Rep.N°. 2010/1307.

COUR DU TRAVAIL DE BRUXELLES

ARRET

AUDIENCE PUBLIQUE EXTRAORDINAIRE DU 03 MAI 2010

4ème Chambre

DROIT DU TRAVAIL - contrats de travail-employé
Article 578,1°(b) du Code judiciaire
Arrêt contradictoire
Définitif en sa plus grande partie
Réservant à statuer pour le surplus
Ordonnant la réouverture des débats

En cause de:

1. **B**
2. **D**
3. **L**
4. **L**
5. **R** 2 ;
6. **V**

Appelants,
représentés par Me Evrard Nathalie loco Me Deville Marc, avocat à Braine-l'Alleud.

Contre :

DUFERCO-CLABECQ SA, dont le siège social est établi à 1460 Ittre, Rue de Clabecq, 101 ;

Intimée,
représentée par Me Chuffart Gaël et Me Degouis Pierre loco Me van Wassenhove Stanislas, avocat à Bruxelles.

☆

☆ ☆

La Cour, après en avoir délibéré, prononce l'arrêt suivant :

I. Les antécédents de la procédure

1.
Les appelants ont, par une citation signifiée le 14 septembre 2000, cité la S.A. DUFERCO-CLABECQ (ci-après la société) à comparaître devant le Tribunal du travail de Nivelles. Leur action visait au paiement à chacun des demandeurs d'une somme de 2.500 Euros à titre de dommages et intérêts.

2.
Par jugement du 3 mai 2007, le Tribunal du Travail s'est déclaré matériellement et territorialement compétent pour connaître de l'action et a dit pour droit que l'action n'est pas prescrite.

Avant dire droit pour le surplus, le Tribunal a invité les parties à s'expliquer sur différentes questions à propos de la possibilité que la discrimination à l'embauche puisse être réglée par convention collective, et notamment par la convention collective n °38.

Par jugement du 24 janvier 2008, le Tribunal du travail a décidé que dans la mesure où elles se basent sur la CCT n° 38, les demandes ne sont pas fondées.

3.
L'appel a été introduit par une requête reçue au greffe le 29 mai 2008. Les délais de procédure ont, de l'accord des parties, été fixés par une ordonnance du 6 octobre 2008.

Des conclusions ont été déposées pour la société, le 22 décembre 2008 et pour les appelants, le 5 mars 2009.

Des conclusions additionnelles et de synthèse ont été déposées pour la société, le 11 mai 2009 et pour les appelants, le 8 juillet 2009.

Des secondes conclusions d'appel ont été déposées pour la société, le 14 septembre 2009.

L'affaire a, à l'audience du 20 octobre 2009, été mise en continuation à l'audience extraordinaire du 15 février 2010.

Des conclusions ont encore été déposées pour les appelants, le 27 novembre 2009 et pour la société, le 1er février 2010.

4.
Les conseils des parties ont été entendus à l'audience extraordinaire du 15 février 2010.

II. Demande dont la Cour est saisie

5.
Les appelants demandent à la Cour de mettre à néant les jugements du 3 mai 2007 et du 24 janvier 2008, et de condamner la société à leur payer la somme de 2.500 Euros au titre d'indemnisation du préjudice subi du fait de la discrimination dont ils ont été victimes lors du recrutement des travailleurs engagés par la société.

A titre subsidiaire, ils demandent à la Cour du travail de poser une question préjudicielle à la Cour constitutionnelle sur le fait de savoir si la loi du 5 décembre 1968 ne crée pas une différence de traitement injustifiée entre les travailleurs occupés sous contrat de travail et les candidats travailleurs sans emploi, en ce qu'elle accorde le bénéfice des dispositions protectrices des conventions collectives aux premiers et pas aux seconds.

III. Faits et antécédents

6.
Les appelants étaient au service des Forges de Clabecq en qualité d'employés. Ils avaient également la qualité de travailleur protégé, soit comme représentant des travailleurs au Conseil d'entreprise ou au Comité de prévention, soit comme candidat aux élections sociales.

7.
La faillite des Forges de Clabecq a été prononcée le 3 janvier 1997 par le Tribunal de commerce de Nivelles. Le personnel a été licencié.

8.
En avril 1997, le groupe DUFERCO a signalé aux curateurs, son intérêt pour la reprise d'une activité sidérurgique sur le site de Clabecq.

Les grandes lignes du plan de reprise ont été présentées à certains membres de l'ancienne délégation syndicale des Forges de Clabecq, le 9 juillet 1997.

Un projet d'accord social « *pour la reprise des actifs des Forges de Clabecq* » a alors été conclu entre les permanents des organisations syndicales et les curateurs.

Les travailleurs qui étaient occupés par les Forges de Clabecq à la date du 10 janvier 2007, ont été consultés dans le cadre d'un referendum organisé par le Ministère de l'emploi et du travail. Le personnel s'est prononcé massivement en faveur du plan. Les résultats du referendum ont été rendus publics par le Ministère, le 18 juillet 1997.

9.
L'accord social précise que la relance de l'activité sidérurgique intégrée sur le site de Clabecq offrira une perspective d'emploi à plus de 850 travailleurs, soit

« 824 emplois directs réservés prioritairement aux anciens travailleurs des Forges de Clabecq et 69 emplois permanents en sous-traitance sur le site ».

10.
Le 16 octobre 1997 et le 30 octobre 1997 ont été conclues entre la société et le FOREM, des conventions concernant le recrutement des ouvriers.

11.
En ce qui concerne le recrutement des employés, la société a fait appel à l'ASBL Plus Value & Consultance pour organiser la coordination de l'analyse de profil d'une centaine de personnes (voir attestation du président de cette ASBL).

La société a également engagé Monsieur Jean-Marie H Consultant en ressources humaines, le 1er octobre 1997, en vue « d'organiser et orchestrer toute la procédure de sélection ».

12.
Aucun des appelants n'a été engagé par la société au terme du processus de sélection.

Il n'est pas contesté que parmi les travailleurs qui au sein des Forges de Clabecq, bénéficiaient d'une protection en qualité de représentant des travailleurs ou de candidat aux élections sociales (soit plus de 160 travailleurs), seuls trois travailleurs ont été engagés par la société.

IV. Discussion

A. Les dispositions prises par la société en vue du recrutement de 104 employés

13.
La société confirme en conclusions (p. 29) qu'elle s'était engagée à donner la priorité aux anciens travailleurs des Forges de Clabecq et que pour remplir cet engagement, elle a procédé comme suit :

- elle a défini une « réserve de recrutement », comprenant les anciens travailleurs des Forges à l'exclusion :
  - des 39 employés « prépensionnables »,
  - des 31 employés qui avaient le statut de « grands malades » (malades de longue durée), à la date de la faillite,
  - des employés bénéficiant, à cette date, d'un congé sans solde.

  D'après la pièce 15 du dossier de la société, la réserve ainsi constituée comprenait 150 employés.

- la société a ensuite fait intervenir l'ASBL Plus Value & Consultance qui a,

  - informé les employés repris dans la « réserve de recrutement », en les invitant à faire acte de candidature,

- o coordonné des tests collectifs, des entretiens individuels et l'établissement de rapports individuels ;

- la quatrième phase a été réalisée par la société, elle-même ; elle dit avoir procédé à l'analyse des rapports et avoir opéré une sélection en fonction des critères suivants :
  - o le degré d'absentéisme,
  - o le nombre d'accidents du travail,
  - o la disparition ou la sous-traitance de certains services ;

- enfin, la société a opéré un choix parmi les candidats restant ; la société indique qu'à cette fin, elle a convoqué les candidats à un examen médical et à un entretien avec un ingénieur.

14.
La société insiste sur les valeurs qu'elle entendait mettre en avant à l'occasion du recrutement.

Monsieur Jean-Marie H a, à l'occasion de son audition par la Gendarmerie de TUBIZE le 7 décembre 1998, précisé à ce sujet :

« Avec la direction de DUFERCO et plus particulièrement Messieurs C D , C et M j'ai mis au point un ensemble de critères qui composaient la Charte de DUFERCO. Je vous cite cette dernière, il s'agit de divers points représentants les valeurs d'un futur ouvrier de DUFERCO. Nous retrouvons dès lors :
- *l'honnêteté professionnelle et morale*
- *le client*
- *l'éthique dans les rapports*
- *l'égalité de traitement*
- *la transparence de la gestion*
- *la sécurité sur le lieu de travail*
- *la protection des installations*
- *la protection de l'environnement*
- *l'ordre et la propreté*
- *le respect du travail des autres*
- *la discipline*
- *le mérite*
- *le respect des directives de l'entreprise et des pratiques opérationnelles ».*

15.
D'après les explications de la société,

- 1 des 6 appelants, Monsieur Alain P , n'a pas été repris dans la réserve de recrutement car il faisait partie de la liste des « grands malades » ;

- 1 des 5 restants, Monsieur D 'a pas été repris car son rapport d'évaluation n'était pas positif ;

- Les 4 autres (Messieurs M. L , A. L , J. R et J. V) « satisfaisaient aux critères pour être reçus à un

entretien individuel avec un ingénieur de la concluante mais leur candidature n'a pas été retenue » (conclusions de la société, p. 39).

B. Existence d'une discrimination et/ou d'une faute dans le processus de recrutement

Observations préliminaires

16.
Les appelants font valoir que parmi les travailleurs non protégés, plus de 60 % des travailleurs qui étaient actifs aux Forges de Clabecq, ont été engagés par la société alors que seuls 3 anciens travailleurs protégés, soit moins de 3 % , ont été engagés. Ils en déduisent qu'un « *travailleur non protégé avait vingt fois plus de chances d'être engagé qu'un travailleur protégé* ».

L'action des appelants est donc une action en dommages et intérêts fondée sur la responsabilité quasi-délictuelle de la société. Leur action n'a pas de caractère contractuel puisqu'il n'y a jamais eu de contrat entre les parties.

17.
En matière de responsabilité quasi-délictuelle, on entend par faute, « *tout manquement à la loi ou aux règlements* » ainsi que « *toute erreur de conduite qu'un homme normalement prudent et diligent placé dans les mêmes circonstances n'eût pas commise* » (Concl. Proc. Gén. VELU, précédant Cass. 13 mai 1982, Pas., 1982, p. 1078 ; R.O. DALCQ, Traité de la responsabilité civile, T. 1er, n° 302 ; De PAGE, Traité élémentaire de droit civil belge, ed. 1964, p. 937, n° 941).

Compte tenu des critiques formulées par les appelants quant au déroulement du processus de sélection, il a, à l'audience, été suggéré aux parties de s'expliquer sur l'existence d'une faute, tant sous l'angle de la violation de normes déterminées fixant des obligations en matière de recrutement, que sous l'angle de la méconnaissance éventuelle de l'obligation générale de prudence qui s'impose à tous.

La Cour envisagera donc successivement :

- la violation éventuelle de la CCT n° 38,
- la violation éventuelle des différentes normes en rapport avec le principe de non-discrimination, invoquées à titre complémentaire par les appelants,
- s'il y a lieu, une éventuelle violation de l'article 1382 du Code civil et de l'obligation générale de prudence qui s'impose à tous.

* * *

§ 1. En tant que la demande est fondée sur la Convention collective n°38

18.
L'article 10 de la Convention collective n° 38 du 6 décembre 1983 concernant le recrutement et la sélection de travailleurs, - tel qu'il a été d'application jusqu'à l'entrée en vigueur de la convention collective n° 38 ter du 17 juillet 1998-, précisait que « *l'employeur qui recrute ne peut traiter les candidats de manière discriminatoire* ».

Selon le commentaire officiel de cette disposition,

> « *Pendant la procédure, l'employeur doit traiter tous les candidats de manière égale. Il ne peut faire de distinction sur la base d'éléments personnels lorsque ceux-ci ne présentent aucun rapport avec la fonction ou la nature de l'entreprise, sauf si les dispositions légales l'y autorisent ou l'y contraignent. Ainsi l'employeur ne peut en principe faire de distinction sur la base de l'âge, du sexe, de l'état civil, du passé médical, de la nationalité, des convictions politiques ou philosophiques, de l'affiliation à une organisation syndicale ou à une autre organisation. Dans ce domaine, il est rappelé que sont applicables les dispositions de la loi du 4 août 1978 réglant l'égalité de traitement entre hommes et femmes.* »

19.
La société fait valoir qu'en tant qu'elle vise des candidats à un emploi et non des travailleurs sous contrat de travail, la convention collective n° 38, est illégale.

La société se réfère à l'article 2 de la loi du 5 décembre 1968 sur les conventions collectives et les commissions paritaires dont il résulte que cette loi ne vise que les employeurs et les travailleurs liés par un contrat de travail (ou qui « autrement qu'en vertu d'un contrat de… travail fournissent des prestations sous l'autorité d'une autre personne »).

La société fait, de même valoir, que la convention collective n° 38 va au-delà de ce que permet l'article 5 de la loi du 5 décembre 1968 dont il résulte que la convention collective doit avoir pour objet les « relations individuelles et collectives entre employeurs et travailleurs ». Dans ces conditions, la société considère que la Convention collective n°38 est illégale et ne peut trouver à s'appliquer en l'espèce. Cette argumentation est celle qui a été suggérée et suivie par le premier juge.

20.
Avant d'examiner ces arguments, la Cour a invité les parties à s'expliquer sur la question de savoir si en fonction de la date à laquelle cette convention collective a été adoptée, modifiée et puis rendue obligatoire, l'article 10 est susceptible d'être appliquée aux faits de la cause.

a) Il n'est pas contesté qu'au moment de la procédure de recrutement (en octobre et novembre 1997), l'article 10 de la convention collective n°38 était en vigueur mais n'avait pas été rendu obligatoire par arrêté royal.

Cet article n'a, en réalité, jamais été rendu obligatoire par arrêté royal : il a été abrogé par la convention collective n° 38ter du 17 juillet 1998, qui a été rendue

obligatoire par l'arrêté royal du 8 octobre 1998. Il a, à cette occasion, été remplacé par un article 2bis ayant un contenu similaire mais ne se trouvant plus dans le chapitre relatif aux « engagements des parties signataires quant au respect des règles de conduite relatives au recrutement et à la sélection » mais dans le chapitre relatif aux « devoirs de l'employeur en matière de recrutement et de sélection des travailleurs ».

Ce n'est donc que depuis l'entrée en vigueur de l'arrêté royal du 8 octobre 1998 que le principe de non-discrimination au moment du recrutement fait l'objet d'une disposition rendue obligatoire.

b) En règle, les dispositions non rendues obligatoires, lient les employeurs membres des organisations d'employeurs signataires de la convention collective et les employeurs qui s'affilient à ces organisations (voir article 19 de la loi du 5 décembre 1968).

Il n'est pas contesté que la société n'était pas membre d'une organisation patronale en 1997.

La société ne pouvait donc pas être tenue de respecter l'article 10 de la Convention collective n°38, sur base de l'article 19 de la loi du 5 décembre 1968.

c) L'article 26 de la loi du 5 décembre 1969 précise en outre que :

> « *les clauses d'une convention conclue au sein d'un organe paritaire qui ont trait aux relations individuelles entre employeurs et travailleurs lient tous les employeurs et travailleurs... qui relèvent de l'organe paritaire dans la mesure où ils sont compris dans le champ d'application défini dans la convention, à moins que le contrat de louage de travail individuel ne contienne une clause écrite contraire à la convention* ».

L'article 10 de la Convention collective n°38 n'a pas pu, avant son abrogation, avoir cet effet supplétif :

- Cet article 10 n'avait pas trait aux « relations individuelles entre employeurs et travailleurs ». Il concernait, dans le respect de la définition déposée à l'article 2 de la convention collective, les relations entre un candidat et un employeur. Il n'était donc pas susceptible de rentrer dans le champ d'application de l'article 26 de la loi ;

- En pratique, ce caractère supplétif n'aurait pas pu être mis en œuvre puisque par hypothèse, le contrat de travail individuel susceptible de contenir une clause écrite contraire à la convention collective n'existait pas encore; appliquer l'article 26 à une disposition relative au recrutement reviendrait donc, faute de possibilité de dérogation, à donner un caractère obligatoire à cette disposition alors qu'elle n'a pas fait l'objet d'un arrêté royal d'approbation et n'a pas été publiée au Moniteur ; une telle extension serait contraire :

    - à l'article 31 de la loi du 5 décembre 1968, qui ne prévoit d'effet obligatoire que pour les conventions collectives approuvées par arrêté royal,

- à l'article 30 de la loi du 5 décembre 1968 qui prévoit la publication au Moniteur des conventions collectives rendues obligatoires ;
- à l'article 190 de la Constitution qui précise qu' « aucune loi, aucun arrêté ou règlement d'administration générale, provinciale ou communale, n'est obligatoire qu'après avoir été publié dans la forme déterminée par la loi ».

- Enfin, plus fondamentalement, l'article 10 n'aurait pu recevoir l'effet prévu par l'article 26 dès lors qu'il ne s'agissait pas d'une disposition normative. Il résulte, en effet, du texte même de la Convention collective n°38 que l'article 10 n'était qu'une disposition simplement obligatoire. Il était compris dans le chapitre intitulé : « *engagements des parties signataires quant au respect des règles de conduite relatives au recrutement et à la sélection* ». Sa portée était en outre précisée par l'article 7 qui énonçait que « *les parties signataires s'engagent à user de leur autorité auprès de leurs membres afin qu'ils respectent, en matière de recrutement et de sélection, les règles de conduite telles qu'elles sont déterminées dans les articles 8 à 18* ». Ainsi, il résulte clairement de cette disposition que l'intention était de ne prévoir une disposition n'engageant que les parties signataires et non les employeurs relevant du champ d'application de la CCT n° 38.

L'article 26 de la loi du 5 décembre 1968, ne permettait donc pas de donner un caractère contraignant à l'article 10 de la convention collective n°38.

d) En résumé, la société n'était pas liée par l'article 10 de la convention collective n °38 au moment de la procédure de recrutement.

21.
L'action en tant qu'elle se fonde sur l'article 10 de la convention collective n°38, n'est pas fondée. La question préjudicielle à la Cour Constitutionnelle que les appelants demandaient à la Cour de poser à propos de la loi du 5 décembre 1968, n'est pas nécessaire à la solution du litige.

§ 2. En tant que la demande repose sur d'autres dispositions en rapport avec le principe de « non-discrimination »

22.
Les appelants entendent par ailleurs fonder leur action sur les articles 10 et 11 de la Constitution, l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme, la loi du 24 mai 1921 garantissant la liberté d'association, les conventions de l'O.I.T. ainsi que sur l'article 2, § 4, de la loi du 19 mars 1991 dont il résulte que la qualité de candidat délégué du personnel ne peut entraîner ni préjudices ni avantages spéciaux.

23.
Les différentes dispositions évoquées par les appelants justifient les observations suivantes :

- Les articles 10 et 11 de la Constitution sont invoqués à mauvais escient puisqu'ils concernent les différences de traitement établies par loi, au sens large (actes du pouvoir législatif, règlements,...) et qu'ils n'ont pas

pour objet de sanctionner les comportements adoptés par des personnes privées.

- L'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme n'a pas de portée autonome. Il offre une protection contre toute discrimination dans la jouissance des droits et libertés garantis par les autres clauses normatives de la Convention et de ses Protocoles (voir par exemple, arrêt GLOR c. Suisse, 30 avril 2009, § 71, et jurisprudence citée). En l'espèce, les appelants ne démontrent pas qu'ils subissent une discrimination dans l'exercice d'un droit garanti par la convention européenne. Complémentairement, ils ne démontrent pas que ce droit a un effet horizontal, c'est-à-dire qu'il peut être opposé à une personne privée.

- Les appelants ne précisent pas les conventions O.I.T. dont ils demandent l'application ; il est d'ailleurs généralement admis que les dispositions de ces conventions « ne sont pas, en soi, suffisamment précises pour produire un effet direct (...) et ne peuvent constituer une source de droits subjectifs et d'obligations dans le chef de particuliers » (voir Cass. 17 janvier 2002, C.980125N).

- L'article 4 de la loi du 24 mai 1921 garantissant la liberté d'association prévoit des sanctions pénales à l'encontre de « quiconque aura méchamment, dans le but de porter atteinte à la liberté d'association, subordonné la conclusion, l'exécution ou, même en respectant les préavis d'usage, la continuation d'un contrat de travail ou de services, soit à l'affiliation, soit à la non-affiliation d'une ou de plusieurs personnes à une association ». Il n'est pas allégué qu'en l'espèce, le recrutement des appelants était subordonné à un engagement de ne plus faire partie d'une organisation syndicale.

- L'article 21, § 5, de la loi du 20 septembre 1948, tel que rétabli par la loi du 7 juillet 1994, énonce que « les délégués du personnel et les candidats jouissent des promotions et avantages normaux de la catégorie de travailleurs à laquelle ils appartiennent ».

  L'article 2, § 4, de la loi du 19 mars 1991, prévoit que « le mandat des délégués du personnel ou la qualité de candidat délégué du personnel ne peut entraîner ni préjudices ni avantages spéciaux pour l'intéressé ».

  Cette disposition a été maintenue dans la loi du 19 mars 1991, bien que selon le Conseil d'Etat, il était inutile de reprendre une disposition déjà contenue dans la loi du 20 septembre 1948 (Doc. Parl., Sénat, sess. 1990-1991, n° 1105/001, p. 43).

  Il apparaît en outre que lors de la discussion de cette disposition, fut évoquée la situation des « *travailleurs (qui) ne parviennent plus à se faire embaucher nulle part après avoir exercé un mandat de délégué* » (Rapport, Doc. Parl., Ch. repr., sess. 1990-1991, n° 1471/003, p.25). Il ne se dégage pas néanmoins de la discussion parlementaire, une intention claire de sanctionner, via l'article 2, § 4, de la loi du 19 mars 1991, les refus d'embauche. En effet, la loi du 19 mars 1991 ne concerne que les relations entre les travailleurs et leur employeur, et non les relations avec un éventuel futur employeur.

24.
En conséquence, les normes dont la violation est invoquée, ne sont pas pertinentes. On ne peut - en l'état actuel du dossier -, considérer que le défaut de recrutement contrevient à l'une de ces dispositions.

§ 3. En tant que la demande repose sur l'article 1382 du Code civil et l'obligation générale de prudence

Prescription de la demande

25.
C'est à tort que la société considère qu'en tant qu'elle serait fondée sur l'article 1382 du Code civil, la demande est prescrite.

Dès lors que le fondement juridique n'est pas considéré comme un élément de la demande (voy. Cass. 23 octobre 2006, Chron. D. S., 2007, p. 253), l'objet et la cause de la demande d'indemnisation introduite par les appelants, ne sont pas modifiés par le fait que l'on substituerait au fondement juridique initialement invoqué, les articles 1382 et suivants du Code civil.

Ne s'agissant pas d'une nouvelle demande, la question de la prescription ne se pose donc pas. Complémentairement, cette demande était virtuellement comprise dans la citation originaire qui évoquait l'existence de fautes dans le chef de la société.

Les circonstances particulières du recrutement

26.
L'existence d'une faute doit être appréciée en tenant compte du contexte particulier dans lequel la procédure de recrutement a été mise en place.

Il n'est pas contesté que la société devait réaliser l'engagement de 104 employés dans un très court laps de temps et qu'elle avait besoin de l'expérience des anciens travailleurs des Forges de Clabecq. En-dehors du cercle de ces ex-travailleurs, elle n'aurait sans doute pas pu réaliser autant d'embauches en si peu de temps.

Ainsi s'explique que dans l'accord de reprise, la société se soit engagée à accorder une priorité à ces anciens travailleurs.

Les parties n'ont pas évoqué la possibilité que cet engagement de priorité puisse s'analyser comme une « *stipulation pour autrui* » souscrite au profit de ces anciens travailleurs.

On admet toutefois que même en-dehors de l'hypothèse d'une stipulation pour autrui, les tiers peuvent se prévaloir des effets externes du contrat de sorte que « *l'inexécution ou la mauvaise exécution d'un contrat peut donner lieu à une responsabilité quasi délictuelle de son auteur envers le tiers victime de cette inexécution* » (B. DUBUISSON, « Responsabilité contractuelle et extra-contractuelle », in *Responsabilités, traité théorique et pratique*, Vol. I, Partie préliminaire, dossier 3, Story-Scientia, ed. 2003, p. 25 ; Cass. 25 octobre 1990, Pas., 1991, I, p. 210).

Un contrat peut en effet comprendre des « *règles de conduite plus ou moins précises dont la portée excède le cercle limité des parties contractantes* (...) » et qui « *n'épuisent pas leur signification dans le contrat, par opposition aux obligations purement contractuelles* » (B. DUBUISSON, op. cit., p. 28).

L'objectivation des critères de recrutement découle ainsi de la priorité accordée aux anciens travailleurs des Forges de Clabecq.

Dans ce contexte particulier, la jurisprudence habituelle selon laquelle il n'appartient pas aux juridictions de « *s'immiscer dans les décisions de l'employeur* », n'est pas entièrement pertinente en l'espèce. Elle ne peut faire obstacle à ce que la Cour vérifie la pertinence des critères et l'objectivité de leur mise en œuvre.

Les critères de sélection au premier stade de la procédure

27.
Dans le cadre de la première phase de sélection, la société a fait usage de 3 critères d'exclusion :

- la qualité de prépensionnable,
- le statut de « grand malade »,
- le fait d'être bénéficiaire d'un congé sans solde à la date de la faillite.

Selon la société, parmi les appelants, seul Monsieur Albert B ... a été exclu du processus de sélection à ce premier stade de la procédure, en raison de sa présence sur la liste des « grands malades ».

La Cour constate toutefois que Monsieur Albert B semble ne pas figurer sur la liste des employés « grands malades » (pièce 12 de son dossier).

Il y a lieu d'inviter la société à préciser sa position vis-à-vis de Monsieur B .

Les critères de sélection mis en oeuvre après l'intervention de Plus Value & Consultance

28.
L'objectivité et la pertinence des critères mis en œuvre au cours de la phase de sélection postérieure à l'intervention de Plus Value & Consultance sont beaucoup plus discutables.

Le critère relatif aux absences manque de pertinence dès lors qu'il est fait abstraction de la légitimité éventuelle des absences encourues par le passé. Il en est d'autant plus ainsi que la société semble avoir « mécaniquement » déduit des absences constatées auprès du précédent employeur, qu'elles se reproduiraient à l'avenir.

Par ailleurs, le critère des absences était susceptible de concerner plus directement les anciens travailleurs protégés ayant pu avoir, par le passé, des absences justifiées pour mission syndicale.

Le critère lié à la mise en sous-traitance de certains services est aussi discutable dans la mesure où les travailleurs étaient, sur le formulaire de candidature, invités à indiquer s'ils étaient disposés à accepter une autre fonction que celle précédemment occupée.

Le critère lié aux nombres d'accidents du travail n'est pas non plus justifié dès lors que les accidents du travail peuvent avoir diverses causes, en ce compris une faute de l'employeur, d'un de ses préposés ou d'un tiers.

29.
Ceci étant précisé, la société ne conteste pas que les appelants n'étaient pas concernés par les 3 critères de sélection mis en place après l'intervention de Plus Value & Consultance de sorte que se pose la question de savoir pour quels motifs ils n'ont pas pu accéder au dernier stade du processus de sélection. Il n'est en effet pas contesté que les appelants, bien que ne pouvant être exclus sur base des critères mis en place, n'ont pas été convoqués à une visite médicale et à un entretien de sélection.

a) La société dit avoir exclu Monsieur D car son rapport d'évaluation était très négatif. Cela n'est pas établi.

La Cour constate qu'en tête du rapport, l'évaluateur indiquait que Monsieur D était une personne « *ouverte aux autres ...très positive et très coopérative* ».

Par ailleurs, en ce qui concerne l'adaptation à l'esprit DUFERCO, l'évaluateur faisait état de sa méticulosité, de son respect des autres et de l'autorité....

Même si le rapport mettait en lumière certains éléments moins positifs, la société ne peut évidemment pas être suivie lorsqu'elle affirme que ce rapport excluait Monsieur D du processus de sélection...

Il en est d'autant plus ainsi qu'à ce stade, la sélection ne pouvait plus se permettre d'être trop sévère : selon la pièce 15 du dossier de la société, 150 employés étaient encore « dans la course », pour 104 places...

b) La société donne pour seule explication au fait que les appelants n'ont pas été invités au dernier entretien de sélection le fait qu'un avis aurait été demandé à leur ancien chef de service et que cet avis, dont elle dit ne pas avoir gardé de trace, n'aurait pas été positif.

Cette explication ne peut être admise dès lors qu'elle n'est étayée par aucun élément concret.

Il n'est du reste pas vraisemblable que pour chacun des appelants, l'avis ait été négatif.

Par ailleurs, le fait que l'avis des anciens responsables de service, qui n'ignoraient pas la qualité d'anciens travailleurs protégés des appelants, ait été déterminant permet de suggérer que cette qualité a été prise en compte.

30.
Sous réserve des précisions devant être apportées quant à la situation de Monsieur BI N, il apparaît que les appelants qui n'ont pas été convoqués au dernier stade de la procédure de recrutement, ont, *de facto*, été exclus de la priorité accordée aux anciens travailleurs de Clabecq.

La Cour rejoint ainsi certaines constatations faites, en son temps, par le tribunal correctionnel de Nivelles dans son jugement du 14 juin 1999, en cause de D c. G et SA DUFERCO-CLABECQ (RG n° 1313.N/1999).

Selon le Tribunal, il résultait de différents témoignages que dès la réunion du 9 juillet 1997, l'exclusion des représentants syndicaux avait été annoncée, ce qui avait d'ailleurs conduit, d'après les énonciations du jugement, l'auditeur du travail à qualifier l'attitude de la société d'« épuration syndicale ».

La société ne s'est pas comportée comme un employeur normalement prudent et diligent.

L'attestation du Président de l'ASBL Plus Value & Consultance, selon laquelle elle était attentive à la non-discrimination est sans incidence sur ce constat, dans la mesure où l'exclusion inexpliquée des appelants concerne le processus de sélection postérieur à l'intervention de cette ASBL. Enfin, la circonstance non autrement établie que quelques anciens employés protégés, auraient été engagés ne suffit pas à justifier le fait que les appelants n'ont pas été invités à participer au dernier stade du processus de sélection.

Conséquences

31.
Messieurs DU M. L , A. L J. R et J. V N ont, du fait de l'exclusion arbitraire dont ils ont été l'objet, subi un dommage dont la réalité est certaine.

Ce dommage a une importance significative. A défaut d'autre élément, il peut être évalué ex aequo et bono à 2.500 Euros par travailleur.

Il y a lieu de faire droit à la demande de Messieurs D M. L A. L , J. R et J. V I.

L'évaluation du dommage a été faite à la date du présent arrêt. Les intérêts judiciaires sont dus à partir de cette date.

PAR CES MOTIFS,

LA COUR DU TRAVAIL,

Statuant contradictoirement,

Vu la loi du 15 juin 1935 sur l'emploi des langues en matière judiciaire, et notamment l'article 24.

Déclare l'appel fondé dans la mesure ci-après,

Dit que la société a adopté un comportement fautif à l'égard de Messieurs D R, L L, R et V ;

Réforme en conséquence, les jugements dont appel,

Faisant droit à nouveau, condamne la société à verser à chacun d'eux, 2.500 Euros à majorer des intérêts judiciaires à compter du présent arrêt,

Réserve à statuer sur la demande de Monsieur Albert B ,

Fixe la réouverture des débats à l'audience publique de la 4ème chambre de la Cour du travail de Bruxelles du **5 octobre 2010 à 14h00**, au rez-de-chaussée de la Place Poelaert, n°3 à 1000 Bruxelles, salle 0.7, pour une durée totale de 10 minutes.

Réserve les dépens ;

Ainsi arrêté par :

J.-F. NEVEN	Conseiller
Y. GAUTHY	Conseiller social au titre d'employeur
A. VAN DE WEYER	Conseiller social au titre d'employé
Assistés de G. ORTOLANI	Greffier

G. ORTOLANI Y. GAUTHY J.-F. NEVEN

Monsieur A. VAN DE WEYER, conseiller social au titre d'employé, qui était présent lors des débats et qui a participé au délibéré de la cause est dans l'impossibilité de signer.
Conformément à l'article 785 du Code judiciaire, l'arrêt est signé par Monsieur J.-F. NEVEN, Conseiller et Monsieur Y. GAUTHY, conseiller social au titre d'employeur.

G. ORTOLANI

et prononcé, en langue française à l'audience publique extraordinaire de la 4ème Chambre de la Cour du travail de Bruxelles, le 03 mai 2010, où étaient présents :

J.-F. NEVEN	Conseiller
G. ORTOLANI	Greffier

G. ORTOLANI J.-F. NEVEN