

TRIBUNAL DU TRAVAIL DU HAINAUT DU 11 DECEMBRE 2023

Division de Mons

La 4^{ème} chambre du tribunal du travail du Hainaut, division de Mons, après en avoir délibéré, a rendu le jugement suivant :

EN CAUSE DE :

Madame V. V. (RN n°....), domicilié à (...),

PARTIE DEMANDERESSE

Comparaissant par son conseil, Maître Amélie DE BONHOMME, avocate remplaçant Maître Olivier HABRAN, avocat à Tertre ;

CONTRE

La SA OTW, [BCE .), dont le siège est sis à (...),

PARTIE DEFENDERESSE,

Comparaissant par son conseil, Maître PHILIPPE, loco Maître Pierre PICHAULT, avocat à Liège.

1. Procédure

Le dossier de la procédure contient, notamment, les pièces suivantes :

- la requête reçue au greffe le 19 août 2022 ;
- l'ordonnance prise le 10 octobre 2022 sur base de l'article 747 § 1 du Code judiciaire, fixant notamment l'audience de plaidoiries au 13 novembre 2023 ;
- les conclusions additionnelles et de synthèse prises au nom de Madame V. reçues au greffe via e-deposit le 12 juin 2023 ;
- les conclusions de synthèse et le dossier de pièces de la SA OTW reçus au greffe via e-deposit le 1^{er} août 2023 ;
- le dossier de pièces de la SA OTW déposé à l'audience publique du 13 novembre 2023.

A l'audience du 13 novembre 2023, le tribunal a procédé, en vain, à la tentative de conciliation prévue par l'article 734 du Code judiciaire, et les conseils des parties ont été entendus en leurs plaidoiries, A l'issue des débats, la cause a été prise en délibéré.

La loi du 15 juin 1935 sur l'emploi des langues en matière judiciaire a été appliquée.

2. Faits pertinents

1. Madame V. est entrée au service de la société T.. Hainaut le 5 novembre 2001 dans le cadre d'un contrat à durée déterminée d'un an (jusqu'au 4 novembre 2002) à temps plein, pour exercer la fonction de e conducteur-receveur d'autobus »¹.

Madame V. et la société T. Hainaut ont conclu un second contrat à durée déterminée, pour la période allant du 5 novembre 2002 au 4 novembre 2003, à temps plein². A partir du 5 novembre 2003, Madame V. a été engagée dans le cadre d'un contrat à durée indéterminée à temps plein³.

Le 1^{er} janvier 2019, la SA OTW a repris les droits et obligations du Groupe T.⁴

Le 9 octobre 2019, les parties ont conclu un avenant au contrat de travail de Madame V. par lequel elles ont prolongé son régime de travail à 4/5^{ème} temps dans le cadre d'un congé sans solde (soit 30,4 heures par semaine) pour une période de 12 mois, du 1^{er} décembre 2019 au 30 novembre 2020⁵ (la date à laquelle Madame V. avait commencé à preste à 4/5e temps ne figure pas dans les pièces produites par les parties).

2. Le 28 juin 2019, la SA OTW a publié un appel à candidatures de « coachs éco-conduite Mons », rédigé en ces termes

« VOTRE FONCTION

Le coaching éco-conduite s'étend à Mons! Après Eugies, le projet éco-conduite continue sa route. Vous êtes un fervent défenseur de l'environnement ? Vous êtes convaincu que l'éco-conduite permet d'améliorer votre bien-être et de diminuer votre stress? Ce qui suit va vous intéresser.

Nous recherchons quatre coachs pour le secteur de Mons. L'objectif est de rendre l'éco-conduite aussi naturelle que la conduite ! Des conducteurs formés coachent leurs collègues du secteur, les

¹ Pièce 1 du dossier de la SA OTW

² Pièce 1 du dossier de la SA OTW

³ Pièce 1 du dossier de la SA OTW

⁴ Articles 53 et 55 du décret du 29 mars 2018 réformant la gouvernante au sein de la Société régionale wallonne du Transport et modifiant le décret du 21 décembre 1989 relatif au service de transport public de personnes en Région wallonne

⁵ Pièce 1 du dossier de la SA OTW

accompagnent sur leurs trajets et dispensent astuces et bons conseils pour pratiquer l'éco-conduite au quotidien. Une conduite plus souple = moins de stress, davantage de bien-être au travail et de confort pour nos clients. Tout le monde en sort gagnant. Alors pourquoi ne pas tenter le coup?

Un coach, un collègue le point fort du coaching ? Il n'y a aucun lien hiérarchique entre le coach et le conducteur. Il s'agit simplement d'un partage de bonnes pratiques entre collègues pour permettre d'améliorer le confort de travail. Il n'y a pas de rapport transmis à la hiérarchie, ce qui se dit lors d'un accompagnement y reste.

Autre caractéristique, en tant que coach vous restez conducteur dans votre secteur. Vous continuez à exercer votre métier et êtes ponctuellement détachés de votre service pour assurer des journées de coaching. Cela vous permet de rester conscient des difficultés du métier mais aussi de garder une connaissance aigüe des lignes de votre secteur.

CELA VOUS INTERESSE ?

Le présent avis constitue un résumé des informations utiles. Les candidats intéressés obtiendront la documentation complète auprès de leur gestionnaire planning conducteurs. Si après avoir pris connaissance de cette documentation vous souhaitez postuler, merci de transmettre votre dossier de candidature complet (comprenant une lettre de motivation et un curriculum vitae) à votre responsable hiérarchique au plus tard ce 10/09/2019 à 16.00 h. Votre dossier de candidature doit être complet sous réserve de nullité »⁶ (le tribunal souligne).

Le profil requis pour cet appel à candidatures est décrit de la manière suivante :

Les aspects administratifs :

- ° Être conducteur d'autobus à la Direction Hainaut depuis au moins 3 ans.)
- ° Être apte sans restriction, à la conduite d'un autobus avec voyageurs.
- ° Disposer du certificat de sélection médicale valable (excepté les femmes enceintes écartées provisoirement du service), du permis de conduire de la catégorie « D » et du CAP valable.
- ° Ne pas avoir été frappé d'une interdiction judiciaire de conduire un véhicule.

Les aspects comportementaux :

- ° Obtenir un signalement favorable de la hiérarchie.
- ° Ne pas avoir eu d'absence non motivée.
- ° Ne pas avoir été sanctionné d'une peine de suspension de service avec ou sans sursis au cours des 3 dernières années.
- ° Respecter la norme en matière d'absentéisme (moins de 6 périodes - 50 jours pendant les 36 derniers mois).
- ° Ne pas avoir eu un nombre important d'accident de la route.

Les compétences :

Le coach éco-conduite doit en outre,

- ° Faire preuve de serviabilité et de disponibilité
- ° Démontrer d'une sérieuse polyvalence, d'un dynamisme constant, de clairvoyance, et d'autonomie;
- ° Disposer d'un sens de l'organisation et de l'initiative avéré mais aussi d'une capacité certaine à prendre des responsabilités en restant conscient du rôle qu'il a à jouer par rapport à sa structure hiérarchique et ses collègues ;
- ° Démontrer sa capacité à respecter la confidentialité, agir dans la diplomatie, rester maître de lui-même, être patient et aimable avec son entourage professionnel »⁷.

3. Le 2 septembre 2019, Madame V. a posé sa candidature pour le poste de coach éco-conduite⁸.

4. Le 16 octobre 2019, la SA OTW a adressé à Madame V. le courrier ci-après, ayant pour objet « dossier d'absentéisme » :

⁶ Pièce 4 du dossier de la SA OTW

⁷ Pièce 111.1 du dossier de Madame V. et pièce 4 du dossier de la SA OTW

⁸ Pièce 5 du dossier de la SA OTW

« résulte de l'examen de votre dossier que sur la dernière période de 36 mois, vous avez accumulé de nombreux jours d'absence pour maladie et accidents de la vie privée.

La répétition et l'importance de votre absentéisme sont de nature à pénaliser l'organisation et les résultats de T. Direction Hainaut.

Je souhaiterais aborder ce problème avec vous au cours d'un entretien que je vous fixe le 22/10/2019 à 10.00 h au bureau central, (...).

Si à la date indiquée, vous êtes couverte par un certificat médical avec sortie autorisée, vous êtes tenue de vous présenter à ce rendez-vous.

Le présent courrier vous est adressé par la voie hiérarchique »⁹.

5. Le 22 octobre 2019, la SA OTW a adressé à Madame V. un courrier relatif à la réserve de recrutement « coachs éco-conduite secteur Mons » qui précise ce qui suit

« Nous avons bien enregistré votre demande de participation à la sélection de coachs écoconduite pour le secteur Mons.

Nous vous informons que votre candidature n'est pas acceptée pour le motif suivant : plus de 6 périodes et/ou 50 jours d'absence sur les derniers mois.

Comme précisé dans l'avis d'appel à candidature, postuler à la fonction de coach écoconduite ne donne pas lieu à promotion et, à ce titre, aucune demande d'appel ne sera acceptée »¹⁰.

6. Le même jour, Madame V. a été entendue par la SA OTW dans le cadre d'un entretien sur son absentéisme.

7. Le 12 novembre 2019, Madame V. a envoyé à la directrice de la SA OTW un courrier libellé comme suit :

« Suite au courrier reçu ce 23 octobre me stipulant le refus de ma candidature au poste de coach éco conduite secteur de Mons, le refus portant sur le fait que je cumule 6 périodes et/ou 50 Jours d'absences sur les 36 derniers mois.

J'ai été reçue dans vos locaux pour être entendue sur ces faits, explications qui me semble vous ont été convaincantes.

J'ai attendu le PV d'audition qui à ce jour ne m'est pas encore parvenu pour interjeté « appel ». J'ai appris que mes collègues ont été reçus pour la plupart le 7 novembre pour défendre leurs points de vue sur la fonction de coach.

Je souhaite faire appel, en effet, la lettre de refus pour la fonction m'est parvenue le lendemain de ma convocation dans vos locaux.

Les courriers s'étend croisés et le critère d'absentéisme ayant été justifié et accepté, pourriez- vous suite à ces éléments reconsidérer ma candidature.

En effet, cette fonction me semble être intéressante et semble me correspondre. Au vu de la réserve de recrutement et du nombre de candidats ainsi que du nombre d'années me restant prester au sein de l'entreprise, ce recrutement est mu seule chance de faire partie de l'équipe »¹¹ (sic).

8. Le 14 novembre 2019, la SA OTW a adressé à Madame V. un courrier rédigé en ces termes ;

« Vous avez été convoquée, ce 22 octobre 2019, par Madame D., Directrice Opérationnelle de l'Exploitation, afin d'évoquer vos périodes d'absence ces dernières années. Depuis 2017 en effet, vous en êtes à huit périodes pour un total de 111 jours.

Lors de cet entretien, vous avez expliqué avoir subi trois hospitalisations et devoir être opérée dans les mois à venir.

⁹ Pièce 1.1 du dossier de Madame V. et pièce 5 du dossier de la SA OTW

¹⁰ Pièce 1.2 du dossier de Madame V. et pièce 8 du dossier de la SA OTW

¹¹ 1.3 du dossier de Madame V.

Madame D. a pris acte de ces informations que je vous invite à partager avec votre hiérarchie directe désormais. Au fait de votre situation, elle aura en effet un regard plus avisé sur votre dossier »¹².

9. Un échange de correspondances est intervenu entre le Centre interfédéral pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme et les discriminations (ci-après, Unia) et la SA OTW au sujet de la situation de Madame V. Ainsi :

- par courrier 11 février 2020, Unia :
 - O a relevé que le rejet de candidature communiqué à Madame V. en date du 22 octobre 2019 constituait une différence de traitement indirecte fondée sur l'état de santé ;
 - O a demandé à la SA OTW de démontrer en quoi ce rejet de candidature était justifié de manière objective et raisonnable au sens de la loi, compte tenu de de la présomption de discrimination découlant de la différence de traitement indirecte fondée sur l'état de santé¹³.

Un rappel de ce courrier a été envoyé le 16 mars 2020¹⁴

- la SA OTW a répondu à Unia par courrier du 15 avril 2020, précisant notamment que le critère du présentéisme avait été retenu dans le profil des candidats recherchés pour veiller à ce que la continuité du service d'exploitation soit assurée avec le moins de dysfonctionnements possible¹⁵;
- Unia a réécrit à la SA OTW le 16 juillet 2020, exposant notamment que « l'usage du critère de présentéisme dans les pratiques de recrutement interne, basé sur le calcul des périodes et jours d'absentéisme pour raisons médicales, constitue une différence de traitement directe fondée sur l'état de santé et le handicap, qualifiable de discrimination au sens du décret Antidiscrimination »¹⁶, et sollicitant de la part de la SA OTW :
 - o « un changement de pratiques immédiat en matière de recrutement interne, impliquant l'abandon de l'usage du critère de présentéisme dans le processus de décision quant à la recevabilité des candidatures » ;
 - o « une proposition de réparation vis-à-vis de Mme V., en vertu de l'article 19 § 2 2° du décret Antidiscrimination, pour le dommage matériel et moral subi du fait de la discrimination fondée sur son handicap ayant découlé de la mise en oeuvre des pratiques de recrutement en question, dans le cadre du recrutement de coachs écoconduite »¹⁷,
- la SA OTW a répondu à Unia, par un courrier du 9 novembre 2020 qu'elle conclut comme suit¹⁸:
 - o « la législation n'érige pas en discrimination toute différence de traitement sur base de l'état de santé passé » ;
 - o « si vous jugiez qu'il y a là une différence de traitement entre d'une part les travailleurs malades ou souffrant d'un handicap et d'autre part les autres, encore cette différence serait-elle, en l'occurrence, parfaitement justifiée par un objectif légitime ; les moyens de réaliser cet objectif sont par ailleurs tout à fait raisonnables, proportionnés et nécessaires » ;
 - o « Néanmoins, l'OTW a, sans que quiconque puisse y voir une reconnaissance préjudiciable dans son chef, décidé et acte en Commission d'exploitation que, dorénavant, pour les fonctions spécifiques ne donnant pas lieu à promotion, tout postulant s'étant vu refuser sa candidature pour cause d'absentéisme pourra introduire auprès de la Direction de l'exploitation un recours destiné à objectiver cet absentéisme et à vérifier si, in concreto, il est de nature à faire obstacle à la prise des fonctions spécifiques sollicitées ».

10. Par courrier du 18 août 2021, la Service public fédéral Emploi, Travail et Concertation sociale a interpellé la SA OTW en ces termes :

(...)

¹² Pièce 1.4 du dossier de Madame V. et pièce 10 du dossier de la SA OTW

¹³ Pièce II.1 du dossier de Madame V. et pièce 11 du dossier de la SA OTW

¹⁴ Pièce II.2 du dossier de Madame V. et pièce 12 du dossier de la SA OTW

¹⁵ Pièce II.3 du dossier de Madame V. et pièce 13 du dossier de la SA OTW

¹⁶ Pièce II.4 du dossier de Madame V. et pièce 14 du dossier de la SA OTW

¹⁷ Pièce II.4 du dossier de Madame V. et pièce 14 du dossier de la SA OTW

¹⁸ Pièce II 5 du dossier de Madame V. et pièce 15 du dossier de la SA OTW

L'intervention d'Unia visait notamment à obtenir des informations complémentaires relatives à la condition d'absentéisme reprise dans le profil de fonction et plus précisément :

« Respecter la norme en matière d'absentéisme (moins de 6 périodes - 50 jours pendant les 36 derniers mois ».

Néanmoins, en exigeant des conditions d'absentéisme lors du recrutement de coach éco-conduite, il me semble légitime de s'interroger sur les conséquences que cela implique pour des personnes ayant été absentes en raison de leur état de santé au cours de la période de référence indiquée.

En effet, si le TEC écarte une personne en raison de ses absences passées, justifiées par son état de santé passé, cela pourrait sous-entendre qu'il suppose ou craint que ladite personne pourrait être absente à l'avenir et le cas échéant pour des raisons de santé.

(...).

Dans son courrier du 25/02/2021, Unia vous proposait une rencontre destinée à discuter de vos préoccupations relatives à l'ici continuité du service public afin d'y trouver des solutions non discriminatoires.

Dès lors je vous invite à poursuivre la discussion avec Uni^o en vue d'une régularisation de vos pratiques de recrutement/promotion interne et de m'informer des suites que vous avez réservées à ce courrier »¹⁹.

11. La direction des ressources humaines de la SA OTW a rencontré des représentants d'Unia le 27 septembre 2021; suite à cette réunion, Unia a demandé à la SA OTW de lui communiquer :

- ° les documents attestant du changement de pratiques en matière de recrutement ;
- ° une proposition de réparation concernant Madame V²⁰.

Par courrier du 17 mars 2022 adressé à Unia²¹, la SA OTW :

- ° indique avoir « cessé de prendre en considération, à l'occasion des procédures internes de recrutement, l'absentéisme justifié, comme éventuelle condition de recevabilité à l'une ou l'autre candidature » ;
- ° conteste l'existence d'un traitement discriminatoire fondé sur le handicap de Madame V..

12. C'est dans ce contexte que Madame V. a introduit la présente procédure, par requête reçue au greffe le 19 août 2022.

3. Objet de la demande

Aux termes de ses conclusions additionnelles et de synthèse, Madame V. sollicite la condamnation de la SA OTW :

- à lui payer une indemnité égale à 6 mois de rémunération, évaluée à 15.000 € bruts provisionnels, à titre de dommages et intérêts pour traitement discriminatoire ;
- à produire les fiches de paie permettant d'établir la rémunération de référence à prendre en considération pour chiffrer avec précision cette indemnité égale à 6 mois²².

En outre, Madame V. sollicite la condamnation de la SA OTW aux frais et dépens de l'instance.

¹⁹ Pièce 18 du dossier de la SA OTW

²⁰ Pièce 11.9 du dossier de Madame V. et pièce 20 du dossier de la SA OTW.

²¹ Pièce 11.10 du dossier de Madame V. et pièce 21 du dossier de la SA OTW

²² En termes de requête, Madame V. sollicitait également la condamnation de la Sa OTW à lui payer :

- 1€ brut provisionnel à titre de dommages et intérêts pour préjudice ;
- les intérêts légaux et judiciaires sur les postes susmentionnés ;
- 1€ brut provisionnel à titre d'arriérés de rémunération, éco-chèques, prime de fin d'année, et tout autre montant dû en raison de l'existence du contrat de travail ou de la rupture de celui-ci.

Ces chefs de demande n'étant pas repris au disposition de ses conclusions additionnelles et de synthèse, le tribunal ne les examine pas

4. Discussion

4.1. Indemnité pour traitement discriminatoire sur base de l'état de santé

4.1.1. Principes

13. La Directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail a pour objet, aux termes de son article 1^{er}, d'établir un cadre général pour lutter contre la discrimination fondée sur la religion ou les convictions, le handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle, en ce qui concerne l'emploi et le travail, en vue de mettre en oeuvre, dans les États membres, le principe de l'égalité de traitement.

14. La Belgique a transposé cette Directive par l'adoption de la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination.

L'objectif de cette loi est de créer un cadre général pour lutter contre la discrimination dans le cadre de relations de travail en ce compris le licenciement -, tant dans le secteur public que privé.

15. Cette loi interdit toute forme de discrimination fondée sur l'un des critères protégés— à savoir l'âge, l'orientation sexuelle, l'état civil, la naissance, la fortune, la conviction religieuse ou philosophique, la conviction politique, la conviction syndicale, la langue, l'état de santé actuel ou futur²³, un handicap, une caractéristique physique ou génétique, l'origine sociale²⁴ -, l'article 14 précisant que « la discrimination s'entend de :

- la discrimination directe ;
- la discrimination indirecte ;
- l'injonction de discriminer;
- le harcèlement;
- un refus de mettre en place des aménagements raisonnables en faveur d'une personne handicapée».

16. La loi différencie, en son article 4, 6° à 9°, la « distinction » de la « discrimination », qui est une distinction qui ne peut être justifiée. Ces notions sont définies comme suit :

« 6° distinction directe : la situation qui se produit lorsque sur la base de l'un des critères protégés, une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre personne ne l'est, ne l'a été ou ne le serait dans une situation comparable;

7° discrimination directe : distinction directe, fondée sur l'un des critères protégés, qui ne peut être justifiée sur la base des dispositions du titre II;

8° distinction indirecte : la situation qui se produit lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre est susceptible d'entraîner, par rapport à d'autres personnes, un désavantage particulier pour des personnes caractérisées par l'un des critères protégés;

9° discrimination indirecte : distinction indirecte fondée sur l'un des critères protégés, qui ne peut être justifiée sur la base des dispositions du titre II ».

17. L'article 7 de la loi du 10 mai 2007 précise dans quelle mesure une distinction directe peut être justifiée, et ne pas constituer une discrimination : « Toute distinction directe fondée sur l'un des critères protégés constitue une discrimination directe, à moins que cette distinction directe ne soit objectivement justifiée par un but légitime et que les moyens de réaliser ce but soient appropriés et nécessaires ». En outre, l'article 9 de la loi du 10 mai 2007, qui concerne la justification d'une distinction indirecte, précise

²³ Depuis le 27 octobre 2022, il s'agit de l'état de santé (sans limitation quant au fait qu'il doive être actuel ou futur).

²⁴ Article 4, 4° de la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination

ce qui suit : « Toute distinction indirecte fondée sur l'un des critères protégés constitue une discrimination indirecte,

- à moins que la disposition, le critère ou la pratique apparemment neutre qui est au fondement de cette distinction indirecte soit objectivement justifié par un but légitime et que les moyens de réaliser ce but soient appropriés et nécessaires (...) ».

18. Enfin, l'article 28 § 1 de la loi du 10 mai 2007 organise un partage de la charge de la preuve entre parties :

- il appartient dans un premier temps au demandeur d'invoquer des faits permettant de présumer l'existence d'une discrimination fondée sur l'un des critères protégés ;
- si de tels faits sont invoqués, il appartiendra alors au défendeur de prouver qu'il n'y a pas eu discrimination.

A ce sujet, il faut encore préciser que l'article 28 g 2 et 3 de la loi stipule ce qui suit :

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

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

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

§ 3. Parfaits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination indirecte fondée sur un critère protégé, sont compris, entre autres, mais pas exclusivement :

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

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

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

19, Jusqu'au 26 octobre 2022, le cadre créé par la loi du 10 mai 2007 pour lutter contre la discrimination ne s'appliquait, en ce qui concerne l'état de santé, qu'à la discrimination fondée sur l'état de santé actuel ou futur. Le tribunal estime toutefois, à la suite de la doctrine, qu'une distinction fondée sur l'état de santé passé du travailleur est visée par la loi du 10 mai 2007, dès lors qu'elle peut être rattachée à des appréhensions de l'employeur quant à l'état de santé actuel ou futur du travailleur²⁵.

La Cour du travail de Mons a ainsi décidé ce qui suit, dans un arrêt du 23 septembre 2022 :

« Même si la loi ne définit pas ce qu'il convient d'entendre par « état de santé actuel ou futur », ses termes sont clairs : la notion couvre « tous les éléments relatifs à l'état de santé du travailleur au moment de la mesure litigieuse et dans le futur par rapport à ce moment » et s'oppose à l'état de santé passé (voir à ce sujet : CT Bruxelles, 09/01/2019, RG 2016/A8/380).

(...)

Au demeurant, s'il n'est a priori pas faux de souligner, (...), que par les mots « état de santé actuel ou futur », le législateur a voulu viser les tests génétiques prévisionnels et d'autres tests médicaux prédictifs (voir en ce sens : Doc. pari., Sénat, session extraordinaire 1999, n° 2, 12/1, p.2 et H, □UNCK, « Licenciement en cas d'absence au travail pour incapacité résultant d'une maladie ou d'un accident : une discrimination en raison de « l'état de santé actuel ou futur » ? in Chr. D.S., 2022/1, p.3 et ss), il n'en demeure, toutefois, pas moins qu'il est, par contre, réducteur et contraire au sens clair de ces mots d'en déduire qu'il n'y aurait pas de place pour d'autres applications : en effet, lors de la discussion en commission du Sénat, un membre a fait remarquer ce qui suit « De plus, les tests génétiques prédictifs ne sont pas la seule manière d'envisager l'état de santé futur ». L'auteur principal de la proposition de la loi, à savoir le sénateur MAI-TOUX a déclaré « se rallier à cette dernière observation » reconnaissant «

²⁵ A. Mortier et M. Simon, « Licencié en raison des absences médicales passées : une discrimination ? » J.T.T., 2018, p.84

qu'il ne s'agissait que d'un exemple » (Doc. pari., Sénat, session 2001-2002, n° 2, 12/15, p. 107) (voyez aussi : C.T. Bruxelles, 12/04/2021, RG 2018/AB/443, inédit).

Très clairement, (...) un licenciement intervenant dans les jours suivant une reprise de travail suite à une longue maladie peut être considéré comme lié à l'état de santé actuel du travailleur et une distinction fondée sur l'état de santé passé du travailleur est visée par la loi du 10 mai 2007 dès lors qu'elle peut être rattachée à des appréhensions de l'employeur quant à son état de santé actuel ou futur. Ainsi, un licenciement motivé par des absences médicales passées du travailleur est intrinsèquement lié à des inquiétudes quant à son état de santé actuel ou futur et, partant, au critère expressément protégé de « l'état de santé actuel ou futur » (A. MORTIER et M. SIMON, « Licencié en raison des absences médicales passées : une discrimination ? », JTT, 2018, pp. 84 et 85, n° 10 à 13) »²⁶,

Ainsi que l'écrivent A. Mortier et M. Simon (cités dans l'arrêt de la Cour du travail de Mons ci-dessus),

« lorsqu'un licenciement est fondé sur les absences médicales du travailleur et intervient pendant l'une de ces absences, il est de facto en relation avec l'état de santé actuel qui est un critère protégé. (...)

C'est donc en premier lieu la victime qui intervient en vue de démontrer les faits qui vont permettre de présumer *prima facie* l'existence d'une discrimination. Si les faits à rapporter par le plaignant peuvent être « de toute nature »²⁷, la Cour constitutionnelle a eu l'occasion de souligner qu'ils devaient être « suffisamment graves et pertinents » et imputables « spécifiquement à l'auteur de la distinction »²⁸.

(...)

En pratique, les situations de distinctions directes rencontrées dans la jurisprudence peuvent être schématiquement classées en deux catégories (...).

Premièrement, le traitement défavorable est ouvertement fondé sur le critère protégé de l'état de santé actuel ou futur ou un élément qui y est indissociablement lié (le cas échéant accompagné d'autres motifs non protégés). Tel est le cas lorsqu'un licenciement est justifié par les nombreuses absences²⁹ ou l'absence de longue durée³⁰ d'un travailleur (couplées, le cas échéant, à leur impact négatif sur l'organisation de l'entreprise)³¹(...). Lorsque cette motivation ressort d'un document exprès (lettre de motivation du licenciement ou C4, par exemple), ou constitue une donnée communément admise par les deux parties, une telle situation mène au constat d'une distinction directe, sans grandes difficultés probatoires pour la victime puisque, comme exposé ci-dessus (...), un licenciement motivé par les absences médicales passées du travailleur est, en règle, intrinsèquement lié à des inquiétudes quant à son état de santé actuel ou futur. La charge de la preuve revient alors directement à l'employeur, à qui il appartient alors d'établir une justification appropriée (...) ³².

20. Ce raisonnement peut également être appliqué à une mesure autre que licenciement, intervenant dans le cadre des relations de travail.

4.1.2 Application aux faits

21. Madame V. fait valoir que le rejet de sa candidature au poste de coach éco-conduite est fondé sur son état de santé actuel ou futur, de sorte qu'elle estime avoir fait l'objet d'une discrimination sur cette base.

²⁶ C.T. Mons, 23 septembre 2022, R.G. n°2021/AM/102, consultable sur www.terralaboris.be

²⁷ Projet de loi, Doc. pari., Chambre, sess. ord. 2006-2007, n° 2722/1, p. 35

²⁸ C. Const., 12 février 2009, n° 17/2009, B.93.3 ; C. Const., 11 mars 2009, n° 39/2009, B.52.

²⁹ CT. Anvers, 6 juin 2017, RG n° 2015/AA/557, www.unia.be

³⁰ T.T. Gand, 25 octobre 2016, RG inconnu, www.unia.be

³¹ Dans un sens divergent, voy. T.T. Bruxelles, 13 juin 2016, J.T. T., 2018, p. 10, note A. Maes

³² A. Mortier et M. Simon, « Licencié en raison des absences médicales passées : une discrimination ? », J.T. T., 2018, pp. 85-87

22. Conformément à l'article 28 de la loi du 10 mai 2007, il lui appartient dans un premier temps d'invoquer des faits permettant de présumer l'existence d'une discrimination fondée sur l'un des critères protégés - en l'espèce son état de santé actuel ou futur.

23. La candidature de Madame V. a été refusée exclusivement en raison de ses absences passées, le courrier du 22 octobre 2019 par lequel la SA OTW l'informe que sa candidature n'est pas acceptée mentionnant expressément à titre de motif tt plus de 6 périodes et/ou 50 jours d'absence sur les 36 dernier mois »³³.

Pour rappel, bien que le cadre créé par la loi du 10 mai 2007 pour lutter contre la discrimination ne s'applique, en ce qui concerne l'état de santé, qu'à la discrimination fondée sur l'état de santé actuel ou futur, le tribunal estime qu'une distinction fondée sur l'état de santé passé est liée à des inquiétudes au sujet de l'état de santé actuel ou futur et est dès lors visée par la loi³⁴.

L'article 28 § 1" de la loi du 10 mai 2007 stipule que lorsqu'une personne qui s'estime victime d'une discrimination invoque devant la juridiction compétente des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination fondée sur un ou plusieurs des critères protégés, il incombe au défendeur de prouver qu'il n'y a pas eu de discrimination ; conformément à l'article 28 § 3, 2° de la loi, l'utilisation d'un critère de distinction intrinsèquement suspect est un fait qui permet de présumer l'existence d'une discrimination indirecte fondée sur un critère protégé.

La Cour constitutionnelle a décidé que « Les faits allégués par la personne qui s'estime victime d'une discrimination (...) ne bénéficient pas en soi d'une force probante particulière. Le juge doit apprécier, conformément aux règles du droit commun, l'exactitude des éléments qui lui seront soumis. (...) Le juge conserve en outre la nécessaire liberté d'appréciation. Au cours des travaux préparatoires, il a été déclaré à ce sujet : « il appartient au juge de déterminer, sur la base des données qui lui sont présentées, si, dans une situation particulière, il y a ou non présomption de discrimination directe ou indirecte. Il peut ensuite décider d'autoriser ou non un renversement ou un glissement de la charge de la preuve » (Doc. pari., Chambre, 2006-2007, DOC 51-2720/009, p.70) »³⁵.

Le tribunal estime en l'espèce que le critère du nombre de jours ou de périodes d'absences au cours des 36 mois précédant la candidature, sur base duquel Madame V. n'a pas été retenue pour le poste de coach éco-conduite, est intrinsèquement suspect et permet de présumer l'existence d'une discrimination indirecte fondée sur un critère protégé, conformément à l'article 28 § 3, 2° de la loi du 10 mai 2007.

24. Pour le surplus, la SA OTW savait que les absences de Madame V. étaient principalement liées à son état de santé

- le 16 octobre 2019, Madame V. a été convoquée à un entretien sur son absentéisme, par un courrier qui relève que «sur la dernière période de 36 mois, vous avez accumulé de nombreux jours d'absence pour maladie et accidents de la vie privée » ;
- le 22 octobre 2019, soit le jour où la SA OTW a communiqué sa décision quant au rejet de sa candidature, Madame V. a été entendue sur son absentéisme (suite à la convocation du 16 octobre 2019). Au cours de cet entretien, les absences pour maladie et différentes périodes d'hospitalisation de Madame V. ont été évoquées, et Madame V. a précisé devoir être opérée dans les mois à venir, ainsi qu'il ressort du courrier de la SA OTW du 14 novembre 2019.

Il résulte de ce qui précède que :

- ° les absences de Madame V., invoquées par la SA OTW à titre de motif de rejet de sa candidature, sont principalement d'ordre médical et sont donc directement en relation avec son état de santé;

³³ Pièce 8 du dossier de la SA OTW

³⁴ Dans le même sens : C.T. Mons, 23 septembre 2022, R.G. n°2021/AM/102, consultable sur www.terralaboris.be ; A. Mortier et M. Simon, t(Licencier en raison des absences médicales passées : une discrimination ? », J,T, T., 2018, p. 84

³⁵ C. Coast., arrêt n° 39/2009 du 11 mars 2009, disponible sur www.const-court.be

- ainsi que la SA OTW le reconnaît en termes de conclusions, elle était au courant du fait que Madame V. avait des problèmes de santé ; à la date de la notification à Madame V. du rejet de sa candidature, la SA OTW était également informée qu'elle devait prochainement subir une opération.

Les faits ci-avant, pris ensemble, permettent également de présumer l'existence d'une discrimination fondée sur l'état de santé actuel ou futur de Madame V., compte tenu du fait que, en ce qu'il est fondé sur des absences médicales passées, le rejet de sa candidature est intrinsèquement lié à des inquiétudes quant à l'état de santé actuel ou futur de Madame V.³⁶.

25. Enfin, le suivi systématique effectué par la SA OTW sur la problématique de l'absentéisme de ses travailleurs n'est pas déterminant et n'est pas de nature à remettre en cause la présomption de l'existence d'une discrimination,

26. Il résulte de ce qui précède que Madame V. rapporte la preuve des faits permettant de présumer l'existence d'une discrimination fondée sur l'un des critères protégés - en l'espèce son état de santé actuel ou futur. Il incombe dès lors à la SA OTW, par application de l'article 28 de la loi du 10 mai 2007, de prouver qu'il n'y a pas eu de discrimination :

- soit en prouvant que le rejet de candidature n'est pas fondé sur l'état de santé actuel ou futur de Madame V. ;
- soit en démontrant que cette mesure est objectivement justifiée par un but légitime et est un moyen approprié et nécessaire pour réaliser ce but.

La SA OTW soutient que le rejet de la candidature de Madame V. sur base du critère de l'absentéisme, constitue un moyen approprié et nécessaire pour atteindre l'objectif légitime poursuivi, à savoir mener à bien le projet d'éco-conduite :

- en s'assurant que les chauffeurs sélectionnés puissent effectivement accompagner leurs collègues et leur prodiguer les conseils de conduite appropriés ;
- en minimisant le risque que la mise en place du coaching soit ralentie, hachée et irrégulière ;
- en permettant de respecter le plan de gestion.

Concernant le projet de l'éco-conduite, la SA OTW se fonde sur :

- la présentation du projet éco-conduite lors d'une réunion du comité de coordination le 19 février 2018³⁷;
- la page 39 du contrat de service public entre la Wallonie et la SA OTW³⁸;
- des articles du mois d'avril 2017 et du mois de février 2020 sur l'éco-conduite³⁹;
- des présentations relatives aux résultats février 2023 de l'éco-conduite pour différents dépôts⁴⁰ ;
- un rapport de décembre 2022 sur l'évaluation du coaching et l'impact de l'éco-conduite sur le bien-être au travail⁴¹.

27. L'objectif de mener à bien le projet d'éco-conduite est, au regard des éléments qui précèdent, légitime.

Par contre, quant à la mesure adoptée pour réaliser cet objectif, à savoir le rejet de la candidature sur base d'un critère d'absentéisme, la SA OTW ne fournit aucune explication concrète sur son caractère approprié et nécessaire.

³⁶ A. Mortier et M. Simon, « Licencier en raison des absences médicales passées : une discrimination ? », J.T. T., 2018, p. 84

³⁷ Pièce 2 du dossier de la SA OTW

³⁸ Pièce 3 du dossier de la SA OTW

³⁹ Pièce 22 du dossier de la SA OTW

⁴⁰ Pièce 23 du dossier de la SA OTW

⁴¹ Pièce 24 du dossier de la SA OTW

La circonstance que les travailleurs exclus de la sélection en raison de leur absentéisme régulier restaient au service de l'entreprise, ne permet pas de conclure que la mesure est proportionnée et ne porte pas atteinte à leurs intérêts légitimes. Même si le poste de coach éco-conduite ne constitue pas une promotion et ne donne pas droit à une augmentation salariale, les travailleurs exclus se voient privés de la valorisation liée à l'évolution personnelle et à la responsabilité d'accompagner leurs collègues pour fournir des conseils de conduite appropriés.

La prise en compte de l'absentéisme passé n'est pas appropriée dès lors que la SA OTW ne peut en déduire un manque de disponibilité ou de régularité pour le futur. En tout état de cause, force est de constater que la SA OTW ne produit aucune pièce permettant d'établir la désorganisation ou l'impact d'éventuelles absences sur la régularité et la continuité du projet d'éco-conduite ainsi que sur la possibilité de mener ce projet à bien, alors que

- le recrutement entrepris porte sur 4 postes de coachs éco-conduite ;
- cette fonction suppose uniquement un détachement de quelques heures par mois (selon les dires de la SA OTW en termes de conclusions).

Il résulte de ce qui précède que la SA OTW n'établit pas à suffisance que la décision de rejeter la candidature de Madame V. sur base de ses absences passées constituait un moyen approprié et nécessaire pour réaliser le but légitime poursuivi.

Par ailleurs, la SA OTW ne démontre pas que le rejet de candidature serait motivé par une autre cause que l'état de santé actuel ou futur de Madame V.

Par conséquent, le rejet de la candidature de Madame V. pour le poste de coach éco-conduite est constitutif d'une discrimination fondée sur son état de santé actuel ou futur.

28. L'article 18 § 2, 2° de la loi du 10 mai 2007 stipule que si la victime réclame l'indemnisation du préjudice moral et matériel qu'elle a subi du fait d'une discrimination dans le cadre des relations de travail ou des régimes complémentaires de sécurité sociale, l'indemnisation forfaitaire pour le dommage matériel et moral équivaut à six mois de rémunération brute, à moins que l'employeur ne démontre que le traitement litigieux défavorable ou désavantageux aurait également été adopté en l'absence de discrimination (...) »,

Par application de cette disposition, Madame V. peut prétendre à une indemnité forfaitaire en raison d'une discrimination sur base de l'état de santé actuel ou futur.

Madame V. réclame une indemnité équivalente à 6 mois de rémunération brute. Le tribunal fait droit à cette demande, dès lors qu'il n'est pas établi que la décision de rejeter la candidature de Madame V. aurait été prise même en l'absence d'une quelconque discrimination.

29. Madame V. fixe l'indemnité qu'elle réclame à un montant provisionnel de 15.000 €. et demande au tribunal de condamner la SA OTW à produire les fiches de paie permettant de déterminer sa rémunération de référence. La SA OTW s'y oppose, estimant que Madame V. dispose de l'ensemble des documents nécessaires pour établir sa rémunération de référence (ses fiches de paie et fiches fiscales 281,10 lui ayant été communiquées).

30. Le tribunal constate que :

- la SA OTW ne conteste pas (à titre subsidiaire) le montant réclamé par Madame V. à titre provisionnel ;
- Madame V. ne justifie pas la raison pour laquelle elle n'est pas en mesure de calculer sa rémunération de référence sur base des documents en sa possession.

Dès lors, le tribunal fait droit au montant de 15.000€ réclamé à titre provisionnel et ordonne une réouverture des débats afin que les parties

- s'expliquent plus amplement sur le montant de la rémunération servant de base au calcul de l'indemnité pour traitement discriminatoire sur base de l'état de santé actuel ou futur ;
 - produisent les pièces permettant de déterminer ce montant.
5. Dépens

31. Compte tenu de la réouverture des débats ordonnée, il convient de réserver à statuer quant aux dépens.

6. Exécution provisoire — Faculté de cantonnement

32. Les circonstances de l'espèce ne justifient pas de déroger à l'exécution provisoire du jugement, telle que prévue à l'article 1397 du Code judiciaire.

33. En outre, il n'y a pas Heu d'écarter la faculté de cantonnement prévue à l'article 1403 du Code judiciaire.

PAR CES MOTIFS,
LE TRIBUNAL,
STATUANT CONTRADICTOIREMENT,

Dit la demande recevable et fondée, dans la mesure ci-après :

- Déclare fondé le chef de demande portant sur l'indemnité pour traitement discriminatoire sur base de l'état de santé actuel ou futur (correspondant à 6 mois de rémunération), et condamne la SA OTW à payer à Madame V. la somme provisionnelle de 15.000 € à ce titre ;
- Réserve à statuer sur le montant définitif dû à ce titre et sur le chef de demande relatif à la production des fiches de paie permettant de déterminer la rémunération de référence de Madame V. ;

Ordonne d'office la réouverture des débats à l'audience publique du 11 mars 2024 (pour 30 minutes) devant la 4e chambre du tribunal du travail du Hainaut, division de Mons, siégeant au lieu ordinaire de ses audiences, à 7000 Mons, rue de Nimy, 70, conformément à l'article 774 du Code judiciaire, aux fins visées au point 30 du présent jugement ;

Conformément à l'article 775 du Code judiciaire, invite les parties à s'échanger et à remettre au greffe, dans les délais fixés ci-après sous peine d'être écartées d'office des débats, leurs observations écrites à ce sujet, sous forme de conclusions sur réouverture des débats :

- la SA OTW, le 15 janvier 2024 au plus tard ;
- Madame V., le 15 février 2024 au plus tard ;
- les conclusions de synthèse de la SA OTW, le 29 février 2024 au plus tard ;

Réserve à statuer sur le surplus et les dépens.

Ainsi rendu et signé par la 4ème Chambre du Tribunal du travail du Hainaut - division de Mons, composée de :

Ch. GRENIER,	Juge, président la 4èm' chambre,
M. BRYNART,	Juge social au titre d'employeur,
J. ASMAOUI,	Juge social au titre de travailleur ouvrier,
	dans l'impossibilité de signer le présent jugement (art. 785 al2 C1),
J-L. LEFEVRE,	Greffier délégué.

et prononcé en audience publique de la 4^{ème} chambre du tribunal précité, le 11 décembre 2023, par Mme Ch. Grenier, juge, président la 4^{ème} chambre, avec l'assistance de M. J.-L. Lefevre, greffier délégué .