

**COUR DU TRAVAIL DE LIEGE  
SECTION DE NAMUR  
AUDIENCE PUBLIQUE DU  
25 OCTOBRE 2011**

EN CAUSE DE :

Madame D. B. domiciliée à 5000 BEEZ (NAMUR), (...)

appelante, intimée sur incident, comparaisant par Me Sophie Toussaint, avocat.

CONTRE :

Le C. de NAMUR dont les bureaux sont sis à 5100 JAMBES (NAMUR), (...)

intimé, appelante sur incident, comparaisant par Me Pierre-Jean Richard, avocat.

**MOTIVATION**

L'arrêt est fondé sur les motifs suivants :

1. Quant à la recevabilité des appels.

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

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

L'appel incident introduit par conclusions est également recevable.

## 2. Les faits.

- Le 18 janvier 1990, Mme B., ci-après l'appelante, entre au service du C. de Namur en qualité d'auxiliaire de soins dans le cadre d'un contrat de remplacement. Après divers contrats de ce type, elle est engagée à temps plein dans le cadre d'un contrat à durée indéterminée au sein d'une maison de repos et de soins dépendant du C.

- Elle demande et obtient une pause carrière à 50% du ter mars 1992 au 21 décembre 1995 et ensuite bénéficie d'une autorisation de travailler à 50% pour convenances personnelles selon accord renouvelé d'année en année par les parties. Le dernier renouvellement d'un an prend cours le 21 décembre 2008. Pour le mi-temps non presté, l'appelante est placée en non-activité de service. Une reprise à temps plein nécessite un préavis d'un mois et le renouvellement est possible mais doit être demandé, pour ce qui concerne la dernière prolongation, le 1er novembre 2009 au plus tard.

- Le 29 septembre 2006, elle est victime d'un accident du travail et sera en incapacité totale jusqu'au 30 mai 2007. Elle reprend le service et doit le suspendre à nouveau le 24 octobre 2008.

- En janvier et mars 2009, son médecin traitant estime qu'une reprise du travail doit être liée à l'exercice d'un travail léger sans manutention.

- Le 1er avril 2009, le médecin-contrôle de la compagnie d'assurance décide de la remise au travail en conseillant de lui trouver un travail adapté.

- Le 10 avril 2009, E. (qui intervient pour le C.) et le C. lui-même informent l'appelante que l'assureur fixe la date de consolidation au 1er avril 2009 et n'intervient plus depuis cette date dans le cadre de l'incapacité temporaire. Il lui appartient d'en informer le médecin-conseil de la mutuelle qui peut la prendre en charge si l'absence au travail devait se poursuivre.

- Le 15 mai 2009, le médecin-conseil de la mutuelle de l'appelante décide d'une fin d'indemnisation au 2 juin 2009. L'appelante est considérée comme apte à exercer une activité sur le marché du travail mais comme définitivement inapte pour le poste actuellement occupé. La notification contient la mention selon laquelle l'assurée sociale doit reprendre le travail ou s'inscrire à l'O. et que si elle n'est pas d'accord avec la décision, elle doit introduire un recours et s'inscrire à l'O.

- Le 27 mai 2009, l'appelante est examinée par le conseiller en prévention qui recommande la mutation définitive et exclut le port de charges lourdes et les travaux pénibles (colonne cervicale et membres supérieurs). Les deux parties en sont informées le jour même et le document reprend au verso le texte des articles 64 à 69 de l'arrêté royal du 28 mai 2003 (procédure de recours). L'appelante n'est pas informée des procédures de concertation. Aucun recours n'est introduit car l'appelante est d'accord et souhaite reprendre un travail allégé.

- Le C. soutient avoir cherché un travail adapté.

- Le 3 juillet 2009, le bureau de l'aide sociale propose au conseil de constater l'existence d'un cas de force majeure mettant fin au contrat le 2 juin 2009.
- Le 15 juillet 2009, le conseil de l'aide sociale décide de rompre le contrat conformément à la proposition du bureau.
- Le 16 juillet 2009, l'appelante en est informée par le C. en ces termes :  
 « En date du 27 mai 2009, le docteur J., médecin du travail, a recommandé que « vous soyez mutée définitivement à un poste ou une activité répondant aux recommandations ci-après : pas de port de charges lourdes/ Pas de travaux en hauteur pour la colonne cervicale et les membres inférieurs ».  
 La recherche d'un reclassement au sein des services gérés par le C. n'a malheureusement pas pu aboutir valablement.  
 Nous avons dès lors le regret de vous informer que le Conseil de l'Action sociale, en séance du 15 juillet, a dû constater qu'en vertu de l'article 32, 5° de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail, le contrat existant entre nous prend fin, à dater du 2 juin 2009, pour cause de force majeure et que, par conséquent, aucune indemnité n'est due par aucune des deux parties.  
 Nous ne manquerons pas de vous adresser, dans les meilleurs délais, le formulaire C4 [...] ».
- Le document C4 est délivré (signé le 24 juillet) et adressé le 27 juillet (cf. cachet postal) à l'appelante alors qu'elle est en vacances à l'étranger.
- De retour de ses vacances, l'appelante effectue les démarches pour s'inscrire afin d'obtenir le bénéfice des allocations de chômage.
- Le 7 septembre 2009, le C. écrit au conseil de l'appelante que « le reclassement de votre cliente n'a donc malheureusement pu aboutir, compte tenu de la conjugaison de différents éléments à savoir : l'adéquation entre les recommandations formulées par notre médecin du travail et un poste de travail existant dans notre institution, ainsi que le diplôme spécifique de votre cliente » (enseignement secondaire professionnel en éducation sanitaire).
- L'O. refuse d'admettre l'appelante au bénéfice des allocations de chômage à la date de la demande (3 juin 2009) mais l'admet à dater du 28 août, date de réception de la demande. Un recours est introduit.

### 3. La demande.

Par citation du 18 janvier 2010, l'actuelle appelante entend obtenir la condamnation du C. de Namur à payer une somme de 61.593,80 € représentant une indemnité compensatoire de préavis de 19 mois à majorer des intérêts à dater du 16 juillet 2009, une somme 1 € à titre provisionnel (porté en conclusions à 4.311,25 € bruts) pour la rémunération due entre le 2 juin et le 16 juillet 2009 et une somme de 2.500 € au titre de dommages et intérêts pour défaut d'audition avant licenciement, abus de droit de licenciement et délivrance incorrecte des documents sociaux.

#### 4. Le jugement.

Le tribunal, après avoir relaté les faits de la cause, rappelle les obligations de l'employeur préalablement au constat d'un cas de force majeure médical permettant de rompre le contrat. Il constate que le C. n'apporte pas la preuve d'une recherche concrète de pistes permettant le reclassement de l'intimée et accorde de ce fait le droit à une indemnité compensatoire de préavis.

Il évalue celle-ci à 18 mois de rémunération calculée sur la base du mi-temps et chiffrée à 27.287,37 €.

Il considère que les conditions d'un abus de droit ne sont pas rencontrées.

Enfin, la rémunération n'est pas due pour la période antérieure au 16 juillet 2009 ; tout au plus, l'octroi de dommages et intérêts pourrait être envisagé mais l'appelante a eu le tort d'attendre au lieu de s'inscrire à l'O. ou d'inviter son employeur à la réintégrer dès la remise au travail ordonnée par le médecin-conseil.

#### 5. Les appels.

L'appelante relève appel au motif que l'indemnité compensatoire de préavis ne doit pas être calculée sur la base d'un mi-temps dès lors qu'elle est sous contrat à temps plein, que la durée doit être fixée à 19 et non 18 mois, que la rémunération de base retenue est erronée, qu'aucune inertie ne peut lui être reprochée, que la rupture est survenue le 16 juillet et non le 2 juin, qu'elle n'est pas responsable de sa non-admission au bénéfice des allocations de chômage à la date de la demande et que le licenciement est abusif, qu'elle a droit à la rémunération perdue ou à des dommages et intérêts correspondants et enfin que le premier juge ne pouvait réduire d'office l'indemnité de procédure.

Le C. forme appel incident considérant que la rupture pour force majeure est régulière.

#### 6. Fondement.

##### 6.1. La force majeure médicale.

##### 6.11. La constatation d'un cas de force majeure médicale.

##### 6.1.1.1. L'incapacité de travail et la reconnaissance d'un cas de force majeure médicale : en droit.

La situation avant l'entrée en vigueur de l'arrêté royal du 28 mai 2003 relatif à la surveillance de la santé des travailleurs.

Conformément à l'article 32, 5° de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail, un contrat de travail peut prendre fin pour cause de force majeure.

Il a été admis, jusqu'à l'entrée en vigueur effective de l'arrêté royal du 28 mai 2003 relatif à la surveillance de la santé des travailleurs et à venir de la loi du 27 avril 2007 portant des dispositions diverses insérant dans la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail un nouvel article 34<sup>1</sup>, que l'incapacité permanente de travail empêchant définitivement un travailleur de reprendre le travail convenu est un cas de force majeure qui entraîne la rupture du contrat<sup>2</sup> et que pour apprécier la force il faut examiner l'inaptitude uniquement en regard du travail convenu<sup>3</sup> et non de la possibilité pour l'employeur de fournir au salarié d'autres fonctions lui convenant<sup>4</sup>.

Il fallait opérer une distinction selon que le médecin du travail donnait à l'employeur une recommandation (avis) visant à écarter un travailleur de son poste de travail ou qu'il prenait une décision constatant l'inaptitude au travail à laquelle l'employeur doit se plier.

En effet, là où le médecin du travail disposait d'un pouvoir de décision, il provoquait par là même la dissolution du contrat<sup>5</sup>.

La procédure de recours prévue par l'article 146quater (en vigueur à l'époque) du règlement général sur la protection du travail ne s'appliquait qu'aux travailleurs soumis à un examen médical obligatoire<sup>6</sup>.

Par contre, lorsque le médecin du travail donnait un avis, celui-ci ne constituant pas une preuve de l'incapacité définitive<sup>7</sup>, un employeur normalement diligent et prudent disposait soit de la voie de la résolution judiciaires<sup>8</sup>, soit de la possibilité de faire constater contradictoirement la réalité de l'inaptitude définitive (par exemple, par l'accord de son employé et du médecin traitant de celui-ci). Il pouvait aussi sans plus attendre constater la rupture du contrat mais à ses risques et périls et à charge pour lui d'apporter la preuve requise<sup>9</sup>.

Lorsqu'il prenait l'initiative de rompre le contrat pour cause de force majeure au lieu de se contenter de refuser la reprise du travail sur l'avis conforme du médecin délégué, l'employeur était alors tenu d'apporter la preuve de l'inaptitude définitive de son employé. Une incapacité de longue durée ne suffisait pas, il fallait qu'elle soit

---

<sup>1</sup> Sur cette législation non encore entrée en vigueur, consulter : N. HAUTENNE et S. GILSON, « Quelques considérations sur l'avenir de la rupture du contrat de travail pour force majeure médicale », in Quelques propos sur la rupture du contrat de travail, Hommage à P. BLONDIAU, sous la coord. de S. GILSON, Anthémis, 2008, p.237

<sup>2</sup> Cf. Cass., 5 janvier 1981, Pas., 1981, I, p. 474, Chron.D.S., 1981, p. 102, note P. PALSTERMAN, et J.T.T., 1981, p. 184 ; Cass., 8 octobre 1984, Pas., 1985, I, p. 186 ; Cass., 21 avril 1986, Pas., 1986, I, p. 1020, Chron.D.S., 1986, p. 282, obs. J.J., et J.T.T., 1986, p. 501.

<sup>3</sup> Il a même été jugé qu'il importait peu que l'employeur soit pour partie responsable de l'incapacité : Cour trav. Anvers, 15 septembre 2004, Chron.D.S., 2005, p.226 ; Contra : Cour trav. Liège, 11 mars 1999, Chron.D.S., 2001, p.541. Sur cette question, consulter P. PALSTERMAN, « La réinsertion professionnelle des travailleurs invalides », Chron.D.S., 2006, p.433, spéc. p.440

<sup>4</sup> Cass., 13 février 1982, Pas., 1982, I, p. 743 et J.T.T., 1982, p. 272 ; Cass., 12 janvier 1987. .1. T.T., 1987, p. 428 ; Cass., 1<sup>er</sup> juin 1987, Pas., 1987, I, p. 1203 et J. T. T., 1987, p. 427

<sup>5</sup> Cf. M. JAMOULLE, Le contrat de travail, Fac. dr. Liège, t. 2, 1988, p 390 ; Cour trav. Liège, sect. Namur, 23 mars 1993, Rev. rég. dr., 1993, p. 297.

<sup>6</sup> Cf. Cass., 26 septembre 1988, J.T.T., 1988, p. 476.

<sup>7</sup> Cour trav. Anvers, 2 septembre 1997, Chron.D.S., 1999, p. 9.

<sup>8</sup> Cf. Cour trav. Bruxelles, 16 mars 1988, Chron.D.S., 1989, p. 158, obs. H. FUNCK.

<sup>9</sup> En ce sens, Cour trav. Liège, 12 janvier 1995, Chron.D.S., 1995, p. 232.

définitive, c'est-à-dire sans espoir de guérison même à longue échéance<sup>10</sup>. La preuve pouvait résulter du certificat produit par le travailleur, de l'avis unanime du médecin du travail et du médecin traitant ou encore du comportement du travailleur<sup>11</sup>.

Cette distinction est devenue obsolète depuis l'entrée en vigueur de l'arrêté royal du 28 mai 2003<sup>12</sup> et le sera plus encore lorsqu'il l'article 34 susvisé entrera en vigueur.

Les dispositions prévues par l'arrêté royal du 28 mai 2003 relatif à la surveillance de la santé des travailleurs.

Cet arrêté est entré en vigueur le dixième jour après sa publication, faute d'autre délai mentionné dans l'arrêté<sup>13</sup>.

Il prévoit que :

- vis-à-vis de certains travailleurs, l'employeur a une obligation de surveillance de santé (art. 4) tandis qu'elle n'est que facultative à l'égard des autres ;
- vis-à-vis des travailleurs soumis à la surveillance de santé obligatoire, un examen de reprise du travail est imposé (art. 35 et s.) ,
- tout travailleur peut consulter d'initiative le conseiller en prévention- médecin du travail pour des plaintes liées à sa santé (art.37) ;
- si le médecin traitant<sup>14</sup> du travailleur le considère comme inapte définitivement à poursuivre le travail convenu, le travailleur a droit à une procédure de reclassement mais il lui incombe de la mettre en oeuvre en adressant une demande par pli recommandé à son employeur (art.39) lequel remet au travailleur un formulaire (art. 40) permettant de saisir le conseiller en prévention-médecin du travail qui peut notamment estimer que le travailleur peut poursuivre des activités moyennant aménagement, veiller au reclassement ou admettre qu'il est définitivement inapte (art.41) ;
- en-dehors de cette hypothèse qui concerne la saisine faisant suite à l'avis du médecin traitant, le conseiller en prévention-médecin du travail peut aussi, avec les mêmes pouvoirs que ceux figurant à l'article 41 de l'arrêté, se prononcer sur l'aptitude du travailleur (art. 51) à la demande de celui-ci (art.

---

<sup>10</sup> Cf. Cour trav. Liège, 14 décembre 2000, J.T.T., 2001, p. 212 ; Cour trav. Liège, 3e ch., 15 octobre 2001, R.G. n°29.501/2000 ; Cour trav. Liège, sect. Namur, 13e ch., 2 août 2004, R.G. n°7.401/2003 ; Cour trav. Liège, sect. Namur, 13e ch., 13 janvier 2005, R.G. n°7.121/02.

<sup>11</sup> Cour trav. Liège, sect. Namur, 14e ch., 11 avril 2005, R.G. n°7.493/03 ; Cour trav. Bruxelles, 21 novembre 2006, I.T.T., 2007, p.110. Voir également : M. DELANGE, « Le certificat médical en droit du travail », Orient., 2003/2, p.11 ; N. HAUTENNE, K. ROSIER et S. GILSON, « Les informations médicales dans la relation de travail », Orient., 2003/2, p.61, spéc. p.89 et s.

<sup>12</sup> Consulter notamment sur cette problématique : N. HAUTENNE et S. GILSON, « Quelques considérations sur l'avenir de la rupture du contrat de travail pour force majeure médicale », o.c., p.237 ; J. BARTHOLOME, « L'arrêté royal du 28 mai 2003 relatif à la surveillance de la santé des travailleurs », in Questions de droit social, Commission Université-Palais, Vol. 94, Anthémis, 2007, p.261 ; J.F. NEVEN, « Dissolution du contrat de travail pur cause d'incapacité définitive : vers une obligation préalable de reclassement », in Les 30 ans de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail, Edit. Jeune Barreau Bruxelles, 2008, p.167 ; N. HAUTENNE, K. ROSIER et S. GILSON, « Les informations médicales dans la relation de travail », Orient., 2003/2, p.61, spéc. p.91 et s.

<sup>13</sup> Loi du 31 mai 1961 relative à l'emploi des langues en matière législative, à la présentation, à la publication et à l'entrée en vigueur des textes légaux et réglementaires, art.6.

<sup>14</sup> L'initiative doit donc venir de ce dernier : J. BARTHOLOME, « L'arrêté royal du 28 mai 2003 relatif à la surveillance de la santé des travailleurs », o.c., p.280, n°27

- 36bis et 37) et, en ce cas, recommander notamment la mutation ou statuer sur l'inaptitude définitive ;
- dans tous les cas, le conseiller en prévention-médecin du travail doit respecter des procédures avant de conclure à une inaptitude définitive (art.55<sup>15</sup> et 57<sup>16</sup>) et le travailleur concerné dispose à la fois d'une procédure de concertation<sup>17</sup> et de recours<sup>18</sup>. dont il doit être informé (art. 58<sup>19</sup>).

Plus précisément, l'article 55 impose notamment au conseiller en prévention de s'enquérir de la situation sociale du travailleur, de renouveler l'analyse des risques et d'examiner sur place les mesures et les aménagements susceptibles de maintenir le

---

15

Cet article prévoit :

Avant de proposer la mutation temporaire ou définitive d'un travailleur ou de prendre une décision d'inaptitude, le conseiller en prévention-médecin du travail doit procéder aux examens complémentaires appropriés, qui seront à charge de l'employeur, notamment dans le cas où le travailleur est atteint d'affection présumée d'origine professionnelle et dont le diagnostic n'a pu être suffisamment établi par les moyens définis à l'évaluation de santé périodique. Il doit en outre s'enquérir de la situation sociale du travailleur, renouveler l'analyse des risques, et examiner sur place les mesures et les aménagements susceptibles de maintenir à son poste de travail ou à son activité le travailleur, compte tenu de ses possibilités. Le travailleur peut se faire assister par un délégué du personnel au Comité ou, à défaut, par un représentant syndical de son choix.

16

Cette disposition précise :

Les possibilités de nouvelle affectation et les mesures d'aménagement des postes de travail font l'objet d'une concertation préalable entre l'employeur, le conseiller en prévention-médecin du travail et le cas échéant d'autres conseillers en prévention, le travailleur et les délégués du personnel au Comité ou, à défaut, les représentants syndicaux, choisis par le travailleur.

17

Les textes sont les suivants :

Article 59 : Hormis le cas de l'évaluation de santé préalable visée à l'article 27, si le conseiller en prévention-médecin du travail juge qu'une mutation temporaire ou définitive est nécessaire, parce qu'un aménagement du poste de sécurité ou de vigilance ou de l'activité à risque défini n'est pas techniquement ou objectivement possible ou ne peut être raisonnablement exigé pour des motifs dûment justifiés, le travailleur peut faire appel à la procédure de concertation décrite ci-après, dans les conditions qui y sont énoncées.

Article 60 :

§ 1er. Avant de remplir le formulaire d'évaluation de santé, le conseiller en prévention-médecin du travail informe le travailleur de sa proposition de mutation définitive, soit en lui remettant un document que le travailleur signe pour réception, soit en lui envoyant un pli recommandé avec accusé de réception.

§ 2. Le travailleur dispose d'un délai de cinq jours ouvrables, qui suivent l'accusé de réception, pour donner ou non son accord.

§ 3. Si le travailleur n'est pas d'accord, il désigne au conseiller en prévention-médecin du travail un médecin traitant de son choix. Le conseiller en prévention-médecin du travail communique à ce médecin sa décision motivée. Les deux médecins s'efforcent de prendre une décision en commun. Chacun d'entre eux peut demander les examens ou les consultations complémentaires qu'il juge indispensable. Seuls les examens ou consultations complémentaires demandés par le conseiller en prévention-médecin du travail sont à charge de l'employeur.

Article 61 :

Lorsque la concertation est suspensive de la décision du conseiller en prévention-médecin du travail, ce dernier attend la fin de cette procédure pour remplir le formulaire d'évaluation de santé.

18

Article 64. Hormis le cas de l'évaluation de santé préalable visée à l'article 27, un recours peut être introduit par le travailleur, qu'il ait ou non bénéficié de la procédure de concertation prévue à l'article 60, contre la décision du conseiller en prévention-médecin du travail ayant pour effet de restreindre son aptitude au travail exercé, ou de déclarer son inaptitude au travail exercé. A cette fin il utilise le formulaire dont le modèle est fixé à l'annexe II, troisième partie.

19

Le conseiller en prévention-médecin du travail informe le travailleur de son droit à bénéficier des procédures de concertation et de recours visées par le présent arrêté.

travailleur à son poste de travail ou à son activité. Un délégué syndical peut assister le travailleur. Il existe donc une obligation de faire très concrète.

L'article 57 prévoit que les possibilités de nouvelle affectation et les mesures d'aménagement des postes de travail font l'objet d'une concertation préalable notamment entre le conseiller en prévention, l'employeur et le travailleur. A nouveau, il doit y avoir recherche commune et concrète d'une solution au problème découlant de l'état de santé.

L'article 58 oblige le conseiller en prévention à informer le travailleur de son droit à bénéficier des procédures de concertation et de recours.

Lorsque la procédure en concertation n'a pas été suivie, quel qu'en soit le motif, le travailleur dispose en toute hypothèse d'un droit de recours contre la décision prise par le conseiller en prévention le déclarant inapte à exercer l'emploi. Ce recours, suspensif, doit être introduit dans les sept jours (art. 64 et 65).

Tant qu'une décision définitive n'est pas prise concernant l'aptitude au travail, l'incapacité définitive n'est pas prouvée (art. 70, §3).

Or, une décision ne peut être définitive qu'à l'expiration du délai de recours. Elle ne peut aussi l'être que si la décision est explicite sur son objet. Est incomplète la décision qui constate une inaptitude médicale (ou suggérant une mutation définitive) par rapport à la fonction sans indiquer que la décision d'inaptitude définitive l'est même en cas d'aménagement, sans indiquer qu'aucun aménagement n'est possible ou encore sans examiner préalablement la possibilité de reclassement (et donc de changement de fonction). Le délai de recours à l'égard d'une telle décision indigente ne peut prendre cours puisque le destinataire n'est pas informé sur les données essentielles non abordées par elle ni soumises préalablement à la concertation obligatoire.

Lorsque la procédure aboutit à une décision du conseiller en prévention-médecin du travail qui conclut à une inaptitude définitive dans le respect intégral de la procédure, l'employeur peut mettre fin au contrat mais aux conditions mises par l'article 72 qui énonce :

Sous réserve de l'application de l'article 71, l'employeur est tenu de continuer à occuper le travailleur qui a été déclaré définitivement inapte par une décision définitive du conseiller en prévention-médecin du travail conformément aux recommandations de ce dernier, en l'affectant à un autre travail sauf si cela n'est pas techniquement ou objectivement possible ou si cela ne peut être raisonnablement exigé pour des motifs dûment justifiés.

Dès lors, même après la décision du conseiller en prévention- médecin du travail, l'employeur doit donc encore établir qu'il n'est techniquement ou objectivement pas possible d'affecter le travailleur à un autre travail ou qu'il ne peut être exigé raisonnablement qu'il en soit ainsi. Théoriquement, les démarches effectuées en concertation avec les parties et le conseiller en prévention doivent permettre à l'employeur d'apporter la preuve requise.



Il faut avec P. PALSTERMAN<sup>20</sup> admettre que si l'obligation qui pèse sur l'employeur en vertu de l'article 72 de l'arrêté royal n'est pas une obligation de résultat, elle n'est ni une obligation purement morale, ni une simple obligation de moyen : l'employeur est tenu d'offrir un emploi de remplacement ou de justifier de raisons objectives et raisonnables qui peuvent l'exonérer<sup>21</sup>.

L'arrêté royal prévoit qu'en elle-même, la force majeure médicale ne peut mettre fin au contrat qu'à l'issue d'un processus décrit par les dispositions qu'il contient.

Il doit y avoir au départ soit l'obligation de soumettre le travailleur à un examen de santé préalable à la reprise du travail (saisine directe du conseiller en prévention par l'employeur), soit une consultation spontanée (articles 36bis<sup>22</sup> et 37), soit un certificat du médecin traitant qui considère que le travailleur est inapte définitivement à l'exercice de l'emploi (cf. article 39 de l'arrêté royal) ; dans tous ces cas, la décision prise doit enclencher la procédure d'aménagement du poste de travail ou de reclassement<sup>23</sup>. Lorsque le travailleur concerné est examiné par le conseiller en prévention-médecin du travail dans le cadre de l'article 51 de l'arrêté royal, les dispositions des articles 55 et suivants doivent également être respectées avant que la décision d'inaptitude puisse être prise.

Ce texte réglementaire n'est pas en contradiction avec l'article 32, 5° de la loi du 3 juillet 1978 dès lors que l'arrêté ne règle que la question du seul cas de force majeure médicale laquelle n'est par ailleurs pas expressément prévue par l'article 32<sup>24</sup> et qu'il n'empêche nullement la reconnaissance d'un cas de force majeure mais l'encadre en prévoyant une procédure qui doit être suivie et menée à son terme, dans le respect in fine de l'article 72 de l'arrêté royal, pour que la décision puisse intervenir et sortir ses effets à l'égard du travailleur concerné.

6.1.1.2. La rupture fondée sur l'incapacité définitive et l'impossibilité de reclassement de l'appelante.

L'arrêté royal du 28 mai 2003 était en vigueur lorsque l'intimée a pris la décision de constater la rupture pour force majeure.

---

<sup>20</sup> P. PALSTERMAN, "La réinsertion professionnelle des travailleurs invalides", Chron. D.S., 2006, p. 433, spéc. P. 440.

<sup>21</sup> Cour trav. Liège, sect. Namur, 13e ch., 23 juin 2008, R.G. n° 8.287/06 et Cour trav. Liège, sect. Namur, 13 janvier 2009, J.T.T., 2009, p.132. Cf N. HAUTENNE et S. GILSON, « L'obligation de reclassement du travailleur inapte : un coup de grâce à la notion de force majeure médicale? », in Le droit du travail dans tous ses secteurs, Commission Université-Palais, Anthémis, 2008, p.277, séc. p. 303, sous n°62.

<sup>22</sup> Sont visés les travailleurs soumis ou non à la surveillance de santé obligatoire et qui demandent une visite après une période d'incapacité de travail d'au moins 4 semaines. L'objectif est de permettre de proposer des mesures appropriées consistant notamment en un aménagement du poste ou des conditions de travail.

<sup>23</sup> J. BARTHOLOME, « L'arrêté royal du 28 mai 2003 relatif à la surveillance de la santé des travailleurs », o.c., p.287 et s., n°34 et s.

<sup>24</sup> Cf. N. HAUTENNE et S. GILSON, « L'obligation de reclassement du travailleur inapte : un coup de grâce à la notion de force majeure médicale? », op. cit., p. 287, sous n°20.

Il convient donc que la décision de rupture pour force majeure médicale prise soit examinée en fonction des dispositions de cet arrêté royal et non à la lumière de la jurisprudence antérieure.

Au demeurant, il convient de relever que même en vertu de la jurisprudence antérieure, la preuve de l'inaptitude définitive ne peut être apportée, sans contestation ultérieure possible, par la seule rédaction d'un certificat médical émanant du médecin traitant ou d'un constat effectué par le médecin du travail<sup>25</sup>, devenu le conseiller en prévention. La charge de la preuve repose sur celui qui invoque l'inaptitude définitive pour rompre le contrat<sup>26</sup>. La différence avec la nouvelle législation réside en ce que auparavant, il pouvait être mis fin au contrat pour cause d'incapacité permanente de travail sans constater le respect des obligations imposées tant à l'employeur qu'au médecin du travail par les dispositions du R.G.P.T. en vue de l'affectation du travailleur à d'autres fonctions<sup>27</sup>.

A la suite de la mise en oeuvre de l'arrêté royal du 28 mai 2003, l'employeur ne peut plus constater la rupture du contrat pour cas de force majeure médicale sans recourir aux procédures organisées et qui visent, avant tout, à favoriser un aménagement du poste de travail ou un reclassement professionnel de la personne dont il serait établi qu'elle ne peut plus poursuivre son activité habituelle dans les conditions où elle l'était.

Cette procédure doit être suivie et ne peut être court-circuitée.

Or, en l'espèce, il résulte des éléments du dossier que l'intimée a saisi le conseiller en prévention à la demande (ou en tout cas avec l'accord) de l'appelante sans que préalablement le médecin traitant ait attesté d'une inaptitude définitive puisque le médecin traitant avait fait état d'un souhait de reprise dans le cadre d'un travail léger sans manutention du 1er avril au 31 mai 2009 (cf. certificat). La décision d'inaptitude définitive émane du médecin-conseil de l'organisme assureur.

La demande n'a pas été formulée sur le fondement de l'article 39 mais soit de l'article 36bis, soit de l'article 37.

Le conseiller en prévention-médecin du travail devait, lorsque le travailleur concerné est comme en l'espèce examiné par lui dans le cadre de l'article 51 de l'arrêté royal, respecter les dispositions des articles 55 et suivants avant de prendre la décision d'inaptitude. Cela implique la recherche concrète et l'examen sur place des mesures et des aménagements susceptibles de maintenir à son poste de travail ou à son activité le

---

<sup>25</sup> Contra : Cour trav. Bruxelles, 21 novembre 2006, J.T.T., 2007, p.110.

<sup>26</sup> Cf. Cour trav. Anvers, 2 septembre 1997, J.T.T., 1998, p.385 ; Cour trav. Liège, 14 décembre 2000, J.T.T., 2001, p. 212 ; Cour trav. Liège, 3e ch., 15 octobre 2001, R.G. n°29.501/2000 ; Cour trav. Bruxelles, 26 mai 2004, Orient., 2004/11, p.24 ; Cour trav. Liège, sect. Namur, 13e ch., 2 août 2004, R.G. n°7.401/2003 et Cour trav. Liège, sect. Namur, 13e ch., 13 janvier 2005, R.G. n°7.121/2002 ; Cour trav. Liège, 5e ch., 14 juin 2006, R.G. n°33.269/05.

<sup>27</sup> Cass., 2 octobre 2000, Bull., 2000, p.1434 (et la jurisprudence antérieure constante citée), Chron.D.S., 2002, p.440 et J.T.T., 2000, p.476.

travailleur, compte tenu de ses possibilités comme cela exige en sus la recherche des possibilités de nouvelle affectation comme le mentionne l'article 57.

La nouvelle législation poursuit clairement l'objectif d'éviter toute rupture du contrat fondée sur un cas de force majeure médicale sans que le travailleur puisse préalablement bénéficier d'une procédure, contradictoire, envisageant toutes les possibilités de réinsertion ou de reclassement au sein de l'entreprise avec l'appui du conseiller en prévention-médecin du travail et de l'employeur. Cette procédure permet tout d'abord de s'assurer de la réalité de l'inaptitude définitive par rapport à la fonction occupée mais aussi dans un second temps de la possibilité ou non d'opérer un reclassement. Ce n'est qu'ensuite que la force majeure peut être constatée.

La constatation de la force majeure médicale n'est ainsi pas supprimée mais encadrée.

L'employeur doit veiller à ce que la procédure puisse être suivie faute de quoi il doit supporter les conséquences d'une décision de rupture précipitée, fût-elle prise à la suite d'une erreur commise par le conseiller en prévention-médecin du travail.

Or, le conseiller en prévention-médecin du travail n'a pas, du moins cela ne résulte pas du dossier, recherché concrètement, ce que l'appelante soutient, la possibilité ou non d'opérer un reclassement. Ce reclassement peut avoir lieu soit par l'aménagement du poste de travail, soit par le transfert temporaire ou définitif de l'appelante dans un autre poste compatible avec son état de santé.

La mise en oeuvre de la procédure de recours ne se justifiait pas dès lors que la décision du conseiller en prévention-médecin du travail n'aborde pas la question du reclassement moyennant des aménagements ni ne constate qu'il n'existe pas de poste compatible avec l'état de santé ailleurs au sein du C. Toute cette procédure de concertation a été omise.

De son côté, le C. ne prouve pas non plus qu'il a activement procédé à un examen sur place des mesures et des aménagements susceptibles de maintenir à son poste de travail ou à son activité l'appelante, compte tenu de ses possibilités. Dans ces conditions, les recommandations du conseiller en prévention- médecin du travail ne constituent pas une preuve de l'inaptitude définitive.

Cette preuve ne peut résulter des courriels déposés par l'appelante à son dossier dont le premier du 12 juin 2009 fait état d'un entretien avec un sieur Evrard qui lui a demandé d'attendre la position du C. et dont le second relate la description faite par l'appelante de sa situation et qui demande si le C. va répondre à la question de savoir s'il existe une possibilité de reclassement mais qui ne fait état ni de concertations (avec ou sans le conseiller en prévention), ni de recherches concertées des possibilités de reclassement non seulement dans le home où elle était occupée mais dans tous les services du C.

Comme le relève par ailleurs la Cour du travail d'Anvers, « Pour appliquer correctement la loi anti-discrimination du 25 février 2003 en conformité à la directive européenne anti-discrimination, les limitations physiques, même définitives, d'une nettoyeuse ne peuvent être considérées comme une force majeure mettant fin de plein droit au contrat de travail, lorsque l'employeur a parfaitement la possibilité de

maintenir la travailleuse au travail moyennant une légère modification de la répartition des tâches entre les nettoyeuses ou la mise à disposition d'un instrument de travail adapté »<sup>28</sup>.

Or, l'activité assurément lourde d'aide-soignante ou auxiliaire de soins est susceptible d'être allégée moyennant l'usage de porte-personnes ou autres aménagements d'utilisation courante dans les homes pour personnes âgées. Ce qui était recommandé par le conseiller en prévention-médecin du travail, c'est la mutation de l'appelante vers un poste qui ne l'oblige pas au port de charges lourdes et à des travaux pénibles pour la colonne cervicale et les membres supérieurs. Le conseiller en prévention a en effet donné un avis portant non pas sur une inaptitude définitive mais sur la nécessité d'une mutation définitive, nuance subtile car dans les deux cas, le travailleur est considéré comme inapte à exercer son emploi habituel sans espoir de retour à l'état antérieur mais il reste apte à l'exercice d'autres fonctions si la mutation est suggérée.

Par ailleurs, chercher un travail autre que celui qui était précédemment dévolu à l'appelante mais uniquement en fonction de son diplôme et sans vouloir effectuer cette recherche de peur de déclasser l'appelante revient à refuser le droit à un reclassement car nécessairement, le travail proposé ne pourra - si on ne se dirige pas vers un aménagement des conditions matérielles du travail qui aurait pu être la solution - soit qu'être un travail plus léger, par essence hypothétique puisque l'assistance de moyens techniques rendant le travail moins lourd n'a pas été recherché, soit qu'entraîner une réorientation professionnelle et donc un déclassement professionnel. C'est une hypothèse dans laquelle les parties peuvent convenir d'une forme de rétrogradation justifiée non pas pour raison disciplinaire mais pour des raisons d'ordre médical. Une telle convention est légale en regard des dispositions de la loi du 3 juillet 1978.

L'employeur et avant lui le conseiller en prévention-médecin du travail doivent orienter leurs recherches dans les deux directions. La procédure de concertation est essentielle car elle associe toutes les parties à la recherche de la solution, si tant est qu'il en existe une.

En outre, la décision du conseiller en prévention-médecin du travail et l'absence de recours ne suffisent pas pour asseoir l'incapacité définitive et justifier la rupture pour force majeure. La preuve de l'impossibilité de reclassement dans une autre fonction ou de la poursuite de l'activité moyennant des aménagements raisonnables doit en effet encore être apportée par le C., ce qu'il ne fait pas.

Il n'y a eu aucun examen de l'aptitude à l'exercice de la profession grâce aux moyens techniques d'assistance aux aides soignantes que ce soit par le conseiller en prévention-médecin du travail ou par l'employeur lui-même.

#### 6.1.2. Les conséquences d'une erreur d'appréciation ou d'un manquement procédural.

Le contrat de travail ne peut être rompu pour force majeure médicale si la procédure réglementaire n'a pas été suivie<sup>29</sup>. Il en va de même si l'employeur ne justifie pas de

---

<sup>28</sup> Cour trav. Anvers, 23 avril 2010, Chron.D.S., 2011. p.79.

l'impossibilité technique ou objective ou si les aménagements ne sont pas raisonnables.

Dès lors, la rupture constatée par l'intimée est irrégulière ce qui entraîne la reconnaissance du droit en faveur de l'appelante à une indemnité compensatoire de préavis.

### 6.1.3. La date de prise de cours de la rupture.

En droit.

Au sujet de la date à laquelle prend cours la rupture en cas de force majeure, St. GILSON et A. ROGER<sup>30</sup> ont écrit :

« 64. En théorie, l'événement de force majeure entraîne, en lui-même, lorsqu'il survient la rupture du contrat de travail<sup>31</sup>. La Cour de cassation précise que « En matière d'exécution de conventions, notamment de contrat de travail, la force majeure suppose un obstacle insurmontable à la poursuite de l'exécution du contrat; il ne doit pas être tenu compte de circonstances postérieures à la survenance de cet événement, celle-ci étant sans influence sur l'existence de la cause étrangère et sur les conséquences juridiques qu'elle a engendrées »<sup>32</sup>. Ce principe doit cependant, selon nous, se concilier avec celui qui veut que pour que l'effet extinctif de la force majeure puisse jouer, l'impossibilité soit définitive.

65. Comme le souligne P. WERY, la dissolution opère de plein droit, sans intervention judiciaire préalable<sup>33</sup> et sans effet rétroactif<sup>34</sup>. Le juge saisi devrait donc se limiter à constater la dissolution qui a eu lieu antérieurement<sup>35</sup>. Toutefois la contestation porte bien souvent sur les réunions des conditions de la force majeure, de sorte que le débat judiciaire portera sur l'existence de la force majeure et les conséquences d'un constat erroné<sup>36</sup>.

66. Néanmoins, la force majeure doit être constatée par l'une des parties<sup>37</sup>, que ce soit le travailleur ou l'employeur<sup>38</sup>. A défaut le contrat se poursuit. Ce second principe est en contrariété avec le premier. On retrouve une problématique semblable à celle de

---

<sup>29</sup> Cour trav. Liège, sect. Namur, 13e ch., 23 mars 2010, R.G. n°2009/AN/8735 ; Cour trav. Liège, sect. Namur, 12e ch., R.G. n°2010-AN-4 ; Cour trav. Liège, 16 décembre 2010, J.T.T., 2011, p.294 : en l'espèce, la procédure d'information dont question à l'article 58 de l'arrêté royal n'a pas été respectée par le conseiller en prévention-médecin du travail.

<sup>30</sup> St. GILSON et A. ROGER, « Aspects de la force majeure en droit du travail », in *Le droit du travail dans tous ses secteurs* (M. Dumont, dir.), Anthémis, 2008, p.235, spéc. p.268, n°64 et s.

<sup>31</sup> V. VANNES, *Le contrat de travail : aspects théoriques et pratiques*, 2ième éd., Bruxelles, Bruylant, 2003, p.684.

<sup>32</sup> Cass., 10 novembre 1976, Pas., I, 1967, p.272.

<sup>33</sup> P. WERY, « Vue d'ensemble sur les causes d'extinction des contrats », in *La fin du contrat*, CUP, 2001, vol. 51, p.36.

<sup>34</sup> M.-Th. CUVELLIEZ, « Rappel des principes généraux », in *Permanence du droit civil en droit du travail*, E. VOGEL - POLSKY Ed. Université de Bruxelles, Bruxelles, 1983, p. 13 ; X. THUNIS, « La suspension du contrat », in *La fin du contrat*, CUP, 2001, vol. 51, p.47.

<sup>35</sup> P. WERY, « Vue d'ensemble sur les causes d'extinction des contrats », op. cit., p.36.

<sup>36</sup> Voyez obs. H. FUNCK sous Cour trav. Bruxelles, 16 mars 1988, Chr. D.S., 1989, p.158.

<sup>37</sup> C. trav. Gand, 12 décembre 1988, R.W., 1988-1989, 1437, note W. RAUWS ; C. trav. Mons, 25 novembre 1996, Chr. D.S., 2001, p. 539 ; C. trav. Gand, 25 mars 2002, T.G.R., 2002, p.172 ; Trib. trav. Bruxelles, 29 octobre 2003, Chr. D.S., 2004, p.482, note.

<sup>38</sup> Trib. trav. Bruxelles, 10 décembre 1992, J.T.T., 1993, p.151 ; Trib. trav. Bruxelles, 4 mars 1991, Pas., 1991, III, p.74.

la modification unilatérale des conditions de travail qui met fin au contrat de par elle-même mais doit être constatée<sup>39</sup> ... ».

Il convient en effet de décider, ainsi que le relèvent ces auteurs, que comme en matière d'acte équipollent à rupture, le constat de la force majeure est requis et que la décision prise par l'employeur d'invoquer la rupture pour cas de force majeure ne peut rétroagir à la notification de ce constat. Tant que la décision n'est pas prise, le travailleur ignore si le contrat ne pourra pas se poursuivre, le cas échéant sous d'autres conditions.

L'article 70, §3 de l'arrêté royal du 28 mai 2003 conforte au demeurant cette analyse puisqu'il prévoit que « § 3. Tant qu'une décision définitive concernant l'aptitude au travail du travailleur n'est pas prise, l'incapacité de travail définitive n'est pas prouvée ».

En l'espèce.

La décision de constater la rupture n'a été notifiée que le 16 juillet 2009.

Elle ne pouvait pas rétroagir au 2 juin, date à laquelle le médecin conseil de l'organisme assureur a remis l'appelante au travail.

## 6.2. Le calcul de l'indemnité compensatoire.

### 6.2.1. Les éléments intervenant pour le calcul de la durée du préavis.

Le texte.

L'article 82 de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail prévoit :

§ 3. Lorsque la rémunération annuelle excède 16 100 EUR, les délais de préavis à observer par l'employeur et par l'employé sont fixés soit par convention conclue au plus tôt au moment où le congé est donné, soit par le juge.

Son interprétation.

---

<sup>39</sup> En théorie, la modification unilatérale importante d'un élément essentiel du contrat de travail entraîne la rupture immédiate du contrat (Cass., 29 septembre 1976, J.T.T., 1977, p.69 ; Cass., 27 avril 1977, J.T.T., 1978, p.107 ; Cass., 22 mars 1982, Pas., 1982, I, p.860 ; Cass., 7 janvier et 10 janvier 1985, Arr. Cass., 1984-1985, n° 264 et 282). Toutefois, la jurisprudence insiste sur la nécessité d'un constat que ce soit par les parties ou le juge (Trib. trav. Bruxelles, 24 juin 993, J.T.T., 1993, p.355). La Cour de cassation avalise cette position en fixant la date de rupture à la date du constat, par exemple du travailleur (Cass., 7 juin 1993, Arr. Cass., 1993, p.565, concl. M. De Swaef et J.T.T., 1993, p.353 ; voy. également Cass., 20 décembre 2004, NjW, 2005, p.1025, note G. DE MAESENEIRE et T. BECKERS). Cela n'est évidemment pas sans poser problème... Voyez encore : Cass., 7 mai 2007, J.T.T., 2007, p.336, note Cl. WANTIEZ ainsi que l'article de L. DEAR, « La théorie de l'acte équipollent à rupture », in Le droit du travail dans tous ses secteurs (M. Dumont, dir.), Anthémis, 2008, p.159, spéc. p.193, n° 49 et 50.

Les critères habituellement retenus pour évaluer la durée du préavis à accorder à un employé sont l'ancienneté, l'âge, la fonction et la rémunération.

Ces divers critères ont une importance inégale.

Jugé en effet que « Le délai de préavis est fonction de certains critères parmi lesquels l'ancienneté est le facteur primordial. L'âge intervient également mais en rapport avec le critère d'ancienneté afin de ne pas pénaliser l'engagement de travailleur moins jeune. La rémunération a aussi une incidence sur le délai mais dans une proportion moindre. Enfin, la fonction exercée perd de son influence, une distinction pouvant être opérée selon que l'employé est un cadre ou non et que le marché du travail offre ou non des possibilités dans la fonction exercée. Ainsi, il a été jugé que l'importance relative des fonctions n'a qu'une incidence minimale sur la durée convenable du préavis<sup>40</sup>. Th. CLAEYS, auteur de la grille du même nom, a du reste supprimé ce critère d'évaluation dans la dernière mouture de la grille<sup>41</sup> »<sup>42</sup>

Il ne doit pas être tenu compte du fait que l'employé licencié a pu retrouver rapidement ou non un emploi équivalent. Il faut se fonder sur la situation telle qu'elle se présente au moment de la rupture<sup>43</sup> sans égard au comportement de l'employé après la notification du congé<sup>44</sup>

Pour la fixation des délais de préavis à observer à l'égard des employés dits "supérieurs" (en fonction d'un critère exclusivement lié à la hauteur de la rémunération), le juge ne doit respecter comme limite que le minimum légal (ou le maximum si le congé émane de l'employé) et décide souverainement de la durée du préavis<sup>45</sup>.

Lorsque le préavis est donné à l'employé, le juge doit tenir compte des possibilités pour celui-ci de trouver rapidement un nouvel emploi adéquat et équivalent et apprécier cette perspective de reclassement au moment où le congé est donné<sup>46</sup> en fonction des éléments propres à la cause<sup>47</sup> ayant une incidence sur cette faculté de se réinsérer dans le marché du travail, ce qui permet au juge d'écarter l'application des "grilles" d'évaluation puisqu'elles ne sont, par leur caractère général, pas adaptées à la situation concrète. Les éléments propres à la cause ne peuvent donc justifier la prise en compte de manquements quelconques à l'origine du licenciement<sup>48</sup> mais bien des circonstances particulières comme la grande qualification d'un travailleur, ce qui lui

---

<sup>40</sup> Cour trav. Liège, 4e ch., 2 mars 1995, R.G. n°22.286

<sup>41</sup> Cf. J.T.T., 1997, p.369.

<sup>42</sup> Cour trav. Liège, 8e ch., 2 avril 1998, R.G. 25.335 ; Cour trav. Liège, 3e ch., 27 avril 2001, R.G. n°28.734/2000 ; Cour trav. Liège, 3e ch., 8 janvier 2002, R.G. n°28.033/99.

<sup>43</sup> Cour trav. Liège, 8e ch., 4 octobre 2001, R.G. n°27.281/98.

<sup>44</sup> Cass., 8 septembre 1980, Bull., 1981, p.21

<sup>45</sup> Cf. Cass., 19 janvier 1977, J.T.T., 1977, p.250 et Cass., 9 mai 1994, Bull., 1994, p.450

<sup>46</sup> Cf. Cass., 8 septembre 1980, Bull., 1981, p.21 ; Cass., 6 novembre 1989, J.T.T., 1989, p.482 ; Cass., 9 mai 1994, J.T.T., 1995, p.8 ; Cass., 3 février 2003, J.T.T., 2003, p.262.

<sup>47</sup> Cass., 3 février 1986, J. T. T., 1987, p.58.

<sup>48</sup> En ce sens : Cour trav. Mons, 27 novembre 2002, J.T.T., 2003, p. 126 ; Cour trav. Liège, sect. Namur, 14e ch., 23 décembre 1999, R.G. n°6077/98 ; Cour trav. Liège, sect. Namur, 13e ch., 15 décembre 1998, J.L.M.B., 1999, p. 788 et Chron.D.S., 1999, p. 478 et la jurisprudence citée. Contra : trib. trav. Bruxelles, 11 juin 2002, Chron.D.S., 2003, p.258 et 28 juin 2001, J. T. T., 2002, p.12 ; trib. trav. Bruxelles, 16 février 1996, J.T.T., 1996, p.243.

ouvre grandes les portes du marché de l'emploi<sup>49</sup> ou à l'inverse rend un reclassement plus difficile<sup>50</sup>, ou encore des circonstances spécifiques comme la fidélité à l'entreprise et le fait que le travailleur ait été débauché<sup>51</sup> ou comme le fait que le travailleur n'exerce sa profession salariée qu'à titre tout à fait accessoire par rapport à une activité d'indépendant<sup>52</sup>, toutes circonstances rendant plus aisées ou plus difficiles la possibilité de retrouver un emploi équivalent.

Ce sont donc les critères habituels dont question ci-dessus qui, avec les circonstances particulières de l'espèce, guident le juge dans l'évaluation de la durée du préavis convenable<sup>53</sup>.

Dès lors que le délai de préavis est destiné à permettre à l'employé de retrouver un emploi équivalent, il n'y a pas lieu de retenir comme critère d'appréciation l'intérêt de l'employeur<sup>54</sup>. L'allégation selon laquelle le juge doit tenir compte des "intérêts des deux parties", pour reprendre la formule que la Cour de cassation adopte couramment<sup>55</sup>, est difficilement admissible<sup>56</sup> dans la mesure où le délai de préavis doit compenser le préjudice causé à celui qui est la victime de la rupture du contrat et ne peut être influencé, par exemple, par la situation financière de l'auteur du congé<sup>57</sup>.

#### 6.2.2. Le montant de la rémunération servant de base au calcul de la durée du préavis.

La rémunération en cours correspondant à une occupation à temps plein s'élève à :

- rémunération de base : 2.613,74 € ;
- calcul annuel : 2.613,74 x 13,92 = 36.383,26 €
- chèques repas : 1.131,90 €
- total : 37.515,16 €.

Le C. ne conteste pas le versement de chèques-repas mais ne les inclut pas dans la rémunération alors qu'il s'agit d'un avantage acquis.

Le calcul de la durée du préavis convenable doit s'effectuer sur cette base.

---

<sup>49</sup> Cour trav. Bruxelles, 20 septembre 1996, J.T.T., 1997, p.120 ; Cour trav. 14 février 1996, 1996, p.24I

<sup>50</sup> Cour trav. Mons, 9 septembre 1993, J.L.M. B., 1994, p.1404.

<sup>51</sup> Cour trav. Bruxelles, 29 septembre 1992, J. T.T., 1993, p.396.

<sup>52</sup> Cass., 3 février 1986, J.T.T., 1987, p.58.

<sup>53</sup> Cf. W. van EECKHOUTTE, Compendium social, Droit du travail, t.2, 1995-1996, p.1113 ; Cour trav. Liège, 3e ch., 27 avril 2001, R.G. n°28.734.

<sup>54</sup> Cour trav. Liège, 8e ch., 4 octobre 2001, R.G. n°27.281/98.

<sup>55</sup> Notamment, Cass., 19 janvier 1977, J.T.T., 1977, p.250 ; Cass., 9 mai 1994..J.TT., 1995, p.8.

<sup>56</sup> Pour le tribunal du travail de Nivelles, « l'intérêt des deux parties n'est pas un critère pertinent et utile qui permet au juge de fixer la durée du préavis. Ce critère est marginal et ne peut être pris en considération que dans des cas exceptionnels, hypothèse non rencontrée lorsqu'une entreprise est en difficultés » (trib. trav. Nivelles, 14 mars 2003, J.T.T., 2003, p.274 et trib. trav. Nivelles, 1ère ch., 23 janvier 2004, R.G. n°13/N/2003).

<sup>57</sup> Cf. en ce sens. Cour trav. Bruxelles, 29 avril 1998, J.T.T., 1998, p.438.



### 6.2.3. L'incidence d'un travail à temps partiel au moment du congé.

Le texte.

L'article 39, §1<sup>er</sup> de la loi du 3 juillet 1978 énonce :

Si le contrat a été conclu pour une durée indéterminée, la partie qui résilie le contrat sans motif grave ou sans respecter le délai de préavis fixé au articles 59, 82, 83, 84 et 115, est tenue de payer à l'autre partie une indemnité égale à la rémunération en cours correspondant soit à la durée du délai de préavis, soit à la partie de ce délai restant à courir.[...]

L'indemnité de congé comprend non seulement la rémunération en cours, mais aussi les avantages acquis en vertu du contrat.

Son interprétation.

La rémunération qui sert de base de calcul à l'indemnité compensatoire de préavis est la rémunération en cours au moment du congé.

Quelle incidence peut avoir la suspension partielle du contrat ?

Il était généralement considéré qu'il fallait s'en tenir à la rémunération en cours correspondant aux activités réduites<sup>58</sup>.

La C.J.U.E. a décidé, dans le cadre du congé parental, que l'accord-cadre sur le congé parental s'oppose à ce que, en cas de résiliation unilatérale du contrat d'un travailleur engagé à temps plein mais qui bénéficie d'un congé parental à temps partiel, l'indemnité versée soit calculée sur la base de la rémunération perçue au moment de son licenciement<sup>59</sup> parce que le but est de garantir le maintien des droits préexistants du travailleur durant le congé parental et jusqu'à sa fin.

Il n'en va pas nécessairement de même dans toutes les hypothèses de réduction de travail.

A la suite de cet arrêt, la Cour constitutionnelle a été saisie par le tribunal du travail de Bruxelles, la Cour du travail de Gand et le tribunal du travail de Courtrai de la question de savoir si la personne qui bénéficie d'un crédit-temps<sup>60</sup> (ou d'une interruption de carrière) peut voir traiter son cas différemment.

Lorsque les parties conviennent d'une réduction conformément à l'accord-cadre, l'indemnité doit être calculée sur la base de la rémunération en cours interprétée comme étant celle correspondant à des prestations non réduites. La question reste

---

<sup>58</sup> Dans le cadre du crédit-temps, voir C. Const., n°77/08, 8 mai 2008 ; C. Const., n°51/08, J.T.T., 2008, p.149

Dans le cadre du congé parental : Cass., 25 février 2008, J.T.T., 2008, p.152.

<sup>59</sup> C.J.U.E., C-116/08, 22 octobre 2009, J.T.T., 2010, p.52 et Chron.D.S., 2010, p.361. Voir à la suite de cet arrêt : Cass., 15 février 2010, Pas., 2010, p.460.

<sup>60</sup> Question n°5053, M.B. du 3 janvier 2011, p.27 ; question n°5053, M.B. du 10 mars 2011, p.15920 et question n°5109, M.B. du 31 mars 2011, p.21418.

ouverte<sup>61</sup> dans le cadre d'autres législations du type de celles qui traitent du crédit-temps ou de l'interruption de carrière.

La Cour Constitutionnelle a également considéré que l'article 39 de la loi viole les articles 10 et 11 de la Constitution s'il fallait l'interpréter comme autorisant le calcul de l'indemnité sur la base de la rémunération en cours pour les prestations réduites en présence d'un travailleur autorisé par le médecin-conseil à reprendre le travail à temps partiel<sup>62</sup>.

Lorsque le contrat fait l'objet d'une réduction volontaire des prestations, il faut par contre calculer la rémunération en cours sur la base des prestations effectives au jour du congé<sup>63</sup> ou, éventuellement, sur la base de la rémunération convenue et donc en fonction des prestations telles qu'elles auraient été accomplies si la réduction des prestations allait avec certitude prendre fin en cours de la période couverte par le préavis ou l'indemnité compensatoire<sup>64</sup>.

Il importe peu à cet égard que la réduction volontaire succède à un congé parental ou à une interruption de carrière.

Son application en l'espèce.

L'appelante et le C. ont convenu d'une réduction temporaire renouvelée d'année en année depuis le 21 décembre 1995 (motivée par le fait que l'appelante doit s'occuper d'un enfant autiste) et l'appelante est placée en non-activité de service pour le mi-temps non presté. Le contrat à temps plein est susceptible d'être réactivé moyennant un préavis d'un mois.

Cela traduit clairement la volonté des parties de ne pas rémunérer l'appelante pour ce mi-temps. La demande de prolongation de cette formule introduite par l'appelante en novembre 2008 a été acceptée par le C. qui a rédigé un avenant en ce sens, avenant que l'appelante ne semble pas avoir retourné, ce qui est sans incidence dès lors que l'accord des parties est acquis par l'échange de courriers intervenu entre elles.

L'indemnité doit donc se calculer sur la base du temps partiel tel qu'il aurait été presté si les parties avaient pu poursuivre dans les mêmes conditions leur relation de travail. Rien n'indique que l'appelante avait l'intention de reprendre le travail à temps plein (ce qu'elle ne soutient du reste pas), la situation familiale étant restée la même depuis l'interruption jusqu'au jour du congé, et même encore depuis lors.

Dans ces conditions, il faut calculer l'indemnité sur la base des prestations en cours et donc d'un mi-temps.

---

<sup>61</sup> Voir les questions posées ci-dessus et Cour trav. Bruxelles, 19 mars 2010., J.T.T., 2010, p.227 ainsi que A.-L. ROTY, « Evolution de la jurisprudence en matière d'interruption de carrière », J.T.T., 2011, p.17.

<sup>62</sup> Cour Const., n°89/09, 28 mai 2009, J.T.T., 2009, p.252 et Chron.D.S., 2010, p.403.

<sup>63</sup> Cour trav. Bruxelles, 21 avril 2010, J.T.T., 2010, p.314.

<sup>64</sup> Voir note sous Cour trav. Bruxelles, 16 novembre 2004, Chron.D.S., 2005, p.234.

6.2.4. La durée du préavis et le montant de l'indemnité revenant à l'appelante.

Le préavis convenable.

L'ancienneté de l'appelante est de 18 ans et 9 mois. Sa rémunération s'élève à 37.515,16 € et elle a exercé la fonction d'auxiliaire sanitaire. Elle est âgée de 47 ans au jour de la rupture.

C'est à raison que le tribunal a retenu un préavis d'une durée de 18 mois en tenant compte de ces divers éléments et des possibilités de retrouver un emploi équivalent.

Le montant de l'indemnité.

L'indemnité s'élève à  $37.515,16 \text{ €} : 2 \times 18/12 = 28136,37 \text{ €}$ .

L'appel est à cet égard très partiellement fondé.

6.3. La rémunération perdue ou le droit à des dommages et intérêts correspondants.

La demande.

L'appelante entend bénéficier du droit à la rémunération couvrant la période allant du 2 juin 2009 au 16 (lire 15) juillet 2009, la rupture du contrat étant intervenue le 16 juillet. A titre subsidiaire, elle demande l'équivalent sous forme de dommages et intérêts.

Les textes.

La loi du 12 avril 1965 concernant la protection de la rémunération des travailleurs définit en son article 2 la notion de rémunération comme étant le salaire en espèces auquel le travailleur a droit à charge de l'employeur en raison de son engagement.

Selon l'article 20 de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail,

L'employeur a l'obligation

1° de faire travailler le travailleur dans les conditions, au temps et au lieu convenus, notamment en mettant à sa disposition, s'il y échet et sauf stipulation contraire, l'aide, les instruments et les matières nécessaires à l'accomplissement du travail ;

[..1

3° de payer la rémunération aux conditions, au temps et au lieu convenus »

Leur interprétation.

La rémunération est la contrepartie de l'exécution du contrat.

Hormis les exceptions légales (notamment le salaire garanti) ou contractuelles dérogatoires, elle n'est pas due en l'absence de prestations<sup>65</sup>.

Il a été jugé qu'il n'existe aucune disposition légale qui oblige un employeur à payer la rémunération d'un travailleur pour les jours non prestés entre le moment où le médecin du travail communique au travailleur sa proposition de changement définitif de fonction et la décision subséquente en ce sens. Il n'y a pas non plus de droit à la rémunération pour les jours non travaillés après la décision du médecin du travail<sup>66</sup>.

Par contre lorsque l'employeur manque à son obligation de faire travailler ou s'il commet une faute, il peut engager sa responsabilité. En ce cas, le travailleur peut revendiquer l'octroi de dommages et intérêts à charge pour lui d'établir la faute, le dommage et le lien de causalité.

Leur application en l'espèce.

Durant la période visée, l'appelante n'a pas travaillé. Elle ne peut donc prétendre au paiement de la rémunération.

L'appelante soutient qu'elle n'aurait pas pu bénéficier des allocations de chômage dès lors que le contrat n'était pas rompu. Elle conteste avoir contribué elle-même à son dommage.

Cette affirmation est erronée. La décision prise par le médecin-conseil et notifiée à l'appelante le 15 mai 2009 décidant de la fin de l'indemnisation au 2 juin 2009 contient la mention selon laquelle l'assurée sociale doit reprendre le travail ou s'inscrire à l'O.. et que si elle n'est pas d'accord avec la décision, elle doit introduire un recours et s'inscrire à l'O..

Il lui suffisait d'introduire via son organisme de paiement un C109 conformément aux dispositions de l'article 87, 8° de l'arrêté ministériel du 26 novembre 1991 portant les modalités d'application de la réglementation du chômage.

Elle aurait été indemnisée dans le cadre d'un chômage temporaire pour la période prenant cours à la fin de la prise en charge par l'organisme assureur et se terminant au jour de la rupture du contrat.

L'employeur n'a aucune obligation de délivrance de document de chômage et dès lors aucune faute ne peut lui être imputée. Il est certes regrettable que l'appelante n'ait pas obtenu les informations et ait été laissée dans l'incertitude mais il n'est pas établi non plus que le C. savait comment l'appelante devait agir et ait été en mesure de donner le conseil adéquat.

Il n'avait pas l'obligation de faire travailler l'appelante avant l'issue de la procédure et la décision du conseiller en prévention. Il ne pouvait pas la laisser prester dans un

---

<sup>65</sup> Cass., 3 octobre 2005, Chron.D.S., 2007, p.134 ; Cass., 8 mars 1999, Chron.D.S., 2000, p.65 ; Cass., 26 avril 1993, il:T., 1993, p.260 ; Cass., 18 janvier 1993, Pas., 1993, p.61 et Chron.D.S., 1993, p. 233 ; Cass., 16 mars 1992, Chron.D.S., 1992, p.300 et J.T.T., 1992, p.218 ; Cass., 24 décembre 1979, Pas., 1980, p.501 et Cass., 9 octobre 1978, Pas., 1979, p.174.

<sup>66</sup> Cour trav. Anvers, 27 octobre 2006, Chron.D.S., 2008, p.161

emploi pour lequel le médecin- conseil puis le conseiller en prévention ont estimé, à tort ou à raison, qu'elle n'était plus apte.

La rémunération n'est pas due et la responsabilité du C. n'est pas établie.

#### 6.4. Le dommage lié à la remise tardive et erronée d'un C4.

Dès lors que la rupture a eu légalement lieu non pas le 2 juin mais le 16 juillet, le C4 a été remis dans les délais et l'appelante qui a introduit un recours devant le tribunal peut faire valoir cet élément nouveau.

Elle devrait percevoir ses allocations, sous la réserve supplémentaire qu'un droit à une indemnité compensatoire de préavis lui est reconnu et que cette indemnité n'est pas cumulable (ou compte tenu de ce qu'elle porte sur un temps partiel pas intégralement cumulable) avec les allocations de chômage.

En l'absence de faute et de dommage, il ne peut y avoir engagement de la responsabilité.

#### 6.5. L'abus de droit de rupture.

En droit

Si l'ouvrier peut en cas de licenciement se prévaloir d'une présomption du caractère abusif de celui-ci et voit en outre la hauteur de son dommage être fixée forfaitairement, l'employé, par contre, doit non seulement établir l'existence d'une faute dans le chef de son employeur mais également un dommage spécifique<sup>67</sup> et un lien de causalité entre la faute et le dommage.

L'indemnité compensatoire de préavis couvre de manière forfaitaire l'intégralité du dommage matériel et moral qui découle de la rupture irrégulière<sup>68</sup>.

« L'employé licencié qui se prétend victime d'un licenciement abusif ne saurait se contenter d'invoquer que celui-ci s'appuie sur des motifs non avérés, voire des motifs inexistant, mais doit apporter la preuve certaine que l'acte juridique qu'est la rupture est concrètement constitutif d'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 d'un préjudice distinct de celui que répare forfaitairement l'indemnité compensatoire »<sup>69</sup>.

---

<sup>67</sup> Cf. Cass., 19 février 1975, Pas., I, p. 622

<sup>68</sup> Cass. 7 mai 2001, J.T.T., 2001, p.410, obs. Cl. WANTIEZ, « Le caractère forfaitaire de l'indemnité de préavis -- La portée de l'interruption de la prescription ».

<sup>69</sup> Cour trav. Mons, 3e ch.. 10 septembre 1992, R.G. n°8317 et 21 avril 1994, J.L.M.B., 1994, p. 1409.

« Le caractère abusif du licenciement d'un employé ne se déduit ni de l'absence de motivation de celui-ci, ni, le cas échéant, de l'inexactitude du motif invoqué »<sup>70</sup> mais « des circonstances dans lesquelles il intervient »<sup>71</sup>.

Les critères permettant de considérer comme abusif le licenciement pour motif grave d'un employé ont été sériés comme suit : l'intention de nuire, l'absence de motif légitime (un licenciement pour un motif futile), un détournement de la finalité économique et sociale du droit (mesures de représailles à l'égard d'une revendication légitime), les circonstances qui entourent le licenciement (doute sur l'honnêteté et la moralité du travailleur<sup>72</sup>, publicité donnée au congé portant à la connaissance du personnel la raison invoquée pour mettre fin au contrat<sup>73</sup>), l'exercice déraisonnable du droit, le critère de proportionnalité<sup>74</sup> et enfin le non-respect d'une procédure de licenciement<sup>75</sup>.

Il est de jurisprudence constante que l'employeur est seul juge des nécessités de l'entreprise, les tribunaux n'ayant pas à s'immiscer dans la gestion de celle-ci<sup>76</sup>.

En l'espèce.

L'appelante fonde sa demande sur l'inertie du C., dans l'absence de recherche contradictoire d'un poste de travail adapté malgré son ancienneté et le fait que l'incapacité est due à un accident de travail, sur l'absence de rémunération couvrant la période allant du 2 juin au 16 juillet (cf. supra sous 6.3.) et sur la délivrance tardive du C4 (cf. supra sous 6.4). Il a été répondu ci-dessus à deux des griefs formulés.

Il est pour le surplus un fait avéré (cf. supra sous 6.1.1.) que tant le conseiller en prévention que le C. n'ont pas tout mis en oeuvre pour soit trouver un poste équivalent adapté, soit chercher à reclasser l'appelante avant de la licencier.

Ce faisant, le C. a commis une faute qui engage sa responsabilité.

Le dommage non réparé par l'indemnité compensatoire de préavis est un dommage moral lié au manque de considération et de respect des procédures alors que

---

<sup>70</sup> Cour trav. Bruxelles, 21 avril 1993, J.T.T., 1994, p. 82.

<sup>71</sup> Cour trav. Liège, 4e ch., 3 novembre 1994, R.G. n°21.484.

<sup>72</sup> Cass., 12 décembre 2005, Chron.D.S., 2007, p.38, obs. H. FUNCK.

<sup>73</sup> Cour trav. Liège, sect. Namur, 13e ch., 26 juin 2007, R.G. n°8.215/06.

<sup>74</sup> Cour trav. Liège, sect. Namur. 23 novembre 2004, R.G. n°6521/99 : le pourvoi dirigé contre cet arrêt a été rejeté par Cass., 12 décembre 2005, Chron.D.S., 2007, p.38, obs. H. FUNCK. Voir également : V. VANNES, « Le licenciement pour motif grave et l'abus du droit de licencier — Un arrêt de la Cour de cassation du 12 décembre 2005 ou une nouvelle envolée de la théorie de l'abus de droit appliquée à la rupture du contrat de travail », in *Le licenciement abusif*(C.-E. CLESSE et S. GILSON, dir.), Anthémis. 2009, p.125

<sup>75</sup> Cf. V. VANNES, « La sanction du motif grave irrégulier au regard de la théorie de l'abus de droit », Journée d'études 'Le contrat de travail 1978-1998', 31 mars 1998, Sémin. Propel, pp. 16 à 20 ; Cour trav. Liège, 3e ch., 18 décembre 1998, R.G. n°26.894 ; Cour trav. Liège, sect. Namur, 13e ch., 14 juillet 2003, R.G. n°7057/2001.

<sup>76</sup> Cour trav. Liège, 19 novembre 1996, Chron.D.S., 1998, p. 67 ; Cour trav. Liège, sect. Namur, 12e ch., 19 avril 1999, R.G. n°5498 ; Cour trav. Mons, 23 décembre 1994, J.L.IVIB., 1996, p. 1422 et J.T. T., 1995, p. 141.

l'appelante a subi une incapacité à la suite d'un accident du travail et que le C. ne peut ignorer la situation familiale de l'appelante qui doit s'occuper d'un enfant autiste.

La Cour évalue ce dommage à la somme de 1.000 €.

#### 6.6. Les dépens.

Devant le premier juge, l'appelante a chiffré l'indemnité de procédure à 3.000 €, indemnité que le premier juge a réduite à 2.000 € sans explication.

L'indemnité de procédure de base s'élève à 3.000 € devant le tribunal et à 3.300 € (indexation) devant la Cour.

L'appelante succombe partiellement dans son action.

Dans ces conditions, il y a lieu de lui délaisser un tiers de ses dépens.

#### INDICATIONS DE PROCÉDURE

Vu les pièces du dossier de la procédure et notamment le jugement contradictoirement rendu le 13 décembre 2010 par la 2ème chambre du tribunal du travail de Namur (R.G. n°10/216/A),

Vu l'appel formé par requête déposée au greffe de la Cour du travail le 24 janvier 2011 et régulièrement notifiée à la partie adverse le jour même,

Vu l'ordonnance rendue le 15 février 2011 sur la base de l'article 747 du Code judiciaire aménageant les délais pour conclure et fixant la date de plaidoiries au 27 septembre 2011,

Vu les conclusions principales et de synthèse de l'appelante reçues au greffe respectivement les 17 mai et 5 juillet 2011,

Vu les conclusions principales et de synthèse de l'intimé reçues au greffe respectivement les 14 avril, 16 juin (avec un dossier) et 18 août 2011,

Vu les dossiers déposés par les parties à l'audience du 27 septembre 2011 à laquelle elles ont été entendues en l'exposé de leurs moyens.

#### DISPOSITIF

PAR CES MOTIFS,

LA COUR,

après en avoir délibéré,

statuant publiquement et contradictoirement,

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

reçoit les appels principal et incident,

déclare l'appel principal partiellement fondé et l'appel incident non fondé,

confirme le jugement dont appel sous les émendations suivantes :

1. l'indemnité compensatoire de préavis de 18 mois est portée à 28.136,37 € bruts,

2. l'appelante est en droit de prétendre à une indemnité pour abus de droit de licenciement d'un montant brut de 1.000 €, majorée des intérêts légaux depuis le 16 juillet 2009,

liquide les indemnités de procédure revenant en instance et en appel à l'appelante à 3.000 et 3.300 €,

condamne l'intimé aux deux tiers des dépens d'instance et d'appel liquidés jusqu'ores à 6.442,20 € en ce qui concerne l'appelante et délaisse à l'appelante le surplus de ses dépens.

Ainsi arrêté par

M. Michel DUMONT, Président,  
M. Thierry TOUSSAINT, Conseiller social au titre d'employeur,  
M. Jacques WILLOT, Conseiller social au titre d'employé,  
qui ont assisté aux débats de la cause,  
assistés lors de la signature de M. Frédéric ALEXIS, Greffier,  
qui signent ci-dessous

Le Greffier

Les Conseillers sociaux

Le Président

et prononcé en langue française, à l'audience publique de la TREIZIEME CHAMBRE de la COUR DU TRAVAIL DE LIEGE, section de Namur, au palais de justice de NAMUR, Place du Palais de Justice, 5, le VINGT-CINQ OCTOBRE DEUX MILLE ONZE par le Président et le Greffier.

Le Greffier

Le Président

M. Frédéric ALEXIS

M. Michel DUMONT