

TRIBUNAL DU TRAVAIL DE BRUXELLES

DU 11 JUIN 2018

EN CAUSE :

Madame S. K.,
Domiciliée X à BRUXELLES,
partie demanderesse, comparaissant par Me M. L., avocat à BRUXELLES ;

CONTRE :

La S.P.R.L. S. C.-I.
dont le siège social est situé X à BRUXELLES,
partie défenderesse, comparaissant par Me C. C., avocate à 1150 BRUXELLES ;

Vu la loi du 10 octobre 1967 contenant le Code judiciaire ;

Vu la loi du 15 juin 1935 concernant l'emploi des langues en matière judiciaire ;

Vu la loi du 3 juillet 1978 sur les contrats de travail ;

I. PROCEDURE

1.

Le Tribunal a tenu compte des éléments de procédure suivants :

- La requête introductive d'instance reçue au greffe le 11.10.2016 et déposée par Madame K. ;
- L'ordonnance prise sur pied de l'article 747 al. 2 du Code judiciaire le 14.12.2016 ;
- Les conclusions de la SPRL S. C.-I. déposées le 10.03.2017 ;
- Les conclusions de Madame K. déposées le 22.06.2017 ;
- Les conclusions additionnelles de la SPRL S. C.-I. déposées le 09.08.2017 ;
- Les conclusions de synthèse Madame K. déposées le 23.10.2017 ;
- Les conclusions de synthèse de la SPRL S. C.-I. déposées le 13.12.2017 ;
- Le dossier de pièces inventoriées de la SPRL S. C.-I. déposé le 17.01.2018 ;
- Le dossier de pièces inventoriées de Madame K. déposé le 23.01.2018.

2.

Les parties ont comparu à l'audience publique de la Quatrième Chambre du 16 avril 2018.

Elles n'ont pas pu être conciliées.

Les parties ont donc été entendues en leurs plaidoiries.

Madame F. M., Substitut de l'Auditeur du travail près le Tribunal du travail francophone de Bruxelles, a rendu à l'audience du 16.04.2018 un avis oral non conforme, concluant en l'absence de discrimination.

L'affaire a ensuite été prise en délibéré à l'issue des débats.

II. OBJET DES DEMANDES

3.

Par requête introductive déposée le 11 octobre 2016, Madame K. demande, au Tribunal du travail, la condamnation de la SPRL S. C.-I. au paiement d'un montant provisionnel de 12.000 € à majorer des intérêts légaux et des dépens. Elle fonde sa requête sur l'article 18 de la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination.

4.

Par le biais de ses conclusions de synthèse du 23.10.2017, Madame K. a adapté le montant réclamé exigeant ainsi le paiement de la somme de 6.024,66 EUR à majorer des intérêts légaux et judiciaires depuis novembre 2015.

III. FAITS A L'ORIGINE DU LITIGE

5.

Les faits de la cause peuvent être décrits comme suit, d'après les dossiers produits par les parties et les précisions données au cours des débats.

6.

La SPRL S. C.-I. exploite une maison de repos et de soins, la Résidence S., située à Bruxelles.

La Résidence S. était auparavant exploitée par une société appartenant au Groupe français le noble âge.

En juillet 2016, le Groupe C-I. a repris la Résidence S..

Fin novembre 2015, la Résidence S. était à la recherche urgente d'un agent hôtelier et d'entretien polyvalent.

La SPRL S. C.-I. a chargé la cheffe de cuisine, Madame M., de procéder à un premier tri parmi les candidatures reçues.

Madame M. a retenu trois candidats afin de les soumettre à la direction et à remis, fin novembre 2015, trois dossiers de candidats comportant les CV et les rapports d'entretiens qu'elle avait eus.

Le 27 novembre 2015, Madame M., responsable des cuisines auprès de la maison de repos « la résidence S. », a reçu Madame K. dans le cadre d'un entretien d'embauche pour un poste de service en salle à mi-temps.

Parmi ces trois candidats, figurait Madame K., ainsi que la candidate finalement retenue, Madame D..

La SPRL S. C.-I. indique avoir retenu Madame D. sur base de son expérience dans le même domaine que celui pour le poste envisagé. L'employeur précise que Madame D. disposait en outre d'un diplôme de commis de cuisine.

Un contrat de travail a dès lors été signé avec Madame D. en date du 27 novembre 2015.

7.

Le 30 novembre 2015, Madame M. informe Madame K. par SMS du fait que le poste ne lui était pas attribué en raison de son état de santé (dont cette dernière avait spontanément parlé lors de l'entretien du 27 novembre). Le SMS est rédigé comme suit :

« Bonjour, désolée de vous déranger. Juste pour vous vu le problème avec votre épaule tendinite je pense que y'a trop de risque pour vous les tâches sont très lourde et avec votre maladie c'est difficile je suis désolée ! je vous souhaite bon chance pour la suite bien à vous la résidence S. »

Madame K. va répondre par un SMS du même jour rédigé comme suit :

« Bonjour, je trouve cela très dommage car j'étais vraiment motivée pour ce poste et justement, au vu de ma maladie, je le trouvais adéquat puisqu'il s'agit d'un 19h et que ce genre d'horaire me permettait de me reposer entre chaque reprise ».

8.

En date du 23 décembre 2015, Madame K. a interpellé la Résidence S. par email:

«A l'attention de Madame S. :

Objet : Suite à notre entretien d'embauche du 27 novembre 2015.

Bonjour Madame S.,

Je souhaiterais revenir sur notre entretien d'embauche datant du 27 novembre 2015 pour le poste de service de salle à la résidence S.. Lors de notre rencontre, le contact était bien passé. Vous m'aviez expliqué les différentes tâches de la fonction et nous avons visité les lieux de la résidence. Je vous avais fait part de ma maladie et de mon problème d'épaule et ce jour-là, vous n'y aviez vu aucun inconvénient me confiant ainsi que l'une de vos employées avait aussi des douleurs à l'épaule et arrivait tout de même à faire son travail dans les temps voulus. A la fin de notre entretien, vous m'aviez demandé de commencer à travailler le 3 décembre 2015 et m'aviez montré mon planning pour le mois de décembre.

Malheureusement, le 30 novembre 2015, j'ai reçu un sms de votre part me refusant finalement le poste à cause de ma maladie et de mon problème d'épaule. Je ne vous cache pas avoir été très déçue car je me réjouissais de commencer à travailler à la résidence S.. Après vos explications sur la fonction et la visite des lieux, j'avais également estimé être capable de travailler au sein de votre équipe malgré ma maladie.

Le contact étant bien passé entre nous, le poste me plaisait beaucoup, j'étais plus que motivée. Et je le suis toujours, c'est pour cela que, par cet e-mail, je souhaiterais savoir s'il serait possible de revenir sur votre décision et me laisser la chance de vous prouver que je suis apte à accomplir cette fonction au sein de votre équipe».

La Résidence S. a le jour même répondu à Mme K. et expliqué pourquoi Madame D. avait été retenue et pas elle :

« Mme M. S. avait pour mission, dans le recrutement dont il est question (d'agent hôtelier et d'entretien polyvalent), d'évaluer l'adéquation entre les candidats et le profil de poste.

Par ailleurs, Mme M. a exposé et ce pour chaque candidat, la date de prise d'effet souhaité du poste ainsi que le rythme de travail que le planning impose, ce qui est tout à fait logique dans l'explicatif d'entretien. Cela n'induit nullement une préférence d'embauche.

En ce qui concerne la situation médicale d'une autre salariée, seule la médecine du travail peut légitimement commenter son aptitude au poste, et son profil médical ne peut nullement être mis en comparaison avec vous ou quiconque.

Le recrutement est clos depuis fin Novembre, en ayant tenu compte des disponibilités des candidats, et l'adéquation entre la fiche de poste et les compétences des profils présentés. La situation médicale exposée par un candidat est un paramètre supplémentaire apporté, et nullement une variable de grille d'entretien. Le refus ou l'acceptation d'une candidature repose sur un ensemble de compétences (savoir-faire et savoir-être) globales permettant de réaliser les tâches incombant au poste.

Si vous souhaitez vous entretenir avec Mme M., afin d'explicitier les tenants et aboutissants du refus de votre candidature, un rendez-vous peut sans aucun problème être planifié.

Dans tous les cas, je vous souhaite le meilleur dans le cadre de vos recherches, et d'excellentes fêtes de fin d'année. »

9.

Le 14 janvier 2016, Madame K. répond par email à la direction de la Résidence S. en ses termes :

« Bonjour Monsieur,

Merci pour votre réponse. Je suis toutefois surprise de ce que vous me dites car le jour de l'entretien, Mme M. S. m'avait bel et bien octroyé le poste dans votre résidence ... ».

10.

En date du 12 mai 2016, la Résidence S. a été interpellée par l'UNIA, Centre interfédéral pour l'Egalité des Chances car, selon l'UNIA, il y aurait eu une présomption d'une discrimination directe au sens de l'article 28 de la loi du 10 mai 2007 :

« Nous avons reçu le signalement de Madame S. K. qui nous relate les éléments suivants :

Madame K. a eu échos d'une place vacante au sein de votre établissement afin de travailler à mi-temps au service de salle. Elle a pris contact avec Madame M. S., responsable des cuisines et s'est vue proposer un entretien le 27 novembre 2015.

Selon Madame K., l'entretien s'est bien déroulé. Madame M. lui a expliqué les différentes tâches de la fonction et lui a fait visiter les lieux. Madame K. lui a spontanément fait part d'un problème de santé, à savoir le fait qu'elle souffrait de tendinite à l'épaule. Madame M. lui a répondu que cela ne posait pas de souci et qu'une autre de ses employées souffrait également de telles douleurs sans que cela ne l'empêche d'effectuer du bon travail. Madame M. a clôturé l'entretien en lui proposant le poste et en lui montrant son planning pour le mois de décembre. Madame K. devait initialement signer son contrat et entamer son travail le 03 décembre 2015.

En date du 30 novembre 2015, Madame M. a toutefois adressé un message sur le GSM de Madame K. indiquant revenir sur sa décision en raison de son état de santé.

Par mail daté du 26 décembre 2015, vous êtes est revenu sur le déroulement des faits, démentant notamment que le poste lui avait été attribué et que son état de santé était à la base de la décision de refus d'engagement.

Un refus d'engager Madame K. en raison de son état de santé est susceptible de constituer une discrimination au sens de la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination.

La loi du 10 mai 2007 définit en effet la discrimination directe comme étant la situation qui se produit lorsque, sur la base de l'un des critères protégés (en l'espèce l'état de santé), une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre personne sans que cela ne soit justifié.

Unia considère que les éléments en présence, en particulier le sms de Madame M., permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe au sens de l'article 28 de la loi du 10 mai 2007.

Dans cette hypothèse, il appartient à votre société de démontrer qu'il n'y a pas eu de discrimination 2, c'est à dire que la différence de traitement imposée à Madame K. est justifiée au sens de la loi.

Selon l'article 7 de la loi anti discrimination, une distinction directe fondée sur l'état de santé peut uniquement être justifiée par un objectif légitime et si les moyens pour atteindre cet objectif sont appropriés et nécessaires;

Pourriez-vous nous transmettre vos explications à cet égard ? »

La Résidence S. a répondu à ce courrier en date du 23 mai 2016 :

je reviens vers vous suite à votre courrier du 12 mai dernier.

Mme K., candidate à une place vacante au sein de notre Résidence, estime apparemment avoir été victime d'une discrimination à l'embauche liée à son état de santé.

Cela est bien évidemment contesté.

Dans ce contexte, je vous rappelle les éléments suivants :

Fin novembre 2015, la Résidence était à la recherche urgente d'un agent hôtelier et d'entretien polyvalent étant donné la proximité des fêtes de fin d'année. La Résidence avait en effet besoin de disposer rapidement de personnel formé pour cette période.

La procédure dans ce cas au sein de la Résidence est la suivante : le Chef de Service, ici le Chef de Cuisine, Mme M., est chargé de faire un premier tri parmi les candidatures qu'elle reçoit. Le Chef de Service retient alors 2 ou 3 candidats afin de les soumettre à la Direction. En effet, seule la Direction de l'établissement a le pouvoir de décider de l'engagement d'un travailleur. Le Chef de Service n'a donc pas le pouvoir de décider de l'engagement d'un candidat, la décision revenant toujours à la direction (après concertation avec le Chef de Service).

Mme M. m'a remis fin novembre 3 dossiers de candidats (CV et rapports d'entretiens). Parmi ces 3 candidats figurait Mme K., ainsi que la candidate finalement retenue.

Cette dernière a été retenue sur base de son expérience dans le même domaine que le poste envisagé. Elle dispose en outre d'un diplôme de commis de cuisine, ce qui pourrait intéresser la Résidence à l'avenir.

Mme K. et l'autre candidat retenu par Mme M. n'ayant aucune expérience pour le poste recherché, la direction a fait choix de la candidate susmentionnée.

Comme déjà mentionné dans mon courriel du 23 décembre 2015, l'acceptation d'une candidature repose sur un ensemble de compétences qui permettront de réaliser les tâches liées au poste.

Nous avons estimé que la candidate retenue correspondait le mieux au profil recherché sur base de son expérience et son diplôme. Elle avait en outre un CV plus cohérent.

L'état de santé ou l'état physique éventuel du candidat n'entre à cet égard pas en ligne de compte.

Il n'est donc pas non plus entré en ligne de compte pour ce qui concerne Mme K..

Si je peux comprendre que Mme K. soit déçue, je dois cependant vous confirmer que la décision d'engager une autre candidate n'a rien à voir avec son éventuel état de santé.

J'avais d'ailleurs proposé à Mme K. dans mon mail du 23 décembre 2015 une rencontre afin de clarifier les choses.

Mme K. n'a cependant pas répondu favorablement à cette proposition.

Ma proposition reste néanmoins valable si Mme K. le souhaite.

Enfin, je tiens à souligner que nous avons toujours pratiqué une politique de diversité dans les relations de travail où la compétence des travailleurs prévaut donc nos critères d'engagements.

En outre, le Groupe le noble âge, auquel la Résidence appartient, fonde sa démarche, tant commerciale qu'en matière de politique du personnel, sur quatre valeurs fondamentales étant l'éthique, le respect, la confiance et le sens du service.

Il va de soi que le respect de ces valeurs est au coeur de notre politique du personnel tant par son approche différenciée des relations de travail que par sa volonté d'être juste ».

Les parties n'ont pas pu se mettre d'accord.

11.

Le 11 octobre 2016, Madame K. dépose sa requête introductive d'instance dans le sens indiqué au point 3 du présent jugement.

IV. POSITION DES PARTIES

1V.1. Position de Madame K.

12.

Madame K. s'estime victime d'une discrimination directe basée sur son état de santé, lors de la procédure de recrutement d'un agent hôtelier et d'entretien polyvalent, le 27 novembre 2015.

Madame K. souligne que la description de fonction d'agent d'hôtellerie et d'entretien polyvalent telle qu'elle résulte de la pièce 7 du dossier de la défenderesse démontre qu'il s'agit d'une activité de base qui ne nécessite aucune expérience ni qualification particulière.

Madame K. se fonde sur le SMS que Madame M. lui a adressé le 30 novembre 2015 pour démontrer que le motif réel de son absence d'engagement tient à son état de santé, précisément à sa tendinite à l'épaule.

Madame K. soulève également une discrimination fondée sur son handicap.

Madame K. met en évidence que dans la réalité des faits, c'était Madame M. qui décidait et que la direction de la S.P.R.L. S. C.-I. ne faisait qu'entériner son choix. Elle indique par ailleurs qu'en sa qualité d'employeur de Madame M., la S.P.R.L. S. C.-I. est responsable des actes posés par sa préposée, conformément à l'article 1384 al. 2 du code civil.

En application de l'article 17 § 6 de la loi du 10 mai 2007, une indemnité correspondant à la rémunération brute de 6 mois est demandée, soit une somme de 6.024,66 EUR bruts.

1V.2. Position de la S.P.R.L. S. C.-I.

13.

La S.P.R.L. S. C.-I. conclut quant à elle à la recevabilité mais au non fondement de la demande de Madame K..

14.

La S.P.R.L. S. C.-I. souligne que la raison pour laquelle la candidature de Madame K. n'a pas été retenue est son manque d'expérience ainsi qu'une qualification insuffisante par rapport à une autre candidature également retenue, celle de Madame A. D.

La S.P.R.L. S. C.-I. indique qu'elle avait, contrairement à Madame K., une expérience dans le domaine envisagé : elle avait travaillé, par le passé, au sein de la Résidence S., en vue d'y effectuer des remplacements, et de l'Hôpital x. De plus, Madame D. est titulaire un diplôme de commis de cuisine, ce qui était également très intéressant pour la Résidence (qui est une petite structure) car elle serait ainsi en mesure de remplacer les commis de cuisine qui seraient absents. A la différence de Madame D., Madame K. n'avait pas un tel diplôme ni cette expérience professionnelle. En effet, le précédent emploi de Madame K. constituait dans un poste de vente et de conseillère en esthétique au sein d'un centre de beauté.

Pour la S.P.R.L. S. C.-I., la situation de Mme K. n'est donc pas comparable avec la situation de Madame D., cette dernière ayant un passé professionnel plus intéressant ainsi qu'un diplôme de commis de cuisine lequel constituait un avantage non négligeable pour le poste envisagé.

En conséquence, la partie défenderesse estime que Madame K. n'apporte pas suffisamment d'éléments qui révèlent que, par rapport à une personne dans une situation comparable, elle a été traitée de manière défavorable.

Madame K. n'apporte pas non plus d'éléments qui révèlent une certaine récurrence de traitements défavorables à l'égard de personnes partageant un critère protégé.

En effet, Madame A. D., candidate finalement retenue, a également fait part, lors des entretiens d'embauche, qu'elle souffrait d'une maladie auto-immune chronique (le lupus).

Il résulte de ce qui précède que pour la S.P.R.L. S. C.-I., Madame K. n'apporte pas la preuve de faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe sur la base de son état de santé.

Le SMS de Madame M., dont la Résidence n'a pris connaissance du contenu que pendant le cours de la procédure, certes formulé de manière malheureuse, n'est pas révélateur de la réelle raison de l'engagement de Madame D. au détriment de celui de Madame K..

La S.P.R.L. S. C.-I. rappelle que la décision d'engager du personnel appartient à la seule direction et ce n'est donc pas « de sa propre initiative » que Madame M. aurait rejeté la candidature de Mme K., étant

donné que le rôle de Mme M. était simplement de réaliser une première sélection des candidats à présenter à la direction de la Résidence.

Pour soutenir sa thèse de non-discrimination, la S.P.R.L. S. C.-I. dépose les témoignages écrits de Madame D., de Monsieur le Directeur D. et de Madame M..

A titre subsidiaire, la S.P.R.L. S. C.-I. propose d'entendre Madame A. D., Madame S. M. et Monsieur F.-X. D., sur pied de articles 915 et 961/3 du Code judiciaire, afin qu'ils déclarent que, lors de la procédure de recrutement d'un agent polyvalent et d'entretien, l'état de santé du postulant n'était pas un critère d'engagement.

IV.3. Avis de l'Auditorat du travail

15.

Madame l'Auditeur est d'avis que l'état de santé de Madame K. n'a pas été retenu lors du recrutement de Madame D., précisément le 27 novembre 2015. Elle constate que Madame D. et Madame K. présentaient toutes deux une fragilité physique (tendinite et lupus) et avait quasi le même âge (1989 — 1991). Elle estime que l'employeur, c'est-à-dire le directeur D., a décidé de recruter Madame D. que sur base de ses seules compétences et expériences. En effet, Monsieur D. ne semble pas avoir été informé de la teneur du SMS que Madame M. avait envoyé le 30 novembre 2015 à Madame K.. La prise en compte de l'état de santé n'est, à son avis, apparu qu'après la décision de recruter Madame D..

Madame l'Auditeur est dès lors d'avis que le critère de l'état de santé n'a pas eu d'incidence lors de la décision d'engager Madame D. plutôt que Madame K.. Elle estime donc que Madame K. ne démontre pas avoir été victime d'une discrimination au sens de la loi du 10 mai 2007. Le recours est recevable mais non fondé.

V. DISCUSSION

V.1. Sur la discrimination directe

En droit,

16.

La loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination inclus dans son champ d'application les relations de travail.

En vertu de son article 5, cette loi s'applique entre autres aux conditions pour l'accès à l'emploi y compris entre autres

- Les offres ou les annonces d'emploi et de possibilité de promotion ;
- La fixation et l'application des critères de sélection et des voies de sélection utilisées dans le processus de recrutement ;
- La fixation et l'application des critères de recrutement ou de la nomination, etc.

La loi anti-discrimination du 10 mai 2007 comprend :

- La discrimination directe fondée sur l'un des critères protégés qui ne peut pas être justifiée par un but légitime ;
- La discrimination indirecte à savoir la distinction indirecte fondée sur l'un des critères protégés et qui ne peut pas être justifiée par un but légitime.

Elle interdit la discrimination sur base de 13 critères et parmi ceux-ci l'état de santé actuel ou futur.

Elle considère que 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 (art. 7 de la loi).

17.

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

La loi anti-discrimination prévoit en effet un mécanisme allégé de répartition de la charge de la preuve.

La personne qui allègue avoir été victime d'une discrimination ne doit pas prouver la discrimination en tant que telle mais peut se contenter d'établir un ou plusieurs éléments susceptibles de la présumer.

L'article 28 de la loi du 10 mai 2007 prévoit que :

« 1° lorsqu'une personne qui s'estime victime d'une discrimination (...) invoque devant la juridiction compétente des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination fondée sur l'un des critères protégés, il incombe au défendeur de prouver qu'il n'y a pas eu de discrimination (...).

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 ».

Ce principe dit du « glissement » de la charge de la preuve est conforme à celui qui est conçu par les directives 97/80/CE du 15 décembre 1997, 2000/43/CE du 29 juin 2000 et 2000/78/CE du 27 novembre 2000.

Cet aménagement des règles concernant la charge de la preuve est rendu nécessaire pour parvenir à une « mise en œuvre effective du principe de l'égalité de traitement ». •

La Cour constitutionnelle note ainsi que « le renversement de la charge de la preuve a été dicté par le constat que les victimes d'une discrimination rencontrent des difficultés pour prouver cette discrimination ».

Elle précise que « la charge de la preuve incombe dès lors en premier lieu à la victime » à laquelle revient donc de prouver « les faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination » (C. Const. Arrêt n°17/2009 du 12 février 2009, B. 93.3).

Cependant, cette charge de la preuve ne peut pas revenir à devoir prouver la discrimination elle-même.

Il doit en effet suffire d'établir des éléments suffisamment plausibles qui laissent présumer une discrimination.

La Cour de justice de l'Union Européenne s'est prononcée sur ce sujet et a conclu qu'« il suffit que le justiciable qui se prétend lésé par l'inapplication du principe de l'égalité de traitement expose de manière

plausible des faits créant l'apparence d'une discrimination » (CJUE V. H. B. contre C. E. B. AD et al. 31 janvier 2013, C- 394/11, www.curia.europa.eu).

Le Conseil d'Etat dans son avis sur la loi anti-discrimination insiste sur la distinction à apporter avec le régime général du renversement de la charge de la preuve en droit civil.

Il souligne également l'importance que les faits établis par la personne alléguant la discrimination soient sérieux

« Il importe que les présomptions qui autorisent le renversement de la charge de la preuve soient non pas graves, précises et concordantes, ce qui reviendrait à rétablir la règle générale, mais à tout le moins suffisamment pertinente. Projet de loi tendant à lutter contre certaines formes de discrimination ». (Avis du Conseil d'Etat n°42401 du 13 mars 2007, Doc.51 2722/005 p.7)

Le juge de fond est compétent pour apprécier si les éléments de faits qui lui sont soumis sont suffisamment pertinents et solides.

La jurisprudence a par exemple pu considérer ce qui pouvait suffire à établir la présomption de discrimination :

- La retranscription d'une conversation téléphonique, fondée sur l'enregistrement de cette conversation (Trib. 1e instance Bruxelles, 16 juillet 2014, R.G. 13/13581/A) ;
- un brouillon de rapport subtilisé dans une poubelle décrivant les motifs racistes d'un refus d'embauche (C. Trav. Bruxelles, 18 septembre 2014, www.unia.be) ;
- un licenciement suivant de très près un retour d'une période d'invalidité et une demande d'aménagement du poste de travail, quand bien même cette dernière ne constituait pas un refus d'aménagement raisonnable (Trib. Trav. Bruxelles, 16 septembre 2016, www.unia.be).

Dans un arrêt du 25 avril 2013, la Cour de justice de l'Union Européenne va conclure « qu'un employeur défendeur ne saurait réfuter l'existence de faits permettant de présumer qu'il mène une politique d'embauche discriminatoire en se limitant à soutenir que les déclarations suggestives d'une politique d'embauche homophobe émanent d'une personne qui, bien qu'elle affirme et semble jouer un rôle important dans la gestion de cet employeur, n'est pas juridiquement capable de le lier en matière d'embauche » (arrêt de la Cour, 3^e chambre, 25 avril 2013, DUE, aff. C-81/12).

La loi anti-discrimination contient également une liste non-exhaustive d'éléments qui peuvent faire supposer l'existence d'une discrimination.

Il s'agit notamment de la répétition de faits similaires à l'encontre de plusieurs personnes qui partagent une caractéristique liée à un critère protégé, des statistiques générales, ou encore une comparaison avec une personne de référence (art. 28 §2 et §3 de la loi du 10 mai 2007).

Un critère qui permet de distinguer la notion d'état de santé et celle de handicap est le caractère susceptible ou non d'être de longue durée de la limitation physique, psychique ou mentale.

La notion de handicap, qui n'est pas définie dans la réglementation anti-discrimination a été définie de manière très large par la cour de justice de l'Union Européenne comme étant une atteinte physique, mentale ou psychique risquant d'entraver durablement la participation de la personne concernée à la vie professionnelle (Cour de justice des Communautés Européennes, 11 juillet 2006, affaire S. Ch. N. c/ E. C. S.A., C-13/05).

Il convient de rappeler que l'article 8 de la loi du 10 mai 2007, qui entend lutter contre certaines formes de discrimination, prévoit une possibilité limitée de justification de distinction directe fondée sur 4 critères protégés et notamment sur le handicap.

« Une distinction directe fondée sur un handicap ne peut être justifiée que par des exigences professionnelles essentielles et déterminantes »

18.

L'article 18 de la loi du 10 mai 2007 précise en ce qui concerne l'indemnisation :

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

1° hors l'hypothèse visée ci-après, l'indemnisation forfaitaire du préjudice moral subi du fait d'une discrimination est fixé à un montant de 650 euros; ce montant est porté à 1.300 euros dans le cas où le contrevenant ne peut démontrer que le traitement litigieux défavorable ou désavantageux aurait également été adopté en l'absence de discrimination, ou en raison d'autres circonstances, telles que la gravité du préjudice moral subi ;

2° si la victime réclame l'indemnisation du préjudice moral et matériel qu'elle a subi du fait d'une discrimination dans le cadre des relations de travail 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; dans cette dernière hypothèse, l'indemnisation forfaitaire pour le préjudice matériel et moral est limitée à trois mois de rémunération brute; si le préjudice matériel résultant d'une discrimination dans le cadre des relations de travail ou des régimes complémentaires de sécurité sociale peut néanmoins être réparé par le biais de l'application de la sanction de nullité prévue à l'article 15, les dommages et intérêts forfaitaires sont fixés selon les dispositions du point 1 ».

Il résulte de ces dispositions que, lorsque la victime d'une discrimination établie dans le cadre des relations de travail ou des régimes complémentaires de sécurité sociale réclame un montant forfaitaire à titre d'indemnisation du préjudice moral et matériel et que l'employeur démontre que le traitement litigieux défavorable ou désavantageux aurait également été adopté en l'absence de discrimination, la victime a droit à une indemnisation égale à trois mois de rémunération brute (Cass, 3^e ch, 14 décembre 2015, RG S.12.0119.N-S.12.0154.N publié sur juridat.be).

Selon les travaux préparatoires de la loi du 10 mai 2007 précitée, le système des 6/3 mois trouve son origine dans la jurisprudence européenne :

« Une défense classique de celui qui a commis une discrimination consiste à indiquer que la victime concernée aurait également été soumise au traitement défavorable sur d'autres bases.

Cependant, dès qu'une discrimination est en jeu, c'est-à-dire dès qu'un critère protégé a joué dans le traitement défavorable, il naît un préjudice qui, selon la Cour de justice, doit également donner lieu à une indemnisation.

Selon la Cour, le fait que la personne aurait également été soumise à la différence de traitement sur d'autres bases non discriminatoires n'enlève rien pour autant à l'existence de la discrimination et au fait que celle-ci donne lieu à un préjudice et, partant, à une indemnisation.

Mais si le juge est effectivement convaincu par la défense menée, le défendeur soutenant et démontrant que la victime aurait aussi été traitée différemment sur d'autres bases non discriminatoires, le juge peut également prendre cet élément en compte lors de la détermination de l'indemnisation forfaitaire. Les six mois peuvent alors être ramenés à trois mois de rémunération » (Projet de loi du 19 mars 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination - Ch. des représentants, 5^{ème} session 2006-2007., législature 51 - Doc. 51, 2720/009 pages 59-60).

En l'espèce,

19.

Le Tribunal retient les éléments objectifs suivants :

- o Le 27 novembre 2015, Madame K. a été reçue par Madame M. dans le cadre d'un entretien d'embauche visant à recruter pour la maison de repos Résidence S., un agent hôtelier et d'entretien polyvalent.
- o Le 27 novembre 2015, un contrat de travail à durée indéterminée à temps partiel (19h/sem.) est signé entre Madame A. D. et Monsieur F.-Xa. D., avec prise d'effet le 3 décembre 2015.
- o la S.P.R.L. S. C.-I. dépose le curriculum vitae de Madame A. D., un certificat de bonne pratique d'hygiène et une attestation de formation de commis de salle et commis de cuisine. On ignore quelles sont les compétences et expériences réelles de Madame K..
- o La fiche de poste de l'agent d'hôtellerie et d'entretien polyvalent (ASH) précise qu'il est sous la responsabilité de la Direction et du Responsable Hôtellerie/Cuisine. La fiche indique qu'il prévient son chef de service en cas de problème technique, de maladie, de changement d'horaires, de prise de congés.
- o La fiche de fonction de la chef de cuisine encadre les commis de cuisine et gère le personnel de service en salle. Son supérieur hiérarchique est le directeur de l'établissement. Il gère les ressources humaines et procède, en lien avec la Direction, au recrutement du personnel de cuisine et de salle.
- o La fiche de fonction du Directeur gère et anime les ressources humaines. Il est chargé de recruter des professionnels aux compétences très divers : médecin coordonnateur, responsables d'équipes (soins, cuisine, animation, ...), personnel administratif. Il participe au recrutement des autres salariés (infirmiers, aides-soignantes, aides médico-psychologiques, agents hôteliers,...).
- o Le 30 novembre 2015, Madame M. informe Madame K. par SMS du fait que le poste ne lui était pas attribué en raison de son état de santé (dont cette dernière avait spontanément parlé lors de l'entretien du 27 novembre). Le SMS est rédigé comme suit :

« Bonjour, désolée de vous déranger. Juste pour vous vu le problème avec votre épaule tendinite je pense que y'a trop de risque pour vous les tâches sont très lourde et avec votre maladie cet difficile je suis désolé ! Je vous souhaite bon chance pour la suite bien à vous la résidence S. ».
- o Madame K. va répondre par un sms du même jour rédigé comme suit :

« Bonjour, je trouve cela très dommage car j'étais vraiment motivée pour ce poste et justement, au vue de ma maladie, je le trouvais adéquat puisqu'il s'agit d'un 19h et que ce genre d'horaire me permettait de me reposer entre chaque reprise ».

Ces éléments établis in tempore non suspecta démontrent qu'un agent hôtelier et d'entretien polyvalent est recruté par la Cheffe de cuisine (Madame M.). Le Directeur de l'établissement (Monsieur D.) a un rôle accessoire puisqu'il ne fait que « participer » au recrutement de ce type d'agent.

La chronologie des événements considérés comme objectifs par le Tribunal démontre qu'à la suite de l'entretien d'embauche du 27 novembre 2015 ayant eu lieu entre Madame M. et Madame K., un contrat de travail a été signé le 27 novembre 2015 par Madame D. et Monsieur D.. La justification de l'absence de recrutement de Madame K. est apportée spontanément par Madame M. (et non par le Directeur D.) par SMS du 30 novembre 2015. Cette justification spontanée démontre l'importance du rôle de la Cheffe de cuisine dans le processus de recrutement. Le rôle du Directeur de la maison de repos est « accessoire », en ce qu'il ne fait que participer au processus de recrutement en engageant statutairement, par sa signature, la S.P.R.L. S. C.-I.. Si son rôle avait été plus actif, voire plus important dans le recrutement des agents d'entretien, il n'aurait pas manqué d'adresser un courrier aux candidats non retenus. Ce n'est que le 23 décembre 2015 que Monsieur D. prend la peine de répondre à Madame K. en réponse à une interpellation de cette dernière.

Le Tribunal fait sien l'enseignement de l'arrêt du 25 avril 2013 de la Cour de justice de l'Union Européenne (C-81/12) au sujet de l'auteur de la discrimination, même si ce dernier n'a pas le pouvoir statutaire d'engager l'employeur.

La référence à la tendinite à l'épaule dont souffrait Madame K. est la seule justification apportée par Madame M. dans son SMS du 30 novembre 2015 envoyé spontanément à Madame K..

Le Tribunal estime dès lors que l'état de santé de Madame K. a été retenu pour justifier son absence d'engagement au poste d'agent hôtelier et d'entretien polyvalent.

S'agissant d'un des 13 critères protégés visés par la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination, lors du recrutement d'un travailleur, le Tribunal juge que la S.P.R.L. S. C.-I. s'est rendue coupable de discrimination directe lors de la phase de recrutement au détriment de Madame K..

Au vu des éléments objectifs énumérés ci-dessus, le Tribunal estime inutile de procéder à des enquêtes, audition et comparution personnelle des parties.

20.

Il résulte de l'article 18 de la loi du 10 mai 2007 que, lorsque la victime d'une discrimination établie dans la phase du recrutement, réclame un montant forfaitaire à titre d'indemnisation du préjudice moral et matériel et que l'employeur démontre que le traitement litigieux défavorable ou désavantageux aurait également été adopté en l'absence de discrimination, la victime a droit à une indemnisation égale à trois mois de rémunération brute.

Le Tribunal rappelle que la personne qui aurait également été soumise à la différence de traitement sur d'autres bases non discriminatoires, n'enlève rien pour autant à l'existence de la discrimination et au fait que celle-ci donne lieu à un préjudice et, partant, à une indemnisation.

Toutefois, l'article 18 § 2, 2° de la loi du 10 mai 2007 permet à l'employeur de démontrer que le traitement litigieux défavorable ou désavantageux aurait également été adopté en l'absence de discrimination. Dans cette dernière hypothèse, l'indemnisation forfaitaire pour le préjudice matériel et moral est limitée à trois mois de rémunération brute.

En l'espèce, il est démontré que les compétences et expériences de Madame D. ont aussi et simultanément été retenues par la S.P.R.L. S. C.-I. pour justifier son engagement. Madame K. ne produit d'ailleurs pas un curriculum vitae permettant au Tribunal de procéder à un comparatif des compétences. Les titres et mérites de Madame D. ne présentent aucun critère discriminatoire.

Le Tribunal fait donc application de l'article 18 § 2, 2° de la loi du 10 mai 2007 pour diminuer l'indemnité de protection de six mois à trois mois.

Il importe toutefois de rappeler que l'article 17, § 6 de la loi du 10 mai 2007 prévoit une indemnité correspondant à la rémunération brute de 6 mois. Cette indemnité doit être calculée sur base du temps de travail réellement presté par la travailleuse, à savoir, en l'espèce, un mi-temps (19heures/semaine).

Sur la base d'une rémunération mensuelle barémique (échelle 1.12) et une ancienneté professionnelle de 0 année, la rémunération brute à temps plein est de 1.708,22 EUR.

Une rémunération à mi-temps est dès lors égale à 854,11 EUR à majorer des primes pour prestations irrégulières de l'ordre de 150 EUR.

Il convient dès lors de tenir compte d'un montant de 1.004,11 EUR bruts par mois pour le calcul de l'indemnité forfaitaire égare à trois mois (article 17 6 lu en combinaison avec l'article 18 § 2, 2° de la loi du 10 mai 2007).

Le montant de cette indemnité doit dès lors être limité à 3.012,33 EUR bruts.

Le Tribunal condamne, en conséquence, fa S.P.R.L. S. C.-I. au paiement d'une indemnité de protection forfaitaire de 3.012,33 EUR, à majorer des intérêts compensatoires au taux légal à compter du 27 novembre 2015.

V.6. Sur les dépens.

21.

Le juge peut, en vertu de l'article 1017, alinéa 4, du Code judiciaire, compenser les dépens — et donc les indemnités de procédure — soit « si les parties succombent sur quelque chef, soit entre conjoints, ascendants, frères et soeurs ou alliés du même âge ».

Dans un arrêt du 18 décembre 2009, la Cour de cassation a rappelé qu'il s'agit d'une faculté et non d'une obligation pour le juge, lequel décide en outre dans quelle mesure il répartit les dépens. Il n'est pas question ici d'une compensation au sens de l'article 1289 du Code civil mais bien d'une allocation discrétionnaire par le juge des frais du procès entre les différentes parties, sous la seule réserve que tous les dépens ne peuvent être mis à charge d'une seule partie si celle-ci obtient, fût-ce très partiellement, gain de cause.

La compensation des dépens est donc possible en cas de défaites « croisées » ou « respectives », lorsqu'aucune des parties n'obtient totalement gain de cause.

Dans un arrêt du 23 novembre 2012, précédé des conclusions de l'avocat général D. T., rendu en matière fiscale (F.11.0144,N), la Cour de cassation confirme que le juge peut compenser les dépens lorsqu'une partie obtient gain de cause au fond mais que l'un de ses arguments ou moyens est rejeté.

En l'espèce, Madame K. obtient gain de cause sur la reconnaissance de la discrimination directe. Elle n'obtient que partiellement gain de cause sur le montant de l'indemnité de protection qui est passée de 12.000 EUR (en termes de requête) à 6.024,66 EUR (en termes de conclusions) pour finir à 3.012,33 EUR.

La S.P.R.L. S. C.-I. a, quant à elle, obtenu gain de cause au sujet de la réduction de l'indemnité de protection mais elle est déboutée au sujet de l'absence de discrimination directe.

La S.P.R.L. S.C.-I. liquide l'indemnité de procédure à 1.320 EUR tandis que Madame K. liquide l'indemnité de procédure à 1.080 EUR.

En vertu de l'article 2, alinéa 2, de l'arrêté royal du 26 octobre 2007 fixant le tarif cle.5 indemnités de procédure visées à l'article 1022 du Code judiciaire et fixant la date d'entrée en vigueur des articles 1 à 13 de la loi du 21 avril 2007 relative à la répétibilité des honoraires et des frais d'avocat, l'indemnité de procédure est fixée en fonction du montant de la demande qui lui-même est fixé conformément aux articles 557 à 562 et 618 du Code judiciaire relatifs à la détermination de la compétence et du ressort. Le montant de l'indemnité de procédure n'est donc pas calculé en fonction du montant de la condamnation, mais bien du montant de la demande, s'entendant comme étant la demande formulée dans l'acte introductif d'instance ou, en cas de modification de la demande en cours d'instance, la somme demandée dans les dernières conclusions déposées au cours de cette instance.

En l'occurrence, le montant de base indexé de l'indemnité de procédure s'élève à 1.080 EUR pour les litiges dont les montants en jeu (dans les dernières conclusions des deux parties au procès) se situent entre 5.000 EUR et 10.000 EUR.

11 y a donc lieu de compenser les indemnités de procédure et ensuite de les ventiler de la manière suivante :

- la S.P.R.L. S. C.-I. supportera 720 EUR (2/3)
- Madame K. supportera 360 EUR (1/3)

V.7. Sur l'exécution provisoire.

22.

La présente cause ayant été introduite après le 1 novembre 2015, l'exécution provisoire est de droit malgré appel et sans garantie, conformément à l'article 1397 du Code judiciaire.

VI. DISPOSITIF DU JUGEMENT

PAR CES MOTIFS,

LE TRIBUNAL,

Après avoir entendu Madame F. M., Substitut de l'Auditeur du travail, en son avis non conforme, auquel la partie demanderesse a répliqué.

Statuant après un débat contradictoire,

1. Sur l'existence d'une discrimination directe lors du recrutement

Dit cette demande recevable et fondée.

Dit pour droit que la S.P.R.L. S. C.-I. a usé d'un critère discriminatoire, tenant à l'état de santé, dans la phase de recrutement, de Madame K..

2. Sur l'indemnité protection prévue aux articles 17 § 6 et 18 § 2, 2° de la loi du 10 mai 2007

Dit cette demande recevable et partiellement fondée.

En conséquence,

Condamne la S.P.R.L. S. C.-I. au paiement d'une indemnité de protection forfaitaire de 3.012,33 EUR, à majorer des intérêts compensatoires au taux légal à compter du 27 novembre 2015.

3. Sur les dépens

Compense les indemnités de procédure entre parties et les ventile de la manière suivante

- la S.P.R.L. S. C.-I. supportera 720 EUR (2/3) ;
- Madame K. supportera 360 EUR (1/3).

4. Dit y avoir lieu à exécution provisoire.

Ainsi jugé par la 4^e Chambre du Tribunal du travail francophone de Bruxelles à laquelle étaient présents et siégeaient :

O. M.,	Juge,
J.-P. V. D. S.,	Juge social employeur,
F. F.,	Juge social ouvrier

Et prononcé en audience publique du 11 -06- 2018 à laquelle était présent :

O. M., Juge,
assisté par F. D., Greffier.