



Numéro du répertoire <b>2023 /</b>
Date du prononcé <b>18 octobre 2023</b>
Numéro du rôle <b>2021/AB/468</b>
Décision dont appel <b>19/4688/A</b>

### Expédition

Délivrée à
le
€
JGR

# Cour du travail de Bruxelles

sixième chambre extraordinaire

## ARRÊT

DROIT DU TRAVAIL - contrats de travail ouvrier

Discrimination

Arrêt contradictoire

Définitif

**La S.A. ISS FACILITY SERVICES**, inscrite auprès de la Banque Carrefour des Entreprises sous le n°0403.313.330 et dont le siège social est établi à 1000 BRUXELLES, rue du Congrès 35, partie appelante au principal et intimée sur incident, représentée par Maître

contre

**Madame R. B.**, domiciliée à 1050 BRUXELLES,

N°R.N. :

partie intimée au principal et appelante sur incident, représentée par Maître

\*

\*

\*

### **I. La procédure devant la cour du travail**

La cour a pris connaissance des pièces de la procédure, en particulier :

- le jugement attaqué rendu par la tribunal du travail francophone de Bruxelles le 7 janvier 2021 (R.G. : 19/4688/A)
- la requête d'appel reçue le 18 juin 2021 au greffe de la cour
- les dernières conclusions déposées par les parties ainsi que les pièces des parties.

Les parties ont plaidé à l'audience publique du 20 septembre 2023.

Monsieur Henri Funck, avocat général, a donné son avis conforme oralement à l'audience du 20 septembre 2023, auquel les parties n'ont pas répliqué.

La cause a été prise ensuite en délibéré.

La cour a fait application de la loi du 15 juin 1935 concernant l'emploi des langues en matière judiciaire.

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

## **II. Le jugement dont appel**

Madame R. B. a demandé au tribunal :

-de dire pour droit que le licenciement revêt un caractère discriminatoire dès lors qu'il est lié à l'état de santé de madame R. B. ou, à tout le moins, que le licenciement revêt un caractère manifestement déraisonnable ;

- de condamner la société Iss Facility Services :

- au paiement d'une indemnité équivalente à 6 mois de rémunération en raison du licenciement de madame R. B. en raison de son handicap/état de santé, évaluée à 12.192,43 euros bruts ;
- à titre subsidiaire, au paiement d'une indemnité égale à 17 semaines de rémunération pour licenciement manifestement déraisonnable, évaluée à 7.971,98 euros bruts, ainsi que les intérêts échus sur ces sommes ;

-de condamner la société Iss Facility Services au paiement du solde restant dû au titre d'indemnité compensatoire de préavis, évalué à 1.557,37 euros ainsi que les intérêts échus sur le montant total de l'indemnité compensatoire de préavis ;

-de condamner la société Iss Facility Services à rectifier les documents sociaux sous peine d'une astreinte de 25 euros par jour de retard à dater du jugement à intervenir ;

-de condamner la société Iss Facility Services S.A. au paiement des intérêts et dépens, en ce compris l'indemnité de procédure, évaluée à 1.320 euros.

Par un jugement du 7 janvier 2021 (R.G. n° 19/4688/A), le tribunal a décidé ce qui suit :

*« Déclare l'action recevable et en partie fondée, dans la mesure ci-après ;*

*En conséquence :*

*-condamne la S.A. « ISS FACILITY SERVICES» à payer à Madame R. B. la somme de 1.233,15 € bruts à titre de solde d'indemnité compensatoire de préavis, à majorer des intérêts échus à la date du présent jugement ;*

*-condamne la S.A. « ISS FACILITY SERVICES» à payer à Madame R. B. la somme de 4.074,39 € bruts à titre d'indemnité pour licenciement manifestement déraisonnable, à majorer des intérêts échus sur cette somme ;*

*-condamne la S.A. « ISS FACILITY SERVICES » à délivrer à Madame R. B. des documents sociaux rectifier;*

*Déboute Madame R. B. du surplus de sa demande ;*

*En application de l'article 1017, al. 1<sup>er</sup>, CJ, condamne la S.A.« ISS FACILITY SERVICES» aux dépens de Madame R. B. liquidés dans le chef de cette dernière à :*

*- 1.320 €, à titre d'indemnité de procédure ;*

*- 20 €, à titre de contribution au fonds budgétaire relatif à l'aide juridique de deuxième ligne, déjà payés par Madame R. B. ».*

### **III. Les demandes en appel**

#### **L'objet de l'appel principal de la société Iss Facility Services et ses demandes**

La société Iss Facility Services sollicite :

- de réformer et mettre à néant le jugement prononcé le 7 janvier 2021 par la 4<sup>ème</sup> chambre du tribunal du travail francophone de Bruxelles en ce qu'il l'a condamnée à payer à madame R. B. :

- le montant de 1.233,15 euros brut à titre d'indemnité compensatoire de préavis complémentaire, à majorer des intérêts ;
- le montant de 4.074,39 euros brut à titre d'indemnité pour licenciement manifestement déraisonnable, à majorer des intérêts échus sur cette somme ;
- 1.340 euros à titre de dépens.

- de condamner madame R. B. au paiement du montant de 4.956,27 euros à titre d'indemnité compensatoire de préavis induite, à majorer des intérêts au taux légal depuis le 22 avril 2021 jusqu'à complet paiement ;

- de condamner madame R. B. au paiement des dépens des deux instances, en ce compris l'indemnité de procédure visée à l'article 1022 du Code judiciaire.

### L'objet de l'appel incident de madame R. B. et ses demandes

Madame R. B. demande de réformer le jugement dont appel et de :

- de dire pour droit que le licenciement revêt un caractère discriminatoire dès lors qu'il est lié à son état de santé et/ou handicap ;
- A titre principal, de condamner la société Iss Facility Services au paiement d'une indemnité équivalente à 6 mois de rémunération en raison de son licenciement en raison de son handicap/état de santé, évaluée à 12.192,43 euros bruts ;
- A titre subsidiaire, de condamner la société Iss Facility Services au paiement d'une indemnité allant jusqu'à 17 semaines de rémunération pour licenciement manifestement déraisonnable, évaluée à 7.971,98 euros bruts, ainsi que les intérêts échus sur ces sommes ;
- statuant sur les dépens, de condamner la société Iss Facility Services à supporter les dépens, en ce compris les deux indemnités de procédure d'appel liquidées à 5.850 euros.

S'agissant de la demande formée par la société Iss Facility Services liée à l'indemnité compensatoire de préavis, madame R. B. demande à titre principal, de la déclarer irrecevable, et à tout le moins non fondée et à titre subsidiaire, à supposer la demande fondée, de condamner la société Iss Facility Services au paiement de dommages et intérêts correspondant à la somme réclamée par la société en réparation du préjudice subi du fait de l'usage abusif de son droit.

### IV. Les faits

En date du 26 novembre 2010, madame R. B. a été engagée par la société Iss Facility Services dans les liens d'un contrat de travail à durée déterminée couvrant la période du 26 novembre 2010 au 17 décembre 2010 pour travailler en qualité de technicienne de surface à raison de 30 heures par semaine.

Madame R. B. a continué son travail pour le compte de la société Iss Facility Services à l'échéance du premier contrat et ce dans le cadre de contrats de travail de remplacement successifs jusqu'à son engagement le 3 mars 2011 dans le cadre d'un contrat de travail à durée indéterminée pour un premier chantier à raison de 15 heures par semaine suivi par la signature le 21 mars 2011 d'un second contrat de travail à durée indéterminée pour un second chantier à raison de 5 heures par semaine la première semaine et de 10 heures par semaine la seconde semaine. Ces contrats à durée indéterminée obligeaient madame R. B. à avertir immédiatement son employeur de son incapacité de travail suite à une maladie ou à un accident et d'envoyer un certificat médical dans les 48 heures.

Madame R. B. a été en incapacité de travail à partir du 30 avril 2012. Cette incapacité de travail serait liée à un accident du travail que la société Iss Facility Services aurait tardé à déclarer (selon les précisions données à l'audience).

Par lettre du 29 août 2012, la société Iss Facility Services a notifié à madame R. B. son licenciement moyennant un préavis de 35 jours calendriers prenant cours le lundi 3 septembre 2012.

L'incapacité de travail de madame R. B. s'est prolongée.

La société Iss Facility Services a adressé des lettres recommandées à madame R. B. les 17 mai 2016, 15 février 2017, 22 février 2017 et 1<sup>er</sup> mars 2017 lui reprochant de ne pas justifier son incapacité de travail. Madame R. B. a ensuite adressé des certificats médicaux pour couvrir ses absences.

En date du 10 septembre 2018, le docteur Devaux a établi un certificat médical prolongeant l'incapacité de travail de madame R. B. du 1<sup>er</sup> septembre 2018 au 30 novembre 2018 en raison d'une gonalgie gauche invalidante suite à un accident survenu à son travail le 30 avril 2012 et à un état anxiodépressif sévère.

Madame R. B. a adressé ce certificat médical à son employeur par un envoi recommandé du 24 octobre 2018.

Entretemps, par lettre recommandée du 11 octobre 2018, la société Iss Facility Services a fait grief à madame R. B. de ne plus justifier son incapacité de travail pour la période débutant au 1<sup>er</sup> septembre 2018 et d'être donc absente sans justification depuis lors. Elle a invité madame R. B. à reprendre le travail dans les 48 heures ou à justifier son absence.

Madame R. B. a refusé de réceptionner cet envoi recommandé.

La société Iss Facility Services a adressé une lettre de rappel à madame R. B. par un envoi recommandé du 26 octobre 2018 en l'invitant à fournir des explications sur son absence dans les 48 heures. Elle admet avoir reçu le même jour de madame R. B. le certificat médical couvrant son incapacité de travail du 1<sup>er</sup> septembre 2018 au 30 novembre 2018.

Madame R. B. n'a pas été chercher ce pli recommandé à la poste.

Par une lettre datée du 7 novembre 2018 adressée par un envoi recommandé du 8 novembre 2018, la société Iss Facility Services a reproché à madame R. B. d'être en absence injustifiée depuis le 1<sup>er</sup> septembre 2018 et de ne pas avoir réagi à ses lettres recommandées des 11 octobre et 26 octobre 2018.

Par lettre recommandée du 16 novembre 2018, la société Iss Facility Services a notifié à madame R. B. son licenciement pour motif grave décrit comme suit :

*« En date du 11/10/2018, 26/10/2018 et du 07/11/2018, je vous ai envoyé des lettres recommandées dans lesquelles je vous demandais de reprendre le travail ou de justifier votre absence immédiatement.*

*Comme stipulé dans la dernière lettre recommandée, le fait qu'après ces lettres, vous n'avez ni repris le travail en date du 01/09/2018 ni justifié votre absence, constitue un manquement grave qui rend immédiatement et définitivement toute collaboration entre nous impossible ».*

Par lettre du 25 février 2019, le syndicat de madame R. B. a contesté qu'elle ait commis une quelconque insubordination comme indiquée sur un C4 établi le 19 novembre 2018 et a réclamé le paiement d'une indemnité de rupture.

Madame R. B. a déposé une requête introductive d'instance au greffe du tribunal du travail francophone de Bruxelles le 15 novembre 2019.

En cours de procédure devant le tribunal, la société Iss Facility Services n'a plus maintenu le motif grave et a payé à madame R. B. une indemnité compensatoire de préavis correspondant à 35 jours et 15 semaines de rémunération.

Un nouveau C4 fut établi le 13 août 2020 renseignant comme motif précis du chômage : « *non-respect des procédures en matière d'absence* ».

Par lettre recommandée avec accusé de réception du 22 avril 2021, le conseil de la société Iss Facility Services a mis en demeure madame R. B. de rembourser la somme de 3.848,20 euros correspondant à un montant brut de 5.476,65 euros, en expliquant qu'en lui versant le 11 août 2020, une indemnité compensatoire d'un montant brut de 7.815 euros correspondant à un préavis de 35 jours et 15 semaines, la société avait oublié qu'elle avait déjà rompu le contrat de travail moyennant un préavis de 35 jours en date du 29 août 2012 et que le montant brut de 5.476,65 euros (7.815 euros – 2.338,35 euros) avait été versé indûment. Ladite lettre faisait référence à l'article 2244 §2 du Code civil.

## **V. L'examen de la contestation par la cour du travail**

### **1. La demande d'indemnité pour discrimination liée à un handicap ou à l'état de santé.**

#### **Les principes.**

La loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination transpose en droit belge la Directive européenne 2000/78/CE du 27/11/2000 portant création d'un cadre en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail.

La cour de céans partage l'interprétation donnée par la jurisprudence citée ci-après des dispositions pertinentes pour le présent litige.

Les interdictions de discrimination :

Cette loi crée un cadre général pour lutter contre la discrimination fondée sur certains critères protégés (article 4,4° de la loi), dont l'état de santé actuel ou futur ou un handicap, en prévoyant des sanctions tant civiles que pénales ainsi qu'un système de partage du fardeau de la preuve.

En vertu de l'article 5 de cette loi, le principe de l'interdiction de discrimination concerne entre-autres la relation de travail dont notamment :

« 1° les conditions pour l'accès à l'emploi, y compris, entre autres, mais pas exclusivement :  
- les offres d'emploi ou les annonces d'emploi et de possibilités de promotion, et ceci indépendamment de la façon dont celles-ci sont publiées ou diffusées ;  
- la fixation et l'application des critères de sélection et des voies de sélection utilisés dans le processus de recrutement ;  
- la fixation et l'application des critères de recrutement utilisés lors du recrutement ou de la nomination ;  
- la fixation et l'application des critères utilisés lors de la promotion ;  
(...)

3° dispositions et pratiques en matière de rupture des relations de travail, y compris, entre autres, mais pas exclusivement :

- la décision de licenciement ;  
- la fixation et l'application des conditions et des modalités du licenciement ;  
- la fixation et l'application de critères lors de la sélection de licenciement ;  
- l'octroi et la fixation d'indemnités suite à la cessation de la relation professionnelle ;  
- les mesures qui sont prises suite à la cessation de la relation professionnelle ».

L'article 14 de cette loi interdit toute forme de discrimination définie comme :

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

La loi prévoit que l'employeur peut dans certaines limites justifier des distinctions directes ou indirectes.

L'article 7 prévoit 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 ».



Toutefois, une distinction directe fondée sur l'âge, l'orientation sexuelle, la conviction religieuse ou philosophique ou un handicap ne peut être justifiée que par des exigences professionnelles essentielles et déterminantes (article 8 §1er).

L'article 8 §2 définit l'exigence professionnelle essentielle et déterminante comme

- une caractéristique déterminée, liée à l'âge, l'orientation sexuelle, la conviction religieuse ou philosophique ou à un handicap est essentielle et déterminante en raison de la nature des activités professionnelles spécifiques concernées ou du contexte dans lequel celles-ci sont exécutées, et
- l'exigence repose sur un objectif légitime et est proportionnée par rapport à celui-ci.

Il appartient au juge de vérifier, au cas par cas, si telle caractéristique donnée constitue une exigence professionnelle essentielle et déterminante (article 8 §3).

Les justifications dans le cadre des distinctions indirectes sont organisées par l'article 9 qui précise :

*« 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 aménagement raisonnable ne peut être mis en place ».*

La notion d'état de santé « actuel ou futur ».

La loi du 10 mai 2007 dans sa version applicable au présent litige contient comme critères protégés visés à l'article 4,4° l'état de santé actuel ou futur.

Cette loi a été modifiée par une loi du 20 juillet 2022 (non applicable) qui a remplacé aux articles 3 et 4,4° les mots « état de santé actuel ou futur par les termes « état de santé ». La ratio legis de cette modification est que « la loi anti-discrimination actuelle ne protège que l'état de santé actuel ou futur et non le passé médical contrairement à la convention collective de travail n°95 » de telle manière qu'une « personne qui a eu un cancer dans le passé, par exemple, et qui se voit refuser un emploi parce que son employeur craint qu'elle ne fasse une rechute, n'est pas suffisamment protégé par la loi » (Chambre des représentants de Belgique, Proposition de loi modifiant la loi du 10 mai 2007 (...), DOC 55 2227/001, p. 2).

Le législateur n'a pas défini la notion d'état de santé actuel ou futur ni dans la loi du 10 mai 2007 ni dans la loi du 25 février 2003.

La cour partage l'interprétation donnée par la cour (autrement composée) selon laquelle « la notion d'état de santé actuel ou futur inclut l'état de santé tel qu'il ressort d'examen médicaux prévisionnels mais ne s'y limite pas. Elle comporte 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 » (C.T. Bruxelles, 9 janvier 2019, Chr.D.S., 2022, p. 32) et ce sur base des justes motifs suivants :

*« D'une part, la restriction de la notion d'état de santé actuel ou futur à l'état de santé tel qu'il ressort d'examen prédictifs ne ressort pas du texte légal. Lorsqu'un texte de loi est clair, il ne peut être recouru aux travaux préparatoires pour en restreindre l'application. D'autre part, à supposer même qu'il faille prendre les travaux préparatoires en considération, il n'est pas certain qu'ils restreignent la notion d'état de santé actuel ou futur à l'état de santé tel qu'il ressort d'examen médicaux prévisionnels. Il se peut que cette précision apportée lors des travaux préparatoires, porte uniquement sur la notion d'état de santé futur et non sur la notion d'état de santé actuel.*

*Enfin, la loi interdit également toute discrimination sur la base d'un autre critère protégé : une caractéristique physique ou génétique. Si la seule portée du critère de l'état de santé actuel ou futur avait été de viser les tests génétiques, l'ajout du critère relatif à une caractéristique génétique aurait été inutile. S'il est vrai que les critères protégés peuvent se recouper et coïncider en partie, on n'aperçoit pas pour quel motif le législateur aurait purement et simplement répété un critère protégé sous deux formulations différentes ».*

Les travaux parlementaires à l'origine de la loi du 25 février 2003 confirment que la notion de tests prédictifs se rapporte à l'état de santé futur et non à l'état de santé actuel, sans toutefois que la notion d'état de santé actuel soit limitée à la question de pareils tests. D'une part, alors qu'un amendement entendait supprimer la notion jugée trop imprécise d'état de santé futur, le ministre avait justifié le maintien de cette notion en précisant qu'il « est indispensable, compte-tenu des possibilités techniques dont disposent les médecins pour déceler des pathologies futures, d'empêcher que des différences de traitement injustifiées puissent avoir lieu sur base de cet état de santé futur » (Chambre des représentants, 2001-2002, DOC 50, 1578/008, p. 13). D'autre part, l'auteur de la proposition de loi avait admis que les tests prédictifs ne sont pas la seule manière d'envisager l'état de santé futur (Sénat de Belgique, session 2001-2002, Rapport fait au nom de la commission de la justice, Document parlementaire n°2-12/15).

L'acceptation qu'il convient de donner à l'état de santé actuel ou futur, à savoir 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, n'emporte pas pour conséquence que tout licenciement pour force majeure médicale / incapacité de travail définitive ou moyennant indemnité compensatoire de préavis serait ipso facto discriminatoire au sens de la loi du 10 mai 2007.

Le législateur permet en effet à l'employeur de démontrer que la distinction directe fondée sur l'état de santé actuel ou futur est objectivement justifiée par un but légitime et que les moyens de réaliser ce but soient appropriés et nécessaires, auquel cas il n'y a pas de discrimination.

### La notion de handicap

Si ni la directive 2000/78/CE ni la loi du 10 mai 2007 n'ont défini la notion de handicap, la Cour de justice de l'Union européenne considère qu'est un handicap au sens de la directive 2000/78/CE : « *une limitation, résultant notamment d'atteintes physiques, mentales ou psychiques durables, dont l'interaction avec diverses barrières peut faire obstacle à la pleine et effective participation de la personne concernée à la vie professionnelle sur la base de l'égalité avec les autres travailleurs* » (CJUE, 9 mars 2017, C-406/15, point 36 ; CJUE, 18 décembre 2014, affaire C-344-13, point 53 et CJUE, 11 avril 2013, C-335/11 et C-337/11, points 38 à 47). La Cour de Justice a relevé que : « *en utilisant la notion de « handicap » à l'article 1<sup>er</sup> de ladite directive, le législateur a délibérément choisi un terme qui diffère de celui de « maladie ». Une assimilation pure et simple des deux notions est donc exclue* » (CJUE, 11 juillet 2016, affaire C-13/05).

La Cour de Justice de l'Union européenne a par ailleurs précisé la manière de déterminer le caractère durable de la limitation en ces termes :

*«51 la notion de limitation "durable" de la capacité de la personne, au sens de la notion du "handicap" visée par la directive 2000/78, doit donc faire l'objet d'une interprétation autonome et uniforme.*

*(...)*

*53 Par ailleurs, le caractère "durable" de la limitation doit être examiné au regard de l'état d'incapacité, en tant que tel, de la personne concernée à la date à laquelle l'acte prétendument discriminatoire à l'encontre de celle-ci est adopté (voir, en ce sens, arrêt du 11 juillet 2006, Chacón Navas, C-13/05, EU :C :2006 :456, point 29).*

*54 S'agissant de la notion de caractère "durable" d'une limitation dans le contexte de l'article 1er de la directive 2000/78 et de l'objectif poursuivi par cette directive, il importe de rappeler que, selon la jurisprudence de la Cour, l'importance accordée par le législateur de l'Union aux mesures destinées à aménager le poste de travail en fonction du handicap démontre qu'il a envisagé des hypothèses dans lesquelles la participation à la vie professionnelle est entravée pendant une longue période (voir arrêt du 11 juillet 2006, Chacón Navas, C-13/05, EU:C:2006:456, point 45).*

*55 Il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier si la limitation de la capacité de la personne concernée possède ou non un caractère "durable", une telle appréciation étant avant tout de nature factuelle.*

*56 Parmi les indices permettant de considérer qu'une limitation est "durable", figure notamment le fait que, à la date du fait prétendument discriminatoire, l'incapacité de la personne concernée ne présente pas une perspective bien délimitée quant à son achèvement*

*à court terme ou, (...), le fait que cette incapacité est susceptible de se prolonger significativement avant le rétablissement de ladite personne.*

*57 Dans le cadre de la vérification du caractère "durable" de la limitation de la capacité de la personne concernée, la juridiction de renvoi doit se fonder sur l'ensemble des éléments objectifs dont elle dispose, en particulier sur des documents et des certificats relatifs à l'état de cette personne, établis sur la base des connaissances et des données médicales et scientifiques actuelles» (CJUE, 1<sup>er</sup> décembre 2016, affaire C-395/15, points 51 à 57 ; CJUE, 18 janvier 2018, affaire C-270/16, point 28 et CJUE, 9 mars 2017, affaire C-406/15, point 36).*

#### L'indemnisation :

La loi du 10 mai 2007 organise des dispositifs de protection, dont la possibilité pour la victime de réclamer une indemnisation à l'auteur de la discrimination qui équivaut à une indemnité forfaitaire égale à six mois ou trois mois de rémunération ou à une indemnité qui couvre la réalité du préjudice à charge pour la victime d'en démontrer l'étendue (article 18).

#### Le régime probatoire :

L'article 28 de la loi du 10 mai 2007 organise un partage du fardeau de la preuve :

*« §1<sup>er</sup> 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 ;*

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

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

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

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

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

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

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

Cette règle de partage de la preuve, qui existait déjà dans la loi du 25 février 2003 tendant à lutter contre la discrimination, n'est pas comme telle une invention du législateur belge mais trouve son origine dans différentes directives européennes (voir notamment article 4 de la directive 97/80/CE du Conseil du 15 décembre 1997 relative à la charge de la preuve dans les cas de discrimination sur le sexe, article 8 de la directive 2000/43/CE du Conseil du 29 juin

2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique, article 10 de la directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, article 9 de la directive 2004/113/CE du Conseil du 13 décembre 2004 mettant en œuvre le principe de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès à des biens et des services).

A l'occasion d'une autre directive visant l'égalité de traitement (directive 2006/54 du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail (refonte)), il a été souligné dans le cadre du 30ème considérant que :

*« L'adoption de règles relatives à la charge de la preuve joue un rôle important en ce qui concerne la possibilité de mettre effectivement en œuvre le principe de l'égalité de traitement. Comme la Cour de justice l'a affirmé, il convient donc de prendre des dispositions de telle sorte que la charge de la preuve revienne à la partie défenderesse dès qu'il existe une apparence de discrimination, sauf pour les procédures dans lesquelles l'instruction des faits incombe à la juridiction ou à l'instance nationale compétente. Il y a toutefois lieu de préciser que l'appréciation des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte demeure de la compétence de l'instance nationale concernée, conformément au droit national et/ou aux pratiques nationales. En outre, il revient aux États membres de prévoir, quel que soit le stade de la procédure, un régime probatoire plus favorable à la partie demanderesse ».*

La difficulté de la personne s'estimant victime d'une discrimination d'apporter la preuve requise a déjà donné lieu à de la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne :

- Ainsi, celle-ci a souligné que lorsqu'il s'agit de juger si une mesure constitue une discrimination directe, il appartient à la juridiction de tenir compte de l'ensemble des circonstances pertinentes de l'affaire, dont notamment la circonstance que la personne à qui une discrimination était reprochée s'était abstenue de produire certaines preuves à la demande de la juridiction (CJUE, Affaire Chez, 16 juillet 2015, C-83/14).

- Dans le cadre d'une autre affaire dans laquelle une personne s'estimait victime d'une discrimination à l'embauche en raison de son sexe, de son âge et de ses origines ethniques, la Cour de justice de l'Union européenne a par ailleurs précisé ce qui suit en ses attendus 46 et 47 :

*« Les articles 8, paragraphe 1, de la directive 2000/43, 10, paragraphe 1, de la directive 2000/78 et 19, paragraphe 1, de la directive 2006/54 doivent être interprétés en ce sens qu'ils ne prévoient pas le droit, pour un travailleur alléguant de façon plausible qu'il remplit les conditions énoncées dans un avis de recrutement et dont la candidature n'a pas été retenue, d'accéder à l'information précisant si l'employeur, à l'issue de la procédure de recrutement, a embauché un autre candidat.*

*Toutefois, il ne saurait être exclu qu'un refus de tout accès à l'information de la part d'une*

*partie défenderesse peut constituer l'un des éléments à prendre en compte dans le cadre de l'établissement des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte. Il incombe à la juridiction de renvoi, en prenant en considération toutes les circonstances du litige dont elle est saisie, de vérifier si tel est le cas dans l'affaire au principal » (CJUE, Affaire Meister, 19 avril 2012, C-415/10).*

-Plus récemment, la Cour de justice a prononcé un arrêt concernant une travailleuse s'estimant victime d'une discrimination indirecte fondée sur le sexe, dont l'attendu 56 met en évidence qu'il convient d'apprécier avec une certaine souplesse les preuves de l'apparence d'une discrimination à apporter :

*« Eu égard, notamment, à la nécessité d'assurer l'effet utile de l'article 19, paragraphe 1, de la directive 2006/54, cette disposition doit être interprétée, ainsi que l'a relevé M. l'avocat général au point 63 de ses conclusions, en ce sens qu'elle permet à un travailleur s'estimant lésé par une discrimination indirecte fondée sur le sexe d'étayer une apparence de discrimination en se fondant sur des données statistiques générales concernant le marché du travail dans l'État membre concerné, dans le cas où il ne saurait être attendu de l'intéressé qu'il produise des données plus précises relatives au groupe de travailleurs pertinent, celles-ci étant difficilement accessibles, voire indisponibles » (CJUE, Affaire Schuch-Ghannadan, C-274-18).*

Les auteurs de la proposition de loi ayant donné lieu à la loi du 25 février 2003 tendant à lutter contre la discrimination ont justifié la règle de partage de la preuve par la position de faiblesse dans laquelle se trouve la victime de la discrimination par rapport à l'auteur de l'acte (Proposition de loi tendant à lutter contre la discrimination et modifiant la loi du 15 février 1993 créant un centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme, Session de 2001-2002, Document législatif n°2-12/15, p. 2).

Ainsi que mentionné lors des travaux parlementaires ayant abouti aux lois anti-discrimination du 10 mai 2007, « chacune des trois lois comportent un chapitre identique relative au renversement de la charge de la preuve. A dire vrai, il s'agit davantage d'un "partage de la charge de la preuve". Au plaignant, il appartiendra de produire des faits ou tout autre élément de preuve susceptibles de faire naître une présomption de discrimination (prima facie case ; au défendeur, il appartiendra alors de renverser cette présomption. Ainsi compris, ce partage de la charge de la preuve a reçu le fiat de la Cour d'arbitrage (arrêt 157/2004, pt B.84)

*Ainsi que mentionné par les textes de lois proposés, ce partage de la charge de la preuve a vocation à s'appliquer à toute procédure juridictionnelle visant à la mise en œuvre desdites lois – en ce compris les procédures ordinaires menées devant les juridictions civiles et les procédures menées devant le Conseil d'Etat, à l'exception des procédures pénales.*

*Les faits et autres éléments de preuve susceptibles de faire naître la présomption de discrimination peuvent être de toute nature. Les textes proposés, dans la lignée de la loi du 25 février 2003, en mentionnent deux, à titre exemplatif : les statistiques et les tests de*

situation » (Chambre des représentants de Belgique, Projet de loi tendant à lutter contre certaines formes de discrimination, Doc 51,2722/001, pp. 5 et 6).

La Cour constitutionnelle a également relevé ce qui suit dans un arrêt 17/2009 du 12 février 2009 (considérant B93.3) :

*« A cet égard, il convient avant tout de constater qu'il ne saurait être question d'un renversement de la charge de la preuve qu'après que la victime prouve les faits qui laissent présumer l'existence d'une discrimination. Par conséquent, elle doit démontrer que le défendeur a commis des actes ou a donné des instructions qui pourraient, de prime abord, être discriminatoires. La charge de la preuve incombe dès lors en premier lieu à la victime (notamment Doc. Parl., Chambre, 2006-2007, DOC 51-2720/009, p. 72).*

*Les faits avancés doivent être suffisamment graves et pertinents. Il ne suffit pas qu'une personne prouve qu'elle a fait l'objet d'un traitement qui lui est défavorable. Cette personne doit également prouver les faits qui semblent indiquer que ce traitement défavorable a été dicté par des motifs illicites. Pour ce faire, elle peut par exemple démontrer que sa situation est comparable à celle d'une personne de référence (article 30, § 2, 2°, de la loi anti-racisme, article 28, § 2, 2°, de la loi générale anti-discrimination et article 33, § 2, 2°, de la loi « genre »), c'est-à-dire une personne qui n'est pas caractérisée par un des motifs mentionnés dans les lois attaquées et qui est traitée différemment par le défendeur.*

*Les faits précités ne peuvent toutefois avoir un caractère général, mais doivent pouvoir être imputés spécifiquement à l'auteur de la distinction. Dès lors que, selon les dispositions attaquées, les éléments qui révèlent une certaine récurrence de traitement défavorable à l'égard de personnes caractérisées par un des motifs mentionnés dans les lois attaquées font naître une présomption de discrimination directe (article 30, § 2, 1°, de la loi anti-racisme, article 28, § 2, 1°, de la loi générale anti-discrimination et article 33, § 2, 1°, de la loi « genre »), cette récurrence doit exister dans le chef de ces personnes.*

*Il doit en être de même pour les faits qui peuvent faire présumer l'existence d'une discrimination indirecte fondée sur un des motifs mentionnés dans les lois attaquées. Il ne suffit pas de démontrer sur la base de statistiques qu'un motif apparemment neutre lèse des personnes caractérisées par un motif mentionné dans les lois attaquées. Il faut démontrer en outre que le défendeur était conscient de cette situation. Les données statistiques doivent par ailleurs satisfaire à certaines exigences de qualité pour que le juge puisse en tenir compte (...) ».*

### **Application.**

Madame R. B. invoque le congé pour motif grave notifié le 16 décembre 2018 comme acte discriminatoire lié à un handicap ou à son état de santé. Elle évoque incidemment dans la chronologie énoncée dans ses conclusions d'appel le premier congé notifié 29 août 2012 (dont elle a oublié l'existence pendant toute la procédure en 1<sup>ère</sup> instance) pour convaincre avec d'autres éléments que l'acte du 16 novembre 2018 est bien lié à son handicap ou à son état de santé.

Il ne fait aucun doute que les problèmes de santé de madame R. B. (gonalgie et état dépressif) qui la rendaient incapable de travailler depuis plusieurs années répondaient à la définition du handicap donné ci-avant le 11 octobre 2018, ce qui n'est pas contesté par la société Iss Facility Services.

La cour estime toutefois que les éléments invoqués par madame R. B. sont insuffisants pour permettre de présumer l'existence d'une discrimination liée à un critère protégé.

Quand bien-même madame R. B. ne percevait plus de salaire garanti mais était à la charge de sa mutuelle depuis plusieurs années, son contrat de travail n'étant que suspendu, elle demeurait dans l'obligation de couvrir ses absences au travail de manière ininterrompue par des certificats médicaux.

Or la société Iss Facility Services a dû lui rappeler à plusieurs reprises ses obligations en la matière par des lettres recommandées adressées le 17 mai 2016, le 15 février 2017, le 22 février 2017 et le 1<sup>er</sup> mars 2017.

Le congé notifié le 16 novembre 2018 est en lien avec la non-justification à temps de son absence à partir du 1<sup>er</sup> septembre 2018 (madame R. B. ayant attendu 6 semaines pour justifier cette absence), même si au moment du congé, la société Iss Facility Services disposait bien d'un certificat médical couvrant l'absence de madame R. B. depuis le 1<sup>er</sup> septembre 2018.

Dans ce contexte, le fait qu'il intervienne durant une période d'incapacité de travail ne peut suffire à présumer l'existence d'une discrimination liée à son handicap ou à son état de santé. Le fait qu'un précédent congé (oublié par les parties jusqu'à la lettre de la société Iss Facility Services du 29 avril 2021) lui avait été notifié le 29 août 2012, 4 mois après le début de son incapacité de travail, ne le permet pas davantage.

Madame R. B. ne démontre pas l'existence d'une pratique discriminatoire installée par la société Iss Facility Services conduisant à systématiquement licencier pour motif grave les travailleurs en incapacité de travail n'ayant pas justifié leur incapacité de travail à l'issue de trois lettres rappels et ce quelles que soient les circonstances.

Il n'y a du reste rien d'anormal à ce qu'un employeur invite ses travailleurs en incapacité de travail (de courte ou de longue durée) à couvrir chacune de leurs absences de manière interrompue et leur adresse des lettres de rappel lorsqu'ils ne le font pas. La circonstance qu'après plusieurs lettres de rappel, cet employeur qui n'aurait pas reçu de justification des absences de son travailleur, prenne la décision de licencier son travailleur (le cas échéant pour motif grave), ne constitue pas la démonstration d'une pratique discriminatoire même indirecte fondée sur le critère protégé du handicap ou de l'état de santé.



Au vu des développements qui précèdent, la cour estime que madame R. B. échoue à démontrer des faits permettant de présumer qu'elle a été licenciée en raison de son handicap ou de son état de santé.

Sa demande d'indemnité pour discrimination est dès lors non fondée.

## **2. La demande d'indemnité pour licenciement manifestement déraisonnable.**

### **Les principes.**

La cour partage l'interprétation donnée par la jurisprudence et la doctrine citée ci-après aux dispositions légales invoquées dans le cadre des principes.

L'article 8 de la convention collective de travail n°109 inscrit dans le chapitre IV définit le licenciement manifestement déraisonnable 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 qui en est donné par les partenaires sociaux dans la convention est le 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 raisonnable. 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 ».*

Une lecture littérale du texte de l'article 8 de la convention collective de travail n°109 devrait conduire à considérer qu'un licenciement qui se base sur des motifs qui ont un lien avec la conduite du travailleur, son aptitude ou est fondé sur les nécessités de fonctionnement de l'entreprise n'est pas manifestement déraisonnable sans qu'il faille vérifier en outre si ce licenciement n'aurait jamais été décidé par un employeur normal et raisonnable. Une telle lecture reviendrait à redonner vie à l'ancienne jurisprudence de la Cour de Cassation développée en matière de licenciement abusif qui ne laissait aucun pouvoir d'appréciation aux juridictions du fond puisqu'il suffisait par exemple que le licenciement ait lieu pour un motif lié à la conduite même non fautive du travailleur pour que le licenciement ne soit pas abusif (voir notamment Cass., 6 juin 1994, R.G.C.930131.F, [www.juridat.be](http://www.juridat.be) ; Cass., 7 mai 2001, J.T.T., 2001, obs. C. Wantiez, p. 407). Seul serait alors sanctionné le licenciement pour un motif autre que ceux énoncés dans le texte mais que n'aurait jamais décidé un employeur normal et raisonnable. Les hypothèses visées seraient dès lors très rares. Rentrerait par exemple dans cette définition le licenciement « repréailles » à une revendication légitime du travailleur.

Une autre lecture plus conforme à la volonté des partenaires sociaux doit être donnée de la notion de licenciement manifestement déraisonnable.

En effet, la Cour de cassation a effectué un revirement de sa jurisprudence précitée en matière de licenciement abusif en considérant par un arrêt du 22 novembre 2010 que le licenciement pour un motif en rapport avec la conduite du travailleur est abusif lorsque ce motif est manifestement déraisonnable (voir Cass., 22 novembre 2010, J.T.T., 2011, p. 3).

En reprenant le concept de licenciement « manifestement déraisonnable » et en intégrant dans sa définition l'ancienne définition donnée par l'article 63 de la loi du 3 juillet 1978, les partenaires sociaux se sont manifestement inspirés de cette jurisprudence de la Cour de Cassation, en ajoutant toutefois la notion d'employeur normal et raisonnable.

L'interprétation à donner de l'article 8 de la convention collective de travail est dès lors que le licenciement manifestement déraisonnable est soit celui qui a lieu pour des motifs qui n'ont aucun lien avec la conduite ou l'aptitude du travailleur ou qui ne sont pas fondés sur les nécessités de fonctionnement de l'entreprise, soit celui qui a lieu pour des motifs qui ont un lien avec la conduite ou l'aptitude du travailleur ou qui sont fondés sur les nécessités de fonctionnement de l'entreprise mais dans pareils cas qui n'aurait jamais été décidé par un employeur normal et raisonnable. Cette interprétation revient à considérer que le « et » apparaissant dans la définition doit se comprendre comme un « ou ».

Cette interprétation faite, il n'en reste pas moins que comme l'ont précisé les partenaires sociaux dans leur commentaire de l'article 8, *« 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 ».*

Même sous l'ancienne jurisprudence de la Cour de cassation en matière de licenciement abusif ouvrier, il fut décidé que « *l'appréciation de la légitimité du motif de licenciement fondé sur les nécessités du fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service n'autorisait pas le juge à substituer à ceux de l'employeur ses propres critères d'organisation de ce fonctionnement* » (Cass., 16 février 2015, J.T.T., 2015, p. 196).

Lorsque les nécessités du fonctionnement de l'entreprise sont invoquées, le juge n'exerce qu'un contrôle marginal sur le caractère nécessaire du licenciement au regard du fonctionnement de l'entreprise. Il doit cependant vérifier si les faits invoqués sont établis, s'il existe un lien entre ces faits et le fonctionnement de l'entreprise et s'il existe un lien causal entre ces faits et le licenciement.

L'article 9 de la convention précitée dispose :

*« §1. En cas de licenciement manifestement déraisonnable, l'employeur est redevable d'une indemnisation au travailleur.*

*§ 2. L'indemnisation qui est octroyée au travailleur correspond au minimum à trois semaines de rémunération et au maximum à 17 semaines de rémunération.*

*§ 3. 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 ».*

La convention collective de travail n°109 donne ainsi au juge une fourchette comprise entre 3 et 17 semaines.

Le critère d'appréciation est loin d'être évident. Le commentaire donné par les partenaires sociaux est en effet de faire dépendre le montant de l'indemnisation de « *la gradation du caractère manifestement déraisonnable* ».

Une situation est manifestement déraisonnable ou ne l'est pas. Sauf cas extrême (par exemple un licenciement « repréailles »), il est difficile d'apprécier si une situation est faiblement manifestement déraisonnable, est moyennement manifestement déraisonnable ou est fortement manifestement déraisonnable.

S'agissant de la charge de la preuve, l'article 10 de la convention dispose :

*« En cas de contestation, la charge de la preuve entre l'employeur et le travailleur est réglée de la manière suivante :*

*- 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 ».*

Conformément aux règles de preuve, *« l'incertitude subsistant à la suite d'une production d'une preuve, d'où qu'elle vienne, doit nécessairement être retenue au détriment de celui qui avait la charge de la preuve »* (Cass., 17 septembre 1999, Pas., 1999, I, n° 467, p.1164 ; N. Verheyden-Jeanmart, Droit de la preuve, Larcier, 1991, p.43 ; D. Mougnot, La preuve, Rép. Not., Larcier, 1997, p.86, n°27).

Ce principe se retrouve désormais inscrit dans l'article 8.4 alinéa 4 du Code civil relatif aux règles déterminant la charge de la preuve qui dispose :

*« En cas de doute, celui qui a la charge de prouver les actes juridiques ou faits allégués par lui succombe au procès, sauf si la loi en dispose autrement (...) ».*

L'article 8.5 dudit Code dispose :

*« Hormis les cas où la loi en dispose autrement, la preuve doit être rapportée avec un degré raisonnable de certitude ».*

### **Application.**

La cour a considéré ci-avant que le congé notifié le 16 novembre 2018 était en lien avec la non-justification à temps par madame R. B. de son absence à partir du 1<sup>er</sup> septembre 2018 (dans un contexte où des lettres rappels avaient déjà été adressées en 2016 et 2017 à madame R. B. pour qu'elle respecte ses obligations en la matière), tout en relevant qu'au moment du congé, la société Iss Facility Services disposait bien d'un certificat médical couvrant l'absence de madame R. B. depuis le 1<sup>er</sup> septembre 2018.

Le licenciement de madame R. B. est cependant manifestement déraisonnable.

La cour estime en effet que quand bien-même madame R. B. a tardé à justifier son incapacité pour la période débutant au 1<sup>er</sup> septembre 2018 (et que pareil grief s'était déjà présenté par le passé), la société Iss Facility Services qui disposait dès le 26 octobre 2018 du certificat médical couvrant l'absence de madame R. B. du 1<sup>er</sup> septembre au 30 novembre 2018 (constituant dès lors une réponse à sa lettre du 11 octobre 2018), ne s'est pas comportée comme un employeur normal et raisonnable, en adressant un troisième rappel le 7 novembre 2018 reprochant à madame R. B. une absence injustifiée et en la licenciant pour motif grave le 16 novembre 2018 pour ne pas avoir justifié son absence depuis le 1<sup>er</sup> septembre 2018 malgré trois lettres l'y invitant.

A cet égard, le prétendu fait que la société Iss Facility Services aurait estimé que le certificat transmis n'était pas valide car il comportait en son entête la mention « certificat d'incapacité de travail - travailleur indépendant » n'est guère pertinent. La cour n'aperçoit pas en quoi cette mention suffirait à contredire la réalité de l'incapacité de travail « prolongée » par le médecin-traitant de madame R. B. De surcroît, si la société Iss Facility Services avait réellement estimé que ce certificat médical ne lui suffisait pas pour justifier l'absence de madame R. B., il lui appartenait d'en informer madame R. B. pour qu'elle demande à son médecin d'utiliser un autre modèle de certificat médical plutôt que de continuer à lui adresser une lettre lui reprochant une absence justifiée sans explication suivie d'une lettre de congé pour motif grave.

Aucun employeur normal et raisonnable n'aurait agi de la sorte en manière telle que ce licenciement est manifestement déraisonnable.

Quant à la hauteur de l'indemnité pour licenciement manifestement déraisonnable, madame R. B. ne justifie pas sa demande d'obtention du maximum de 17 semaines de rémunération tandis que la société Iss Facility Services ne justifie pas la limitation de l'indemnité à 3 semaines.

Dans les circonstances de la cause, la cour estime qu'il y a lieu d'accorder à madame R. B. une indemnité pour licenciement manifestement déraisonnable égale à 10 semaines de rémunération.

Pour le calcul de la rémunération à prendre en compte, il n'y a pas lieu de tenir compte des postes (abonnement social, frais de vêtements et indemnité Rgpt) qui constituent des frais propres à l'employeur dont madame R. B. ne démontre pas le caractère rémunérateur.

Par contre il se justifie d'inclure le double pécule de vacances qui constitue bien un avantage acquis en vertu du contrat de travail au sens de l'article 39 alinéa 2 de la loi du 3 juillet 1978, quand bien-même il est payé pour les ouvriers par les caisse de vacances (à l'aide de cotisations versées par l'employeur). Le fait que ledit pécule soit calculé sur l'indemnité compensatoire de préavis ne modifie pas sa nature d'avantage acquis en vertu contrat de

travail qui justifie de l'y inclure dans la base de calcul de la rémunération servant à déterminer l'indemnité pour licenciement manifestement déraisonnable.

Madame R. B. a dès lors droit à la somme brute de 4.527,09 euros (23.540,86 euros : 52 semaines x 10 semaines), à augmenter des intérêts moratoires au taux légal à partir du 16 novembre 2018.

**3. La demande reconventionnelle de remboursement d'une partie de l'indemnité compensatoire de préavis versée.**

**Les principes.**

L'article 59 ancien de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail, applicable au 29 août 2012, prévoyait notamment :

*« Le délai de préavis visé à l'article 37 prend cours le lundi suivant la semaine pendant laquelle le préavis a été notifié.  
Le délai de préavis est fixé à vingt-huit jours lorsque le congé est donné par l'employeur, et à quatorze jours lorsqu'il est donné par l'ouvrier.  
Ces délais sont doublés lorsqu'il s'agit d'ouvriers demeurés sans interruption au service de la même entreprise pendant au moins vingt ans.  
Ils doivent être calculés en fonction de l'ancienneté acquise au moment où le délai de préavis prend cours ».*

Aux termes de l'article 1235 de l'ancien Code civil, « ce qui a été payé sans être dû est sujet à répétition ».

En vertu de l'article 1376 de l'ancien Code civil, « celui qui reçoit par erreur ou sciemment ce qui ne lui est pas dû, s'oblige à le restituer à celui de qui il l'a indûment reçu ».

Conformément à l'interprétation donnée par la cour de cassation que la cour de céans partage,

*« lorsqu'un travailleur est tenu en application des articles 1235, 1376 et 1377 du Code civil de restituer des rémunérations qui ne lui étaient pas dues, les restitutions s'étendent non seulement aux rémunérations nettes mais également au montant des précomptes professionnels » (Cass., 16 septembre 2019, S.17.0079.F, www.juportal.be).*

### **Application.**

La société Iss Facility Services sollicite la condamnation de madame R. B. à lui rembourser une partie de l'indemnité compensatoire de préavis qu'elle lui a payée, au motif qu'une partie de cette indemnité a été versée indûment en ayant oublié qu'elle lui avait déjà notifié un préavis le 29 août 2012.

Elle démontre avoir payé à madame R. B. sur son compte en banque en août 2020 à titre d'indemnité compensatoire de préavis la somme nette de 1.643,80 euros et de 5.040,16 euros (voir les pièces 19 et 20 du dossier de la société). Ces montants nets correspondent à un montant brut de 7.815 euros.

Ces paiements sont intervenus alors que madame R. B. réclamait dans ses conclusions datées du 17 juin 2020 déposées en 1<sup>ère</sup> instance le paiement d'une indemnité compensatoire de préavis d'1 euro provisionnel à calculer sur base d'un préavis de 15 semaines et 35 jours.

Or les deux parties avaient oublié de tenir compte de la notification d'un préavis à madame R. B. le 29 août 2012.

Le délai de préavis à prendre en compte pour le calcul de l'indemnité compensatoire de préavis due à madame R. B. devait être calculé en fonction de l'ancienneté de service acquise au 29 août 2012. Les périodes d'interruption au travail ayant couru à partir du 29 août 2012 étaient sans conséquence sur ce délai de préavis.

C'est dès lors à juste titre que la société Iss Facility Services fait valoir que madame R. B. n'avait droit qu'à une indemnité compensatoire égale à un préavis de 35 jours et non pas à un préavis de 15 semaines et 35 jours.

Tenant compte de la rémunération annuelle à prendre en cours de 23.540,86 euros, l'indemnité compensatoire de préavis due à madame R. B. était de 2.257,34 euros brut (23.540,86 euros / 365 x 35).

Elle a dès lors bénéficié indûment d'un montant de 5.557,66 euros brut (7.815 euros – 2.257,34 euros).

Déduction faite des cotisations de sécurité sociale personnelles de 13,07 %, madame R. B. est redevable à la société Iss Facility Services d'un montant de 4.831,27 euros (5.557,66 euros – 726,39 euros).

Madame R. B. n'établit d'aucune manière que la société Iss Facility Services aurait eu l'intention de lui payer une indemnité compensatoire de préavis supérieure à celle due et qu'il y aurait eu accord entre parties sur ce point.

Il est manifeste que les parties avaient oublié durant la procédure en 1<sup>ère</sup> instance qu'un préavis avait été notifié à madame R. B. le 29 août 2012 et que la réclamation par madame R. B. d'une indemnité à calculer sur base d'un préavis de 35 jours et 15 semaines était erronée.

Aucun jugement d'accord n'a été prononcé puisque le paiement dont le montant est réclamé est intervenu avant qu'un jugement ait été rendu, lequel jugement a condamné à tort la société Iss Facility Services à payer un solde d'indemnité compensatoire de préavis à madame R. B., alors que le tribunal n'avait pas été informé du préavis notifié le 29 août 2012.

En conclusion, madame R. B. est bien redevable d'un indu à madame R. B. d'un montant de 4.831,27 euros.

Madame R. B. échoue à démontrer que la société Iss Facility Services aurait commis un abus de droit à lui réclamer ce paiement.

Il y a bien eu une erreur des deux parties à la base qui a conduit in fine à ce que la société Iss Facility Services verse un montant indu à madame R. B. à titre d'indemnité compensatoire de préavis.

La cour n'aperçoit pas en quoi l'intentement d'un appel par la société Iss Facility Services procède d'un abus de droit, d'autant que cet appel porte sur différents chefs de demande, dont notamment la condamnation de ladite société à payer une indemnité pour licenciement manifestement déraisonnable qui n'a rien avoir avec la demande reconventionnelle incidente.

Il ne peut être considéré que la société Iss Facility Services ferait un usage sans intérêt raisonnable et suffisant de son droit à vouloir faire récupérer l'indu versé à madame R. B..

Par ailleurs, même à admettre par hypothèse que la société Iss Facility Services aurait commis une faute, madame R. B. qui a perçu indûment une partie de l'indemnité compensatoire de préavis versée, échoue à démontrer que cette faute est en lien de causalité avec un dommage correspondant au montant de l'indu.

La société Iss Facility Services réclame également le paiement d'intérêts au taux légal depuis le 22 avril 2021 (date de la mise en demeure) jusqu'à complet paiement sur le montant de l'indu réclamé.

Dans les circonstances de la cause, et alors que la société Iss Facility Services est un employeur d'une certaine taille (disposant très vraisemblablement d'un service de ressources humaines), qui aurait dû se souvenir du préavis notifié le 29 août 2012 à madame R. B. et éviter de la sorte de payer une indemnité compensatoire de préavis



calculée sur base d'une mauvaise ancienneté, il est abusif de réclamer le remboursement d'intérêts de retard à madame R. B. visant à indemniser le retard mis à rembourser un indu qui n'aurait jamais existé si la société Iss Facility services s'était comportée comme un employeur normalement prudent et diligent, intérêts qui viendront alourdir le passif de madame R. B. qui doit déjà rembourser l'indu. Ceux-ci ne seront dès lors pas accordés à la société Iss Facility Services.

#### **4. Les dépens.**

Madame R. B. a obtenu partiellement gain de cause tant en 1<sup>ère</sup> instance qu'en appel.

Il se justifie de condamner la société Iss Facility Services aux dépens de 1<sup>ère</sup> instance et d'appel.

Les dépens de 1<sup>ère</sup> instance ont déjà été liquidés dans le jugement dont appel à un montant de 1.320 euros qui est confirmé sur ce point.

Madame R. B. ne justifie pas à quel titre elle aurait droit à un montant indexé d'indemnité de procédure due en 1<sup>ère</sup> instance, alors que les indexations sont intervenues après le prononcé du jugement.

Madame R. B. a droit à une indemnité de procédure en appel correspondant au montant de base, soit 1.650 euros. Madame R. B. réclame également des frais de signification de 450 euros (en raison d'une signification intervenue le 11 juin 2022), lesquels n'ont pas été contestés (la société admettant d'ailleurs s'être vu signifier le jugement). Elle a droit au remboursement de ces frais de signification.

L'appel n'étant pas limité à la demande reconventionnelle, c'est de manière non pertinente que madame R. B. invoque l'erreur de la société Iss Facility Services pour justifier l'octroi d'un montant maximum.

#### **VI. La décision de la cour du travail**

La cour déclare l'appel principal recevable et partiellement fondé.

La cour déclare l'appel incident recevable et partiellement fondé.

La cour réforme partiellement le jugement dont appel sur le montant de l'indemnité pour licenciement manifestement déraisonnable et sur la condamnation de la société Iss Facility Services à payer un solde d'indemnité compensatoire de préavis à madame R. B.

