

**CONTRAT DE TRAVAIL – REMUNERATION – GARDE DORMANTE DANS LE SECTEUR
DES MAISONS DE REPOS ET DE SOIN – NOTION DE DUREE DU TRAVAIL –
DETERMINATION DE LA REMUNERATION DUE EN CONSIDERATION DU TRAVAIL
EXECUTE EN VERTU DU CONTRAT – LICITE D'UNE CLAUSE CONTRACTUELLE
EXCLUANT LA REMUNERATION POUR UNE PARTIE DU TEMPS PRESTE
TRANSFERT CONVENTIONNEL D'ENTREPRISE – CCT 32 BIS – OBLIGATION IN
SOLIDUM AUX DETTES ANTERIEURES A LA CESSION – CONTRIBUTION A LA DETTE –
CONVENTION DE CESSION DE FOND DE COMMERCE**

AH/SC

COUR DU TRAVAIL DE LIEGE
Section de Liège

ARRÊT

Audience publique du 19 décembre 2007

R.G. :33.378/05

5^{ème} Chambre

EN CAUSE :

R. Nadia,

PARTIE APPELANTE,

comparaissant par Maître P.HANNON, avocat à Verviers.

CONTRE :

LA S.P.R.L. LE CLOS FLEURI

**PARTIE INTIMÉE AU PRINCIPAL, APPELANTE SUR
INCIDENT,INTIMEE SUR INCIDENT**

comparaissant par Maître DELLICOUR loco Maître A.BALLAND-
LAMBERT, avocats à Liège ,

ET

LA S.P.R.L. GRAMME, en liquidation

**faisant élection de domicile en l'étude de son conseil Maître
F.DEMBOUR, avocat, rue Ste-Véronique n° 27,à 4000 LIEGE,**

**PARTIE INTIMÉE,APPELANTE SUR INCIDENT ET INTIMEE SUR
INCIDENT,**

comparaissant par Maître A.OLLIVIER substituant Maître F.DEMBOUR,
avocats à Liège.

Revu l'arrêt rendu le 16 octobre 2006 par la présente chambre de la Cour le 16 octobre 2006 ainsi que les pièces du dossier de la procédure qui y sont jointes ,

- les conclusions de synthèse de la S.P.R.L. G . reçues au greffe de la Cour le 30 novembre 2006,

- les conclusions de synthèse de la S.P.R.L. CLOS reçues au greffe de la Cour le 27 août 2007,

- les dernières conclusions de synthèse de la S.P.R.L. G. reçues au greffe de la Cour le 1^{er} octobre 2007,

les conclusions après arrêt de Madame R. déposées à l'audience de la Cour le 19 novembre 2007,

- l'ordonnance rendue par la présente chambre de la Cour le 27 juin 2007 sur base de l'article 747 § 2 du code judiciaire , régulièrement notifiée aux parties,

- le dossier de la S.P.R.L. G. déposé au greffe de la Cour le 1^{er} octobre 2007 et les dossiers de chacune des parties déposés à l'audience du 19 novembre 2007;

Entendu à l'audience du 19 novembre 2007 à laquelle les débats furent repris ab initio, les conseils des parties en leurs dires et moyens;

°
° °

I.- ETAT DE LA PROCEDURE

La Cour par son arrêt prononcé le 16/10/2006 a dit recevable l'appel dirigé par Madame R. contre la S.P.R.L. CLOS et irrecevable l'appel qu'elle dirige contre la S.P.R.L. G.

La Cour a dit recevable l'appel incident de la S.P.R.L. G.

La Cour à la demande des parties a réservé à statuer pour le surplus.

II.- LES FAITS

Madame R. a été engagée par la S.P.R.L. G. à partir du 10/11/1998 dans les liens d'un contrat de travail d'ouvrier, tout d'abord à durée déterminée puis ensuite à durée indéterminée et à temps partiel en qualité d'auxiliaire de soins.

Une annexe au contrat, signée par les parties mentionne :

« Les parties conviennent que le travailleur effectue une garde dormante dans l'entreprise de 20 hrs à 7 hrs.

Les parties s'accordent pour considérer que cette période de nuit couvrant 11 heures consécutives ne soit comptabilisée qu'à concurrence de 4 heures de travail effectif.

Néanmoins, si pour des raisons exceptionnelles, ou à la demande de l'employeur, le travailleur est amené à prêter au cours d'une nuit des heures effectivement supérieures à 4 heures, la période de travail effectivement prestée sera rémunérée en ce sens ».

Par convention du 01/02/2001 S.P.R.L. G. a cédé son fonds de commerce à la S.P.R.L. CLOS et à partir du 01/04/2001 Madame R. à qui avait été notifiée la cession d'entreprise, a poursuivi ses prestations au service de la S.P.R.L. CLOS.

Le 01/06/2001 le temps de travail de Madame R. a été porté à 38 heures/semaine.

Le 03/01/2003 la S.P.R.L. CLOS a notifié à Madame R. qu'elle mettait fin à son contrat de travail moyennant le paiement d'une indemnité compensatoire de préavis égale à 35 jours de rémunération.

Par citation du 24/03/2003 Madame R. sollicite condamnation de la S.P.R.L. CLOS à lui payer à titre de régularisation de sa rémunération pour les prestations dites de « garde dormante » de 1998 à 2001 sur base de 7 heures de prestations un montant de 13.871,26 € majoré à 135 % pour prestations de nuit, soit 18.726,20 €.

Le 22/05/2003 la S.P.R.L. G. a fait intervention volontaire afin de se défendre d'une demande en garantie que la S.P.R.L. CLOS entendait diriger contre elle dans la mesure où elle serait condamnée à payer à Madame R. des arriérés de rémunération.

Par conclusions déposées le 21/11/2003 la S.P.R.L. CLOS a formulé à titre subsidiaire une demande tendant à la condamnation de la S.P.R.L. G. à la garantir de toute condamnation qui serait prononcée à son encontre.

Par conclusions déposées le 19/12/2003 la S.P.R.L. G. a formulé à titre subsidiaire une demande tendant à la condamnation de la S.P.R.L. CLOS à la garantir de toute condamnation qui serait prononcée à son encontre.

III.- LE JUGEMENT DONT APPEL

Le premier juge dit les demandes recevables : il condamne la S.P.R.L. CLOS à payer à Madame R. à titre d'arriérés de rémunération pour la période de 1998 au 31/03/2001 la somme de 228,96 €

Le premier juge dit la demande incidente fondée ; il condamne la S.P.R.L. G. à garantir la S.P.R.L. CLOS des condamnations contenues dans le jugement qu'il prononce.

Le premier juge ordonne la réouverture des débats en ce qui concerne la demande qui s'attache à la période du 01/04/2001 au 31/12/2001.

Le premier juge considère tout d'abord que la demande n'est pas prescrite, le non-paiement de la rémunération étant qualifié d'infraction continuée, la prescription quinquennale a débuté le jour du dernier acte délictuel.

Le premier juge observe que le contrat intervenu entre parties prévoit la rémunération des prestations de 20 heures à 22 heures et de 5 heures à 7 heures et également que les prestations en dehors de ces heures sont rémunérées en proportion de ce qui est effectivement accompli. Ces dispositions contractuelles sont conformes aux normes légales selon le premier juge.

Le premier juge considère que pour la période allant de 1998 à mars 2001 un agenda reprenant les prestations détermine le droit de Madame R. à percevoir une rémunération de 228,96 € compte tenu d'un sursalaire de 20 %. Le premier juge estime que Madame R. ne prouve pas avoir accompli davantage de prestations de nuit.

Pour la période postérieure au 30/03/2001 le premier juge estime que les prestations de nuit effectuées par Madame R. doivent être établies.

Selon le premier juge, les conditions de la cession d'entreprise justifient que la S.P.R.L. G. doive garantir la S.P.R.L. CLOS, la créance de Madame R. constituant pour le premier juge une dette existante au moment de la cession, même si Madame R. n'avait pas encore mis en œuvre son droit.

IV.- CRITIQUES ET MOYENS DES PARTIES

Madame R. estime apporter la preuve de l'importance des prestations fournies durant les heures de nuit au moyen d'attestations.

Madame R. entend faire la demande de tenue d'une enquête afin d'établir l'importance de ses prestations de nuit.

Madame R. sollicite condamnation solidaire de la S.P.R.L. G et de la S.P.R.L. CLOS au paiement de la somme de 18.726,20 €, représentant la rémunération de 7 heures par nuit avec majoration de 35% pour prestations de nuit et 50% pour jours fériés.

La S.P.R.L. CLOS fait valoir que l'arrêt JAEGER prononcé par la Cour de Justice des Communautés Européennes interprète la directive 93/104/CE du Conseil du 23/11/1993 uniquement en ce qui concerne les aspects de l'aménagement du temps de travail lié à la santé et à la sécurité des travailleurs et laisse intacte la liberté d'un état membre de légiférer en ce qui concerne le mode de rémunération de périodes de présence au travail sans qu'il y ait exercice d'une activité.

La S.P.R.L. CLOS estime qu'il était permis aux parties au contrat de travail de régler la question de la rémunération et de la durée des prestations par convention individuelle.

La S.P.R.L. CLOS estime qu'il n'y a pas lieu d'écarter l'avenant au contrat de travail, ni d'interpréter celui-ci.

La S.P.R.L. CLOS estime que Madame R. ne rapporte pas la preuve de prestations "de nuit" au delà de ce qui a été retenu par le premier juge. Elle considère que Madame R. , dans ses conclusions principales d'appel, reconnaît ne pas avoir eu de prestations entre 22 heures et 5 heures.

La S.P.R.L. CLOS estime que les faits offerts à preuve par Madame R. ne sont pas précis et pertinents de sorte qu'il n'y a pas lieu d'autoriser l'enquête qu'elle sollicite.

La S.P.R.L. CLOS estime ne pas être tenue des dettes de rémunération de la S.P.R.L. G. à l'égard de Madame R. antérieures à la cession au motif qu'ils ne s'agit pas de dettes ayant un fondement contractuel, mais bien délictuel dès lors que le non-paiement de la rémunération est érigé en infraction.

La S.P.R.L. CLOS estime par ailleurs ne pouvoir être elle-même condamnée pour avoir commis une infraction dès lors qu'elle peut invoquer une erreur invincible.

La S.P.R.L. CLOS estime que le décompte des heures pour lesquelles la rémunération est réclamée par Madame R. est erroné et imprécis.

La S.P.R.L. CLOS articule que la S.P.R.L. G. doit être condamnée à la garantir de toute condamnation qui serait prononcée contre elle pour ce qui concerne les dettes antérieures à la cession, se référant aux conditions prévues dans le contrat de cession.

La S.P.R.L. CLOS forme appel incident et articule que la S.P.R.L. G. doit être condamnée à la garantir également de toute condamnation qui serait prononcée contre elle pour ce qui concerne les dettes postérieures à la cession considérant qu'à défaut de consentement du travailleur, l'ancien employeur reste tenu des engagements futurs en application de l'article 1275 du Code Civil.

La S.P.R.L. G. considère que si les dispositions de la directive 93/104/CE du Conseil de l'Union Européenne du 23/11/1993 imposent de considérer comme temps de travail des périodes de garde où le travailleur est inactif, c'est exclusivement pour ce qui concerne la protection de la sécurité et de la santé du travailleur mais ces dispositions laissent intacte la liberté contractuelle en ce qui concerne les modalités de rémunération de ces périodes d'inactivité.

La S.P.R.L. G. articule que Madame R. n'établit pas l'existence de prestations au delà des 4 heures effectivement rémunérées et des prestations effectives de nuit qui sont établies par des agendas produits devant le premier juge soit 5 heures en 1998, 12 heures en 1999, 8 heures en 2000 et aucune heure en 2001, sur base de quoi le premier juge a retenu le montant de 228,96 €.

La S.P.R.L. G. introduit un appel incident et sollicite d'être déchargée de la condamnation à garantir la S.P.R.L. CLOS des condamnations prononcées contre elle.

La S.P.R.L. G. fait valoir qu'elle ne peut être débitrice de dettes nées après la date de la cession.

La S.P.R.L. G. fait valoir que les dettes dont elle reste débitrice à l'exclusion de la S.P.R.L. CLOS sont les dettes existant au moment de la cession soit celles qui à ce moment sont celles encodées dans sa comptabilité.

La S.P.R.L. G. considère que le recours subrogatoire de la S.P.R.L. CLOS est fondé sur l'article 1251 du Code Civil, ce qui justifie qu'elle puisse opposer à la S.P.R.L. CLOS les exceptions qu'elle pouvait opposer à Madame R. Elle estime que la demande formulée par Madame R. est prescrite à son égard et qu'elle peut opposer à la S.P.R.L. CLOS l'exception de prescription.

V.- DISCUSSION

5.1. Demande principale – appel principal

Madame R. sollicite condamnation solidaire de la S.P.R.L. CLOS et de la S.P.R.L. G. à lui payer un montant de 18.726,20 € à titre de rémunération des prestations de nuit qu'elle a effectuées depuis son engagement le 10/11/1998 jusqu'à la fin de l'année 2001.

Cette action est exclusivement de nature contractuelle, dès lors qu'elle se fonde sur l'obligation qu'a l'employeur de payer la rémunération, ceci sans préjudice de considérations relatives à la prescription applicable.

Comme en a jugé la Cour dans son arrêt prononcé le 16/10/2006, l'appel introduit par Madame R. dirigé contre la S.P.R.L. G. est irrecevable, ce qui prohibe que Madame R. formule en degré d'appel une demande de condamnation de la S.P.R.L. G.

5.1.1. La notion de durée du travail.

L'article 19 alinéa 2 et 3 de la loi du 16/03/1971 sur le travail définit la notion de durée du travail comme étant le temps durant lequel le personnel est à la disposition de l'employeur, étant entendu qu'un arrêté royal peut déterminer le temps pendant lequel le travailleur est à la disposition de l'employeur notamment en ce qui concerne les travailleurs occupés à des travaux essentiellement intermittents.

Aucun arrêté royal n'a été pris en ce qui concerne spécifiquement le secteur des maison de repos et de soins ou des homes pour personnes âgées ; un arrêté royal du 22/05/1967 a été pris pour les « ouvriers des entreprises dont l'activité consiste dans l'organisation de la garde et de la surveillance des lieux de travail pendant les périodes d'arrêts de travail ou d'autres lieux pendant les périodes au cours desquels ils sont normalement déserts », lequel prévoit en son article 2, 2° pour les prestations effectuées de 20 heures à 6 heures une période de 4 heures de repos qui n'est pas considérée comme du temps où le travailleur est à la disposition de son employeur pour autant que ledit repos soit pris dans un lieu convenablement aménagé à cet effet.

Dans un arrêt du 09/09/2003, en cause JAEGER (affaire C-151/02) la Cour européenne de justice répondant à une question préjudicielle, a statué :

« La directive 93/104/CE du Conseil, du 23 novembre 1993, concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail, doit être interprétée en ce sens qu'il convient de considérer un

service de garde («Bereitschaftsdienst») qu'un médecin effectue selon le régime de la présence physique dans l'hôpital comme constituant dans son intégralité du temps de travail au sens de cette directive, alors même que l'intéressé est autorisé à se reposer sur son lieu de travail pendant les périodes où ses services ne sont pas sollicités, en sorte que celle-ci s'oppose à la réglementation d'un État membre qui qualifie de temps de repos les périodes d'inactivité du travailleur dans le cadre d'un tel service de garde. »

Dans sa motivation l'arrêt de la Cour européenne de justice mentionne notamment :

« Selon la Cour, le facteur déterminant pour considérer que les éléments caractéristiques de la notion de «temps de travail», au sens de la directive 93/104, sont présents dans les périodes de garde que les médecins effectuent dans l'hôpital même est le fait qu'ils sont contraints d'être physiquement présents sur le lieu déterminé par l'employeur et de s'y tenir à la disposition de ce dernier pour pouvoir immédiatement fournir leurs services en cas de besoin. En effet, ainsi qu'il ressort du point 48 de l'arrêt Simap, précité, il y a lieu de considérer ces obligations, qui mettent les médecins concernés dans l'impossibilité de choisir leur lieu de séjour pendant les périodes d'attente, comme relevant de l'exercice de leurs fonctions.

Cette conclusion n'est pas modifiée du seul fait que l'employeur met à la disposition du médecin une pièce de repos dans laquelle il peut séjourner aussi longtemps que ses services professionnels ne sont pas requis.

Il convient d'ajouter que, ainsi que la Cour l'a déjà jugé au point 50 de l'arrêt Simap, précité, en comparaison avec un médecin relevant du régime de l'astreinte, qui ne suppose que l'accessibilité permanente de ce dernier sans pour autant exiger sa présence physique dans l'établissement de santé, un médecin qui est obligé de se tenir à la disposition de son employeur sur le lieu déterminé par celui-ci, durant toute la durée de ses périodes de garde, est soumis à des contraintes sensiblement plus lourdes, puisqu'il doit demeurer éloigné de son environnement tant familial que social et bénéficie d'une latitude moindre pour gérer le temps pendant lequel ses services professionnels ne sont pas sollicités. Dans ces conditions, un travailleur disponible sur le lieu déterminé par l'employeur ne saurait être considéré comme étant au repos durant les périodes de son service de garde au cours desquelles il n'exerce pas effectivement d'activité professionnelle. »

La disposition de l'article 19 alinéa 2 de la loi du 16/03/1971 impose de considérer comme temps de travail le temps pendant lequel le travailleur est à la disposition de l'employeur, sans qu'il soit permis de distinguer selon que des prestations sont effectivement accomplies ou non ; selon la

disposition du même article 19 seul un arrêté royal pouvait déterminer de façon particulière et pour certaines branches d'activité seulement en quoi consistait le temps pendant lequel le travailleur était à la disposition de l'employeur.

En conséquence il ne devait pas être permis aux parties de déterminer dans un contrat en quoi consistait le temps où le travailleur était à la disposition de l'employeur.

Sur base de l'interprétation donnée par l'arrêt précité de la Cour Européenne de Justice à la directive 93/104/CE du Conseil, du 23 novembre 1993, il n'est plus permis à une législation nationale de qualifier de temps de repos les périodes d'inactivité d'un travailleur dans le cadre d'un service de garde sur le lieu de travail lorsque le travailleur est autorisé à se reposer sur son lieu de travail pendant les périodes où ses services ne sont pas sollicités.

A fortiori, un contrat de travail ou une convention d'entreprise ne peut qualifier de périodes de repos ou de périodes dites « dormantes » celles durant lesquelles un travailleur se trouve tenu de demeurer sur le lieu de travail, à la disposition de l'employeur et prêt à répondre à tout moment à la demande de prestations émanée de l'employeur ou des personnes hébergées dans l'établissement de celui-ci.

Au contraire, il faut considérer, dans le sens de la motivation retenue par l'arrêt de la Cour Européenne que le travailleur obligé de se tenir à la disposition de son employeur sur le lieu déterminé par celui-ci, durant toute la durée de ses périodes de garde, qui doit demeurer éloigné de son environnement tant familial que social et bénéficie d'une latitude moindre pour gérer le temps pendant lequel ses services professionnels ne sont pas sollicités, ne peut être considéré comme étant au repos durant les périodes de son service de garde au cours desquelles il n'exerce pas effectivement d'activité professionnelle mais au contraire doit être considéré comme étant au travail.

Les périodes prestées par Madame R. tant au service de la S.P.R.L. G. que de la S.P.R.L. CLOS de 20 heures à 7 heures ne pouvaient être qualifiées de « garde dormante » et constituaient du temps de travail dans leur intégralité.

Les arrêts DELLAES (c-14/04) et VOREL (C-437/05) prononcés par la Cour de Justice des Communautés Européennes respectivement les 01/12/2005 et 11/01/2007 ne contredisent pas cette conclusions mais la renforcent ; dans l'arrêt VOREL, la Cour conclut :

La directive 93/104/CE du Conseil, du 23 novembre 1993, concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail, telle que modifiée par la directive 2000/34/CE du Parlement européen et du Conseil, du 22 juin 2000, ainsi que la directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil, du 4

novembre 2003, concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail, doivent être interprétées en ce sens que :

- elles s'opposent à la réglementation d'un Etat membre en vertu de laquelle les services de garde qu'un médecin accomplit selon le régime de la présence physique sur le lieu même de travail, mais au cours desquels il n'exerce aucune activité réelle, ne sont pas considérés comme constituant dans leur intégralité du « temps de travail » au sens desdites directives;

- elles ne s'opposent pas à l'application par un Etat membre d'une réglementation qui, aux fins de la rémunération du travailleur et s'agissant du service de garde effectué par celui-ci sur son lieu de travail, prend en compte de manière différente les périodes au cours desquelles des prestations de travail sont réellement effectuées et celles durant lesquelles aucun travail effectif n'est accompli, pour autant qu'un tel régime assure intégralement l'effet utile des droits conférés travailleurs par lesdites directives en vue de la protection efficace de la santé et de la sécurité de ces derniers.

Il n'est en conséquence pas interdit à un état membre de prévoir dans sa législation une rémunération particulière des prestations effectuées dans un service de garde dormante lesquelles doivent nécessairement être considérées comme constituant du temps de travail . La question revient dès lors au droit national, s'agissant de déterminer si une disposition existe qui déterminerait un mode particulier de rémunération des prestations effectuées dans un service tel que le prestait Madame R.

5.1.2. La rémunération des prestations de nuit dans une maison de retraite, de repos et de soins

Il n'existe aucun texte de loi au sens large ni dans le droit fédéral, ni dans le droit régional ou communautaire qui modalise la rémunération des prestations effectuées de nuit dans les maisons de retraite, de repos et de soins en ce qui concerne les personnes qui effectuent des prestations « à la demande » et peuvent se reposer entre celles-ci.

Il n'existe pas davantage dans le secteur des maisons de repos de convention collective de travail prise au sein de la C.P. 305.02 qui déterminerait la notion de « garde dormante » ou établirait un mode particulier de rémunération pour celle-ci.

Au contraire, la CCT du 24/06/1996, rendue obligatoire par A.R. du 16/07/1996 et la CCT du 25/09/2002 rendue obligatoire par A.R. du 23/10/2002, qui succède à la précitée, qui déterminent les conditions de travail et de rémunération du personnel des homes pour personnes âgées

et des maisons de repos et de soins, établissent des barèmes de rémunération minimum garantie qui ne comportent aucune distinction entre les prestations de jours et les prestations de nuit et entre les prestations ininterrompues et celles qui ne s'exercent qu'à la demande ou selon les besoins.

L'article 2 de la CCT du 24/06/1996 dispose :

« Les dispositions de la présente convention collective de travail fixent les règles générales applicables à tous les travailleurs et ne visent qu'à déterminer les rémunérations minima laissant aux parties la liberté de convenir de conditions plus avantageuses, en tenant compte notamment d'une part des capacités particulières et du mérite personnel des intéressés et d'autre part de mesures limitatives légaux éventuelles » (c'est la Cour qui souligne).

L'article 6 de la convention prévoit la garantie d'une rémunération minimum en base annuelle tout en déterminant le salaire soit mensuel, soit horaire correspondant, étant uniquement précisé *« Pour le personnel employé occupé à temps partiel, la rémunération minimum mensuelle garantie, telle que prévue dans cet article, est calculée proportionnellement à la durée de la prestation de travail mensuelle »*.

En outre, la CCT du 07/12/2000 rendue obligatoire par A.R. du 14/01/2002, prévoit pour les prestations effectuées de nuit notamment, un sursalaire de 35% pour les « prestations effectivement prestées » en semaine, sursalaire porté à 50% pour ces mêmes « prestations effectivement prestées » la nuit les dimanches et jours fériés, ce qui implique *a contrario* que les prestations de nuit « non effectivement prestées » doivent être rémunérées sans sursalaire.

Auparavant la CCT du 18/12/1995 disposait en son article 4 :

« Au personnel astreint soit à des prestations de travail dominical, de samedi, des jours fériés légaux, la nuit ou à un service coupé, c'est à dire un service de jour interrompu quatre heures d'affilée au moins, un supplément de 20% sur la rémunération réelle est accordée proportionnellement à la durée des prestations de travail irrégulières effectivement fournies ».

L'annexe au contrat de travail sur base de laquelle la S.P.R.L. G. et la S.P.R.L. CLOS se fondent pour contester la demande formulée par Madame R. dispose :

*« Les parties conviennent que le travailleur effectue une garde dormante dans l'entreprise de 20 heures à 7 heures.
Les parties s'accordent pour considérer que cette période de nuit couvrant 11 heures consécutives ne soit comptabilisée qu'à concurrence de 4 heures de travail effectif.*

Néanmoins, si pour des raisons exceptionnelles, ou à la demande de l'employeur, le travailleur est amené à prêter au cours d'une nuit des heures effectivement supérieures à 4 heures, la période de travail effectivement prestée sera rémunérée en ce sens ».

Il est permis de s'interroger quant à la légalité de cette disposition contractuelle qui, a première vue, n'est pas conforme aux dispositions des normes hiérarchiquement supérieures que sont les CCT rendues obligatoires des 24/06/1996 et 25/09/2002, qui déterminent des barèmes de rémunération minimum garantie sans formuler la moindre distinction entre le travail de nuit effectivement presté et celui qui consiste à être présent sur le lieu de travail, prêt à répondre à toute demande ou nécessité.

Il convient de rappeler que conformément à l'article 20, 3° de la loi du 03/07/1978, l'employeur a l'obligation de payer la rémunération aux conditions, au temps et au lieu convenu, la rémunération qui est un élément essentiel au contrat de travail étant définie par la Cour de Cassation comme étant « la contrepartie du travail effectué en exécution du contrat de travail ».

En l'espèce, le contrat définit la tâche de Madame R. comme étant « soins et polyvalence en maison de repos » et si les parties sont très largement contraires en fait quant à la description des tâches que devait accomplir Madame R., à tout le moins sont elles concordantes en ce qui concerne le fait que celle-ci devait répondre aux appels des pensionnaires de la maison de repos adressés dans le local de repos, où Madame R. devait se trouver, via une sonnerie et une lampe qui s'allumait pour identifier l'origine de l'appel.

Il est particulièrement difficile de déterminer précisément les « prestations effectivement prestées » quant à leur durée, à défaut que soient utilisés des instruments de mesures fiables, tels des appareils électroniques de type « tachygraphe » et tout au plus peut on retenir des pièces qui sont produites et qui consistent dans des cahiers qui durant la période du 19/09/2002 au 19/02/2003 comportent des indications de certaines prestations des travailleurs de la maison de repos – les « agendas » dont fait état le premier juge ne pouvant être produits devant la Cour car ils ont, selon les parties, disparus depuis – que l'unique travailleur de garde la nuit dans cet établissement de 40 lits est amené au cours d'une nuit, soit de 22 heures à 5 heures à effectuer plusieurs « rondes » et un nombre non négligeables d'interventions dont il est impossible de dire si elles durent chacune 2 minutes ou une demi-heure.

Compte tenu des pièces déposées, la Cour retient que le travail effectué en exécution du contrat, qui constitue la contrepartie du droit au paiement de la rémunération, doit s'entendre non seulement de l'exécution de prestations matérielles nombreuses et difficilement quantifiables au cours d'une nuit mais également d'une disponibilité constante impliquant une attention permanente aux appels des résidents et une réponse immédiate

à ces appels, de sorte que l'intégralité du temps de présence sur le lieu de travail durant la nuit doit être considérée comme constituant le travail effectué en exécution du contrat.

La disposition de l'annexe au contrat qui vise à ne pas rémunérer ce travail, contrairement à l'obligation faite à l'employeur par l'article 20, 3° de la loi du 03/07/1978, de payer la rémunération, doit être réputée nulle en application de l'article 6 de la loi du 03/07/1978 dès lors qu'elle est contraire aux dispositions de la loi et vise à restreindre les droits du travailleurs.

S'il peut être admis que les dispositions d'une convention collective de travail modalisent le mode de rétribution de certaines prestations déterminées – et l'on pense par exemple à la rémunération des temps d'attente en matière de transports internationaux ou à l'octroi des indemnités de mobilité dans le secteur de la construction – il ne peut être admis que dans un contrat de travail les parties conviennent de ne pas rétribuer le travail presté, ce qui revient à vider de son sens le contrat de travail en portant atteinte à l'un des éléments essentiels de celui-ci.

Le fait que les dirigeants de la S.P.R.L. G. aient été acquittés par jugement du Tribunal correctionnel de LIEGE du 25/05/1994 de la prévention de n'avoir pas payé la rémunération à 5 travailleurs, précisément la rémunération de 11 heures de prestations de nuit en lieu et place de 4 heures, est ici sans relevance, d'une part parce que la période infractionnelle évoquée est antérieure à l'engagement de Madame R. par la S.P.R.L. G. et d'autre part, parce que le juge pénal a examiné l'existence de l'infraction en se référant aux dispositions du contrat, sans examiner la légalité de celles-ci.

On rappellera à l'intention de la S.P.R.L. CLOS que ni la jurisprudence, ni les courriers de l'inspection des lois sociales, courrier d'ailleurs prudent puisqu'il réserve le pouvoir souverain d'appréciation des tribunaux au cas ou un recours leur serait soumis, ne constituent pas des sources de droit.

Les prestations effectuées par Madame R. au service de la S.P.R.L. G. d'abord et de la S.P.R.L. CLOS ensuite devaient être rémunérées dans leur intégralité de 20 heures à 7 heures, soit 11 heures de travail et non uniquement 4 heures comme elles l'ont été.

5.1.3. Pour justifier du sursalaire à 135%, il incombe à Madame R. d'établir de façon précise la durée de chacune des « prestations effectivement prestées » puisque la CCT fait cette distinction entre ces prestations et celles qui ne sont pas « effectivement prestées », c'est-à-dire les prestations consistant dans une simple présence sans accomplissement d'actes matériels.

Cette preuve est particulièrement ardue, pour ne pas dire impossible, en l'absence comme précisé ci-dessus, d'instruments de mesure objectifs et fiable.

Madame R. offre de rapporter la preuve par voie d'enquête des faits suivants :

- les instructions de l'employeur au niveau de la tenue des agendas énonçaient que toutes les tâches accomplies dans le courant d'une garde de nuit ne devaient pas être reportées en termes de mention.
- l'inventaire des tâches réellement prestées entre 20 heures et 22 heures et 5 heures et 7 heures.
- le personnel de nuit de 22 heures à 5 heures du matin devait autant que faire se peut ne pas déranger l'employeur et gérer seul les réactions adéquates à déployer face aux appels.
- à l'occasion des gardes de nuit au sens strict, les membres du personnel étaient toujours confrontés à des tâches imprévues pendant la durée de 22 heures à 5 heures et notamment tous les appels étaient reçus par le membre du personnel présent dans le local de garde.

La Cour estime ne pas pouvoir autoriser l'enquête sollicitée dès lors qu'elle ne porte pas sur des faits pertinents au sens de l'article 915 du Code Judiciaire : même si les faits offerts à preuve étaient prouvés, ils ne permettraient pas de quantifier de façon précise les « prestations effectivement prestées ou effectivement fournies » qui sont génératrices du droit au sursalaire.

Les attestations produites par Madame R. n'établissent pas davantage le nombre exact et la durée des dites prestations ; à défaut d'établir celles-ci Madame R. ne peut bénéficier du sursalaire réclamé.

5.1.4. Madame R. produit à son dossier le décompte des rémunérations dont elle réclame paiement, en comptabilisant les nuits prestées chaque année de 1998 à 2001 et en valorisant pour chacune d'elles 7 heures de prestation au montant de rémunération horaire déterminé par le barème figurant à la CCT.

L'examen des feuilles de paie produites par Madame R. permet de déterminer le nombre de nuits prestées chaque année, en regard des sursalaires octroyés à concurrence de 4 heures et il se vérifie ainsi que le nombre de nuits prestées comptabilisées par Madame R. à son décompte est correct ; la valorisation à concurrence de 7 heures par nuit et les montants de rémunération horaire le sont également.

Madame R. est en conséquence fondée à obtenir paiement à titre d'arriérés de rémunération de novembre 1998 à décembre 2001 de la somme de 13.871,26 € à charge de la S.P.R.L. CLOS laquelle est tenue, in solidum avec la S.P.R.L. G. au paiement des dettes résultant du contrat de travail de Madame R. existant à la date du transfert soit au 01/04/2001,

et personnellement au paiement de la rémunération due à partir du 01/04/2001.

Il ne s'agit nullement en l'espèce d'accorder à Madame R. des dommages et intérêts réparant le dommage causé par une infraction qu'aurait commise la S.P.R.L. G., Madame R. ne sollicitant pas l'octroi de dommages et intérêts mais bien l'exécution d'une obligation de nature et d'origine contractuelle, celle pour l'employeur de payer la rémunération due en fonction du travail presté. Aucune infraction n'est d'ailleurs identifiée qui aurait été commise, ni aucun élément permettant d'imputer une infraction à charge de la S.P.R.L. G., la question en débat ne concernant que la validité d'une disposition contractuelle.

Il n'est donc nullement question d'une dette de nature délictuelle ou quasi-délictuelle de la S.P.R.L. G. mais bien d'une dette de nature contractuelle à laquelle la S.P.R.L. CLOS en sa qualité de cessionnaire de l'entreprise est tenue in solidum.

Comme précisé ci-dessus, Madame R. ne peut obtenir condamnation de la S.P.R.L. G. dès lors que l'appel qu'elle a prétendu diriger contre celle-ci a été dit irrecevable.

5.2. Les demandes en garantie – les appels incidents

La CCT 32 bis a pour objet, comme l'indique son article 1^{er}, de garantir les droits des travailleurs en cas de changement d'employeur du fait d'un transfert conventionnel d'entreprise et de garantir certains droits de ceux-ci en cas de reprise d'actif après faillite ; elle ne concerne en rien le règlement des droits respectifs des employeurs cédant et cessionnaire.

L'article 8 de la CCT prévoit à cette fin une obligation in solidum du cédant et du cessionnaire en ce qui concerne les dettes existant à la date du transfert, du fait du contrat de travail sans régler en rien le problème de la contribution à la dette entre ces deux parties.

Si en principe la question de la contribution à la dette entre co-débiteurs tenus in solidum peut se régler en référence aux dispositions de l'article 1251, 3°, du Code Civil, rien ne s'oppose à ce que ces débiteurs tenus in solidum déterminent par convention la répartition entre eux de cette contribution à la dette.

Il a été arrêté :

« Dès lors qu'il retient la responsabilité in solidum extra contractuelle de deux débiteurs tenus l'un avec l'autre à l'égard de la victime, sans constater que dans leurs rapports mutuels, ils ont dérogé à l'article 1251,

3°, du Code civil, le juge ne peut décider que dans ces rapports, l'un d'eux ne supportera aucune partie du dommage ».

(Cass. 09/03/1992, 3^{ème} Ch. RG 9283 PAS 1992, I, 607).

En l'espèce la S.P.R.L. CLOS et la S.P.R.L. G. ont prévu dans la convention de cession du fonds de commerce qu'elles ont conclu le 01/02/2001 la disposition suivante :

« Ne sont cependant pas compris dans la présente cession les éléments repris ci-après que le cédant se réserve expressément à savoir :

...
- *les dettes existantes... »*

En application de cette disposition contractuelle, la S.P.R.L. G. est seule tenue, vis-à-vis de la S.P.R.L. CLOS, à supporter les dettes existantes au moment où s'opère la cession du fonds de commerce, c'est-à-dire le 04/11/2001.

La S.P.R.L. G. considère que la dette d'arriérés de rémunération reconnue au profit de Madame R. ne peut être qualifiée de dette existante au moment de la cession car à ce moment cette dette n'est pas comptabilisée et qu'elle n'apparaîtra que postérieurement à la cession ; la S.P.R.L. G. estime qu'elle n'a pas souhaité s'engager pour un passif occulte.

La S.P.R.L. CLOS considère au contraire que la dette était existante au moment de la cession, l'existence d'un droit étant indépendante de la mise en œuvre de celui-ci par son titulaire.

L'interprétation de la convention proposée par la S.P.R.L. G. ne peut être retenue, l'existence d'une dette devant se déterminer en regard du droit du créancier dès que celui-ci a pris naissance et non à partir du moment où le créancier exerce ce droit : le droit du travailleur à percevoir sa rémunération prend naissance au fur et à mesure de l'exécution de la prestation de travail dont elle est la contrepartie et la dette de rémunération est exigible à chaque échéance à tout le moins mensuelle conformément à l'article 9 de la loi du 12/04/1965.

L'interprétation proposée par la S.P.R.L. G. heurte par ailleurs le principe de l'exécution de bonne foi des conventions dans la mesure où elle aboutirait à faire supporter au cessionnaire toute dette contractée par le cédant, quelle qu'en soit la cause, dès lors qu'au moment de la cession cette dette n'aurait pas simplement été comptabilisée et serait de ce fait ignorée du cessionnaire alors que le cédant en aurait lui connaissance.

En vertu de la convention intervenue entre la S.P.R.L. G. et la S.P.R.L. CLOS, la première est seule tenue à la dette d'arriéré de salaire au profit de Madame R. pour la période antérieure à la cession ; dès lors que la contribution à la dette n'est pas déterminée par le mécanisme de la

subrogation mais bien par les dispositions d'une convention entre codébiteurs in solidum, les moyens développés par la S.P.R.L. G. fondés sur la subrogation, notamment le moyen de la prescription, sont hors de propos et doivent être écartés.

La S.P.R.L. CLOS considère par ailleurs à tort que la S.P.R.L. G. devrait la garantir également des dettes d'arriérés de rémunération nées après la cession dès lors que cette garantie est dépourvue de fondement en droit : ni la convention entre parties, ni l'application du mécanisme de la subrogation ne fondent une obligation de la S.P.R.L. G. vis-à-vis de la S.P.R.L. CLOS à garantir des dettes nées postérieurement à la cession, la CCT 32 bis n'impliquant une débiton in solidum que pour les dettes nées du contrat de travail existantes au moment de la cession. Les observations de la S.P.R.L. CLOS relatives à l'application de l'article 1275 du Code Civil, outre qu'elles sont dépourvues de pertinence en regard des dispositions de la directive 2001/23, ne sont susceptibles que d'intéresser la relation entre le travailleur et les employeurs successifs et non la relation pouvant exister entre ceux-ci.

L'obligation à garantie qui pèse sur la S.P.R.L. G. s'arrête au montant de 11.416,42 € représentant les arriérés de rémunérations dus à Madame R. pour la période de novembre 1998 à mars 2001.

VI.- DECISION DE LA COUR

Vu les dispositions de la loi du 15 juin 1935 concernant l'emploi des langues en matière judiciaire, notamment son article 24,

LA COUR, après en avoir délibéré et statuant contradictoirement :

Revu l'arrêt prononcé le 16 octobre 2006

Dit l'appel principal fondé.

Réforme le jugement dont appel,

Condamne la S.P.R.L. CLOS à payer à Madame R. à titre d'arriérés de rémunération pour la période s'étendant du 10/11/1998 au 31/12/2001 la somme de 13.871,26 € sous déduction des retenues sociales et fiscales s'il y a lieu, le solde étant majoré des intérêts au taux légal depuis la date moyenne du 30/06/1999.

Déboute Madame R. pour le surplus de sa demande.

Condamne la S.P.R.L. CLOS aux dépens liquidés pour Madame R. en instance à 320,92 € et en appel à 291,52 €.

Dit l'appel incident de la S.P.R.L. CLOS fondé et l'appel incident de la S.P.R.L. G. non fondé.

Condamne la S.P.R.L. G. a garantir la S.P.R.L. CLOS de la condamnation prononcée à sa charge au profit de Madame R. à concurrence du montant de 11.416,42 € en principal, majoré des intérêts produit par les sommes à verser par la S.P.R.L. CLOS à Madame R. au pro rata de ce montant de 11.416,42 €.

Condamne la S.P.R.L. G. aux dépens de l'action en garantie liquidés pour la S.P.R.L. CLOS à 218,64 € en instance et à 291,52 € en appel.

Ainsi délibéré et jugé par :

M. Albert HAVENITH, Conseiller faisant fonction de Président,
M. M.XHARDE, Conseiller social au titre d'employeur,
M. F.BOYNE , Conseiller social au titre d' ouvrier,

qui ont assisté aux débats de la cause,

et prononcé en langue française à l'audience publique de la **CINQUIEME** Chambre de la Cour du travail de Liège, section de Liège, en l'annexe du Palais de Justice de Liège, rue St-Gilles n° 90c, le **DIX-NEUF DECEMBRE DEUX MILLE SEPT**, par le même siège,

assisté de Mme Simone COMPERE, Greffier.