



Expédition

Numéro du répertoire
2019 /
Date du prononcé
6 novembre 2019
Numéro du rôle
2016/AB/957
Décision dont appel
14/5801/A

Délivrée à

le
€
JGR

Cour du travail de Bruxelles

quatrième chambre

Arrêt

DROIT DU TRAVAIL - contrats de travail-employé

Arrêt contradictoire

Interlocutoire : Réouverture des débats

LE ROYAUME D'ESWATINI, représenté par le Ministère des Affaires Etrangères et de la Coopération Internationale, dont le cabinet est établi à Ngwane, h-100 Mbalane, 2^{ième} étage, Mhlambanyatsi Road P.O. Box 518 et dont l'ambassade en Belgique est sise à 1180 BRUXELLES, Avenue Winston Churchill, 188,
partie appelante au principale et intimée sur incident,
représentée par Maître Pierre SCULIER loco Maître Jozef SLOOTMANS, avocat à 1050 BRUXELLES,

contre

Madame L. K.,

partie intimée au principale et appelante sur incident,
représentée par Maître Bob BRIJS, avocat à 1060 BRUXELLES,

★

★ ★

Vu l'appel interjeté par le Royaume du Swaziland contre le jugement contradictoire prononcé le 4 avril 2016 par la 3ème chambre du Tribunal du travail francophone de Bruxelles (R.G. n° 14/5801/A), en cause d'entre parties, appel formé par requête déposée au greffe de la Cour du travail le 11 octobre 2016 ;

Vu l'ordonnance du 2 novembre 2016 entérinant les délais de conclusions déterminés de commun accord par les parties et fixant la cause pour plaidoiries ;

Vu les conclusions déposées par les parties ;

Vu les dossiers des parties ;

Entendu les parties à l'audience publique du 2 octobre 2019 ;

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.

Remarque préalable.

Il résulte de la lettre du conseil de la partie appelante et de l'instruction faite à l'audience que la partie appelante s'appelle désormais le Royaume d'Eswatini. Il en sera tenu compte pour la suite de l'arrêt, si ce n'est que le dispositif du jugement attaqué sera reproduit ci-après sans le modifier.

I. RECEVABILITE DES APPELS.

L'appel principal a été interjeté dans les formes et délais légaux. La signification du jugement est intervenue le 13 septembre 2016, alors que la requête d'appel a été déposée le 11 octobre 2016.

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

II. LE JUGEMENT DONT APPEL.

Par jugement du 4 avril 2016, le Tribunal du travail francophone de Bruxelles a décidé ce qui suit :

«

Déclare les demandes dirigées à l'encontre de l'Ambassade du SWAZILAND irrecevables ;

Déclare la demande tendant à l'indemnisation du préjudice relatif à l'absence de paiement des cotisations sociales et la demande de condamnation du ROYAUME du SWAZILAND au paiement d'un montant provisionnel de 35.680,42 € bruts à titre d'arriérés de doubles pécules de vacances, irrecevables ;

Déclare les demandes de Madame L. K. dirigées à l'encontre du ROYAUME du SWAZILAND recevables et fondées dans la mesure ci-après :

Condamne le ROYAUME du SWAZILAND à payer à Madame L. K. la somme de 43.661,31 € bruts, à majorer des arriérés de rémunérations échus depuis le mois de décembre 2015, le tout à majorer des intérêts moratoires et judiciaires à dater de chaque exigibilité ;

Condamne le ROYAUME du SWAZILAND à régulariser, dans les 45 jours de la signification du présent jugement, la situation de Madame L. K. sur le plan de l'assujettissement à la sécurité sociale belge en versant à l'Office Nationale de Sécurité Sociale (O.N.S.S.) les cotisations de sécurité sociale du travailleur et de l'employeur, dues sur les rémunérations payées à Madame L. K. en exécution du contrat de travail initial (du 4 novembre 1992 au 4 juin 2012) ;

Invite le ROYAUME du SWAZILAND à délivrer, dans les 45 jours de la signification du présent jugement, les documents sociaux adaptés compte tenu des montants repris ci-dessus ;

Déboute Madame du surplus de ses demandes ;

Dit n'y avoir lieu à exécution provisoire ;

Délaisse au ROYAUME du SWAZILAND ses propres dépens et le condamne aux dépens de Madame L. K., liquidés à la somme de 3.576,42 € (3.300 € à titre d'indemnité de procédure et 276,42 à titre de frais de citation) ;

».

III. L'OBJET DES APPELS ET DES DEMANDES EN APPEL.

L'appel au principal et la demande formée en appel par le Royaume d'Eswatini ont pour objet de :

-A titre principal :

Mettre partiellement à néant le jugement *a quo*,

En conséquence, réformant celui-ci,

Dire toutes les demandes de madame L. K. entièrement non-fondées,

Condamner madame L. K. aux dépens judiciaires, en ce compris l'indemnité de procédure, estimée dans le chef du Royaume d'Eswatini à 3.300 € (x 2).

-A titre subsidiaire :

Si par impossible la demande de madame L. K. d'entendre prononcer la nullité de la convention du 4 juin était déclarée recevable et fondée, le Royaume d'Eswatini sollicite la condamnation de Madame L. K. à lui restituer le montant de 30.083,28 € majoré des intérêts judiciaires.

L'appel incident et la demande formée en appel par madame L. K. ont pour objet de :

Condamner le Royaume d'Eswatini à régulariser la situation de Madame L. K. sur le plan de l'assujettissement à la sécurité sociale belge en versant à l'Onss les cotisations de sécurité sociale du travailleur et de l'employeur, dues sur les rémunérations payées à Madame L. K. au cours de la période d'occupation du 4 novembre 1992 au 4 juin 2012 considérant qu'il s'agit de rémunérations nettes, sous peine d'une astreinte de 100 € par jour de retard à défaut de procéder à cette régularisation dans un délai de 45 jours à dater de la signification de l'arrêt à intervenir,

Réserver à statuer sur la demande de réparation du dommage qui subsisterait éventuellement à défaut pour le Royaume d'Eswatini de procéder à la régularisation visée ci-dessus ou en cas de refus par l'O.N.S.S. des cotisations éludées qui seraient prescrites,

Condamner le Royaume d'Eswatini à payer à madame L. K. la somme brute provisionnelle de 35.680,42 €, à majorer des intérêts moratoires puis judiciaires à dater de chaque exigibilité et sous déduction des retenues sociales et fiscales, à titre de doubles pécules de vacances pour la période d'occupation du 4 novembre 1992 au 30 juin 2012,

Condamner le Royaume d'Eswatini à déclarer à l'Onss les pécules de vacances précités dans un délai de 45 jours à dater de la signification de l'arrêt à intervenir, sous peine d'une astreinte de 100,00 € par jour de retard,

Condamner le Royaume d'Eswatini à délivrer à Madame L. K., dans un délai de 45 jours à dater de la signification de l'arrêt à intervenir, la fiche de paie et la fiche fiscale relatives aux pécules de vacances précités, sous peine d'une astreinte de 100,00 € par jour de retard,

Condamner le Royaume d'Eswatini à payer à madame L. K. la somme brute provisionnelle de 84.127, 89 €, à majorer des rémunérations à échoir en cours d'instance, sous réserve d'indexation, à majorer des intérêts moratoires puis judiciaires à dater de chaque exigibilité et sous déduction des retenues sociales et fiscales, à titre d'arriérés de rémunération pour les mois de juin 2012 à avril 2017 (lire décembre 2018 selon les précisions données à l'audience par le conseil de madame L. K.),

Condamner le Royaume d'Eswatini à délivrer à Madame L. K., dans un délai de 45 jours à dater de la signification de l'arrêt à intervenir, la fiche de paie et la fiche fiscale relatives aux arriérés précités, sous peine d'une astreinte de 100,00 € par jour de retard,

Confirmer le jugement entrepris en ce qu'il délaisse au Royaume d'Eswatini ses propres dépens et le condamne aux dépens de Madame L. K., liquidés à la somme de 3.576,42 €,

Délaisser au Royaume d'Eswatini ses propres dépens de l'instance d'appel et le condamner aux dépens de Madame L. K., liquidés à une indemnité de procédure de 3.600,00 €, et le condamner également aux dépens de signification du jugement liquidés à 272,59 €.

Renvoyer au rôle pour le surplus.

IV. EXPOSE DES FAITS

Madame L. K. travaille à l'Ambassade du Royaume d'Eswatini depuis le 4 novembre 1992 en qualité de dactylo/réceptionniste à temps plein.

Jusqu'au mois de juin 2012, la rémunération de madame L. K. n'a fait l'objet d'aucunes retenues sociales et fiscales. Elle percevait alors la somme de 2.296,86 €.

En date du 4 juin 2012, madame L. K. et l'Ambassade du Royaume d'Eswatini ont signé une convention libellée comme suit:

« Il est exposé ce qui suit :

Considérant que l'employée est entrée au service de l'Ambassade le 4 novembre 1992, aux termes d'un contrat de travail daté du 11 janvier 1993.

Considérant que l'Employée est actuellement employée pour un salaire mensuel brut de 2.296,86 €.

Considérant qu'un différend est survenu entre l'employée et l'Ambassade dans le cadre duquel l'employée a fait valoir des demandes relatives à la non-affiliation au régime de sécurité sociale belge et au non-respect du droit du travail belge.

Considérant que l'Ambassade a rejeté ces demandes dès lors que l'employée n'a pas démontré avoir subi un préjudice qui excéderait le salaire net plus élevé qu'elle a reçu du fait qu'aucune retenue de sécurité sociale, ni fiscale n'a été appliquée sur le salaire brut.

Considérant que les parties ont accepté de transiger sur leurs différends.

Il a été convenu ce qui suit :

« 1. A compter du 5 juin 2012, l'employée sera affiliée au régime de sécurité sociale belge et l'ambassade retiendra les contributions de sécurité sociale et les précomptes professionnels du salaire mensuel brut de l'employée.

2. La transition est accompagnée des arrangements suivants :

- (1) Les parties s'engagent par la présente à rompre leur contrat de travail actuel en date du 4 juin 2012 ;*
- (2) Les parties concluront un nouveau contrat de travail à temps plein pour une durée indéterminée qui commencera le 5 juin 2012 et prévoira un salaire mensuel brut de 3.361,77 € sujet aux indexations, conformément au droit belge ;*
- (3) L'ambassade versera à l'employée une indemnité forfaitaire d'un montant brut de 30.083,28 € pour solde complet et définitif de toutes les demandes que l'employée pourrait avoir, sur quelque base que ce soit, dans le cadre de sa relation de travail jusqu'au 4 juin 2012.*

Il est entendu entre les parties que, dans le cadre du nouveau contrat de travail qui commencera le 5 juin 2012, l'employée conservera l'ancienneté acquise depuis sa date d'entrée en fonction initiale.

3. L'employée accepte le paiement forfaitaire brut de 30.083,28 €, tel que stipulé à l'article 2 (3) pour solde complet et définitif de toutes ses demandes de non-affiliation au régime de sécurité sociale belge et, plus généralement, pour toutes les demandes qu'elle pourrait avoir contre l'ambassade à la date de la signature de cette convention dans le cadre de sa relation de travail, y compris, mais sans s'y limiter, les demandes de remboursement ».

Le nouveau contrat de travail à durée indéterminée signé le 4 juin 2012 prévoit que madame L. K. est engagée à temps plein en tant que réceptionniste-dactylographe à partir du 5 juin 2012 et stipule quant à la rémunération ceci :

« 3.1. A partir du 5 juin 2012, le salaire mensuel de l'employée sera fixé à 3.361,77 € (...) brut et sera payé à la fin de chaque mois calendrier sur son compte bancaire.

3.2. Le salaire brut mensuel sera soumis à l'indexation lorsque applicable et conformément à la loi belge ».

Par courrier daté du 28 septembre 2012, l'organisation syndicale de madame L. K. a adressé un courrier à l'Ambassade du Royaume d'Eswatini libellé comme suit:

« Celle-ci nous remet la copie de ses fiches de paie des mois de juillet et août 2012 et nous constatons que le salaire de base brut n'est pas correct.

En effet l'article 3 du contrat de travail prévoit la somme de 3.361,77 € bruts comme salaire de base. Or les deux dernières fiches de paie reprennent seulement un montant de base de 2.296,86 € bruts.

De plus, le détail des prestations du mois de juillet 2012 n'est pas correct. Madame K. a en effet été en incapacité de travail mais en l'absence de période d'essai, le salaire garanti est dû et le salaire complet devait être payé

(...) ».

Par courrier daté du 21 novembre 2012, l'organisation syndicale de madame L. K. a adressé un second courrier à l'Ambassade du Royaume d'Eswatini précisant ceci :

« Celle-ci est entrée en service en date 4 novembre 1992 dans le cadre d'un contrat de travail à durée indéterminée à temps plein. Celle-ci a été contrainte de signer un nouveau contrat de travail en date du 4 juin 2012 lors d'une volonté de la part de l'employeur de régulariser tous les dossiers et procéder à la déclaration des travailleurs.

Depuis cette date, le salaire versé n'est pas conforme à celui convenu dans le contrat de travail (3.361,77 € bruts) et le salaire est payé systématiquement en retard.

Le salaire garanti suite à une incapacité de travail au cours du mois de juillet 2012 n'a pas été rémunéré alors qu'il n'y a aucune période d'essai comprise dans le contrat de travail.

Les fiches de paie sont remises tardivement et celles-ci ne sont pas correctes.

Il existe également un doute sur la situation concernant la situation à l'Onss. En effet une remarque sur l'extrait de compte fait supposer que le nécessaire n'est pas fait (il vous appartient de payer les charges) (...) ».

Par courrier daté du 4 décembre 2012, le conseil de madame L. K. a mis en demeure l'Ambassade du Royaume d'Eswatini de régulariser la situation conformément aux deux courriers précités.

Après plusieurs lettres de rappel, le conseil de l'Ambassade du Royaume d'Eswatini a répondu au conseil de madame L. K. par lettre du 15 mai 2013, en contestant la position qu'elle défendait.

Par courrier daté du 23 décembre 2013, le SPF Emploi, Travail et Concertation sociale a adressé à l'Ambassade du Royaume d'Eswatini le courrier suivant :

« (Madame L. K.) nous a expliqué que jusqu'en juillet 2011 (lire 2012), elle n'était pas déclarée à la sécurité sociale. Elle a donc essayé de régulariser sa situation et demandé d'être déclarée à la sécurité sociale belge.

Les cotisations à la sécurité sociale n'ont pas été payées pendant 20 ans. Or, l'absence de déclaration à l'Onss et de paiement des cotisations de sécurité sociale peuvent porter préjudice aux droits de Madame K. en matière de retraite, d'assurance maladie, d'assurance chômage.

De plus, elle nous a montré ses fiches de paie et le salaire versé et figurant sur sa fiche de paie n'est, depuis le mois de juillet 2012, plus conforme à celui convenu dans son contrat de travail.

Je vous rappelle que seules les cotisations personnelles peuvent être déduites tandis que l'employeur reste redevable des cotisations patronales. Et il n'appartient pas au travailleur de rembourser les sommes dues par l'employeur.

Je vous remercie d'avance des suites positives que vous voudrez bien réserver à ce dossier et vous rappelle la nécessité comme vous imposent les conventions internationales en la matière de respecter scrupuleusement les dispositions du droit du travail belge. A défaut de

régulariser sa situation qui dure depuis maintenant 2 ans, madame K. n'aura alors d'autre recours que d'introduire une action devant le tribunal du travail (...) ».

V. DISCUSSION.

1. La demande liée aux cotisations de sécurité sociale ou au dommage subsistant en cas de défaut de versement des cotisations.

Position des parties.

Madame L. K. sollicite la condamnation du Royaume d'Eswatini à régulariser la situation de madame L. K. sur le plan de l'assujettissement à la sécurité sociale belge en versant à l'Onss les cotisations de sécurité sociale du travailleur et de l'employeur, dues sur les rémunérations payées à madame L. K. au cours de la période d'occupation du 4 novembre 1992 au 4 juin 2012 considérant qu'il s'agit de rémunérations nettes, sous peine d'une astreinte de 100,00 € par jour de retard à défaut de procéder à cette régularisation. Elle demande par ailleurs de réserver à statuer sur la demande de réparation du dommage qui subsisterait éventuellement à défaut pour le Royaume d'Eswatini de procéder à la régularisation visée ci-dessus ou en cas de refus par l'Onss des cotisations éludées qui seraient prescrites

Le Royaume d'Eswatini invoque que ces demandes sont irrecevables en raison de la convention de transaction signée. En outre, madame L. K. n'a pas qualité pour obtenir en lieu et place de l'Onss un titre judiciaire condamnant son employeur à faire parvenir les déclarations justificatives des montants des cotisations dues et à verser des cotisations à l'Onss. Elle n'a pas davantage intérêt à cette demande, à défaut d'apporter la preuve qu'un quelconque préjudice qu'elle aurait subi en l'absence d'affiliation au régime de sécurité sociale belge avec effet rétroactif.

Madame L. K. fait valoir que les règles concernant l'obligation de déclarer un travailleur à l'Onss et de payer les cotisations de sécurité sociale qui en découlent sont d'ordre public, en manière telle que le Royaume d'Eswatini ne peut sur la base d'une convention de transaction, échapper à ses obligations d'assujettir madame L. K. à la sécurité sociale belge pour la période antérieure au 5 juin 2012. La convention de transaction est nulle dès lors que son objet et sa cause sont contraires à l'ordre public avec pour conséquence qu'elle n'a pas pu renoncer à son droit à l'indemnisation de l'absence de paiement des cotisations de sécurité sociale. Cette demande pour laquelle elle dispose de la qualité et de l'intérêt à agir est bien recevable.

Position de la Cour.

Les principes.

1° La distinction entre les dispositions d'ordre public et les dispositions d'ordre public et les possibilités de renonciation.

Comme le rappelle la Cour de Cassation, « *En vertu de l'article 6 du Code civil, on ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs. Suivant les articles 1131 et 1133 du même code, les obligations ne peuvent avoir aucun effet quand leur cause est prohibée par la loi, ou contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public.*

Une loi intéresse l'ordre public lorsqu'elle touche aux intérêts essentiels de l'Etat ou de la collectivité ou qu'elle fixe, dans le droit privé, les bases juridiques sur lesquelles repose l'ordre économique ou moral de la société » (Cass.,29 avril 2011,R.G. C.10.0183.N,www.juridat.be).

Les lois d'ordre public doivent être distinguées des lois impératives qui ont pour objet principal de protéger les intérêts particuliers d'une catégories de personnes considérées comme faibles même si elles répondent également dans une moindre mesure à des préoccupations d'intérêt général (P. Wery, L'essor du droit impératif et ses rapports avec l'ordre public en matière contractuelle in Evolutie van de basisbeginselen van het contractenrecht, Ilse Samoy,Intersentia,2010,pp. 128 et 129).

Si l'on ne peut renoncer aux droits conférés par des dispositions d'ordre public, encore faut-il déterminer au cas par cas si une disposition est d'ordre public. Il ne peut être conclu que l'ensemble du droit social est d'ordre public. Ainsi, comme le mentionne la Cour de Cassation, le caractère d'ordre public de la protection légale contre le licenciement des délégués du personnel n'a pas pour conséquence que tous les droits découlant de cette protection intéressent l'ordre public et ne sont pas susceptibles d'une renonciation par le travailleur protégé (Cass., 16 mai 2011, R.G.n°S.10.0093.N, www.juridat.be). Le simple fait qu'une disposition est sanctionnée pénalement ne transforme pas cette disposition en une règle d'ordre public.

La Cour de Cassation a estimé que les dispositions légales qui déterminent la compétence et les obligations de l'Onss et notamment celles qui fixent le montant des cotisations sont d'ordre public (Cass.,27 septembre 1962,Pas.,1962,I,p. 124 ; Cass.,1er février 1993, J.T.T., 1994, p. 478). Elle par contre considéré que les articles 38, 39 et 46 de l'arrêté d'exécution de la loi sur les vacances annuelles sont des dispositions impératives au profit de l'employé (Cass.,25 octobre 1999,J.T.T.,2000,p. 299 ; Cass.,22 février 1999,R.W.,1999-2000,p. 670 ; Cass.,29 janvier 1996,J.T.T.,1996, p. 188 ; dans le même sens : C.T. Liège,13 octobre 2014,R.G. 2013/AL/253,www.juridat.be), alors pourtant que celles-ci sont sanctionnées pénalement (par l'article 54,2° de la loi du 28 juin 1971 sur les vacances annuelles jusqu'à

l'entrée en vigueur du Code pénal social le 1^{er} juillet 2011 et par l'article 162 alinéa 2,3° du Code pénal social depuis lors).

Une renonciation aux droits conférés par des dispositions impératives est possible une fois le droit acquis (Cass., 16 mai 2011, R.G. S.10.0093.N ; Cass.,13 octobre 1997,R.G. n° S.96.0176.F,www.juridat.be). C'est ainsi par exemple que le travailleur peut renoncer à des arriérés de rémunération à un moment où ceux-ci sont devenus exigibles (C.T. Bruxelles,4 décembre 2012,J.T.T.,2013,p. 179 ; C.T. Bruxelles,23 mars 2015,J.T.T.,2015,p. 386, étant entendu que cet arrêt ajoute à juste titre qu'une telle renonciation n'est pas valable en cas de fraude). Le simple fait qu'un travailleur est une partie économiquement faible par rapport à un employeur n'entraîne pas pour conséquence que son consentement à une convention n'est pas valable (Cass.1^{ère} ch.,2 mai 1969,Pas,I,p. 781).

2° Les principes en matière d'assujettissement à la sécurité sociale des travailleurs salariés et la nature des dispositions légales existantes.

L'article 21 de la loi du 27 juin 1969 révisant l'arrêté loi du 28 décembre 1944 sur la sécurité sociale des travailleurs dispose :

"Tout employeur assujetti est tenu de se faire immatriculer à l'Office national de sécurité sociale et de faire parvenir à ce dernier une déclaration justificative du montant des cotisations dues.

Cette déclaration est faite au moyen d'un procédé électronique approuvé par l'Office. La déclaration, dûment signée et complétée par les renseignements demandés, doit parvenir à l'Office dans le délai fixé par arrêté royal".

En vertu de l'article 23 §1er de cette loi, *"la cotisation du travailleur est retenue à chaque paie par l'employeur.*

Celui-ci est débiteur envers l'Office national de sécurité sociale de cette cotisation comme de la sienne propre".

L'article 23 §2 de cette loi fait obligation à l'employeur de transmettre ces cotisations trimestriellement à l'Onss dans les délais fixés par le Roi.

L'arrêté royal du 28 novembre 1969 pris en exécution de la loi du 27 juin 1969 dispose en son article 34 :

"Le montant des cotisations est dû par l'employeur à l'Office national de sécurité sociale aux quatre dates suivantes de chaque année: 31 mars, 30 juin, 30 septembre et 31 décembre".

En vertu de l'article 26 de cette loi, *« l'employeur ne peut récupérer à charge du travailleur le montant de la cotisation de celui-ci, dont il aurait omis d'effectuer la retenue en temps utile.*

L'employeur est tenu de réparer le préjudice subi par le travailleur à la suite de l'omission ou du retard dans le transfert des cotisations”.

L’Onss est chargé par l’article 40 de cette loi du recouvrement des cotisations, majorations de cotisations et intérêts de retard.

Le non-paiement à l’Onss des cotisations de sécurité sociale dans les délais prévus est sanctionné pénalement par l’article 218 du Code pénal social. Le non-respect des obligations prescrites par la loi du 27 juin 1969 et de ses arrêtés d’exécution et le non-paiement des cotisations dans les délais prescrits était avant l’entrée en vigueur du Code pénal social érigé en infraction par les articles 35 et suivants de la loi du 27 juin 1969. Les peines prévues sont des peines correctionnelles.

3° Les règles de prescription en cas d'action civile fondée sur une infraction.

L’article 26 du titre préliminaire du Code de procédure pénale dispose :

« L'action civile résultant d'une infraction se prescrit selon les règles du Code civil ou des lois particulières qui sont applicables à l'action en dommages et intérêts. Toutefois, celle-ci ne peut se prescrire avant l'action publique ».

La Cour de Cassation a par plusieurs arrêts décidé que « l’article 26 de la loi du 17 avril 1878 est applicable à toute action civile qui est fondée sur des faits faisant apparaître l’existence d’une infraction, même si ces faits constituent aussi un manquement contractuel de l’employeur et que l’objet de l’action consiste en l’exécution de cette obligation contractuelle, à titre de réparation du dommage subi » (Cass.,23 octobre 2006,J.T.T.,2007,p.227 ; Cass.,22 janvier 2007,J.T.T.,2007,p. 289 ; Cass.,22 janvier 2007,J.T.T.,2007,p.481, note F. Lagasse et M. Palumbo, pp. 473-480 ; voir aussi Cass.,14 janvier 2008,J.T.T.,2008,p. 302, obs. F. Lagasse et M. Palumbo). Dans pareil cas, le juge doit lui-même vérifier, dans le respect des droits de la défense, si la prescription visé par l’article 26 du titre préliminaire du Code de procédure pénale est applicable (Cass.,20 avril 2009,R.G. n° S080015N,www.juridat.be).

L’article 2262bis du Code civil dispose par ailleurs en ses alinéas 2 et 3:

« Toute action en réparation d'un dommage fondée sur une responsabilité extra-contractuelle se prescrit par cinq ans à partir du jour qui suit celui où la personne lésée a eu connaissance du dommage ou de son aggravation et de l'identité de la personne responsable.

Les actions visées à l'alinéa 2 se prescrivent en tout cas par vingt ans à partir du jour qui suit celui où s'est produit le fait qui a provoqué le dommage”

Le délai de 5 ans correspond également au délai de prescription de l'action publique fondée sur un délit, laquelle infraction est définie par l'article 1er du Code pénal comme l'infraction que la loi punit d'une peine correctionnelle. L'article 25 du Code pénal prévoit que la durée de l'emprisonnement correctionnel est en principe de 8 jours à un mois. En vertu de l'article 38, l'amende applicable à une personne physique pour crime et délits est de 26 € au moins. L'article 41bis prévoit une règle de conversion de l'amende applicable à une personne morale en matière correctionnelle et criminelle et en matière de police.

S'agissant du point de départ du délai de prescription, les infractions de droit pénal social comme par exemple l'infraction de défaut de paiement de la rémunération sont en principe des infraction instantanées (voir Cass.,22 juin 2015,R.G. n° S.15.0003.F,www.juridat.be ; Cass.,21 décembre 1992,Larcier Cass.,1992,n° 1217 ; voir aussi en matière de non-paiement du pécule de vacances Cass.,12 février 2007,J.T.T.,2007,p. 214). La prescription prend dès lors en principe cours dès la commission de l'infraction.

L'action en paiement de dommages et intérêts fondée sur un délit peut dès lors être formée dans les 5 années qui suivent la commission du délit non seulement par application de l'article 2262bis mais aussi par application de l'article 26 du titre préliminaire du Code de procédure pénale, étant entendu que l'action civile ne peut se prescrire avant l'action publique et profite dès lors des causes d'interruption ou de suspension de la prescription pénale.

La Cour de Cassation admet toutefois la théorie du délit collectif, appelée aussi infraction continuée :

« Toutefois, lorsque les infractions instantanées sont reliées entre elles par une unité d'intention, elles constituent ensemble une infraction continuée (appelée également délit collectif). Dans ce cas, la prescription de l'action publique prend cours à partir du dernier fait commis qui procède de la même intention » (Cass.,2 février 2004,R.W.,2004-2005,p.1463).

« Si plusieurs faits délictueux sont l'exécution successive d'une même résolution criminelle et ne constituent ainsi qu'une seule infraction, celle-ci n'est entièrement consommée et la prescription de l'action publique ne prend cours, à l'égard de l'ensemble des faits, qu'à partir du dernier de ceux-ci, pourvu qu'aucun d'entre eux ne soit séparé du suivant par un temps plus long que le délai de prescription applicable, sauf interruption ou suspension de la prescription » (Cass.,7 avril 2008,J.T.T.,2008,p. 285 ; Cass.,12 février 2007,J.T.T.,2007,p.214).

La notion d'unité d'intention délictueuse est définie comme suit par la Cour de Cassation :

« Plusieurs infractions imputées à un prévenu procèdent d'une seule et même intention délictueuse lorsqu'elles sont liées entre elles par la poursuite d'un but unique et par sa réalisation, et constituent dans cette acception, un seul fait, à savoir un comportement complexe » (Cass.,19 avril 1983,Pas.,1983,I,p.916-925 ; Cass., 8 mai 1979,Pas.,1979,I,p. 1056-1057). *« L'unité d'intention délictueuse peut être admise tant pour les infractions qui requièrent une intention frauduleuse que pour les infractions qui requièrent d'avoir*

sciemment contrevenu à des dispositions légales » (Cass.,13 novembre 2007, P.07.1092.N, www.juridat.be; Cass,9 mars 2005,P.04.1591.F ; Cass.,15 décembre 1999, P.99.1188.F, www.juridat.be).

4° La réparation du dommage.

En matière de réparation du dommage, la réparation en nature doit être privilégiée à la réparation par équivalent. La Cour de Cassation a rappelé ce principe dans une cause qui concernait précisément le non-paiement à l'Onss par l'employeur de cotisations de sécurité sociale:

“L'article 1382 du Code civil belge oblige celui qui cause un dommage à autrui à le réparer intégralement, ce qui implique que le préjudicié doit être replacé autant que possible dans la situation dans laquelle il se serait retrouvé si la faute n'avait pas été commise.

La réparation du dommage en nature est le mode normal de réparation du dommage.

Le juge est par conséquent tenu d'ordonner la réparation du dommage en nature lorsque la victime le demande ou que le responsable le propose et que le mode de réparation est en outre possible et ne constitue pas l'exercice abusif d'un droit” (Cass.,3 avril 2017,R.G. S.16.0039.N, www.juridat.be).

5. La transaction.

Conformément à l'article 2046 du Code civil, l'action en réparation du dommage fondé sur un délit peut faire l'objet d'une transaction (Cass.,29 mai 1975,Pas.,1975,I,p. 932).

L'article 2048 du Code civil dispose que *“pour transiger, il faut avoir la capacité de disposer des objets compris dans la transaction”*, ce qui emporte pour conséquence que le contrat de transaction ne peut comporter des concessions que sur des droits qui sont disponibles (P. Abba, Le contrat de transaction en droit public, Administration publique,2017/4,p. 348). Il n'est ainsi pas possible de transiger sur l'obligation de cotiser à la sécurité sociale (P. Marchal, Rép.Not., Tome IX, Contrats divers, Livre IX, La transaction, Bruxelles, Larcier, 2013, n°77).

“L'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet” (article 1131 du Code civil).

“La cause est illicite, quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public” (article 1133 du Code civil).

“La cause de tout acte qu'il s'agisse d'un acte unilatéral ou d'un contrat peut être définie comme les mobiles déterminants qui ont déterminé les parties à souscrire l'obligation, à conclure l'acte juridique” (Cass.,14 mars 2008,R.G. n°C.05.0380.F,www.juridat.be ; Cass.,24

septembre 2007,Pas.,2007,p. 169 ; P. Van Ommeslaghe, Droit des obligations, Tome premier, 2010,p. 306).

La licité de l'objet de la cause et de l'objet d'une convention doivent être appréciés au moment de sa conclusion (Cass.,28 novembre 2013,R.G. n° C13.02333.N,www.juridat.be).

Si plusieurs mobiles déterminants ont animé une partie, dont certains licites et d'autres illicites, l'acte doit être annulé (Cass.,13 novembre 1953,Pas.,1954,I,p. 190 ; Cass.,19 janvier 1968,Pas.,1968,I,p. 640 ; P. Van Ommeslaghe, Actualités du droit des obligations. L'objet et la cause des contrats in P.A Foriers, Actualités du droit des obligations,2005,p. 99 : cet auteur souligne que cette solution ne fait plus de doute dans l'état actuel de notre droit positif).

Il n'est pas requis que le mobile illicite soit commun aux parties mais il suffit pour que l'acte soit déclaré nul que l'une d'elles ait contracté à des fins illicites sans qu'il soit nécessaire que ces fins soient connues du cocontractant (Cass.,12 octobre 2000,R.G. n° C.99.0136F ; Cass.,7 octobre 2004,R.G. n° 03.0144F,www.juridat.be).

La Cour de Cassation a ainsi précisé dans l'arrêt précité du 7 octobre 2004 « *qu'une convention qui a pour but d'organiser une fraude à l'égard de tiers dont les droit sont protégés par une législation d'ordre public, a une cause illicite et est frappée de nullité absolue* ».

Application.

Aux termes de l'article 17 du Code judiciaire, l'action ne peut être admise si le demandeur n'a pas qualité et intérêt pour la former. La partie au procès qui se prétend titulaire d'un droit subjectif a, ce droit fut-il contesté, la qualité requise pour que sa demande soit reçue (Cass.,26 janvier 2017,R.G. n° C.16.0291.F,www.juridat.be).

Madame L. K. dispose de la qualité et de l'intérêt au sens des articles 17 et suivants du Code judiciaire pour solliciter la condamnation du Royaume d'Eswatini à régulariser sa situation sur le plan de l'assujettissement à la sécurité sociale belge en versant à l'Onss les cotisations de sécurité sociale du travailleur et de l'employeur, dues sur les rémunérations qui lui ont été payées au cours de la période d'occupation du 4 novembre 1992 au 4 juin 2012.

En effet, l'article 26 de la loi du 27 juin 1969 oblige l'employeur à réparer le préjudice subi par le travailleur à la suite de l'omission ou du retard dans le transfert de cotisations. L'article 1382 du Code civil oblige pareillement l'employeur à réparer le dommage causé par sa faute.

Madame L. K. puise dès lors dans ces dispositions un droit à obtenir une réparation du dommage causé par le défaut d'assujettissement à la sécurité sociale belge et de non-paiement des cotisations de sécurité sociale.

En demandant la régularisation de sa situation sur le plan de l'assujettissement à la sécurité sociale belge et le versement à l'Onss les cotisations de sécurité sociale du travailleur et de l'employeur, elle ne fait que demander la réparation en nature de son dommage. Elle dispose bien de la qualité et de l'intérêt pour former une telle demande.

Les articles 22 et 40 de la loi du 27 juin 1969 concernant les droits de l'Onss d'établir d'office le montant des cotisations dues et de procéder au recouvrement des sommes dues ne privent pas madame L. K. de la possibilité de demander en justice la réparation en nature de son dommage lié au défaut d'assujettissement à la sécurité sociale belge et au défaut de paiement de ses cotisations.

Le défaut d'assujettissement de madame L. K. à la sécurité sociale belge pour ses prestations effectuées du 4 novembre 1992 au 4 juin 2012 étant susceptible de la priver de différents droits sociaux, parmi lesquels ses droits à la pension, elle dispose bien d'un intérêt à formuler la demande précitée.

La circonstance que conformément aux dispositions de l'article 42 de la loi du 27 juin 1969, les créances de l'Office national de sécurité sociale à charge des employeurs assujettis à la présente loi se prescrivent par trois ans (sauf le cas de manœuvres frauduleuses ou de déclarations fausses ou sciemment incomplètes) ne prive pas madame L. K. de son intérêt à formuler sa demande qui elle, n'est pas soumise à ce délai. L'action de madame L. K. visant à régulariser sa situation sur le plan de la sécurité sociale ou à défaut à l'indemniser du préjudice subi n'est pas prescrite puisqu'elle est une action civile fondée sur des délits commis par le Royaume d'Eswatini (liés au non-respect des obligations prescrites à l'employeur par la loi du 27 juin 1969 et notamment le défaut de paiement des cotisations de sécurité sociale depuis le 4 novembre 1992) et que ces différentes infractions répétées sont reliées entre elles par une unité d'intention ayant consisté à ne pas vouloir respecter le droit social, en manière telle que le délai de prescription de l'action civile qui ne peut se prescrire avant celui de l'action publique, débute le 30 juin 2012 et n'est dès lors pas prescrit.

Par ailleurs, la prescription d'une action que l'Onss intenterait aujourd'hui contre le Royaume d'Eswatini en paiement des cotisations impayées se rapportant aux prestations du 4 novembre 1992 au 4 juin 2012 ne signifie pas que l'Onss est obligé légalement de refuser le paiement de cotisations qui serait fait aujourd'hui par cet employeur à la suite par exemple d'une condamnation par une juridiction ni qu'un tel paiement ne permettrait pas de régulariser les droits sociaux de madame L. K. pour le futur, notamment en matière de pension. Il ne peut dès lors être conclu à l'absence d'intérêt dans le chef de madame L. K. de formuler sa demande de régularisation précitée. La question de savoir si l'Onss acceptera le paiement de cotisations est une autre question qui n'intervient que dans un second temps et demeure sans conséquence sur l'intérêt à agir de madame L. K.

Le contrat de transaction qu'elle a signé ne fait pas échec à cette demande.

En effet, l'obligation pour un employeur d'assujettir ses travailleurs salariés à la sécurité sociale belge et de verser les cotisations dues est un pilier du système de sécurité sociale belge qui a été instauré dans l'intérêt de l'ensemble des travailleurs et son non-respect peut conduire à un déséquilibre des finances publiques susceptibles de nuire à la sécurité sociale dans son ensemble (puisque les cotisations versées à un moment X sont utilisées pour payer les prestations de sécurité sociale de l'ensemble des travailleurs indifféremment au même moment) et par ailleurs de conduire à une concurrence déloyale entre employeurs. Une telle obligation concerne manifestement l'ordre public.

Madame L. K. ne pouvait dès lors dispenser son employeur d'une telle obligation qui ne porte pas sur un droit qui lui appartenait et dont elle pouvait disposer.

De surcroît, les mobiles déterminants qui ont poussé les parties à conclure la convention de transaction sont le refus du Royaume d'Eswatini d'assujettir madame L. K. à la sécurité sociale belge pour la période du 4 novembre 1992 au 4 juin 2012 et la volonté de ne prévoir un tel assujettissement qu'à partir du 5 juin 2012 dans le cadre d'un nouveau contrat de travail à conclure. De tels mobiles déterminants qui violent l'ordre public constituent une cause illicite entraînant la nullité absolue de la convention de transaction, quand bien-même la volonté d'indemniser financièrement madame L. K. pour le préjudice subi en raison du défaut d'assujettissement pour le passé serait considéré comme un autre mobile déterminant mais cette fois licite ou un objet licite de la convention.

Dès lors que la convention de transaction est nulle de nullité absolue, le Royaume d'Eswatini ne peut plus en invoquer aucune disposition pour faire échec aux demandes de madame L. K.

En conclusion, la demande de madame L. K. de condamner le Royaume d'Eswatini à régulariser sa situation sur le plan de l'assujettissement à la sécurité sociale belge en versant à l'Onss les cotisations de sécurité sociale du travailleur et de l'employeur, dues sur les rémunérations payées à Madame L. K. au cours de la période d'occupation du 4 novembre 1992 au 4 juin 2012 considérant qu'il s'agit de rémunérations nettes, est recevable et fondée.

Le fait de considérer qu'il s'agit de rémunérations nettes est une juste application de l'article 26 alinéa 2 de la loi du 27 juin 1969.

Madame L. K. demande que la condamnation à régulariser sa situation sur le plan de l'assujettissement à la sécurité sociale soit faite sous peine d'une astreinte de 100 € par jour de retard à défaut de procéder à la régularisation dans un délai de 45 jours à dater de la signification de l'arrêt à intervenir.

Le Royaume D'Eswatini invoque l'article 54 de la Convention des Nations unies sur l'immunité juridictionnelle des Etats du 2 décembre 2004 pour y faire obstacle. La Cour invite le Royaume d'Eswatini à justifier ce moyen dans le cadre de la réouverture des débats dès lors qu'il semble que cette Convention n'a pas été ratifiée par la Belgique et n'est pas encore entrée en vigueur à défaut du dépôt du trentième instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion auprès du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies posée par l'article 30 comme condition à son entrée en vigueur.

Madame L. K. sollicite de réserver à statuer sur sa demande de réparation du dommage qui subsisterait éventuellement à défaut pour le Royaume du Swaziland de procéder à la régularisation précitée ou en cas de refus par l'Onss des cotisations éludées qui seraient prescrites.

Il convient de réserver à statuer sur le bien-fondé de cette demande dont il a déjà été précisé qu'elle n'était en tout cas pas prescrite.

2. La demande liée au paiement des doubles pécules de vacances pour la période d'occupation du 4 novembre 1992 au 30 juin 2012 et de déclaration à l'Onss desdits pécules.

Position des parties.

Madame L. K. sollicite la condamnation du Royaume d'Eswatini à lui payer la somme brute de 35.680,42 €, à majorer des intérêts moratoires puis judiciaires à dater de chaque exigibilité et sous déduction des retenues sociales et fiscales, à titre de doubles pécules de vacances pour la période d'occupation du 4 novembre 1992 au 30 juin 2012. Elle demande par ailleurs la condamnation du Royaume d'Eswatini à déclarer à l'Onss les pécules de vacances précités dans un délai de 45 jours à dater de la signification de l'arrêt à intervenir, sous peine d'une astreinte de 100 € par jour de retard.

Le Royaume d'Eswatini invoque que ces demandes se heurtent à la convention de transaction signée et que madame L. K. n'a ni qualité ni intérêt pour réclamer la déclaration des arriérés de doubles pécules de vacances à l'Onss et le paiement des contributions y afférents.

Madame L. K. fait valoir que vu le caractère indivisible des effets de la nullité de la transaction contraire à l'ordre public, elle ne pouvait renoncer à son droit au paiement des doubles pécules de vacances. A supposer même qu'elle pouvait transiger sur son droit aux doubles pécules de vacances, elle ne pouvait en toutes hypothèses pas dispenser le Royaume d'Eswatini de déclarer les pécules à l'Onss et de payer les cotisations de sécurité sociale vu le caractère d'ordre public de l'obligation de déclarer à l'Onss et de payer les cotisations de sécurité sociale.

Position de la Cour

Le droit aux doubles pécules de vacances de madame L. K. calculés sur ses rémunérations n'est pas garanti par des dispositions d'ordre public.

Comme déjà précisé, les dispositions des articles 38 de l'arrêté royal du 30 mars 1967 d'exécution de la loi sur les vacances annuelles sont impératives à son profit (voir à cet égard Cass., 25 octobre 1999, J.T.T., 2000, p. 299).

Elle était dès lors en droit de renoncer à ceux-ci une fois le droit acquis.

La circonstance que le non-paiement des pécules de vacances constitue une infraction pénale n'a pas pour conséquence ni de transformer le droit aux pécules de vacances en est un droit d'ordre public ni d'empêcher le travailleur de renoncer aux droits acquis ou de transiger sur les conséquences civiles de cette infraction et marquer ainsi son accord dans le cadre d'une transaction sur un autre montant à titre de réparation de son préjudice.

Cela étant, la transaction qu'elle a conclue le 4 juin 2012 qui contenait une clause de renonciation est nulle.

Le Royaume d'Eswatini ne peut dès lors plus invoquer ladite clause pour faire échec à la demande de madame L. K. de le condamner à lui verser les arriérés de pécules de vacances.

Madame L. K. fonde à juste titre son droit à obtenir lesdits pécules sur l'article 38, 2° de l'arrêté royal du 30 mars 1967 déterminant les modalités générales d'exécution des lois relatives aux vacances annuelles des travailleurs salariés qui dispose que :

« L'employeur paye à l'employé qui prend ses vacances un supplément égal, par mois de service presté ou assimilé à du travail effectif, au cours de l'exercice de vacances, à (1/12 de 92 p.c.) de la rémunération brute du mois pendant lequel les vacances prennent cours ».

S'agissant du calcul, dès lors que le Royaume d'Eswatini n'a pas prélevé les cotisations de sécurité sociale et que conformément aux dispositions de l'article 26 alinéa 2 de la loi du 27 juin 1969, il ne peut plus récupérer à charge de sa travailleuse le montant de la cotisation de celui-ci, dont il aurait omis d'effectuer la retenue en temps utile, madame L. K. est en droit de postuler que sa rémunération soit majorée de 13,07 % puisque le pécule se calcule sur la rémunération brute.

Par ailleurs, c'est à juste titre qu'elle multiplie sa rémunération mensuelle brute par 92% pour obtenir le double de pécule de vacances pour les années qui ont été précédées de 12 mois de service presté ou assimilé au cours de l'exercice de vacances. Il lui appartient toutefois de justifier son calcul pour l'année 1993 qui, sur base des informations dont la cour

dispose en l'état actuel, n'a pas été précédée de 12 mois de service presté ou assimilé au cours de l'exercice de vacances et de justifier la raison pour laquelle elle intègre dans le calcul un mois de rémunération pour l'année 1992. Il y a dès lors lieu d'ordonner la réouverture des débats pour permettre un débat sur cette question.

Le Royaume d'Eswatini fait valoir que la demande d'arriérés de double pécule de vacances est prescrite pour la période antérieure à l'année 2009.

Comme l'avait rappelé le premier juge, le non-paiement du pécule de vacances dans les délais prescrits était jusqu'à l'entrée en vigueur du Code pénal social le 1^{er} juillet 2011 érigée en infraction pénale par l'article 54,2° de la loi du 28 juin 1971 sur les vacances annuelles, qui sanctionnait une telle infraction d'une amende de 26 € à 500 € et l'article 162 alinéa 2,3° du Code pénal social punit désormais d'une sanction de niveau 2 le non-paiement du pécule de vacances dans les délais prescrits. Or, en vertu de l'article 101 alinéa 3 du Code pénal social, la sanction de niveau 2 est constituée soit d'une amende pénale de 50 à 500 euros, soit d'une amende administrative de 25 à 250 euros. Il s'agit de peines correctionnelles.

Madame L. K. fait référence dans ses conclusions à un arrêt de la Cour de Cassation du 12 février 2007 (J.T.T., 2007, p. 213) qui a rappelé que l'infraction qui consiste à ne pas payer les pécules de vacances suivant les règles et dans les délais prescrits est consommée par la seule omission d'y satisfaire au moment où le paiement doit être exécuté, de sorte que la prescription de l'action publique née de cette infraction prend cours dès ce moment mais que toutefois si plusieurs faits délictueux sont l'exécution successive d'une même résolution criminelle et ne constituent ainsi qu'une seule infraction, celle-ci n'est entièrement consommée et la prescription de l'action publique ne prend cours, à l'égard de l'ensemble de ces faits, qu'à partir du dernier de ceux-ci, pourvu qu'aucun d'entre eux ne soit séparé du suivant par un temps plus long que le délai de prescription applicable, sauf interruption ou suspension de la prescription.

Il convient de permettre aux parties de débattre de la portée de cet arrêt dans le cadre de la réouverture des débats.

S'agissant de la demande de déclaration des pécules de vacances à l'Onss, il s'agit d'une conséquence du fait que les arriérés de doubles pécules de vacances auxquels le Royaume d'Eswatini est condamné, sont des montants bruts. Ce faisant, madame ne fait que solliciter la réparation en nature de son dommage résultant du non-paiement des doubles pécules de vacances à laquelle elle avait droit, ce que la Cour de Cassation a expressément admis (voir Cass., 22 janvier 2007, J.T.T., 2007, p. 481), en manière telle qu'elle a droit à obtenir le montant brut desdits pécules sous déduction des cotisations sociales et du précompte professionnel à retenir et à verser aux administrations compétentes. Elle dispose bien de la qualité et de l'intérêt pour former une demande de déclaration desdits pécules à l'Onss pour lui permettre le cas échéant d'ouvrir des droits à la pension y afférents.

Il y a lieu toutefois d'attendre que le montant des doubles pécules soit déterminé et que la question de la prescription soit tranchée avant de préciser quels pécules de vacances devront être déclarés. C'est également à ce moment qu'il sera décidé à quels pécules se rapportent la demande de délivrance des documents sociaux.

3. La demande du Royaume d'Eswatini de restitution de la somme de 30.083,28 €.

Position des parties.

Le Royaume d'Eswatini sollicite la condamnation de madame L. K. à lui restituer la somme de 30.083,28 € si la demande d'entendre prononcer la nullité de la convention du 4 juin 2012 serait déclarée recevable et fondée.

Madame L. K. fait valoir que le Royaume d'Eswatini a d'ores et déjà reconnu et réparé le préjudice qu'elle a subi à concurrence d'une somme de 30.083,28 € en manière telle que ledit Royaume est malvenu de réclamer en ordre subsidiaire la restitution de cette somme.

Position de la Cour.

Dès lors que la convention de transaction est nulle, les parties doivent être remises dans le pristin état en manière telle que le paiement effectué à madame L. K. en exécution de cette convention ne se justifie plus et devient un indu.

Madame L. K. doit dès lors restituer au Royaume d'Eswatini la somme de 30.083,28 € qu'elle a perçue, à augmenter des intérêts judiciaires.

Le Royaume d'Eswatini a été condamné à régulariser la situation de madame sur le plan de l'assujettissement à la sécurité sociale.

Madame L. K. ne peut déjà invoquer qu'elle subirait un préjudice à défaut pour le Royaume du Swaziland de procéder à la régularisation précitée ou en cas de refus par l'Onss des cotisations éludées qui seraient prescrites, pour faire obstacle à la demande de restitution de la somme qu'elle a perçue.

4. La demande liée au paiement des arriérés de rémunération dus en exécution du contrat de travail entré en vigueur le 5 juin 2012.

Position des parties.

Madame L. K. réclame le paiement des arriérés de rémunération en se fondant sur la rémunération convenue dans la convention de transaction et dans le contrat de travail signés le 4 juin 2012.

Le Royaume d'Eswatini invoque ne pas être tenu de payer le montant de la rémunération mentionnée dans la convention de transaction et dans le contrat de travail du 4 juin 2012 étant donné que ce montant résultait d'une erreur matérielle de sa part.

Position de la Cour.

Les principes.

Parmi les 4 conditions essentielles pour la validité des conventions énoncées à l'article 1108 du Code civil qui doivent s'apprécier au moment de la conclusion du contrat, figure le consentement de la partie qui s'oblige.

L'erreur est énoncée comme vice de consentement par l'article 1110 du Code civil qui dispose en son alinéa 1^{er} :

“L'erreur n'est une cause de nullité de la convention que lorsqu'elle tombe sur la substance même de la chose qui en est l'objet”.

Conformément à l'interprétation donnée par la Cour de cassation, « *relève de la substance même de la chose au sens de l'article 1110 alinéa 1^{er} du code civil tout élément ayant déterminé principalement la partie commettant l'erreur à conclure la convention, de manière à ce que sans cet élément la convention n'eut pas été conclue* » (Cass.,23 janvier 2014,R.G. n° C.13.0114.N,www.juridat.be).

L'erreur ne doit pas seulement être déterminante du consentement.

Elle doit également être commune, c'est-à-dire que « *l'élément déterminant doit avoir pénétré le champ contractuel, c'est-à-dire avoir été porté objectivement ou subjectivement à la connaissance des deux parties* », même s'il « *n'est pas requis que les deux cocontractants se trompent* » (P. Bazier, L'interaction entre les vices de consentement et les pouvoirs du juge in S. Stijns et P. Wery, Le juge et le contrat,2014, p. 255). La Cour de Cassation exprime cette condition en décidant que « *la substance même de la chose consiste en tout élément qui a déterminé une partie à conclure la convention, que la partie contractante devait connaître et sans lequel la convention n'aurait pas été conclue* » (Cass.,12 février 2015,R.G. n° C.14.0330.F,www.juridat.be). « *Une erreur à propos de la substance de la chose n'entraîne la nullité de la convention que si le cocontractant avait connaissance de cet élément ou aurait dû raisonnablement en être conscient* » (Cass.,23 janvier 2014,R.G. n° C.13.0114.N, www.juridat.be).

Elle ne doit par ailleurs pas être inexcusable (Cass.,12 février 2015,R.G. n° C.14.0330.F, www.juridat.be).

La jurisprudence refuse de reconnaître comme vice de consentement l'erreur inexcusable, c'est-à-dire que ne commettrait point un homme raisonnable (Cass.,28 novembre 2013,R.G. n° 12.0556.N,www.juridat.be).

Si en règle générale, l'erreur peut être de fait ou de droit, l'erreur de droit n'est cependant pas admise comme cause d'annulation du contrat de transaction ainsi que le précise l'article 2052 alinéa 2 du Code civil.

Conformément aux dispositions de l'article 1315 du Code civil, c'est celui qui se prévaut d'une erreur qui a la charge de prouver celle-ci ainsi que son caractère excusable (Cass.,12 février 2015,R.G. n° C.14.0330.F,www.juridat.be).

L'erreur sur la valeur ou sur le prix ne vicie en règle générale point les conventions. C'est ainsi que l'article 1118 du Code civil dispose que « *la lésion ne vicie les conventions que dans certains contrats ou à l'égard de certaines personnes* ».

Si une partie ne parvient pas à démontrer qu'une erreur répondant aux conditions précitées a vicié son consentement lors de la signature d'une convention, elle est tenue de respecter les termes de cette convention conformément au principe de la convention-loi.

Doctrine et jurisprudence admettent toutefois que l'erreur comme vice de consentement justifiant la nullité du contrat doit être distinguée de l'erreur matérielle ou de calcul qui peuvent toujours faire l'objet d'une rectification conformément au principe de l'exécution de bonne foi des conventions (P. Van Ommeslaghe, Droit des obligations, Tome premier,2010,p. 244; P. Wery, Droit des obligations, Volume 1 Théorie générale du contrat,2ème édition,2011,p.241).

Le Code civil prévoit expressément la possibilité de rectifier les erreurs matérielles pour les transactions à l'article 2058 mais la doctrine enseigne que cette règle a un caractère général (H. De Page, *Traité*, tome I,n°41bis).

Cette règle connaît toutefois des limites.

Comme l'a écrit feu le professeur Van Ommeslaghe, « *l'article 1368 du Code judiciaire constitue également un fondement de cette règle. Comme celle-ci est une expression de la prééminence de la volonté réelle sur la volonté déclarée, l'erreur, et notamment l'erreur de calcul, ne peut donner lieu à une rectification que si elle a été commise par les deux parties lors de la conclusion de la convention. Une erreur de calcul commise par l'une des parties antérieurement à la conclusion de la convention, et qui a été incorporée dans celle-ci ne peut être corrigée sur cette base* » (voir P. Van Ommeslaghe, Droit des obligations, Tome

premier, 2010, p. 244 et les citations doctrinales et jurisprudentielles citées dont notamment: C.T. Anvers, 12 janvier 2007, R.W., 2008-2009, p. 373; L. Simont et P.-A. Foriers, Examen de jurisprudence (1981 à 1991). Les contrats spéciaux, p. 567, n° 299).

Faisant application de ces principes, la Cour d'appel de Gand a considéré que *“par erreur de calcul dans une transaction, telle que visée à l'art. 2058 C. civ., il faut entendre toute erreur commise lors des opérations arithmétiques que les parties ont effectuées conjointement ou qu'elles ont confiées à un tiers, aux fins de préparer une transaction ou de convertir en chiffres les motifs de la transaction dont elles ont convenues. L'erreur unilatérale que l'une des parties commet dans ses calculs ne constitue pas une telle erreur de calcul”* (Gand, 13 avril 2005, Njw., 2005, p. 957, note K. Vanhove). Cette solution a été approuvée par l'auteur de doctrine ayant annoté cette décision.

Il convient d'être strict dans l'appréciation de l'erreur matérielle sous peine de faire perdre toute utilité à l'article 1341 du Code civil (D. Mougenot, Rectification d'une erreur matérielle, Rép.Not., tome IV, Les obligations, livre 2, Preuve, Bruxelles, Larcier, 2012, n° 45).

Application.

Le Royaume d'Eswatini ne soutient pas que la convention de transaction et le contrat de travail sont nuls en raison d'une erreur commise au sens des articles 1108 et suivants du code civil ayant vicié son consentement, ce qui l'obligerait de démontrer que son erreur porte sur la substance même de la chose, qu'elle est commune et qu'elle n'est pas inexcusable.

Le Royaume d'Eswatini invoque que le contrat de transaction et le contrat de travail du 4 juin 2012 contiennent une erreur matérielle en ce qu'ils mentionnent une rémunération brute de 3.361,77 € et fait valoir que toute erreur matérielle peut être rectifiée.

La prétendue erreur matérielle consiste à avoir confondu le salaire de madame L. K. de 2.296,86 € (qui lui était versé pour la période antérieure au 4 juin 2012 sans prélèvement de cotisations ni de précompte) et le coût salarial de 3.361,77 € auquel correspond un salaire brut de 2.290,86 €.

L'explication donnée cadre assez mal avec la notion d'erreur matérielle telle que définie ci-avant susceptible d'être rectifiée.

Par ailleurs, et à même admettre par hypothèse qu'une erreur aurait été commise et qu'elle ne serait qu'une simple erreur matérielle, quod non, elle ne peut être corrigée qu'à condition de démontrer que l'erreur a été commise dans le chef des deux parties. En d'autres termes, le Royaume d'Eswatini doit prouver que madame L. K. aurait accepté en

signant le contrat de transaction et le nouveau contrat de travail de recevoir désormais le versement sur son compte non plus d'un salaire de 2.290,86 € qu'elle avait perçu jusque-là de son employeur mais d'un salaire de 1.476,46 € correspondant à un brut de 2.290,86 €, pour qu'une erreur puisse être corrigée.

Quand bien-même le contrat de transaction est nul de nullité absolue, l'on peut s'y intéresser afin d'apprécier la volonté des parties et de vérifier si une erreur a été commise.

Le contrat de transaction rappelle dans son préambule que madame L. K. percevait une rémunération actuelle de 2.296,86 € brut et mentionne à l'article 2 qu'il est convenu que les parties concluront un nouveau contrat de travail à temps plein commençant le 5 juin 2012 avec un salaire mensuel brut de 3.361,77 €.

En d'autres termes, le contrat de transaction démontre bien que la volonté des parties était d'augmenter la rémunération de madame L. K. au terme de discussions ayant existé entre parties dans un contexte où madame L. K. comme d'autres travailleurs s'étaient plaints de ne pas être assujettis à la sécurité sociale belge. Madame L. K., qui a été privée d'une couverture sociale pendant 20 ans, a accepté de signer la convention de transaction et donc de faire des concessions en raison des divers engagements qu'il contenait.

C'est dès lors de manière assez logique que le contrat de travail conclu le 4 juin 2012 a mentionné qu'à partir du 5 juin 2012, le salaire mensuel de l'employée sera fixé à 3.361,77 € brut.

Elle a d'ailleurs réagi assez rapidement auprès de son employeur pour se plaindre que le salaire versé ne correspondait pas à ce qui avait été convenu (voir la lettre de son syndicat du 28 septembre 2012 adressée alors que le salaire de juillet 2012 a été versé le 7 août 2012 et fait suite à une période d'incapacité de travail et que le salaire de septembre 2012 a été versé le 13 septembre 2012).

Les pièces invoquées par le Royaume d'Eswatini sont insuffisantes à démontrer que la volonté des parties était de n'accorder à madame L. K. qu'un montant brut de 2.296,86 € en lieu et place du montant brut renseigné de 3.361,77 € brut et qu'il s'agit là d'une simple erreur matérielle susceptible d'être rectifiée dans le cadre d'une exécution de bonne foi des conventions.

Ainsi, il n'est pas prouvé que madame L. K. a été mise en possession lors de la réunion du 2 mai 2012 de documents renseignant que son salaire brut futur serait de 2.296,86 €. Le procès-verbal du 4 mai 2012 que madame L. K. a signé ne renseigne ni le salaire brut ni la liste des documents qui lui ont été remis.

Il n'est ainsi pas prouvé que parmi ces documents figuraient les pièces 1.2. et 1.3. du dossier de pièces déposé par le Royaume d'Eswatini.

La Cour n'accorde aucune valeur probante à la simulation salariale déposée en pièce 1.3. (renseignant en page 1 une date du 30/04/12 et en pages 2 et 3 une date du 02/5/12), soit d'autres dates que celles figurant dans le document déposé devant le premier juge (à savoir 19/7/11 sur les 3 pages), ce qui pose question surtout dans un contexte où le premier juge a retenu la date du 19/7/11 pour considérer à juste titre *que « le lien entre ce document intitulé « simulation salariale » et les conventions signées n'est pas établi »*. Les deux documents diffèrent également quant au montant de la rémunération puisqu'il est question d'un brut de 2.696,86 € correspondant à un net de 1.716,94 € dans le document comportant la date du « 19/7/11 » alors qu'il n'est plus question que d'un brut de « 2.296,86 € » correspondant à un net de 1.476,46 € dans la première et la troisième page du document comportant la date du « 30/4/12 »).

Il n'est pas davantage démontré que la fiche travailleur non datée a été remise à madame L. K. et signée par elle avant la signature du contrat de transaction et du contrat de travail. Le fait que le numéro de dimona soit déjà renseigné dans ce document tend d'ailleurs plutôt à démontrer que le document a été remis et signé par après. La rature manuelle sur la date d'entrée en service (le 1er juin 2012 ayant été remplacé par le 1^{er} juillet 2012) alors que le contrat de travail signé le 4 juin 2012 renseigne une date d'entrée en service le 5 juin 2012, est également de nature à prouver que ce document est postérieur à la date du 4 juin 2012, puisque la date du 1^{er} juillet 2012 est la date à laquelle la déclaration dimona a été acceptée, date qui n'était pas connue au 4 juin 2012.

Le fait que 4 autres travailleurs ont accepté de signer un avenant pour revoir à la baisse le montant de la rémunération prévue dans leur contrat de travail ne suffit pas à démontrer l'erreur commise dans le chef de madame L. K.

La Cour n'estime pas utile à la solution du litige d'autoriser le Royaume d'Eswatini à prouver les autres faits repris à la page 17 de ses conclusions dès lors que ces faits, à les supposer même prouvés par une mesure d'enquête, ne démontreront pas encore que l'erreur commise est une simple erreur matérielle susceptible d'être rectifiée, quod non, ni le cas échéant que les deux parties étaient d'accord au moment de la signature des contrats, de n'accorder pour les prestations accomplies à partir du 5 juin 2012 qu'une rémunération brute de 2.296,86 € correspondant à un net à payer de 1.476,46 € ou en d'autres termes que madame L. K. était d'accord de voir le salaire qui serait versé sur son compte diminué de plus de 800 € par rapport à celui qui lui était versé jusque-là.

En conclusion, le Royaume d'Eswatini ne démontre pas que madame L. K. a une attitude contraire à l'exécution de bonne foi des conventions ou que sa demande est abusive à réclamer que son employeur lui verse la rémunération convenue telle que renseignée notamment dans son contrat de travail.

Madame L. K. est dès lors fondée à réclamer le paiement de la somme brute provisionnelle de 84.127,89 € à titre d'arriérés de rémunération pour les mois de juin 2012 à décembre

2018, à augmenter des intérêts moratoires puis judiciaires à dater de chaque exigibilité et sous déduction des retenues sociales et fiscales et à majorer des rémunérations restant à échoir. Le Royaume d'Eswatini doit par ailleurs délivrer à madame L. K. dans les 45 jours de la signification de l'arrêt la fiche de paie et la fiche fiscale relative aux arriérés précités.

Il y a lieu de réserver à statuer sur la demande d'astreinte dans l'attente d'une réponse du Royaume d'Eswatini à la question posée par la Cour concernant l'article 54 de la convention des Nations Unies sur l'immunité juridictionnelle.

5. Les dépens.

Il y a lieu de réserver à statuer sur les dépens dès lors que certains chefs de demande n'ont pas été définitivement tranchés.

PAR CES MOTIFS,

LA COUR DU TRAVAIL,

Statuant après un débat contradictoire ;

Déclare l'appel principal recevable ;

Déclare l'appel incident recevable et fondé ;

Condamne le Royaume d'Eswatini à régulariser la situation de Madame L. K. sur le plan de l'assujettissement à la sécurité sociale belge en versant à l'Onss les cotisations de sécurité sociale du travailleur et de l'employeur, dues sur les rémunérations payées à Madame L. K. au cours de la période d'occupation du 4 novembre 1992 au 4 juin 2012 considérant qu'il s'agit de rémunérations nettes ;

Réserve à statuer sur la demande d'astreinte à défaut de régularisation ;

Réserver à statuer sur la demande de réparation du dommage qui subsisterait éventuellement à défaut pour le Royaume d'Eswatini de procéder à la régularisation visée ci-dessus ou en cas de refus par l'O.N.S.S. des cotisations éludées qui seraient prescrites,

Déclare les demandes de madame L. K. liées aux doubles pécules de vacances recevables et fondées sur le principe ;

Ordonne la réouverture des débats à la date du **27 mai 2020 à 13h pour 90 minutes** de plaidoiries afin de permettre aux parties de débattre du montant des doubles pécules et des

questions posées en matière de prescription et sur l'article 54 de la convention des Nations Unies sur l'immunité juridictionnelle;

Fixe pour ce faire les délais suivants :

- la partie intimée enverra ses conclusions à la partie appelante et les remettra au greffe au plus tard le **2 décembre 2019**;
- la partie appelante enverra ses conclusions et les remettra au greffe au plus tard le **2 janvier 2020** ;
- la partie intimée enverra ses conclusions additionnelles et de synthèse à la partie appelante et les remettra au greffe au plus tard le **3 février 2020**;
- la partie appelante enverra ses conclusions additionnelles et de synthèse à la partie intimée et les remettra au greffe au plus tard le **2 mars 2020** ;
- la partie intimée enverra ses conclusions de synthèse à la partie appelante et les remettra au greffe au plus tard le **2 avril 2020** ;

Dans l'attente d'avoir fixé le montant des arriérés de doubles pécules de vacances effectivement dus et non prescrits, réserve à statuer sur les pécules devant être déclarés à l'Onss par le Royaume d'Eswatini et sur les documents sociaux y afférents à délivrer ;

Condamne le Royaume d'Eswatini à payer à madame L. K. la somme brute provisionnelle de 84.127,89 € à titre d'arriérés de rémunération pour les mois de juin 2012 à décembre 2018, à augmenter des intérêts moratoires puis judiciaires à dater de chaque exigibilité et sous déduction des retenues sociales et fiscales et à majorer des rémunérations restant à échoir ;

Condamne le Royaume d'Eswatini à délivrer à madame L. K. dans les 45 jours de la signification de l'arrêt la fiche de paie et la fiche fiscale relative aux arriérés précités;

Réserve à statuer sur la demande d'astreinte en cas de non-délivrance ;

Déclare la demande nouvelle de remboursement formée par le Royaume d'Eswatini recevable et fondée ;

Condamne dès lors madame L. K. à rembourser au Royaume d'Eswatini la somme de 30.083,28 €, à augmenter des intérêts judiciaires.

Réserve les dépens ;

Ainsi arrêté par :

P. KALLAI, conseiller,

P. WOUTERS, conseiller social au titre d'employeur,

R. PARDON, conseiller social au titre d'employé,
Assistés de J. ALTRUY, greffier délégué

J. ALTRUY, R. PARDON, P. WOUTERS, P. KALLAI,

et prononcé, en langue française à l'audience publique de la 4^{ième} Chambre de la Cour du travail de Bruxelles, le 6 novembre 2019, où étaient présents :

P. KALLAI, conseiller,
J. ALTRUY, greffier délégué

J. ALTRUY, P. KALLAI,