéficier d'une indemnité de procédure d'appel fixée entre les minima et les maxima visés par l'article 2 de l'A.R. du 26/10/2007 sur base des quatre critères arrêtés par l'article 1022 du Code judiciaire.

L'indemnité de procédure est celle reprise comme montant de base dans le tableau applicable au litige (article 1022, alinéa 3 du Code judiciaire).

Le juge ne peut retenir un autre montant que dans les conditions suivantes :

- au moins une des parties le demande (demande éventuellement formulée sur interpellation par le juge – nouvel article 1022, alinéa 3 C.J. tel que modifié par la loi du 28/12/2008, M.B. 12/1/2009) ;
- le jugement est spécialement motivé sur ce point ;
- le montant retenu est compris entre les montants maxima et minima du tableau ;
- un ou plusieurs des critères suivants sont pris en compte :
 1. la capacité financière de la partie succombante (uniquement pour diminuer le montant de l'indemnité) ;
 2. la complexité de l'affaire ;
 3. les indemnités contractuelles convenues pour la partie qui obtient gain de cause ;
 4. le caractère manifestement déraisonnable de la situation.

La Cour de céans estime qu'il y a lieu de tenir compte tout à la fois de la complexité du litige mais, également, de la circonstance selon laquelle Madame D.S.a succombé sur deux chefs de demande de telle sorte qu'il y a lieu d'allouer à Madame D.S.une indemnité de procédure de première

instance ainsi qu'une indemnité de procédure d'appel fixée chacune à 2.500 € (tranche comprise entre 20.000,01 € et 40.000 €).

PAR CES MOTIFS,

La Cour du travail,

Statuant contradictoirement,

Ecartant toutes conclusions autres,

Vu la loi du 15 juin 1935,

Vu l'avis oral de Monsieur le Premier avocat général VAN CEUNEBROUCKE,

Déclare l'appel principal recevable mais non fondé ;

En déboute la Province de Hainaut ;

Déclare l'appel incident recevable et fondé dans les limites ci-après :

- Confirme le jugement dont appel en ce qu'il a condamné la Province de Hainaut à verser à Madame D.S. la somme en principal de 10.092 € (qui ne doit pas faire l'objet de retenues sociales et fiscales) augmentée des seuls intérêts judiciaires à dater de la citation, soit à partir du 28 avril 2008 jusqu'à parfait paiement, et ce à titre de dommages et intérêts pour licenciement abusif au sens de l'article 63 de la loi du 3 juillet 1978 ;
- Réforme le jugement dont appel en ce qu'il a octroyé à Madame D.S., la somme d'1 € à titre de dommages et intérêts suite à la perte d'une chance de conserver son emploi consécutive à l'absence d'audition préalable au licenciement ;
- Condamne la Province de Hainaut à verser à Madame D.S. la somme de 2.500 € à titre de dommages et intérêts fixé ex aequo et bono suite à la perte d'une chance de conserver son emploi consécutive à l'absence d'audition préalable au licenciement, cette somme devant être majorée des seuls intérêts judiciaires dus à dater du 28 avril 1998 jusqu'à parfait paiement,
- Confirme, pour le surplus, le jugement querellé en ce qu'il a débouté Madame D.S. des chefs de demande portant sur l'octroi de dommages et intérêts pour licenciement abusif au sens des articles 1134 et 1382 du Code civil et sur l'indemnité protectionnelle instaurée par la CCT 77 bis,

Déclare l'appel incident non fondé en ce qu'il fait grief au premier juge d'avoir débouté Madame D.S. de ses demandes portant sur l'indemnité protectionnelle instaurée par la CCT 77 bis et sur l'octroi de dommages et

intérêts pour licenciement abusif au sens des articles 1134 et 1382 du Code civil ;

Condamne la Province de Hainaut aux frais et dépens des deux instances taxés par la cour de céans à la somme de 5.108,66 € se ventilant comme suit :

- citation introductive d'instance : 108,66 €
- indemnité de procédure de première instance : 2.500 €
- indemnité de procédure d'appel : 2.500 €.

Ainsi jugé et prononcé, en langue française, à l'audience publique du 6 septembre 2010 par le Président de la 2^{ème} Chambre de la Cour du travail de Mons composée de :

Monsieur X. VLIEGHE, Conseiller président la Chambre,
Madame M. DISCEPOLI, Conseiller social au titre d'employeur,
Monsieur A. WINS, Conseiller social au titre de travailleur ouvrier,
Monsieur S. BARME, Greffier.

qui en ont préalablement signé la minute.