



N° d'ordre

Numéro du répertoire 2017 /
R.G. Trib. Trav. 14/421832/A
Date du prononcé 14 septembre 2017
Numéros du rôle 2016/AL/161 et 2016/AL/163
En cause de : - NETSITE S.A - PROCUREUR GENERAL PRES LA COUR DU TRAVAIL DE LIEGE - D. V. - L. S. L. - P. F.

Expédition

Délivrée à
Pour la partie

le
€
JGR

Cour du travail de Liège

Division Liège

Deuxième chambre

Arrêt

DROIT DU TRAVAIL - contestation travailleur paiement salaire
Arrêt contradictoire
Interlocutoire

+ Action collective de l'auditeur du travail en vue de faire constater une infraction de droit pénal social dans le chef de l'employeur - article 138bis, §2 du Code judiciaire.

Employeur au sens du droit social soit le cocontractant du travailleur et non pas au sens du droit pénal social.

L'action mue sur pied de l'article 138bis du Code judiciaire – application des règles de procédure civile devant le tribunal du travail – application de règles de droit pénal, y compris sur la prescription, quant au fondement de l'action – interruption de la prescription par l'action introduite devant le tribunal du travail s'agissant d'une mesure ayant pour objet de mettre la cause en état d'être jugée – article 22 du titre préliminaire du Code d'instruction criminelle.

Non-paiement de sursalaire – infraction instantanée mais qui peut constituer un délit continué en cas d'intention unique – cette intention unique ne se confond pas avec l'élément moral de l'infraction.

Obligation pour l'employeur de notifier le jugement – obligation légale assortie de sanctions pénales – obligation s'imposant à l'employeur en raison de la seule existence du jugement – pas lieu de condamnation spécifique – article 5 de la loi du 3.12.2006.

EN CAUSE :

Monsieur le bâtonnier de l'Ordre des avocats de Liège, en sa qualité de mandataire *ad hoc* de NETSITE S.A., dont le siège social est établi à 4257 BERLOZ, Rue de Waremmes, 71, inscrite à la Banque Carrefour des Entreprises sous le numéro 0465.431.635,
partie appelante,
ayant comparu par Maître Léone CLOES, substituant son confrère Maître Laurent WINKIN, avocat à 4000 LIEGE, rue des Augustins, 32,

CONTRE :

1. **Monsieur le Procureur général près la cour du travail de Liège**, dont les bureaux sont établis à 4000 LIEGE, Place Saint-Lambert, 30/0005,
partie intimée,
représenté par Monsieur Eric VENTURELLI, Substitut général,

2. **Monsieur V. D.,**

partie intimée, (intervenant volontaire originaire)

ayant comparu par Pierre Maître HANNON, avocat à 4800 VERVIERS, Rue des Déportés, 45,

3. **Monsieur L. L. S.,**

partie intimée, (intervenant volontaire originaire)

ayant comparu par Maître Pierre HANNON, avocat à 4800 VERVIERS, Rue des Déportés, 45,

4. **Monsieur F. P.,**

partie intimée,

ayant comparu par Maîtres Rodrigue CAPART et Gaëlle JACQUEMART, avocats à 4020 LIEGE, place des Nations Unies, 7.

ET

EN CAUSE :

Monsieur F. P.,

partie appelante,

ayant comparu par Maîtres Rodrigue CAPART et Gaëlle JACQUEMART, avocats à 4020 LIEGE, place des Nations Unies, 7,

CONTRE :

1. **Monsieur le Procureur général près la cour du travail de Liège,** dont les bureaux sont établis à 4000 LIEGE, Place Saint-Lambert, 30/0005,
partie intimée,
représenté par Monsieur Eric VENTURELLI, Substitut général,

2. **Monsieur V. D.,**

partie intimée, (intervenant volontaire originaire)

ayant comparu par Pierre Maître HANNON, avocat à 4800 VERVIERS, Rue des Déportés, 45,

3. Monsieur L. S. L.

partie intimée, (intervenant volontaire originaire)

ayant comparu par Maître Pierre HANNON, avocat à 4800 VERVIERS, Rue des Déportés, 45,

4. Monsieur le bâtonnier de l'Ordre des avocats de Liège, en sa qualité de mandataire ad hoc de NETSITE S.A., dont le siège social est établi à 4257 BERLOZ, Rue de Waremmes, 71, inscrite à la Banque Carrefour des Entreprises sous le numéro 0465.431.635, partie intimée,

ayant comparu par Maître Léone CLOES, substituant son confrère Maître Laurent WINKIN, avocat à 4000 LIEGE, rue des Augustins, 32.

•
• •

INDICATIONS DE PROCEDURE

Vu en forme régulière les pièces du dossier de la procédure à la clôture des débats le 8.6.2017, et notamment :

- le jugement attaqué, rendu contradictoirement entre parties le 26 février 2016 par le tribunal du travail de Liège, division Liège, 5ème Chambre (R.G. 14/421832/A) ;
- la requête formant appel de ce jugement, reçue au greffe de la Cour du travail de Liège, division Liège, le 11.3.2016 et notifiée à la partie intimée par pli judiciaire le 14.3.2016 invitant les parties à comparaître à l'audience publique du 20.4.2016 (R.G. 2016/AL/161) ;
- la requête formant appel de ce jugement, reçue au greffe de la Cour du travail de Liège, division Liège, le 14.3.2016 et notifiée à la partie intimée par pli judiciaire le même jour invitant les parties à comparaître à l'audience publique du 20.4.2016 (R.G. 2016/AL/163) ;
- les ordonnances rendues le 25.5.2016 sur pied de l'article 747 du Code judiciaire fixant les plaidoiries à l'audience publique du 8.6.2017 (R.G. 2016/AL/161 et 2016/AL/163) ;
- les conclusions, conclusions additionnelles et conclusions de synthèse des parties De. V. et L.S. L., déposées au greffe de la Cour respectivement les 19.8.2016 ;
- les conclusions et conclusions de synthèse pour le Procureur général près la cour du travail de Liège, déposées au greffe de la Cour respectivement les 19.8.2016 ;

- les conclusions et conclusions de synthèse de la partie NETSITE S.A., déposées au greffe de la Cour respectivement les 14.11.2016 ;
- le dossier de pièces déposé par le conseil de la partie P. F. au greffe le 19.4.2017 ;
- le dossier de pièces déposé par le conseil des parties intimées De. V et L.S. L. à l'audience du 8.6.2017.

Les conseils des parties, ainsi que le représentant du Procureur général près la Cour du travail de Liège, ont plaidé lors de l'audience publique du 8.6.2017 et la cause a été prise en délibéré immédiatement.

I.- ANTÉCÉDENTS PERTINENTS

La SA NETSITE, ci-après dénommée l'appelante, exploite une entreprise commerciale active dans le secteur informatique, Monsieur François PONCELET, nommé par après ci-après dénommé l'appelant, étant administrateur-délégué de cette société.

L'appelante emploie à cette fin, à partir du 15.3.2000, date de l'engagement du sieur C.G., des informaticiens. Ils effectuent leur travail au siège de l'entreprise et chez des clients.

La société appelante a fait l'objet de contrôles de l'inspection sociale dont le premier le 20.10.2006. Il a été constaté que des informaticiens accomplissent des prestations hebdomadaires d'un volume supérieur à 38 heures, sans paiement de sursalaire.

Une régularisation depuis le 1.1.2004 a été proposée à la société appelante mais qui a été refusée au motifs que les informaticiens étaient des personnes investies d'un poste de confiance ou de direction et que les heures supplémentaires avaient été récupérées.

Un PV a été dressé le 15.10.2007, notamment, pour non-paiement d'un sursalaire pour heures supplémentaires.

Le 25.1.2008, l'Auditorat a chargé l'inspection sociale d'un nouveau contrôle. Des rapports ont été dressés les 12.12.2008 et 4.6.2009.

Le 8.10.2009, l'Auditorat demande à l'inspection sociale d'entendre les informaticiens en question. Le 7.9.2009, les travailleurs ont fait leurs déclarations aux inspecteurs (cfr infra).

Des négociations entre parties ont eu lieu en vue d'arriver à une régularisation par la suite.

Le 29.4.2013, l'Auditorat demande à l'inspection sociale de saisir des relevés de prestation de 15 travailleurs pour la période depuis le 1.1.2000 (et jusqu'au 30.8.2013, date du contrôle) ainsi que les dossiers de contrat de travail et avenants signés desdits travailleurs. (Pièce 8 du dossier de l'Auditorat).

Une visite de contrôle a eu lieu le 29.7.2013.

Le rapport contenant le résultat de l'enquête effectuée date du 8.10.2013 et a été transmis le 16.10.2013 à l'Auditorat.

La situation de tous les travailleurs qui seront visés par la requête introductive d'instance, conformément à leur(s) contrat(s) de travail et à ce qu'ils ont déclaré dans leur audition du 7 décembre 2009 se présente comme suit :

B. M. a été occupé pour compte de l'appelante du 1.10.2002 au 13.7.2011.

Monsieur B. (pièce 8, annexe farde A, intercalaire n° 2) a été engagé, en vertu de ses contrats de travail successifs, d'abord comme ouvrier (CP 149, catégorie A) en date du 2.4.2001 puis comme assistant aux gestionnaires de projets en date du 1.10.2002, et enfin le 1.11.2008 comme gestionnaire de projets (CP 218, catégorie 3).

La durée de ses prestations a toujours été fixée, dans son contrat de travail, à 38 heures par semaine.

De son audition du 7.12.2009 (pièce 4/8), il ressort que Monsieur B. est gestionnaire de projet et travaille sous l'autorité de Monsieur R. (responsable de groupe), qu'il rédige des offres pour les clients mais qu'il ne signe pas les contrats avec la clientèle, qu'il n'établit pas de facture et qu'il ne s'occupe pas des paiements. Il n'a pas de personnel sous ses ordres et n'est pas chargé de mission de contrôle ou d'inspection.

Monsieur B. a un horaire-type et encode ses prestations dans un calendrier Outlook. Il lui arrive de prêter des heures supplémentaires le week-end ou en fin de journée, il les récupère la semaine qui vient et il ne sait pas si on lui a payé des sursalaires. Il lui arrive de répondre à des prestations d'urgence, interventions effectuées au profit de clients de l'entreprise.

Ca. V. a été occupé pour compte de l'appelante du 9.10.2003 au 25.2.2011.

Monsieur Ca. (pièce 8, annexe farde A, intercalaire n° 3) a été engagé en vertu de son contrat de travail comme assistant aux gestionnaires de projets (CP. 218).

La durée du temps de travail est fixée à 38 heures par semaine (article 3 du contrat de travail).

De son audition du 7.12.2009 (pièce 4/80), il ressort que Monsieur Ca. est gestionnaire de projet et travaille en tant que gestionnaire sous l'autorité d'un chef de groupe qui est lui-même sous l'autorité de l'administrateur-délégué. C'est le chef de groupe

qui donne les ordres. Il effectue des devis mais toutes les offres doivent être validées par l'administrateur-délégué. Il ne rédige pas de facture et ne s'occupe pas des paiements. Il n'a pas de personnel sous ses ordres et n'est pas chargé de mission de contrôle ou d'inspection.

Monsieur Ca. preste selon un horaire fixe (du lundi au vendredi), il lui arrive d'effectuer des heures supplémentaires le week-end chez des clients et elles sont mentionnées dans un rapport hebdomadaire qui est remis au secrétariat puis à l'administrateur-délégué. Il récupère les heures supplémentaires mais n'est pas payé. Il n'y a pas de service de garde mais le patron peut les rappeler pour des problèmes urgents chez des clients.

Co. C. est occupé pour compte de l'appelante depuis le 4.3.2005.

Monsieur Co. (pièce 8, annexe farde A, intercalaire n° A) a été engagé en vertu de son contrat de travail, comme assistant aux gestionnaires de projets (CP. 218, catégorie 4).

Par avenant du 26.7.2010, il est devenu « *cadre à partir du 1^{er} juillet 2010* ».

La durée du temps de travail est fixée à 38 heures par semaine (article 4 du contrat de travail).

De son audition du 7.12.2009 (pièce 4/29), il ressort que Monsieur Co. travaille comme informaticien et s'occupe plus particulièrement de la gestion des offres, installation sur site du matériel informatique et dépannage. Il est l'adjoint du responsable de groupe (M. Pe.) et le remplace quand il n'est pas là. Il gère ses dossiers en collaboration avec M. Pe et reçoit les ordres (consignes de travail) de l'appelant. Les offres qu'il rédige doivent être approuvées et signées par l'appelant. Il ne peut pas conclure des contrats avec les clients, ni établir de factures. Il n'a pas de personnel sous ses ordres mais il est parfois amené à contrôler le bon déroulement des installations chez un client.

Son horaire de travail est normalement du lundi au vendredi, à heure fixe quand il est au bureau, par contre quand il est en clientèle, il part une fois le travail terminé. Il n'y a pas de contrôle des heures supplémentaires, quand il preste des heures de nuit ou le week-end, il renseigne ces heures à l'appelant et les récupère plus tard. Il ne récupère pas les heures effectuées au-delà de 17h30 pour autant qu'il s'agisse de petits volumes. Il ne pense pas que ces heures supplémentaires apparaissent sur les fiches de paie.

Da. N. a été occupé pour compte de l'appelante du 19.9.2005 au 15.7.2011.

Monsieur Da. (pièce 8, annexe farde A, intercalaire n° 5) a été engagé en vertu de son contrat de travail, comme assistant aux gestionnaires de projets (CP. 218, catégorie 3). Par avenant du 14.1.2010, il est devenu « *cadre à partir du 1^{er} janvier 2010* », son barème restant apparemment inchangé.

La durée du temps de travail est fixée à 38 heures par semaine (article 4 du contrat de travail).

De son audition du 7.12.2009 (pièce 4/36), il ressort que Monsieur Da. s'occupe de la sécurité informatique chez les clients (dépannage et installation de matériel

et/ou de programme). Il travaille sous l'autorité de Monsieur Ro., responsable de groupe, qui est lui-même sous l'autorité de l'appelant. Il gère ses dossiers lui-même et les ordres sont éventuellement donnés par l'appelant. Il ne signe pas de contrats avec les clients, il n'établit pas de devis ou de facture, il ne s'occupe pas des paiements. Il n'a pas de personnel sous ses ordres et n'est pas chargé de mission de contrôle ou d'inspection.

Monsieur Da. a un horaire fixe mais se charge lui-même de son planning dans cet horaire. Il lui arrive de faire des heures supplémentaires mais il ne les renseigne pas car c'est une décision personnelle. Il lui arrive d'effectuer des prestations d'urgence mais plutôt rarement et toujours à la demande de clients de l'entreprise.

D. S. Ch. a été occupé pour compte de la SA NETSITE du 3.1.2005 au 185.2011.

Monsieur D.S. (pièce 8, annexe farde A, intercalaire n° 6) a été engagé en vertu de son contrat de travail, comme assistant aux gestionnaires de projets (CP. 218, catégorie 3).

La durée du temps de travail est fixée à 38 heures par semaine (article 4 du contrat de travail).

De son audition du 7.12.2009 (pièce 4/22), il ressort que Monsieur D.S. est consultant système (s'occupe de l'administration des serveurs des clients). Sa hiérarchie est composée de l'appelant, directeur administrateur, et de deux chefs de groupe (M. Ro. et M. Pe.). Il a une grande autonomie dans son travail quotidien, il reçoit des ordres de M. Pe. et lui rend des comptes. Il ne peut engager juridiquement la société, il lui arrive d'établir une offre de prix mais elle est validée par l'appelant. Il n'établit pas de facture et ne peut réclamer un paiement. Il n'a pas de personnel sous ses ordres et n'est pas chargé de mission de contrôle ou d'inspection.

Monsieur D.S. travaille selon un horaire fixe. Il encode ses prestations via Outlook. Il lui arrive de dépasser la plage horaire habituel, il l'indique alors dans son calendrier. Il lui arrive d'effectuer des heures supplémentaires, elle sont renseignées dans le calendrier Outlook.

Quand il travaille le samedi, il récupère la semaine qui suit. Il n'a jamais reçu de paiement pour des heures supplémentaires. Il fait des dépannages mais pas de garde. Il lui arrive de travailler le samedi matin mais c'est prévu à l'avance, pour la maintenance de serveurs clients.

De. V. (intervenant volontaire originaire et intimé) a été occupé pour compte de l'appelante du 14.6.2004 au 10.4.2007.

Monsieur De. (pièce 8, annexe farde A, intercalaire n° 7) a été engagé, en vertu de son contrat de travail, comme assistant aux gestionnaires de projets «système» (CP. 218, catégorie 3).

La durée du temps de travail est fixée à 38 heures par semaine (article 3 du contrat de travail).

Ga. C. a été occupé pour compte de l'appelante du 15.3.2000 au 3.11.2005.

Monsieur Ga. (pièce 8, annexe farde A, intercalaire n° 8) a été engagé, en vertu de son contrat de travail, comme gestionnaire de projets (CP. 218).

La durée du temps de travail est fixée à 38 heures par semaine (article 3 du contrat de travail).

La. S. a été occupé pour compte de l'appelante du 15.9.2008 au 15.3.2010.

Monsieur La (pièce 8, annexe farde A, intercalaire n° 9) a été engagé, en vertu de son contrat de travail, comme assistant aux gestionnaires de projets (CP. 218, catégorie 3).

La durée du temps de travail est fixée à 38 heures par semaine (article 4 du contrat de travail).

De son audition du 7.12.2009 (pièce 4/65), il ressort que Monsieur La. est technicien réseau (concepteur et mise en place du réseau informatique interne). Il remet ses rapports et ses comptes-rendus à son chef de projet, Mr Pe., et c'est ensuite l'appelant qui les lit et supervise. La demande de travail passe par le gestionnaire de projets qui lui remet des directives. Il analyse alors le travail et donne des idées. Il doit rendre des comptes à son chef de projets. Il peut donner des idées sur les projets mais il ne peut engager la société. Il réalise des offres, des projets mais il ne peut établir des factures, ni réclamer des paiements. Il n'a pas de personnel sous ses ordres et n'est pas chargé de mission de contrôle ou d'inspection.

Monsieur La. est soumis à un horaire de travail déterminé par l'appelant en ce qui concerne « l'horaire bureau » (horaire fixe) mais il gère lui-même son planning pour la clientèle. Il doit le transmettre à la société et à l'administrateur et le justifier.

Il fait des heures supplémentaires, environ 4 heures par semaine. Il les récupère, sauf quand ce n'est pas beaucoup (une heure le lundi par exemple) mais ne perçoit pas de sursalaire. Il peut effectuer des prestations d'urgence (par exemple un problème chez le client, la situation n'est pas rare) et doit rester joignable tout le temps, dans la mesure du possible.

Le. D. a été occupé pour compte de l'appelante du 15.9.2008 au 25.5.2010.

Monsieur Le. (pièce 8, annexe farde A, intercalaire n° 10) a été engagé, en vertu de son contrat de travail, comme développeur (CP. 218, catégorie 3).

La durée du temps de travail est fixée à 38 heures par semaine (article 4 du contrat de travail).

De son audition du 7.12.2009 (pièce 4/51), il ressort que Monsieur Le. est responsable du groupe développement, il doit rendre des comptes aux deux chefs de groupe réseau en ce qui concerne les demandes clients sinon à l'appelant. Il a beaucoup de latitude dans son travail en dehors des délais. Il n'a aucun pouvoir commercial ou financier, il ne rédige ni offres, ni factures et ne s'occupe pas des paiements. Deux travailleurs prestent

sous ses offres (M. Mo. et M. Ya.) mais il ne peut pas les licencier. Il se charge du contrôle des deux travailleurs sous ses ordres.

Monsieur Le. preste selon un horaire fixe, il n'effectue pas d'heures supplémentaires. Les prestations d'urgence se font pendant l'horaire prévu par le contrat, elles n'ont pas encore donné lieu à des prestations le samedi ou le dimanche.

Lo.-S. L. (intervenant volontaire originaire et intimé) a été occupé pour compte de l'appelante du 28.4.2003 au 15.4.2005.

Monsieur Lo.-S. (pièce 8, annexe farde A, intercalaire n° 11) a été engagé, en vertu de son contrat de travail, comme gestionnaire de projets (CP. 218).

La durée du temps de travail est fixée à 38 heures par semaine (article 3 du contrat de travail).

Mo. J.-F. est occupé pour compte de l'appelante depuis le 7 octobre 2008.

Monsieur Mo. (pièce 8, annexe farde A, intercalaire n° 12) a été engagé, en vertu de son contrat de travail, comme développeur (CP. 218, catégorie 3).

La durée du temps de travail est fixée à 38 heures par semaine (article 4 du contrat de travail).

De son audition du 7.12.2009 (pièce 4/15), il ressort que Monsieur Mo. est développeur. Il a un responsable du groupe de développement, Monsieur Le., et au-dessus, l'appelant. Il reçoit des ordres spécifiques pour son travail et a des délais pour la remise de ses projets. Il n'a pas de contact avec l'extérieur et n'établit ni offre, ni facture. Il n'a pas de personnel sous ses ordres et n'est pas chargé de mission de contrôle ou d'inspection.

Monsieur Mo. travaille selon un horaire fixe, déterminé par l'appelant. Il lui est arrivé de prester des heures supplémentaires, il les note alors dans le calendrier Outlook et récupère les heures prestées en plus. Il n'a pas reçu de sursalaire. Il n'est pas susceptible d'effectuer des prestations d'urgence.

N. E. a été occupé pour compte de l'appelante du 14.9. 2009 au 31.5.2012.

Monsieur N. (pièce 8, annexe farde A, intercalaire n° 13) a été engagé, en vertu de son contrat de travail, comme assistant aux gestionnaires de projets (CP. 218, catégorie 3).

La durée du temps de travail est fixée à 38 heures par semaine (article 4 du contrat de travail).

De son audition du 7.12.2009 (pièce 4/73), il ressort que Monsieur N. est gestionnaire de réseaux et assistant de Monsieur Ca. Il est soumis à une hiérarchie composée des gestionnaires, puis des chefs de groupe puis de l'administrateur délégué. Les ordres sont donnés par le chef de groupe et c'est à lui qu'il doit rendre des comptes après chaque intervention. Il ne peut prendre aucune décision pour la société. Il rédige des offres et des devis mais ne peut conclure ni contrat, ni facture. Il ne peut exiger le paiement des

prestations. Il n'a pas de personnel sous ses ordres et n'est pas chargé de mission de contrôle ou d'inspection.

Monsieur N. travaille selon un horaire fixe qui est le même pour tous les travailleurs. Il n'a encore presté aucune heure supplémentaire. Il arrive qu'il doit travailler le week-end ou pendant des heures de pause lorsqu'il est obligé de couper le réseau des clients.

Pe. S. a été occupé pour compte de la SA NETSITE du 1.7.2005 au 15.7.2011.

Monsieur Pe. (pièce 8, annexe farde A, intercalaire n° 14) a été engagé, en vertu de son contrat de travail, comme assistant aux gestionnaires de projets (CP. 218, catégorie 3).

Par avenant du 14.4.2009, il est devenu gestionnaire de portefeuille clients et d'équipe à partir du 1.5.2009.

La durée du temps de travail est fixée à 38 heures par semaine (article 4 du contrat de travail).

De son audition du 7.12.2009 (pièce 4/73), il ressort que Monsieur Pe. est gestionnaire de projets ce qui consiste en la gestion d'un portefeuille de clients. Il est responsable de 10 personnes. Il est autonome dans la gestion de son travail. Il prépare les contrats et les devis qui nécessitent cependant la signature de l'appelant. Il peut réclamer des paiements aux clients. Il donne des ordres à son équipe et est responsable et garant du travail de celle-ci mais il ne peut ni engager, ni licencier du personnel.

Monsieur Pe. a un horaire de travail fixe même s'il peut dépendre des prestations chez les clients. Les travailleurs encodent leurs prestations sur ordinateur. Il lui arrive de prester des heures supplémentaires, qui ne sont pas rémunérées. Elles sont récupérées en fonction des besoins, avec information préalable de la direction. Des interventions sont possibles le week-end en cas de dépannage ou pour assurer le bon fonctionnement des activités chez le client.

Po.-Co. G. a été occupé pour compte de l'appelante du 12.8.2002 au 25.3.2005.

Monsieur Po.-Co. (pièce 8, annexe farde A, intercalaire n° 15) a été engagé, en vertu de son contrat de travail, comme gestionnaire de projets (CP. 218).

La durée du temps de travail est fixée à 38 heures par semaine (article 3 du contrat de travail).

Y. E. est occupé pour compte de l'appelante depuis le 1.7.2008.

Monsieur Y. (pièce 8, annexe farde A, intercalaire n° 16) a été engagé, en vertu de son contrat de travail, comme développeur (CP. 218, catégorie 3).

La durée du temps de travail est fixée à 38 heures par semaine (article 4 du contrat de travail).

De son audition du 7.12.2009 (pièce 4/43), il ressort que Monsieur Y. est développeur f.e. Son supérieur est Monsieur Le., chef de groupe. Il reçoit ses directives de

celui-ci, rarement de l'appelant. Il n'établit ni offre, ni facture. Il n'a pas de personnel sous ses ordres et n'est pas chargé de mission de contrôle ou d'inspection.

Monsieur Y. travaille selon un horaire fixe, déterminé par l'appelant. Il n'effectue pas d'heures supplémentaires, n'effectue jamais de travaux d'urgence et ne preste strictement que ses heures de bureau.

En ce qui concerne les heures supplémentaires, l'appelant et l'appelante ont remis aux inspecteurs sociaux, pour la période de mai 2004 à août 2013, des tableaux (dans les fardes, annexes de la pièce 2 (farde II) et de la pièce 8 (farde C)) dans lesquels ils indiquent les heures que les travailleurs ont renseignées comme ayant été prestées en plus de l'horaire habituel et qui ont été acceptées comme heures pour lesquelles la récupération est admise par l'employeur, après analyse et correction des relevés de prestation établis par les travailleurs.

Ainsi l'on constate qu'à tout le moins,

En 2004 (pièce 1/193 de la farde annexes pièce 2 (I)) :

- Ca. G. a presté 15 heures supplémentaires.
- Po.-Co. G. a presté 52,5 heures supplémentaires.
- Lo.-S. L a presté 7,5 heures supplémentaires.

En 2005 (pièce 1/140 de la farde annexes pièce 2 (I)) :

- D.V. a presté 7,5 heures supplémentaires.
- Co. C. a presté 7,5 heures supplémentaires.
- Ga. C. a presté 30 heures supplémentaires.

En 2006 (pièce 1/87 de la farde annexes pièce 2 (I)) :

- D. V. a presté 26,5 heures supplémentaires.
- D.S. Ch. a presté 11,5 heures supplémentaires.
- Co. C. a presté 15 heures supplémentaires.
- Pe. S. a presté 15 heures supplémentaires.

En 2007 (pièce 1/47 de la farde annexes pièce 2 (I)) :

- D.S. Ch. a presté 37,5 heures supplémentaires.
- Co. C a presté 36,5 heures supplémentaires.
- Pe. S. a presté 7,5 heures supplémentaires.
- Da. N. a presté 7,5 heures supplémentaires.
- D. V. a presté 7,5 heures supplémentaires.

En 2008 (annexe pièce 8, farde C, intercalaire 2008) :

- Ca. V. a presté 25,3 heures supplémentaires.
- D.S. Ch a presté 38,3 heures supplémentaires.
- Pe. S. a presté 35,30 heures supplémentaires.

- Da. N. a presté 53,15 heures supplémentaires.
- La. S. a presté 11,15 heures supplémentaires.

En 2009 (annexe pièce 8, farde C, intercalaire 2009) :

- Ca. V. a presté 24,3 heures supplémentaires.
- D.S. Ch. a presté 30,15 heures supplémentaires.
- Co. C. a presté 24 heures supplémentaires.
- Pe. S. a presté 10,45 heures supplémentaires (jusqu'à avril 2009).
- Da. N. a presté 27,30 heures supplémentaires.
- B. M. a presté 80,30 heures supplémentaires.
- La. S. a presté 20 heures supplémentaires.
- Mo. J.-F. a presté 8 heures supplémentaires.

En 2010 (annexe pièce 8, farde C, intercalaire 2010) :

- Ca. V. a presté 34,30 heures supplémentaires.
- D.S. Ch. a presté 27,30 heures supplémentaires.
- Co. C. a presté 31 heures supplémentaires.
- Da. N. a presté 8 heures supplémentaires.
- Y. E. a presté 8 heures supplémentaires.
- B. M. a presté 48 heures supplémentaires.
- Mo. J.-F. a presté 12 heures supplémentaires.
- N. E. a presté 20 heures supplémentaires.

En 2011 (annexe pièce 8, farde C, intercalaire 2011) :

- Co. C. a presté 75 heures supplémentaires.
- N. E. a presté 75,25 heures supplémentaires.
- D.S. Ch. a presté 10,25 heures supplémentaires.
- Da. N. a presté 32 heures supplémentaires.
- B. M. a presté 31,75 heures supplémentaires.

En 2012 (annexe pièce 8, farde C, intercalaire 2012) :

- Co. C. a presté 49,25 heures supplémentaires.
- N. E. a presté 34,25 heures supplémentaires.

En 2013 (annexe pièce 8, farde C, intercalaire 2013) :

- Co. C. a presté 15,5 heures supplémentaires.

Le 27.2.2014, l'Auditorat du travail dépose au greffe du tribunal du travail une requête basée sur l'article 138bis, §2 du Code judiciaire pour faire constater l'existence, dans le chef des parties appelantes, d'infractions aux articles 9 et 11 de la loi du 12.4.1965 relative à la protection de la rémunération, anciennement sanctionnée par les articles 42 et suivants de la même loi et désormais sanctionnée par les articles 101 et 162, alinéa 1^{er}, 1° du Code pénal social (entré en vigueur le 1.7.2011), perpétrées à de multiples

reprises entre le 14.3.2000 (veille de l'engagement du travailleur Ga. C.) et le 26.2.2014 (veille de l'introduction de la requête) et pour faire dire les parties appelantes condamnées à notifier le jugement à intervenir dans le mois du prononcé, à leurs frais, à l'ensemble des travailleurs préjudiciés.

L'Auditorat du travail estime que l'appelante a fait régulièrement prêter à ces travailleurs des heures de travail au-delà de leur horaire hebdomadaire normal de travail comptant 38 heures, sans leur octroyer les compensations légales et réglementaires prescrites en matière de rémunération des heures supplémentaires. Les calculs de temps de travail opérés par l'appelante n'incluaient en outre pas les temps de déplacement nécessaires au personnel pour se rendre directement sur un chantier au départ de leur domicile.

Respectivement les 8.5.2014 et 5.5.2015, les sieurs D. V. et Co.-S. L. ont déposé une requête en intervention volontaire.

Il en est de même, le 19.3.2014, du sieur Ga. C. mais qui s'en est désisté par la suite.

II.- LE JUGEMENT CONTESTÉ

Par le jugement critiqué du 26.2.2016, les premiers juges ont :

- Dit l'action recevable et fondée ;
- Déclaré établie dans le chef des appelants l'infraction aux articles 9 et 11 de la loi du 12.4.1965 relative à la protection de la rémunération des travailleurs, anciennement sanctionnée par les articles 42 et suivants de la même loi, devenus les articles 101 et 162, al.1°, 1 du Code pénal social ;
- Condamné les appelants solidairement à notifier à leurs frais le présent jugement dans le mois du prononcé, à l'ensemble des 15 travailleurs préjudiciés visés au titre 3 point 5° des motifs du jugement (à l'exception de M. Ga. C.) ;
- Donné acte à Monsieur Ga. C. de son désistement d'action ;
- Donné acte à Messieurs D. V. et Co.-S. L. de leur intervention volontaire et réserve à statuer sur leur demande actuellement fixée à 1 € à titre provisionnel ;
- Renvoyé la cause au rôle pour le surplus et notamment les dépens non liquidés.

Le jugement a été notifié en date du 29.2.2016 mais il ne ressort pas des pièces du dossier qu'il aurait été signifié.

III.- L'APPEL

Par requête reçue au greffe de la cour en date du 11.3.2016, explicitée par voie de conclusions, l'appelante (RG 2016/AL/161) demande à la cour de réformer le jugement critiqué (à l'exception de la partie qui acte le désistement du sieur Ga. C.) et de :

- Dire la demande introduite sur base de l'article 138bis §2 du Code judiciaire irrecevable, ou, à tout le moins, non fondée ;
- En débouter l'Auditorat ;
- Par conséquent, dire pour droit qu'il n'y a pas lieu de statuer sur les demandes civiles diligentées par les anciens travailleurs à la cause ;
- Condamner les parties intimées aux dépens des deux instances liquidées dans le chef du mandataire *ad hoc* de l'appelante à 1.210 € par instance ;
- A titre subsidiaire, faire application de l'article 5 du Code Pénal et considérer qu'aucune peine ne peut être retenue à charge de l'appelante ;
- A titre encore plus subsidiaire, si la Cour devait déclarer l'action de l'auditorat totalement ou partiellement fondée, il convient de surseoir à statuer pour le surplus, et notamment pour les intérêts civils que les travailleurs entendraient faire valoir.

Par requête reçue au greffe de la cour en date du 11.3.2016, explicitée par voie de conclusions, l'appelant (RG 2016/AL/163) demande à la cour de réformer le jugement critiqué (à l'exception de la partie qui acte le désistement du sieur Ga. C.) et de :

- Sursoir au prononcé de l'obligation de notifier le jugement querellé dans le mois de son prononcé ;
- Dire la demande introduite sur base de l'article 138bis §2 du Code judiciaire irrecevable, ou, à tout le moins, non fondée ;
- En débouter l'Auditorat ;
- Par conséquent, dire pour droit qu'il n'y a pas lieu de statuer sur les demandes civiles diligentées par les anciens travailleurs à la cause ;
- Condamner les parties intimées aux dépens des deux instances liquidées dans le chef du mandataire *ad hoc* de l'appelante à 1.210 € par instance ;
- A titre encore plus subsidiaire, si la Cour devait déclarer l'action de l'auditorat totalement ou partiellement fondée, il convient de surseoir à statuer pour le surplus, et notamment pour les intérêts civils que les travailleurs entendraient faire valoir.

Monsieur le Procureur Général, partie intimée, demande la confirmation du jugement.

Les deux travailleurs intimés, intervenants volontaires originaires, demandent de :

- Dire les appels irrecevables et non fondés ;
- En conséquence condamner solidairement et *in solidum* les appelants au paiement de la somme provisionnelle de 1 € à titre de réparation des dommages connus à raison des infractions constatées ; montant à majorer des intérêts depuis une date moyenne fixée au 1.12.2005 ;
- Condamner les parties appelantes solidairement et *in solidum* aux dépens liquidés dans le chef du concluant à l'indemnité de procédure de chaque degré de juridiction, soit à la somme de 2.420 €.

IV.- RECEVABILITÉ DES APPELS ET JONCTION DES AFFAIRES

Les appels, introduits dans les formes et délais légaux, sont recevables.

Les appels visant le même jugement, il y a lieu de joindre les deux affaires.

V.- APPRÉCIATION

1. LES TEXTES

L'article 138bis, §2 du Code judiciaire dispose que :

« Pour les infractions aux lois et règlements qui relèvent de la compétence des juridictions du travail et qui touchent l'ensemble ou une partie des travailleurs d'une entreprise, l'auditeur du travail peut d'office, conformément aux formalités du présent Code, intenter une action auprès du tribunal du travail, afin de faire constater les infractions aux dites lois et aux dits règlements. »

Cette disposition est complétée par celles de la loi du 3.12.2006 dont les articles 5 et 6 énoncent actuellement que :

« L'employeur dans le chef de qui, par suite de l'exercice de l'action visée à l'article 138bis, § 2, alinéa 1er, du Code judiciaire, une infraction est constatée, est tenu de notifier le jugement, à ses frais, aux travailleurs concernés. » (Article 89 de la loi du 29.2.2016, en vigueur depuis le 1.5.2016)

« Les infractions aux dispositions de la présente loi et de ses arrêtés d'exécution sont recherchées, constatées et sanctionnées conformément au Code pénal social. Les inspecteurs sociaux disposent des pouvoirs visés aux articles 23 à 39 du Code pénal social lorsqu'ils agissent d'initiative ou sur demande dans le cadre de leur mission d'information, de conseil et de surveillance relative au respect des dispositions de la présente loi et de ses arrêtés d'exécution. » (Article 102 de la loi du 6.6.2010 en vigueur depuis le 1.7.2011)

L'article 237 du Code pénal social dispose que :

« Est puni d'une sanction de niveau 4, l'employeur, son préposé ou son mandataire qui, en contravention à la loi du 3 décembre 2006 contenant diverses dispositions en matière de droit pénal social, omet sciemment et volontairement de notifier, à ses frais, le jugement constatant une infraction aux lois et règlements qui relèvent de la compétence des juridictions du travail en application de l'article 138bis, § 2, alinéa 1er, du Code judiciaire aux travailleurs concernés. »

2. LES PRINCIPES ET LEUR APPLICATION EN L'ESPÈCE

A. Contre qui l'action doit-elle être exercée ?

La personne à assigner est l'employeur au sens du droit social, le débiteur civil de l'obligation, autrement dit le cocontractant du travailleur, soit, en l'espèce, la société appelante et non pas l'appelant P.

En effet comme le rappelle judicieusement le professeur Kéfer, le débat judiciaire ne consiste pas à trancher la question de la responsabilité pénale de l'infraction, mais uniquement l'existence de celle-ci : il s'agit de savoir si une infraction est commise au détriment de tout ou d'une partie des travailleurs d'une entreprise. L'action ne se clôture pas par une condamnation, mais par un constat. Il n'est question ni d'acquiescement ni de culpabilité. Il en découle que le fait que l'infraction ait été commise dans le champ de compétence d'un préposé est sans pertinence.

De plus, l'article 5 de la loi du 3.12.2006, précité, parle de l'obligation pour « l'employeur » de notifier le jugement en question, ce qui permet de penser qu'aux yeux du législateur, c'est toujours l'employeur qui est à la cause. Si le délégué de l'employeur – préposé ou mandataire – ne doit pas notifier le jugement (sauf si l'employeur lui a délégué cette responsabilité), c'est qu'il n'est pas susceptible d'être partie défenderesse au procès.¹

L'action originaire introduite à l'encontre de l'appelant P. est ainsi irrecevable.

¹ F. Kéfer, « Précis de droit pénal social » 2^e édition, Anthémis, 2014, p.254 ; cfr aussi F. Kéfer et M. Debauche, « Une réforme du droit pénal social : les premiers pas ... » in *Questions de droit social*, CUP, 2007, p 219 ; A. Chômé, « L'action collective en droit pénal social : quelques questions de procédure » *Chr.D.S.*, 2008 p12 contra M. De Rue, « Questions pratiques en relation avec l'action de l'auditeur du travail visée à l'article 138bis du Code judiciaire » in *Actions orphelines et voies de recours en droit social*, Anthémis, 2012, 176 et svts ; O. Michiels, « L'action de l'auditeur du travail organisée par l'article 138bis, paragraphe 2 du Code judiciaire », *Rev.dr.pén.* 2007, pg 557

Il en est de même des actions en intervention volontaire dirigées contre lui.

L'appel est fondé sur ce point.

B. Applications des règles civiles ou pénales ?

L'action mue sur pied de l'article 138bis du Code judiciaire tend, à faire reconnaître l'existence d'une infraction de droit pénal social à charge d'un employeur.

Mise en œuvre devant le tribunal du travail dans le respect des règles de procédure civile, le fondement de l'action y compris la prescription s'apprécie eu égard aux règles de droit pénal.

Le professeur Michiels écrit à ce sujet que :

« En effet, si la volonté du législateur a été d'appréhender l'action civile de l'auditeur comme la possibilité de faire trancher par un juge civil spécialisé une question d'ordre technique afin d'y apporter une réponse juridique définitive, elle ne transparaît toutefois pas de la rédaction du texte de l'article 138bis, paragraphe 2 du Code judiciaire qui, de manière générale, édicte que l'auditeur du travail peut faire constater par un juge civil une infraction de droit pénal social qui touche au personnel d'une entreprise avec comme seule nuance que ce juge ne dispose pas de la possibilité de prononcer une peine.

Aussi, le juge civil, en lieu et place du juge correctionnel ou du directeur général en matière d'amendes administratives, doit se prononcer sur l'existence d'une infraction. Or, pour déterminer si une infraction est établie, il s'impose que le tribunal apprécie la réunion tant de l'élément matériel que de l'élément intentionnel comme le ferait le juge correctionnel si l'action publique avait été privilégiée. Cette compétence de pleine juridiction accordée au juge social ne doit pas surprendre puisqu'il en est déjà ainsi lors du recours exercé par l'employeur sanctionné par une amende administrative.

Le seul fait que le juge social s'arrête à la culpabilité sans prononcer de peine ne peut justifier de se départir des principes généraux du droit pénal puisqu'en réalité il s'agit là tout au plus d'une conséquence de la saisine d'une juridiction civile qui est sans compétence pour infliger des peines aux délinquants.

Selon nous, dès l'instant où le juge social est tenu de constater la réalité d'une infraction, il se doit de procéder comme le juge répressif en déterminant si les éléments matériel et intentionnel de l'infraction sont réunis. À la lecture du texte, il ne nous paraît pas possible de justifier qu'une même infraction puisse, quant à sa réalité, être examinée en application de règles différentes selon qu'elle est soumise à la sagacité du juge social ou du juge correctionnel. »²

² O. Michiels, « L'action de l'auditeur du travail organisée par l'article 138bis §2 du Code judiciaire, Rev.dr.pén., 2007, 554 et 555

M. De Rue et J-P Janssens ajoutent :

« Saisi par l'auditeur, le tribunal du travail aura pour tâche de déterminer si les faits qui lui sont soumis sont ou non constitutifs d'une infraction pénale.

Cet examen implique que le tribunal exerce les mêmes contrôles que ceux qui sont dévolus au juge pénal: il lui appartiendra d'examiner la régularité de l'enquête pénale et de la procédure, et de vérifier d'office si la prescription de l'action publique n'est pas acquise.

S'agissant du constat de l'existence d'un fait infractionnel, le tribunal devra examiner si les éléments tant matériel que moral sont réunis. Il devra le cas échéant se prononcer sur l'existence d'une cause d'excuse ou de justification. »³ (Soulignement par la cour)

C. La prescription

I. La période infractionnelle

La période infractionnelle retenue par le ministère public est celle comprise entre le 14.3.2000, veille de l'engagement du travailleur Ga. C., et le jour de la requête introductive d'instance, soit le 27.2.2014.

Les tableaux de relevés des heures supplémentaires admises par les parties défenderesses originaires ne couvrent cependant que la période de mai 2004 à août 2013.

Les éléments du dossier ne permettent pas d'affirmer avec la certitude requise qu'en dehors de cette période des heures supplémentaires aient été prestées.

C'est ainsi la période du 1.6.2004 au 30.8.2013 qui sera retenue par la cour comme période infractionnelle à examiner.

II. La nature de l'infraction

L'infraction de non-paiement de rémunération est punie d'une amende de 100 à 1.000 € (hors décimes additionnels - articles 101, 102 et 162 du Code pénal social), peine correctionnelle. Il s'agit dès lors d'un délit (article 1^{er}, alinéa 2 du Code pénal).

Les règles de prescription qui lui sont applicables sont celles du Code d'instruction criminelle, le Code pénal social n'y dérogeant pas (article 25 du titre préliminaire Code d'instruction criminelle).

³ M. De Rue et J-P Janssens »L'action civile de l'auditeur du travail », Chr.D.S., 2009, p.7

Elle se prescrit donc par 5 ans (article 21 du Code d'instruction criminelle). Ce délai peut être interrompu (article 22 du titre préliminaire Code d'instruction criminelle) ou suspendu (article 24 du titre préliminaire Code d'instruction criminelle).

Le point de départ de la prescription varie selon que l'infraction est instantanée ou continue ou encore, si plusieurs infractions sont commises, qu'elles constituent ensemble une infraction continuée ou un délit collectif.

Il convient donc de rechercher à quelle catégorie d'infractions on est confronté pour rechercher le point de départ du délai de prescription et ensuite, de vérifier si le délai a été interrompu ou suspendu.

L'infraction de non-paiement de rémunération est une infraction instantanée. Elle est consommée le jour où le paiement de la rémunération doit intervenir conformément aux dispositions légales et conventionnelles applicables régissant la relation de travail de la victime⁴.

Toutefois, si cette infraction est répétée dans le chef du même auteur, l'ensemble des infractions commises peut être regardé comme formant une infraction continuée, comme expliqué ci-après.

a. L'infraction continuée

L'infraction de non-paiement de rémunération est une infraction instantanée.

Cependant, lorsque plusieurs faits délictueux sont réunis par une unité d'intention, « *la prescription ne commence à courir, à l'égard de l'ensemble de ces faits, qu'à partir du dernier de ceux-ci, pour autant que les faits ne soient pas séparés entre eux par un laps de temps plus long que le délai de prescription, sauf suspension ou interruption de la prescription* »⁵

La Cour de Cassation a très clairement confirmé cette analyse doctrinale et en a notamment fait application en matière de non-paiement de rémunération liée à l'absence de paiement d'heures supplémentaires⁶ :

⁴ Cass., 22.6.2015, S.15.0003.F ; Cass., 21.12.1992, RG 9547, www.juridat.be ; Cass., 4.12.1989, RG 6869, www.juridat.be; en ce sens également : CT Liège, 27 février 2003, JTT, 2003, livre 858, p. 230

⁵ M. FRANCHIMONT, A. JACOBS, A. MASSET, Manuel de procédure pénale, 4e édition, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 131 et MA BEERNAERT, H. BOSLY, D VANDERMEERSCH, Droit de la procédure pénale 2014, 7e édition, Bruxelles, La Charte, 2014, p. 196.

⁶ Cass., 7.4. 2008, J.T.T., 2008, p. 285 dans le même sens Cass., 2.2.2004, Chron.Dr.Soc, 2004, p.437

« La modification apportée à l'article 65 du Code pénal par l'article 45 de la loi du 11 juillet 1994 relative aux tribunaux de police et portant certaines dispositions relatives à l'accélération et à la modernisation de la justice est sans effet sur la règle que, 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.

En refusant d'appliquer cette règle pour considérer comme prescrite la demande se rapportant à des faits antérieurs aux cinq dernières années précédant la date où il tient la prescription pour interrompue, l'arrêt viole l'article 65 du Code pénal. »

La Cour de Cassation s'est prononcée dans le même sens en matière de non-paiement de pécules de vacances⁷ :

« L'infraction qui consiste à ne pas payer les pécules de vacances suivant les règles et dans les délais prescrits est consommée par la seule omission d'y satisfaire au moment où le paiement doit être exécuté, de sorte que la prescription de l'action publique née de cette infraction prend cours dès ce moment.

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. [...]

Dès lors qu'il considère par ce motif que les différents faits reprochés à la demanderesse constituent la manifestation successive de la même intention délictueuse, l'arrêt justifie légalement sa décision de ne dire les demandes des défendeurs prescrites pour aucun des exercices de vacances qu'elles concernent. »

Il échet donc de prendre en considération l'ensemble des faits délictueux commis par l'employeur, quel que soit le travailleur au préjudice duquel les faits reprochés ont été commis, pour autant, selon les termes employés par la Cour, qu'ils *« constituent la manifestation successive de la même intention délictueuse »*.

Comme l'explique le professeur Kéfer : *« L'intention commune dont il s'agit ne s'identifie nullement avec l'élément moral des diverses infractions groupées dans le délit collectifs ; il ne s'agit pas, dit la Cour de cassation (Cass., 1.3.1994, Bull., 1994, p.217), du « dol requis pour l'existence de certaines infractions ni [de] la manifestation de la libre volonté d'agir, condition générale de la culpabilité » »*; ainsi que l'écrit M. Legros, *« c'est une intention qui s'attache à l'ensemble des faits commis et non à chacun d'eux pris isolément.*

⁷ Cass., 12.2.2007, J.T.T., 2007, p. 213

C'est une intention unique, spéciale, en ce sens qu'il n'y en a qu'une pour l'ensemble et qu'elle est détachable de l'intention générale ou spéciale requise pour chacun des faits envisagés séparément ». Selon une jurisprudence bien établie, plusieurs infractions imputées à un prévenu procèdent d'une même intention délictueuse lorsqu'elles sont liées entre elles par la poursuite d'un but unique et par sa réalisation, et constituent, dans cette acception, un seul fait, à savoir un comportement complexe. Cette intention unique existe notamment lorsque le prévenu s'est fixé un but qu'il réalise non seulement par des actes punissables, mais aussi par des actes licites, indépendamment du point de savoir si, pour être punissables, il faut que ces actes aient été commis intentionnellement ou si la réalisation du but poursuivi est punissable en soi.

Le lien entre les différentes composantes du délit collectif n'est donc rien d'autre qu'une identité de mobile, chacun des actes prenant une place déterminée dans le système conçu par l'auteur pour réaliser sa fin. Aussi, le juge du fond peut-il constater l'unité d'intention « même s'il s'agit de faits punis en raison de la simple violation matérielle d'une prescription légale, sans qu'aucune intention doloureuse soit requise ».

Une infraction pour laquelle la loi n'exige pas que l'auteur ait agi en raison d'une intention ou d'une négligence particulière peut avoir été commise volontairement. Il est possible que l'auteur, en commettant plusieurs infractions dites réglementaires, ait poursuivi un but déterminé ; par exemple, un employeur qui paie une rémunération insuffisante peut agir par erreur ou intentionnellement ; le législateur réprime indifféremment l'un et l'autre cas ; il n'exige pas l'intention, mais le fait peut être volontaire. Plusieurs abstentions peuvent poursuivre un but unique et former dès lors un délit collectif. La nature réglementaire des infractions commises ne les empêche pas de former un délit collectif ».⁸

Pour que l'existence d'une infraction continuée soit reconnue, il faut et il suffit que les faits démontrent que l'ensemble des faits délictueux de même nature ont été commis dans un contexte identique manifestant une ligne de conduite constante mue par une volonté identique.

La prescription de l'ensemble des faits concernés ne commence alors à courir qu'au dernier, pour autant qu'un délai égal à celui de la prescription ne se soit pas écoulé entre deux d'entre eux, auquel cas seuls ceux postérieurs au second constituent un ensemble prescriptible à partir du dernier.

b. Interruption du délai de prescription

Comme rappelé ci-avant, les délais de prescription de l'action publique peuvent être interrompus. Ils ne le sont valablement que par des actes d'instruction ou de poursuite (article 22 du titre préliminaire du Code d'instruction criminelle).

⁸ F. Kéfer, « Précis de droit pénal social » 2^e édition, Anthémis, 2014, p 188 et 199 et les références y citées

Un acte d'instruction est tout acte émanant d'une autorité qualifiée à cet effet et ayant pour objet de recueillir les preuves ou de mettre la cause en état d'être jugée⁹.

Constituent des actes d'instruction tous actes émanant d'une personne qualifiée, ayant la compétence requise à recueillir des éléments en vue de constituer le dossier comme il est d'usage et de mettre la cause en état. Ainsi ces actes doivent émaner d'une personne ayant la compétence requise pour intervenir dans la procédure pénale et pour recueillir les éléments nécessaires relatifs à la cause, posés soit dans le cadre d'une information ou d'une instruction judiciaire, soit au stade de la juridiction de jugement.¹⁰

Interrompent ainsi la prescription, notamment :

- le procès-verbal de constatation d'une infraction ;
- l'audition de la personne lésée ;
- l'envoi par un inspecteur du travail à l'auditeur du travail des pièces constatant l'exécution d'un acte d'information prescrit par lui ;
- la remise par un membre de la gendarmerie, d'un avertissement à un témoin ;
- l'apostille par laquelle le Procureur du Roi ordonne d'entendre un suspect ou un témoin ;
- l'apostille transmettant un procès-verbal à un collègue ;

Les actes de poursuite sont ceux qui émanent d'une autorité qualifiée à cet effet et ayant pour objet de provoquer la répression ou la mise en jugement de l'inculpé¹¹

La transmission par l'inspection sociale d'un rapport contenant le résultat d'une enquête effectuée à la demande de l'Auditorat et la requête porteuse de l'action mue sur l'article 138bis du Code judiciaire devant le tribunal du travail, juridiction de jugement, relèvent donc de cette catégorie¹².

c. Application au cas d'espèce

Les infractions instantanées mises à charge de l'employeur doivent être regardées comme formant une infraction continuée.

Cela résulte déjà à suffisance du caractère systématique de la répétition des faits.

⁹ Cass., 4.12. 1973, *Pas*, I. p.366 ; Cass., 29.11. 2011, RG ; P10.1766.N. www.iuridat.be

¹⁰ Cass.3.4.2007, www.juridat.be

¹¹ « Droit de la procédure pénale », M.-A. BEERNAERT, H.-D. BOSLY et D. VANDERMEERSCH, *La Charte*, 2014, p205.

¹² Dans un même sens quand l'action est introduite par p.v. de comparution volontaire : C.T. Liège, 13.10.2014, www.juridat.be

De plus, les non-paiements des rémunérations dues aux différents travailleurs sont indubitablement réunis par une unité d'intention dans le chef de l'employeur, à savoir la volonté claire de ne pas rémunérer les heures supplémentaires et ce, même après les premiers contrôles effectués par le Contrôle des Lois sociales en date des 20.10.2006 et 18.6.2007.

Cette intention est clairement démontrée par le fait que les appelants :

- ont désigné les travailleurs prestant des heures supplémentaires comme « cadres » ou comme « personnes de confiance » afin de justifier le non-paiement des heures supplémentaires et surtout ;
- ont mis en place **un système de récupération** des heures prestées au-delà de leur horaire afin d'éviter le paiement des sursalaires et ce, sans varier tout au cours de la période infractionnelle en cause.

Les comportements incriminés constituent donc la manifestation d'une même organisation du temps de travail au sein de l'entreprise sur base consciente puisque résultant d'une comptabilisation (partielle) des heures prestées et de récupération.

Il importe peu à cet égard que l'employeur ait eu une volonté délibérée ou non d'enfreindre le prescrit légal, cette question touchant à l'élément moral de l'infraction et non à celui du caractère continué (ou non) de l'infraction (cfr supra).

La prescription des faits dont la reconnaissance de culpabilité est poursuivie a donc commencé à courir, pour l'ensemble d'entre eux, le jour de la commission de la dernière infraction.

Le système de non-paiement d'heures supplémentaires est demeuré en place au sein de l'entreprise des défendeurs au-delà des premières constatations des services d'inspection et du procès-verbal auxquelles elles ont donné lieu, le constat d'infraction demeurant pour chacune des années 2009 à 2013 en plus de celui réalisé pour les années antérieures.

Une période de cinq ans ne sépare pas deux infractions successives au cours de la période infractionnelle retenue. L'ensemble des infractions poursuivies n'a donc pas commencé à se prescrire avant les derniers faits commis.

Les pièces déposées font état d'infractions de 2004 à 2013¹³ de sorte que nous nous trouvons encore à la date du présent arrêt très largement dans le délai

¹³ Ainsi, dans la farde « annexe pièce 2 (I) » pour l'année 2004 pièce 1/193 (rubrique « heures »), pour l'année 2005 p.1/140, pour l'année 2006 p. 1/87, pour l'année 2007 p. 1/44 et pour les années 2008 à 2013 dans la farde « pièce 8 C »

primaire de prescription pour l'ensemble des défauts de paiement commis depuis la mise en place du système de rémunération incriminé.

De plus, la prescription a été interrompue par la transmission du rapport d'enquête à l'auditorat en date du 16.10.2013 et par le dépôt de la requête introductive d'instance en date du 27.2.2014.

Il n'y a pas de prescription pour l'ensemble de la période infractionnelle retenue par la cour.

D. Le délai raisonnable

L'article 21ter du titre préliminaire du Code de procédure pénale prévoit que « *si la durée des poursuites pénales dépasse le délai raisonnable, le juge peut prononcer la condamnation par simple déclaration de culpabilité ou prononcer une peine inférieure à la peine minimale prévue par la loi.* »

La Cour constitutionnelle, dans trois arrêts de 2010¹⁴ a jugé, que l'article 21ter du titre préliminaire du Code de procédure pénale ne violait pas les articles 10 et 11 de la Constitution, combinés avec les articles 6.1 et 13 de la Convention européenne des droits de l'homme en précisant :

« [...] dans l'hypothèse d'un dépassement du délai raisonnable n'ayant pas pour effet que « l'administration de la preuve et le droit de défense de l'inculpé sont gravement et irréparablement affectés », ni les juridictions d'instruction ni les juridictions de jugement ne peuvent prononcer l'extinction ou l'irrecevabilité de l'action publique.

Même dans l'hypothèse d'un dépassement du délai raisonnable ayant effectivement pour effet que « l'administration de la preuve et le droit de défense de l'inculpé sont gravement et irréparablement affectés », il n'existe pas de différence de traitement entre l'inculpé devant la juridiction d'instruction et le prévenu devant la juridiction de jugement. En effet, si l'administration de la preuve n'est plus possible, la juridiction de jugement doit acquitter le prévenu et, si les droits de la défense sont gravement et irréparablement affectés, elle doit constater l'irrecevabilité de l'action publique. »

La Cour de Cassation, dans un arrêt du 15.9.2010¹⁵, a repris l'enseignement de la Cour constitutionnelle :

« La constatation par la Cour européenne d'un dépassement du délai raisonnable en cours d'instruction n'a pas pour effet de rendre nécessairement impossible la tenue d'un procès équitable devant la juridiction de jugement, il incombe en effet à celle-ci de

¹⁴ arrêt n°16/2010 du 18.2.2010, arrêt n° 51/2010 du 29.4.2010 et arrêt n° 92/2010 du 29.7.2010

¹⁵ P.10.0572.F, www.iuridat.be

déterminer la réparation la plus adéquate, et prévue par la loi, du dommage subi par les parties.

L'article 21 ter du titre préliminaire du Code de procédure pénale dispose que, si un tel dépassement est constaté au préjudice du prévenu, le juge du fond peut prononcer la condamnation par simple déclaration de culpabilité ou prononcer une peine inférieure à la peine minimale prévue par la loi.

Dès lors que les droits garantis par l'article 6.1 de la Convention s'appliquent à toutes les parties au procès, la réparation adéquate allouée à l'une d'elle ne peut avoir pour effet de sanctionner son adversaire victime du même manquement à cet article.

L'irrecevabilité de la poursuite ne sanctionne le caractère déraisonnable de la durée de la procédure que si cette longueur excessive a entraîné une déperdition des preuves ou rendu impossible l'exercice normal des droits de la défense. »

En l'espèce, l'appelante estime que le délai raisonnable a été dépassé en violation de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et que ce dépassement doit entraîner la nullité des poursuites.

La présente action mue sur pied de l'article 138bis du Code judiciaire a pour but de faire constater les infractions aux lois et règlements qui relèvent de la compétence des juridictions du travail et qui touchent l'ensemble ou une partie des travailleurs d'une entreprise. Elle n'a donc pas pour objectif de condamner les parties poursuivies à une peine.

Le dépassement du délai raisonnable ne pourrait donc être sanctionné que par l'irrecevabilité des poursuites puisque l'Auditorat (général) du travail ne sollicite qu'une simple déclaration de culpabilité.

Encore faut-il que la longueur excessive de la procédure ait entraîné une déperdition des preuves ou rendu impossible l'exercice normal des droits de la défense.

En l'espèce, l'appelante se borne à affirmer, de manière tout à fait générale, que :

- *Un certain nombre de recherches de preuves ne sont plus possibles aujourd'hui alors qu'elles auraient pu être opérantes à l'époque ;*
- *Certains des travailleurs sont partis à la concurrence et ne souhaitent bien entendu pas témoigner en sa faveur ;*
- *Il ne lui est plus possible de démontrer l'importance des trajets ni d'obtenir des attestations des travailleurs ;*
- *Les personnes chargées de la gestion quotidienne du personnel à l'époque (horaire, contacts avec le secrétariat social, etc.) – non inquiétées dans le cadre du présent dossier – ont quitté la société ;*

- Etc.

alors qu'elle n'a jamais sollicité, en cours d'enquête, qu'un devoir soit accompli ou qu'une pièce soit ajoutée au dossier.

Un échange de point de vue entre inspection sociale, entreprise, Auditorat du travail et conseils des appelants s'est déroulé de manière constante depuis 2007, de sorte que les appelants ont parfaitement pu prendre conscience des enjeux du litige et sont informés de longue date des arguments développés à l'appui de la thèse de l'Auditorat du travail.

Il n'y a eu de surcroît aucune déperdition du matériel de preuve puisque la position de l'Auditorat (général) du travail se fonde sur les relevés internes de prestations conservés par l'appelante et établis par elle, selon les méthodes de délimitation et de récupération des prestations qu'elle a choisi de mettre en œuvre.

En dépit de la longueur de la procédure et de l'ancienneté des faits, il n'y a donc aucune déperdition de moyens de preuve ni aucune atteinte aux droits de la défense en l'espèce.

Non seulement les droits de la défense ont été parfaitement préservés mais encore faut-il constater que le délai raisonnable n'a pas été dépassé dès lors que les infractions ont perduré sans discontinuer jusqu'en 2013.

3. L'INFRACTION REPROCHÉE

Il est reproché à l'appelante d'avoir enfreint les articles 9 et 11 de la loi du 12.4.1965, en n'ayant pas payé des sursalaires dus pour les prestations accomplies au-delà de 38 heures/semaine pendant la durée de leur engagement et les salaires relatifs au temps de certains de leurs déplacements.

A. La période infractionnelle

Comme déjà indiquée ci-avant, la cour a limité la période infractionnelle du 1.1.2004 au 30.8.2013.

B. L'élément moral

a. Infraction réglementaire

Le législateur ne prévoit aucun élément moral particulier, aucun dol spécial pour la majorité des dispositions en droit pénal du travail, notamment le délit d'omission de payer la rémunération.

« Un fait ne peut être qualifié d'infraction que si, d'une part, il existe un texte d'incrimination compatible avec les normes qui lui sont supérieures et visant de manière précise et exacte le fait qui est soumis au juge et si, d'autre part, l'on retrouve dans ce fait les composantes internes du délit, à savoir l'élément matériel et moral visés par le législateur dans le texte d'incrimination.

Pour un nombre de contraventions du Code Pénal et d'infractions prévues par les lois particulières, le législateur n'a pas expressément prévu, comme condition de l'existence de l'infraction, une intention ou un défaut de prévoyance ou de précaution.

Les infractions rentrant dans cette catégorie, appelées infractions «réglementaires» ou «matérielles», présentent comme caractéristique commune, du point de vue de l'élément moral, qu'elles ne requièrent ni intention frauduleuse ni faute au sens où on l'entend dans les infractions d'imprudence. Tel est le cas, par exemple, de nombreuses infractions au Code de la route, au droit fiscal et économique mais aussi à la plupart de dispositions du droit du travail.

Est dès lors punissable toute transgression matérielle de la prescription par une personne jouissant des conditions d'imputabilité morale du délit et ce, abstraction faite de toute intention, de ses mobiles et de son éventuelle bonne foi, par exemple, le délit d'omission de payer la rémunération est constitué dès que la rémunération due n'a pas été versée, que l'employeur ait agi volontairement ou par erreur. »¹⁶

L'infraction visée aux articles 9 et 11 de la loi du 12 avril 1965 est une infraction réglementaire qui ne requiert pas la constatation d'une imprudence ou d'une intention coupable.

La responsabilité pénale n'est donc subordonnée qu'à deux conditions : la transgression matérielle et l'imputabilité, sans qu'aucun élément moral ne soit nécessaire.

b. Absence de cause de justification (principe de légalité des dispositions sanctionnées pénalement et/ou erreur invincible)

L'appelante se prévaut de l'erreur invincible, arguant de la complexité du droit en matière de temps de travail.

Selon la Cour de Cassation, *« l'erreur de droit commise en raison de certaines circonstances ne peut être considérée comme étant invincible que lorsque ces*

¹⁶ F. KEFER, « L'erreur invincible de l'employeur ou l'infraction imputable comme condition d'application de la prescription quinquennale de l'action ex delicto », Chron. dr. soc. 2000, p. 257 et s.

circonstances permettent d'induire que le prévenu a agi comme l'aurait fait toute personne raisonnable et prudente. »¹⁷

Dans un arrêt récent, la cour du travail de Liège¹⁸ a analysé la question de l'erreur et de l'ignorance invincible comme cause de justification.

« Le caractère de cause de justification de l'erreur, lorsqu'elle est invincible, constitue un principe général de droit dont l'article 71 du Code pénal, consacré à l'état de démence, constitue une application.

Ce caractère principal de l'erreur invincible a été affirmé également par la Cour européenne des droits de l'homme.

L'erreur est une notion fautive sur une question donnée. L'ignorance est quant à elle l'absence de toute notion.

L'erreur et l'ignorance invincibles sont celles que tout homme raisonnable et prudent placé dans la même situation eût commises. La simple bonne foi est dès lors insuffisante, de même que l'erreur seulement excusable, pour conclure à l'existence d'une situation d'erreur ou d'ignorance invincibles.

L'erreur ou l'ignorance invincibles peuvent porter sur une question de droit. »

La jurisprudence n'a par ailleurs pas admis comme cause d'erreur invincible d'une infraction de non-paiement de rémunération, le fait que la convention collective soit peu claire¹⁹. Le caractère complexe de la réglementation a été également rejeté comme cause de justification²⁰.

En revanche, une indication erronée transmise à l'employeur par l'administration du Contrôle des Lois Sociales sur la commission paritaire dont il ressortait, a été considérée comme pouvant faire naître une erreur invincible²¹.

En l'espèce, il n'y a pas d'erreur invincible, dès lors que l'appelante n'invoque pas une notion fautive sur une question donnée mais bien l'ignorance de la loi.

Or, le seul fait de ne pas connaître la loi ne peut justifier l'ignorance invincible même si les parties poursuivies étaient de bonne foi.

D'autre part, les appelants ne font état d'aucune information erronée que leur aurait communiquée une administration compétente en la matière, voire un organisme spécialement mandaté pour accomplir tout ou partie des formalités sociales, tel un secrétariat social.

¹⁷ Cass., 1.10.2002 et Cass., 29.5.2002, tous deux disponibles sur www.juridat.be.

¹⁸ C. Trav Liège, 13 octobre 2014, RG : 2013/AL/523, www.iuridat.be.

¹⁹ C. trav. Liège, 20.5.2005, J.T.T. 2006, p. 187.

²⁰ Anvers, 9.10.1997, Chron. D. S., 1998, p. 145.

²¹ C. trav, Liège, 27.4.1992, J.L.M.B. 1992, p. 1210.

Si certains aspects de la loi sur le travail font parfois l'objet de discussion, le cas d'espèce ne pose guère de problème.

L'entreprise a prévu un horaire de 38 heures par semaine dans le contrat même des travailleurs et ceux-ci prestaient des heures supplémentaires. L'article 29 de la loi sur le travail, tout comme les articles 9 et 11 de la loi sur la protection de la rémunération, sont tout à fait clairs.

Par ailleurs, l'appelante aurait pu obtenir des informations, par exemple de leur secrétariat social, mais les heures supplémentaires effectuées n'étaient sciemment jamais communiquées à celui-ci afin qu'elles n'apparaissent pas sur les fiches de paie.

Enfin, le premier *pro justitia* du Contrôle des Lois Sociales daté du 15.10.2007 et adressé par pli recommandé du 29.10.2007 mettait en demeure les parties appelantes de régulariser la situation des travailleurs prestant des heures supplémentaires, ce qui n'a jamais été fait, l'entreprise poursuivant la commission des infractions de non-paiement de la rémunération.

Bien loin d'avoir été induits en erreur, les appelants ont été rappelés à la loi mais ont délibérément décidé de poursuivre sur la voie empruntée jusque-là.

Il ne saurait donc être question d'une quelconque cause de justification que ce soit en l'espèce.

C. L'élément matériel

a. Les éléments démontrés par l'enquête

La situation individuelle de tous les travailleurs visés par la requête introductive d'instance, conformément à leur(s) contrat(s) de travail et à ce qu'ils ont déclaré dans leur audition du 7.12.2009 a été dressée dans le libellé des faits. La cour y renvoie.

En ce qui concerne les heures supplémentaires, l'appelante a remis aux inspecteurs sociaux, pour la période de mai 2004 à août 2013, des tableaux (dans les fardes, annexes de la pièce 2 (farde II) et de la pièce 8 (farde C)) dans lesquels ils indiquent les heures que les travailleurs ont renseignées comme ayant été prestées en plus de l'horaire habituel et qui ont été acceptées comme heures pour lesquelles la récupération est admise par l'employeur, après analyse et correction des relevés de prestation établis par les travailleurs.

Les heures admises par l'appelante suffisent déjà à établir les infractions dont la reconnaissance est poursuivie puisqu'elles n'ont pas été correctement payées (cfr ci-dessous).

b. Heures donnant lieu à un sursalaire

a) Durée du temps de travail et heures supplémentaires

L'article 29 de la loi du 16 mars 1971 sur le travail dispose :

« §1er Le travail supplémentaire est rémunéré à un montant qui dépasse de 50 p.c. au moins celui de la rémunération ordinaire. Cette majoration est portée à 100 p.c. lorsque le travail supplémentaire est effectué un dimanche ou pendant les jours de repos accordés en vertu de la législation sur les jours fériés. »

§ 2. Est à considérer comme travail supplémentaire, pour l'application du présent article, tout travail effectué au-delà de 9 heures par jour ou de 40 heures par semaine, ou des limites inférieures fixées conformément à l'article 28. »

Cet article 28 prévoit que « les limites maxima de la durée du travail fixées par les dispositions de la présente section ou en vertu de celles-ci peuvent être réduites en vertu d'une convention collective de travail rendue obligatoire. »

L'article 19 de la Convention collective de travail du 29.5.1989 conclue au sein de la Commission paritaire nationale auxiliaire pour employés, concernant les conditions de travail et de rémunération et rendue obligatoire par arrêté royal du 6.8.1990, précise, en ce qui concerne les entreprises occupant 10 travailleurs et plus : « la durée hebdomadaire moyenne de travail calculée sur base annuelle est fixée à 38 heures. »

Pour les travailleurs relevant de la Commission paritaire n° 218, on parle donc d'heures supplémentaires dès que l'on travaille plus de 9 heures par jour ou plus de 38 heures par semaine.

Les heures supplémentaires doivent être récupérées dans le courant du trimestre et donnent droit à une augmentation salariale de 50 % ou de 100 % pour les heures supplémentaires prestées les jours fériés et les dimanches.

Les travailleurs visés par la présente action ont tous été engagés en vertu de contrats de travail précisant que la durée du temps de travail était de 38 heures par semaine.

Dans tous les comptes individuels (annexe pièce 8, farde A), c'est également un régime de 38 heures/semaine en 5 jours qui est renseigné.

Si la durée du temps de travail peut être fixée à 40 heures par semaine avec une récupération des heures prestées au-delà de 38 heures par semaine, ce choix doit être précisé dans le contrat de travail ou à défaut, dans le règlement de travail.

En l'espèce, l'appelante a fait le choix d'un horaire de travail de 38 heures/semaine et, pour la plupart des travailleurs, selon un horaire fixe.

C'est donc sur base d'un horaire de 38 heures/semaine qu'il convient de déterminer si des heures supplémentaires ont été prestées.

Comme détaillé ci-avant, les travailleurs de l'appelante prestaient régulièrement des heures au-delà de leur horaire de 38 heures par semaine.

Même si certaines de ces heures étaient récupérées par la suite, elles devaient, malgré tout, faire l'objet du paiement d'un sursalaire.

En effet, aucune dérogation structurelle n'a été mise en place dans l'entreprise (comme par exemple les nouveaux régimes de travail) qui aurait pu permettre une plus grande flexibilité.

L'article 22, 2° de la loi sur le travail, invoqué par l'appelante et qui vise ce qu'on appelle le mécanisme des « feux continus », n'aurait pu être mis en place en raison de la nature des travaux²² et quand bien même, aurait dû faire préalablement l'objet d'une modification du règlement de travail.

Enfin, dans le cas de dérogations ponctuelles (par exemple le surcroît extraordinaire de travail ou les cas de force majeure), un sursalaire doit, dans tous les cas, être payé au travailleur²³.

Ces heures supplémentaires, au-delà de l'horaire convenu de 38 heures/semaine devaient donc donner lieu, quelle que soit l'hypothèse soulevée pour les justifier, au paiement d'un sursalaire, ce qui n'a pas été le cas.

En l'espèce, et ainsi que détaillé ci-avant, les travailleurs ont presté de nombreuses heures supplémentaires, notamment le week-end, jours non travaillés selon les contrats de travail.

Les infractions poursuivies, à savoir la violation des articles 9 et 11 de la loi sur la protection de la rémunération, sont donc bien établies.

²² Cet article vise les travaux qui ne peuvent être interrompus en raison de leur nature comme les travaux dans les fours sidérurgiques, les verreries ou encore les soins intensifs et non des éventuels travaux de maintenance.

²³ Il convient de noter que les conditions nécessaires pour user de ces dérogations ponctuelles n'ont de toute façon jamais été respectées (comme l'autorisation préalable ou la notification postérieure au CLS)

b) Le temps des déplacements du domicile jusqu'au premier client et du dernier client jusqu'au domicile

L'appelante conteste le paiement des sursalaires en raison des déplacements que les travailleurs de sa société auraient effectués entre leur domicile et les chantiers (chez les clients).

Premièrement, rien ne permet d'établir que les travailleurs ont bien été rémunérés pour les déplacements domicile-chantier, sauf la déclaration unilatérale de Madame W., administratrice d'époque de l'appelante.

Les auditions des travailleurs évoquent tous des heures supplémentaires effectuées en raison de travaux qui se prolongent chez des clients, ou fixés le week-end pour ne pas gêner la bonne marche de l'entreprise des clients ou encore des pannes à réparer en dehors des heures de travail, ce qui suppose à chaque fois un temps de déplacement vers lesdits clients.

S'il est admis que le déplacement domicile-lieu de travail (en l'espèce, les bureaux de l'appelante) ne constitue pas du temps de travail, le déplacement entre le domicile et le lieu du chantier (en l'espèce pour l'appelante, les locaux des clients) est à considérer comme du temps de travail²⁴.

En effet, dans son arrêt C- 266/14 du 15.9.2015, la Cour de Justice de l'Union Européenne a retenu que l'article 2, point 1, de la directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil, du 4.11.2003, concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail, doit être interprété en ce sens que, dans des circonstances telles que celles en cause au principal, dans lesquelles les travailleurs n'ont pas de lieu de travail fixe ou habituel, constitue du « temps de travail », au sens de cette disposition, le temps de déplacement que ces travailleurs consacrent aux déplacements quotidiens entre leur domicile et les sites du premier et du dernier clients désignés par leur employeur.

De plus, l'article 19, alinéa 2, de la loi du 16.3.1971 sur le travail définit la durée du travail comme le temps pendant lequel le personnel est à la disposition de l'employeur, soit « le temps pendant lequel il doit répondre à toute sollicitation de celui-ci »²⁵.

Comme le précise la cour du travail dans son arrêt du 15.1.2010²⁶,

²⁴ C.T. Liège, 13.5.2016, R.G. 2015/AL/34, inédit

²⁵ C. trav. Liège, 14.9.1993, J.T.T. 1994, p. 392.

²⁶ C. trav. Liège, section Liège, 15.1.2010, R.G. 036.261/09

« Le seul critère auquel il convient d'avoir égard pour définir la notion de durée de travail dans ces entreprises, parmi lesquelles figure incontestablement celle exploitée par la société appelante, est celui qui est fixé par l'article 19, alinéa 2, de ladite loi, à savoir "le temps pendant lequel le personnel est à la disposition de l'employeur. " »

Un travailleur doit être considéré comme étant à la disposition de son employeur lorsqu'il se rend chez un client à la demande de l'employeur.

Ces temps de déplacement doivent alors être rémunérés comme des heures de travail effectives.

Enfin, de toute évidence au vu du nombre d'heures supplémentaires reconnues comme telles par l'appelante et compte tenu des auditions concordantes des travailleurs, il ne peut être contesté que des prestations effectives, hors déplacement, ont été exécutées pendant ces heures supplémentaires.

Surabondamment, l'appelante met en cause la légalité des primes de mobilité accordées pour certains travailleurs ouvriers et la convention collective de travail prise au sein de la sous-commission paritaire 322.01, ces normes qui auraient dérogé à la législation en matière de temps de travail. Elle fait d'ailleurs grief au ministère public de ne pas les avoir remis en cause.

Il convient tout d'abord de préciser que cet éventuel problème ne concerne en rien la solution du présent litige puisque les travailleurs de l'appelante visés en termes de requête appartiennent tous à la CP 218.

Comme précisé ci-avant, le seul critère pour déterminer si une prestation (ici un déplacement) constitue du temps de travail, est le critère de la mise à disposition du travailleur à son employeur.

Le législateur a néanmoins prévu, à l'alinéa 3 de l'article 19 précité, que *« à la demande de la Commission paritaire compétente, le Roi peut déterminer le temps pendant lequel le personnel est à la disposition de l'employeur, en ce qui concerne :*

1° les entreprises de transport ;

2° les travailleurs occupés à des travaux de transport ;

3° les travailleurs occupés à des travaux essentiellement intermittents. »

C'est en application de ces dérogations, que le Roi a, via les commissions paritaires, déterminé que certains trajets ne sont pas considérés comme du temps de travail.

En l'espèce, l'appelante ne relève pas d'une des catégories visées par le législateur et ne peut donc bénéficier de cette habilitation donnée par le Roi.

c) Les personnes investies d'un poste de direction et de confiance

Les personnes investies d'un poste de direction et d'un poste de confiance au sens de l'arrêté royal du 10.2.1965 désignant les personnes investies d'un poste de direction ou de confiance, dans les secteurs privés de l'économie nationale, pour l'application de la loi sur la durée du travail, ne relèvent pas de la loi sur le travail, en ce qui concerne les dispositions relatives au temps de travail.

Il convient donc de déterminer si les travailleurs visés en termes de requête peuvent faire partie de ces catégories qui sont définies par l'arrêté royal du 10.2.1965.

La liste contenue dans l'arrêté royal est limitative.

La cour du travail de Mons a rappelé, dans un arrêt du 18.1.2010, les principes essentiels à mettre en œuvre pour déterminer si un travailleur doit être considéré comme personnel de direction ou de confiance²⁷ :

- les dispositions relatives à la durée du travail sont d'ordre public ;
- les juridictions ne sont pas tenues par la qualification que les parties ont donné à leur relation de travail ;
- les définitions données dans l'arrêté royal du 10.2.1965 doivent être respectées. Néanmoins, au vu de l'évolution de la vie du travail, une interprétation souple des textes est souhaitable.

L'arrêté royal du 10.2.1965 liste, entre autres, les postes ci-après comme étant, pour tous les secteurs, des postes de direction et de confiance :

« 1. les directeurs, les sous-directeurs, les capitaines de navigation maritime, ainsi que les personnes exerçant une autorité effective et ayant la responsabilité de l'ensemble ou d'une subdivision importante de l'entreprise ; [...]

3. les personnes pouvant, sous leur responsabilité, engager l'entreprise vis-à-vis des tiers ; [...]

5. les ingénieurs et les membres du personnel technique, dans la mesure où leur présence personnelle est nécessaire à la sécurité des travailleurs et à la sécurité de fonctionnement de l'entreprise ;

6. les personnes chargées de missions de contrôle ou d'inspection qui doivent être exercées, en tout ou en partie, en dehors des heures normales de travail ; [...]

11. les chefs machinistes, les chefs mécaniciens, les chefs chauffeurs, les contremaîtres électriciens, les chefs monteurs, les chefs de la mécanographie et les chefs de

²⁷ C. Trav. Mons, 18.1.2010 (R.G. : 2007/AM/20768), www.iuridat.be cité par S. DE RIDDER, « Le personnel investi d'un poste de direction ou de confiance : de qui s'agit-il et quelles conséquences, Indic. Soc, 2011, n°20, p. 15

garage, pour autant que ces fonctions comportent une autorité sur et une surveillance couvrant un ensemble de personnes et de machines: [...]» (Soulignement par la cour)

Si la jurisprudence a déjà reconnu qu'un poste de chef de service informatique pouvait être considéré comme un poste de confiance, cette appréciation dépend des circonstances et des prérogatives effectivement attachées à ce poste.

Ainsi, l'appelante cite un arrêt de la cour du travail de Bruxelles²⁸ qui a reconnu comme personne de confiance un employé « dont la fonction était précisément la gestion et l'administration du réseau informatique ».

Cependant, la fonction de cet employé comportait également « une responsabilité de contrôle de la situation des coffres et de la situation des caisses. »

La cour ajoute, dans cet arrêt, que :

« L'appréciation de la Cour ne se fonde pas sur l'aspect informatique des fonctions de Monsieur B.S. mais sur les responsabilités qu'il assumait dans le cadre de ses fonctions. Monsieur B.S. n'était pas un simple « programmeur » ou « analyste » ».

En l'espèce, il apparaît clairement des auditions des travailleurs, que la hiérarchie est établie comme suit : l'appelant est administrateur-délégué ; sous ses ordres, agissent deux responsables de groupe, Monsieur Ro. et Monsieur Pe. à dater du 1.5.2009, chacun de ces responsables ayant différents informaticiens sous ses ordres, l'appelant contrôlant et validant toutes les offres élaborées par l'ensemble des travailleurs.

Seuls deux travailleurs ont la responsabilité d'une subdivision importante de l'entreprise, Monsieur Ro. et Monsieur Pe. depuis le 1.5.2009.

L'appelant gardant seul le pouvoir d'engager la société vis-à-vis des tiers.

Les autres informaticiens ne peuvent être considérés comme « nécessaires à la sécurité des travailleurs et à la sécurité de fonctionnement de l'entreprise », ils n'exercent pas de « missions de contrôle ou d'inspection en dehors des heures de travail » et leur fonction ne comportent pas une autorité sur des travailleurs et une surveillance couvrant un ensemble de personnes et de machines.

Si les travailleurs de l'appelante disposent d'une certaine autonomie dans leur travail, cette autonomie est liée à la fonction et est exercée sous la surveillance et l'autorité de leurs supérieurs.

²⁸ C. Trav. Bruxelles, 6.3.2007 (R.G. : 46.051), www.terralaboris.be

Contrairement à ce qu'affirme l'appelante, les travailleurs ne disposaient pas de responsabilité élevée et ne pouvaient en aucun cas engager la société, tout contrat ou devis étant soumis à sa signature.

En ce qui concerne les développeurs (Messieurs Le. D., Mo. J.-F. et Y.), Monsieur Le. D. précise que bien qu'il ait sous ses ordres Messieurs Mo. J.-F. et Y. en tant que responsable du groupe développement, il doit en référer aux deux chefs de groupe réseau en ce qui concerne les demandes clients sinon à l'appelant. Il déclare que même s'il a beaucoup de latitude dans son travail en dehors des délais, il n'a aucun pouvoir commercial ou financier, il ne rédige ni offre, ni facture et ne s'occupe pas des paiements.

Monsieur Le. D. ne peut donc pas non plus être considéré comme personnel de direction et de confiance.

Les avenants ayant permis à Monsieur Da. N. et à Monsieur Co. C. d'acquérir une fonction de « cadre » ne modifie pas cette analyse, dès lors que leur fonction n'a été en rien modifiée, leur rémunération n'ayant pas non plus évolué.

En conclusion, aucun des travailleurs visés en termes de requête ne peut être considéré comme personnel de direction et de confiance.

Ces travailleurs sont donc soumis à la loi sur le travail en ce compris la section relative à la durée du temps de travail.

4. LA NOTIFICATION DU JUGEMENT OU DE L'ARRÊT

Par l'effet suspensif et dévolutif de l'appel, la demande de sursoir à la condamnation à la notification du jugement n'a pas d'incidence.

La question est de savoir si l'appelante doit être condamnée par la cour à une telle notification.

L'obligation de notification du jugement était déjà initialement prévue par l'article 5 de la loi du 3.12.2006, contenant des dispositions en matière sociale :

« L'employeur dans le chef de qui, par suite de l'exercice de l'action visée à l'article 138bis, § 2, alinéa 1er, du Code judiciaire, une infraction est constatée, est tenu de notifier le jugement, à ses frais, aux travailleurs concernés. »

Cette disposition a été abrogée par l'article 109, 54° de la loi du 6.12.2010 mais réinstaurée par l'article 89 de la loi du 29.2.2016 (en vigueur depuis le 1.5.2016).

L'article 6 de la loi du 3.12.2006 énonce que :

« Les infractions aux dispositions de la présente loi et de ses arrêtés d'exécution sont recherchées, constatées et sanctionnées conformément au Code pénal social. Les inspecteurs sociaux disposent des pouvoirs visés aux articles 23 à 39 du Code pénal social lorsqu'ils agissent d'initiative ou sur demande dans le cadre de leur mission d'information, de conseil et de surveillance relative au respect des dispositions de la présente loi et de ses arrêtés d'exécution. » (Article 102 de la loi du 6.6.2010 en vigueur depuis le 1.7.2011)

L'article 237 du Code pénal social dispose que :

« Est puni d'une sanction de niveau 4, l'employeur, son préposé ou son mandataire qui, en contravention à la loi du 3 décembre 2006 contenant diverses dispositions en matière de droit pénal social, omet sciemment et volontairement de notifier, à ses frais, le jugement constatant une infraction aux lois et règlements qui relèvent de la compétence des juridictions du travail en application de l'article 138bis, § 2, alinéa 1er, du Code judiciaire aux travailleurs concernés. »

L'obligation légale de notification du jugement existe donc actuellement à nouveau. La loi ne donne aucun pouvoir d'appréciation à la cour à ce propos et n'exige même pas qu'une condamnation à notifier soit prononcée. La notification est une obligation légale, assortie de sanctions pénales. Cette obligation existe indépendamment même de toute condamnation à s'y conformer par un tribunal.

La cour estime, dès lors, qu'il n'y a pas lieu de prononcer de condamnation à une notification, cette obligation s'imposant à l'employeur en raison de la seule existence du présent arrêt.²⁹

5. QUANT AUX INTÉRÊTS CIVILS

Tout en tenant compte de la période infractionnelle telle que retenue par la cour, il y a lieu de confirmer le jugement donnant acte aux intimés, intervenants volontaires originaires, de leur demande à l'encontre de l'appelante de 1 € provisionnel à titre de réparation des dommages connus à raison des infractions constatées.

Il y a lieu de réserver à statuer pour le surplus et de renvoyer l'affaire au rôle.

²⁹ Dans le même sens Trib.trav Bruxelles, 27.5.2008, Chron.D.S. 2009, p. 15.

•
• •

PAR CES MOTIFS,

LA COUR,

Après en avoir délibéré et statuant publiquement et contradictoirement ;

Vu les dispositions de la loi du 15.6.1935 sur l'emploi des langues en matière judiciaire et notamment son article 24 dont le respect a été assuré ;

Donnant acte aux parties, de leurs dires, dénégations ou réserves et rejetant comme non fondées, toutes conclusions, autres, plus amples ou contraires ;

Reçoit les appels et joint les deux affaires.

Dit l'appel de l'appelant O. fondé.

Dit l'action originale et les demandes en intervention volontaire dirigées contre lui irrecevables.

Réforme le jugement critiqué sur ce point.

Dit l'appel de l'appelante SA NETSITE partiellement fondé.

Confirme le jugement critiqué la concernant avec la modification que la période infractionnelle s'étend du 1.6.2004 au 30.8.2013 (et, si nécessaire, qu'il n'y a pas lieu à condamnation de l'appelante à notifier le jugement querellé aux travailleurs concernés).

Il n'y a pas lieu à condamnation de l'appelante à notifier le présent arrêt aux travailleurs concernés.

Réserve à statuer pour le surplus, y compris les dépens, et renvoie l'affaire au rôle.

Ainsi arrêté et signé avant la prononciation par :

Heiner BARTH, président,
Benoît VOS, conseiller social au titre d'employeur,
Constant LEHANSE, conseiller social au titre d'employé,
Assistés de Jonathan MONTALVO DENGRA, greffier,

Benoît VOS,

Constant LEHANSE,

Heiner BARTH,

Jonathan MONTALVO DENGRA,

et prononcé, en langue française à l'audience publique de la 2ème Chambre de la Cour du travail de Liège, division Liège, à l'Extension Sud du Palais de Justice, Place Saint-Lambert 30 à 4000 Liège, le **jeudi QUATORZE SEPTEMBRE DEUX MILLE DIX-SEPT**, par :

Heiner BARTH, président,
Jonathan MONTALVO DENGRA, greffier,

Heiner BARTH,

Jonathan MONTALVO DENGRA.