

Rep. N°.

2008/2840

COUR DU TRAVAIL DE BRUXELLES

ARRET

AUDIENCE PUBLIQUE DU 17 DECEMBRE 2009.

2^{ème} chambre

Qualité du travailleur
Contradictoire
Partiellement définitif + RP

En cause de:

BRUSSELS ICE CREAM S.A., dont le siège
social est établi à 1000 BRUXELLES, rue de la
Colline 2,

**partie appelante au principal, intimée sur
incident**, représentée par Maître B. Hansez loco
Maître Sculier Pierre, avocat à Bruxelles,
Avenue Louise 149.

Contre:

M **R** domicilié à _____ rue

**partie intimée au principal, appelante sur
incident**, représentée par Maître Piret Etienne,
avocat à Bruxelles.

★

★

★

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

Le présent arrêt est rendu en application essentiellement de la législation suivante :

- le Code judiciaire ;
- la loi du 15 juin 1935 sur l'emploi des langues en matière judiciaire ;
- la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail.

La Cour a pris connaissance des pièces de la procédure et, notamment :

- de la requête d'appel reçue au greffe de la Cour du travail de Bruxelles le 28 mars 2008, dirigée contre le jugement prononcé le 9 novembre 2007 par la 18e chambre du Tribunal du travail de Bruxelles ;
- de la copie conforme du jugement précité, dont il n'est pas produit d'acte de signification ;
- des conclusions de l'intimé du 26 septembre 2008 ;
- des conclusions de la partie appelante du 8 décembre 2008 ;
- des dossiers déposés par chacune des parties.

La cause a été plaidée à l'audience publique du 19 novembre 2009.

I. FAITS ET ANTECEDENTS DE LA PROCEDURE.

I.1. Les faits.

Monsieur Mounir R. a été engagé à partir du 30 avril 2003 par l'actuelle SA BRUSSELS ICE CREAM (anciennement WOLUWE ICE CREAM NV et AUSTRALIAN COOLTECHNICAL SERVICES NV) dans les liens :

- d'un contrat de travail d'ouvrier à durée déterminée prenant fin le 5 juin 2003, pour travailler comme « *serveur au comptoir (préparer et servir) (IV/217D)* » à 1200 Bruxelles, rue Saint Lambert, n° 200 ;
- d'un contrat de travail d'ouvrier à durée indéterminée prenant cours le 6 juin 2003, pour exercer la même fonction à la même adresse ;

- d'un contrat de travail d'ouvrier à durée indéterminée, pour exercer, à partir du 3 juillet 2003, la même fonction à l'adresse: Heuvelstraat (rue de la Colline), 2 à 1000 Bruxelles.

La société est une franchisee de la chaîne AUSTRALIAN HOME MADE ICE CREAM, active dans la vente de glaces, de gaufres et de sucreries diverses ainsi que dans la fabrication des celles-ci.

Par lettre recommandée du 19 janvier 2005, la société a notifié à Monsieur R la rupture de son contrat de travail moyennant un préavis de 35 jours prenant cours le 24 janvier 2005.

La relation de travail a effectivement pris fin le 27 février 2005.

Le 19 août 2005, Monsieur R a été entendu par la Police de Bruxelles Capitale Ixelles, en qualité de suspect, dans le cadre d'une plainte déposée par l'administrateur délégué de la société, Monsieur VAN ISACKER, à la suite d'un cambriolage dans l'établissement perpétré durant la nuit du 7 au 8 août 2005.

Par lettre du 15 septembre 2005 émanant de son conseil de l'époque, Monsieur R a contesté la qualification donnée à sa fonction, estimant avoir exercé des fonctions d'assistant gérant, et a mis la société en demeure : (i) de lui payer divers montants au titre de rémunération variable, prime de fin d'année, correction barémique, pécule de vacances, indemnité compensatoire de préavis égale à 4 mois de rémunération, intérêts moratoires et (ii) de lui remettre l'ensemble des documents sociaux modifiés afin de tenir compte des nouvelles données.

Le 15 septembre 2005, Monsieur R a de nouveau été auditionné par la Police de Bruxelles Capitale Ixelles, cette fois au sujet d'une plainte déposée par Monsieur VAN ISAKER du chef de menaces et harcèlement.

1.2. Les demandes originales.

Par citation signifiée le 5 décembre 2005, Monsieur Mounir R a porté le litige devant le Tribunal du travail de Bruxelles.

Il demandait au Tribunal du travail de lui reconnaître la qualité d'employé et de dire qu'il travaillait de 9 heures du matin jusqu'à l'heure de la fermeture de l'établissement et ce, 7 jours sur 7.

Il poursuivait, dès lors, la condamnation de la SA BRUSSELS ICE CREAM au paiement de sommes provisionnelles du chef d'arriérés de rémunération, d'indemnité compensatoire de préavis complémentaire égale à 6 mois de rémunération, de pécule de vacances, etc.

Il demandait également au Tribunal du travail de condamner la société défenderesse originaire à lui payer :

- une indemnité du chef de licenciement abusif sur pied de l'article 63 de la loi du 3 juillet 1978 sur les contrats de travail,
- une indemnité du chef d'abus de droit, en réparation du dommage occasionné par les circonstances fautives ayant accompagné son licenciement,
- des arriérés de primes et de commissions calculés sur le chiffre d'affaires de la société ;
- une indemnité du chef des débours supportés pour la défense de ses droits en justice.

Par voie de conclusions, la SA BRUSSELS ICE CREAM a introduit une demande reconventionnelle tendant à entendre condamner Monsieur RIAHI au paiement de 1.000 € à titre de dommages et intérêts pour procédure téméraire et vexatoire et d'une somme provisionnelle de 1.000 € à titre de remboursement de ses frais de défense.

I.3. Le jugement dont appel.

Par jugement prononcé le 9 novembre 2007, le Tribunal du travail de Bruxelles a :

- dit la demande de Monsieur R recevable et partiellement fondée ;
- dit que Monsieur R a exercé une fonction d'employé tout au long de son occupation auprès de la société BRUSSELS ICE CREAM ;
- condamné en conséquence la SA BRUSSELS ICE CREAM à payer à Monsieur R :
 - la somme provisionnelle de 1.000 € à titre d'arriérés de rémunération (salaire, rémunération jour férié, pécule de vacances, prime de fin d'année, pécule de départ),
 - la somme provisionnelle de 1.000 € à titre d'indemnité compensatoire équivalente à trois mois de rémunération,
 - des intérêts moratoires et judiciaires sur lesdites sommes à calculer sur les montants nets correspondant à ces sommes pour la période antérieure au 1er juillet 2005 et à calculer à partir de cette date sur les montants bruts desdites sommes,
 - la somme de 1 € provisionnel à titre de dommages et intérêts à titre d'intervention dans les frais de conseil ;

- renvoyé la cause sur ces points aux fins que les parties puissent établir des décomptes précis et invité la partie la plus diligente à faire fixer une fois l'affaire mise en état ou pour radiation en cas d'accord des parties ;
- condamné la SA BRUSSELS ICE CREAM à délivrer les documents sociaux rectifiés, une fois les calculs établis ;
- rejeté la demande de Monsieur R pour le surplus (à savoir les chefs de demande relatifs à la prime sur chiffre d'affaires ; aux dommages et intérêts pour licenciement abusif sur pied de l'article 63 de la loi du 3 juillet 1978 ; aux dommages et intérêts du chef de préjudices matériels et moraux ; à l'exécution provisoire) ;
- dit la demande reconventionnelle de la SA BRUSSELS ICE CREAM recevable mais non fondée ;
- condamné la SA BRUSSELS ICE CREAM aux entiers dépens liquidés par Monsieur R à la somme de 345,84 €.

II. OBJET DES APPELS – DEMANDES DES PARTIES EN APPEL.

II.1.

Par requête du 28 mars 2008, la SA BRUSSELS ICE CREAM postule :

- la réformation du jugement entrepris en ce qu'il a fait droit aux demandes de Monsieur R relatives à la requalification du contrat en contrat de travail employé, aux arriérés de rémunération diverses qui en découlent et au complément d'indemnité compensatoire de préavis ;
- sa confirmation en ce qu'il a rejeté les demandes d'indemnité pour licenciement abusif et de dommages et intérêts pour préjudices matériels et moraux.

Aux termes du dispositif de ses conclusions d'appel, la société appelante demande à la Cour du travail de : «

- *Dire l'appel de Brussels Ice Cream recevable et fondé :*
- *En conséquence, réformer le jugement dont appel en déclarant la demande originaire non fondée, et ce dans la mesure décrite ci-dessus (...)* ;
- *Dire la demande reconventionnelle relative au paiement de dommages et intérêts du chef de procédure téméraire et vexatoire, fixée à un*

montant provisionnel de 1.000 €. à majorer des intérêts judiciaires au taux légal, et ce jusqu'à parfait paiement, recevable et fondée :

- Confirmer le jugement dont appel pour le surplus, notamment en ce qu'il déclare les chefs de la demande originaire relatifs aux dommages et intérêts réclamés sur pied de l'article 63 de la loi du 3 juillet 1978 ainsi que du chef de préjudices matériels et moraux non fondés;*
- En ce qui concerne les intérêts déclarer ce chef de demande non fondé. et à titre infiniment plus subsidiaire. si par impossible la Cour du Travail devait condamner Brussels Ice Cream au paiement de dettes de rémunération, quod non, surseoir à statuer et renvoyer l'affaire au rôle spécial dans l'attente de l'arrêt de la cour constitutionnelle dans l'affaire inscrite sous le numéro 4489 du rôle de la Cour constitutionnelle*
- En ce qui concerne les dépens, en ce compris l'indemnité de procédure, condamner Monsieur R aux dépens des deux instances, en ce compris l'indemnité de procédure fixée à 2.000 € (montant de base – A.R. 27 octobre 2007), ou à tout le moins, répartir les dépens, en ce compris l'indemnité de procédure, proportionnellement entre les parties. et par conséquent les compenser ; »*

II.2.

L'intimé, Monsieur R postule quant à lui :

« S'agissant de l'appel de l'appelante : le déclarer à tout le moins non fondé ;

S'agissant des appels incidents du concluant : les déclarer recevables et fondés ;

Et en conséquence :

Réformant le jugement dont appel dans la mesure où attaqué par le concluant et le confirmant pour le surplus :

A) dire pour droit et/ou confirmer que le concluant, du temps de son occupation par l'actuelle appelante, constamment :

- travailla de 9 heure du matin à l'heure de fermeture de l'établissement sis rue de la Colinne, 2 à 1000 BRUXELLES et ce 7 jours sur 7, en telle manière que l'appelante doit lui payer les rémunérations (salaires, sursalaires, pécules de vacances, rémunérations de jours fériés,...) en découlant,*

** ou, à tout à titre subsidiaire, quant à ce, avant dire droit, autoriser le concluant à rapporter la preuve par toutes voies de droit, témoins y compris, du fait suivant*

"Du temps de son occupation par la Société Anonyme BRUSSELS ICE CREAM, Monsieur Mo unir K travaillait régulièrement de 9 heure du matin à l'heure de fermeture de l'établissement sis rue de la Colinne, 2 à 1000 BRUXELLES et ce 7 jours sur 7."

- exerça une fonction d'employé (une fonction essentiellement intellectuelle) et doit se voir payer par l'appelante les rémunérations (salaires, sursalaires, pécules de vacances, rémunérations de jours fériés,...) en découlant;

B) dire pour droit que, du chef du licenciement du concluant, l'appelante devait, par application de l'article 82 par 3 de la loi du 3 juillet 1978, prendre en considération et respecter un préavis d'une durée de six mois;

C) dire pour droit que l'appelante ne démontre pas que le licenciement du concluant était justifié au regard soit des nécessités de l'entreprise, soit de l'attitude du concluant, soit de ses aptitudes;

D) condamner l'appelante à payer au concluant :

a) compte tenu de la qualité conventionnelle (ou, tout à fait subsidiairement : objective) d'ouvrier du concluant :

- la somme provisionnelle de 8 690,27 EUR à titre d'indemnité calculée conformément à l'article 63 de la loi du 3 juillet 1978, sous réserve de majorations en cours d'instance,

- les intérêts moratoires à valoir sur ce montant, au taux de l'intérêt légal, à dater du 19 janvier 2005,

- les intérêts judiciaires à valoir sur ce montant, au taux de l'intérêt légal, à dater de la signification de la citation introductive d'instance;

b) compte tenu de la qualité objective d'employé du concluant du temps de son occupation par l'appelante et des prestations de travail effectivement accomplies par le concluant au service de l'appelante :

- la somme provisionnelle de 15 942,18 EUR à titre d'arriérés de rémunération sensu lato (salaire, sursalaire, pécules de vacances,

rémunération de jours fériés,...), sous réserve de majorations en cours d'instance,

- *les intérêts moratoires à valoir sur ce montant, au taux de l'intérêt légal, à dater du 1er mai 2004 (date moyenne),*
- *les intérêts judiciaires à valoir sur ce montant, au taux de l'intérêt légal, à dater de la signification de la citation introductive d'instance;*

c)

- *la somme provisionnelle de 6 000,00 EUR à titre d'indemnité compensatoire de préavis complémentaire, sous réserve de majorations en cours d'instance,*

- *les intérêts moratoires à valoir sur ce montant, au taux de l'intérêt légal, à dater du 19 janvier 2005,*
- *les intérêts judiciaires à valoir sur ce montant, au taux de l'intérêt légal, à dater de la signification de la citation introductive d'instance;*

d)

- *la somme provisionnelle de 100,00 EUR à titre de pécule de vacances de départ, sous réserve de majorations en cours d'instance,*
- *les intérêts moratoires à valoir sur ce montant, au taux de l'intérêt légal, à dater du 19 janvier 2005,*
- *les intérêts judiciaires à valoir sur ce montant, au taux de l'intérêt légal, à dater de la signification de la citation introductive d'instance;*

e)

- *la somme provisionnelle de 7 500 EUR, à titre de dommages et intérêts, du chef des préjudices matériels et moraux résultant, dans le chef du concluant, du caractère abusif de son licenciement et des circonstances fautives imputables à la défenderesse ayant accompagnés son licenciement (notamment par le fait des plaintes abusivement déposées par l'appelante à charge ou en désignant le concluant), sous réserve de majorations en cours d'instance,*

- *les intérêts à valoir sur ce montant, au taux de l'intérêt légal, à dater du 19 janvier 2005,*

- *les intérêts judiciaires à valoir sur ce montant, au taux de l'intérêt légal, à dater de la signification de la citation introductive d'instance;*

f)

- *la somme provisionnelle de 1 000 EUR à titre d'indemnisation des préjudices et débours respectivement subis et à subir et supportés et à supporter par le concluant du chef des nécessités de la présente procédure, sous réserve de majorations en cours d'instance,*

- les intérêts judiciaires à valoir sur ce montant, au taux de l'intérêt légal, à dater de la signification de la citation introductive d'instance;

D) condamner l'appelante à délivrer au concluant :

- un C4,
- un décompte de départ,
- une attestation de vacances pour chaque année durant laquelle la défenderesse occupa le concluant,
- une fiche fiscale 281.10,
- une fiche de rémunération pour chaque mois d'occupation

modifiés compte tenu des condamnations à intervenir,

à peine d'une astreinte de 25 EUR par jour et par document à dater de la signification de l'arrêt à intervenir;

E) condamner l'appelante aux entiers dépens des deux instances, les indemnités de procédure prévues par l'article 1022 du Code Judiciaire (le jugement dont appel étant par ailleurs à mettre à néant et à réformer s'agissant de la liquidation par lui de l'indemnité de procédure de première instance); »

III. DISCUSSION ET DECISION DE LA COUR.

III.1. Sur la qualité du travailleur et les demandes en découlant.

III.1.1. Les thèses en présence.

A- La société appelante critique le jugement dont appel en ce qu'il a décidé que, même si Monsieur R servait au comptoir glaces et gaufres de manière quotidienne (activité manuelle), l'ensemble des responsabilités qu'il assumait permettait d'assimiler la fonction qu'il exerçait à celle de responsable d'un point de vente – de petite dimension, certes – mais exigeant des capacités certaines de gestion des moyens humains et matériels (tâches intellectuelles déterminantes dans la fonction exercée par Monsieur R) et qu'en conséquence, la qualité d'employé devait lui être reconnue.

L'appelante conteste que Monsieur R ait exercé une fonction d'employé et estime que celui-ci n'apporte pas valablement la preuve de ses allégations.

A l'appui de sa thèse, elle invoque les éléments suivants :

- la qualification donnée par les parties au contrat de travail, à savoir «*contrat de travail d'ouvrier*» ;
- la dénomination donnée par les parties à la fonction, à savoir «*serveur au comptoir (préparer et servir) (IV/217D)* », qui correspond à une fonction d'ouvrier ;
- les documents sociaux faisant état du statut d'ouvrier ;
- l'enregistrement de Monsieur R auprès de l'Office national des vacances annuelles ;
- le paiement bi-mensuel de sa rémunération ;
- la fixation d'un salaire horaire ;
- le fait que Monsieur R n'a jamais contesté son statut pendant la durée de son contrat de travail, la première contestation étant intervenue près de huit mois après la rupture du contrat de travail ;
- le fait que lui-même aurait reconnu son statut d'ouvrier dans un formulaire de réponses adressé à la police en date du 8 octobre 2003, à la suite du procès-verbal d'infraction pour stationnement irrégulier ;
- l'absence de valeur probante des attestations produites par Monsieur R (déclarations pré-imprimées reprenant les affirmations de l'intimé quant à son horaire de travail et quant aux fonctions exercées).

B- Le demandeur originaire, actuel intimé, soutient qu'il disposait de la qualité objective d'employé, nonobstant sa qualification contractuelle d'ouvrier.

Il invoque qu'il était chargé :

- de tous les problèmes avec la clientèle,
- de l'organisation interne du point de vente (commandes, gestion des stocks, etc.),
- de la sélection, du recrutement et de la formation du nouveau personnel,
- d'encaisser les paiements et de les transférer au compte de la société.

Il signale également qu'il disposait d'un véhicule de fonction.

Par ailleurs et en outre, Monsieur R soutient qu'il travaillait sept jours sur sept, de 9 heures du matin jusqu'à l'heure de la fermeture de l'établissement.

III.1.2. Textes et principes.

Suivant les articles 2 et 3 de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrat de travail, l'ouvrier exerce « *un travail principalement d'ordre manuel* » alors que l'employé exerce « *un travail principalement d'ordre intellectuel* ».

La distinction est une question de fait à apprécier en fonction des circonstances de chaque espèce. Le seul critère de distinction réside dans le caractère intellectuel ou manuel du travail exécuté en vertu du contrat.

Le juge n'est pas tenu par la qualification donnée par les parties à la convention qu'elles ont conclue : la nature des fonctions exercées par un travailleur est déterminée par les fonctions qu'il exerce réellement (en ce sens: Cass., 7 septembre 1992, Pas., 1992, I, 999 et Chr.D.S. 1993, p.13 ; Cass., 15 février 1982, Pas., 1982, I, 741 ; Cass., 10 mars 1980, Pas., 1980, I, 845 et J.T.T., 1982, p. 122 ; Cour Trav. Bruxelles, 15 juin 2006, J.T.T., 2006, p. 340).

Le critère de « *l'intellectualité* » du travail n'est pas toujours aisé à appréhender et à interpréter. En effet, comme relevé par la Cour du travail de Bruxelles :

« Si le travail intellectuel exige principalement des efforts de l'esprit, le travail manuel quant à lui requiert surtout mais non exclusivement des efforts physiques ; ainsi un travail manuel spécialisé peut exiger une grande intelligence et aptitude à penser, tout en demeurant un travail d'ouvrier » (Cour trav. Bruxelles, 2e ch., 3 septembre 1998, R.G. n° 35656, www.juridat.be).

Ainsi que le rappelle très justement le jugement attaqué (4e feuillet), lorsque travail manuel et travail intellectuel sont mêlés, il y a lieu de se référer à l'élément prépondérant dans l'exécution du travail (Cass. 2 avril 1979, Pas., 1979, I, 911).

III.1.3. Application.

Monsieur R a été engagé en qualité de « *serveur au comptoir (préparer et servir) (IV/217D)* », dans les liens d'un « *contrat de travail d'ouvrier* ». D'abord affecté au point de vente de la rue Saint-Lambert à Woluwé, il a ensuite été envoyé à la Grand Place de Bruxelles (2, rue de la Colline) à partir du 3 juillet 2003.

Le contrat de travail stipule que « *l'ouvrier/ouvrière peut se voir confier une autre tâche correspondant à son aptitude professionnelle* ».

Monsieur R admet que son travail consistait en partie à vendre et fabriquer des glaces et des gaufres à des clients qui commandaient à l'extérieur de l'établissement.

Avec raison, les premiers juges ont estimé que ce travail comme tel était un travail manuel et que l'encaissement des glaces ou gaufres vendues ne pouvait en soi permettre de qualifier la fonction de Monsieur R comme celle d'un employé.

De même, le fait qu'il disposait d'un véhicule de société ne suffit pas à faire de lui un employé.

Toutefois, comme relevé par les premiers juges, il apparaît des éléments du dossier que Monsieur R exerçait quotidiennement des fonctions autres que la seule vente et fabrication de glaces et de gaufres, ainsi que l'encaissement du produit de celle-ci.

Avec raison, le jugement dont appel a pris en considération certaines des attestations produites par le demandeur originaire, estimant *« que ces attestations sont des moyens de preuve l'éclairant utilement sur la réalité des fonctions exercées par Monsieur R dès lors qu'elles convergent et que la défenderesse, en ses conclusions et plaidoiries, ne conteste pas formellement les éléments objectifs y énoncés mais en édulcore pour la plupart l'importance au point de les considérer non déterminants pour apprécier la nature de la fonction exercée par Monsieur R »*.

En effet, s'agissant de l'organisation interne du point de vente et des relations avec les autres membres du personnel, il ressort des attestations de N, N (pièces 7 et 8), ainsi que de celles de Tsai Sushane (pièce 5) et B T Samia (pièce 6), que Monsieur R passait pour le *« patron »* car c'est lui qui était présent sur les lieux et assumait les tâches de : recevoir les CV des candidats à un poste, faire signer les contrats de travail, faire les horaires du personnel (3 à 4 personnes), payer les salaires. Ces mêmes personnes confirment que Monsieur R passait les commandes de marchandises, faisait l'inventaire des stocks et déposait l'argent de la caisse à la banque.

Un commerçant de la rue de la Colline, Monsieur de Heyn W signe une attestation pré-imprimée (pièce 9) indiquant que Monsieur R exerçait le rôle de gérant de l'établissement *« AUSTRALIAN ICE CREAM »* et y ajoute, à la main, *« que Monsieur R tenait des réunions dans notre établissement avec son patron et cela pouvait durer plusieurs heures »*.

Il ressort du carnet tenu par Monsieur R (pièce 30 de son dossier) que celui-ci y indiquait, jour après jour, les heures de travail effectuées par les membres du personnel occupés dans le point de vente.

La Cour du travail constate donc, à l'instar des premiers juges, que Monsieur R exerçait régulièrement, en plus de son travail de *« serveur au comptoir »*, des fonctions de responsable du point de vente.

La société appelante ne conteste pas la réalité de ces fonctions mais soutient qu'elles étaient accessoires par rapport à la fonction principale de Monsieur R qui était de préparer et servir des glaces et des gaufres au comptoir.

La société invoque à cet égard la taille réduite et l'aménagement limité du point de vente de la Grand Place (pièce 6 du dossier de l'appelante). Elle fait valoir :

- que la vente de glaces et de gaufres est de nature si peu complexe que les problèmes avec la clientèle se gèrent directement lors de la vente ;
- que l'organisation interne du point de vente n'est pas une fonction requérant des aptitudes particulières, dès lors que le personnel y est peu nombreux, que les produits à commander sont toujours les mêmes et que le travail à effectuer est de nature strictement manuelle ;
- que la passation de commandes a un caractère automatique ; que les commandes à passer sont toujours identiques, dès lors que la composition des glaces et sorbets reste inchangée et que celles-ci sont d'ailleurs préparées à l'avance en usine ;
- que Monsieur R n'avait, du reste, aucun pouvoir de négociation avec les fournisseurs et qu'il n'était pas non plus habilité à choisir les produits qu'il allait commander ;
- qu'en conséquence, ces tâches ne requéraient ni initiative, ni créativité ;
- que les fonctions de répartition des tâches entre les trois ou quatre membres du personnel étaient à nouveau relativement simples ;
- que Monsieur F ne s'occupait que du pré-recrutement des nouveaux membres du personnel, la responsabilité d'engager des travailleurs incombant à Monsieur V. I. gérant de BRUSSELS ICE CREAM, ainsi qu'aux organes de la société ;
- que la fonction de formation des nouveaux membres du personnel dont se prévaut Monsieur R était d'une simplicité extrême ;
- qu'enfin, l'encaissement des paiements et leur transfert sur le compte de la société ne sont pas révélateurs de la qualité d'employé.

Même si l'établissement de l'appelante situé à la Grand Place de Bruxelles est un petit point de vente ne pouvant être assimilé à un salon, il reste que Monsieur R n'y exerçait pas uniquement la fonction de serveur au comptoir pour laquelle il avait été engagé, mais qu'il y assumait en outre

quotidiennement la responsabilité de la gestion et du bon fonctionnement du commerce.

Les tâches qu'implique cette gestion (gérer le stock de marchandises ; passer les commandes à bon escient ; organiser les horaires des travailleurs ; s'occuper du pré-recrutement, c'est-à-dire recevoir les CV et sélectionner les meilleurs candidats ; transférer le produit de la vente sur le compte de la société ; résoudre les problèmes avec la clientèle) sont, dans l'ensemble, essentiellement de nature intellectuelle.

Il importe peu qu'elles ne présentent pas une grande complexité ou n'exigent pas de créativité. Il y a des tâches purement manuelles qui sont complexes et demandent beaucoup de créativité (c'est le cas du travail de certains artisans ou techniciens) et des tâches dites « intellectuelles » qui sont simples et ne requièrent aucune créativité (travail d'exécution de certains employés de bureau). De même, le fait que l'activité de l'entreprise soit de nature manuelle (en l'occurrence préparer et vendre des glaces et des gaufres) n'empêche pas que le membre du personnel qui, au sein de l'établissement, s'occupe de manière prépondérante de la gestion des moyens humains et matériels (tâches d'ordre intellectuel) puisse être considéré comme un employé.

En conclusion, Monsieur R. exerçait des fonctions à la fois manuelles et intellectuelles, ces dernières étant, toutefois, prépondérantes.

Le fait qu'il ait indiqué avoir la qualité d'ouvrier, lors de son audition par la police intervenue durant le temps de son occupation au service de la société appelante, ne peut être considéré comme une reconnaissance de ce statut ni comme une renonciation à revendiquer le statut d'employé.

Le jugement dont appel sera donc confirmé en ce qu'il décide que Monsieur R. exerçait réellement une fonction d'employé, à savoir celle de responsable d'un point de vente dans le secteur horeca.

III.1.4. Conséquences de la requalification du contrat.

A- Monsieur R. peut prétendre à une indemnité compensatoire de préavis complémentaire. Celle-ci a été correctement évaluée par les premiers juges à l'équivalent de trois mois de rémunération (dont à déduire les 35 jours déjà payés) eu égard à l'âge de l'intéressé (28 ans et 11 mois), à son ancienneté (1 an et 8 mois), à sa rémunération et aux éléments de la cause susceptibles d'avoir une incidence sur ses possibilités de reclassement.

Monsieur R. n'ayant toujours pas établi un calcul précis de la rémunération de base à laquelle il pouvait prétendre, il y a lieu de confirmer le jugement dont appel en ce qu'il n'a alloué qu'un montant provisionnel de 1.000 €.

B- Il y a lieu de faire droit à la demande de régularisation de la rémunération mensuelle et de la rémunération des jours fériés en tenant compte de la fonction d'employé.

Le jugement du 9 novembre 2007 sera confirmé en ce qu'il accorde à ce titre 1 € provisionnel à défaut de décompte précis.

C- Monsieur R réitère en appel sa demande tendant à entendre condamner la SA BRUSSELS ICE CREAM au paiement d'arriérés de rémunération pour les prestations de travail qu'il prétend avoir accomplies au-delà de l'horaire officiel de 38 heures par semaine (selon lui, de 9 heures du matin jusqu'à l'heure de la fermeture et ce, sept jours sur sept).

Monsieur F ___ reste, cependant en défaut de prouver la réalité de ces heures supplémentaires, qu'il ne peut même pas quantifier.

Comme constaté par les premiers juges, les pièces qu'il dépose pour justifier cette demande, à savoir des attestations pré-imprimées et un carnet dans lequel figurent des mentions manuscrites, ne concordent pas, le carnet ne faisant pas état de sa présence tous les jours, ni d'une présence quotidienne de 9 heures jusqu'à la fermeture.

L'offre de preuve par témoins ne peut être rencontrée. En effet, les faits se sont déroulés entre juillet 2003 et janvier 2005 ; il n'est pas raisonnable de procéder à des enquêtes plusieurs années après les faits.

L'appel incident introduit à ce sujet par Monsieur R est, en conséquence, non fondé.

III.2. Examen de la demande relative à l'indemnité de licenciement abusif réclamée sur pied de l'article 63 de la loi du 3 juillet 1978.

III.2.1.

Monsieur R/ postule l'application conventionnelle ou, subsidiairement, légale de l'article 63 de la loi du 3 juillet 1978 sur les contrats de travail.

Suivant cette disposition, l'employeur qui licencie abusivement un ouvrier engagé pour une durée indéterminée doit payer à cet ouvrier une indemnité correspondant à la rémunération de six mois. Est considéré comme abusif le licenciement effectué pour des motifs qui n'ont aucun lien avec l'aptitude ou la conduite de l'ouvrier ou qui ne sont pas fondés sur les nécessités de l'entreprise, de l'établissement ou du service. La preuve de l'existence des motifs invoqués incombe à l'employeur.

III.2.2.

L'application légale est à écarter en l'espèce, dès lors que Monsieur R ne doit pas être considéré comme un ouvrier mais bien comme un employé.

Cette qualité d'employé exclut l'application de l'article 63 de la loi du 3 juillet 1978, qui ne concerne que les ouvriers.

III.2.3.

Monsieur R invoque l'application conventionnelle de l'article 63 de la loi du 3 juillet 1978. A l'appui de cette demande, il fait valoir les arguments suivants :

- l'article 6 de la loi du 3 juillet 1978 frappe de nullité toute stipulation contraire aux dispositions de cette loi dès lors qu'elle restreint les droits du travailleur ou aggrave ses obligations mais, à l'inverse, une stipulation tendant à donner plus de droits à un travailleur (au regard des stipulations de la loi du 3 juillet 1978) est bien entendu valide ;
- en lui reconnaissant, conventionnellement, la qualité d'ouvrier alors qu'il disposait de la qualité objective d'employé, la société BRUSSELS ICE CREAM a contracté à son égard les obligations afférentes à la qualité d'ouvrier ;
- par application de l'article 6 de la loi du 3 juillet 1978, cette stipulation est par contre nulle dans la mesure – mais dans la mesure seulement – où elle tend à restreindre ses droits, notamment quant au préavis à notifier en cas de licenciement.

La thèse de l'appelant sur incident ne peut être suivie.

En qualifiant erronément le travailleur d'ouvrier alors que la réalité des fonctions exercées démontre, à côté de fonctions principalement d'ordre manuel, des fonctions d'ordre intellectuel qui apparaissent prépondérantes, l'employeur ne s'est pas engagé à remplir les obligations plus favorables afférentes à la qualité d'ouvrier et en même temps celles afférentes à la qualité d'employé.

Le jugement sera confirmé en ce qu'il déclare cette demande non fondée.

III.2. Sur la demande relative à des dommages et intérêts du chef des préjudices matériels et moraux résultant du caractère abusif du licenciement.

III.2.1.

Monsieur R soutient que son licenciement est intervenu à la suite de la revendication qu'il a émise au sujet d'une prime sur le chiffre d'affaires qui lui avait été promise par la société.

La Cour du travail constate qu'il avait introduit une demande à ce sujet devant le Tribunal du travail mais qu'il a abandonné toute revendication à cet égard en degré d'appel.

Quoiqu'il en soit, il appartient à Monsieur R compte tenu de sa qualité d'employé, de prouver l'abus de droit qu'il invoque.

Or, pas plus que devant les premiers juges, l'appelant sur incident ne démontre une faute dans le chef de la SA BRUSSELS ICE CREAM qui permettrait de considérer que la société a abusé de son droit de licencier.

Les plaintes déposées par Monsieur VAN I contre Monsieur R sont largement postérieures au licenciement de ce dernier, de sorte qu'elles ne peuvent constituer un abus du droit de l'employeur de licencier ni une circonstance entourant le licenciement de nature à lui conférer un caractère abusif.

Le jugement sera donc également confirmé en qu'il considère que la demande de dommages et intérêts du chef d'abus de droit est non fondée.

III.3. Sur la demande relative à la régularisation des pécules de vacances, du pécule de départ et des primes de fin d'année.

Il y a lieu de faire droit à cette demande compte tenu de la requalification du contrat.

Le jugement est confirmé en ce qu'il alloue à ce titre une somme provisionnelle de 1.000€.

III.4. Sur les documents sociaux.

Le jugement dont appel a condamné la société à délivrer les documents sociaux rectifiés en tenant compte des régularisations ordonnées par le Tribunal du travail (confirmées par le présent arrêt).

A bon droit, les premiers juges ont décidé que cette condamnation ne devait pas être assortie d'une astreinte eu égard au fait que les calculs finaux ne sont pas encore établis.

Ces calculs n'étant toujours pas présentés en appel, il n'y a pas lieu de faire droit à l'appel incident de Monsieur R à ce sujet.

III.4. Sur la demande reconventionnelle originaire de la SA BRUSSELS ICE CREAM.

Compte tenu de ce que le Tribunal du travail a décidé et de ce que la Cour du travail décide, il ne peut être fait droit à la demande reconventionnelle de la partie défenderesse originaire tendant à obtenir paiement de dommages et intérêts pour procédure téméraire et vexatoire.

III.5. Sur l'indemnisation des frais de défense et sur les dépens.

III.5.1.

L'appelante critique le jugement dont appel en ce qu'il a condamné la SA BRUSSELS ICE CREAM aux entiers dépens alors que Monsieur R ne peut être considéré comme la partie ayant obtenu gain de cause au sens de l'article 1022 du Code judiciaire.

La société appelante demande à la Cour du travail de condamner Monsieur R aux entiers dépens des deux instances et, en ordre subsidiaire, de répartir proportionnellement les frais et dépens entre les parties et donc de les compenser.

III.5.2.

Monsieur R critique, lui aussi, le jugement entrepris au motif que le Tribunal du travail a à tort liquidé les dépens alors qu'il ne condamnait la société qu'au paiement de montants provisionnels et réservait à statuer pour le surplus, renvoyant la cause au rôle particulier (articles 1017, alinéa 1er et article 19, alinéa 1er du Code judiciaire).

Par ailleurs, il précise en page 27 de ses conclusions d'appel :

« Dès lors que l'article 1022, dernier alinéa, du Code judiciaire prévoit actuellement que l'indemnité de procédure constitue la seule indemnisation pouvant être due du chef des frais de défense, le concluant admet que, compte tenu de la modification législative entrée en vigueur à cet égard entre la date du jugement dont appel et l'introduction de la procédure en degré d'appel, il ne peut plus actuellement postuler une indemnisation du chef de préjudices de défense, outre les indemnités de procédure lui revenant. »

Monsieur R postule la condamnation de la SA BRUSSELS ICE CREAM aux entiers dépens des deux instances et, à titre tout à fait subsidiaire, le partage des dépens.

III.5.3.

Suivant l'article 1017, alinéa 1er du Code judiciaire tel qu'applicable à la date du jugement, le juge prononce, même d'office, la condamnation aux dépens de la partie qui a succombé, lorsqu'il rend un jugement définitif sur le fond.

Le jugement est définitif dans la mesure où il épuise la juridiction du juge sur une question litigieuse (article 19, alinéa 1er, du Code judiciaire).

La notion de décision définitive implique qu'ait été soumis au débat le point sur lequel porte la décision (Cass., 8 octobre 2001, Pas., 2001, I, 1600).

Il a été jugé qu'un jugement fixant certains principes pour le calcul du pécule de vacances qui ordonne également la réouverture des débats afin de permettre le calcul du pécule de vacances, constitue partiellement un jugement définitif et partiellement un jugement avant dire droit. Le jugement est un jugement définitif dans la mesure où il tranche, après s'être prononcé sur la recevabilité de la demande, certaines contestations relatives à cette demande par une décision de principe qui influencera le sort ou la décision ultérieure sur la demande (Cass., 2 avril 1990, RG 8545, 8620).

En l'espèce, le Tribunal du travail a rendu le 9 novembre 2007 un jugement partiellement définitif (statuant sur le fondement ou le non-fondement des différentes demandes) et partiellement avant dire droit (n'allouant que des montants provisionnels et réservant à statuer sur les montants jusqu'à production de décomptes précis).

Un tel jugement peut prononcer la condamnation aux dépens.

III.5.4.

Pour qu'il y ait lieu à prononcer la condamnation aux dépens, il faut que l'une des parties ait succombé.

Si chacune des parties succombe sur quelque point, le juge peut répartir les dépens de la manière qu'il détermine (article 1017, alinéa 4 du Code judiciaire).

Le demandeur originaire a obtenu gain de cause sur certains chefs de demandes mais a succombé sur d'autres. Les dépens de première instance auraient dû être compensés. Le jugement sera réformé à cet égard et les dépens seront répartis entre les parties de la manière suivante :

- la partie appelante (défenderesse originaire) paiera à l'intimé (demandeur originaire) le coût de la citation (soit 131,66 €) et deux tiers de l'indemnité de procédure (montant de base – arrêté royal du 26 octobre 2007, soit 2.000 €) ;
- l'intimé (demandeur originaire) supportera un tiers de l'indemnité de procédure de base.

III.5.2.

En appel, la société doit être condamnée aux dépens puisqu'elle succombe.

En termes de conclusions, à titre infiniment subsidiaire, elle demande que le montant de l'indemnité de procédure soit réduit au montant minimum fixé par l'arrêté royal du 26 octobre 2007, soit 1.000 €. Elle ne motive pas cette demande.

L'article 1022 du Code judiciaire, tel que modifié par l'article 7 de la loi du 21 avril 2007 relative à la répétibilité des honoraires et des frais d'avocat,

dispose que le juge peut, à la demande d'une des parties et sur décision spécialement motivée, soit réduire l'indemnité, soit l'augmenter, sans dépasser les montants maxima et minima prévus par la Roi, en tenant compte, entre autres, de la capacité financière de la partie succombante ainsi que du caractère manifestement déraisonnable de la situation, pour diminuer le montant de l'indemnité.

La Cour du travail considère qu'il n'existe aucun motif en l'espèce de réduire l'indemnité de procédure d'appel au minimum.

PAR CES MOTIFS,

LA COUR DU TRAVAIL,

Statuant après un débat contradictoire,

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

Reçoit l'appel principal de la SA BRUSSELS ICE CREAM et le déclare non fondé ;

Reçoit l'appel incident de Monsieur Mounir R et le déclare non fondé sauf en ce qui concerne le chef de demande relatif aux frais et dépens de l'instance devant le Tribunal du travail ;

Confirme le jugement dont appel en toutes ses dispositions, sauf en ce qui concerne les dépens ;

Le réforme à cet égard et, statuant à nouveau sur ce point, compense les dépens dans la mesure ci-après :

- condamne la SA BRUSSELS ICE CREAM à payer à Monsieur RIHAHI la somme de 131,66 Euros, étant le coût de la citation et 2/3 de l'indemnité de procédure de base (2/3 de 2.000 Euros) ;

- condamne Monsieur R au 1/3 de l'indemnité de procédure de base (1/3 de 2.000 Euros).

Réserve à statuer sur les montants définitifs des différents chefs de demandes admis dans leur principe mais n'ayant donné lieu qu'à des condamnations à des montants provisionnels ;

Renvoie la cause au rôle particulier et dit qu'elle sera ramenée à l'audience, après production et discussion des décomptes précis, par la partie la plus diligente.

Condamne la SA BRUSSELS ICE CREAM aux dépens d'appel liquidés à ce jour à la somme de 2.000 €, étant l'indemnité de procédure de base.

Ainsi arrêté par :

L. CAPPELLINI, Président

L. MILLET, Conseiller social au titre d'employeur

D. PISSOORT, Conseiller social au titre d'employeur

A. VAN DE WEYER, Conseiller social au titre d'employé

P. BINJE, Conseiller social au titre d'ouvrier

Assistés de Ch. EVERARD, Greffier

P. BINJE

A. VAN DE WEYER

D. PISSOORT

L. MILLET

Ch. EVERARD

L. CAPPELLINI

et prononcé à l'audience publique de la 2^e chambre de la Cour du travail de Bruxelles, le dix-sept décembre deux mille neuf, où étaient présents :

L. CAPPELLINI, Président

Ch. EVERARD, Greffier

Ch. EVERARD

L. CAPPELLINI