



Expédition

Numéro du répertoire

2022 /

Date du prononcé

25 avril 2022

Numéro du rôle

2019/AB/738

Décision dont appel

17/4002/A

Délivrée à

le
€
JGR

Cour du travail de Bruxelles

sixième chambre

Arrêt

DROIT DU TRAVAIL - contrats de travail ouvrier
Arrêt contradictoire
Interlocutoire – partiellement définitif
Réouverture des débats

Monsieur B.,

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

contre

Le Royaume de l'ESWATINI (anciennement « LE ROYAUME DU SWAZILAND », ci-après « l'Etat »),
représenté par le Ministre des Affaires étrangères et de la Coopération internationale,
dont le cabinet est établi à Ngwane, h-100 Mbabane, 2^e étage, Mhlambanyatsi Road P.O.
Box 518, Royaume de l'ESWATINI, et dont l'ambassade en Belgique est sise à 1180 Bruxelles,
avenue Winston Churchill 188,

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

★

★ ★

Vu la loi du 10.10.1967 contenant le Code judiciaire ;

Vu la loi du 15.6.1935 sur l'emploi des langues en matière judiciaire ;

Vu la loi du 3.7.1978 relative aux contrats de travail (ci-après « loi du 3.7.1978 »).

1. Indications de procédure

La cour a pris connaissance des actes et pièces de la procédure et notamment :

- le jugement de la 4^e chambre du tribunal du travail francophone de Bruxelles du 4.9.2018, R.G. n°17/4002/A, ainsi que le dossier constitué par cette juridiction ;
- la requête d'appel reçue au greffe de la cour de céans le 1.10.2019 ;
- l'ordonnance de mise en état de la cause sur pied de l'article 747 CJ rendue le 25.11.2019 ;
- les conclusions additionnelles et de synthèse remises pour M.B. le 15.11.2021 ;
- les conclusions additionnelles et de synthèse remises pour l'Etat le 3.2.2022 ;
- le dossier inventorié de M.B. (20 pièces) ;
- le dossier inventorié de l'Etat (3 pièces principales).

La cause a été introduite à l'audience publique de la 6^e chambre du 4.11.2019. A cette audience, la cause est renvoyée au rôle particulier en vue de sa mise en état.

Les parties ont été entendues en leurs dires et moyens à l'audience publique du 21.2.2022.

Aucune conciliation n'a pu être obtenue.

En application de l'article 747, §4, CJ, les parties marquent leur accord exprès à l'audience quant aux dates effectives de la remise et de l'envoi de leurs conclusions respectives, encore qu'elles puissent différer de celles initialement fixées.

Les débats ont été clos et la cour a pris la cause en délibéré le 21.2.2022.

2. Les faits

Le 1.4.2002, M.B. est entré au service de l'Etat en qualité de chauffeur à l'ambassade située à Bruxelles, dans les liens d'un contrat de travail d'ouvrier à durée indéterminée et à temps plein¹.

Jusqu'au 1.7.2012, M.B. n'a pas été assujetti au régime belge de la sécurité sociale des travailleurs salariés et son salaire n'a dès lors fait l'objet d'aucunes retenues sociales et fiscales. Le salaire perçu s'élevait alors à 2.492,85 €².

¹ Pièce 1 – dossier M.B.

² V. convention transactionnelle du 4.6.2012, pièce 2.1. – dossier Etat

A une époque indéterminée avant le 2.5.2012, un différend est apparu entre l'Etat et plusieurs membres du personnel sous contrat de travail de l'ambassade, dont M.B., à propos de réclamations alimentées par leur non-assujettissement.

L'Etat a fini par décider d'affilier le personnel non déclaré au régime de la sécurité sociale belge.

Le 4.5.2012, l'ambassadeur a adressé la note suivante à tous les membres du personnel local de l'ambassade à Bruxelles pour les informer de l'état d'avancement du projet³ :

« (...) Ce Procès-verbal fait référence à la réunion tenue le mercredi 2 mai 2012 concernant le sujet susmentionné. Il est fait rappel du processus et des différentes réunions tenues avec vous au cours des deux dernières années concernant le sujet susmentionné.

Le Procès-verbal vise à vous informer officiellement que les préparatifs pour votre "Déclaration" (enregistrement auprès du système de sécurité sociale belge) sont au stade avancé. Vous serez enregistrés auprès du Système à compter du début du mois de juin 2012. Cela signifie que la contrat en vertu duquel vous travaillez actuellement cessera d'être en vigueur à compter de la fin de mai 2012. À cette fin, vous devrez signer de nouveaux Contrats conformes aux nouveaux termes.

Dès lors qu'ils ont été distribués au cours de la réunion et le jeudi 3 mai 2012, je présume que vous aurez tous le temps de lire les documents concernant votre nouveau barème salarial et les formulaires pertinents lorsque nous commencerons le processus. Comme expliqué oralement, l'échéance pour analyser, signer et remettre le formulaire est le lundi 7 mai 2012.

Veuillez apposer votre signature (dans l'espace ici à gauche) pour confirmer réception du Procès-verbal.

(...) »

Le 8.5.2012, M.B. a signé la note pour réception⁴. Il a aussi signé à la date du 3.5.2012 et avec la mention manuscrite « lu et approuvé » une fiche de travailleur destinée au secrétariat social de l'ambassade renseignant un salaire de base brut de 2.492,85 €⁵.

Le 4.6.2012, les parties ont signé la convention transactionnelle suivante⁶ :

³ Pièce 1.1. – dossier Etat

⁴ *Ibidem*

⁵ Fiche de travailleur, pièce 1.3. – dossier Etat

⁶ pièce 2.1. – dossier Etat

« (...)

Il est exposé ce qui suit

Considérant que l'Employé est entré au service de l'Ambassade le 18 mars 2002, aux termes d'un contrat de travail daté du 18 mars 2002.

Considérant que l'Employé est actuellement employé pour un salaire mensuel brut de € 2.492,85.

Considérant qu'un différend est survenu entre l'Employé et l'Ambassade dans le cadre duquel l'Employé 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'Employé n'a pas démontré avoir subi un préjudice qui excéderait le salaire net plus élevé qu'il 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'Employé sera affilié 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'Employé.

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 EUR 3.696,37, sujet aux indexations, conformément au droit belge ;*
- (3) L'Ambassade versera à l'Employé une indemnité forfaitaire d'un montant brut de EUR 20.166,65 pour solde complet et définitif de toutes les demandes que l'Employé 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'Employé conservera l'ancienneté acquise auprès de l'Ambassade depuis sa date d'entrée en fonction initiale.

3. L'Employé accepte le paiement forfaitaire brut de EUR 20.166,65 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'il 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 4.6.2012 encore et comme le prévoyait la convention transactionnelle, les parties ont conclu un nouveau contrat de travail à durée indéterminée et à temps plein portant engagement de M.B. à partir du 5.6.2012 en qualité de chauffeur moyennant paiement d'un salaire brut de 3.696,37 € soumis à indexation⁷.

Les fiches de paie éditées à partir du 1.7.2012 indiquent cependant que ce n'est pas un salaire brut de 3.696,37 € qui a été octroyé à M.B., mais un salaire brut de 2.492,85 € donnant lieu au versement d'un montant net de 2.040,92 €, après retenues sociales et fiscales⁸.

Le 28.6.2012, une déclaration DIMONA a en outre été effectuée indiquant une date de début au 1.7.2012⁹.

Au mois de décembre 2012, à une date non précisée, les parties ont signé la convention suivante par laquelle elles s'accordent pour corriger une erreur constatée au niveau du salaire mensuel brut mentionné dans le contrat du 4.6.2012¹⁰ :

« (...) »

⁷ pièce 2.2. – dossier Etat

⁸ Fiche de paie du mois de juillet 2012, pièce 6 – dossier M.B.

⁹ Pièce 4 – dossier M.B.

¹⁰ Convention de décembre 2012, pièce 2.3. – dossier Etat

Il est attesté

Les parties ont convenu d'un Avenant au contrat de travail par lequel elles ont remplacé les termes et conditions de l'emploi.

Il a été constaté que, lors du processus ayant mené à la conclusion de l'Avenant, il a été considéré par erreur que le salaire mensuel brut qui devait être spécifié dans les nouveaux termes et conditions était le coût salarial total, c'est-à-dire le salaire mensuel du Travailleur avant déduction des cotisations de sécurité sociale personnelles et, le cas échéant, le précompte professionnel, augmenté des cotisations de sécurité sociale de l'employeur.

Cette erreur n'a pas été commise dans les instructions à l'agence chargée du payroll (c'est-à-dire qu'aucun paiement excessif de salaire n'a été fait).

Les parties s'accordent pour corriger pour le bon ordre cette erreur dans l'Avenant au contrat de travail.

Il est convenu ce qui suit :

1. Les parties confirment que le salaire mensuel brut du Travailleur n'a pas été modifié par l'Avenant au contrat de travail et est maintenu à 2.492,85 € brut.
2. Les parties confirment que le paiement des salaires effectués à ce jour par l'Employeur à la suite de l'Avenant au contrat de travail ont été corrects et qu'aucun remboursement n'est dû au Travailleur.

(...) »

M.B. déclare avoir signé ce document lorsqu'il a repris le travail le 2.1.2013, après être parti en congé au Togo tout le mois de décembre. Il affirme avoir été convoqué dans le bureau de l'ambassadeur et qu'il a été pressé par celui-ci pour signer immédiatement, sachant que tous ses autres collègues l'avaient déjà signé¹¹. Cette version est contestée par l'Etat.

Le 15.7.2016, le conseil de M.B. a mis l'Etat en demeure de régulariser la situation de son client à l'égard de l'ONSS pour la période du 1.4.2002 au 5.6.2012, de lui payer des arriérés de rémunération sur le salaire convenu à partir du 6.6.2012 et de payer les arriérés de rémunération dus au titre d'heures supplémentaires pour les années 2003 à 2005¹².

Par citation du 13.2.2017, M.B. a saisi le tribunal du travail francophone de Bruxelles du litige l'opposant à l'Etat.

¹¹ Déclaration sur l'honneur du 2.9.2016, pièce 13 – dossier M.B.

¹² Pièce 11 – dossier M.B.

Par jugement du 4.9.2018, le tribunal a dit la demande de M.B. irrecevable en ce qu'elle tendait à la condamnation de l'Etat à payer les cotisations sociales afférentes à la période du 1.4.2002 au 30.6.2012 et a déclaré la demande en partie fondée pour le surplus.

Par une requête reçue au greffe de la cour de céans le 1.10.2019, M.B. a interjeté appel dudit jugement.

L'Etat a formé appel incident par ses conclusions du 3.6.2020.

3. Le jugement dont appel

3.1. La demande

M.B. demandait au tribunal de :

- condamner l'Etat à régulariser sa situation sur le plan de l'assujettissement à la sécurité sociale belge en versant à l'O.N.S.S. les cotisations de sécurité sociale du travailleur et de l'employeur, dues sur les rémunérations qui lui ont été versées au cours de la période d'occupation du 1.4.2002 au 30.6.2012, 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 dans un délai de 45 jours à dater de la signification du jugement à intervenir ;
- réserver à statuer sur la demande de réparation du dommage qui subsisterait éventuellement à défaut pour l'Etat 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 l'Etat à lui payer la somme de 39.094,60 €, à majorer des intérêts moratoires puis judiciaires à partir du 12.7.2016, à titre d'indemnisation du préjudice résultant du non-paiement du pécule de vacances pour la période d'occupation du 1.4.2002 au 30.6.2012 ;
- condamner l'Etat à lui payer la somme de 78.228,80 € bruts, sous déduction des retenues sociales et fiscales, à majorer des rémunérations à échoir en cours d'instance et à majorer des intérêts moratoires à dater de chaque exigibilité, à titre d'arriérés de rémunération pour les mois de juin 2012 à octobre 2017 ;
- condamner l'Etat à lui payer la somme de 10.337,73 € nets, à majorer des intérêts au taux légal depuis le 1.1.2006 jusqu'à complet paiement, à titre d'heures supplémentaires pour les années 2003 à 2005 ;
- condamner l'Etat à lui délivrer, dans un délai de 45 jours à dater de la signification du jugement à intervenir, les fiches de paie et les fiches fiscales relatives aux arriérés précités, sous peine d'une astreinte de 100,00 € par jour de retard ;
- délaisser à l'Etat ses propres dépens et le condamner aux dépens liquidés dans son chef aux frais de citation de 272,17 € et à une indemnité de procédure de 3.600,00€ ;

- dire la décision à intervenir exécutoire nonobstant tout recours sans caution ni possibilité de cantonnement.

3.2. Le jugement :

Le premier juge a décidé ce qui suit :

« (...)

Statuant après un débat contradictoire

Déclare la demande de M.B. irrecevable en ce qu'elle vise à entendre condamner l'Etat à payer les cotisations de sécurité sociale pour la période du 1^{er} avril 2002 au 30 juin 2012 compris.

Annule la convention (agreement) du 4 juin 2012.

Déclare la demande en paiement de dommages et intérêts résultant de l'omission du paiement des cotisations de sécurité sociale pour cette période recevable et fondée.

Condamne l'Etat à payer à ce titre à M.B. la somme provisionnelle de 1 EUR.

Réserve à statuer sur le montant des dommages et intérêts à charge des parties de s'expliquer sur l'ampleur du dommage.

Renvoie la cause du rôle particulier à cette fin et dans cette mesure.

Condamne l'Etat à payer à M.B. la somme de 18.667,80 EUR au titre de dommages et intérêts en compensation de l'absence de paiement par l'Office National des vacances annuelles du paiement de pécules de vacances en raison de l'absence d'affiliation de M.B. au régime de la sécurité sociale belge pour la période du 1^{er} avril 2002 au 30 juin 2012 compris, somme à augmenter des intérêts judiciaires.

Condamne l'Etat à délivrer la fiche de paie et la fiche fiscale relative au paiement des arriérés de pécules de vacances au plus tard à l'expiration du délai de 45 jours calendrier prenant cours le jour de la signification du présent jugement sous peine d'une astreinte de 25 EUR par jour de retard et par document manquant sans que, ce faisant, le total ne puisse dépasser 5.000 EUR.

Déboute M.B. du surplus de ses demandes.

Réserve à statuer sur les dépens.

Déclare le présent jugement exécutoire par provision.

(...) »

4. Les demandes en appel

4.1. M.B. demande à la cour (appel principal), de dire l'appel recevable et fondé et, par conséquent, de :

- mettre à néant le jugement *a quo* en ce qu'il :
 - déclare irrecevable la demande de M.B. de condamnation de l'Etat à déclarer à l'O.N.S.S. les cotisations de sécurité sociale pour la période du 1.4.2002 au 30.6.2012 compris ;
 - déboute M.B. de sa demande de condamnation de l'Etat à lui payer la somme de 78.228,80 € bruts, à titre d'arriérés de rémunération pour les mois de juin 2012 à octobre 2017, ainsi que les arriérés de rémunérations échus depuis le mois de novembre 2017 jusqu'au prononcé du jugement ;
 - déboute M.B. de sa demande de condamnation de l'Etat à lui délivrer les fiches de paie et les fiches fiscales relatives aux arriérés de rémunération.
- réformer ce jugement sur ces points et :
 - condamner l'Etat à régulariser la situation de M.B. sur le plan de l'assujettissement à la sécurité sociale belge en versant à l'O.N.S.S. les cotisations de sécurité sociale du travailleur et de l'employeur dues sur les rémunérations payées au cours de la période d'occupation du 1.4.2002 au 30.6.2012, 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 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 l'Etat 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 l'Etat à lui payer la somme provisionnelle de 135.997,76 € bruts (montant actualisé en degré d'appel), sous déduction des retenues sociales et fiscales, à titre d'arriérés de rémunération pour les mois de juin 2012 à octobre 2021, sous réserve d'indexation, à majorer des rémunérations à échoir en cours d'instance et à majorer des intérêts moratoires à dater de chaque exigibilité ;

- condamner l'Etat à lui délivrer, dans un délai de 45 jours à dater de la signification de l'arrêt à intervenir, les fiches de paie et les fiches fiscales relatives aux arriérés précités, sous peine d'une astreinte de 100,00 € par jour de retard ;
- confirmer le jugement *a quo* pour le surplus en ce qu'il,
 - annule la convention (agreement) du 4.6.2012 ;
 - déclare la demande en paiement de dommages et intérêts résultant de l'omission du paiement des cotisations de sécurité sociale pour cette période recevable et fondée ;
 - condamne l'Etat à lui payer à ce titre la somme provisionnelle de 1 € ;
 - réserve à statuer sur le montant des dommages et intérêts à charge des parties de s'expliquer sur l'ampleur du dommage ;
 - renvoie la cause au rôle particulier à cette fin et dans cette mesure ;
 - condamne l'Etat à lui payer la somme de 18.667,80 € au titre de dommages et intérêts en compensation de l'absence de paiement par l'Office National des vacances annuelles du paiement du double pécule de vacances en raison de l'absence d'affiliation au régime de la sécurité sociale belge pour la période du 1.4.2002 au 30.6.2012 compris, somme à augmenter des intérêts judiciaires ;
 - condamne l'Etat à lui délivrer la fiche de paie et la fiche fiscale relative au paiement des arriérés de pécules de vacances au plus tard à l'expiration du délai de 45 jours calendrier prenant cours le jour de la signification du jugement, sous peine d'une astreinte de 25 € par jour de retard et par document manquant sans que, ce faisant, le total ne puisse dépasser 5.000 € ;
 - réserve à statuer sur les dépens.
 - déclare le jugement exécutoire par provision ;
- condamner l'Etat aux dépens des deux instances (2x 6.500 € - montant indexé à la date du 1.6.2021 - pour les demandes entre 100.000 et 250.000 €) ;
- dire la décision à intervenir exécutoire nonobstant tout recours sans caution ni possibilité de cantonnement ;
- déclarer l'appel incident de l'Etat recevable, mais non fondée.

4.2. L'Etat demande à la cour (appel incident) :

- à titre principal :
 - déclarer l'appel principal recevable, mais non fondé ;
 - dire l'appel incident recevable et fondé et, par conséquent :

- ❖ mettre à néant le jugement *a quo* en ce qu'il :
 - annule la convention du 4.6.2012 ;
 - déclare la demande en paiement de dommages et intérêts résultant de l'omission du paiement des cotisations de sécurité sociale pour cette période recevable et fondée ;
 - condamne l'Etat à payer à ce titre à M.B. la somme provisionnelle de 1 € ;
 - réserve à statuer sur le montant des dommages et intérêts à charge des parties de s'expliquer sur l'ampleur du dommage ;
 - condamne l'Etat à payer à M.B. la somme de 18.667,80 € au titre de dommages et intérêts en compensation de l'absence de paiement de doubles pécules de vacances en raison de l'absence d'affiliation de M.B. au régime de la sécurité sociale belge pour la période du 1.4.2002 au 30.6.2012 compris, somme à augmenter des intérêts judiciaires ;
 - condamne l'Etat à délivrer la fiche de paie et la fiche fiscale relative au paiement des arriérés de pécules de vacances au plus tard à l'expiration du délai de 45 jours calendrier prenant cours le jour de la signification du présent jugement sous peine d'une astreinte de 25 € par jour de retard et par document manquant sans que, ce faisant, le total ne puisse dépasser 5.000 € ;
 - ❖ réformer le jugement *a quo* sur ces points et :
 - confirmer le jugement *a quo* en ce qu'il déclare la demande de M.B. irrecevable en ce qu'elle vise à entendre condamner l'Etat à payer les cotisations de sécurité sociale pour la période du 1.4.2002 au 30.6.2012 compris ;
 - déclarer les autres demandes de M.B. recevables, mais non fondées ;
 - débouter M.B. de toutes ses demandes ;
 - condamner M.B. aux dépens des deux instances en ce compris les indemnités de procédure estimées dans le chef de l'Etat à 3.600 € pour chaque instance ;
- à titre subsidiaire, si la cour devait confirmer le jugement entrepris en ce qui concerne la nullité de la convention transactionnelle du 4.6.2012 :
- déclarer la demande reconventionnelle de l'Etat tendant à entendre condamner M.B. à lui restituer le montant de 20.166,65 € recevable et fondée ;
 - par conséquent, condamner M.B. à lui rembourser ce montant de 20.166,65 € qui lui a été payé en vertu de la convention transactionnelle du 4.6.2012, majorée des intérêts compensatoires et judiciaires.

5. Sur la recevabilité

L'appel a été introduit dans les formes et les délais légaux, le jugement entrepris n'ayant pas été signifié. Il est partant recevable.

Il en va de même de l'appel incident.

6. Sur le fond

6.1. La validité de la convention transactionnelle du 4.6.2012 – appel incident

La question de savoir si M.B. a valablement renoncé par la convention transactionnelle du 4.6.2012 aux droits qui y sont visés est au cœur du présent litige. La solution qui sera retenue aura une incidence déterminante sur plusieurs chefs de demande. Pour y répondre, la cour devra vérifier si les conditions de validité de cette convention sont ou non remplies.

6.1.1. La nullité constatée par le jugement *a quo*

Après avoir qualifié de « convention de transaction » la convention conclue le 4.6.2012, le premier juge l'a déclarée nulle au terme de la motivation suivante :

« (...) »

4.

En l'espèce, il est incontestable, comme le souligne la doctrine que le système de solidarité organisée par la législation relative à la sécurité sociale est considérée comme un des piliers sur lesquels repose l'organisation de la société belge.

Pour ce motif, cette législation est dite d'ordre public (J.F. Funck, L. Markey, op. cit., p. 38).

Le caractère d'ordre public s'applique à la perception et au paiement des cotisations sociales (Cass., 10 août 1988, JTT, 1988, 423).

Les parties ne pouvaient par conséquent pas valablement « convenir » d'affilier le demandeur au régime de la sécurité sociale belge à dater du 5 juin 2012.

5.

La question qui se pose dans le cas d'espèce est de savoir si l'article 26, al. 2, de la loi du 27 juin 1969 qui oblige l'employeur à réparer le préjudice subi par le travailleur suite à l'omission dans le transfert des cotisations est une disposition d'ordre public ou impérative.

Le tribunal est d'avis qu'il s'agit d'une disposition impérative car il s'agit d'une disposition visant à protéger des intérêts privés ou, des conséquences individuelles d'une disposition d'ordre public à laquelle il est permis de déroger (voir en ce sens, S. van Wassenhove, La renonciation en droit du travail, JTT, 2007, 411).

Selon ce dernier auteur, la renonciation à l'aspect individuel d'un droit ne met nullement en péril l'intérêt public de telle manière qu'il est possible de transiger sur l'aspect civil d'une protection d'ordre public sanctionnée pénalement.

6.

En l'espèce, il convient de vérifier, au moment de la signature de la convention, si la protection que la loi conférait au demandeur avait sorti l'ensemble de ses effets et ceci afin de déterminer s'il pouvait renoncer au bénéfice de la protection de la loi à cette date.

A cet égard, il convient de rappeler que la renonciation ne porte pas seulement sur les droits résultant de l'absence de son affiliation au régime de sécurité sociale belge mais également toutes les demandes qu'il pourrait avoir à la date de la signature de cette convention dans le cadre de la relation de travail.

Le tribunal constate qu'à la date de la signature de la convention, le demandeur était encore au service du défendeur et que, en outre, sa situation n'était pas régularisée. Cette régularisation n'a d'ailleurs été effectuée qu'à dater du 1^{er} juillet 2012.

A cette date, le demandeur n'était par conséquent pas apte à conclure des actes juridiques lui permettant de déroger à la protection apportée en raison de sa situation de faiblesse.

Cette situation n'était pas susceptible d'être modifiée par le constat que les parties avaient fictivement convenu que la relation de travail prendrait fin au moment de la signature de la convention et qu'un "nouveau" contrat serait conclu. En réalité, le demandeur est demeuré invariablement au service du défendeur moyennant le paiement de la même rémunération. Son employeur a simplement régularisé sa situation à l'égard de la sécurité sociale belge à dater du 1^{er} juillet 2012.

En contrepartie, il ne pouvait donc valablement accepter à cette date un règlement définitif sur les conséquences de son absence de déclaration à la sécurité sociale belge.

Au regard de ce qui précède, le tribunal estime donc que la convention du 4 juin 2012 doit être déclarée nulle comme l'invoque le demandeur.

Le défendeur ne peut donc s'en prévaloir.

(...) »

6.1.2. La position des parties

6.1.2.1. Relevant appel incident du jugement du 4.9.2018, l'Etat défend que c'est à juste titre que le premier juge a constaté que l'article 26, al.2, de la loi du 27.6.1969 constitue une disposition impérative et qu'il est dès lors permis d'y déroger¹³.

Par contre, l'Etat maintient que la convention transactionnelle du 4.6.2012 est valable pour les raisons suivantes¹⁴ :

- même la circonstance qu'une disposition légale soit d'ordre public ne suffirait pas à exclure la possibilité pour le bénéficiaire de renoncer au droit qui est individuellement consacré dès l'instant où ce droit est né ;
- à partir du moment où la loi d'ordre public n'a pas atteint son but et que seuls les intérêts particuliers du travailleur restent protégés, celui-ci a acquis de manière définitive son droit à des dommages et intérêts et peut transiger sur ce droit et/ou y renoncer et tel était le cas pour M.B. au moment où il a signé la convention transactionnelle du 4.6.2012 ;
- à supposer que M.B. puisse établir l'existence d'un délit, *quod non*, la partie qui est ou qui se prétend lésée par une infraction peut à tout moment transiger valablement sur les aspects civils de cette infraction (v. article 2046, CCiv.) ;
- en l'occurrence, ni l'objet ni la cause de cette convention ne sont contraires à l'ordre public, vu que :
 - objet licite : la renonciation porte sur des droits subjectifs disponibles ;
 - cause licite : le seul objectif de la transaction était de donner suite à l'obligation légale pesant sur l'Etat de réparer et découlant de l'article 26, al. 2, de la loi du 27.6.1969 ;
- c'est à tort que le tribunal a considéré qu'en date du 4.6.2012, M.B. n'était pas apte à conclure une convention lui permettant de déroger à la protection apportée en raison de sa situation de faiblesse et qu'en outre sa situation n'était pas encore régularisée et que pour ces motifs la convention était nulle, vu que :
 - au moment de la signature tous les droits auxquels M.B. a renoncé étaient nés ;
 - la convention ne porte pas renonciation à des droits de M.B. qui ne seraient pas encore nés au moment de la signature ;

¹³ Conclusions additionnelles et de synthèse Etat, p. 17

¹⁴ Conclusions additionnelles et de synthèse Etat, pp. 18-21

- les événements précédant la signature de la convention transactionnelle ont été tels que l'accord de M.B. n'est pas entaché d'un vice de consentement (plusieurs réunions préalables, communication d'une simulation du salaire avec date d'effet au 11.7.2011, signature par l'intéressé de sa fiche travailleur) ; un tel vice ne peut être présumé et M.B. ne prétend pas que son consentement aurait été vicié ;
- la signature de la transaction a été accompagnée du paiement d'une indemnité de 20.166,65 €
- à supposer que la convention aurait visé un accord sur la date d'affiliation à la sécurité sociale à partir du 5.6.2012, *quod non*, cela ne pourrait entraîner tout au plus qu'une annulation partielle de la convention.

6.1.2.2. Pour M.B., c'est à tort que le tribunal a considéré que l'article 26, al.2., de la loi du 27.6.1969 est une disposition impérative et non d'ordre public¹⁵. La convention est par contre bien nulle et de nullité absolue en ce que tant son objet que sa cause sont contraires à l'ordre public¹⁶. Faisant sienne la motivation développée en ce sens par le tribunal du travail francophone de Bruxelles dans une autre affaire opposant l'Etat à une collègue, M.B. soutient à cet égard en substance que la cause de la convention de transaction, comprise comme les mobiles déterminants ayant décidé les parties à contracter, réside ainsi dans la violation par l'Etat de son obligation qui résulte de dispositions d'ordre public lui imposant d'assurer l'assujettissement du travailleur pendant toute la période d'occupation révolue. Quant à l'objet de la convention, il est la renonciation à des droits indisponibles, ce qui est illicite. La nullité affecte la convention de transaction dans son ensemble et non uniquement la clause par laquelle M.B. a renoncé à l'assujettissement de son emploi à la sécurité sociale¹⁷. M.B. ajoute que le caractère d'ordre public de l'article 26, al.2., de la loi du 27.6.1969, a pour conséquence que le droit à indemnisation du travailleur dont l'emploi n'a pas été déclaré à la sécurité sociale est indisponible et qu'il n'a donc pas pu valablement renoncer à son droit à indemnisation¹⁸.

6.1.3. La décision de la cour

6.1.3.1. Cadre légal et principes

6.1.3.1.1. La convention de transaction et les conditions de sa validité

L'article 2044, al.1^{er}, anc. CCiv., définit la transaction comme étant « *un contrat par lequel les parties terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître* ».

¹⁵ Conclusions additionnelles et de synthèse M.B., p.17

¹⁶ Conclusions additionnelles et de synthèse M.B., pp. 16 et 18

¹⁷ Conclusions additionnelles et de synthèse M.B., p.19

¹⁸ Conclusions additionnelles et de synthèse M.B., p.20

Il s'agit plus exactement d'un « *contrat synallagmatique par lequel les parties se font mutuellement des concessions en vue de terminer ou de prévenir un litige sans pour autant que l'une des parties reconnaisse le bien-fondé des prétentions de l'autre* »¹⁹.

Aux termes de l'article 2049, anc. CCiv., la transaction ne règle que les différends qui s'y trouvent compris.

Conformément à l'article 2052, anc. CCiv., entre parties, la transaction a l'autorité de chose jugée en dernier ressort. La transaction met ainsi fin au litige qui ne peut renaître. L'exception de transaction soulevée par une partie opère donc comme une fin de non-recevoir qui sanctionne le défaut du droit d'agir. La demande doit être déclarée irrecevable²⁰.

L'article 2046, al.1^{er}, anc. CCiv., autorise de transiger sur les intérêts civils résultant d'un délit. Autrement dit la réparation du dommage causé par un délit peut faire l'objet d'une transaction²¹. En ce cas, la transaction n'empêche pas la poursuite du ministère public²².

L'article 2045, anc. CCiv., précise que, pour transiger, « *il faut avoir la capacité de disposer des objets compris dans la transaction* ».

Comme tout contrat, la transaction répond plus généralement aux conditions de validité suivantes fixées par l'article 1108, anc. CCiv. :

- la capacité de contracter ;
- un consentement non vicié ;
- un objet qui forme la matière de l'engagement ;
- une cause licite.

En règle, toute personne peut contracter si elle n'en est pas déclarée incapable par la loi²³.

L'article 1109, anc. CCiv., énonce qu'un consentement n'est pas valable s'il n'a été donné que par erreur ou s'il a été extorqué par violence ou surpris par dol.

S'agissant de l'erreur, elle n'est une cause de nullité de la convention, selon l'article 1110, al.1^{er}, anc. CCiv., que lorsqu'elle porte sur la substance même de la chose qui en est l'objet.

¹⁹ Cass., 1^{ère} ch., 10.11.2016, R.G. n°C.16.0142.F, juportal ; Cass., 3^e ch., 31.10.2005, R.G. n°S.05.007.F, juportal

²⁰ V. en ce sens : Georges de LEVAL, Hakim BOULARBAH et Pauline KNAEPEN, « La défense », *in* Droit judiciaire – Tome 2 – Procédure civile – Volume 1 – Principes directeurs du procès civil – Compétence – Action – Instance – Jugement, Bruxelles, Larcier, 2021, p.423

²¹ Cass., 29.5.1975, *Pas.*, 1975, I, p. 932

²² Article 2046, al.2, anc. CCiv.

²³ Article 1123, anc. CCiv.

Relève de la substance même de la chose « *tout élément qui a déterminé une partie à conclure la convention, que la partie cocontractante devait connaître et sans lequel la convention n'aurait pas été conclue* »²⁴.

L'erreur sur la substance de la chose n'entraîne la nullité de la convention que si le cocontractant avait connaissance de cet élément déterminant ou qu'il aurait raisonnablement dû en tenir compte²⁵.

L'erreur suppose qu'une partie contractante a une représentation erronée, en soi excusable, d'un élément qui l'a déterminée à conclure le contrat et que le cocontractant avait ou aurait dû avoir connaissance de ce caractère déterminant²⁶.

L'erreur inexcusable n'est pas un vice de consentement au sens des articles 1109 et 1110, anc. CCiv.²⁷ L'erreur est excusable et vicie le consentement, lorsque, dans son appréciation en fait, le juge constate qu'elle n'aurait pas été commise par une personne raisonnable²⁸.

L'erreur de droit n'affecte pas la validité de la convention de transaction en vertu de l'article 2052, al.2, anc. CCiv.

L'article 2046, anc. CCiv. réserve aussi le cas de l'erreur de calcul dans une transaction qui doit simplement être réparée. Elle n'est que l'application particulière d'un principe plus général qui veut qu'une erreur matérielle peut toujours faire l'objet d'une rectification conformément au principe de l'exécution de bonne foi des conventions²⁹. L'erreur matérielle ne pourra cependant donner lieu à rectification que si elle a été commise par les deux parties au moment de conclure, ce qui ne sera pas le cas de l'erreur matérielle commise par l'une des parties antérieurement à la conclusion de la convention et incorporée par la suite dans celle-ci³⁰.

L'erreur matérielle ne peut pas être confondue avec l'erreur sur la substance qui affecte la validité de la convention et entraîne sa nullité.

Par application du droit commun de la preuve énoncé à l'article 8.4., al.1 et 2, CCiv. et à l'article 870, CJ, la charge de la preuve de l'erreur viciant le consentement repose

²⁴ Cass., 1^{ère} ch., 12.2.2015, R.G. n°C.14.0330.F, juportal

²⁵ Cass., 1^{ère} ch., 23.1.2014, R.G. n°C.13.0114.N, juportal

²⁶ Cass., 3^e ch., 29.4.2019, R.G. n°C.18.0439.N, juportal

²⁷ Cass., 1^{ère} ch., 12.2.2015, R.G. n°C.14.0330.F, juportal

²⁸ Cass., 1^{ère} ch., 23.11.2013, R.G. n°C.12.0556.N, juportal

²⁹ V. en ce sens aussi : CT Bruxelles, 4^e ch., 6.11.2019, R.G. n°2016/AB/957, p.23, qui cite P. VAN OMMESLAGHE, Droit des obligations, Tome premier, 2010, p. 244, et P. WERY, Droit des obligations, Vol. 1, Théorie générale du contrat, 2^e éd., 2011, p.241

³⁰ V. encore en ce sens : CT Bruxelles, 4^e ch., 6.11.2019, R.G. n°2016/AB/957, p.24, qui cite notamment P. VAN OMMESLAGHE, Droit des obligations, Tome premier, 2010, p. 244

entièrement sur celui qui s'en prévaut. S'il échoue, il sera tenu de respecter les termes de la convention qui fait loi entre parties. Le doute profite à l'autre partie en application de l'article 8.4., al.4, CCiv.

Quant à l'objet, il correspond au contenu des engagements réciproques, aux prestations que ces derniers commandent.

L'objet doit être licite, dès lors que l'article 2, anc. CCiv.³¹, dispose que l'on ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs. A ces deux restrictions s'ajoutent les dispositions légales impératives³².

L'objet d'une convention est illicite si elle oblige à une prestation interdite par une loi d'ordre public ou contraire aux bonnes mœurs. Sauf dispositions légales contraires, l'infraction à une règle d'ordre public commise lors de la conclusion de la convention n'entraîne, en principe, la nullité de la convention que lorsqu'il résulte de cette infraction que l'objet de la convention est illicite³³.

La licéité de l'objet de la convention doit s'apprécier au moment de la conclusion de la convention et non par rapport à la manière dont celle-ci a été exécutée³⁴.

La cause doit elle aussi être licite. Une cause est illicite, selon l'article 1133, anc. CCiv., « *quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public* ».

La cause de la convention, comme de tout acte juridique, peut s'entendre des « *mobiles qui ont déterminé les parties à souscrire l'obligation, à conclure l'acte juridique* »³⁵. Seuls les mobiles déterminants doivent être pris en considération, à l'exclusion des mobiles secondaires ou accessoires³⁶.

« *Dans un contrat synallagmatique, la cause des obligations de l'une des parties ne réside pas exclusivement dans l'ensemble des obligations de l'autre partie, mais dans celui des mobiles qui a principalement inspiré son débiteur et l'a déterminé à contracter* »³⁷. Ainsi, la

³¹ Article 6, anc. CCiv, renuméroté par la loi du 18.6.2018

³² Pierre VAN OMMESLAGHE, « Actualités du droit des obligations. L'objet et la cause des contrats », in Actualités du droit des obligations, 2005, p.88, n°38

³³ Cass., 1^{ère} ch., 30.1.2015, R.G. n°C.14.0285.N, juportal

³⁴ Cass., 3^e ch., 29.10.2018, R.G. n°C.18.0152.F, juportal

³⁵ Pierre VAN OMMESLAGHE, « Actualités du droit des obligations. L'objet et la cause des contrats », in Actualités du droit des obligations, 2005, p.60, n°17

³⁶ *Ibidem*, p. 98, n°48

³⁷ Cass., 1^{ère} ch., 14.3.2008, R.G. n°C.05.0380.F, juportal

cause ne se confond pas avec la prestation de l'autre partie, mais « *implique une analyse subjective des mobiles permettant de mesurer l'utilité du contrat* »³⁸.

Tout comme pour l'objet, la licéité de la cause doit être appréciée au moment de la conclusion de la convention³⁹.

Toute clause ou convention contraire à des dispositions d'ordre public est frappée de nullité absolue⁴⁰. Tel sera notamment le cas d'une convention dont la cause est illicite, dès lors qu'elle a pour but d'organiser une fraude envers des tiers dont les droits sont protégés par une législation d'ordre public⁴¹. L'intérêt général étant en jeu, pour que la cause soit considérée comme illicite et que la convention soit sanctionnée de nullité absolue, il n'est pas nécessaire que les fins illicites soient connues du cocontractant et il suffit que l'une des parties ait contracté à ces fins⁴².

Lorsque plusieurs mobiles déterminants ont animé une partie et que seuls certains sont illicites, l'acte devra néanmoins être annulé⁴³.

6.1.3.1.2. Disposition d'ordre public ou disposition impérative

L'ordre public caractérise la norme qui « *touche aux intérêts essentiels de l'État ou de la collectivité ou lorsqu'elle fixe, dans le droit privé, les bases juridiques sur lesquelles repose l'ordre économique ou moral de la société* »⁴⁴.

C'est précisément le propre de la sécurité sociale qui met en place un système de solidarité considéré comme l'un des piliers sur lesquels repose l'organisation de la société belge⁴⁵. Ce régime de solidarité n'est pas un régime d'assurance individuelle, il repose sur un système non pas de capitalisation des cotisations sociales versées, mais de répartition immédiate de prestations sociales à l'ensemble des bénéficiaires⁴⁶. Les cotisations ne sont pas fonction de la probabilité de survenance d'un risque et ne sont pas versées dans une optique individualiste, mais en application d'une réglementation d'ordre public liée à l'existence

³⁸ Pierre VAN OMMESLAGHE, « Actualités du droit des obligations. L'objet et la cause des contrats », in Actualités du droit des obligations, 2005, p.67, n°22

³⁹ Cass., 1^{ère} ch., 28.11.2013, R.G. n° C13.0233.N, juportal

⁴⁰ CT Bruxelles, 4^e ch., 2.11.2021, R.G. n°2018/AB/917, qui cite J.F. JEUNEHOMME, Théorie générale des obligations, Bruxelles, La Charte, 1991, pp. 32-34.

⁴¹ Cass., 1^{ère} ch., 7.10.2004, R.G. n°C.03.0144.F, juportal. Le tiers était en l'espèce l'administration fiscale

⁴² Cass., 1^{ère} ch., 12.10.2000, R.G. n°C.99.0136.F, juportal, à propos d'une affaire de "carrousel TVA"

⁴³ CT Bruxelles, 4^e ch., 6.11.2019, R.G. n°2016/AB/957, p.15, qui cite : Cass., 13.11.1953, *Pas.*, 1954, I, p. 190 ; Cass., 19.1.1968, *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

⁴⁴ Cass., 3^e ch., 5.3.2012, R.G. n°C.11.0107.F, juportal ; Cass., 1^{ère} ch., 29.4.2011, R.G. n°C.10.0183.N, juportal ; Cass., 1^{ère} ch., 29.11.2007, R.G. n°C.07.0173.N, juportal ; Cass., 15.3.1968, *Pas.*, 1968, I, p.884

⁴⁵ Jean-François FUNCK, Droit de la sécurité sociale, Bruxelles, Larcier, 2006, p.34, n°24

⁴⁶ Cass., 3^e ch., 25.10.2004, R.G. n° S.01.0099.F, juportal

d'activités professionnelles. Les cotisations sont dues même en l'absence de paiement de prestations dans le régime dans lequel elles sont octroyées⁴⁷ et « *les cotisations patronales ne sont payées ni pour compte ni au profit d'un travailleur déterminé* »⁴⁸.

Du fait qu'une matière donnée relève, dans son principe, de l'ordre public, il ne peut être déduit *ipso facto* que toutes les règles qui composent cette matière sont frappées du sceau de l'ordre public⁴⁹. Ainsi, la plupart des dispositions de sécurité sociale relèvent certes de l'ordre public⁵⁰, mais il ne peut être affirmé que l'ensemble du droit social est d'ordre public⁵¹. Cela se vérifie au cas par cas.

Les dispositions légales qui déterminent la compétence et les obligations de l'ONSS et notamment celles qui fixent le montant des cotisations sociales sont d'ordre public⁵². L'ordre public caractérise également les dispositions relatives à la retenue des cotisations sociales par l'employeur⁵³ et au paiement des cotisations sociales. Il ne peut en aller autrement des dispositions touchant à l'assujettissement au régime de la sécurité sociale des travailleurs salariés qui constituent « *un pilier du système de sécurité sociale belge qui a été instauré dans l'intérêt de l'ensemble des travailleurs* » et dont le « *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 (...) conduire à une concurrence déloyale entre employeurs* »⁵⁴.

La circonstance que le respect d'une norme soit sanctionnée pénalement n'est pas un indice suffisant de son caractère d'ordre public⁵⁵.

⁴⁷ V. en ce sens : CT Bruxelles, 10^e ch., 10.4.2015, R.G. n°2014/AB/661; CT Bruxelles, 10^e ch., 10.6.2016, R.G. n°2015/AB/894

⁴⁸ Cass., 3^e ch., 25.10.2004, R.G. n° S.01.0099.F, juportal

⁴⁹ Paul WERY, Droit des obligations, Bruxelles, Larcier, 2011, 2^e éd., p.300

⁵⁰ v. notamment : Jean-François NEVEN et Hugo MORMONT, « Les pouvoirs du juge dans le contentieux de la sécurité sociale », in Le contentieux du droit de la sécurité sociale, Hommage à Michel WESTRADE, Limal, Anthemis, 2012, p.417 ; Mireille DELANGE, « Les pouvoirs du juge dans le droit de la sécurité sociale », CUP, septembre 2002, Vol.56, p.51, n°51

⁵¹ V. en particulier : Cass., 3^e ch., 12.9.1988, J.T.T., 1988, p. 423, qui décide que si l'article 23 de la loi du 27.6.1969 qui permet à l'employeur de retenir les cotisations de sécurité sociale est une disposition d'ordre public, il n'en est pas ainsi des autres dispositions de la loi du 27.6.1969 relatives aux relations entre employeur et travailleur, sauf celle qui est relative à l'interdiction pour l'employeur qui n'a pas effectué les retenues de sécurité sociale de les récupérer à charge du travailleur

⁵² V. CT Bruxelles, 4^e ch., 6.11.2019, R.G. n°2016/AB/957, pp. 10-11, qui cite: Cass., 27.9.1962, Pas., 1962, I, p.124 ; Cass., 1.2.1993, J.T.T., 1994, p. 478

⁵³ Cass., 3^e ch., 12.9.1988, J.T.T., 1988, p. 423

⁵⁴ CT Bruxelles, 4^e ch., 6.11.2019, R.G. n°2016/AB/957, p.17

⁵⁵ Christine BIQUET-MATHIEU, « Retour sur la distinction entre dispositions impératives et d'ordre public et sur l'incidence de la reconnaissance de dette et des paiements dans le régime général de la prescription », *Revue de la faculté de droit de l'Université de Liège*, 2018/2, p. 246, n°4

Le contrat dont l'objet ou la cause viole l'ordre public est affecté d'une cause de nullité absolue. Le contrat n'est pas inexistant, mais seulement annulable, en telle manière qu'il continuera à sortir ses effets aussi longtemps qu'un jugement d'annulation ne sera pas rendu⁵⁶. Le juge doit soulever d'office cette cause de nullité et toute personne intéressée peut la faire valoir. Il ne peut, en principe⁵⁷, être transigé sur les droits que consacre la règle d'ordre public, même, *a posteriori*, lorsque ces droits sont nés⁵⁸.

La disposition légale impérative peut se définir quant à elle comme la disposition qui a pour objet principal de protéger les intérêts particuliers d'une catégorie de personnes considérées et qui s'impose à elles nonobstant leur volonté contraire, même si elle peut aussi, mais dans une moindre mesure, obéir à des préoccupations d'intérêt général⁵⁹.

Le contrat dont l'objet ou la cause viole une disposition légale impérative est affecté d'une cause de nullité relative, ce qui emporte que le juge ne peut, en théorie⁶⁰, pas la soulever d'office, que seule la partie bénéficiant de la protection peut la faire constater et qu'elle peut en outre renoncer à la protection de la disposition légale impérative, *a posteriori*, à partir du moment où elle en bénéficie⁶¹.

En droit du travail, il est permis de considérer que, à moins que la loi n'en dispose autrement, le travailleur ne pourra renoncer au droit qu'il tire d'une disposition légale impérative que lorsque ce droit sera entré dans son patrimoine et pourvu qu'à ce moment il ne se trouve plus sous la subordination de l'employeur⁶², de telle manière que tout risque de pression a disparu⁶³.

⁵⁶ Paul WERY, Droit des obligations, Bruxelles, Larcier, 2011, 2^e éd., p. 307, n°314

⁵⁷ V. ainsi la tendance doctrinale qui se montre plus nuancée sur l'impossibilité de déroger au bénéfice de dispositions légales d'ordre public : Fabienne KEFER, « Un travailleur peut-il renoncer aux droits issus de son contrat de travail ? », *Revue de la Faculté de droit de Liège*, 2013, pp. 61-63 ; Stanislas VAN WASSENHOVE, « La renonciation en droit du travail », *J.T.T.*, 2007, pp. 411-412

⁵⁸ V. notamment en ce sens : CT Bruxelles, 4^e ch., 2.11.2021, R.G. n°2018/AB/917 ; CT Bruxelles, 4^e ch., 6.11.2019, R.G. n°2016/AB/957

⁵⁹ Paul WERY, Droit des obligations, Bruxelles, Larcier, 2011, 2^e éd., pp. 304-305

⁶⁰ Cette conséquence attachée à la nullité relative est aujourd'hui fortement remise en question par la consécration du rôle actif du juge (v. à ce propos notamment Christine BIQUET-MATHIEU, « Retour sur la distinction entre dispositions impératives et d'ordre public et sur l'incidence de la reconnaissance de dette et des paiements dans le régime général de la prescription », *Revue de la faculté de droit de l'Université de Liège*, 2018/2, pp. 249-250, n°s. 7 et 8)

⁶¹ Paul WERY, Droit des obligations, Bruxelles, Larcier, 2011, 2^e éd., pp. 308

⁶² Fabienne KEFER, « Un travailleur peut-il renoncer aux droits issus de son contrat de travail ? », *Revue de la Faculté de droit de Liège*, 2013, p. 61

⁶³ V. ainsi : Cass., 3^e ch., 5.10.2009, R.G. n°S.09.0043.N, juportal

6.1.3.2. Application

6.1.3.2.1. Une lecture attentive du préambule de la convention de transaction litigieuse indique que les parties situent la source de leur différend dans des demandes du travailleur « *relatives à la non-affiliation au régime de sécurité sociale belge et au non-respect du droit du travail belge* », demandes auxquelles l'employeur a refusé d'accéder en raison du fait que le travailleur ne démontrait pas l'existence d'un préjudice non déjà couvert par l'absence de retenues sociales et fiscales sur le salaire brut.

Ce contexte particulier éclaire les concessions mutuelles des parties et conduit la cour à considérer que la cause de ladite convention réside dans la volonté commune des parties, pour l'avenir, de se conformer aux obligations d'assujettissement du travailleur au régime belge de sécurité sociale des travailleurs salariés et, pour le passé, d'indemniser complètement et définitivement le travailleur pour toutes les demandes qu'il pourrait avoir contre l'employeur en lien avec son non-assujettissement, mais plus généralement aussi dans le cadre de sa relation de travail.

Dans chacune de ces deux branches, la cause ne contrevient à aucune disposition légale et n'est pas contraire à l'ordre public. La convention déploie ses effets dans le cadre strict de la relation privée employeur-travailleur. Elle ne cherche en rien à dispenser l'employeur de ses obligations à l'égard de l'ONSS en matière d'assujettissement et de paiement des cotisations sociales. Si l'ONSS avait procédé à un assujettissement d'office pour tout ou partie de la période antérieure à la date de signature de la convention, l'Etat n'aurait pu exciper de la convention pour s'y soustraire.

La cause de la convention de transaction est licite.

6.1.3.2.2. La cour considère que l'objet de la convention transactionnelle litigieuse réside dans les concessions respectives des parties, à savoir :

- pour l'Etat :
 - l'engagement d'affilier le travailleur au régime de la sécurité sociale belge à partir du 5.6.2012 et d'opérer en conséquence les retenues sociales et fiscale obligatoires sur le salaire mensuel brut ;
 - l'engagement de verser au travailleur une indemnité forfaitaire d'un montant brut de 20.166,65 € pour solde complet et définitif de toutes les demandes que le travailleur pourrait avoir, sur quelque base que ce soit, dans le cadre de sa relation de travail jusqu'au 4.6.2012 ;
 - l'engagement de rompre le contrat de travail existant à la date du 4.6.2012 et d'en conclure un autre débutant le 5.6.2012 pour un salaire brut indexable de 3.696,37 € avec maintien d'ancienneté ;
- pour le travailleur :

- l'acceptation du paiement par l'Etat d'une indemnité forfaitaire brute de 20.166,65 € pour solde complet et définitif de toutes les demandes qu'il pourrait avoir dans le cadre de sa relation de travail contre l'Etat à la date de la signature de la convention, dont les demandes relatives à la non-affiliation au régime de sécurité sociale belge et les demandes de remboursement ;
- l'engagement de rompre le contrat de travail existant à la date du 4.6.2012 et d'en conclure un autre débutant le 5.6.2012 pour un salaire brut indexable de 3.696,37 € avec maintien d'ancienneté.

L'engagement d'affilier le travailleur au régime de la sécurité sociale belge à partir d'une date convenue est en soi parfaitement licite, dès lors qu'il s'accorde avec une obligation légale qui pèse sur l'employeur. Il n'empêche pas pour autant accord des parties sur le principe d'une non-affiliation avant cette date et cela se concilie aussi avec l'article 2049, anc. CCiv., qui énonce que la transaction ne règle que les différends qui s'y trouvent. Cet autre aspect des choses reste en dehors du différend que les parties ont entendu régler, en telle sorte que la convention n'interdit aucunement au travailleur de s'adresser directement à l'ONSS pour faire valoir son droit subjectif d'assujettissement pour cette période révolue. La cour observe à cet endroit que l'article 42, al.5, de la loi du 27.6.1969, réserve l'hypothèse particulière d'une action qui serait intentée contre l'ONSS par le travailleur en reconnaissance de son droit subjectif à l'égard de l'Office dans les trois mois de la notification par l'Office d'une décision d'assujettissement ou de refus d'assujettissement. Pareille action suppose que l'ONSS soit amené à se positionner sur une demande d'assujettissement dont le saisirait le travailleur. Cette disposition s'accompagne de délais spécifiques pour le paiement des cotisations qui seraient dues⁶⁴. Sur interpellation de la cour à l'audience, M.B. explique n'avoir entrepris aucune démarche de ce type à ce jour.

La rupture du contrat de travail existant à la date de la signature de la convention et la conclusion d'un nouveau contrat dès le lendemain ne posent aucun problème de licéité. L'indemnisation forfaitaire pour solde complet et définitif de toutes les demandes que le travailleur pourrait avoir dans le cadre de sa relation de travail contre l'ambassade à la date de la signature de la convention règle une situation passée de non-assujettissement et, plus particulièrement, de non-paiement des cotisations sociales susceptibles d'avoir causé préjudice au travailleur.

⁶⁴ En ce cas, les « cotisations qui se rattachent à la reconnaissance de ce droit subjectif doivent être déclarées et payées au plus tard le dernier jour du mois qui suit le trimestre au cours duquel ces cotisations sont dues si elles couvrent une période à venir, ou dans le mois qui suit celui au cours duquel le droit subjectif du travailleur a été reconnu par une décision coulée en force de chose jugée, si elles couvrent une période totalement ou partiellement écoulée ».

L'indemnité concédée et acceptée répond en ce sens au droit subjectif du travailleur qu'il tire de l'article 26, al.2, de la loi du 27.6.1969, d'obtenir réparation du préjudice subi suite au non-paiement des cotisations sociales.

L'article 26, al.2, de la loi du 27.6.1969, régit la relation entre employeur et travailleur et protège les intérêts particuliers de ce dernier. Il est impératif en faveur du travailleur et ce à la différence de son alinéa 1^{er} qui est, lui, d'ordre public en ce qu'il interdit à l'employeur de récupérer à charge du travailleur le montant de la cotisation de celui-ci dont il aurait omis d'effectuer la retenue en temps utile⁶⁵.

Or, la transaction est intervenue en l'espèce à un moment où le travailleur se trouvait encore dans un lien de subordination avec l'employeur et où il n'était pas à l'abri de tout risque de pression de ce dernier, de telle manière que la protection offerte gardait toute son utilité.

A la date de la signature de la convention, M.B. ne pouvait donc pas encore disposer du droit subjectif tiré de l'article 26, al.2, sans contrevenir à cette disposition, alors même que ce droit était né. Cela n'empêchait pas pour autant l'employeur, en dehors de toute convention de transaction et en raison de l'obligation déduite de la même base légale, d'indemniser d'initiative son travailleur pour le préjudice subi suite au non-paiement des cotisations sociales.

De ce point de vue, l'objet de la transaction est illicite.

Le jugement entrepris doit ainsi être confirmé en ce qu'il déclare nulle la convention du 4.6.2012 et défend à l'Etat de s'en prévaloir.

L'appel incident de ce chef est non fondé.

6.2. La demande reconventionnelle de restitution de l'indemnité de 20.166,65 €

6.2.1. A titre subsidiaire, dans l'hypothèse où la cour confirmerait la nullité de la convention transactionnelle du 4.6.2012, L'Etat formule par ses conclusions d'appel une demande reconventionnelle tendant à obtenir le remboursement du montant de 20.166,65 € payé à M.B. en exécution de ladite convention.

6.2.2. M.B. s'y oppose en faisant valoir que l'Etat a d'ores et déjà reconnu et réparé le préjudice qu'il a subi à concurrence de la somme de 20.166,65 €, en manière telle qu'il est malvenu de réclamer en ordre subsidiaire la restitution de cette somme.

⁶⁵ V. Cass., 3^e ch., 12.9.1988, *J.T.T.*, 1988, p. 423

6.2.3. La convention transactionnelle ayant été déclarée nulle, elle est privée d'effets. La nullité opère en principe *ex tunc* et a pour effet que les parties doivent être replacées dans le même état que si elles n'avaient pas contracté⁶⁶.

Contrairement à ce qu'affirme M.B., il ne peut être déduit de la convention de transaction que l'Etat aurait déjà reconnu son préjudice.

La demande reconventionnelle est fondée.

6.3. La demande de régularisation du paiement des cotisations de sécurité sociales

6.3.1. La demande originaire et le jugement entrepris

M.B. demandait au premier juge de condamner l'Etat à régulariser sa situation sur le plan de l'assujettissement à la sécurité sociale belge en versant à l'O.N.S.S. les cotisations de sécurité sociale du travailleur et de l'employeur dues sur les rémunérations qui lui ont été versées au cours de la période d'occupation du 1.4.2002 au 30.6.2012 (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 dans un délai de 45 jours à dater de la signification du jugement.

Le premier juge a déclaré cette demande irrecevable à défaut d'intérêt pour les motifs suivants :

« (...), il n'existe aucun lien de droit entre le demandeur et l'Office National de Sécurité Sociale.

Le demandeur ne peut par conséquent intenter d'action afin de contraindre son employeur à payer les cotisations de sécurité sociale alors que l'existence d'un contrat de travail n'est pas contestée (CT Bruxelles, 14 octobre 1980, RW, 1980-1981, 1209 ; J. Petit, Sociaal Procesrecht, Die Keure, 2007, p. 73, Note 24).

Comme le souligne la Cour du travail de Liège, cette situation est distincte de celle dans laquelle l'ONSS, qui est chargé de la perception des cotisations de sécurité sociale, considère qu'un travailleur n'est pas assujetti à la loi du 27 juin 1969 (CT Liège, 22 septembre 1983, JTT, 1984, 460).

Dans ce dernier cas, le travailleur dispose d'une action en vue de faire trancher la contestation relative à un droit subjectif qu'il tire de la loi (Cass., 5 novembre 1990, JTT, 1991, 137 ; CT Mons, 20 novembre 1991, JTT, 1993, 159).

⁶⁶ V. pour une solution identique: CT Bruxelles, 4^e ch., 2.11.2021, R.G. n°2018/AB/917 ; CT Bruxelles, 4^e ch., 6.11.2019, R.G. n°2016/AB/957

De plus, en l'espèce, l'action en paiement des cotisations sociales dans le chef de l'ONSS est prescrite. Le défendeur ne peut être condamné à procéder à régulariser des cotisations de sécurité sociale pour une période où celles-ci sont prescrites. »

6.3.2. La position des parties

Par un premier moyen au soutien de son appel principal, M.B. fait valoir que comme les règles qui concernent l'obligation de déclarer un travailleur à l'O.N.S.S. et de payer les cotisations sociales qui en découlent sont d'ordre public et comme il dispose de l'intérêt requis, c'est à tort que le premier juge a déclaré irrecevable sa demande visant à condamner l'Etat à régulariser sa situation vis-à-vis de l'O.N.S.S.

M.B. invite la cour à mettre le jugement attaqué à néant sur ce point et à faire droit à sa demande originale.

De son côté, l'Etat demande à la cour de confirmer le jugement *a quo* sur ce point⁶⁷. Il souligne aussi que la demande de M.B. est d'autant plus irrecevable qu'une éventuelle action de l'ONSS en paiement des cotisations sociales litigieuses est à ce jour prescrite en vertu de l'article 42 de la loi du 27.6.1969. L'Etat affirme en outre que le mode de réparation en nature réclamé est constitutif d'abus de droit, vu qu'aucun préjudice n'est prouvé et qu'il n'est pas établi que le paiement des cotisations sociales soit en mesure d'atteindre l'objectif d'indemnisation poursuivi⁶⁸.

6.3.3. La décision de la cour

6.3.3.1. Cadre légal et principes

6.3.3.1.1. L'intérêt et la qualité à agir

Aux termes de l'article 17, CJ, « *L'action ne peut être admise si le demandeur n'a pas qualité et intérêt pour la former* ».

L'intérêt consiste en tout avantage matériel ou moral, effectif, mais non théorique, que le demandeur peut retirer de la demande au moment où il la forme, quand bien même la reconnaissance de son droit ne serait (pas) établie qu'à la prononciation du jugement⁶⁹. L'exigence de l'intérêt permet d'écarter les procédures sans utilité individuelle ou sociale⁷⁰.

⁶⁷ Conclusions additionnelles et de synthèse Etat, pp.15-16

⁶⁸ Conclusions additionnelles et de synthèse Etat, pp. 16, 23 et 29

⁶⁹ v. Albert FETTWEIS, Manuel de procédure civile, 2^e éd., Faculté de droit Liège, 1987, p.37, n°27

⁷⁰ *ibidem*

La demande ne peut être admise si le demandeur n’a pas un intérêt personnel et direct, c’est-à-dire un intérêt propre.

L’article 18, CJ, ajoute que l’intérêt doit être né et actuel. L’intérêt à agir s’apprécie au moment où la demande est formée⁷¹. Cette exigence d’un intérêt né et actuel dès l’introduction de l’action n’implique toutefois pas qu’à ce même moment le demandeur ait subi un dommage ou ait payé une indemnité à un tiers⁷².

La demande formée par une personne dépourvue de qualité est irrecevable. De même, la demande dirigée contre une personne qui n’a pas qualité pour y répondre est irrecevable⁷³.

La qualité est le lien qui existe entre la partie et le droit subjectif invoqué pour agir en justice ou encore le pouvoir d’exercer un droit subjectif déterminé⁷⁴. Le droit d’agir en justice est personnel, de sorte qu’un recours formé par une personne qui n’a plus (pas) qualité pour agir est irrégulier⁷⁵.

« La partie au procès qui prétend être titulaire d’un droit subjectif a la qualité et l’intérêt pour introduire la demande, ce droit fût-il contesté »⁷⁶. L’examen de l’existence ou de la portée du droit ainsi invoqué relève non pas de la recevabilité, mais du fondement de la demande⁷⁷.

6.3.3.1.2. L’assujettissement à la sécurité sociale des travailleurs salariés et les droits de l’assujetti

L’article 1^{er}, §1^{er}, al.1^{er}, de la loi du 27.6.1969 révisant l’arrêté-loi du 28 décembre 1944 concernant la sécurité sociale des travailleurs, dispose que la loi s’applique aux travailleurs et aux employeurs liés par un contrat de louage de travail. Cette disposition renferme le principe de base en matière d’assujettissement à la sécurité sociale des travailleurs salariés.

L’article 3 de la loi du 27.6.1969 révisant l’arrêté-loi du 28 décembre 1944 concernant la sécurité sociale des travailleurs prévoit que, sans préjudice des dispositions des conventions internationales et des règlements internationaux de sécurité sociale et de l’article 13, alinéa 2, de la loi du 17 juillet 1963 relative à la sécurité sociale d’outre-mer, elle s’applique aux

⁷¹ v. Cass., 24.4.2003, R.G. n° C.00.0567.F - C.01.0004.F, juportal

⁷² v. en ce sens : Cass., 29.2.1996, R.G. n° C.93.0511.N, juportal

⁷³ v. en ce sens : Cass., 1^{ère} ch., 25.5.2018, R.G. n° C.17.0334.F, juportal ; Cass., 29.6.2006, R.G. n°s C.04.0290.N et C.04.0359.N, juportal ; v. aussi Anne DECROËS, « Le défaut de qualité du défendeur et l’erreur dans la mention de son identité : irrecevabilité versus nullité », *J.T.*, 2009, p. 515

⁷⁴ v. en ce sens Paul VAN ORSHOVEN, « Niet-ontvankelijkheid, nietigheid, verval en andere wolfijzers en schietgeweren van het burgerlijk procesrecht », *P.&B./R.D.J.P.*, 2001, p.10

⁷⁵ v. Cass., 20.3.2002, R.G. n°P.01.1414.F, juportal

⁷⁶ Cass., 1^{re} ch., 29.10.2015, R.G. n°13.0374.N, juportal; Cass., 16.11.2007, R.G. n° C.06.0144.F, juportal

⁷⁷ Cass., 16.11.2007, R.G. n° C.06.0144.F, juportal

travailleurs occupés en Belgique au service d'un employeur établi en Belgique ou attachés à un siège d'exploitation établi en Belgique.

Une ambassade est assimilée à un « *siège d'exploitation* » au sens de cette disposition⁷⁸.

L'assujettissement du travailleur conditionne son admission au bénéfice des prestations sociales dans les différents régimes de sécurité sociale qu'il cofinance par ses cotisations. Il dispose ainsi d'un droit subjectif à faire reconnaître sa qualité d'assujetti à l'égard de l'ONSS⁷⁹.

Sur le fondement de l'article 26, al.2, de la loi du 27.6.1969, 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.

6.3.3.1.3. La prescription de la dette de cotisations sociales et le paiement d'une dette prescrite

L'article 21, al.1^{er} de la loi du 27.6.1969 révisant l'arrêté-loi du 28 décembre 1944 concernant la sécurité sociale des travailleurs, dispose que 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* ».

L'article 23, §1^{er}, de la loi du 27.6.1969 oblige l'employeur à retenir la cotisation du travailleur sur chaque paie.

L'article 23, §2, de la même loi oblige en outre l'employeur à transmettre ces cotisations trimestriellement à l'ONSS dans les délais fixés par le Roi.

Selon l'article 33, §2, de l'arrêté royal du 28.11.1969 pris en exécution de la loi du 27.6.1969 révisant l'arrêté-loi du 28 décembre 1944 concernant la sécurité sociale des travailleurs, l'employeur fait parvenir à l'ONSS la formule de déclaration visée à l'article 21 de la loi, au plus tard le dernier jour du mois qui suit chaque trimestre civil auquel la déclaration se rapporte.

Conformément à l'article 34 de l'arrêté royal du 28.11.1969, 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 outre, les cotisations dues pour le trimestre venu à expiration doivent en règle être payées par l'employeur au plus tard le dernier jour du mois qui suit ce trimestre.

⁷⁸ V. en ce sens : CT Bruxelles, 4^e ch., 2.11.2021, R.G. n°2018/AB/917, qui cite F. BOUQUELLE et A. FRY, « Actions en justice contre des sujets de droit international public », dir. H. MORMONT, *in* Droit du travail tous azimuts, CUP, Bruxelles, Larcier, p.1016 ; v. aussi CT Bruxelles, 4^e ch., 19.6.2007, R.G. n°47.199, p.9, terralaboris

⁷⁹ V. en ce sens Jean-François FUNCK, Droit de la sécurité sociale, Bruxelles, Larcier, 2006, p.163, n°130, qui cite Cass., 5.11.1990, *Pas.*, 1990, I, p.155

Pour les cotisations dues sur des arriérés de rémunérations, l'article 35bis, §1^{er}, de l'arrêté royal du 28.11.1969, prévoit cependant que, par dérogation aux articles 33, §2, al.1^{er}, et 34, al.1^{er} et 3, elles doivent être déclarées et payées au plus tard dans le mois qui suit celui au cours duquel le droit du travailleur à ces arriérés a été reconnu par l'employeur ou par une décision judiciaire coulée en force de chose jugée.

C'est à l'ONSS qu'incombe le recouvrement des cotisations, majorations de cotisations et intérêts de retard en application de l'article 40 de la loi du 27.6.1969.

Le non-paiement à l'ONSS des cotisations de sécurité sociale dans les délais fixés en application de la loi du 27.6.1969 est sanctionné pénalement par l'article 218 du Code pénal social d'une sanction de niveau 2⁸⁰. Avant le 1.7.2011, ce manquement était érigé en infraction par les articles 35 à 39 de la loi du 27.6.1969.

S'agissant plus spécialement de la prescription, l'article 42, al.1^{er}, de la loi du 27.6.1969, dispose que les créances de l'ONSS à charge des employeurs assujettis se prescrivent par trois ans à partir de la date d'exigibilité des créances visées, mais que, par dérogation, ce délai de prescription est porté à sept ans si les créances de l'Office font suite à des régularisations d'office à la suite de la constatation, dans le chef de l'employeur, de manoeuvres frauduleuses ou de déclarations fausses ou sciemment incomplètes.

En son dernier alinéa, l'article 42 énumère les possibilités d'interrompre la prescription des actions visées à l'alinéa premier.

L'article 42, al.5, de la loi du 27.6.1969, réserve l'hypothèse particulière d'une action qui aurait été intentée contre l'ONSS par un travailleur en reconnaissance de son droit subjectif à l'égard de l'Office dans les trois mois de la notification par l'Office d'une décision d'assujettissement ou de refus d'assujettissement. En ce cas, *« les cotisations qui se rattachent à la reconnaissance de ce droit subjectif doivent être déclarées et payées au plus tard le dernier jour du mois qui suit le trimestre au cours duquel ces cotisations sont dues si elles couvrent une période à venir, ou dans le mois qui suit celui au cours duquel le droit subjectif du travailleur a été reconnu par une décision coulée en force de chose jugée, si elles couvrent une période totalement ou partiellement écoulée »*.

La prescription extinctive, en tant que moyen de se libérer d'une obligation par l'écoulement d'un certain laps de temps au sens de l'article 2219, anc. CCiv., n'affecte pas l'existence de la dette, mais seulement son exigibilité⁸¹, de telle manière que l'obligation par rapport à

⁸⁰ A savoir, soit une amende pénale de 50 à 500 €, soit une amende administrative de 25 à 250 € (v. article 101 du Code pénal social)

⁸¹ V. notamment : Cass., 1^{ère} ch., 13.6.2014, R.G. n°s. C.11.0595.F et C.11.0673.F, juportal

laquelle le droit d'agir du créancier est éteint par prescription constitue une obligation naturelle⁸².

En vertu de l'article 1235, al.2., anc. CCiv., la « répétition n'est pas admise à l'égard des obligations naturelles qui ont été volontairement acquittées ».

Le paiement d'une dette prescrite ne donne ainsi, en principe, pas droit à remboursement⁸³, pourvu qu'il soit volontaire.

« L'obligation naturelle se mue en obligation civile lorsque, volontairement et en pleine connaissance de cause, soit elle a été exécutée par son débiteur, soit elle est reconnue par celui-ci. Il s'ensuit que, lorsque le paiement de la dette prescrite par le débiteur et la reconnaissance de l'obligation naturelle par celui-ci ont été effectuées sous l'effet de la contrainte, d'une part, ce paiement donne ouverture à un droit à remboursement, et, d'autre part, l'engagement d'exécuter l'obligation naturelle ne lie pas ce débiteur »⁸⁴.

6.3.3.2. Application

6.3.3.2.1. L'intérêt et la qualité à agir

Le travailleur puise dans l'article 26, al.2, de la loi du 27.6.1969, et dans l'article 1382, anc. CCiv., un droit subjectif d'obtenir de l'employeur la réparation du préjudice subi en raison du non-paiement des cotisations sociales.

L'article 1382, anc. CCiv., oblige celui par la faute de qui un dommage a été causé à autrui à le réparer intégralement, ce qui implique que le préjudicié doit, autant que possible, être replacé dans la situation qui aurait été la sienne si la faute n'avait pas été commise. La réparation en nature du dommage est le mode normal de réparation du dommage. Le juge est tenu de l'ordonner lorsque la victime le demande ou lorsque le responsable le propose, pourvu que ce mode de réparation soit possible et qu'il ne constitue pas l'exercice abusif d'un droit⁸⁵.

La demande de condamnation de l'Etat à verser à l'ONSS les cotisations de sécurité sociale dues sur les rémunérations versées au cours de la période d'occupation du 1.4.2002 au

⁸² V. en ce sens : Cass., 1^{ère} ch., 29.11.2013, R.G. n°s. C.12.0540.F et C.12.0544.F, juportal ; Cass., 14.5.1992, Pas., 1992, I, p.798, juportal

⁸³ V. en ce sens : CT Mons, 9^e ch., 14.1.2016, R.G. n°2014/AM/292, 11^e feuillet, terralaboris

⁸⁴ Cass., 1^{ère} ch., 29.11.2013, R.G. n°s. C.12.0540.F et C.12.0544.F, juportal ; Cass., 3^e ch., 6.3.2006, R.G. n° S.05.0026.N, juportal

⁸⁵ Cass., 3^e ch., 3.4.2017, R.G. n°S.16.0039.N, juportal (dans cette affaire, l'employeur demandait à pourvoir payer à l'ONSS les cotisations sociales impayées, à titre de réparation en nature du préjudice causé au travailleur par le non-paiement de ces cotisations, tandis que le travailleur ne réclamait plus qu'une réparation par équivalent)

30.6.2012, tend précisément à obtenir la réparation en nature du préjudice découlant du non-paiement de ces cotisations.

M.B. se prévaut ainsi d'un droit subjectif dont il serait titulaire et dispose bien de l'intérêt et de la qualité pour agir au sens de l'article 17, CJ.

La question de savoir si la réparation en nature s'avère ou non possible, notamment en raison de la prescription de la créance de cotisations sociales de l'ONSS en application de l'article 42, al.1^{er}, de la loi du 27.6.1969, ou si une telle demande serait constitutive d'abus de droit, intéresse le fondement de la demande et non pas la recevabilité.

La circonstance que l'ONSS dispose d'une action directe contre l'employeur contrevenant ne prive pas M.B. de son droit d'agir personnellement avec le même objectif factuel, mais sur un fondement légal distinct⁸⁶.

6.3.3.2.2. L'exception de prescription et l'invocation d'une immunité de juridiction

C'est à bon droit que M.B. se prévaut en l'espèce d'un délai de prescription de 5 ans qui a commencé à courir à partir du 1.7.2012.

Il résulte en effet de la combinaison de l'article 26 du Titre préliminaire du Code de procédure pénale et de l'article 2262*bis*, CCiv., que l'action civile naissant d'un délit se prescrit par cinq années révolues à compter du jour où l'infraction a été commise, sans qu'elle puisse l'être avant l'action publique.

Avant de faire application des règles de prescription applicables aux actions délictuelles, le juge doit constater l'existence de l'infraction alléguée et est ainsi « *tenu de relever les éléments constitutifs de cette infraction qui ont un effet sur l'appréciation de la prescription* »⁸⁷.

Le non-paiement à l'ONSS par l'employeur, son préposé ou son mandataire des cotisations de sécurité sociale dans les délais fixés en application de la loi du 27.6.1969 est sanctionné pénalement par l'article 218 du Code pénal social d'une sanction de niveau ²⁸⁸. Avant le 1.7.2011, ce manquement était érigé en infraction par les articles 35 à 39 de la loi du 27.6.1969.

⁸⁶ V. en ce sens aussi: CT Bruxelles, 4^e ch., 6.11.2019, R.G. n°2016/AB/957, p.16 : « *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 M.L. 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* »

⁸⁷ v. Cass., 9.2.2009, R.G. n° S.08.0067.F, juportal

⁸⁸ A savoir, soit une amende pénale de 50 à 500 €, soit une amende administrative de 25 à 250 € (v. article 101 du Code pénal social)

L'élément matériel de l'infraction de non-paiement des cotisations sociales réside dans le fait de s'être abstenu de payer les cotisations dans les délais impartis.

Le législateur n'a par contre prévu aucun élément moral particulier constitutif de l'infraction (intention ou défaut de prévoyance ou de précaution). Ici donc, l'élément moral se confond avec l'élément matériel. Si les principes généraux du droit pénal requièrent en effet un élément moral pour chaque infraction, ils « *ne font pas obstacle au fait que pour certaines infractions, en raison du caractère propre de l'acte punissable, la preuve que l'auteur a commis sciemment et volontairement le fait résulte de la contravention à la prescription même, étant entendu cependant que l'auteur est mis hors de cause lorsque la force majeure, l'erreur invincible ou une autre cause de justification est démontrée ou, à tout le moins, n'est pas dépourvue de crédibilité* »⁸⁹.

Il s'agit d'une infraction « instantanée », dont le délai de prescription prend court le lendemain du jour où elle a été commise. Elle s'oppose à l'infraction « continue » qui « *consiste en une activité délictueuse* » ou un « *état de fait* » caractérisé par « *la persistance ou le maintien d'une situation illégale* » et qui « *se réalise donc dans et par la durée* »⁹⁰. Pour l'infraction continue, la prescription court à partir du moment où l'état de fait vient à cesser, c'est-à-dire à partir du jour où les effets de l'infraction disparaissent⁹¹.

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 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* »⁹². Il est alors question d'une « infraction continuée » ou « infraction collective »⁹³, à ne pas confondre avec l'infraction « continue ».

L'unité d'intention ne s'identifie pas nécessairement à une unité de comportement, mais « *se définit comme une unité de mobile, chacun des actes commis par l'auteur prenant une place déterminée dans la finalité commune à ses agissements illicites* »⁹⁴. Autrement dit, elle s'entend du dessein, de l'intention ou de l'attitude de l'auteur dont la multiplicité des actes

⁸⁹ Cass., 2^e ch., 27.9.2005, R.G. n°P.05.0371.N, juportal

⁹⁰ Françoise TULKENS et Michel van de KERCHOVE, Introduction au droit pénal – Aspects juridiques et criminologiques, 6^e éd., Bruxelles, Kluwer, 2003, p. 328, ainsi que la jurisprudence et la doctrine citée

⁹¹ v. Cass., 2^e ch., 5.4.2006, R.G. n°P.06.0098.F, juportal

⁹² v. Cass, 3^e ch., 8.2.2021, R.G. n°S.20.0012.N ; Cass., 3^e ch., 7.4.2008, R.G. n° S. 07.0058.F, juportal ; Cass., 2.5.2006, R.G. n° P060125N, juportal ; CT Bruxelles, 2^e ch., 18.12.2014, R.G. 2013/AB/963, juportal

⁹³ v. à propos de cette construction juridique et jurisprudentielle : W. VAN EECKHOUTTE et V. NEUPREZ, Compendium social – Droit du travail – 2015-2016, Tome 3, Kluwer, pp. 2722-2723, n°4975 et la jurisprudence citée

⁹⁴ Cass, 2^e ch., 23.11.2016, R.G. n°P.16.0982.F, juportal

délictueux sont l'expression⁹⁵. Le juge du fond apprécie en fait si différentes infractions constituent la manifestation successive et continue de la même intention délictueuse⁹⁶.

En la cause, la répétition ininterrompue du même fait de non-paiement des cotisations sur une période aussi longue était induite par la volonté assumée et persistante de l'employeur de ne pas procéder à l'assujettissement de son personnel à la sécurité sociale belge des travailleurs salariés, ce qui manifeste à suffisance de droit l'existence d'une unité d'intention révélatrice d'une infraction continuée⁹⁷.

C'est en vain que l'Etat oppose à cet endroit l'immunité de juridiction pénale dont il bénéficie en vertu de règles de droit international coutumier en matière pénale et dont l'article 1^{er} bis, §1^{er}, du Titre préliminaire du Code de procédure pénale, est l'expression⁹⁸. A le suivre, cette immunité priverait les juridictions du travail belges du pouvoir de trancher des litiges fondés sur de prétendues infractions pénales et introduits à l'encontre d'Etats étrangers et aussi de soulever dans le cadre d'un tel litige une infraction pénale comme fondement de l'action.

L'immunité de juridiction est un privilège qui exempte son titulaire de l'obligation de se soumettre au pouvoir d'un juge et qui, en corollaire, prive le juge saisi de tout pouvoir d'examiner et trancher le litige⁹⁹.

L'immunité de juridiction des États découle d'une « *règle de droit coutumier international qui interdit aux juridictions d'un État d'exercer leur pouvoir de juger sur un autre État qui n'y a pas consenti. Cette règle reçoit exception lorsque l'action dirigée contre l'État étranger est relative, non à un acte accompli dans l'exercice de la puissance publique, mais à un acte de gestion. Pour déterminer si un acte accompli par un État l'a été dans l'exercice de la puissance publique, il convient d'avoir égard à la nature de cet acte et à la qualité en laquelle cet État est intervenu en tenant compte du contexte dans lequel l'acte a été accompli* »¹⁰⁰.

L'immunité de juridiction pénale d'un Etat étranger n'a, elle, pour seul objet que de le soustraire aux poursuites, condamnations et contraintes pénales de l'état du for. Elle ne fait

⁹⁵ Cass, 3^e ch., 8.2.2021, R.G. n°S.20.0012.N ; Cass, 3^e ch., 7.12.2020, R.G. n°S.20.0001.N

⁹⁶ Cass, 3^e ch., 8.2.2021, R.G. n°S.20.0012.N ; Cass, 3^e ch., 7.12.2020, R.G. n°S.20.0001.N ; Cass, 2^e ch., 23.11.2016, R.G. n°P.16.0982.F, juportal

⁹⁷ V. également en ce sens : CT Bruxelles, 4^e ch., 2.11.2021, R.G. n°2018/AB/917, p.16, n°28

⁹⁸ Cet article 1^{er} bis, §1^{er}, dispose que :

« Conformément au droit international, les poursuites sont exclues à l'égard :

– des chefs d'Etat, chefs de gouvernement et ministres des Affaires étrangères étrangers, pendant la période où ils exercent leur fonction, ainsi que des autres personnes dont l'immunité est reconnue par le droit international ;
– des personnes qui disposent d'une immunité, totale ou partielle, fondée sur un traité qui lie la Belgique. »

⁹⁹ Fabienne BOUQUELLE et Ariane FRY, « Actions en justice contre des sujets de droit international public », dir. Hugo MORMONT, in *Droit du travail tous azimuts, CUP*, Bruxelles, Larcier, 2016, pp.936-937

¹⁰⁰ Cass., 1^{ère} ch., 6.2.2019, R.G. n°C.18.0282.F, J.T.T., 2020, p. 596, juportal

aucunement obstacle à l'application de l'article 26 du Titre préliminaire du Code de procédure pénale qui n'est qu'une simple règle de procédure déterminant le délai de prescription applicable à une action civile résultant d'une infraction¹⁰¹. Singulièrement, elle n'empêche pas le juge civil saisi d'une action en dommages et intérêts d'un travailleur à l'égard de son employeur, titulaire d'une telle immunité, de vérifier, en vue de la détermination du délai de prescription applicable, si l'action civile découle ou non d'une infraction et, à cet effet de constater l'existence de l'infraction alléguée¹⁰². Cet examen auquel se livre le juge civil laisse intacte l'immunité de juridiction pénale de l'employeur dont la responsabilité pénale n'est pas mise en cause.

A tort enfin, l'Etat entend s'appuyer sur le fait que la responsabilité pénale des pouvoirs publics, dont celle des Etats étrangers, n'est admise en droit interne belge que depuis la loi du 11.7.2018¹⁰³ ayant remplacé l'article 5 du Code pénal, pour déduire qu'il n'était dès lors pas possible d'introduire à son encontre une action en dommages et intérêts en réparation du préjudice causé par une prétendue infraction pénale. Pareil argument procède d'une confusion entre, d'une part, les poursuites ou les condamnations pénales et, d'autre part, la simple qualification d'un fait en infraction pénale par le juge civil¹⁰⁴. Ce n'est en effet pas parce qu'aucune infraction ne pouvait être pénalement imputée à l'Etat jusque-là et qu'il échappait ainsi à l'action publique que pour autant l'existence même d'une infraction ne pouvait pas être constatée pour les besoins d'une action civile en dommages et intérêts.

6.3.3.2.3. La condamnation de l'Etat au paiement à l'ONSS des cotisations sociales dues

M.B. puise donc dans l'article 26, al.2, de la loi du 27.6.1969, et dans l'article 1382, anc. CCiv., un droit subjectif d'obtenir de son employeur la réparation du préjudice subi en raison du non-paiement des cotisations sociales.

Il réclame la réparation en nature de son dommage.

Ce droit à la réparation en nature ne peut toutefois pas se confondre avec le droit au paiement des cotisations sociales elles-mêmes dont seul l'ONSS est titulaire. En réalité, le préjudice allégué qui doit être réparé est ici distinct du non-paiement des cotisations sociales qui en est seulement la cause. Ce préjudice correspond plus exactement aux prestations sociales dont M.B. a été et sera encore privé. Il s'ensuit que la réparation en nature ne peut porter que sur l'octroi desdites prestations dont seules peuvent décider les institutions de sécurité sociale concernées, dans le respect des conditions et des règles de prescription propres aux prestations sollicitées.

¹⁰¹ V. CT Bruxelles, 4^e ch., 24.6.2020, R.G. n°2016/AB/957, p.6

¹⁰² V. aussi CT Bruxelles, 4^e ch., 2.11.2021, R.G. n°2018/AB/917, pp.14-15, n°26

¹⁰³ Loi du 11.7.2018 modifiant le Code pénal et le titre préliminaire du Code de procédure pénale en ce qui concerne la responsabilité pénale des personnes morales (M.B. du 20.7.2018 – vig. 30.7.2018)

¹⁰⁴ V. CT Bruxelles, 4^e ch., 2.11.2021, R.G. n°2018/AB/917, p. 15, n°26

Par ailleurs et quand bien même il faudrait considérer que le paiement par l'Etat des cotisations sociales afférentes à la période litigieuse serait de nature à réaliser la réparation en nature requise, *quo non*, encore faudrait-il constater que ce mode de réparation est en l'espèce impossible. En effet, il se heurterait à la règle de prescription de 3 ans inscrite à l'article 42, al.1^{er}, de la loi du 27.6.1969, que l'ONSS est tenu d'observer, d'autant que le paiement sur condamnation n'a rien de volontaire et qu'il ne pourrait même pas être traité comme l'exécution d'une obligation naturelle¹⁰⁵.

Surabondamment, la réparation en nature envisagée marquerait un abus de droit dans le chef de M.B., puisqu'il forcerait ainsi le passage d'une voie hasardeuse sans même s'assurer le concours de l'ONSS pour définir et recueillir les sommes dues par l'Etat et négligerait par la même occasion une autre voie, moins incertaine pour l'Etat, celle offerte par l'article 42, al.5, de la loi du 27.6.1969, favorisant l'entrée en scène de l'ONSS et susceptible d'éliminer toute difficulté sur le plan de la prescription. Pour rappel, interpellé sur cette option à l'audience, M.B. a expliqué n'avoir entrepris aucune démarche de ce type à ce jour et les parties ont pu débattre des implications possibles.

Il s'ensuit que M.B. n'est pas fondé, au titre d'une réparation en nature de son dommage, de poursuivre la condamnation de l'Etat 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 versées au cours de la période d'occupation du 1.4.2002 au 30.6.2012.

6.4. Les dommages et intérêts dus en raison de l'absence de paiement des cotisations sociales – appel incident

6.4.1. La demande originaire et le jugement entrepris

M.B. demandait au premier juge de réserver à statuer sur sa demande de réparation du dommage qui subsisterait éventuellement, soit à défaut pour l'Etat de procéder à la régularisation de sa situation d'assujettissement par le versement à l'ONSS des cotisations sociales afférentes à la période du 1.4.2002 au 30.6.2012, soit en cas de refus par l'ONSS pour cause de prescription des cotisations éludées.

Ayant déclaré irrecevable la demande de régularisation, mais ayant constaté ensuite la nullité de la convention transactionnelle du 4.6.2012, le premier juge a décidé ce qui suit :

¹⁰⁵ *Contra* cependant : CT Bruxelles, 4^e ch., 6.11.2019, R.G. n°2016/AB/957, pp. 16-17: « Par ailleurs, la prescription d'une action que l'Onss intenterait aujourd'hui contre [l'Etat] 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 M.L. pour le futur, notamment en matière de pension (...) La question de savoir si l'Onss acceptera le paiement de cotisations est une autre question qui n'intervient que dans un second temps (...) »

« (...)

Le préjudice subi par le demandeur consiste aux prestations de sécurité sociale dont il a été privé et dont il sera privé en raison de l'absence d'assujettissement durant dix années à l'exception du régime de vacances annuelles dès lors que ce point fait l'objet d'une demande séparée.

Il convient au demandeur d'établir l'ampleur de ce préjudice.

En cette attente, la demande est fondée à concurrence d'un euro provisionnel.

Dans l'évaluation du préjudice, il ne pourra être tenu compte du fait que le défendeur allègue que le demandeur a perçu un salaire net plus élevé parce qu'aucune retenue de sécurité sociale n'a été effectuée.

En effet, en application de l'article 26, al. 1, de la loi du 27 juin 1969, 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

(...) »

6.4.2. La position des parties

6.4.2.1. L'Etat conteste le jugement *a quo* sur ce point et demande qu'il soit mis à néant en ce qu'il l'a condamné au paiement d'une somme provisionnelle de 1 € à titre de dommages et intérêts et a réservé à statuer sur le montant précis de ces dommages et intérêts. En effet, pour l'état la convention transactionnelle du 4.6.2012 est bien valable et règle le litige¹⁰⁶.

L'Etat fait aussi remarquer qu'il ne conteste pas ne pas pouvoir récupérer à charge de M.B. le montant des cotisations de sécurité sociale travailleurs dont il aurait omis d'effectuer la retenue en temps utile, mais que cela n'empêche pas qu'il puisse être tenu compte de tous les éléments pertinents pour la détermination du préjudice qu'il y aurait éventuellement lieu de réparer. A cet égard, il incombe à M.B. d'établir l'ampleur de son préjudice réel. Le cas échéant, l'Etat concède que soit confirmée la décision du tribunal de réserver à statuer sur le montant des dommages et intérêts dans l'attente que les parties s'expliquent sur l'ampleur du dommage¹⁰⁷.

6.4.2.2. Par son 2^e moyen, M.B. oppose à l'Etat que, comme la convention de transaction du 4.6.2012 est contraire à l'ordre public et donc nulle, c'est à bon droit que le premier juge a

¹⁰⁶ Conclusions additionnelles et de synthèse Etat, pp.21-22

¹⁰⁷ Conclusions additionnelles et de synthèse Etat, p. 30

estimé qu'il n'avait pas valablement renoncé à son droit à l'indemnisation de l'absence de paiement des cotisations sociales et qu'il a réservé à statuer sur la demande de réparation du dommage¹⁰⁸.

6.4.3. La décision de la cour

Au vu de ce qui a été décidé *supra* au point 6.1.3.2., en ce qui concerne la nullité de la convention du 4.6.2012, et au point 6.3.3.2.3., quant au rejet de la demande de condamnation de l'Etat au paiement à l'ONSS des cotisations sociales afférentes à la période litigieuse, la cour fait sienne la motivation du jugement *a quo* et le confirme en ce qu'il condamne d'emblée l'Etat au paiement d'une somme provisionnelle de 1 € à titre de dommages et intérêts réparant le préjudice subi en raison du non-paiement des cotisations sociales dues pour la période d'occupation du 1.4.2002 au 30.6.2012.

Pour autant que de besoin, dans le respect de l'article 26, al.1^{er}, de la loi du 27.6.1969, qui interdit à l'employeur de récupérer à charge du travailleur le montant de la cotisation de celui-ci non retenue en temps utile, la cour considère que la rémunération versée au cours de la période litigieuse était la rémunération brute imposable, à savoir la rémunération servant de base au calcul de l'impôt et qui, après déduction du précompte professionnel, donnerait la rémunération nette.

Il appartient à présent à M.B. de préciser l'ampleur de son dommage réel.

La cour ordonne la réouverture des débats à cette fin, sans préjudice de toute conciliation entre les parties qui reste toujours possible à ce stade de la procédure.

6.5. Les dommages et intérêts dus en raison du non-paiement du double pécule de vacances – appel incident

6.5.1. La demande originale et le jugement entrepris

M.B. demandait au premier juge de condamner l'Etat à lui payer la somme de 39.094,60 €, à majorer des intérêts moratoires puis judiciaires à partir du 12.7.2016, à titre d'indemnisation du préjudice résultant du non-paiement du pécule de vacances pour la période d'occupation du 1.4.2002 au 30.6.2012.

Le premier juge a fait partiellement droit à cette demande dans les termes suivants :

« (...) Il n'est pas contesté que le demandeur n'a pas perçu les pécules de vacances de la Caisse des vacances en raison de l'absence de déclaration de l'intéressé à la sécurité sociale pour les travailleurs salariés.

¹⁰⁸ Conclusions additionnelles et de synthèse M.B., p.16

Le demandeur n'a pas pu renoncer valablement aux conséquences de l'absence de cette affiliation pour ce qui concerne le régime des vacances annuelles pour les motifs énoncés ci-dessus.

Le demandeur réclame à ce titre une somme de 39.094,60 EUR.

Le défendeur conteste ce calcul de manière générale mais souligne, en particulier, le fait que le demandeur ne peut réclamer des dommages et intérêts au titre de l'absence de paiement des pécules de vacances simple puisque, en réalité, la rémunération du demandeur a été payée douze fois l'an.

Cette affirmation n'est pas contestée par le demandeur.

En conséquence, sur base de la rémunération moyenne retenue par le demandeur (25.419,12 EUR), seuls des dommages et intérêts équivalents à l'absence de paiement des doubles pécules de vacances peuvent être octroyés.

Le calcul est le suivant :

25.419,12 x 108 % x 6,80 % x 10 années = 18.667,80 EUR (...) »

6.5.2. La position des parties

6.5.2.1. L'Etat soulève une exception de prescription pour ce chef de demande, puisque la citation introductive d'instance date du 13.2.2017, alors que la demande de paiement des pécules de vacances des ouvriers contre l'ONVA se prescrit par 3 ans après la fin de l'année de l'exercice de vacances correspondant, que l'employeur ne peut être condamné au paiement de dommages et intérêts que si le non-paiement des pécules de vacances est constitutif d'une faute dans son chef et que tel ne peut être le cas en l'espèce, vu que M.B. a toujours eu le droit de réclamer le paiement des pécules de vacances de l'ONVA¹⁰⁹.

Par ailleurs, selon l'Etat, M.B. invoque à tort le délai de prescription quinquennal de l'article 26 du Titre préliminaire du Code de procédure pénale, vu que¹¹⁰ :

- l'Etat ne peut pas faire l'objet d'une action publique et le délai de prescription pénale ne peut dès lors s'appliquer ;
- la cour est sans pouvoir de juridiction pour examiner et décider si l'Etat peut avoir ou non commis une infraction ;

¹⁰⁹ Conclusions additionnelles et de synthèse Etat, pp.31-32

¹¹⁰ Conclusions additionnelles et de synthèse Etat, p. 32

- l'immunité pénale dont jouit l'Etat fait que la cour n'a pas non plus juridiction pour examiner si l'Etat a commis un délit continu pour l'application de l'article 26 du Titre préliminaire du Code de procédure pénale ;
- en tout état de cause, les faits ne permettent pas de déduire légalement l'existence d'une unité d'intention dans le chef de l'Etat et la simple répétition d'un prétendu comportement délictueux ne suffit pas à créer une unité d'intention délictueuse ;
- il appartient au surplus à M.B. d'établir l'existence en fait et en droit des éléments constitutifs de chaque infraction qu'il invoque, à supposer qu'il puisse apporter des preuves des éléments constitutifs des diverses infractions qui entreraient dans le champ territorial de la loi pénale belge ;
- l'Etat n'a jamais été débiteur d'un quelconque pécule de vacances, puisque les (doubles) pécules de vacances étaient payables par l'ONVA. L'Etat ne peut par conséquent avoir commis l'infraction visée par l'article 162, 3° du Code pénal social. Il n'a pas été redevable des pécules de vacances à M.B.

6.5.2.2. Par son 3^e moyen, M.B. oppose à l'Etat que, comme la convention de transaction du 4.6.2012 est contraire à l'ordre public et donc nulle, c'est à bon droit que le premier juge a estimé qu'il n'avait pu valablement renoncer aux arriérés de doubles pécules de vacances que l'Etat s'est abstenu de lui payer et de déclarer à l'ONSS pendant la période du 1.4.2002 au 30.6.2012 et qu'il a en conséquence condamné l'Etat au paiement de ces arriérés¹¹¹.

Il demande la confirmation du jugement *a quo* en ce qui concerne la condamnation au paiement d'un montant de 18.667,80 €¹¹².

Il fait encore valoir à la suite de l'énoncé de son moyen que¹¹³ :

- son droit trouve son fondement dans l'article 38, 2°, de l'arrêté royal du 30.3.1967 ;
- vu le caractère indivisible des effets de la nullité qui frappe la convention transactionnelle en raison de sa contrariété avec l'ordre public, il ne pouvait renoncer à son droit au paiement des doubles pécules de vacances ;
- il est admis que la législation en matière de vacances annuelles est d'ordre public, ce qui a pour conséquence que son droit au double pécule de vacances est indisponible et il n'a donc pas pu valablement renoncer à poursuivre le paiement des doubles pécules de vacances que l'Etat aurait dû lui payer au cours de la période du 1.4.2002 au 30.6.2012 ;
- il est établi que l'Etat a commis l'infraction de non-paiement du pécule de vacances réprimé pénalement par l'article 162, al. 2, 3°, du Code pénal social et

¹¹¹ Conclusions additionnelles et de synthèse M.B., p.22

¹¹² Conclusions additionnelles et de synthèse M.B., p.24

¹¹³ Conclusions additionnelles et de synthèse M.B., pp. 23-29

- le juge doit alors vérifier si le délai de prescription visé à l'article 26 du Titre préliminaire du Code de procédure pénale est ou non applicable ;
- en l'espèce, il est manifeste que les infractions répétées de non-paiement des doubles pécules de vacances pour la période allant du 1.4.2002 au 31.8.2012, sont reliées entre elles par une unité d'intention dans le chef de l'Etat ou consistant, à tout le moins, dans le chef du Royaume, à avoir volontairement contrevenu à des dispositions légales ;
 - M.B. poursuit le paiement d'arriérés de pécules de vacances que l'Etat s'est, année après année, abstenu de lui payer depuis son engagement en 2002, il y a unité d'intention, le délai de prescription quinquennal de l'article 26 du Titre préliminaire du Code de procédure pénale s'applique, il débute le 30.6.2012 et c'est à donc à tort que l'Etat invoque la prescription ;
 - l'Etat ne peut se prévaloir d'aucune immunité dans le cadre du présent litige qui concerne une procédure se rapportant à un contrat de travail entre un travailleur : l'Etat ne démontre pas que les hypothèses prévues par l'article 11.2 de la Convention des Nations Unies du 2.12.2004 sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens seraient présentes en l'espèce ;
 - l'immunité de juridiction pénale que traduit l'article 1^{er}bis du Titre préliminaire du Code de procédure pénale empêche des poursuites pénales ainsi que des actes de contrainte, mais ne fait aucunement obstacle à l'application de l'article 26 du Titre préliminaire du Code de procédure pénale qui n'est qu'une simple loi de procédure déterminant les délais de prescription applicables à une action civile résultant d'une infraction ;
 - l'Etat a bien commis une infraction pénale en Belgique qui lui est imputable et dont l'élément moral peut être déduit du simple fait matériel commis.

6.5.3. La décision de la cour

6.5.3.1. Cadre légal et principes - dispositions pertinentes en matière de vacances annuelles des ouvriers

En application de l'article 1^{er}, al.1^{er}, 1°, des lois coordonnées du 28.6.1971 relatives aux vacances annuelles des travailleurs salariés (ci-après « les lois du 28.6.1971 »), le champ d'application personnel desdites lois est réservé aux « *personnes assujetties* » au régime de la sécurité sociale des travailleurs.

L'article 9 des lois du 28.6.1971 confie au Roi le soin de fixer le montant du pécule de vacances en pourcentage des rémunérations de l'exercice de vacances qui ont servi de base au calcul de la cotisation due pour la constitution de ce pécule. Pour les ouvriers, le montant du pécule de vacances du travailleur est ainsi fixé à 15,38 % des rémunérations de l'exercice

de vacances qui ont servi de base au calcul de la cotisation due pour la constitution de ce pécule¹¹⁴.

En vertu de l'article 12 des lois du 28.6.1971, les pécules de vacances sont payés aux travailleurs manuels par l'ONVA ou par les caisses spéciales de vacances. L'article 22 de l'arrêté royal du 30.3.1967 déterminant les modalités générales d'exécution des lois relatives aux vacances annuelles des travailleurs salariés précise que le « *pécule de vacances est payé par l'intermédiaire de la caisse de vacances à laquelle l'employeur est affilié pour l'exercice de vacances en cause* ». L'employeur ne supporte lui-même aucune obligation de ce chef, en dehors de celle de verser les cotisations destinées à la constitution du pécule de vacances à l'ONSS qui transfèrera à son tour ces cotisations à l'ONVA, lequel versera enfin à chacune des caisses spéciales de vacances la part qui lui revient en raison de ses affiliés¹¹⁵.

L'article 17 des lois du 28.6.1971 énonce encore qu'en « *aucun cas l'Office national des vacances annuelles et les Caisses spéciales de vacances ne peuvent subordonner le paiement du pécule de vacances au versement par l'employeur, des cotisations afférentes aux vacances annuelles* ».

Selon l'article 5 de l'arrêté royal du 30.3.1967 déterminant les modalités générales d'exécution des lois relatives aux vacances annuelles des travailleurs salariés, les employeurs sont tenus de transmettre les relevés destinés aux caisses de vacances dans les délais à l'organisme chargé de percevoir les cotisations de sécurité sociale. Ce dernier transmet ensuite le contenu de ces relevés à l'ONVA.

L'article 46bis, al.1^{er}, des lois du 28.6.1971, dispose par ailleurs que l'« *action en paiement du pécule de vacances à un ouvrier (...) se prescrit par trois ans à compter de la fin de l'année de l'exercice de vacances à laquelle se rapporte ce pécule de vacances* ».

L'article 46bis, al.5, des lois du 28.6.1971, précise enfin qu'il « *ne peut être renoncé au bénéfice des prescriptions visées aux alinéas précédents* ».

6.5.3.2. Application

M.B. ne demande pas en la cause le paiement par l'Etat des doubles pécules de vacances afférents à la période d'occupation du 1.4.2002 au 30.6.2012, mais bien par contre des dommages et intérêts réparant le non-paiement de ces doubles pécules de vacances par l'ONVA en raison de l'absence d'affiliation au régime belge de la sécurité sociale.

¹¹⁴ Article 14 de l'arrêté royal du 30.3.1967 déterminant les modalités générales d'exécution des lois relatives aux vacances annuelles des travailleurs salariés

¹¹⁵ Article 4 de l'arrêté royal du 30.3.1967

Cependant, M.B. se méprend complètement sur les dispositions légales qui soutiennent sa demande, puisqu'il invoque des dispositions qui régissent le droit des employés au pécule de vacances, alors qu'il a le statut d'ouvrier. Même la jurisprudence qu'il cite abondamment concerne des employés et n'est guère transposable à la présente cause.

A l'audience du 21.2.2022, la cour a appelé l'attention des parties sur cette anomalie apparente. Elles ont pu en débattre. Aucune n'a sollicité une remise en vue d'échanger de nouvelles conclusions sur cette question.

En réalité, ce chef de demande trouve son fondement dans le droit subjectif que M.B. tire de l'article 1382, anc. CCiv., d'obtenir de son employeur la réparation du préjudice subi en raison d'un défaut d'assujettissement.

L'article 1^{er}, al.1^{er}, 1^o, des lois coordonnées du 28.6.1971, réserve en effet le champ d'application desdites lois aux personnes qui ont la qualité de « *personnes assujetties* » au régime de la sécurité sociale des travailleurs.

Au moment de l'engagement de M.B., le 1.4.2002, l'article 21 de la loi du 27.6.1969 obligeait déjà l'employeur assujetti à « *se faire immatriculer* » à l'ONSS et à faire parvenir à ce dernier « *une déclaration justificative du montant des cotisations dues* »¹¹⁶. En outre, selon l'article 33, §2, de l'arrêté royal du 28.11.1969, dans sa version déjà en vigueur à l'époque, l'employeur devait faire parvenir à l'ONSS la formule de déclaration visée à l'article 21 de la loi du 27.6.1969 au plus tard le dernier jour du mois qui suit chaque trimestre civil auquel la déclaration se rapporte. Par ailleurs, à partir du 1.1.2003, l'arrêté royal du 5.11.2002 ¹¹⁷ a aussi imposé aux employeurs la déclaration immédiate de leur personnel à l'ONSS (en abrégé « DIMONA »).

L'assujettissement de M.B au régime de la sécurité sociale des travailleurs salariés était indissociablement lié au respect de ces diverses obligations dans le chef de l'employeur.

Or, force est de constater que l'Etat n'a pas rempli ses obligations et cela ni au moment de l'engagement, pour l'immatriculation, ni à la date du 1.1.2003, pour la DIMONA, ni à chaque échéance trimestrielle, pour le dépôt des déclarations justificatives du montant des cotisations dues.

Le défaut d'assujettissement de M.B qui en est résulté est fautif, imputable à l'Etat en sa qualité d'employeur et engage sa responsabilité extracontractuelle.

¹¹⁶ V. article 21 tel que remplacé par la loi du 20.7.1991, M.B. du 1.8.1991

¹¹⁷ Arrêté royal du 5.11.2002 instaurant une déclaration immédiate de l'emploi, en application de l'article 38 de la loi du 26.7.1996 portant modernisation de la sécurité sociale et assurant la viabilité des régimes légaux des pensions (M.B. du 20.11.2002, vig. 1.1.2003)

Par cette faute, M.B. s'est trouvé exclu du champ d'application des lois du 28.6.1971 et cela l'a empêché, indépendamment même du non-paiement des cotisations sociales et nonobstant l'article 17 des lois du 28.6.1971, de se prévaloir d'un droit au paiement des doubles pécules de vacances litigieux auprès de l'ONVA.

L'Etat admet lui-même dans ses conclusions qu'il peut être condamné au paiement de dommages et intérêts si le non-paiement des pécules de vacances relève d'une faute dans son chef¹¹⁸.

Tel est bien le cas en l'espèce.

L'exception de prescription soulevée par l'Etat à cet endroit sur le fondement de l'article 46bis, al.1^{er}, des lois du 28.6.1971, ne lui est d'aucun secours, puisque le délai de prescription de 3 ans que cette disposition prévoit ne s'applique qu'à l'action en paiement du pécule de vacances dirigée par le travailleur contre l'ONVA. A vrai dire, même, la circonstance que l'action en paiement du pécule de vacances soit prescrite en application de l'article 46bis, al.1^{er}, des lois du 28.6.1971, ne fait que conforter M.B dans sa prétention à l'égard de l'Etat et qui tend à obtenir une réparation par équivalent de son préjudice sur pied de l'article 1382, anc. CCiv.

Le premier juge a chiffré à 18.667,80 € les dommages et intérêts équivalents à l'absence de paiement des doubles pécules de vacances pour la période d'occupation litigieuse. Le calcul effectué pour fixer ce montant n'est pas contesté par les parties et M.B demande tout simplement la confirmation du jugement dont appel sur ce point.

L'appel incident n'est pas fondé et il y a par conséquent lieu de confirmer le jugement *a quo* en ce qu'il condamne l'Etat au paiement de la somme de 18.667,80 € au titre de dommages et intérêts en réparation de l'absence de paiement par l'ONVA des doubles pécules de vacances pour la période d'occupation du 1.4.2002 au 30.6.2012 inclus, à augmenter des intérêts judiciaires.

6.6. Les arriérés de rémunération sur la base du montant brut convenu – appel principal

6.6.1. La demande originaire et le jugement entrepris

M.B. demandait au premier juge de condamner l'Etat « *à lui payer la somme de 78.228,80 € bruts, sous déduction des retenues sociales et fiscales, à majorer des rémunérations à échoir en cours d'instance et à majorer des intérêts moratoires à dater de chaque exigibilité, à titre d'arriérés de rémunération pour les mois de juin 2012 à octobre 2017* ».

Le premier juge a rejeté cette demande au terme du raisonnement suivant :

¹¹⁸ Conclusions additionnelles et de synthèse Etat, p. 31

« (...) »

Le demandeur réclame des arriérés de rémunération sur base du fait qu'il était convenu qu'il lui serait payé une rémunération mensuelle équivalente à 3.696,37 EUR dans le contrat de travail conclu le 4 juin 2012.

Le défendeur invoque l'existence d'une erreur matérielle en indiquant que cette somme correspond au coût de l'occupation du demandeur et que la rémunération brute qui fut convenue était de 2.492,85 EUR.

Le tribunal observe qu'effectivement la fiche du travailleur signée par les deux parties renseigne bien une rémunération de 2.492,85 EUR.

En outre, il n'est pas contesté que la rémunération de 3.696,37 EUR prévue dans le contrat du 4 juin 2012 n'a jamais été payée au demandeur mais que le défendeur a bien réglé celle équivalente à 2.492,85 EUR.

Le demandeur n'a jamais contesté le paiement de cette rémunération.

En outre, au mois de décembre 2012, les parties ont conclu un accord par lequel elles ont décidé que la rémunération qui serait versée au demandeur serait maintenue à 2.492,85 EUR bruts.

Les parties ont, à cette occasion, précisé qu'aucun arriéré de rémunération n'était dû au demandeur.

En outre, dans ce document, les parties ont attesté que la nouvelle rémunération avait été fixée à 3.696,37 EUR par erreur et ceci parce que ce montant correspondait au coût d'occupation du demandeur et non pas à son salaire mensuel brut.

Cet élément est confirmé par la simulation salariale que le défendeur dépose et qui a été établie le 19 juillet 2011 par son secrétariat social (voir 3^e page : budget annuel 3.696,37 EUR).

Le demandeur n'a jamais contesté l'avenant au contrat de travail signé au mois de décembre 2012 fixant sa rémunération brute à 2.492,85 EUR avant le 15 juillet 2016.

Cette rémunération constitue en application de l'article 1134 la loi des parties.

Il ne ressort d'aucune pièce du dossier que lors de la signature de cet avenant au mois de décembre 2012, le consentement du demandeur aurait été vicié.

Ce chef de demande est par conséquent non fondé.

(...) »

6.6.2. La position des parties

6.6.2.1. Pour M.B., c'est à tort que le premier juge a rejeté sa demande, vu que¹¹⁹ :

- il résulte clairement du contrat de travail signé le 4.6.2012 que la rémunération convenue s'élève au montant brut de 3.696,37 €, la convention est claire et ne peut donner lieu à interprétation ;
- l'Etat ne dépose aucune pièce probante étayant le fait que le contrat du 4.6.2012 serait entaché d'une erreur matérielle et que la rémunération brute convenue serait plutôt de 2.492,85 € ;
- il résulte des circonstances ayant entouré la négociation et la signature du contrat de travail du 4.6.2012 que M.B. ne peut avoir marqué son accord sur un montant de rémunération qui aurait eu pour conséquence une dégradation de sa situation salariale, alors même que l'objet de la négociation et des conventions conclues était de mettre un terme à 29 années d'illégalité et d'abus de la part de l'employeur ;
- la situation se présente pratiquement comme suit :
 - o avant juillet 2012, M.B. bénéficiait d'une rémunération nette de 2.492,85 €, sans couverture sociale ;
 - o à partir de juillet 2012, la somme brute de 3.696,37 € aurait dû lui permettre, après retenue des cotisations sociales travailleur et du précompte professionnel, de maintenir sa rémunération nette à son niveau antérieur ;
 - o une rémunération brute de 2.492,85 € correspond à un net de 1.881,24 € en juillet 2012 et a pour effet d'amputer d'environ 600,00 € par mois la rémunération nette de M.B.
- il est exact que M.B. semble admettre une erreur matérielle dans le document qu'il a signé début janvier 2013, mais sa signature est intervenue dans des circonstances telles que son consentement a été vicié, puisque :
 - o c'est à son retour des congés de fin d'année, le 2.1.2013, qu'il a été convoqué par l'ambassadeur en personne, en présence du numéro deux de l'ambassade, qui lui a présenté le document en indiquant qu'il y avait urgence, que tous ses collègues avaient déjà signé le même document et

¹¹⁹ Conclusions additionnelles et de synthèse M.B., pp.30 à 35

- qu'il le lirait plus tard. C'est ainsi sous la pression exercée que le document a été signé ;
- le contenu même du document est difficile à comprendre pour un ouvrier, un profane en matière de sécurité sociale et dont les prestations de travail en Belgique n'ont jamais été assujetties à la sécurité sociale ;
 - le document est ambigu, puisqu'il indique que le salaire mensuel original n'a pas été modifié par le contrat de travail du 4.6.2012 (*« Les parties confirment que le salaire mensuel brut du Travailleur n'a pas été modifié par l'avenant au contrat de travail »*) ;
 - dans son arrêt du 2.11.2021 concernant M.W., une collègue de M.B., la cour a estimé que l'Etat n'établissait pas avoir commis une erreur matérielle de calcul en ce qui concerne la rémunération convenue ;
 - les circonstances dans lesquelles M.B. et ses deux autres collègues ouvriers ont été contraints de signer les avenants aux contrats sont les mêmes que celles décrites par l'arrêt du 2.11.2021, à savoir que : ils ont été convoqués par l'ambassadeur en personne, en présence du numéro deux de l'ambassade, qui a présenté le document en indiquant qu'il y avait urgence, que tous ses collègues avaient déjà signé le document et qu'ils liraient plus tard. Il s'ensuit que, en l'espèce, la même violence morale a été exercée, viciant le consentement des signataires de l'acte ;
 - de plus, en tant qu'ouvrier, la nature même de leur fonction les rendait plus facilement remplaçables et ils se trouvaient ainsi dans une situation de vulnérabilité, avec la crainte de perdre leur emploi ;
- le premier juge s'est référé à tort à une simulation salariale du 19.7.2011, non signée par le travailleur, dont le lien avec les conventions signées n'est pas établi.

M.B. actualise son décompte provisionnel compte tenu des rémunérations échues depuis le jugement *a quo*, et chiffre dorénavant sa demande à la somme brute provisionnelle de 135.997,76 € pour la période de juin 2012 à octobre 2021, soit :

$$3.696,37 \text{ €} - 2.492,85 \text{ €} = 1.203,52 \text{ €} \times 113 = 135.997,76 \text{ €}$$

M.B. invite aussi la cour à condamner l'Etat à délivrer les fiches de paie et les fiches fiscales correspondantes sous peine d'une astreinte de 100 € par jour.

6.6.2.2. L'Etat demande la confirmation du jugement *a quo* sur ce point et, pour lui¹²⁰ :

- l'erreur matérielle qui affectait le contrat de travail du 4.6.2012 résidait dans le fait que, au lieu de faire mention du salaire mensuel convenu (2.492,85 € bruts), il a été fait mention du coût salarial mensuel, c'est-à-dire le montant égal au salaire

¹²⁰ Conclusions additionnelles et de synthèse Etat, pp.32 à 34

mensuel brut majoré des cotisations sociales employeur (44.356,47 : 12 = 3.696,37€) ;

- il ne ressort d'aucune pièce du dossier que le consentement de M.B. aurait été vicié. L'Etat se défend par ailleurs de toute pression qui aurait été exercée par l'ambassade pour signer l'avenant du mois de décembre 2012. Le récit rapporté de la réunion avec l'ambassadeur est formellement contesté ;
- l'avenant au contrat de décembre 2012 a été exécuté jusqu'au 15.6.2016 sans occasionné la moindre contestation ;
- en réalité, M.B. n'a jamais bénéficié d'une rémunération nette, puisque la circonstance que l'Etat n'a jamais retenu le précompte professionnel sur sa rémunération ne dispensait pas l'intéressé de son obligation légale de faire état de sa rémunération dans sa déclaration fiscale (si M.B. déclarait correctement ses revenus, l'impact réel de la pratique ancienne se limitait à 326,20 €, soit 2.495,85 € x 13,07 %).

6.6.3. La décision de la cour

A l'instar du tribunal, la cour juge non fondée la demande de M.B.

Cette décision repose sur les motifs suivants :

- M.B. fonde entièrement sa prétention sur le contrat de travail du 4.6.2012 qui prévoit le paiement, à partir du 5.6.2012, d'un salaire brut de 3.696,37 € soumis à indexation ;
- cette prétention est contredite par la convention de décembre 2012, à travers laquelle les parties se sont accordées pour corriger une erreur constatée au niveau du salaire mensuel brut mentionné dans le contrat du 4.6.2012, de telle manière que les parties confirment sans ambiguïté aucune que :
 - le salaire mensuel brut n'a pas été modifié par ce contrat (qualifié d'« avenant ») et qu'il est maintenu à 2.492,85 € bruts ;
 - le paiement des salaires effectué jusque-là par l'Etat, à la suite dudit contrat, l'a été correctement, en sorte qu'aucun remboursement n'est dû à M.B. ;
- outre les termes de la convention de décembre 2012, plusieurs éléments rendent parfaitement plausible le fait que le contrat de travail du 4.6.2012 ait été entaché d'une erreur matérielle dans la mention du salaire brut :
 - à la date du 3.5.2012, M.B. a signé avec la mention manuscrite « *lu et approuvé* » une fiche de travailleur destinée au secrétariat social de l'ambassade renseignant un salaire de base brut de 2.492,85 € ;
 - dès le mois de juillet 2012, M.B. a vu son salaire payé sur la base d'un montant brut de 2.492,85 € ;

- en dépit de ce qu'il considère comme constitutif d'une « *dégradation de sa situation salariale* » sur laquelle il n'aurait pas pu marquer son accord¹²¹, M.B. n'a pas réagi avant le mois de juin 2016 à la perte de salaire net pourtant subie depuis le mois de juillet 2012 ;
- il n'est pas déraisonnable de penser que M.B. ait pu se résoudre à consentir une diminution significative de son salaire net en considération de la couverture sociale entrevue ;
- M.B. reconnaît avoir signé la convention de décembre 2012 ;
- il ne prouve pas à suffisance de droit que son consentement aurait été vicié, vu que :
 - les allégations de « *pression* », de « *contrainte* » ou de « *violence morale* » exercée par l'employeur au moment de signer la convention de décembre 2012 reposent sur les seules déclarations unilatérales de M.B. et de ses deux autres collègues opposés à l'Etat dans des causes identiques également plaidées à l'audience du 21.2.2022 ;
 - ces mêmes allégations ne sont corroborées par aucun élément objectif du dossier ;
 - l'Etat se défend de toute pression exercée sur M.B. et conteste formellement le récit que ce dernier fait d'une réunion avec l'ambassadeur ;
 - à tout le moins, un doute subsiste et il profite à l'Etat en application de l'article 8.4., al.4, CCiv. ;
- la cour n'est pas liée par l'appréciation différente qu'une autre de ses chambres a eue à propos de la validité du même type de convention signée par une collègue employée de M.B., d'autant plus que les circonstances n'étaient pas exactement les mêmes.

6.7. La délivrance des documents sociaux sous peine d'astreinte – appel incident

6.7.1. La demande originale et le jugement entrepris

M.B. demandait au premier juge de condamner l'Etat « *à lui délivrer, dans un délai de 45 jours à dater de la signification du jugement à intervenir, les fiches de paie et les fiches fiscales relatives aux arriérés précités, sous peine d'une astreinte de 100,00 € par jour de retard* ».

Ces « arriérés précités » en question étaient, d'une part, les arriérés de rémunération pour les mois de juin 2012 à octobre 2017 et, d'autre part, les arriérés d'heures supplémentaires pour les années 2003 à 2005.

Le premier juge a décidé ce qui suit :

¹²¹ Conclusions additionnelles et de synthèse M.B., p. 30

« (...) »

Condamne [l'Etat] à délivrer la fiche de paie et la fiche fiscale relative au paiement des arriérés de péculs de vacances au plus tard à l'expiration du délai de 45 jours calendrier prenant cours le jour de la signification du présent jugement sous peine d'une astreinte de 25 EUR par jour de retard et par document manquant sans que, ce faisant, le total ne puisse dépasser 5.000 EUR

(...) »

6.7.2. La position des parties

6.7.2.1. L'Etat soutient que, comme la demande de paiement de dommages et intérêts au titre de non-paiement du double pécule de vacances est non fondée, il n'y a pas lieu à condamner l'Etat à procéder à l'établissement d'une fiche de paie et d'une fiche fiscale¹²².

L'Etat s'attarde plus longuement à la question de l'astreinte en défendant que¹²³ :

- les articles 19 et 24, §1, de la Convention du 2.12.2004 des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des Etats et leurs biens, « *interdit d'imposer une amende ou toute autre peine ou plus généralement toute mesure de contrainte antérieure et postérieure au jugement en raison d'une omission ou refus d'un Etat de se conformer à une décision du tribunal d'un autre Etat, d'accomplir ou de s'abstenir d'accomplir un acte déterminé ou de produire une pièce ou divulguer toute autre information* » ;
- même si cette convention n'a pas encore été ratifiée par la Belgique et n'est donc pas entrée en vigueur, elle fait partie du droit international coutumier qui s'impose dès lors dans l'ordre juridique interne belge ;
- ces dispositions combinées visent incontestablement l'astreinte ;
- le jugement *a quo* doit donc être réformé en ce qu'il assortit la condamnation d'une astreinte.

6.7.2.2. M.B. demande la confirmation du jugement *a quo* en ce qu'il a condamné l'Etat à délivrer la fiche de paie relative aux arriérés de pécule de vacances et la fiche fiscale relative à ces arriérés, sous peine d'astreinte de 25 € par jour de retard et par document manquant¹²⁴.

Il ne développe pas davantage sa prétention, sauf sur la question de l'astreinte à laquelle, selon lui, l'immunité invoquée par l'Etat ne fait pas obstacle¹²⁵.

¹²² Conclusions additionnelles et de synthèse Etat, p.35

¹²³ Conclusions additionnelles et de synthèse Etat, pp.36-37

¹²⁴ Conclusions additionnelles et de synthèse M.B., p.35

6.7.3. La décision de la cour

A l'audience du 21.2.2021, la cour a interrogé les parties sur la question de savoir si, en condamnant l'Etat à délivrer la fiche de paie et la fiche fiscale « *relative au paiement des arriérés de pécules de vacances* », le premier juge n'avait pas statué *ultra petita*.

M.B. a paru concéder que sa demande originaire de fiches de paie et de fiches fiscales ne concernait pas les « *arriérés de pécules de vacances* ». Personne n'a sollicité de remise en vue d'échanger de nouvelles conclusions sur la question.

Même en matière d'ordre public, l'article 1138, 2°, CJ, et le principe dispositif consacré par cette disposition empêchent le juge de se prononcer sur des choses non demandées ou de juger plus qu'il n'a été demandé.

Une relecture de la demande originaire de M.B. amène la cour à la conclusion que le premier juge a effectivement statué *ultra petita*, vu que :

- M.B. a seulement demandé de délivrer « *les fiches de paie et les fiches fiscales relatives aux arriérés précités* » qui, au vu du dispositif de ses conclusions d'instance, étaient, d'une part, les arriérés de rémunération pour les mois de juin 2012 à octobre 2017 et, d'autre part, les arriérés d'heures supplémentaires pour les années 2003 à 2005 ;
- à aucun moment, M.B. n'a demandé la délivrance d'une fiche fiscale et d'une fiche de paie relativement à des « *arriérés* » de pécule de vacances ;
- au surplus, M.B. ne demandait pas des « *arriérés* » de pécule de vacances, mais la condamnation de l'Etat à lui payer la somme de 39.094,60 € « *à titre d'indemnisation du préjudice résultant du non-paiement du pécule de vacances* » pour la période d'occupation litigieuse.

En tout état de cause, en condamnant d'abord l'Etat à des « *dommages et intérêts* » en compensation de l'absence de paiement par l'ONVA de (doubles) pécules de vacances, le premier juge n'a pas pu le condamner ensuite valablement « *à délivrer la fiche de paie et la fiche fiscale relative au paiement des arriérés de pécules de vacances* ».

L'appel incident est fondé sur ce point et le jugement entrepris sera mis à néant dans cette même mesure.

**PAR CES MOTIFS,
LA COUR DU TRAVAIL,**

¹²⁵ Conclusions additionnelles et de synthèse M.B., pp.35-39

Statuant après un débat contradictoire ;

Déclare l'appel principal recevable et très partiellement fondé, dans la mesure ci-après ;

En conséquence :

- met à néant le jugement entrepris en ce qu'il déclare irrecevable la demande de Monsieur B. visant à entendre condamner le Royaume de l'ESWATINI à payer à l'ONSS les cotisations de sécurité sociale dues pour la période d'occupation du 1.4.2002 au 30.6.2012 ;
- statuant à nouveau, déclare néanmoins cette demande non fondée ;

Déclare l'appel incident recevable et très partiellement fondé, dans la mesure ci-après ;

En conséquence, met à néant le jugement entrepris en ce qu'il condamne le Royaume de l'ESWATINI à délivrer la fiche de paie et la fiche fiscale relatives au paiement des arriérés de pécules de vacances au plus tard à l'expiration du délai de 45 jours calendrier prenant cours le jour de la signification du jugement, sous peine d'une astreinte de 25 € par jour de retard et par document manquant ;

Déclare encore la demande reconventionnelle du Royaume de l'ESWATINI recevable et fondée ;

En conséquence, condamne Monsieur B. à rembourser au Royaume de l'ESWATINI la somme de 20.166,65 € payée en exécution de la convention transactionnelle du 4.6.2012, à majorer des intérêts judiciaires ;

Sans préjudice d'une éventuelle conciliation, ordonne la réouverture des débats en vertu de l'article 775, CJ :

- pour permettre à Monsieur B. de préciser l'ampleur du dommage réel subi en raison du non-paiement par le Royaume de l'ESWATINI des cotisations sociales dues pour la période d'occupation du 1.4.2002 au 30.6.2012 ;
- et afin que les parties puissent en débattre ;

Invite pour ce faire les parties à s'échanger et à remettre au greffe leurs conclusions et leurs pièces dans le respect du calendrier suivant de mise en état complémentaire de la cause, sous peine d'être écartées d'office des débats :

- Monsieur B., au plus tard le 24 juin 2022. ;
- le Royaume de l'ESWATINI, au plus tard le 23 septembre 2022 ;
- Monsieur B., au plus tard le 23 novembre 2022 ;
- le Royaume de l'ESWATINI, au plus tard le 23 décembre 2022 ;

, greffier