

COUR DU TRAVAIL DE BRUXELLES DU 19 DECEMBRE 2023

Quatre chambre

Madame N. H., inscrite au registre national sous le numéro (...) (ci- après « M.H »),
domiciliée à (...),

partie appelante au principal,
partie intimée sur incident,
comparaissant en personne et assistée par Maître Vincent CHIAVETTA, avocat à 1180 Bruxelles,

contre

La S.A. « S. M. R. », inscrite à la B.C.E. sous le numéro (...) (ci- après « la SA »),
dont le siège est établi à (...),

partie intimée au principal,
partie appelante sur incident,
représentée par Maître Sarah CLUYDTS, avocate à 1160 Bruxelles,

*
* *

Vu la loi du 10.10.1967 contenant le Code judiciaire ;

Vu la loi du 15.6.1935 sur l'emploi de, langues en matière judiciaire

Vu la loi du 3.7.1978 relative aux contrats de travail (ci-après « loi du 3.7.1978 »).

1. Indications de procédure

La cour a pris connaissance des actes et pièces de la procédure et notamment :

- le jugement de la 1ère chambre du tribunal du travail francophone de Bruxelles du 7.2.2020 R.G. re18/3383/A ;
- la requête d'appel reçue au greffe de la cour de céans le 29.6.2020 ;
- l'ordonnance de mise en état de la cause sur pied de l'article 747 CJ rendue le 2.9.2020 ,
- les conclusions additionnelles et de synthèse remises pour M.H le 16.6.2022 ;
- les secondes conclusions additionnelles et de synthèse remises pour la SA le 15.9.2022 ;
- le dossier de M.H (29 pièces) ;
- le dossier de la SA (25 pièces).

Les parties ont été entendues en leurs dires et moyens à l'audience publique du 28.11.2023.

Aucune conciliation n'a pu être obtenue.

En application de l'article 747, §4, Cl, les parties marquent leur accord exprès à l'audience quant aux dates effectives de la remise et de l'envoi de leurs conclusions respectives, encore qu'elles puissent différer de celles initialement fixées.

Les débats ont été clos.

Monsieur Henri Funck, avocat général, a alors déposé un avis écrit et en a remis une copie aux parties. Il a ensuite exposé à l'audience le contenu de cet avis.

Les parties ont été informées qu'elles avaient le choix, soit de répliquer oralement et immédiatement soit de répliquer par écrit dans un délai fixé par la cour.

Elles ont fait choix de répliquer oralement

La cause a été prise en délibéré le 28.11.2023.

2. Les faits et antécédents

La SA, inscrite à la BCE sous le numéro (...) a été constituée par acte notarié du 26.6.2007 sous la dénomination « S. M. T. » par Monsieur J. N. et Monsieur L¹. Le 28.11.2014, la SA a adopté sa dénomination actuelle². Elle se présente comme faisant partie d'un groupe international spécialisé dans l'exploitation minière et la commercialisation de produits finis et intermédiaires de cobalt, cuivre, nickel, tungstène et tantale, groupe particulièrement actif en Afrique et en Chine, mais cherchant à étendre sa présence dans d'autres régions du monde et notamment en Europe. En Belgique, la SA occuperait moins d'une dizaine d'employés, ce qui l'amène à se qualifier de « petite entreprise »³. Elle prétend ressortir à la commission paritaire auxiliaire pour employés (CP n°200, anciennement CP n°218) et se prévaut à cet égard d'un avis en ce sens communiqué le 30.7.2008 par le service de l'immatriculation et des statistiques de l'ONSS⁴. Son règlement de travail en vigueur au 1.9.2007 indique cependant parmi les renseignements généraux l'appartenance de la SA à la CP 226⁵.

¹ V. Annexes au Moniteur belge du 10.7.2007

² V. Annexes au Moniteur belge du 29.12.2014

³ V. secondes conclusions additionnelles et de synthèse SA, p.2

⁴ Pièce 22 -dossier SA

⁵ Pièce 15 - dossier M.H

Le 1.2.1992, M.H est entrée au service de la S.A. « S. M. & C. » en qualité d'employée administrative dans le cadre d'un contrat de travail à durée déterminée de 6 mois⁶. Cette société constituée en 1988, avait son siège social à la même adresse que la SA (...), et était inscrite à la BCE sous le numéro (...).⁷

Le 1.8.1992, M.H. a été engagée dans la même qualité par la S.A. « S. M. & c. » dans le cadre d'un contrat de travail à durée indéterminée et à temps plein⁸.

A une date indéterminée entre 1994 et 1995, la S.A. « S. M. & C. » a changé de dénomination pour devenir la S.A. « S. M. C. » toujours active en 2023 et ayant conservé son siège social à la même adresse que la SA⁹.

A une date indéterminée après 2007, M.H est passée au service de la SA.

La fonction de M.H auprès de la SA était celle d'une « assistante commerciale » chargée en substance, dans un contexte international, de¹⁰ :

- à l'achat et à la vente :
 - o la bonne exécution des contrats d'achats de matières, leur livraison ainsi que leur paiement ;
 - o s'assurer que tous les documents requis pour la transaction sont en ordre en fonction des incoterms ;
 - o le cas échéant, l'organisation du stockage des marchandises livrées dans des entrepôts certifiés ;
- rédiger des offres et en assurer la relance, avec le cas échéant une négociation ;
- organiser le transport en cas d'utilisation d'incoterms différents.

Du 29.9.2010 au 31.12.2010, M.H a été en incapacité de travail¹¹.

A partir du 12.1.2016 jusqu'au 29.7.2017, M.H a été à nouveau en incapacité de travail pratiquement de manière ininterrompue¹².

M.H a bien tenté l'une ou l'autre fois de reprendre le travail, mais en vain et elle se plaint de ce que ces de échecs aient été mal accueillis par son employeur, ce qui serait illustré par les réactions suivantes de Monsieur L., l'administrateur délégué de la SA :

- reprise des 21 et 22.3.2016¹³ :
 - o SMS de M.H du 23.3.2016, après l'échec de la reprise : «A cette heure je suis certaine d'être la première à vous souhaiter de tout mon coeur un bon et heureux anniversaire prenez bien soin de vous (...) »
 - o SMS en réponse de Monsieur L du 24.3.2016: « Merci de tes voeux. A ma grande surprise j'apprends que tu as quitte le bureau. J'aurais espéré un autre cadeau d'anniversaire »
- reprise des 2 et 3.5.2016¹⁴ :
 - o mail de M.H du 4.5.2016, après l'échec de la reprise : « Veuillez trouver en annexe la copie du certificat médical. L'original suivra demain. Je vous en souhaite bonne réception (..)»;

⁶ Pièce 1- dossier M.H
⁷ <https://kbopub.economie.fgov.be/kbopub/toonondernemingps.html?>
⁸ Pièce 1- dossier M.H
⁹ https://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_tsv/tsv_I.pl
¹⁰ V. secondes conclusions additionnelles et de synthèse SA, p.2
¹¹ Pièce 2 — dossier SA
¹² Pièces 4 — dossier SA
¹³ Pièce 13 — dossier M.H
¹⁴ Pièce 11 — dossier M.H

- o mail en réponse de Monsieur L. du 5.5.2016: « Bien noté, Tu comprends bien que ça devient très difficile pour tout le monde (..) »
 - o mail de M.H du 8.5.2016: « Je viens de lire votre message et je ne peux dire qu'une seule chose, j'ai toujours fait mon maximum et au mieux de mes connaissances/ capacités pour servir la société et être efficace tout au long de ces années. Le tout en étant loyale et performante. J'ai tenté de reprendre le travail mais malheureusement sans succès. Toutefois — j'ai pris bonne note de votre message (..) » ;
 - o mail en réponse de Monsieur L. du 9.5.2016: « (...) Je le sais bien, c'est pourquoi je répète que cela devient difficile pour tout le monde, rien de pire que venir 48heures et devoir repartir en congé maladie (plusieurs fois de suite), ce qu'en personne intelligente tu comprendras fort aisément (.».)
- (le 9.5.2016, M.H adressera encore un dernier long courriel à Monsieur L. dans lequel elle lui partagera tout son mal-être et ses ressentiments¹⁵)

Le dernier certificat médical remis couvrait la période du 18.7.2017 au 29.9.2017¹⁶.

Il n'est pas contesté qu'entre-temps la SA a dû se réorganiser pour palier aux absences de M.H :

- la SA pointe à cet égard la redistribution progressive du travail attribué à M.H de la manière suivante¹⁷ :
 - o début janvier 2011, engagement de Madame V. S. dans une fonction d'assistante commerciale qui reprend une partie du portefeuille clients/fournisseurs de M.H ;
 - o courant 2016, l'entièreté du portefeuille restant de M.H est transféré à Madame N. B. et à Madame V. S., en plus de leurs propres tâches ;
 - o Monsieur Q. L. a un temps pris sur lui les activités logistiques du T. et du T. avant qu'elle ne soient réattribuées à Madame N. B. et à Madame V. S., au mois d'août 2016 ;
 - o compte tenu de la surcharge de travail supportée par Madame N. B. et à Madame V. S., Madame A.-S. M. a été engagée en octobre 2016 comme assistante commerciale.
- de son côté, M.H constate que¹⁸ :
 - o la SA « va finalement décider de combler à l'absence de sa travailleuse à partir de juin 2016 » ;
 - o ses tâches « vont être réparties entre différents travailleurs et une nouvelle employée va être engagée pour une durée indéterminée et à temps plein en septembre 2016 » ;
 - o la SA « procède donc à une forme de réorganisation en septembre 2016 » et pallie ainsi à son absence.

Par lettre recommandée du 28.7.2017, la SA a notifié à M.H son licenciement avec effet immédiat, moyennant paiement d'une indemnité compensatoire de préavis de 22 mois et 13 semaines et présentation de l'offre sectorielle de reclassement¹⁹.

Le C4 délivré par la SA le 17.8.2017 indique que la rupture est intervenue par le fait de l'employeur le 28.7.2017 en raison de « difficultés organisationnelles »²⁰.

Par lettre recommandée du mardi 22.8.2017 avec accusé de réception, M.H a demandé à la SA de lui communiquer les raisons précises de son licenciement conformément à la CCT n°109 et a en outre fait part de sa décision de participer à la procédure d'outplacement, avec cette réserve que son état de santé ne lui permettait pas de s'engager actuellement dans cette procédure²¹.

¹⁵ Pièce 11— dossier M.H

¹⁶ Pièces 4 — dossier SA

¹⁷ V. secondes conclusions additionnelles et de synthèse SA, pp. 3-5

¹⁸ V. conclusions additionnelles et de synthèse M.H, p.13

¹⁹ Pièce 2 — dossier M.H

²⁰ Pièce 3 — dossier

²¹ Pièce 6- dossier

Le 23.8.2017, la SA a accusé réception de la lettre du 22.8.2017.

Par une lettre du mardi 24.10.2017, la SA a répondu à M.H en lui communiquant les motifs suivant²²:

« (...) Nous faisons suite à votre courrier du 22 août dernier, par lequel vous nous demandiez de vous communiquer les raisons précises de votre licenciement sur base de la CCT n°109.

Comme indiqué sur le formulaire C4-Chômage qui vous a été délivré, les motifs concrets justifiant la rupture de votre contrat de travail reposent sur les difficultés organisationnelles engendrées par votre absence.

En effet, au moment de la rupture de votre contrat, vous étiez en absence presque ininterrompue depuis le 12 janvier 2016.

En raison de cette absence, que vous avez prolongée à de multiples reprises, nous avons été confrontés à de multiples difficultés en termes d'organisation du travail. Nous sommes en effet une petite structure qui dépend évidemment beaucoup de la présence de ses travailleurs et qui compte sur le fait que chacun remplisse sa part de travail.

1-

Il convient par ailleurs de constater que ce n'est pas la première fois que votre absence engendre des difficultés organisationnelles.

Ainsi, déjà fin 2010 - début 2011, nous avons déjà été confrontés à une absence dans votre chef, d'une durée de 5 mois, votre certificat médical initial ayant fait l'objet de plusieurs prolongations.

Cette absence a nécessité d'importantes adaptations d'organisation qui ont sérieusement compliqué le bon fonctionnement de la société.

Dans la mesure où votre fonction d'assistante commerciale est très spécialisée, il nous était difficile de vous trouver un(e) remplaçant(e) intérimaire.

Sur cette base, nous nous sommes vus contraints d'engager Madame V. S. début janvier 2011 afin d'assurer le suivi de vos dossiers. A la fin de sa période d'essai, son engagement a été confirmé, car vos absences répétées mettaient en difficulté l'organisation même de notre société. A cette occasion, Madame S. a donc repris une partie du portefeuille clients/fournisseurs que vous gériez (notamment les activités de F. T.),

2-

Depuis janvier 2016, vos absences ont repris, presque sans discontinuer. Vous avez, en effet, été absente au cours de périodes suivantes :

Par ailleurs, pour certaines périodes d'absence, vous nous avez averti le jour même, la veille, voire même après le début de la prise de cours de votre certificat médical. ce qui ne facilitait évidemment pas le suivi de vos dossiers et a engendré le mécontentement chez vos collègues.

Ces absences répétées et de durée variable ont, une fois de plus, nécessité d'importantes adaptations d'organisation qui ont sérieusement compliqué le bon fonctionnement de la société.

Dans la mesure où nous n'avions aucune certitude quant à une éventuelle reprise du travail définitive, l'entièreté de votre portefeuille restant (à savoir les opérations d'achat et de vente pour la W. et le T.) a été transférée vers Madame N. B. et Madame S..

²² Pièce 7 — dossier, pièce 8 — dossier SA

Compte tenu de la surcharge de travail à laquelle celles-ci étaient confrontées, une nouvelle structure a également dû être mise en place pour palier à vos absences, et Madame A.-S. M. a été engagée en octobre 2016 comme assistante commerciale.

Il est donc clairement établi que votre licenciement est bien lié à l'impact négatif de vos absences répétées sur le fonctionnement de la société (...) »

Par une requête du 20.7.2018, en désaccord avec les motifs du licenciement, M.H a saisi le tribunal du travail francophone de Bruxelles du présent litige.

Par jugement du 7.2.2020, le tribunal n'a fait que très partiellement droit à ses demandes.

Par une requête reçue au greffe de la cour de céans le 29.6.2020, M.H a interjeté appel dudit jugement.

3. La demande originaire et le jugement dont appel

3.1. Les demandes originaires

3.1.1. M.H demandait au tribunal de :

- déclarer sans objet ses demandes relatives aux sommes suivantes :
 - o 398,21 € nets (somme retenue par l'employeur comme « compensation du net à payer ») ;
 - o 2.584,46 € bruts (régularisation de l'indemnité compensatoire de préavis) ; condamner la SA
- au paiement des sommes suivantes, à majorer des intérêts :
 - o 1.866,58€ nets, à titre de somme retenue par la SA comme « retenues » ;
 - o 2.700,00 € nets provisionnels, à titre de régularisation des contributions au fonds de pension établi par la CP 226 ;
 - o 2.362,96 € bruts, à titre de pécule de vacances correspondant aux jours de congé reportés de 2015 ;
 - o 2.795,08 € nets, à titre d'amende pour n'avoir pas communiqué les motifs du licenciement dans le délai prévu par la CCT n°109;
 - o 23.758,20 € nets, à titre d'indemnité pour licenciement déraisonnable ;
 - o 72.672,13 € nets, à titre d'indemnité pour discrimination ;
 - o 1,00 € provisionnel, à titre de réparation d'un dommage matériel résultant de son incapacité de travail ;
 - o 28.150,00 € nets, à titre de réparation d'un dommage moral résultant de son incapacité de travail ;
- condamner la SA aux dépens, liquidés à la somme de 6.000 € et à la somme de 20,010 € à titre de contribution au fonds budgétaire relatif à l'aide juridique de deuxième ligne ou, à titre subsidiaire, si elle devait être condamnée aux dépens, les réduire.

3.1.2. la SA demandait au tribunal de

- rejeter les demandes de M.H en les déclarant soit irrecevables, soit non fondées ;
- condamner M.H aux dépens liquidés à la somme de 6.000 € ;
- à titre subsidiaire, que l'exécution provisoire ne soit pas accordée ou que le cantonnement le soit.

3.2. Le jugement du 7.2.2020

Le premier juge 13 statué comme suit :

« Statuant après un débat contradictoire,

Déclare sans objet les demandes de M.H portant sur:

- 398,21 € nets (somme retenue par l'employeur comme "compensation du net à payer") ;
- 2.584,46€ bruts (régularisation de l'indemnité compensatoire de préavis) ;

Déclare irrecevable la demande de dommages et intérêts pour troubles de l'exécution du contrat de travail;

Déclare fondée la demande relative au versement d'un pécule de vacances retenu par l' employeur;

Condamne par conséquent [la SA] à payer à M.H la somme de 1.866,58€ nets, à majorer des intérêts à dater de leur exigibilité ;

Déclare non fondées les autres demandes de M.H;

Ordonne la compensation des dépens, chaque partie restant tenue des siens ;

Précise que M.H reste donc tenue à la somme de 20,00 € à titre de contribution en faveur du Fonds budgétaire relatif à l'aide juridique de deuxième ligne ;

Constate que le présent jugement est exécutoire par provision (...) »

4 Les demandes en appel

4.1. M.H demande à la cour de déclarer l'appel recevable et fondé et, en conséquence, de :

- à titre principal

Condamner la SA à la somme nette de 7.795,08 € à titre d'amende civile prévue par la CCT 109 ;

- o condamner la SA à la somme nette de 72.672,13 € à titre d'indemnité pour violation de la loi anti-discrimination du 10.5.2007 ;
 - o condamner la SA à la somme nette provisionnelle de 2.700,00 € à titre de régularisation des contributions au fonds social de la CP 226 ;
 - o condamner la SA à la somme nette de 23.758,20 € à titre d'indemnité pour licenciement manifestement déraisonnable au sens de la CCT 109 ;
 - o condamner la SA au paiement des intérêts au taux légal sur l'ensemble des montants susvisés exigibles depuis le 28.7.2017 ;
 - o condamner la SA aux entiers dépens des deux instances, en ce compris les deux indemnités de procédure liquidées jusqu'ores à 10.900 € (3.900 € + 7.000 €) ;
 - o débouter la SA de son appel incident « et confirmer le jugement a quo sur ce point »²³ ;
- à titre subsidiaire, si la cour venait à confirmer le jugement a quo, ordonner la compensation des dépens.

4.2. La SA demande quant à elle à la cour de :

- à titre principal :

- o confirmer le jugement entrepris en ce qu'il a déclaré non fondées les demandes de paiement de:
- ✓ l'amende civile prévue par la CCT 109 ;

²³ Cette précision a été apportée à l'audience par M.H et actée au procès-verbal d'audience

- ✓ l'indemnité pour licenciement manifestement déraisonnable ;
- ✓ l'indemnité pour discrimination ;
- ✓ la régularisation des contributions au fonds social de la CP 226 ;
- o réformer le jugement entrepris :
 - ✓ en ce qu'il a déclaré fondée la demande de M.H au paiement d'une somme nette de 1.866,58 € à titre de pécule de vacances retenu, ✓ à majorer des intérêts ;
 - ✓ en ce qu'il a compensé les dépens ;
- o déclarer les demandes originaires de M.H non fondées et l'en débouter ;
- o condamner M.H aux entiers dépens des deux instances, en ce compris l'indemnité de procédure liquidée à 7.000 € par instance ;
- à titre subsidiaire :
 - o dire pour droit que l'indemnité pour licenciement manifestement déraisonnable et l'indemnité pour discrimination ne sont pas cumulables ;
 - o limiter le montant de l'indemnité pour licenciement manifestement déraisonnable à 3 semaines de rémunération ;
 - o compenser les dépens.

5. Sur la recevabilité

Le jugement entrepris ne semble pas avoir été signifié. L'appel principal a été introduit dans les formes et les délais légaux le 29.6.2020.

L'appel principal est partant recevable. Il en va de même de l'appel incident.

6. Sur le fond

6.1. Quant à l'indemnité pour cause de discrimination fondée sur l'état de santé

6.1.1. La loi du 10.5.2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination²⁴ s'applique, à l'exception des matières qui relèvent de la compétence des Communautés ou des Régions²⁵, à toutes les personnes, tant pour le secteur public que pour le secteur privé, en ce compris aux organismes publics, en ce qui concerne notamment les relations de travail²⁶, ce qui inclut les conditions d'accès à l'emploi, les conditions de travail et de rémunération et les dispositions et pratiques en matière de rupture des relations de travail²⁷.

²⁴ Ci-après « loi du 10.5.2007 »

²⁵ La cour note à cet endroit que ce n'est qu'à partir du 1.1.2018 que l'ordonnance du 4.9.2008 relative à la lutte contre la discrimination et à l'égalité de traitement en matière d'emploi a étendu son champ d'application aux employeurs dont au moins l'un des sièges d'exploitation est situé sur le territoire de la Région de Bruxelles- Capitale (y. article 5 de l'ordonnance du 4.9.2008 telle que modifiée par l'ordonnance du Parlement de la Région de Bruxelles Capital du 16.11.2017, M.B. 21.11.2017)

²⁶ V. article 5, §1.5°, de la loi du 10.5.2007

²⁷ v. article 5, §2, de la loi du 10.5.2007

Parmi les critères protégés²⁸ figure celui de « l'état de santé actuel ou futur »²⁹

La loi du 10.5.2007 interdit toute forme de discrimination, directe ou indirecte³⁰. Les discriminations directes et indirectes sont elles-mêmes fonction de distinctions directes ou indirectes.

Selon l'article 4, 7°, de la loi du 10.5.2007, la discrimination directe s'entend de la distinction directe, fondée sur l'un des critères protégés, qui ne peut être justifiée sur la base des dispositions du titre II intitulé « Justification des distinctions ».

La distinction directe est définie par l'article 4, 6°, comme étant « 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 ».

Bien qu'établie, une distinction directe peut ne pas être constitutive de discrimination directe fondée sur le critère protégé, lorsqu'elle est justifiée sur la base d'une des dispositions du titre II de la loi du 10.5.2007, intitulé « Justification des distinctions », dont l'article 7 qui dispose 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 ».

Le caractère approprié des moyens doit permettre de constater qu'ils sont aptes à atteindre le but légitime invoqué. Leur caractère nécessaire renvoie plutôt à la vérification d'un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but poursuivi³¹. En d'autres termes, l'examen du caractère approprié et nécessaire des moyens utilisés consistera à vérifier si ces moyens permettent d'atteindre l'objectif légitime poursuivi, sans que cela n'excède ce qui est nécessaire pour y parvenir et donc sans porter une atteinte excessive aux intérêts légitimes de la personne qui subit la différence de traitement³².

Selon l'article 4, 9°, de la loi du 10.5.2007, la discrimination indirecte s'entend de la distinction indirecte fondée sur l'un des critères protégés, qui ne peut être justifiée sur la base des dispositions du titre II intitulé « Justification des distinctions ».

La « distinction indirecte » est définie comme « 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 »³³.

Aux termes de l'article 9 de la loi du 10.5.2007, 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; ou,
- à moins que, en cas de distinction indirecte sur base d'un handicap, il soit démontré qu'aucun

L'article 28, § 1er, de la loi du 10.5.2007 aménage la charge de la preuve en ces termes³⁴ :

²⁸ Dans sa version applicable à l'espèce et donc avant la modification des articles 3 et 4, 4°, de la loi du 10.5.2007 par la Io' du 20.7.2022 (M.B., 17.10.2022)

²⁹ y. article 4, 4°, de la loi du 10.5.2007

³⁰ v. article 14 de la loi du 10.5.2007

³¹ CT Bruxelles, 4e ch., 9.1.2019, R.G. n°2016/AB/380, Chron.D.S., 2022 ; v. aussi CT Bruxelles, 4e ch., 12.7.2022, R.G. n°2019/AB/4510, p.23

³² V. en ce sens à propos d'une discrimination directe fondée sur l'âge : DUE, 12.10.2010, affaire C-499/08, Andersen, points 32 et 36, curia.eurooa.eu

³³ v. article 4, 8°, de la loi du 10.5.2007

³⁴ 34 c'est la cour qui souligne

« Lorsqu'une personne qui s'estime victime d'une discrimination, le Centre ou l'un des groupements d'intérêts 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 ».

Plutôt qu'un véritable renversement de la charge de la preuve, l'article 28 de la loi du 10.5.2007 instaure un mécanisme de « partage de la charge de la preuve »³⁵. Il n'y a rien d'automatique et la victime doit préalablement établir les faits qui permettraient de présumer *prima facie* l'existence d'une discrimination. Autrement dit, elle ne peut se contenter d'alléguer l'existence d'une discrimination, mais doit apporter suffisamment d'éléments qui a révèlent. Ce n'est que si elle parvient à faire constater l'apparence d'une discrimination que le basculement ou le glissement interviendra et que le défendeur devra prouver qu'en dépit de cette apparence aucune attitude discriminatoire ne peut lui être imputée³⁶. Cette apparence qui reposera sur un faisceau d'indices ne doit pas déboucher sur une certitude, mais sur une probabilité suffisante.

L'article 18, §1er., de la loi du 10.5.2007, prévoit la possibilité pour la victime d'une discrimination d'obtenir une indemnisation de son préjudice correspondant, selon son choix, soit à une somme forfaitaire, soit au dommage réellement subi par elle, auquel cas elle devra prouver l'étendue du préjudice subi.

L'indemnité forfaitaire est fixée comme suit par l'article 18, §2, de la loi du 10.5.2007 :

- 1° l'indemnisation forfaitaire du préjudice moral subi du fait d'une discrimination est fixée à un montant de 650 €; ce montant est porté à 1300 € 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, telle 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°.

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 »³⁷ et s'oppose à l'état de santé passé.

Le recours aux travaux préparatoires, singulièrement à ceux de la loi du 25.2.2003 tendant à lutter contre la discrimination et modifiant la loi du 15.2.1993 créant un Centre pour l'égalité des chances et la lutte

³⁵ Doc. pari., Ch., sess. 2006-2007, n°51-2722/001, p. 34

³⁶ v. en ce sens quant à la nécessité d'établir une « apparence », mais à propos d'une discrimination sur la base du sexe : CJCE, 10.3.2005, affaire C-196/02, Nikoloudi, point 74, curia.europa.eu

³⁷ CT Bruxelles, 40 CL., 9.1.2019, R.G. n°2016/AB/380, Chron.D.S., 2022, p.32; v. aussi en ce sens CT Bruxelles, 4e ch., 5.4.2023, R.G.n°2019/AB/781, www.unia.be; CT Bruxelles, 6e ch., 3.10.2022, R.G. n°2020/AB/522, www.unia.be

contre le racisme, ne se justifie donc pas sur ce point, même si la loi du 10.5.2007 en est « l'héritière »³⁸ et cultive le principe de « conservation de l'acquis »³⁹.

Au demeurant, il n'est pas faux de souligner, en tirant argument desdits travaux préparatoires, que, par les mots « état de santé actuel ou futur », le législateur a voulu viser les tests génétiques prévisionnels et d'autres tests médicaux prédictifs⁴⁰. Par contre, il est réducteur et contraire au sens clair de ces mots d'en déduire qu'il n'y aurait pas place pour d'autres applications^{41 42}. Il est tout aussi contraire à l'article 4, 4°, de la loi du 10.5.2007, d'affirmer dans le même élan que le concept d'état de santé actuel ou futur « ne renvoie pas à l'incapacité de travail résultant d'une maladie ou d'un accident, mais uniquement à des "phénomènes périphériques", tels que les tests prédictifs »⁴³.

L'adoption du critère protégé de l'« état de santé actuel ou futur » par loi du 10.5.2007 se concilie parfaitement avec les dispositions de la loi du 3.7.1978. Les textes ne se contredisent pas, ils se complètent. Ainsi, la circonstance qu'en vertu de l'article 38, §§ 1 et 2, de la loi du 3.7.1978, un congé puisse être donné par l'employeur pendant la suspension de l'exécution du contrat visée à l'article 31, § 1er⁴⁴ ne l'autorise pas pour autant à licencier le travailleur en raison de son état de santé actuel ou futur en contravention avec les articles 4, 4°, et 14 de la loi du 10.5.2007⁴⁵. Si l'employeur procède au licenciement pendant cette période de suspension du contrat (ce qu'il est en droit de faire), mais que sa décision est motivée par l'état de santé actuel ou futur du travailleur qui a justifié la suspension du contrat, l'employeur contreviendra assurément à la loi du 10.5.2007 et sera aussi tenu, en plus de l'indemnité de préavis payée en application de l'article 39, § 1er, de la loi du 3.7.1978, au paiement de l'indemnité visée à l'article 18 de ladite loi qui lui serait réclamée⁴⁶.

Le lien causal entre le critère protégé et le traitement défavorable peut n'être que partiel, de sorte qu'une discrimination est susceptible d'être identifiée quand bien même le traitement défavorable est en lien causal à la fois avec un critère protégé et d'autres motifs⁴⁷.

6.1.2. Le tribunal a rejeté la demande de M.H pour les motifs suivants :

« (...) Comme l'a rappelé la cour du travail de Bruxelles, n'est pas discriminatoire le licenciement décidé "suite à de nombreuses absences pour maladie et la désorganisation du service qui en découle". Dans ce cas, le travailleur "ne rapporte pas la preuve de l'existence d'un ensemble de faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination fondée sur l'un des critères protégés, don l'état de santé actuel et futur".

³⁸ Doc. parl., Ch., sess. 2006-2007, n°51-2722/001, p.12

³⁹ Ibidem, p.17

⁴⁰ Doc. part., Sénat) sess. extr. 1999, n°2-12/1, p.2: « Le sexe d'une personne, son état de santé actuel ou futur (détecté par un test génétique prévisionnel), son orientation sexuelle... sont, entre autres, des caractéristiques qui motivent parfois des comportements discriminatoires

⁴¹ ».En ce sens aussi, la cour lit dans ces mêmes travaux parlementaires que « les tests génétiques prédictifs ne sont pas la seule Manière d'envisager l'état de santé futur », que l'auteur principal de la proposition de loi « se rallie à cette dernière observation » et qu'il « ne s'agissait que d'un exemple » (Doc. part., Sénat, sess. 2001-2002. N2-12/15. P.107)

⁴² R.G. n°2019/AB/450, p.19, LI Bruxelles, 6° ch., 12.4.1, R.G. n°2018/Ab/445, p.14; LI Bruxelles, 4e ch., 9.1.2019, R.G. n°2016/AB/380, Chron.D.S., 2022, p.32

⁴³ Henri FUNCK, « 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" ? », Chr. D. S., 2022-1, p.10, n°34, qui cite à cet endroit Daniel CUYPERS, « De nieuwe Vlaamse Discriminatiewetgeving », in C. BAYART et al. (dir.), Actualité du droit de la lutte contre la discrimination, la Charte, 2010, p. 216

⁴⁴l'exécution du contrat

⁴⁵ V. aussi en ce sens L. PELTZER et E. PLASSCHAERT, « La motivation du licenciement des travailleurs : nouvelles règles pour tous les travailleurs depuis le 1er avril 2014 », J. T., 2014, p.386, n°38

⁴⁶ V. en ce sens: CT Bruxelles, 6e ch., 3.10.2022, R.G. n°2020/AB/522, www.unia.be ; CT Bruxelles, 4e ch., 12.7.2022, R.G. n°A19/AB/450, p.20

⁴⁷ CT Bruxelles, 4e ch., 10.9.2019, R.G. n°2018/AB/23, J.T.T., 2019, p. 482

En l'espèce, M.H a été licenciée vu la longue période d'incapacité de travail (plus d'un an et demi) imposant à son employeur de réorganiser ses services. Ce licenciement n'est donc pas fondé directement sur l'un des critères protégés, mais sur la désorganisation du service qui découle de l'état de santé de l'intéressée.

En conclusion, M.H. n'invoque pas des faits permettant de présumer l'existence d'une discrimination. La demande d'indemnité est dès lors non fondée.

6.1.3. M.H défend que ce n'est pas la désorganisation de l'entreprise qui est à l'origine de son licenciement, mais bien « son état de santé » et elle pointe ainsi plusieurs éléments constituant selon elle « un faisceau d'indices » laissant présumer une discrimination⁴⁸:

- lettre du 24.10.2017 qui se réfère de nombreuses fois à ses absences pour cause de maladie ;
- la circonstance que, tout au long de son occupation, il ne lui a jamais été adressé d'autres reproches que ceux portant sur ses absences pour maladie ;
- les différentes réactions négatives de Monsieur L. à l'annonce de ses nouvelles incapacités de travail ;
- la circonstance qu'il a été mis fin au contrat la veille du dernier jour couvert par un certificat médical ;
- la circonstance que son état de santé (burn out professionnel sévère) était bien connu de son employeur ;
- la circonstance que, dans une attestation du 25.5.2022⁴⁹, sa collègue, Madame B. ne fait mention d'aucune difficulté organisationnelle liée à ses absences et explique qu'au contraire que la « répartition du travail s'est faite et a été accomplie par l'équipe sans difficulté particulière » ;
- la question reste ouverte de savoir ce qui a bien pu se passer entre la dernière répartition des tâches en 2016 et le mois de juillet 2017 pour que, subitement, la SA invoque des difficultés organisationnelles ;
- aucune réorganisation n'a été mise en place en juillet 2017, au moment du licenciement.

Renvoyant à sa lettre du 24.10.2017, la SA maintient que le licenciement de M.H n'est pas motivé par son état de santé, mais bien par la désorganisation que ses absences ont engendrées au sein de l'entreprise⁵⁰ ou, autrement dit, que le licenciement est « justifié par le fait que son absence presque ininterrompue depuis plus d'un an et demi au moment du licenciement engendrait des difficultés organisationnelles importantes au sein de l'entreprise »⁵¹.

6.1.4. Pour établir son droit à la réparation de son dommage sur la base de l'article 18 de la loi du 10.5.2007, M.H, qui s'estime victime d'une discrimination, doit démontrer l'existence de faits laissant présumer une discrimination sur la base de son état de santé actuel ou futur au sens de l'article 4, 4°, de la loi du 10.5.2007. Si elle y parvenait, il incomberait ensuite à la SA de démontrer qu'elle ne s'est pas rendue coupable de discrimination.

Au vu des éléments suivants, la cour constate que M.H invoque des faits, au sens de l'article 28, §1er, de la loi du 10.5.2007, qui laissent présumer prima facie une discrimination sur la base de son état de santé actuel et futur :

- la décision de licencier a été prise le 28.7.2017, alors que M.H se trouvait toujours en incapacité de travail sur la base d'un énième certificat médical de prolongation couvrant la période du 18.7.2017 au 29.9.2017 ;

⁴⁸ V. conclusions additionnelles et de synthèse M.H, pp.18-23

⁴⁹ Pièce 22 — dossier M.H

⁵⁰ V. secondes conclusions additionnelles et de synthèse SA, p.31

⁵¹ V. secondes conclusions additionnelles et de synthèse SA, p.39

- le motif précis du chômage repris sur le formulaire C4 délivré le 17.8.2017 est celui de « difficultés organisationnelles » ;
- dans sa lettre du 24.10.2017, la SA :
 - o ajoute, tout en se référant au motif invoqué sur le C4, que « les motifs concrets justifiant la rupture (...) reposent sur les difficultés organisationnelles engendrées par votre absence » ;
 - o fait l'inventaire des absences litigieuses, lesquelles s'avèrent toutes couvertes pas des certificats médicaux attestant d'une incapacité de travail ;
 - o souligne, après avoir décrit de quelle manière elle a dû s'adapter et mettre en place une nouvelle structure, que le licenciement est bien « lié à l'impact négatif » des « absences répétées sur le fonctionnement de la société » ;
- en page 34 de ses dernières conclusions, pour illustrer que le motif de désorganisation était toujours bien de mise à la date du licenciement (donc actuellement), la SA pointe la perturbation occasionnée par l'état de santé imprévisible et fluctuant de M.H, ponctuée de courtes reprises de travail et accentuée par des annonces en dernière minute d'une prolongation de l'incapacité de travail. Elle déclare ainsi que M.H : « restait sous contrat de travail pendant toute cette période, qu'elle continuait donc à remettre des certificats médicaux régulièrement, parfois à la dernière minute, ce qui était un facteur de désorganisation important, dès lors que [la SA] n'avait aucune certitude quant à une éventuelle reprise du travail par M.H. C'est d'autant plus le cas que M.H a essayé, à plusieurs reprises, de reprendre le travail sans succès. C'est en ce sens que ,Monsieur N. relève que "Les absences répétées de M.H, ajoutées à ses courts retours au bureau, présentaient un caractère fortement perturbant pour le bureau" (pièce 19) (...) » ;
- déjà le 9.5.2016, l'administrateur délégué de la SA n'avait pu cacher son mécontentement face à la difficulté de gérer une absence pour maladie entrecoupée d'une répétition de brèves reprises de travaux⁵² « (...) cela devient difficile pour tout le monde, rien de pire que venir 48heures et devoir repartir en congé maladie (plusieurs fois de suite) (...) »

Tout semble ainsi indiquer que la SA, qui avait déjà dû subir avant le licenciement « l'impact négatif des absences répétées »⁵³ pour maladie de M.H sur son organisation, qui avait pris différentes mesures et mis en place « une nouvelle structure »⁵⁴ pour y palier et qui, au moment du licenciement, avait « enfin sous contrôle »⁵⁵ la charge de travail dans l'équipe, appréhendait toujours avec un certain embarras la perspective des aléas de l'état de santé de M.H. En réalité, à la date du licenciement, les difficultés organisationnelles causées par les absences pour maladie de M.H font largement partie du passé, mais la SA reste préoccupée par la gestion d'une incapacité de travail qui se prolonge et qui peut toujours être émaillée de brèves reprises de travail, comme ce fut déjà le cas jusque-là. Monsieur N., cofondateur de la SA, ne dit finalement rien d'autre lorsqu'il explique que : « Après mûre réflexion (...). En tenant compte du caractère prolongé des absences de M.H, du stress subi par les autres employés en raison de l'incertitude et de la charge additionnelle générées par ces absences, (...), nous prîmes la décision difficile de mettre un terme au contrat de travail (...) »⁵⁶. En fin de compte, si elle se nourrit très certainement de soucis organisationnels passés, la décision de licencier est surtout façonnée en considération du présent et afin de résoudre un problème futur étroitement lié à l'incertitude qui marque l'état de santé d M.H.

M.H bénéficie donc de la présomption que son licenciement a été décidé en raison de son état de santé actuel et futur.

De son côté, la SA n'établit pas qu'en dépit de cette apparence le licenciement n'était pas discriminatoire.

⁵² Pièce 11— dossier M.H

⁵³ Secondes conclusions additionnelles et de synthèse SA, p. 5, n°5

⁵⁴ Secondes conclusions additionnelles et de synthèse SA, p. 4 I

⁵⁵ Secondes conclusions additionnelles et de synthèse SA, p. 5, n°5

⁵⁶ Pièce 19 - dossier. SA

La SA affirme uniquement que le licenciement n'a pas été décidé en raison de l'état de santé actuel ou futur de M.H, ni même en raison de son état de santé passé, mais bien « en raison des conséquences négatives de ses absences sur l'organisation »⁵⁷.

Certes, dans l'absolu, l'impératif d'une organisation efficace du travail pourrait constituer un objectif légitime au sens des articles 7 ou 9 de la loi du 10.5.2007, encore faudrait-il cependant en ce cas que le licenciement se présente comme un moyen approprié et nécessaire pour réaliser cet objectif. En l'espèce, non seulement cet objectif organisationnel paraît bien avoir été atteint dès l'année 2016 et en tout cas avant la date choisie pour licencier, de sorte qu'il n'a pu réellement fonder la décision querellée, mais quand bien même il aurait encore existé en date du 28.7.2017, quod non, la SA n'explique pas en quoi consistait exactement cet objectif à cette date et, a fortiori, n'établit pas que le licenciement était un moyen approprié et nécessaire pour l'atteindre.

La cour en conclut que le licenciement de M.H est motivé par son état de santé actuel et futur et qu'il est à ce titre constitutif d'une discrimination directe fondée sur ce critère protégé.

M.H sollicitait initialement la condamnation de la SA au paiement de la somme nette de 72.672,13 € à titre d'indemnité couvrant le dommage réellement subi par elle.

A l'audience, M. H. a revu sa prétention à la baisse en la limitant au montant forfaitaire équivalent à 6 mois de rémunération sur la base de l'article 18, §2, de la loi 10.5.2007, soit une somme due de 36.336,06 €.

La SA ne conteste pas le calcul de cette indemnité.

La demande de M.H est partant fondée.

6.2. Quant à l'amende civile due en application de la CCT n°109

6.2.1. Le cadre légal

Aux termes de l'article 4 de la CCT n°109, le « travailleur qui souhaite connaître les motifs concrets qui ont conduit à son licenciement adresse sa demande à l'employeur par lettre recommandée dans un délai de deux mois après que le contrat de travail a pris fin ».

L'article 5 de la une réponse : CCT n°109 régit la forme et le délai dans lesquels l'employeur doit apporter une réponse :

« L'employeur qui reçoit une demande conformément à l'article 4 communique à ce travailleur les motifs concrets qui ont conduit à son licenciement par lettre recommandée dans les deux mois à dater de la réception de la lettre recommandée contenant la demande du travailleur.

La lettre recommandée doit contenir les éléments qui permettent au travailleur de connaître 'es motifs concrets qui ont conduit à son licenciement. »

Il est précisé dans le commentaire de l'article 5 que le « délai de deux mois commence à courir le troisième jour ouvrable après la date de l'envoi de la demande du travailleur. Pour vérifier la date à laquelle l'employeur répond, le cachet de la poste fait foi ».

Une amende civile est prévue par l'article 7 de la CCT n° 109,dans le circonstances suivantes :

⁵⁷ Secondes conclusions additionnelles et de synthèse SA, p. 43

« Si l'employeur ne communique pas les motifs concrets qui ont conduit au licenciement au travailleur qui a introduit une demande à cet effet dans le respect de l'article 4 travailleur ou s'il les communique sans respecter l'article 5, il est redevable à ce travailleur d'une amende civile forfaitaire correspondant à deux semaines de rémunération. »

L'amende civile doit être calculée sur la rémunération en cours⁵⁸. Il convient ainsi de prendre en compte la rémunération annuelle de référence du travailleur, en ce compris les avantages acquis en vertu du contrat de travail⁵⁹.

Par application de l'article 19, §2, 2°, de l'arrêté royal du 28.11.1969⁶⁰, l'amende civile n'est en principe pas soumise aux retenues de cotisations sociales. Elle constitue par contre un revenu imposable donnant lieu à la retenue du précompte professionnel sur la base de l'article 31, al.2, 3°, CIR 92, au titre d'indemnité obtenue « en raison ou à l'occasion de la cessation de travail ou de la rupture d'un contrat de travail »⁶¹.

6.2.2. Le jugement a quo

Le tribunal a rejeté cette demande sur la base de la motivation suivante :

« (...) En l'espèce, M.H a demandé les motifs de son licenciement par courrier du 22.08.2017 et [la SA] a répondu par courrier du 24.10.2017.

Pour la première fois lors des plaidoiries, M.H conteste la date d'envoi du courrier de [la SA]. Cette contestation, outre qu'elle n'a jamais été soulevée auparavant, n'est soutenue par aucun élément du dossier.

Les parties divergent quant au point de départ du délai de deux mois dont dispose un employeur pour répondre à une demande de motivation du licenciement d'un travailleur. Selon M.H, ce délai débute le jour de la réception réelle de la demande. Selon [la SA], il débute le troisième jour ouvrable après l'envoi de la demande.

L'interprétation de M.H ne repose sur aucun élément du texte de la CCT n°109. L'article 4 de celle-ci précise que le travailleur doit formuler sa demande par recommandé, mais uniquement parce qu'il doit lui-même le faire dans un certain délai suivant la fin du contrat. Ainsi, lorsque ce dernier est rompu moyennant l'envoi d'une lettre recommandée, le délai prend cours le troisième jour ouvrable suivant cet envoi.

Ni l'article 4, ni l'article 5 n'exigent qu'un accusé de réception soit présenté à l'employeur. La convention collective ne retient donc pas la date de la réception réelle de la demande pour faire débiter le délai de

⁵⁸ CT Bruxelles, 4e ch, 13.7.2021, R.G. n°s. 2017/AB/882 et 2018/AB/727, p.24

⁵⁹ V. en ce sens aussi : Ariane FRY, « La C.C.T. n°109 : amende civile et indemnité pour licenciement manifestement déraisonnable », dir. Jacques CLESSE et Hugo MORMONT, in Actualités et innovations en droit social, CUP, vol. 182, Liège, Anthemis, 2018, p.54, n°100, avec la jurisprudence et la doctrine citées

⁶⁰ Aux termes de cette disposition, les indemnités dues aux travailleurs lorsque l'employeur ne respecte pas ses obligations légales, contractuelles ou statutaires, ne sont pas considérées comme de la rémunération, à la seule exception des indemnités dues pour la rupture irrégulière du contrat du travail par l'employeur pour la rupture unilatérale du contrat de travail pour les délégués du personnel; pour la rupture unilatérale du contrat de travail pour les délégués syndicaux ou pour la cessation du contrat de travail de commun accord

⁶¹ aussi en ce sens : Sylvie LACOMBE, Julie MALINGREAU et Thérèse DOAT, « Indemnités payées par l'employeur à l'occasion de la rupture du contrat de travail : quel traitement (para)fiscal ? », coord. Bernard MARISCAL et Laurent DEAR, in Le coût salarial d'une entreprise. Aspects sociaux et fiscaux, Limai, Anthemis, 2021, p. 435

réponse. Au contraire, le commentaire de l'article 5 dispose clairement que ce délai débute le troisième jour ouvrable suivant l'envoi.

En conclusion, [la SA] disposait d'un délai de deux mois, du 25.08 au 25.10.2017, pour répondre à M.H. En adressant un courrier le 24.10.2017, elle a respecté ce délai. La demande d'amende civile est dès lors non fondée (...) »

6.2.3. La décision de la cour

Une double difficulté est soulevée ici par M.H :

- la réponse de la SA envoyée le 24.10.2017, alors qu'elle a accusé réception de la demande de M.H le 23.8.2017, est tardive ;
- la SA n'établit pas avoir communiqué les motifs par recommandé (cet argument est soulevé pour la première fois en degré d'appel) ;

Chacune de ces irrégularités se suffit à elle-même et peut conduire la cour à la conclusion que la SA a communiqué les motifs concrets du licenciement sans respecter l'article 5 de la CCT n°109.

La cour constate en l'espèce que l'envoi de la réponse de la SA le 24.10.2017 est tardive, dès lors qu'il est établi qu'elle a effectivement réceptionné la demande de communication des motifs le 23.8.2017. L'article 5 de la CCT n°109 énonce clairement que l'employeur dispose d'un délai de deux mois « à dater de la réception » de la lettre recommandée contenant la demande du travailleur pour lui communiquer les motifs du licenciement par lettre recommandée. Le texte est clair et non équivoque. Il ne nécessite aucun détour par le commentaire de la CCT n°109 pour son interprétation. Il appartenait aux partenaires sociaux soucieux d'apporter à cette disposition une précision qu'elle ne comporte pas de le faire directement dans le corps même de celle-ci, ce dont ils se sont abstenus.

Bien entendu, il n'est pas exigé du travailleur qu'il accompagne d'un accusé de réception sa demande de communication des motifs, mais rien ne le lui interdit non plus et la circonstance ait procédé de la sorte en l'espèce est plutôt de nature à prévenir toute discussion ultérieure.

Pareille lecture s'accorde au demeurant parfaitement avec la théorie de la réception qui prévaut en droit civil. Cette théorie définit le moment à partir duquel un acte juridique unilatéral réceptice parvient à son destinataire comme étant le moment où celui-ci en prend connaissance ou aurait raisonnablement pu en prendre connaissance^{62 63}

C'est uniquement dans l'hypothèse où un doute subsisterait sur le moment où l'employeur a effectivement reçu la demande du travailleur lui adressée en application de l'article 4 de la CCT n°109 qu'il faudra considérer, à la lumière du commentaire de l'article 5, qu'il a raisonnablement pu en prendre connaissance le troisième jour ouvrable après la date de l'envoi de cette demande, le cachet de la poste faisant foi.

⁶² V. notamment pour une application de ce principe en matière de bail : Cass. 1^{er} ch., 8.3.2018, R.G... ; Aux termes de l'article 2 alinéa 3 de la loi du 30 avril 1951 sur les baux commerciaux, le preneur peut mettre fin au bail en cours à l'expiration de chaque triennat, moyennant un préavis de six mois, par exploit d'huissier de justice ou par lettre recommandée à la poste. 4. La notification du congé parvient au bailleur lorsque celui-ci en prend connaissance ou aurait raisonnablement pu en prendre connaissance

⁶³ Ce principe est désormais consacré par l'actuel article 1.5, CCiv. : « La notification parvient au destinataire lorsque celui-ci en prend connaissance ou aurait raisonnablement pu en prendre connaissance. »

En l'état, la cour constate aussi que la SA ne rapporte pas la preuve que sa lettre du 24.10.2017 a été envoyée par recommandé. Ce vice formel empêche de considérer que la SA s'est régulièrement acquittée de son obligation de communication des motifs du licenciement en application de l'article 5 de la CCT n°109. L'étonnement de la SA par rapport au fait que M.H n'a pas soulevé cet élément dès la réception de la lettre n'y change rien.

Il s'ensuit que M.H est fondée à réclamer la condamnation de la SA au paiement de l'amende civile correspondant à deux semaines de rémunération. M.H chiffre correctement sa demande à la somme de 2.795,08 € (soit 72.672,13 € bruts x 2/52). Ce montant n'est pas contesté par la SA. Il ne s'agit cependant pas à proprement parler d'un montant « net », vu que, si l'amende civile n'est pas soumise aux retenues de cotisations sociales, elle donne lieu par contre à la retenue du précompte professionnel.

Dans cette mesure, l'appel principal sur ce point est fondé.

6.3. Quant à l'indemnité pour licenciement manifestement déraisonnable

6.3.1. Le cadre légal de la CCT 109

Le licenciement manifestement déraisonnable s'entend, selon l'article 8 de la CCT n°109, comme « le licenciement d'un travailleur engagé pour une durée indéterminée, qui se base sur des motifs qui n'ont aucun lien avec l'aptitude ou la conduite du travailleur ou qui ne sont pas fondés sur les nécessités du fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service, et qui n'aurait jamais été décidé par un employeur normal et raisonnable ».

Le commentaire de l'article 8 livre l'éclairage suivant :

« Le contrôle du caractère déraisonnable du licenciement ne porte pas sur les circonstances du licenciement. Il porte sur la question de savoir si les motifs ont ou non un lien avec l'aptitude ou la conduite du travailleur ou s'ils sont fondés sur les nécessités du fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service et si la décision n'aurait jamais été prise par un employeur normal et raisonnable.

En outre, l'exercice du droit de licencier de l'employeur est contrôlé à la lumière de ce que serait l'exercice de ce droit par un employeur normal et raisonnables. Il s'agit d'une compétence d'appréciation à la marge, étant donné que l'employeur est, dans une large mesure, libre de décider de ce qui est raisonnable : il faut respecter les différentes alternatives de gestion qu'un employeur normal et raisonnable pourrait envisager.

Il s'agit donc d'un contrôle marginal. Seul le caractère manifestement déraisonnable du licenciement peut être contrôlé, et non l'opportunité de la gestion de l'employeur (c'est-à-dire son choix entre les différentes alternatives de gestion raisonnables dont il dispose). L'ajout du mot "manifestement" à la notion de "déraisonnable" vise précisément à souligner la liberté d'action de l'employeur et le contrôle à la marge. Ce dernier élément est également dicté par l'impossibilité pratique de contrôler la gestion de l'employeur autrement qu'à la marge. »

Il s'ensuit que le licenciement sera manifestement déraisonnable lorsque⁶⁴ :

⁶⁴ CT Bruxelles, 6e ch., 15.3.2021, R.G. n°2018/AB/497, p.5 ; CT Bruxelles, 6e ch., 18.11.2019, R.G. n°2017/AB/355, p.7 ; CT Bruxelles, 4e ch., 10.9.2019, R.G. n°2016/AB/1071, p.16 ; v. aussi en ce sens : Ariane FRY, « La C.C.T. n°109 : amende civile et indemnité pour licenciement manifestement déraisonnable », dir. Jacques CLESSE et Hugo MORMONT, in Actualités et innovations en droit social, CUP, vol. 182, Liège, Anthemis, 2018, pp.58-59, n°s 109 et 110

- soit il repose sur des motifs qui n'ont aucun lien avec la conduite ou l'aptitude du travailleur ou qui ne sont pas fondés sur les nécessités du fonctionnement de l'entreprise ;
- soit il repose sur des motifs qui ont un lien avec la conduite ou l'aptitude du travailleur ou qui sont fondés sur les nécessités du fonctionnement de l'entreprise, mais il n'aurait jamais été décidé par un employeur normal et raisonnable.

La charge de la preuve est réglée par l'article 10 de la CCT n°109 en ces termes :

- si l'employeur a communiqué les motifs du licenciement dans le respect de l'article 5 ou de l'article 6, la partie qui allègue des faits en assume la charge de la preuve ;
- il appartient à l'employeur de fournir la preuve des motifs du licenciement invoqués qu'il n'a pas communiqués au travailleur dans le respect de l'article 5 ou de l'article 6 et qui démontrent que le licenciement n'est pas manifestement déraisonnable ;
- il appartient au travailleur de fournir la preuve d'éléments qui indiquent le caractère manifestement déraisonnable du licenciement lorsqu'il n'a pas introduit de demande visant à connaître les motifs de son licenciement dans le respect de l'article 4.

En cas de licenciement « manifestement déraisonnable », l'article 9 de la CCT n°109 prévoit que l'employeur est redevable d'une indemnité de minimum 3 semaines de rémunération et de maximum 17 semaines de rémunération. Selon le commentaire de l'article 9, « le montant de l'indemnisation dépend de la gradation du caractère manifestement déraisonnable du licenciement. »

6.3.2. Le jugement a quo

Le tribunal a rejeté la prétention de M.H sur ce point à l'appui du raisonnement suivant :

« (...) En l'espèce, M.H soutient que [la SA] a pu s'organiser suite à son absence et qu'elle était d'ailleurs informée de la longueur de celle-ci. Il n'y a donc pas eu de conséquences sur le fonctionnement de l'entreprise.

Or, il s'agit là d'une lecture a posteriori de la situation. L'incapacité qui a débuté le 12.01.2016 a été prolongée par seize certificats médicaux, jusqu'au 29.07.2017. [la SA] n'était donc pas informée dès le départ du fait que cette incapacité serait fort longue.

C'est dans ce sens qu'il faut comprendre la remarque de Monsieur L. le 05.05.2016 ("ça devient très difficile pour tout le monde"), formulée après réception d'une cinquième prolongation.

M.H a été licenciée le 28.07.2017, soit la veille du dernier jour couvert par un certificat médical. Il n'est toutefois pas contesté que son incapacité se poursuit encore actuellement. Au jour du licenciement, son employeur ne pouvait toujours pas déterminer la fin de son incapacité et s'organiser en conséquence.

Par ailleurs, la longue période d'incapacité a imposé à [la SA] de réorganiser ses services et d'engager du personnel. Cette situation est confirmée par les témoignages produits par [la .SA] Face à une incapacité de travail de longue durée on ne peut demander à un employeur de maintenir les choses en «état en attendant le retour de son travailleur.

En conclusion, le licenciement de M.H. est donc bien fondé sur une inaptitude physique de longue durée, laquelle a imposé une réorganisation de l'entreprise.

Les nécessités du fonctionnement de celle-ci justifient qu'il soit mis fin à la relation de travail. La demande d'indemnité est dès lors non fondée. »

6.3.3. La décision de la cour

Au vu de ce qui a été décidé supra au point 6.1, la cour juge que, étant en réalité motivé par l'état de santé actuel et futur de M.H et étant constitutif d'une discrimination directe fondée sur ce critère protégé, le licenciement est manifestement déraisonnable.

Pour autant, la demande d'indemnité pour licenciement manifestement déraisonnable doit être déclarée non fondée.

En effet, à titre règle anti-cumul subsidiaire, la SA demande à bon droit à la cour de faire application de la de l'article 9, §3, de la CCT n°109.

L'article 9, §3, de la CCT n°109, contient la règle anti-cumul suivante :

« L'indemnisation n'est pas cumulable avec toute autre indemnité qui est due par l'employeur à l'occasion de la fin du contrat de travail, à l'exception d'une indemnité de préavis, d'une indemnité de non-concurrence, d'une indemnité d'éviction ou d'une indemnité complémentaire qui est payée en plus des allocations sociales. »

Cette disposition porte donc :

- en règle, une interdiction de tout cumul de l'indemnité pour licenciement manifestement déraisonnable avec « toute autre indemnité » qui serait « due par l'employeur à l'occasion de la fin du contrat de travail » ;
- par dérogation, un cumul autorisé lorsqu'il se fait avec l'une des quatre indemnités suivantes : l'indemnité de préavis, l'indemnité de non-concurrence, l'indemnité d'éviction, l'indemnité complémentaire payée en plus des allocations sociales.

Or, l'indemnité due en raison du caractère discriminatoire du licenciement :

- constitue bel et bien une indemnité « due par l'employeur à l'occasion de la fin du contrat de travail » au sens de l'article 9, §3, de la CCT n°109: pareille indemnité n'en est pas moins « due à l'occasion de la fin du contrat » par la circonstance qu'elle répare forfaitairement le préjudice causé par le fait que le licenciement est constitutif d'une discrimination nue prohibe la loi du 10.5.2007 ; ne peut être assimilée à aucune des quatre indemnités pour lesquelles le cumul serait permis en application de l'article 9, §3, de la CCT n°109.

Il s'ensuit que l'indemnité pour licenciement manifestement déraisonnable sollicitée par un travailleur doit s'effacer devant l'indemnité qu'il obtiendrait sur la base de la loi du 10.5.2007 en raison du caractère discriminatoire de ce licenciement⁶⁵.

L'appel principal sur ce point est non fondé.

6.4. Quant à la détermination de la commission paritaire compétente et à la régularisation de contribution au fonds social de la CP 226

⁶⁵ V. notamment erg ce sens : CT Bruxelles, Se ch., 21.9.2020, R.G. n°2018/AB/718 ; Hugo MORMONT, « La règle anti-cumul de l'article 9, §3, de la convention collective de travail n°109 », dir. J. CLESSE, Q. DETIENNE et F. KEFER, in Questions actuelles de droit social, CUP, Liège, Anthemis, 2023, p.150, n°38 ; Anne-Valérie MICHAUX, Sophie GERARD, Sophie SOTTIAUX, « Motivation du licenciement et sanction du licenciement manifestement déraisonnable (C/C.T. n°109). Analyse critique d'une jurisprudence naissante », R.D.S./T.S.R., 2018/3, p. 390, n°164; v. aussi en ce sens, mais à propos du cumul avec une indemnité pour licenciement abusif : CT Bruxelles, 4^e ch., 21.12.2022, R. G. 2021/AB/347, terralaboris ; v ; toujours en ce sens concernant un cumul de demnité pour licenciement manifestement déraisonnable avec l'indemnité protection liée au congé de paternité ou avec une indemnité de stabilité d'emploi sectorielle : CT Bruxelles, 4^e ch., 21.12.2022, R.G. n°2020/AB/702, terralaboris

6.4.1. M.H soutient que, en dépit du fait que ses fiches de paie indiquent qu'elle ressortit à la CP 200, la SA ressortit en réalité toujours à la CP 226, comme ce fut le cas jusqu'en 2009. Sur cette base elle entend faire valoir son droit au plan de pension sectoriel applicable au sein de la CP 226. Elle indique en effet que, depuis 2009, aucune contribution n'a été payée au fonds de pension sectoriel, soit 0,46 % de la rémunération brute, et que donc une régularisation s'impose. Au vu de sa rémunération, elle estime qu'un montant provisionnel net de 2.700 € « doit être payé »⁶⁶.

La SA le conteste. Elle revendique son appartenance à la CP 200 en soulignant que, dès sa création en 2007, elle a été rattachée à la CP 218 (devenue la CP 200 le 1.4.2015). Pour l'établir, elle renvoie aux comptes annuels qu'elle produit en pièces 23 et qui mentionnent bien la CP 218/200. Elle renvoie également au C4 et au décompte de sortie de M.H qui mentionnent la CP 200⁶⁷. Elle reconnaît certes que, malgré son appartenance à la CP 200, elle a octroyé certains avantages de la CP 226, mais argue que cela ne justifie pas que toutes les conditions de travail et de rémunération de la CP 226 soient appliquées à ses travailleurs⁶⁸. En toute hypothèse, elle fait valoir que l'ONSS lui-même a confirmé qu'elle ressortissait à la CP 200⁶⁹.

6.4.2. Le tribunal a rejeté la demande de M.H pour les motifs suivants :

« (...) Les feuilles de paie et le document C4 mentionne clairement que [la SA] relève de la commission paritaire 200. M.H n'explique pas que son employeur aurait relevé à une époque d'une autre commission et aurait sauvegardé des avantages offerts aux travailleurs. Dans ces circonstances, la demande doit être déclarée non fondée (...)»

6.4.3. Les principes utiles en la matière peuvent être synthétisés comme suit⁷⁰ :

- en vertu de l'article 35 de la loi du 5.12.1968 sur les conventions collectives de travail et les commissions paritaires, le Roi peut, d'initiative ou à la demande d'une ou de plusieurs organisations, instituer des commissions paritaires d'employeurs et de travailleurs. Il détermine les personnes, la branche d'activité ou les entreprises et le cadre territorial qui sont du ressort de chaque commission ;
- cette règle touche à l'ordre public, de telle sorte que la détermination de la commission paritaire compétente échappe à la mainmise des parties au contrat de travail, lesquelles ne peuvent s'y soustraire par la voie de conventions individuelles contraires ;
- le ressort d'une commission paritaire est, en principe, déterminé par l'activité principale de l'entreprise concernée, sauf si un autre critère est fixé par l'arrêté d'institution, telle que l'activité habituelle ou normale de l'entreprise⁷¹ ;
- l'activité principale peut être définie comme celle qui justifie l'existence et détermine la nature de l'entreprise ou celle à laquelle est consacrée le plus d'heures de travail ou la plus forte répartition de personnel. C'est l'activité (économique) réellement exercée par l'entreprise qui est déterminante, non celle décrite à titre d'objet social suivant ses statuts. Il faut également

⁶⁶ V. conclusions additionnelles et de synthèse M.H, pp. 24-28

⁶⁷ Pièces 3 et 10 - dossier M.H

⁶⁸ v. secondes conclusions additionnelles et de synthèse SA, pp. 13-14

⁶⁹ Pièce 22 - dossier SA

⁷⁰ V. pour une telle synthèse notamment : CT Bruxelles, 6e ch., 20.3.2023, R.G. n°2015/AB/318, qui cite lui-même CT Bruxelles, 7e ch. 21.1.2021, R.G. n°2019/AB/60, terralaboris ; CT Bruxelles, 8e ch., 2.12.2020, R.G. n°2018AB/413

⁷¹ v. not. Cass., 24.12.1990, Pas., 1991, I, 405 ; Cass., 17.6.1996, Pos., 1996, I, N°239 ; Cass., 22.12.2003, I, n° 666 ; Cass., 14.5.2007, S.06.0043.F, juportal ; Cass., 18.1.2010, S.08.0150.N, juportal ; Cass., 16.3.015, S.13.088.F, J.T. T., 2015, 248, concl. J.M. GENICOT ; Cass., 8.6.2015, S.14.0091.F, juportal

distinguer l'activité exercée par l'employeur des fonctions exercées par les travailleurs au sein de l'entreprise ;

- lorsque les activités exercées sont multiples (et sauf si celles-ci n'ont aucun lien entre elles), l'activité accessoire suit le sort de l'activité principale de l'entreprise, cette dernière ne dépendant en principe que d'une seule commission paritaire⁷² ;
- l'avis rendu le cas échéant par la direction générale des relations collectives de travail n'a pas de force contraignante. Cet avis a une valeur purement indicative, ne s'impose pas à l'employeur et ne lie pas davantage les juridictions du travail. Seules ces dernières, dans le cadre de litiges individuels portés devant elles⁷³, peuvent prendre une décision contraignante concernant l'appartenance à une commission déterminée.

Il résulte de l'article 1er de l'arrêté royal du 4.11.1974⁷⁴ instituant la Commission paritaire auxiliaire pour employés et fixant sa dénomination et sa compétence que la commission paritaire auxiliaire pour employés est compétente « pour les travailleurs dont l'occupation est de caractère principalement intellectuel et leurs employeurs, à savoir pour les travailleurs et qui ne relèvent pas d'une commission paritaire particulière, ni de la Commission paritaire auxiliaire pour le secteur non-marchand et pour leurs employeurs »⁷⁵. La CP 200 est ainsi une commission paritaire résiduaire dont le champ d'application s'applique par défaut.

L'article 1er de l'arrêté royal du 6.4.1995 instituant la Commission paritaire pour les employés du commerce international, du transport et de la logistique et fixant sa dénomination et sa compétence dispose que⁷⁶ :

« § 1er est institué une commission paritaire, dénommée "Commission paritaire pour les employés du commerce international, du transport et de la logistique", compétente pour les travailleurs dont l'occupation est de caractère principalement intellectuel et leurs employeurs, dont les entreprises, en raison de leurs activités principales ressortissent :

1. aux branches d'activité du commerce international, du transport pour le compte de tiers, des auxiliaires de transport et aux branches d'activité prestataires de services connexes à celles-ci;
2. à la branche d'activité des ports, que ces entreprises soient situées ou non dans ou en dehors des zones portuaires fixées dans le ressort de la Commission paritaire des ports;
3. à la branche d'activité des entreprises qui, tant à l'intérieur qu'à l'extérieur des zones portuaires, exercent pour le compte de tiers exclusivement des activités logistiques.

Par "activités logistiques", on entend : réception, stockage, pesage, conditionnement, étiquetage, préparation de commandes, gestion des stocks ou expédition de matières premières, biens ou produits aux différents stades de leur cycle économique, sans que ne soit produit de nouvelles matières premières, biens ou produits semi-finis ou finis.

Par "pour le compte de tiers" il faut entendre : la réalisation d'activités logistiques pour le compte d'autres personnes morales ou physiques et à condition que les entreprises qui exercent pour le compte de tiers des activités logistiques ne deviennent à aucun moment propriétaires des Matières premières, biens ou produits concernés.

Sont assimilées aux entreprises qui exercent pour le compte de tiers des activités logistiques, les entreprises qui achètent auprès d'entreprises liées du groupe des matières premières, biens ou produits

⁷² L'appartenance à deux ou plusieurs commissions paritaires ne se justifie que dans des cas particuliers - V. Exposé des motifs, Doc. Parl., Sénat, 1966-1967, n° 148, 45-46 ; v. aussi Cass., 17.2.1992, J.T. T., 1992, 223

⁷³ V. article 578, 3° CJ

⁷⁴ M.B. du 19.12.1974

⁷⁵ Article 1 tel que remplacé par l'arrêté royal du 10.4.2014 (M.B. du 24.4.2014)

⁷⁶ M.B. du 27.4.1995

et vendent ces matières premières, biens ou produits aux entreprises liées du groupe et pour autant que ces matières premières, biens ou produits fassent en outre l'objet d'activités logistiques.

Par 'groupe d'entreprises liées', on entend les entreprises liées qui répondent, en outre, aux conditions fixées à l'article 11, 1 ° de la loi du 7 mai 1999 contenant le Cod des sociétés.

La Commission paritaire pour les employés du commerce international, du transport et de la logistique n'est pas compétente pour les entreprises qui exercent pour le compte de tiers exclusivement des activités logistiques et les entreprises assimilées lorsque ces activités logistiques constituent un élément indissociable d'une activité de production ou de commerce pour autant que ces activités logistiques soient reprises dans le champ de compétence d'une commission paritaire spécifique.

§ 2. Font partie de ces branches d'activité et services connexes, à titre d'exemple, les entreprises et activités suivantes :

1. les courtiers de marchandises, prospecteurs commerciaux, agents commerciaux et commissionnaires de marchandises dans le cadre du commerce international ;
2. les sociétés de commerce international (international trading houses);
3. les entreprises d'armement;
4. les entreprises de batellerie ;
5. les entreprises de transport routier pour compte de tiers ;
6. les bureaux maritimes ;
7. les agents maritimes ;
8. les courtiers de transport, affréteurs et courtiers maritimes;
9. les agents maritimes d'usines ;
10. les commissionnaires de transports;
11. les bureaux d'expédition et les commissionnaires-expéditeurs au transport ;
12. les agences en douane et les transitoires en douane
13. les entreprises de messageries et/ou de transports de courrier ;
14. les entreprises d'organisation, de coordination, de traitement de l'information ou d'information en matière d'activités de transport;
15. les entreprises de location de conteneurs, de bennes de chargement, de matériel roulant pour le transport de marchandises, de véhicules à moteur pour le transport routier;
16. les entreprises de pilotage et de remorquage et sauvetage de bateaux;
17. les entreprises d'approvisionnement de navires de mer, de bateaux de navigation intérieure et/ou d'aérodynes ;
18. les entreprises, tant dans les zones portuaires qu'en dehors, s'occupant d'arrimage (de chargement et/ou déchargement de marchandises);
19. les commissaires d'avaries et les dispacheurs ;
20. les experts en matière de règlement de dégâts aux marchandises, aux conteneurs, aux bennes de chargement, au matériel roulant pour le transport de marchandises et/ou aux navires ;
21. les contrôleurs et/ou inspecteurs de marchandises ;
22. les bureaux de classification des navires;
23. les entreprises d'inspection nautique ;
24. les entreprises de chargement et/ou de déchargement d'avions et services connexes;
25. les entreprises qui exercent pour le compte de tiers des activités de

§ 3.(...) »

6.4.4. La cour juge que la SA ressortit effectivement à la CP 226, au moins depuis sa constitution en 2007.

M.H recense fort pertinemment une série d'éléments concordants qui étayent cette prétention⁷⁷ :

- jusqu'en 2009, la SA ressortissait à la CP 226, comme l'indique son règlement de travail⁷⁸ et, dans l'intervalle, l'objet social de la SA n'a pas été modifié ;
- depuis le 1.1.2008, la SA dispose de plusieurs codes NACEBEL qui permettent d'avoir une vision claire de son activité réelle, à savoir⁷⁹ : commerce de gros minerais et de métaux ; métallurgie des autres métaux non ferreux ; intermédiaires du commerce en combustibles, métaux, minéraux et produits chimiques ; commerce de gros de produits chimiques industriels ; commerce de gros d'autres produits intermédiaires n.c.a. ; autres commerces de détail hors magasin, éventaires ou marchés ;
- le site internet officiel de la SA décrit en ces termes son activité⁸⁰ : « (...) est une société industrielle et commerciale qui est active dans l'exploitation minière, la conversion, le commerce et la commercialisation de produits intermédiaires de cobalt, cuivre, nickel, tungstène et tantale ainsi que de produits finis. Historiquement, SMR est solidement implantée en Afrique et en Chine et a récemment étendu sa présence géographique en Europe, en Amérique du Nord et en Amérique du Sud » ;
- les contrats de travail rédigés par la SA en 2007 et encore en 2016 indiquent que « Les conditions de travail et de rémunération (ex : prime de fin d'année) sont établies et adaptées le cas échéant sur base des décisions de la commission paritaire n°226 »⁸¹ ;
- les fiches de paie de 2007 et 2008 font mention de la CP 226⁸² ;
- les Comptes individuels des années 2015, 2016 et 2017 indiquent la CP 226 comme commission paritaire choisie⁸³.

La SA n'y oppose aucune véritable contradiction.

En particulier, la SA n'explique pas pour quelle raison son règlement de travail se réfère de manière non équivoque à la CP 226⁸⁴, ni pourquoi les contrats de travail qu'elle produit elle-même, rédigés en 2007 et en 2016, indiquent que « Les conditions de travail et de rémunération (7 : prime de fin d'année) sont établies et adaptées le cas échéant sur base des décisions de la commission paritaire n°226 », ni encore ce qui devrait permettre de comprendre que les fiches de paie de 2007 et 2008 faisaient mention de la CP 226, ni enfin ce qui justifie que les comptes individuels des années 2015, 2016 et 2017 renseignent à chaque fois la CP 226 comme commission paritaire « choisie ».

Ces seuls éléments contredisent la thèse défendue par la SA, tandis que la simple mention dans les comptes annuels de la SA qu'elle dépend de la CP 218/200 n'est en rien déterminante et, surtout, n'exclut pas qu'elle a pu faire choix de la CP 226 comme l'illustrent les comptes individuels. Quant à l'avis de la direction générale des relations collectives de travail, il n'a aucune force contraignante.

En tout état de cause, il est constant que :

- la SA se présente comme faisant « partie d'un groupe international spécialisé dans l'exploitation minière et la commercialisation de produits finis et intermédiaires de cobalt, cuivre, nickel, tungstène et tantale »⁸⁵ ;
- sur son site internet, la SA confirme être « une société industrielle et commerciale active dans l'exploitation minière, la conversion à façon, le commerce et la commercialisation de produits

⁷⁷ V. conclusions additionnelles et de synthèse M.H, pp. 26-28

⁷⁸ Pièce 15 — dossier M.H

⁷⁹ Pièce 17- dossier M.H

⁸⁰ Pièce 18 — dossier M.H

⁸¹ Pièces 3.2 et 3.3 I- dossier SA

⁸² Pièces 20 — dossier M.H

⁸³ Pièces 25 à 27 — dossier M.H

⁸⁴ Pièce 15 — dossier M.H

⁸⁵ Secondes conclusions additionnelles et de synthèse SA, p.2

- intermédiaires et de produits finaux de cobalt, de cuivre, de nickel, de tungstène et de tantale »⁸⁶
;
- le périmètre de l'activité de la SA est défini comme suit à travers les codes Nacebel qui lui sont attribués⁸⁷ : commerce de gros minerais et de métaux ; métallurgie des autres métaux non ferreux ; intermédiaires du commerce en combustibles, métaux, minéraux et produits chimiques.

Ces différentes données offrent une idée assez précise de l'activité principale de l'entreprise.

Le descriptif de la fonction de M.H. détaillé aux pages 2 et 3 des dernières conclusions de la fait que la SA corrobore le fait que la SA développe une activité principale centrée sur le commerce métaux non ferreux.

Pour ce type d'activité, la commission paritaire pour les employés du commerce international, du transport et de la logistique est compétente en application de l'article 1er de l'arrêté royal du 6.4.1995 précité.

La SA ressortit donc bien à la CP n°226.

Pour autant, M.H n'explique pas et n'établit pas son droit, à l'égard de la SA, au paiement d'un montant provisionnel net de 2.700 € « à titre de régularisation des contributions au fonds social CP 226 ». A raison, sans être contredite, la SA fait ainsi valoir que les sommes qui seraient éventuellement à verser au fonds social devraient être directement versées au profit de celui-ci et non pas à M.H⁸⁸.

L'appel principal sur ce point est également non fondé.

6.5. Quant au pécule de vacances — appel incident

6.5.1. Le jugement a quo condamne la SA à payer à M.H la somme nette de 1.866,58 €, à majorer des intérêts à dater de leur exigibilité, à titre de pécule de vacances. La décision repose sur les motifs suivants :

« (...) Conformément à l'article 46 §1er de l'arrêté royal du 30 mars 1967 déterminant les modalités générales d'exécution des lois relatives aux vacances annuelles des travailleurs salariés,

"(...) lorsque [le] contrat [d'un employé] prend fin, son employeur lui paie, au moment de son départ 15,34% des rémunérations brutes gagnées chez lui pendant l'exercice de vacances en cours, majorées éventuellement d'une rémunération fictive afférente aux journées d'interruption de travail assimilées à des journées de travail effectif normal.

Si l'employé (...) n'a pas encore pris les vacances afférentes à l'exercice précédent, l'employeur lui paie en outre 15,34% des rémunérations brutes gagnées chez lui pendant cet exercice de vacances, majorées éventuellement d'une rémunération fictive afférente aux journées d'interruption de travail assimilées à des journées de travail effectif normal (...) »

Conformément à l'article 61 du même arrêté,

"Pour le calcul de la durée des vacances, sont assimilées à des journées de travail effectif, les journées d'interruption de travail assimilées à des journées de travail effectif pour le calcul du pécule de vacances en application des articles 41 à 44 (...)."

⁸⁶ Pièce 18 — dossier M.H

⁸⁷ Pièce 17 — dossier M.H

⁸⁸ Secondes conclusions additionnelles et de synthèse SA, p.14

Sont ainsi assimilées les journées d'interruption de travail résultant d'un accident ou 'une maladie (article 41, 2°), avec un maximum de douze mois (article 43,30)⁸⁹.

En l'espèce, [la SA] expose avoir retenu une somme de 1.866,58€ nets, à titre de double pécule de vacances indûment payé à M.H, au motif qu'elle n'avait pas pris de jours de congé en 2017.

Or, l'arrêté royal précité prévoit en ce cas le versement d'un pécule de vacances. L'intéressée peut prétendre à l'assimilation de ses journées d'incapacité de travail durant l'année de référence, soit 2016, mais avec un maximum de douze mois.

Son incapacité durant cette année s'est étendue :

- du 12.01 au 07.02,
- du 10.02 au 20.03,
- du 23.03 au 01.05,
- du 04.05 au 31.12.

Par conséquent, le maximum de douze mois n'était pas atteint en 2016. M.H a bien droit à un pécule de vacances. Sa demande doit être déclarée fondée. »

6.5.2. La SA fait appel incident et expose que⁹⁰ :

- lors du calcul des doubles pécules de vacances 2017 pour l'ensemble du personnel, M.H a reçu un montant net de 1.866,68 € à titre de double pécule de vacances ;
- en 2017 M.H n'a pris aucun jour de vacances légales afférents à l'exercice de vacances 2016 ;
- lors du décompte final du 28.7.2017, on s'est aperçu que M.H avait été en incapacité de travail de façon ininterrompue du 1.1.2017 au 28.7.2017 ;
- or, n'ayant pris aucun jour de congé en 2017, elle n'avait pas droit au paiement double pécule de vacances (celui-ci devant être versé au moment où le travailleur prend ses vacances principales) ;
- le montant net de 1.866,68 € initialement payé à tort, c'est à bon droit qu'elle l'a déduit du décompte de sortie de M.H et le jugement entrepris doit être réformé.

6.5.3. L'article 9 des lois coordonnées du 28.6.1971 relatives aux vacances annuelles des travailleurs salariés confie au Roi le soin de fixer le montant du pécule de vacances en pourcentage des rémunérations de l'exercice de vacances qui ont servi de base au calcul de la cotisation due pour la constitution de ce pécule.

Il découle de l'article 38 de l'arrêté royal du 30.3.1967 déterminant les modalités générales d'exécution des lois relatives aux vacances annuelles des travailleurs salariés, que l'employeur paie à l'employé qui prend ses vacances :

- 1°. à titre de simple pécule de vacances : la rémunération normale afférente aux jours de vacances
- 2°. à titre de double pécule de vacances : un supplément égal, par mois de service presté ou assimilé à du travail effectif, au cours de l'exercice de vacances, à 1/12 de 92 p.c. de la rémunération brute du mois pendant lequel les vacances prennent cours.

En outre, aux termes de l'article 23, §1er, de l'arrêté royal du 30.3.1967, le « pécule de vacances est payé au travailleur au moment où il prend ses vacances et, en cas de vacances fractionnées, à l'occasion de ses vacances principales, et ceci au plus tôt le 2 mai de l'année de vacances ».

⁸⁹ Sont considérées comme constituant une seule incapacité continue les périodes d'incapacité séparées par une Interruption de moins de quatorze jours.

⁹⁰ V. secondes conclusions additionnelles et de synthèse SA, p.13

Enfin et conformément à l'article 46 de l'arrêté royal du 30.3.1967, lorsque le contrat prend fin, l'employeur paye à l'employé un pécule de départ composé de :

- 15,34 % des rémunérations brutes gagnées chez lui pendant l'exercice de vacances en cours, majorées éventuellement d'une rémunération fictive afférente aux journées d'interruption de travail à des journées de travail effectif normal ;
- en outre, si l'employé n'a pas encore pris les vacances afférentes à l'exercice précédent, 15,34 % des rémunérations brutes gagnées chez cet employeur pendant ce précédent exercice de vacances, majorées éventuellement d'une rémunération fictive afférente aux journées d'interruption de travail assimilées à des journées de travail effectif normal.

La cour constate en la cause que :

- il n'est pas contesté que M.H n'a pris aucun jour de vacances en 2017 ;
- au mois de mai 2017, M.H a néanmoins perçu un montant net de 1.866,68 € à titre de double pécule de vacances⁹¹, en même temps que l'ensemble du personnel de la SA ;
- en août 2017, réglant les sommes dues en raison du départ, la SA a, d'une part, payé à M.H en application de l'article 46 de l'arrêté royal du 30.3.1967 le pécule de sortie entier se rapportant à l'exercice de vacances 2016 (comprenant donc le double pécule de vacances de 1.866,68 € déjà payé en mai 2017), d'autre part, dédit le double pécule de vacances de 1.866,68 € perçu au mois de mai 2017⁹².

Il s'ensuit que la retenue litigieuse de 1.866,68 € a permis d'éviter que le double pécule de vacances dû pour les jours de vacances acquis au cours de l'exercice 2016 ne soit payé deux fois et qu'elle procède d'une application correcte de la réglementation sur les vacances annuelles.

L'appel incident est partant fondé.

6.6. Quant aux dépens

M.H demande la condamnation de la SA au paiement des dépens des deux instances, en ce compris les indemnités de procédure (3.900 € + 7.000 €). A titre subsidiaire, elle demande la compensation.

La SA demande la condamnation de M.H au paiement des dépens des deux instances, en ce compris les indemnités de procédure (7.000 € + 7.000 €). A titre subsidiaire, elle demande également la compensation.

Conformément à l'article 1017, aller, Ci, le « jugement définitif prononce, même d'office, la condamnation aux dépens contre la partie qui a succombé ».

Toutefois, selon l'article 1017, a1.4, CJ, lorsque les parties succombent respectivement sur quelque chef de demande, les dépens peuvent être compensés dans la mesure que le juge apprécie. Cette faculté donnée au juge peut être appliquée simplement dans la situation où le demandeur n'obtient pas totalement gain de cause et n'est pas subordonnée à la condition que les parties aient formé des demandes réciproques⁹³.

En l'espèce, les parties succombent l'une et l'autre sur des chefs de demande différents. La cour ordonne dès lors la compensation en condamnant chaque partie à supporter ses propres dépens d'appel, en ce compris la contribution revenant au fonds budgétaire relatif à l'aide juridique de deuxième ligne.

⁹¹ V. comptes individuels de l'année 2017, pièce 27 — dossier SA

⁹² Comp. attestations de vacances et comptes individuels de l'année 2017, pièces 5 et 27 — dossier S

⁹³ - Hakim Boularbah, les frais et les dépens, spécialement l'indemnité de procédure », dir. Hakim Boumarbah et Frédéric Georges, in *Actualités en droit judiciaire*, CUP, Bruxelles, Larcier, 2013, pp. 352-353, et la jurisprudence citée.

En ce qui concerne les dépens de première instance, le jugement a quo sera par conséquent confirmé en ce qu'il prononce lui aussi la compensation.

PAR CES MOTIFS,
LA COUR DU TRAVAIL,

Statuant après un débat contradictoire ;

Après avoir pris connaissance de l'avis non conforme du ministère public ; Déclare l'appel principal recevable et partiellement fondé ;

Déclare l'appel incident recevable et fondé ;

En conséquence :

- condamne la S.A. « S. M. R. » à payer à Madame N. H. les sommes suivantes, à majorer des intérêts au taux légal depuis le 28.7 2017 :
 - o la somme nette de 36.336,06 €, à titre d'indemnité pour discrimination fondée sur l'état de santé actuel et futur ;
 - o la somme brute imposable de 2.795,08 €, à titre d'amende civile ;
- dit pour droit que la S.A. « S. M. R. » n'est pas tenue à l'égard de Madame N. H. au paiement de la somme nette de 1.866,58 €, à majorer des intérêts à dater de leur exigibilité ;
- réforme le jugement a quo dans cette seule mesure et le confirme pour le surplus ;

En application de l'article 1017, al.4 CJ, ordonne chaque partie à supporter ses propres dépens d'appel, en ce compris les 20€ de contribution revenant au fonds budgétaire relatif à l'aide juridique de deuxième ligne ;

Ainsi arrêté par :

C. André, Conseiller
M. Powis De Tenbossche, conseiller social au titre d'employeur,
N. De Commer, conseiller social au titre d'employé,
Assistés de G. Ortolani, greffier

Et prononcé, en langue française à l'audience publique de la 4^{ème} chambre de la cour du travail de Bruxelles, le 19 décembre 2023, où étaient présents

C. André, conseiller
G Ortonlani, greffier