



Expédition

Numéro du répertoire 2023 /
Date du prononcé 26 avril 2023
Numéro du rôle 2021/AB/730
Décision dont appel 20/1094/A

Délivrée à
le
€
JGR

Cour du travail de Bruxelles

quatrième chambre

Arrêt

DROIT DU TRAVAIL - contrats de travail-employé
Discrimination
Arrêt contradictoire
Définitif

La S.A. PRO-PAY, inscrite auprès de la Banque Carrefour des Entreprises sous le n°0441.366.430 et dont le siège social est établi à 1130 BRUXELLES, rue de la Woluwe-saint-Etienne 55,
partie appelante au principal et intimée sur incident,
représentée par Maître M J, avocate à 3500 HASSELT, et par Maître G J, avocat à 3580 BERINGEN,

contre

Madame Katerina K, domiciliée à
N° R.N. :
partie intimée au principal et appelante au principal,
représentée par Maître Z B loco Maître T H, avocat à 1000 BRUXELLES,

★

★ ★

Vu l'appel interjeté par la sa Pro Pay contre le jugement contradictoire prononcé le 25 juin 2021 par la 1^{ère} chambre du Tribunal du travail francophone de Bruxelles (R.G. n° 20/1094/A), en cause d'entre parties, appel formé par requête déposée au greffe de la Cour du travail le 17 octobre 2021 ;

Vu les conclusions déposées par les parties ;

Vu les dossiers des parties ;

Entendu les parties à l'audience publique du 22 mars 2023.

La cause a été prise en délibéré lors de la même audience.

Il a été fait application de l'article 24 de la loi du 15 juin 1935 concernant l'emploi des langues en matière judiciaire.

I. RECEVABILITE DES APPELS.

L'appel a été interjeté dans les formes et délais légaux.

Le jugement a été signifié en date du 22 septembre 2021 alors que la requête d'appel a été déposée le 17 octobre 2021.

L'appel est partant recevable.

Il en va de même de l'appel incident.

II. LE JUGEMENT DONT APPEL.

Les demandes formées en 1ère instance par madame K avaient pour objet de condamner la sa Pro Pay à lui payer, outre les dépens:

- la somme de 1.009,87 euros bruts à titre de complément d'indemnité compensatoire de préavis à augmenter des intérêts légaux et judiciaires à dater du 27 décembre 2019 ;
- la somme de 22.702,53 euros bruts à titre d'indemnité de protection contre le licenciement d'une travailleuse enceinte (ou à titre d'indemnité pour discrimination fondée sur le sexe) à augmenter des intérêts légaux et judiciaires à dater du 27 décembre 2019,
- à titre subsidiaire, la somme de 14.843,96 euros bruts à titre d'indemnité pour licenciement manifestement déraisonnable, à augmenter des intérêts légaux et judiciaires à dater du 27 décembre 2019 ;
- la somme de 10.000 euros à titre de réparation du dommage moral causé par l'abus du droit de licencier, à augmenter des intérêts légaux et judiciaires à dater du 27 décembre 2019 ;
- la somme de 500 euros nets retenue illégalement, à augmenter des intérêts légaux et judiciaires à dater du 27 décembre 2019.

Par jugement du 25 juin 2021, le tribunal du travail francophone de Bruxelles a décidé ce qui suit :

« Déclare les demandes de Madame K en très grande partie fondées ;

Condamne la S.A. PRO-PAY au paiement des sommes suivantes :

- 784,87 € bruts, à titre de complément d'indemnité compensatoire de préavis
- 22.702,53 € bruts, à titre d'indemnité pour discrimination sur base du sexe ;
- 10.000,00 € *ex aequo et bono*, à titre de dommages et intérêts pour abus du droit de licencier ;
- 500,00 € nets, à titre de retenue ;

Précise que ces sommes sont à majorer des intérêts à dater du 27.12.2019 ;

Condamne la S.A PRO-PAY aux dépens, liquidés par Madame K à la somme de 2.400,00 €, et lui délaisse ses propres dépens ;

La condamne également à la somme de 20,00 € à titre de contribution en faveur du Fonds budgétaire relatif à l'aide juridique de deuxième ligne ».

III. L'OBJET DES APPELS.

L'appel principal a pour objet de réformer le jugement entrepris en ce qu'il condamne la sa Pro-Pay au paiement de la somme de :

- 22.702,53 euros bruts à titre d'indemnité pour discrimination fondée sur le sexe ;
- 10.000 euros *ex aequo et bono* à titre de réparation du dommage moral causé par l'abus du droit de licencier ;
- 500 euros nets à titre de retenue ;
- 2.420 euros à titre de frais et dépens de l'instance de madame K.

A titre subsidiaire, la sa Pro-Pay demande de limiter l'indemnité accordée pour discrimination à un montant de 11.351,76 euros et de limiter l'indemnisation de l'abus de droit à un montant de 1.000 euros.

Aucun appel n'est formé contre la condamnation de la sa Pro-Pay à payer la somme de 784,87 euros bruts à titre d'indemnité compensatoire de préavis.

L'appel incident a pour objet si la cour n'accorde pas la somme de 22.702,53 euros bruts soit à titre d'indemnité pour discrimination fondée sur le sexe soit à titre d'indemnité de protection contre le licenciement d'une travailleuse enceinte, de condamner la sa Pro-Pay à payer à madame K la somme de 14.843,96 euros bruts à titre d'indemnité pour licenciement

manifestement déraisonnable, à augmenter des intérêts légaux et judiciaires à dater du 27 décembre 2019.

Madame K sollicite la condamnation de la sa Pro-Pay aux dépens de l'instance, en ce compris l'intervention auprès du fonds d'aide juridique de 20 euros et l'indemnité de procédure de 2.400 euros.

IV. EXPOSE DES FAITS

Madame Katerina K, née le 21 novembre 1993, a été engagée le 14 novembre 2016 par la sa Pro-Pay dans les liens d'un contrat de travail à durée indéterminée pour travailler en qualité de « payroll officer ».

La sa Pro-Pay propose des services sur mesure de « payroll » aux entreprises.

En juillet 2019, madame K a pris 2 jours de congé et a été en incapacité de travail durant 6 jours. Elle est revenue au travail le 19 juillet 2019. Elle a par ailleurs été en incapacité de travail ininterrompue à partir du 27 août 2019.

Par mail du 27 août 2019, madame K a informé la sa Pro-Pay qu'elle était enceinte et a détaillé les problèmes rencontrés dans le cadre de sa grossesse qui nécessitaient d'être mise au repos.

Par lettre recommandée du 17 septembre 2019 signée par monsieur Geert Van Hoyer, la sa Pro-Pay a adressé une lettre d'avertissement à madame K libellée comme suit :

« Ce n'est pas dans le style de la maison de communiquer formellement par écrit avec les collaborateurs mais les événements de ces dernières semaines me conduisent à mettre sur papier certaines remarques déjà évoquées.

J'ai malheureusement dû constater que tant ton organisation du travail que ton attitude au travail ne correspondaient plus à nos attentes.

Concernant ton organisation du travail, j'ai dû constater que, suite à de récentes absences au travail, en outre tes dernières vacances, le suivi de tes dossiers (Seaway Heavy Lifting Contracting) n'a pas pu être organisé de façon optimale par tes collègues vu que les documents nécessaires au traitement des demandes des clients ne leur avaient pas été transmis ou n'avaient pas été sauvegardés sur les clients en question. Tes collègues ainsi que les managers ont dû assumer cette charge de travail supplémentaire et ont également tant bien que mal dû rétablir la confiance des clients (Digital Orthopaedics), ce qui n'aurait pas dû être le cas si le suivi de tes dossiers avait été organisé normalement et correctement de ta part

En dehors du manque d'organisation dans ton travail de ces derniers mois, j'ai dû constater que ton attitude au travail laissait également à désirer.

Malgré plusieurs avertissements et ce à différentes reprises, nos remarques n'ont pas été entendues, tu continues à bavarder longuement avec tes collègues, tu passes régulièrement de longs moments en communication avec ton GSM et ce sachant bien, moi également, qu'un retard dans ton travail reste à rattraper.

Tu pars également du principe que tes collègues, au cas où tu ne serais pas là, s'occupent de tes dossiers et ce également en cas d'absences dont le suivi ne relève pas directement de leurs tâches, absence pour l'entretien de ta voiture par exemple. Ce type d'absence n'entre pas dans le suivi instauré au sein de Pro-Pay. Tout comme le fait d'avertir tes collègues qui sont en congé et dont tu devais assurer le suivi des dossiers que tu n'arriveras pas à mener à bien le suivi attendu ... ces attitudes provoquent un stress inutile entre collègues, stress qui peut être facilement évité.

Vu que notre récente entrevue portant sur ces sujets n'a pas porté ses fruits, je me vois dans l'obligation de t'envoyer cette lettre d'avertissement afin que le changement attendu dans tes performances ainsi que dans ton attitude puisse être ressenti par tous et ce le plus rapidement possible. Le but étant d'effectuer correctement ton travail tout en ne créant pas de charge supplémentaire pour tes collègues ».

Par une lettre en réponse non datée envoyée par recommandé, madame K a contesté de manière circonstanciée les manquements reprochés et a fait remarquer à son interlocuteur (monsieur Van Hoye) que son attitude envers elle avait fortement changé depuis qu'elle lui avait annoncé sa grossesse. Cette lettre a été réceptionnée par la sa Pro-Pay le 27 septembre 2019.

Par lettre recommandée du 21 octobre 2019, la sa Pro-Pay a détaillé les dossiers dans lesquels des manquements de madame K furent constatés (Seaway Heavy Lifting, Toyota Boshoku, Digital Orthopaedics, Can Tho, Abelag Holding, New Balance) en terminant la lettre comme suit :

« Katerina, mon attitude à ton égard a effectivement changé au cours de ces dernières semaines. Ce changement est uniquement dû au manque de suivi dans tes dossiers, à ton attitude sur ton lieu de travail et aux plaintes qui m'ont été communiquées par tes clients et tes collègues.

*Tout comme toi, j'ai hâte de pouvoir discuter personnellement et de manière pausée avec toi de ce qui précède. Nous profiterons également de ce moment pour nous mettre d'accord sur les points d'amélioration dans ton travail et sur la manière d'y parvenir
Enfin, je vous souhaite un prompt rétablissement et espère te revoir bientôt au bureau ».*

Madame K y a répondu par une lettre non datée envoyée par un recommandé du 12 novembre 2019 rédigée dans les termes suivants :

« (...) Après m'avoir « tout d'abord » transmis votre sympathie, vous m'adressez trois pages de griefs, ce qui constitue une manière assez étonnante de contribuer au rétablissement de la santé d'une collaboratrice en incapacité de travail depuis plusieurs semaines. Il est vrai que, ce faisant, vous êtes dans la continuité de votre première lettre du 17 septembre 2019.

Vous reconnaissez que votre attitude à mon égard a changé au cours de ses dernières semaines mais ce changement serait totalement étranger à mon incapacité de travail subie au mois de juillet, à l'annonce de ma grossesse et d'une nouvelle incapacité de travail subie liée à celle-ci puisque votre changement d'attitude est « uniquement dû au manque de suivi dans mes dossiers, à mon attitude sur le lieu de travail et aux plaintes qui vous ont été communiquées par mes clients et mes collègues ». J'observe cependant « qu'au cours des dernières semaines » j'ai été absente du 9 au 16 juillet, ensuite j'ai été confrontée à la difficulté de rattraper le retard consécutif à ce qui n'a pu être fait en mon absence, tout en faisant des tâches urgentes de collègues absents. Dans cette perspective, vos griefs m'apparaissent quelque peu déplacés.

Quelle que soit votre conception d'une politique de bien-être au travail et de protection de la santé de vos collaborateurs, je souhaite clôturer ici nos échanges épistolaires. Ceux-ci ne contribuent certainement pas à l'amélioration de ma santé.

Je reprendrai contact avec vous lorsque l'évolution de mon état de santé me permettra d'envisager une reprise du travail ».

Par mail du 23 décembre 2019, elle a informé la sa Pro-Pay qu'elle serait de retour après la fin de son certificat médical en date du 2 janvier 2020.

Par lettre du 27 décembre 2019, la sa Pro-Pay a notifié à madame K son licenciement moyennant le paiement d'une indemnité compensatoire de préavis de 13 semaines.

Ladite lettre motivait le licenciement comme suit :

« Après mûres réflexions et non comme tu pourrais le penser sur un coup de tête, nous avons décidé de mettre fin à la relation de travail qui nous liait. Pour preuve, je me réfère à notre conversation téléphonique du 16 septembre 2019, à nos lettres recommandées du 17 septembre 2019 et 21 octobre 2019 ainsi qu'à ta réponse aux dites lettres.

Comme déjà mentionné dans nos différentes lettres, nous avons dû constater ces derniers mois d'une part une accumulation de lacunes envers la clientèle ainsi que dans la gestion de ton travail (compétences) et d'autre part dans ton attitude professionnelle au travail (comportement).

Notre intention première était de revoir avec toi les points de travail concrets qui ont posés problème et d'élaborer ensemble un plan avec des objectifs pour retrouver la qualité dans ton travail ainsi que pour améliorer ton attitude au travail. En reconnaissant verbalement à chaque fois que tu étais d'accord avec nos commentaires négatifs sur les faits qui t'ont été énumérés ainsi que sur notre argumentation et en nous indiquant de la volonté à y travailler, nous étions persuadés que dès ton retour, tout pouvait s'arranger. Mais, à notre grande surprise, en réfutant par écrit tous les éléments évoqués lors de nos conversations téléphoniques, nous avons été confrontés à un renversement total de la situation. Ce changement inattendu de ta part a introduit le doute ainsi qu'une perte de confiance qui ont sérieusement perturbé l'avenir de la relation de travail qui nous liait.

De plus, nous sommes actuellement confrontés à une certaine réorganisation opérationnelle qui nous oblige à revoir nos effectifs. En effet, en raison de la perte de notre plus gros client, du fait que notre plus gros fournisseur de clients va se lancer et proposer lui-même l'administration des salaires aux clients qu'il nous avait confiés et enfin nous subissons une diminution constante des contrats de notre personnel placé chez des clients extérieurs, nous n'avons actuellement pas un volume de travail suffisant pour l'entièreté de notre personnel. Afin de pouvoir offrir à chacun un travail suffisant, nous avons donc décidé le 23 décembre dernier, en conseil d'administration et après concertation avec le management, de réduire nos effectifs.

A la vue des faits déjà précités, nous avons donc pris la décision dans cette optique de résilier ton contrat (nécessités opérationnelles).

Les motifs de ton licenciement sont donc liés à ta compétence, à ton comportement au travail ainsi qu'aux nécessités opérationnelles afin d'assurer le bon fonctionnement de notre entreprise ».

Par lettre recommandée du 20 janvier 2020, le conseil de madame K a mis en demeure la sa Pro-Pay de lui payer une indemnité de protection contre le licenciement d'une travailleuse enceinte, un montant à titre de dommage moral causé par l'abus de droit de licencier, un solde d'indemnité compensatoire de préavis et une somme de 500 euros nets retenu illégalement sur le décompte du mois de décembre 2019. Une lettre de rappel a été adressée le 3 mars 2020.

Par lettre en réponse du 6 mars 2020, le conseil de la sa Pro-Pay a contesté les revendications de madame K.

En date du 11 mars 2020, madame K a déposé une requête introductive d'instance au greffe du tribunal du travail francophone de Bruxelles.

Madame K a donné naissance à un enfant le 20 avril 2020 selon les précisions données à l'audience.

V. DISCUSSION.

1. L'indemnité de protection de la maternité ou l'indemnité pour discrimination liée au sexe

Les principes.

Seront énoncés ci-après les normes et principes applicables et l'interprétation qu'en donne la jurisprudence et que partage la Cour de céans.

-La loi du 16 mars 1971 sur le travail.

L'article 40 de la loi du 16 mars 1971 sur le travail dispose :

« Sauf pour des motifs étrangers à l'état physique résultant de la grossesse ou de l'accouchement, l'employeur qui occupe une travailleuse enceinte ne peut faire un acte tendant à mettre fin unilatéralement à la relation de travail à partir du moment où il a été informé de l'état de grossesse jusqu'à l'expiration d'un délai d'un mois prenant cours à la fin du congé postnatal, en ce inclus la période de huit semaines durant laquelle la travailleuse doit prendre, le cas échéant, ses jours de congé de repos postnatal.

La charge de la preuve de ces motifs incombe à l'employeur. A la demande de la travailleuse, l'employeur lui en donne connaissance par écrit. Si le motif invoqué à l'appui du licenciement ne répond pas aux prescriptions de l'alinéa 1er, ou à défaut de motif, l'employeur payera à la travailleuse une indemnité forfaitaire égale à la rémunération brute de six mois, sans préjudice des indemnités dues à la travailleuse en cas de rupture du contrat de travail »

L'article 40 ne contient pas une interdiction absolue de licencier mais une restriction du droit de licenciement par l'employeur : le licenciement est autorisé pour des motifs étrangers à l'état physique qui résulte de la grossesse ou de l'accouchement (voir en ce sens approuvé par la Cour de céans : C.T. Bruxelles, 12 septembre 2006, R.G. n° 47.218).

Les motifs de licenciement doivent être totalement étrangers à l'état de grossesse. Le licenciement en raison de motifs pour partie liés à l'état de grossesse, et pour partie étrangers à cet état, est interdit par la loi (voir en ce sens approuvé par la cour de céans : C. T. Bruxelles, 8 décembre 2010, R.G. n° 2009/AB/52266).

Si la travailleuse conteste en justice la légalité du licenciement, l'employeur doit prouver, non seulement :

- l'existence de faits objectifs qui montrent que le licenciement intervient pour des motifs étrangers à la grossesse,
 - mais également, la sincérité des motifs,
 - ainsi que le lien de causalité entre les faits étrangers et le licenciement.
- (voir notamment dans ce sens approuvé par la cour de céans: C.T. Liège, 6 mars 2017, R.G. n° 2015/AL/726, www.juportal.be et la jurisprudence citée dans cet arrêt).

Une fois que l'employeur a répondu à la demande de la travailleuse en lui précisant les motifs de licenciement, il n'est pas admissible à invoquer ensuite d'autres motifs (en ce sens approuvé par la cour de céans : C.T. Anvers, 17 janvier 2005, Chr.D.S., 2005, p.339).

C'est au moment du congé qu'il faut se placer pour apprécier si le motif invoqué est ou non fondé.

-La loi du 10 mai 2007

La loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre les discriminations entre les femmes et les hommes a pour objectif de créer, dans les matières visées à l'article 6 un cadre général pour lutter contre la discrimination sur base du sexe.

Elle transpose notamment la directive 76/07 du Conseil du 9 février 1976 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la formation professionnelle, et les conditions de travail, modifiée par la Directive 2002/73 CE du Parlement européen et du Conseil du 23 septembre 2002, dont l'article 2 dispose que « *le principe de l'égalité de traitement au sens des dispositions ci-après implique l'absence de toute discrimination fondée sur le sexe, soit directement, soit indirectement par référence, notamment, à l'état matrimonial ou familial* ».

- La définition des discriminations.

L'article 4 §1^{er} dispose :

« § 1^{er}. Pour l'application de la présente loi, une distinction directe fondée sur la grossesse, l'accouchement et la maternité est assimilée à une distinction directe fondée sur le sexe ».

La ratio legis de cette assimilation est la suivante :

« Pour que les obligations européennes de la Belgique soient correctement respectées, il est impératif que les distinctions de traitement fondées directement sur la grossesse, l'accouchement et la maternité soient traitées comme des distinctions directes fondées sur le sexe (voy. notamm. l'art.4, §1^{er}, a, de la directive 113/2004, ainsi que C.J.C.E, 177/88, arrêt Dekker du 8 novembre 1990. Voy. Égal, l'actuel article 4, al.2, de la loi du 7 mai 1999), et non

comme des distinctions indirectes fondées sur le sexe. Le régime de justification n'est en effet pas identique dans l'un et l'autre cas ».

L'article 5,6° définit la discrimination directe comme *« une distinction directe, fondée sur le sexe, qui ne peut être justifiée sur la base des dispositions du titre II de la présente loi ».*

La distinction directe est définie à l'article 5,7° comme *« la situation qui se produit lorsque, sur la base du sexe, 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 ».*

L'article 5,8° définit la discrimination indirecte comme *« la distinction indirecte fondée sur le sexe, qui ne peut être justifiée sur la base des dispositions du titre II ».*

La distinction indirecte est définie à l'article 5,9° 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 d'un sexe déterminé ».*

Ces discriminations sont notamment interdites dans les relations de travail et, en particulier, en ce qui concerne l'accès à l'emploi (article 6, §2,1°).

L'article 13 dispose :

« § 1^{er}

Dans le domaine des relations de travail, et sous réserve des articles 16, 17 et 18, une distinction directe fondée sur le sexe, ne peut être justifiée que sur la base d'une exigence professionnelle essentielle et déterminante.

§ 2

Il ne peut être question d'une exigence professionnelle essentielle et déterminante que lorsque:

–une caractéristique déterminée liée au sexe est essentielle et déterminante en raison de la nature spécifique de l'activité professionnelle concernée ou du contexte de son exécution, et;
–l'exigence repose sur un objectif légitime et est proportionnée par rapport à celui-ci ».

§3.

Le Roi, par arrêté délibéré en Conseil des ministres, détermine les situations dans lesquelles une caractéristique déterminée constitue, conformément aux conditions visées au paragraphe 2 de la présente disposition, une exigence professionnelle essentielle et déterminante ».

Il est utile de reproduire les travaux parlementaires sur cette question des exigences essentielles et déterminantes pour mieux appréhender la volonté du législateur ;

« Cet article décrit au premier paragraphe le système fermé de justification applicable à la distinction directe sur la base du sexe dans le cadre des relations de travail.

Au niveau des relations de travail, une distinction directe constitue une discrimination directe, à moins qu'une des exceptions spécifiques prévues dans le projet soit d'application (concerne notamment l'article 16, 17 et 18 du projet, ainsi que l'exception spécifique relatives aux exigences professionnelles essentielles et déterminantes élaborée à l'article 13, § 2).

Le deuxième paragraphe prévoit les conditions auxquelles les exigences professionnelles essentielles et déterminantes doivent répondre.

Dans certains cas, il est socialement souhaitable que l'on puisse – dans les relations de travail (et particulièrement le processus du recrutement) – faire une distinction sur la base du sexe ou des caractéristiques qui y sont liées. En particulier, il peut être envisagé, dans le secteur culturel, l'industrie des loisirs ou le monde publicitaire, que des personnes d'un sexe déterminé soient recherchées pour des programmes ou des productions spécifiques. Pour ce genre de situations, le projet de loi offre une solution grâce à la stipulation d'exception pour les exigences professionnelles essentielles et déterminantes. Ce régime d'exception est également prévu dans les Directives européennes.

Une caractéristique liée au sexe peut être considérée comme une exigence professionnelle essentielle et déterminante sur la base (1) de la nature des activités professionnelles spécifiques concernées et (2) du contexte dans lequel les activités professionnelles spécifiques sont réalisées.

En tant que règle d'exception, la règle des exigences professionnelles essentielles et déterminantes doit être appliquée avec parcimonie et uniquement pour les exigences professionnelles qui sont strictement nécessaires afin d'exercer les activités en question. A l'instar des Directives européennes, l'avant-projet exige qu'il s'agisse d'activités professionnelles spécifiques, ce qui veut dire que la nécessité de fixer l'exigence devra toujours dépendre des activités concrètes réalisées par un travailleur (à engager). Si le critère demandé pour une catégorie de travailleurs déterminée est nécessaire dans certains cas et pas nécessaire dans d'autres cas, le critère ne peut pas être imposé d'office à la catégorie complète des travailleurs.

Le projet exige par ailleurs que l'usage des «exigences professionnelles essentielles et déterminantes» soit justifié. Les exigences professionnelles essentielles et déterminantes doivent être basées sur un objectif légitime et doivent être proportionnées vis-à-vis de l'objectif poursuivi.

Par le passé, les justifications suivantes ont entre autres été acceptées comme objectifs légitimes pour l'édiction d'exigences professionnelles essentielles et déterminantes:
– la protection de la vie privée;

- le respect de la sensibilité du patient;
- la sécurité publique;
- le maintien de la force de combat;

Plus généralement, des objectifs légitimes peuvent être trouvés dans la protection des droits fondamentaux et donc dans le monde culturel (p.e. la garantie de la liberté artistique ou de l'authenticité) ou dans le monde commercial (p.e. la garantie de la publicité visant certains groupes cibles) et dans la sécurité (.sécurité dans l'entreprise; sécurité des personnes tierces; sécurité publique).

Evidemment, l'objectif légitime ne peut pas être lié à des motifs discriminatoires. Ainsi, la volonté de répondre à la préférence discriminatoire des clients ou d'autres travailleurs n'est pas être acceptée comme objectif légitime. Dans un deuxième temps, il est nécessaire de contrôler si l'exigence professionnelle essentielle et déterminante est proportionnée à l'objectif légitime. A l'enseigne du droit européen, ce contrôle de proportionnalité comprend un contrôle de l'appropriation et de la nécessité de l'exigence professionnelle vis-à-vis de l'objectif poursuivi (arrêt Johnston, 222/84, 15 mai 1986, considérant 38).

Le système prévu par cette loi est plus strict que le système prévu dans le projet de loi-racisme et le projet de loi tendant à lutter contre certaines formes de discrimination.

Dans le cadre de la présente loi, la liste des exigences professionnelles essentielles et déterminantes est fermée (c'est-à-dire fixée dans un Arrêté Royal), comme c'est déjà le cas aujourd'hui.

Cette différence résulte d'une approche légèrement différente de cette problématique dans le droit européen (Chambre des représentants, Doc 55,0165/007,p. 48 à 50).

déterminé ».

L'article 15 de cette loi dispose :

« Toute distinction indirecte fondée sur le sexe 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 objectif légitime et que les moyens de réaliser cet objectif soient appropriés et nécessaires ».

- Le mécanisme probatoire

La loi du 10 mai 2007 prévoit par ailleurs un mécanisme de partage du fardeau de la preuve.

Ainsi, l'article 33 dispose :

« § 1^{er}

Lorsqu'une personne qui s'estime victime d'une discrimination, l'Institut 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 le sexe, 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 le sexe, sont compris, entre autres, mais pas exclusivement:

1° les éléments qui révèlent une certaine récurrence de traitement défavorable à l'égard de personnes du même sexe; entre autres, différents signalements isolés faits auprès de l'Institut 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 le sexe, 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.”

Comme précisé 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 (...). »

Dans le cadre de la preuve à apporter pour renverser l'existence d'une présomption de discrimination liée à un critère protégé et fondée sur des déclarations d'un employeur, il peut être tenu compte de la pratique réelle d'embauche de l'entreprise :

« Il y a lieu, par suite, de répondre aux troisième à cinquième questions que des déclarations publiques par lesquelles un employeur fait savoir que, dans le cadre de sa politique de recrutement, il n'embauchera pas de salariés ayant une certaine origine ethnique ou raciale suffisent à présumer, au sens de l'article 8, paragraphe 1, de la directive 2000/43, l'existence d'une politique d'embauche directement discriminatoire. Il incombe alors à cet employeur de prouver qu'il n'y a pas eu de violation du principe de l'égalité de traitement. Il peut le faire en démontrant que la pratique réelle d'embauche de l'entreprise ne correspond pas à ces déclarations » (CJUE, 10 juillet 2008, Aff C-54/07).

La preuve contraire peut être apportée par toutes voies de droit :

« 55. À cet égard, il ressort de la jurisprudence de la Cour que, lorsque des faits permettant de présumer l'existence d'une discrimination, au sens de ladite directive, sont établis, la mise en œuvre effective du principe de l'égalité de traitement exige que la charge de la preuve pèse sur les parties défenderesses concernées, qui doivent prouver qu'il n'y a pas eu une violation dudit principe (voir, en ce sens, arrêt du 17 juillet 2008, Coleman, C-303/06, Rec. p. I-5603, point 54).

56. Dans ce contexte, des parties défenderesses peuvent réfuter, devant les instances nationales compétentes, l'existence d'une telle violation en établissant par toute voie de droit, notamment, que leur politique de recrutement est établie sur des facteurs étrangers à toute discrimination fondée sur l'orientation sexuelle.

57. Pour renverser la présomption simple dont l'existence peut résulter de l'article 10, paragraphe 1, de la directive 2000/78, il n'est pas nécessaire qu'une partie défenderesse prouve que des personnes d'une orientation sexuelle déterminée ont été recrutées dans le passé, une telle exigence étant effectivement susceptible, dans certaines circonstances, de porter atteinte au droit au respect de la vie privée.

58. Dans le cadre de l'appréciation globale qu'il incomberait alors à l'instance nationale saisie d'effectuer, l'apparence de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle pourrait être réfutée à partir d'un faisceau d'indices concordants (...) » (CJUE, 25 avril 2013, C-81/12).

- L'indemnisation :

L'article 23 de la loi du 10 mai 2007 dispose :

« § 1er. En cas de discrimination, la victime peut réclamer une indemnisation de son préjudice en application du droit de la responsabilité contractuelle ou extra-contractuelle. Dans les circonstances ci-après visées, la personne qui a contrevenu à l'interdiction de la discrimination doit verser à la victime une indemnité correspondant, selon le choix de la victime, soit à une somme forfaitaire fixée conformément au § 2, soit au dommage réellement subi par la victime. Dans ce dernier cas, la victime doit prouver l'étendue du préjudice par elle subi.

§ 2. Les dommages et intérêts forfaitaires visés au § 1er sont fixés comme suit : 1° hors l'hypothèse visée ci-après, l'indemnisation forfaitaire du préjudice moral subi du fait d'une discrimination est fixé à un montant de 650 euros; ce montant est porté à 1300 euros dans le cas où le contrevenant ne peut démontrer que le traitement litigieux défavorable ou désavantageux aurait également été adopté en l'absence de discrimination, ou en raison d'autres circonstances, telle la gravité particulière 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, 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 20, les dommages et intérêts forfaitaires sont fixés selon les dispositions du point 1° ».

- Les principes en matière de preuve.

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. Mougenot, 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 ».

Le Code judiciaire a réglementé la production de déclarations de tiers, sous forme d'attestations, de nature à éclairer le juge sur les faits litigieux aux articles 961/1 et 961/2 du Code judiciaire.

L'article 961/2 du Code judiciaire dispose :

« (...)

L'attestation contient la relation des faits auxquels son auteur a assisté ou qu'il a personnellement constatés.

L'attestation mentionne les noms, prénoms, date et lieu de naissance, domicile et profession de son auteur ainsi que, s'il y a lieu, son lien de parenté ou d'alliance avec les parties, de subordination à leur égard, de collaboration ou de communauté d'intérêts avec elles. L'attestation indique en outre qu'elle est établie en vue de sa production en justice et que son auteur a connaissance qu'une fausse attestation de sa part l'expose à des sanctions pénales. L'attestation est écrite ; datée et signée de la main de son auteur. Celui-ci doit annexer ; en original ou en photocopie, tout document officiel justifiant de son identité et comportant sa signature ».

Conformément à l'article 8.1 du Code civil, la déclaration faite par un tiers dans les conditions des articles 961/1 et suivants du Code judiciaire constitue un témoignage au même titre qu'une déclaration faite par un tiers dans les conditions des articles 915 et suivants du Code judiciaire.

S'agissant desdites attestations, il a été jugé à juste titre que:

« (...) il appartient au juge, même si l'attestation remplit toutes les conditions prévues aux articles 961/1 et 961/2 du Code judiciaire, d'apprécier souverainement la valeur probante de ce document, en tenant compte à cet égard de tous les éléments utiles à sa crédibilité.

Les formalités prévues à l'article 961/2 du Code judiciaire ne sont pas prescrites à peine de nullité.

Par conséquent, l'absence, dans l'attestation, d'une mention requise par cette disposition légale n'empêche pas le juge de recevoir ladite attestation, pourvu qu'il indique les raisons pour lesquelles il l'estime malgré tout crédible alors qu'elle ne remplit pas toutes les conditions posées » (Cass.,28 juin 2018,C.17.0319.N,www.juportal.be ; voir aussi sur la question : C.T. Bruxelles,17 juin 2016,J.T.T.,2016,p. 336-338).

L'article 8.28 alinéa 2 du Code civil précise désormais que la valeur probante des témoignages est laissée à l'appréciation du juge.

L'attestation non conforme aux dispositions de l'article 961/2 du Code judiciaire n'a d'autre force probante que celle d'une simple présomption (Liège (civ.) (7ème ch.), 21 janvier 2016, R.D.J.P., 2016, liv.3, p. 121. Tel est par exemple le cas d'un mail (a fortiori non signé) déposé par une partie dans laquelle une tierce personne décrit une situation à la demande de cette partie.

Application.

Madame K sollicite l'obtention d'une seule indemnité égale à 6 mois de rémunération tant sur base de l'article 40 de la loi du 16 mars 1971 sur le travail que sur base de l'article 23 de la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre les discriminations entre les femmes et les hommes.

La sa Pro-Pay a licencié madame K dans le délai de protection de la femme enceinte prévu par l'article 40 de la loi du 16 mars 1971.

Cette loi protégeant spécifiquement la femme enceinte contre le risque de licenciement, la cour estime qu'il convient d'apprécier par priorité la demande d'indemnité formulée par madame K sous l'angle de cette loi.

La sa Pro-Pay a la charge d'établir qu'elle a licencié madame K pour des motifs totalement étrangers à sa grossesse.

Elle invoque à cet égard l'avoir licenciée pour des motifs liés à sa compétence, à son comportement au travail ainsi qu'aux nécessités opérationnelles.

1° Les manquements dans l'exécution de son contrat de travail et son attitude au travail.

Les manquements sont décrits dans la lettre de licenciement comme des lacunes envers la clientèle ainsi que dans la gestion de son travail. Son attitude au travail tient selon la sa Pro-Pay en des bavardages incessants avec ses collègues à propos de faits de sa vie privée et un temps important à passer des coups de fils (privés). Ces difficultés auraient déjà existé en 2018.

L'envoi par la sa Pro-Pay d'une lettre d'avertissement à madame K en date du 17 septembre 2019 et d'une seconde lettre le 21 octobre 2019, que madame K a contredites de manière circonstanciée dans ses deux lettres en réponse, ne démontre pas la réalité des griefs. Pour établir pareils manquements, la sa Pro-Pay dépose à son dossier d'appel des mails

relatifs à 4 clients et des attestations de 4 membres de son personnel. En vue de prouver le problème d'attitude, elle renvoie aux attestations précitées.

S'agissant desdites attestations, la cour estime qu'il convient de les apprécier avec une certaine réserve étant donné d'une part qu'elles interviennent plus de 3 ans après les faits alors que les parties sont en procédure d'appel (ce qui pose la question de savoir comment des témoins ont pu réellement se souvenir de faits très précis comme par exemple des déclarations faites par madame K lors d'un entretien du 16 septembre 2019, une demande qui lui aurait été faite verbalement le 17 juillet 2019,...) et d'autre part qu'elles émanent de personnes haut placées dans la société qui peuvent avoir un intérêt à la solution du litige et/ou de personnes qui ont participé au processus de licenciement, dont l'une au moins atteste d'un fait contraire à la réalité du dossier :

- monsieur David A est actionnaire, intervient dans la gestion de la société par le biais de la société à son nom D. A qui a la qualité d'administrateur délégué et qu'il représente et est par ailleurs CoO (chief operating officer).

- madame Inge J intervient dans la gestion de la société par le biais de la société à son nom I. Janssens qui a la qualité d'administrateur et qu'elle représente.

-madame Femke D K a rejoint l'équipe de direction selon ce qu'elle mentionne dans son attestation. Il est permis de douter que madame D K puisse se souvenir le 11 novembre 2022 avec autant de précisions de faits survenus en janvier 2019 (à propos de discussions entre manager sur le fait d'accorder une promotion à madame K), en juillet 2019 (sur ce qu'elle aurait dit à madame K) et en août 2019 (sur ce qu'elle aurait dit à madame K concernant le « paiement » des salaires des employées d'un client).

-monsieur David D (senior manager) décrit le 18 mai 2022 avec précision les termes d'un entretien d'évaluation ayant eu lieu en janvier 2019 avec madame K sans qu'un écrit ait été établi. Une telle précision dans ce qui se serait dit étonne après plus de 3 ans. Il atteste également avoir donné une explication au bureau à madame K après le 3 septembre 2019 à propos d'un client. Or celle-ci était alors en incapacité de travail de telle manière qu'il n'a pas pu lui donner cette explication.

Au vu des développements qui précèdent, la cour n'accorde pas de valeur probante à ces attestations pour démontrer des faits au-delà de ce que les mails de clients déposés mettent en évidence.

Il convient de rappeler la chronologie des faits.

Il n'est pas contesté que madame K a fait l'objet au début de l'année 2019 d'une évaluation verbale de son travail accompli en 2018 et qu'elle a alors été promue collaboratrice junior avancée et qu'elle a perçu un bonus important en juin 2019 (pratiquement deux fois le montant de son salaire mensuel).

Ces deux faits sont peu compatibles avec l'allégation de monsieur D selon laquelle il lui a été fait remarquer lors de son évaluation que son travail était de plus en plus chaotique et avec les problèmes d'attitude que lui et madame Janssens décrivent. Le bonus dépendant à 70 % de l'atteinte d'objectifs quantitatifs et à 30 % de l'atteinte d'objectifs qualitatifs, l'obtention par madame K de son bonus tend à démontrer qu'elle a été performante et qu'elle n'a pas consacré beaucoup de temps à mener des conversations privées ou à régler des problèmes privés au travail, contrairement à ce que plaide la sa Pro-Pay.

Si madame K admet qu'elle a eu une réunion avec monsieur V H à son retour de maladie le 19 juillet 2019, elle explique dans sa lettre adressée en réponse à la lettre d'avertissement du 17 septembre 2019 qu'elle lui a demandé un feed-back de son travail et que ce dernier lui a précisé que son travail portait satisfaction et lui a demandé de s'occuper d'une nouvelle recrue. Si cette version est contestée, la cour n'estime pas que la sa Pro-Pay démontre avoir fait des reproches à madame K sur son travail lors de la réunion du 19 juillet 2019.

Les mails déposés par la sa Pro-Pay en vue de démontrer les manquements de madame K dans l'exécution de son travail sont peu nombreux et assez relatifs :

- La pièce 14 est relative à des échanges entre un client (« Can Tho ») et madame K. Le client s'est plaint qu'elle ne répondait pas assez vite à ses demandes, contrairement à sa collègue Hanane qui la remplaçait quand elle était absente (mail du 24 mars 2019 pour rappeler son mail du 15 mars 2019). Monsieur D s'en est excusé auprès du client en expliquant que madame K devait répondre plus rapidement.
- La pièce 26 concerne des mails entre madame K et un client (« Digital Orthopaedics ») les 19 et 20 mai 2019. Le client qui a déjà eu affaire à 4 ou 5 consultantes différentes de la sa Pro-Pay, s'est plaint de devoir rappeler à madame K des informations communiquées par le passé à ses collègues. La sa Pro-Pay n'établit pas que madame K avait à sa disposition les informations qu'elle a demandées au client. La cour n'aperçoit pas en quoi madame K peut se voir reprocher un quelconque manquement dans pareil contexte. Si la sa Pro-Pay a porté à la connaissance de madame K par mail du 3 septembre 2019 (pièce 15) que « *vu les circonstances* », le dossier sera transféré à une collègue, il n'est pas démontré que les circonstances font référence à un quelconque manquement. Madame K étant en repos forcé à partir du 27 août 2019, ces circonstances doivent plutôt être mises en lien avec l'absence durant plusieurs semaines de madame K.
- La pièce 16 est relative à des échanges par mails avec le client (« Seaway Heavy Lifting ») entre le 22 mai 2019 et le 23 juillet 2019. Madame K devait procéder à l'affiliation à l'Onss de la société. Elle a adressé un mail d'information au client le 23

mai 2019 en expliquant les documents que le client devait signer. Le client lui a répondu le jour même que la personne mandatée signera les documents et que ceux-ci lui seront renvoyés. Madame K a envoyé un mail le 14 juin 2019 demandant si les documents avaient été envoyés. Le client a renvoyé un mail le 11 juillet 2019 en expliquant que les documents lui ont été adressés le 21 juin 2019 et a demandé une confirmation. Madame K étant alors absente du travail, le client s'est adressé à sa collègue, madame Femke D K le lundi 15 juillet 2019 en demandant si elle suivait le dossier. Madame D K lui a répondu qu'elle ignorait si les documents ont été reçus et qu'elle demandera à madame K de vérifier à son retour le mercredi. Le client a adressé un rappel le 23 juillet 2019 auquel madame K a répondu le jour même en expliquant qu'elle a bien reçu les documents et en s'excusant.

- La pièce 17 se rapporte à des mails entre madame K et un client (« Toyota Boshoku Europe ») les 19 et 20 août 2019. Madame K avait besoin d'informations complémentaires pour effectuer le paiement du salaire de deux travailleurs japonais de juillet 2019 (l'orthographe du nom pour l'un et le numéro de compte bancaire pour l'autre). Elle a demandé ces informations par mail du 19 août 2019. La collaboratrice du client à qui madame K s'était adressée lui a expliqué qu'ayant été toute la journée en réunion, elle n'avait pas eu l'occasion de lire ses mails et aurait préféré un appel téléphonique. Les paiements n'ont pas pu de ce fait intervenir pour le 20 août mais ont été effectués le 21 août 2019 (voir le mail de madame K du 20 août 2019 à 16h35 expliquant que le paiement interviendrait tôt le lendemain). Madame K s'en est excusée en expliquant à la collaboratrice du client qu'elle l'appellerait la prochaine fois. Le retard de paiement d'un ou deux jours tient finalement au fait que le client n'a pas lu ses mails et n'a ainsi pas pu répondre de suite à madame K. La responsabilité de celle-ci n'est pas en cause.

En examinant ces seuls mails déposés à la lumière de certaines explications qu'en donne la sa Pro-Pay, la cour constate qu'il peut être reproché à madame K de ne pas avoir répondu suffisamment rapidement à un premier client « Can Tho » (et ce dans un contexte où elle s'était déjà plainte d'être surchargée comme elle l'évoque dans sa lettre adressée en réponse à l'avertissement du 17 septembre 2019) et d'avoir tardé à répondre à un second client « Seaway Heavy Lifting » (elle a pris 5 jours pour répondre à son retour d'incapacité de travail), étant entendu que les pièces demandées n'avaient pas pu être retrouvées par sa collègue pendant son incapacité de travail (parce qu'elle avait emporté les clefs de son armoire avec elle). La sa Pro-Pay ne prouve pas que madame K serait responsable des intérêts ou pénalités réclamés au client « Seaway Heavy Lifting ». Le fait qu'elle aurait adressé les déclarations du second trimestre 2019 le 9 août 2019 ne suffit pas à établir que madame K est responsable de l'amende forfaitaire pour déclaration tardive et/ou des intérêts à ce client (alors que la déclaration Dmfa peut en principe être rentrée jusqu'au dernier jour du mois qui suit le trimestre concerné). La sa Pro-Pay n'établit pas davantage que madame K aurait omis de demander un document essentiel (non précisé) qui n'aurait pu de la sorte pas être envoyé à l'Onss. La sa Pro-Pay ne démontre pas non plus les autres faits évoqués dans cette lettre à propos des clients Abelag et New Balance.

Ces manquements prouvés au nombre de deux (alors que madame K a obtenu un bonus notamment en raison du nombre d'heures facturées aux clients, ce qui donne à penser qu'elle gère un certain nombre de dossiers qui lui a valu d'obtenir en juin 2019 un bonus conséquent) ne peuvent expliquer le licenciement de madame K notifié le 27 décembre 2019, 4 jours après qu'elle ait informé la sa Pro-Pay qu'elle serait de retour de son congé pour maladie (liée à sa grossesse) le 2 janvier 2020.

La sa Pro-Pay admet assez mal que madame K se soit défendue par deux lettres aux reproches faits par l'avertissement du 17 septembre 2019 et par la lettre du 21 octobre 2019. C'est pourtant le droit de madame K de se défendre et l'exercice de ce droit ne peut justifier son licenciement, quand bien-même la sa Pro-Pay n'était pas d'accord avec la version de sa travailleuse.

Si la sa Pro-Pay avait des reproches à faire à madame K, le principe même de l'envoi d'un avertissement à un travailleur est de lui laisser du temps pour adapter son comportement.

La lettre du 21 octobre 2019 donnait l'impression que tel était bien l'intention de la sa Pro-Pay puisqu'elle se terminait en informant madame K qu'à son retour, l'on discutera des points d'amélioration et de la manière d'y parvenir.

Madame K n'étant plus revenue travailler après le 27 août 2019, la sa Pro-Pay ne lui a pas laissé le temps de tenir compte des remarques faites.

Dans le contexte précité et si la cour estime que deux manquements sont avérés, la sa Pro-Pay n'établit pas à suffisance que le licenciement de madame K est totalement étranger à sa grossesse.

Le fait qu'il ne soit pas démontré que la sa Pro-Pay avait déjà licencié par le passé des travailleuses enceintes ou que deux témoins de sexe féminin estiment que la sa Pro-Pay se montrait bienveillante à l'égard des femmes enceintes ne contredit pas la conclusion qui précède.

Le motif de prétendues nécessités opérationnelles ne convainc pas la cour pour les raisons expliquées ci-après.

2° Les nécessités opérationnelles.

La sa Pro-Pay soutient qu'elle a perdu des clients importants (Toyota Motor Europe, Infosys et les clients pour lesquels elle travaillait en tant que sous-traitant du groupe TMF). Elle dépose des pièces pour en convaincre.

La perte de clients ne fait pas la preuve de la nécessité de licencier du personnel.

Quand bien-même il y eu la perte de quelques clients (soit une situation qui n'a rien d'inhabituel pour un secrétariat social), la cour constate que les comptes annuels ne montrent pas de diminution de la marge brute d'exploitation ni du bénéfice.

Ainsi, les comptes annuels afférents à la période du 1^{er} juin 2019 au 31 mai 2020 mentionnent une marge brute de 4.693.064 euros (année d'avant : 4.425.771 euros) et un bénéfice d'exploitation de 1.837.293 euros (année d'avant : 1.626.877 euros).

Les comptes annuels afférents à la période du 1^{er} juin 2020 au 31 mai 2021 renseignent une marge brute de 4.805.544 euros (c'est-à-dire une augmentation par rapport à l'exercice antérieur) et un bénéfice d'exploitation de 1.904.587 (donc à nouveau une augmentation par rapport à l'exercice antérieur).

Le nombre d'équivalent temps plein ne diminue pas non plus.

Ainsi, les comptes annuels relatifs à la période du 1^{er} juin 2019 au 31 mai 2020 mettent en évidence une augmentation de 2,4 unités équivalents temps plein par rapport à la période précédente.

Les listes de travailleurs que la sa Pro-Pay déposent à son dossier (pièces 11 à 13) ne sont pas des pièces officielles comme des Dimona et n'identifient pas la fonction exercée. Elles ne font dès lors pas la preuve que le nombre d'équivalents temps plein a diminué dans le département de gestion des salaires au sein duquel madame K travaillait. Il est d'ailleurs curieux que le nom de madame K ne soit pas mentionné sur la liste afférent au « payroll » du 31 décembre 2019 alors qu'une autre employée licenciée au 30 juin 2019 y figure.

La sa Pro-Pay ne dépose pas le procès-verbal de la réunion du conseil d'administration du 23 décembre 2019 au cours de laquelle il aurait été décidé de réduire ses effectifs.

En tout état de cause et à supposer même que la perte de clients aurait nécessité de diminuer le personnel, la cour constate que la sa Pro-Pay ne démontre pas avoir licencié une autre personne que madame K peu après le 23 décembre 2019 (à se fier aux listes de travailleurs qu'elle dépose), pas plus qu'elle ne justifie la raison pour laquelle, elle a, parmi les différents membres de son personnel, porté son choix sur une personne enceinte 4 jours après que cette dernière ait prolongé son congé de maladie et deux mois après lui avoir écrit que l'on lui souhaitait un prompt rétablissement et qu'on espérait la revoir bientôt au bureau.

La sa Pro-Pay ne prouve dès lors pas que le licenciement de madame K était motivé par une nécessité opérationnelle.

Au vu des développements qui précèdent, la cour estime que madame K a droit à

l'indemnité de protection de la femme enceinte prévue par l'article 40 de la loi du 16 mars 1971, soit un montant non contesté quant au calcul de 22.702,53 euros bruts, à augmenter des intérêts.

Madame K qui ne demande pas de cumuler cette indemnité avec l'indemnité sur base de la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre les discriminations entre les femmes et les hommes, réparant un même dommage, il n'est pas nécessaire d'examiner le chef de demande sous l'angle de cette loi.

2. Les dommages et intérêts pour licenciement abusif

Les principes.

La cour partage l'interprétation donnée par la jurisprudence citée ci-après.

L'exercice d'un droit peut apparaître excessif et constituer un abus de droit s'il dépasse manifestement l'exercice normal du droit par un employeur normalement prudent et diligent (Cass., 1^{ère} ch., 6 janvier 2011, R.G.D.C., 2012, note P. Bazier, p. 388-403 ; Cass., 18 février 2008, J.T.T., 2008, p. 117, note P. Joassart ; Cass., 12 décembre 2005, J.T.T., 2005, p. 155; Cass., 1^{er} février 1996, Pas., 1996, I, p. 158), ce qui recouvre plusieurs critères, tels que l'intention de nuire (Cass., 19 février 2010, R.G. n° C.09.118.F, www.juportal.be ; Cass., 10 septembre 1971, Pas., 1972, I, p. 28), l'exercice d'un droit sans intérêt raisonnable et suffisant (Cass., 4 mars 2010, R.G. n° 08.0324.N, www.juportal.be ; Cass., 30 janvier 2003, R.G. C.00.0632.F, www.juportal.be), ce qui est le cas spécialement lorsque le préjudice causé est sans proportion avec l'avantage recherché ou obtenu par le titulaire du droit (Cass., 17 février 2012, R.G. n° C.10.0651.F, www.juridat.be : la Cour de cassation ajoutant dans cet arrêt : dans l'appréciation des intérêts en présence, le juge doit tenir compte de toutes les circonstances de la cause ; Cass., 17 janvier 2011, R.G. n° C.10.0246.F, www.juportal.be; Cass., 14 octobre 2010, R.G. n° C.09.0608.F, www.juportal.be; Cass., 9 mars 2009, R.G.D.C., 2010, note J. Germain ; Cass., 17 mai 2002, R.G. n° 01.0101.F, www.juportal.be, Cass., 30 novembre 1989, R.G. n° 8458, www.juportal.be), le détournement du droit de sa finalité économique et sociale (Cass., 24 septembre 2001, J.T.T., 2002, p. 63). Les circonstances du licenciement peuvent également révéler le caractère abusif du licenciement.

Conformément au droit commun, c'est au travailleur qui invoque avoir été victime d'un abus de droit qu'il incombe de le démontrer et ce conformément à l'article 1315 de l'ancien Code civil et 870 du Code judiciaire. Cette règle de charge de la preuve se retrouve désormais consacrée par l'article 8.4 alinéa 1^{er} du Code civil qui dispose que « *celui qui veut faire valoir une prétention en justice doit prouver les actes juridiques ou faits qui la fondent* ».

Ledit travailleur a également la charge de la preuve que cette faute est en lien de causalité avec un dommage distinct de celui réparé par l'indemnité de préavis. L'indemnité de préavis

couvre de manière forfaitaire tout le dommage, matériel et moral, qui découle de la rupture irrégulière du contrat, tandis que l'indemnité pour abus de droit couvre le dommage extraordinaire qui n'est pas causé par le congé lui-même (Cass.,7 mai 2001, J.T.T., 2001,p.410 et suiv., note C. Wantiez).

Pour déterminer l'étendue d'un dommage causé par une faute, il peut être recouru à une évaluation ex aequo et bono aux conditions suivantes:

« Le juge du fond apprécie en fait l'existence d'un dommage causé par un acte illicite et le montant destiné à le réparer intégralement. Il peut recourir à une évaluation ex aequo et bono s'il indique la raison pour laquelle le mode de calcul proposé par la victime ne peut être admis, et constate en outre l'impossibilité de déterminer autrement le dommage qu'il a défini » (Cass.,2 mars 2016,P. 15.0929.F,www.juportal.be).

Application.

Madame K fait valoir que les circonstances du licenciement sont anormales et lui ont causé un dommage qui diffère de la perte de son emploi.

Madame K rencontra des difficultés dans le cadre de sa grossesse qu'elle détaille dans ses conclusions. La sa Pro-Pay avait déjà une connaissance d'une partie de celles-ci par le mail du 27 août 2019 et la mention dans le courrier du 21 octobre 2019 aux « *événements récents qui te frappent* ») donne à penser qu'elle a eu d'autres informations sur l'évolution de cette grossesse ultérieurement.

Dans ce contexte, l'envoi d'une lettre d'avertissement le 17 septembre 2019 et d'une lettre le 21 octobre 2019 comportant trois pages de griefs dont une partie seulement est accompagnée de pièces pose question.

Si ces envois ne sont pas suffisants pour conclure à du harcèlement moral, ils mettent en lumière un manque de délicatesse de la part de la sa Pro-Pay. Même si la sa Pro-Pay estimait devoir reprocher à madame K certains griefs, il n'y avait aucun péril en la demeure et la sa Pro-Pay aurait très bien pu attendre le retour au travail de madame K pour lui en faire le reproche.

Il peut par ailleurs être reproché à la sa Pro-Pay d'avoir adressé à plus d'une trentaine de collègues de travail (nombre précisé à l'audience) de madame K un mail sur les circonstances du licenciement qui met en cause sa réputation auprès de ses collègues en utilisant des qualificatifs blessants (« *son manque d'éthique et d'engagement et son attitude peu professionnelle* ») et qui ne correspondent pas à la réalité du dossier.

Les circonstances prédécrites qui démontrent une faute de la sa Pro-Pay entraînent immanquablement un préjudice moral (distinct de celui réparé par l'indemnité

compensatoire de préavis) qui sera adéquatement réparé par l'octroi d'un montant évalué ex aequo et bono à 1.000 (mille) euros, à augmenter des intérêts compensatoires.

3. La retenue de 500 euros sur le pécule de vacances

Les principes

L'article 23 de la loi du 12 avril 1965 concernant la protection de la rémunération des travailleurs prévoit que seuls peuvent être imputés sur la rémunération du travailleur :

« 3° les indemnités et dommages et intérêts, dus en vertu de la responsabilité du travailleur sur la base de l'article 18 de la loi relative aux contrats de travail... »

L'article 18 de la loi relative aux contrats de travail limite la responsabilité du travailleur aux cas de dol et de faute lourde ou de faute légère si celle-ci présente un caractère habituel plutôt qu'accidentel.

L'article 18, alinéa 4, de la loi relative aux contrats de travail précise que l'employeur peut, dans les limites et conditions prévues par l'article 23 de la loi du 12 avril 1965 concernant la protection de la rémunération des travailleurs, imputer sur la rémunération les indemnités et dommages intérêts qui lui sont dus en vertu de l'article 18 et qui ont été, après les faits, convenu avec le travailleur ou fixé par le juge.

En vertu de l'article 2 alinéa 3 de la loi du 12 avril 1965, les pécules de vacances ne sont pas considérés comme rémunération.

Lors d'une retenue d'un montant par l'employeur sur le pécule de vacances d'un travailleur, les règles de la compensation légale, judiciaire ou conventionnelle, prévues aux articles 1289 à 1299 du Code civil, doivent toutefois être respectées.

En ce qui concerne la compensation légale, l'article 1290 du Code civil dispose :

« La compensation s'opère de plein droit par la seule force de la loi, même à l'insu des débiteurs; les deux dettes s'éteignent réciproquement, à l'instant où elles se trouvent exister à la fois, jusqu'à concurrence de leurs quotités respectives. »

L'article 1291 du Code civil précise :

« La compensation n'a lieu qu'entre deux dettes qui ont également pour objet une somme d'argent, ou une certaine quantité de choses fongibles de la même espèce et qui sont également liquides et exigibles... »

La compensation légale requiert donc la réunion de cinq conditions : l'existence de deux dettes réciproques, entre les mêmes personnes agissant en la même qualité, et qui sont fongibles, liquides et exigibles.

La condition de liquidité exige que l'existence de la dette soit certaine et que son montant soit déterminé ou, à tout le moins, facilement et promptement déterminable ; la dette n'est pas liquide lorsqu'elle fait l'objet d'une contestation sérieuse (Cass., 11 avril 1986, Pas., p. 987 ; P. Van Ommeslaghe, traité de droit civil belge, t. II, *Les obligations*, vol. 3, coll. De Page, n° 1568).

La compensation judiciaire est prononcée par le juge lorsque les conditions de la compensation sont remplies par l'effet de sa décision, alors qu'elles ne l'étaient pas auparavant de sorte que la compensation légale n'avait pas pu jouer (P. Van Ommeslaghe, op. cit., n° 1590). Tel est le cas lorsque la décision judiciaire a rendu liquide, c'est-à-dire certaine et déterminée, une dette qui était jusqu'alors contestée.

La compensation judiciaire ne produit ses effets qu'au moment de la décision judiciaire.

Application.

La sa Pro-Pay dépose à son dossier :

-un rapport d'expertise du véhicule Mercedes classe A 180 D (dont il n'est pas contesté qu'il était utilisé par madame K) faisant référence à un accident du 19 septembre 2019 (qui doit correspondre vraisemblablement à la date à laquelle une déclaration à l'assurance a été faite par la sa Pro-Pay). Des dégâts sur le flanc gauche sont mentionnés et il y est question de pièces à remplacer en rapport avec la porte.

-une facture de Mercedes du 24 octobre 2019 pour des réparations à concurrence de 1.348,31 euros ;

-un mail adressé par la sa Pro-Pay à madame K le 19 septembre 2019 qui l'informe qu'il y a des dégâts constatés à son véhicule au niveau de la porte conducteur avec photos à l'appui et que les dégâts lui seront réclamés.

-un mail en réponse du jour même de madame K se disant étonnée des dégâts et demandant d'obtenir un devis pour les réparations avant tout paiement de la franchise éventuelle.

-un mail en réponse de la sa Pro-Pay du 20 septembre 2019 expliquant que les dégâts ont été constatés juste après qu'elle ait restitué le véhicule et qu'il est dès lors impossible que les dommages aient été occasionnés sur le parking.

Figure par ailleurs au dossier de madame K un document relatif à l'utilisation du véhicule (« car policy ») qu'elle a signé pour accord, qui stipule en son article 9.2 :

« La voiture est couverte par une assurance omnium.

Tous les sinistres doivent être notifiés immédiatement par téléphone à l'employeur et/ou à la société de leasing (s'il s'agit d'une voiture de leasing) et être déclarés dans les 24 heures par un formulaire de sinistre dûment complété par l'employé.

L'employé est responsable des dommages qui sont provoqués par sa faute.

Le montant de la franchise restera également à charge de l'employé.

Le montant de la franchise sera basé sur les modalités du contrat de leasing concerné.

Pour la catégorie 1 (junior), le montant de la franchise est fixée forfaitairement à 500 € par sinistre.

L'employé est responsable vis-à-vis de l'employeur et déclare, le cas échéant, le préserver des dommages dont l'employeur pourrait être responsable du fait de la convention (de leasing) en question, y compris les frais de réparation des dommages à la voiture non couverts par l'assureur ».

Au vu des pièces qui précèdent, la cour considère qu'il est établi à suffisance que le véhicule utilisé par madame K présentait des dégâts lorsqu'elle l'a rapporté sur le parking de l'entreprise le 19 septembre 2019, que cela n'était pas réellement contesté ni contestable, que le rapport d'expertise et la facture de réparation établissent que le montant des dégâts dépassaient la franchise et qu'elle a accepté en signant le document relatif à l'utilisation du véhicule de payer la franchise de 500 euros en cas de sinistre et elle a marqué son accord le 19 septembre 2019 pour payer cette franchise après avoir reçu le devis.

Dans ces conditions, les conditions de la compensation légale étaient réunies permettant à la sa Pro-Pay de retenir sur le pécule de vacances le montant de 500 euros.

Ce chef de demande est dès lors non fondé.

4. Les dépens.

En vertu de l'article 1017 alinéa 1^{er} du Code judiciaire, les dépens sont à charge de la partie succombante.

Madame K a obtenu en grande partie gain de cause.

Il se justifie de condamner la sa Pro-Pay aux dépens de madame K.

Les dépens de 1^{ère} instance ont déjà été taxés dans le jugement dont appel auquel il est renvoyé.

Les dépens d'appel sont liquidés par madame K à la somme de 3.000 euros à titre d'indemnité de procédure et de 225,43 euros à titre de frais de signification.

La contribution forfaitaire au fonds budgétaire relatif à l'aide juridique de seconde ligne déjà payée au moment de l'appel est à charge de la sa Pro-Pay.

PAR CES MOTIFS,

LA COUR DU TRAVAIL,

Statuant après un débat contradictoire ;

Déclare l'appel principal limité recevable et très partiellement fondé ;

Déclare l'appel incident sans objet ;

Réforme partiellement le jugement dont appel ;

Déboute madame K de sa demande liée à la retenue de 500 euros effectuée sur son pécule de vacances ;

Condamne la sa Pro-Pay à payer à madame K les montants suivants :

- 22.702,53 euros bruts, à titre d'indemnité basée sur l'article 40 de la loi du 16 mars 1971, à augmenter des intérêts moratoires à partir du 27 décembre 2019 puis judiciaires ;
- 1.000 euros ex aequo et bono, à titre de dommages et intérêts liés aux circonstances entourant le licenciement, à augmenter des intérêts compensatoires à partir du 27 décembre 2019 puis judiciaires ;

Condamne la sa Pro-Pay aux dépens d'appel liquidés par madame K à la somme de 3.000 euros à titre d'indemnité de procédure et de 225,43 euros à titre de frais de signification, étant entendu que les dépens de 1^{ère} instance ont déjà été taxés dans le jugement dont appel ;

Met à charge de la sa Pro-Pay la contribution forfaitaire de 20 euros au fonds budgétaire relatif à l'aide juridique de deuxième ligne déjà payée.

Ainsi arrêté par :

P. K, conseiller,

G. M, conseiller social au titre d'employeur, désigné par une ordonnance du 21 mars 2023
(rép :2023/838)

M. D, conseiller social au titre d'employé,
Assistés de J. A, greffier

J. A, M. D, G. M, P. K,

et prononcé, en langue française à l'audience publique de la 4ème Chambre de la Cour du travail de Bruxelles, le 26 avril 2023, où étaient présents :

P. K, conseiller,
J. A, greffier

J. A, P. K,