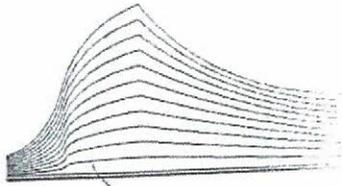


IB/LE 11738

COPIE adressés à
Me Baudouin Jean

(exempt: art. 280 2°
Code Enr.
C.J. art 792 - 1030)

17 JAN. 2020



Numéro de répertoire 2020 /156
Date du prononcé 09/01/2020
Numéro de rôle 17 / 30 / A
Numéro auditorat :
Matière : contrat de travail employé
Type de jugement : renvoi autre Jurisdiction (660)
Liquidation au fonds : NON (loi du 19 mars 2017)

Expédition délivrée le	Expédition délivrée le
à	à
Me	Me
Reg. Expéd. n°	Reg. Expéd. n°
Droits acquittés :	Droits acquittés :

Tribunal du travail du Brabant wallon
Division Nivelles
1ère chambre
Jugement

EN CAUSE :

Monsieur [REDACTED],
domicilié [REDACTED],

Partie demanderesse, comparissant par Maître ERNOUX-NEUFCEUR LOUISE, avocat au barreau de Bruxelles, plaidant loco Maître BOURTEMBOURG JEAN, avocat, à 1060 BRUXELLES 6, Rue de Suisse, 24.

CONTRE :

1. La [REDACTED], inscrite à la B.C.E. sous le numéro : [REDACTED], dont le siège social est situé [REDACTED],

Première partie défenderesse, comparissant par [REDACTED], avocat au barreau de Bruxelles, plaidant loco Maître [REDACTED], avocat, [REDACTED], [REDACTED].

2. [REDACTED] inscrite à la B.C.E. sous le numéro : [REDACTED], dont le siège social est situé [REDACTED],

Déclarée en faillite par le Tribunal de l'entreprise du Brabant wallon en date du 13 mai 2019,

[REDACTED], désigné en tant que curateur, inscrite à la B.C.E. sous le numéro : [REDACTED], domicilié [REDACTED],

Deuxième partie défenderesse, faisant défaut.

* * *

Le Tribunal, après en avoir délibéré, prononce le jugement suivant:

Indications de procédure:

Le dossier de la procédure contient les pièces suivantes :

- En copie conforme, le jugement prononcé le 12 septembre 2019, par le Tribunal de céans, autrement composé, les actes de la procédure y visés, ainsi que les pièces relatives à sa notification intervenue le 20 septembre 2019 ;
- les secondes conclusions après audience déposées au greffe, le 18 septembre 2019, pour la partie défenderesse, ainsi que l'inventaire des pièces de son dossier ;
- les conclusions après jugement déposées au greffe, le 18 octobre 2019, pour la partie défenderesse, ainsi que l'inventaire des pièces de son dossier ;
- les dossiers de pièces des parties.

Les débats se sont déroulés contradictoirement à l'égard de la première partie défenderesse et par défaut à l'égard de la seconde partie défenderesse à l'audience du 14 novembre 2019 et en langue française conformément à la loi du 15 juin 1935 sur l'emploi des langues en matière judiciaire.

* * * *

1. La demande et les antécédents de procédure

M. [REDACTED] poursuit la condamnation de la [REDACTED] s
[REDACTED] et de l' [REDACTED] à :
à titre principal

- lui payer la différence entre la rémunération due et celle réellement payée, sur base du barème de l'échelle 3 prévu par la commission paritaire 329 du 1^{er} janvier 2005 au mois de septembre 2011 et selon l'échelle 5 à dater du mois de septembre 2011, évaluée provisoirement à la somme de 40.000 € à augmenter des intérêts au taux légal, à dater de chaque échéance de paiement ;
- lui payer la somme provisionnelle de 100.000 € à titre de rémunération des heures supplémentaires et de nuit prestées à augmenter des intérêts au taux légal, à dater de chaque échéance de paiement ;
- produire tout document utile au calcul de la rémunération réellement due, ainsi que d'effectuer ce calcul, sous astreinte ;
- lui payer une indemnité pour licenciement abusif évaluée *ex aequo et bono* à la somme de 25.000 €.

à titre subsidiaire

- à lui restituer le montant dont elles se sont enrichies à ses dépens.

Il poursuit également la condamnation de la [REDACTED] seule à lui payer une indemnité compensatoire de préavis calculée sur la rémunération qui lui était réellement due.

Il demande que les défenderesses soient condamnées aux dépens.

Par jugement du 12 septembre 2019 le tribunal a pris la décision suivante :

Le tribunal réserve à statuer sur la fixation de la créance à faire admettre au passif de la faillite jusqu'à ce que les parties présentes et représentées aient fourni au tribunal les éléments permettant de la déterminer avec certitude.

Le tribunal renvoie la cause au rôle dans l'attente des plaidoiries fixées le 24 octobre 2019.

2. Recevabilité

Les relations contractuelles ont définitivement pris fin le 11 janvier 2016 et la procédure a été introduite par requête déposée le 10 janvier 2017. [REDACTED] a manifestement qualité et intérêt à l'action, ce qui n'est d'ailleurs pas contesté.

L'action remplit donc toutes les conditions de recevabilité.

3. Les faits essentiels

1.

Le demandeur est engagé par HSRP à dater du 15 octobre 1995 en qualité d'ouvrier-compagnon dans le cadre d'un contrat de travail à durée indéterminée et à temps plein. (pièce 1 demandeur)

La fonction est décrite comme consistant « à encadrer les jeunes de l'équipe sur le plan pratique et technique » (art. 1 du contrat).

La rémunération est fixée dans l'échelle de traitement D2 à la date du 1^{er} novembre 1994 (article 3 du contrat).

2.

Dès l'origine il est mis à la disposition de la Régie [REDACTED] qui n'est pas encore constituée en asbl et ne dispose pas de personnalité juridique. (pièce 2 demandeur – contrat de travail d'employé – régularisation du 03/01/2000) Cette constitution interviendra en 2005, HSRP en étant membre fondateur. A partir de cette date, la mise à disposition fait l'objet d'une convention tripartite (pièce 3 demandeur).

L'article 3 de la convention de mise à disposition stipule que « l'aide à l'emploi relative à l'ouvrier-compagnon, incorporée dans la subvention accordée à l'asbl Régie [REDACTED] par la Région en application de l'arrêté du Gouvernement wallon du 23 septembre 2004 relatif aux organismes de logement à finalité sociale est transférée à la société de logement de service public à concurrence de 75% de la charge annuelle globale ».

3.

Dans le courant de l'année 2009, M. [REDACTED] présente à la Régie et au FOREM un projet concernant la création d'un projet de four à pain dénommé : « l'Atelier Boule de Pâte » (pièce 4 HSRP). C'est dans ce cadre que la Régie décide d'investir dans ce projet avec comme but de faire fonctionner l'atelier avec des stagiaires et des habitants du quartier.

Lors du CA de la Régie du 22 septembre 2011, M. [REDACTED] est désigné coordinateur de l'ensemble du personnel (pièce 30 demandeur).

4.

Il résulte du PV du CA de la Régie du 21 mai 2012 (pièce 30 demandeur) que :

- l'atelier a commencé son fonctionnement le 14 février 2012 et que 3 jours d'ouverture sont organisés (mardi, mercredi et jeudi) ;
- le demandeur est présent entre 2 et 4 h du matin et prend en charge les stagiaires de la Régie de 8h30 à 16h30.

5.

Le 24 juin 2015, le FOREM écrit à la Régie, notamment, ce qui suit (pièce 9 demandeur) :

« Depuis plusieurs années, nous avons pu constater un nombre certain de dysfonctionnements et/ou manquements au niveau de la Régie. Nous les avons relayés lors de plusieurs réunions. À chaque fois, nous avons dû déchanter et constater que les résolutions et engagements n'étaient jamais tenus. »

(...)

Concernant la formation :

- *Le fond du logement rappelle régulièrement que la formation en Régie doit être composée d'un panel d'activités variées et non d'une filière unique. Le fait de spécifier une filière plutôt qu'une autre se passe dans certaines Régies (et cela se passe bien).*
- *Le secteur « construction » est un secteur privilégié qui doit constituer l'objectif de la Régie dans un but d'intégration du stagiaire et de plus-value pour les habitations sociales. A la suite d'une plainte écrite, nous avons demandé à la Régie de trouver une solution pour que la situation devienne claire et que la boulangerie cesse d'empiéter sur la formation bâtiment.*

- Nous avons souhaité que les deux structures soient séparées afin d'éviter toute confusion. Le projet [REDACTED] est un projet intéressant qui mérite d'avoir sa propre structure pour exister pleinement, mais jette une ambivalence de rôle au sein de la Régie.
- Faute de structures séparées jusqu'à présent, nous avons accepté de faire deux contrats différents (« boulangerie » et « bâtiment ») afin de permettre aux demandeurs d'emploi entrant en formation à la Régie de savoir clairement à quoi ils s'engageaient.

(...) »

6.

Le 24 septembre 2015, le CA de la Régie envoie une note de service aux membres du personnel et au personnel mis à disposition de la Régie (pièce 11 demandeur). Cette note reprend les décisions prises au CA la veille, à savoir :

«(...)»

- Les activités de l'atelier [REDACTED] seront désormais exercées en totale conformité aux dispositions de l'arrêté du gouvernement wallon du 12 décembre 2013 relatifs aux organismes de logement à finalité sociale. Cela signifie que l'atelier « [REDACTED] » en revient à sa mission première c'est-à-dire la formation de stagiaires. Dans ce cadre, il est indispensable que les stagiaires puissent concrètement aux différentes activités de l'atelier. Une modification des horaires de prestations des stagiaires sera sollicitée auprès du Forem.
- Les prestations du personnel de la Régie ne sont plus autorisées avant 6h00 du matin. Cela signifie que les activités de l'atelier, quelles qu'elles soient, ne pourront plus commencer avant 6 heures.
- Les prestations du week-end ne sont plus autorisées.
- Le personnel est invité à réduire au maximum le nombre d'heures supplémentaires prestées. Le retour aux missions de base de formation tel qu'explicité au premier tiret s'inscrit également dans la volonté du CA de réduction des heures supplémentaires.

(...) »

7.

Le 15 octobre 2015, l'AFSCA procède à un contrôle à l'atelier ; ses remarques sont les suivantes :

Dans le cadre de son rapport, elle mentionne des points de non-conformité qui sont relevés de la manière suivante :

- « 1.2. : les zones de stockage doivent être en matériaux faciles d'entretien (facilement lavable). Limiter les risques de contamination pour le stockage.
- Dans la zone de stockage farine (extérieur) : séparer la partie alimentaire du reste (matériel de construction,...). Le sol doit être facile d'entretien.
- Dans la zone chambre de congélation : l'environnement doit être propre et facile d'entretien. Eviter la contamination avec les matériaux de construction.
- La zone salle de réunion : les farines ne doivent pas être stockées sur le sol et doivent être isolées du risque de contamination (néons, chaussures, vêtements, zone de réunion de

personnes, ...). Les emballages alimentaires doivent être stockés de manière à éviter les contaminations.

1.5. : la toilette n'est pas propre et la porte ne dispose pas d'une poignée.

1.6. : Absence d'évier à disposition pour le lavage hygiénique des mains car ceux-ci sont encombrés et non utilisables (à proximité des toilettes et dans l'atelier).

1.8. : Présence de chaussures et de vêtements dans la zone de stockage des farines (salle de réunion).

1.9 et 1.11 : absence de thermomètres dans certains frigos et congélateurs.

2.2. et 2.3. : Présence de murs et plafonds non lisses et lavables dans l'atelier (finitions à terminer).

2.4. : Absence de moustiquaire à la fenêtre ouverte durant la production

3.5. : Absence de données écrites sur les allergènes

3.6. Absence d'emballages sur certaines denrées dans les frigos et congélateurs. Absence des dates de congélation sur les denrées congelées ;

3.11. Absence du logo déterminant que l'emballage peut être en contact avec les denrées alimentaires sur les grandes boîtes plastiques transparentes et sur les bacs gris.

4.1. Présence de déchets dans un sac à farine ouvert (non placé dans une poubelle fermée) (remarque attention au stockage des sacs vides de farine)

4.8. absence de plan écrit de lutte contre les nuisibles (plan avec emplacement des appâts) ».

A la suite du contrôle, le CA décide, par note du 5 novembre 2015 (pièce 12 demandeur) de mettre fin momentanément aux activités de l'atelier afin de permettre l'exécution de travaux de mise en conformité, bien que l'AFSCA n'ait pas demandé cette fermeture puisque l'infraction résulte de ce que l'atelier travaille sans avoir reçu l'autorisation préalable de l'AFSCA, tandis que la majorité des non-conformités ne concernent que des locaux non directement destinés à la production – raison pour laquelle un délai de 6 mois est accordé – et aucune non-conformité majeure d'hygiène n'a été constatée. (pièce 18 demandeur).

8.

A partir du mois d'octobre 2015, le demandeur interpelle à plusieurs reprises le CA de la régie sur :

- la question de sa rémunération barémique qui n'a pas évolué en 20 ans ;
- le paiement de ses heures supplémentaires ;
- la question de la régularité de sa mise à disposition de la Régie par HSRP. (pièces 17 – 19- 20 demandeur).

N'obtenant pas de réactions positives, il fait intervenir ses conseils (pièces 21 et 22 demandeur)

9.

Le 11 janvier 2016, HSRP met fin au contrat avec effet immédiat moyennant l'annonce du paiement d'une indemnité compensatoire de préavis de 19 mois et 12 semaines de rémunération, dont à déduire la rémunération de 4 semaines pour les frais d'outplacement. (pièce 24 demandeur).

Cette lettre précise en outre :

« En ce qui concerne les motifs pour lesquels nous avons été amenés à prendre une telle décision, permettez-nous, avant de les évoquer, de résumer votre passé professionnel au sein de notre société.

Vous avez été engagé en qualité d'ouvrier-compagnon en date du 3 octobre 1995. Nonobstant les fonctions d'ouvriers que vous avez prestées tout au long de votre contrat, vous avez obtenu, sur le plan social, le statut d'employé. Ce statut a fait l'objet d'un contrat contresigné en date du 3 janvier 2000. Vos fonctions restaient cependant identiques à savoir des fonctions d'ouvrier-compagnon.

Dans le cadre de la relation contractuelle, une convention de mise à disposition, à durée déterminée, renouvelable a été contresignée avec l'ASBL « Régie [REDACTED] ». Dans le cadre des prestations effectuées au profit de cette ASBL, en votre qualité d'ouvrier-compagnon, celle-ci vous a fait part de certains griefs vous concernant. C'est dans ce cadre que l'ASBL « Régie [REDACTED] » a mis fin à la mise à disposition. La décision nous a été notifiée conformément à la convention en sorte que la mise à disposition se terminait le 31 décembre 2015.

Verbalement, en date du 18 décembre 2015, nous vous informons de la fin de cette mise à disposition. Toujours verbalement, nous vous invitons dès lors à vous présenter au sein de notre organisation à Nivelles, le 4 janvier 2016. Entretemps, vous deviez donc prêter pour la Régie [REDACTED] sauf pour la période allant du 23 décembre 2015 au 31 décembre 2015 pour cause de fermeture de ladite régie.

Vous vous êtes présenté le 4 janvier 2016 en nos bureaux à Nivelles. Nous vous avons demandé de vous rendre chez Monsieur Jean-Marc Scorey, responsable de la régie technique des [REDACTED]. Celui-ci devait vous transmettre votre ordre de mission. Il s'agissait, dans cet ordre de mission, de vous confier un poste d'ouvrier compagnon au sein d'une autre régie de quartier.

Quelle ne fut pas notre surprise d'apprendre que non seulement vous ne vous êtes pas présenté à la régie technique mais que vous avez décidé de votre propre chef et alors même que la mise à disposition était terminée, de vous présenter à la Régie [REDACTED]. Nous sommes également étonnés que vous ayez pris un véhicule appartenant à la Régie des [REDACTED] et dont vous nous avez remis les clés, sans autorisation de notre part.

Nous devons donc constater que depuis le 4 janvier 2016 vous ne prestez pas pour les [REDACTED] dans le cadre de votre contrat de travail. Nous aurions pu au regard de la situation considérer que votre acte d'insubordination constituait une faute grave. Nous avons cependant décidé de procéder à votre licenciement moyennant le paiement d'une indemnité de rupture.

Vous comprendrez, au regard de ce bref résumé, que nous ne pouvons accepter votre comportement qui s'inscrit dans un comportement plus général de refus de se conformer aux ordres et aux décisions prises par la hiérarchie. (...) »

10.

Les griefs dont il est question dans cette lettre, et dont rien aux dossiers déposés ne permet de conclure qu'ils ont été portés à la connaissance du demandeur, furent énumérés par le CA de la Régie, lors de sa réunion du 24 novembre 2015, au cours de laquelle elle décide de mettre fin à la convention de mise à disposition. Le PV de la réunion motive cette décision comme suit (pièces 5 et 7 HSRP) :

« Le conseil d'administration constate que depuis son installation [du demandeur], une série de dysfonctionnements graves dans la gestion au sens large de la Régie ont été identifiés dont notamment :

- Achats effectués par l'ouvrier compagnon sans aucune autorisation du conseil d'administration,
- Prestations non conformes aux contrats de travail
- Refus systématiques de l'ouvrier compagnon de respecter les décisions du Conseil d'administration ;

- Non communication de documents officiels signés par l'ouvrier compagnon (rapport de l'afscsa...)
- Refus de l'ouvrier compagnon de réaliser les travaux de mise en conformité des locaux suite au rapport de l'afscsa décidés lors du conseil d'administration du 4 novembre 2015 ;
- Non-respect par l'ouvrier compagnon du devoir de réserve et de discrétion à l'égard des discussions et décisions du conseil d'administration ;
- Propos irrespectueux de l'ouvrier compagnon à l'égard des membres du conseil d'administration lors de la réunion du 21 octobre qui cherchaient à mettre en place des solutions positives et constructives pour l'Atelier [REDACTED] ;
- Utilisation abusive de la page facebook de l'Atelier [REDACTED] (...) aux fins de dénigrement des membres du conseil d'administration et de son président. »

Ce PV est transmis le 26 novembre 2015 à HSRP qui acte la fin de la mise à disposition au 31 décembre 2015. (pièce 6 HSRP).

4. Examen

4.1 Moyens des parties

4.1.1. Moyens de la partie demanderesse

1.

Le contrat de travail qui avait pour objet de mettre le demandeur à disposition de la Régie – à partir du moment où celle-ci a acquis une personnalité juridique propre et distincte de HSRP – est irrégulier au regard de la loi du 24 juillet 1987 sur le travail temporaire, le travail intérimaire et la mise de travailleurs à la disposition d'utilisateurs. Contrairement à ce qu'affirment HSRP, ni elle ni la Régie ne peuvent se prévaloir de dérogation à l'application de cette loi. Par voie de conséquence, un contrat de travail à durée indéterminée est né avec la Régie tandis que cette dernière et HSPR sont solidairement tenues du paiement des rémunérations, avantages et indemnités dues au demandeur.

2.

La Régie relève de la CP 329.02 et il apparaît qu'elle n'a pas rémunéré le demandeur conformément aux barèmes en vigueur au sein de cette CP. Le non-paiement de la rémunération due a été constant pendant toute l'occupation du demandeur de sorte qu'il s'agit d'une infraction continuée dont le délai de prescription ne commence à courir qu'à dater du dernier fait infractionnel. Le demandeur est donc en droit de réclamer les arriérés depuis que la Régie a acquis une personnalité juridique.

3.

Des arriérés de rémunération pour heures supplémentaires et de nuit sont dus. Sur le plan probatoire, le demandeur se fonde sur les pièces qu'il produit ainsi que sur les dispositions de la directive 2003/88 et l'article 31 § 2 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne interprétés à la lumière de l'arrêt rendu le 14 mai 2019 par la CJUE dans l'affaire C-55/18. Subsidièrement, si aucun arriéré de rémunération pour heures supplémentaires et de nuit ne sont dus, il convient de condamner les défenderesse à restituer au demandeur l'équivalent de l'enrichissement sans cause qu'elles ont perçues à raison de la prestation de ces mêmes heures.

4.
Le licenciement est abusif car décidé en mesure de représailles face aux demandes légitimes d'obtenir paiement des arriérés restant dus sur base d'une rémunération calculée conformément aux barèmes en vigueur. Une indemnité est due.

5.
L'indemnité compensatoire de préavis doit être recalculée en tenant compte de la rémunération barémique effectivement due. Il s'impose de contraindre HSRP de produire tout document utile permettant de calculer cette rémunération sur base des indexations intervenues depuis l'entrée en vigueur de la CCT du 16 septembre 2002 et ce jusqu'en 2016.

4.1.2. Moyens des parties défenderesses

1.
La Régie a été déclarée en faillite par jugement du tribunal de l'entreprise du Brabant wallon du 13 mai 2019 ; Me [REDACTED] a été désigné en qualité de curateur.

Par courrier du 16 mai 2019, il a fait savoir au tribunal qu'il ne reprendrait pas l'instance – car la poursuite de celle-ci ne présentait aucun intérêt pour la masse des créancier – qu'il ne comparaitrait pas et que jugement par défaut pouvait être pris en vue de l'admission de la créance du demandeur au passif de la faillite.

2.
HSRP considère bénéficiaire de dérogation(s) aux dispositions de la loi du 24 juillet 1987 précitée de sorte qu'elle n'est tenue ni par la solidarité, ni par les barèmes de la CP 329.02 dont elle ne relève pas.

3.
Le non-paiement de la rémunération est une infraction instantanée de sorte qu'en toute hypothèse la demande, en paiement des sommes éventuellement dues pour la période antérieure au 10 janvier 2012, est prescrite.

4.
HSRP étant une personne morale de droit public, seule la loi du 14 décembre 2000 est applicable. Elle ne prévoit pas le paiement d'heures supplémentaires ou de sursalaires. Au demeurant, la preuve de ces heures supplémentaires n'est pas rapportée, d'autant qu'on ne peut faire reproche à HSRP l'absence de système de mesurage du temps de travail, lequel existe, en son sein, depuis de nombreuses années. Subsidiairement, il n'y a pas eu d'enrichissement sans cause.

5.
Le demandeur ne démontre pas l'existence d'une faute, d'un dommage et le lien de causalité qui rendrait le licenciement abusif.

4.2. Analyse

4.2.1. La problématique de la mise à disposition et ses conséquences

1.

Les dispositions pertinentes de la loi du 24 juillet 1987 relatives à la mise à disposition de travailleurs au profit d'utilisateurs sont essentiellement contenues aux articles 31 et 32 de cette loi.

Ces dispositions sont rédigées de la manière suivante :

« Art. 31. § 1. Est interdite l'activité exercée, en dehors des règles fixées aux chapitres Ier et II, par une personne physique ou morale qui consiste à mettre des travailleurs qu'elle a engagés, à la disposition de tiers qui utilisent ces travailleurs et exercent sur ceux-ci une part quelconque de l'autorité appartenant normalement à l'employeur (...).

Pour l'application du présent article, ne constitue toutefois pas l'exercice d'une part quelconque de l'autorité de l'employeur par le tiers, le respect par ce tiers des obligations qui lui reviennent en matière de bien-être au travail.

Pour l'application du présent article, ne constituent pas non plus l'exercice d'une part quelconque de l'autorité de l'employeur par le tiers, les instructions données par le tiers aux travailleurs de l'employeur en vertu d'un contrat écrit entre le tiers et l'employeur, à condition que ce contrat écrit prévoit explicitement et de manière détaillée quelles sont précisément les instructions qui peuvent être données par le tiers aux travailleurs de l'employeur, que ce droit du tiers de donner des instructions ne porte atteinte en aucune manière à l'autorité dont dispose l'employeur et que l'exécution effective de ce contrat entre le tiers et l'employeur corresponde entièrement aux dispositions expresses du contrat écrit précité.

Pour l'application du présent article, constitue par contre l'exercice d'une part quelconque de l'autorité de l'employeur par le tiers, toute instruction autre que celles prévues au deuxième alinéa, qui est donnée soit sans qu'il y ait un contrat écrit entre le tiers et l'employeur, soit lorsque le contrat écrit conclu entre le tiers et l'employeur ne répond pas aux conditions prévues à l'alinéa précédent, soit lorsque l'exécution effective du contrat écrit conclu entre le tiers et l'employeur ne correspond pas aux dispositions expresses qui figurent dans ce contrat.

Lorsque, conformément aux dispositions de l'alinéa 3, un contrat est conclu entre un tiers et un employeur stipulant quelles instructions peuvent être données par le tiers en exécution de ce contrat aux travailleurs de l'employeur, le tiers informe sans délai son conseil d'entreprise de l'existence de ce contrat. Le tiers fournit ensuite, aux membres de son conseil d'entreprise qui en font la demande, une copie de la partie du contrat écrit précité qui précise les instructions pouvant être données par le tiers aux travailleurs de l'employeur. Lorsque le tiers, après en avoir reçu la demande, refuse de transmettre la copie susmentionnée, le contrat écrit est censé ne pas exister pour l'application du présent article. A défaut d'un conseil d'entreprise, les informations visées au présent alinéa sont fournies au comité pour la prévention et la protection au travail et, à défaut de celui-ci, aux membres de la délégation syndicale. Le Roi détermine, par arrêté délibéré en Conseil des ministres, la procédure selon laquelle les obligations d'information précisées au présent alinéa sont mises en œuvre.

§ 2. Le contrat par lequel un travailleur a été engagé pour être mis à la disposition d'un utilisateur en violation de la disposition du § 1er est nul, à partir du début de l'exécution du travail chez celui-ci.

§ 3. Lorsqu'un utilisateur fait exécuter des travaux par des travailleurs mis à sa disposition en violation de la disposition du § 1er, cet utilisateur et ces travailleurs sont considérés comme engagés dans les liens d'un contrat de travail à durée indéterminée dès le début de l'exécution des travaux.

Toutefois, les travailleurs peuvent mettre fin au contrat sans préavis ni indemnité. Ce droit ne peut être exercé que jusqu'à la date où leur mise à la disposition de l'utilisateur aurait normalement pris fin.

§ 4. L'utilisateur et la personne qui met des travailleurs à la disposition de l'utilisateur en violation de la disposition du § 1er sont solidairement responsables du paiement des cotisations sociales, rémunérations, indemnités et avantages qui découlent du contrat visé au § 3.

Art. 32. § 1. Par dérogation à l'article 31, un employeur peut, en dehors de son ou de ses activités normales, mettre ses travailleurs permanents pour une durée limitée à la disposition d'un utilisateur s'il a reçu au préalable l'autorisation du fonctionnaire désigné par le Roi ; une convention collective de travail conclue au sein du Conseil national du Travail peut préciser la notion de durée limitée.

L'autorisation préalable visée au premier alinéa n'est toutefois pas requise lorsqu'un travailleur permanent, qui reste lié avec son employeur par son contrat de travail initial, est mis exceptionnellement à la disposition d'un utilisateur :

a) dans le cadre de la collaboration entre entreprises d'une même entité économique et financière;

b) en vue de l'exécution momentanée de tâches spécialisées requérant une qualification professionnelle particulière; une convention collective de travail conclue au sein du Conseil national du Travail peut préciser les notions d'exécution momentanée et de tâches spécialisées requérant une qualification professionnelle momentanée.

Dans ces cas, l'utilisateur en avise au moins 24 heures à l'avance le fonctionnaire désigné par le Roi.

Le caractère limité de la durée de la mise de travailleurs à la disposition n'est pas requis lorsqu'elle concerne les travailleurs handicapés occupés par un atelier protégé agréé en exécution de la réglementation relative au reclassement social des handicapés.

§ 2. Les conditions et la durée de la période de mise à la disposition visées au § 1er doivent être constatées par un écrit signé par l'employeur, l'utilisateur et le travailleur. L'accord écrit du travailleur n'est, toutefois par requis lorsque le consentement tacite est d'usage dans la branche d'industrie qui occupe le travailleur. Cet écrit doit être rédigé avant le début de la mise à la disposition.

§ 3. L'autorisation visée au § 1er n'est octroyée qu'après accord entre l'utilisateur et la délégation syndicale du personnel de son entreprise ou, à défaut de celle-ci, les organisations de travailleurs représentées à la commission paritaire dont relève son

entreprise. En cas de désaccord au sein de la délégation syndicale, cet accord peut être donné par la commission paritaire compétente.

§ 4. Pendant la période de la mise à la disposition, visée au § 1er, le contrat liant le travailleur à son employeur continue à sortir ses effets; toutefois, l'utilisateur devient solidairement responsable du paiement des cotisations sociales, rémunérations, indemnités et avantages qui en découlent.

Les obligations prévues à l'article 19, alinéas 1er et 2, sont également applicables en cas de mise d'un travailleur à la disposition d'un utilisateur.

En aucun cas, ces rémunérations, indemnités et avantages ne peuvent être inférieurs à ceux dont bénéficient les travailleurs exerçant les mêmes fonctions au sein de l'entreprise de l'utilisateur ».

2.

Il résulte de ces dispositions que :

PRINCIPE :

- les personnes physiques ou morales ne peuvent engager des travailleurs en vue de les mettre à disposition d'utilisateurs qui exercent sur ces travailleurs une part quelconque de l'autorité de l'employeur, sauf s'il s'agit d'entreprises de travail intérimaire et dans les conditions strictes prévues aux chapitres I et II de la loi ;

EXCEPTIONS :

- la loi prévoit les hypothèses dans lesquelles des instructions données par un tiers ne constituent pas l'exercice d'une part quelconque de l'autorité de l'employeur. Ces hypothèses sont de stricte interprétation et présupposent l'existence d'un écrit entre l'employeur et le tiers qui détaille précisément les instructions qui peuvent être données. Il s'agit principalement de conventions dans le cadre desquelles les obligations de l'employeur, co-contractant du tiers, doivent être exécutées par les travailleurs du premier nommé et au sein de l'entreprise du tiers ;
- la loi prévoit également la possibilité de mettre un travailleur à disposition d'un utilisateur pour une durée limitée mais moyennant autorisation du fonctionnaire désigné par le Roi ;
- enfin, cette autorisation n'est pas requise lorsqu'un travailleur permanent est mis à disposition d'un utilisateur dans le cadre de la collaboration entre entreprises de la même unité économique et financière (maison mère/filiale par exemple) et en vue de l'exécution momentanée de tâches spécialisées requérant une qualification professionnelle particulière ;
- enfin, en vertu de l'article 48 de la loi, le Roi peut, pour les services publics qui ne relèvent pas du champ d'application des conventions collectives de travail fixer d'autres procédures (conditions et modalités) que celles prévues à l'article 32.

3.

La loi s'applique tant au secteur privé qu'au secteur public, ce que l'article 48 révèle expressément puisque les dérogations portant sur les conditions et modalités de l'article 32 (notamment l'intervention d'une CCT pour fixer les notions de durée limitée, de tâche spécialisée,...) ne visent que les services publics hors du champ d'application de la loi du 5 décembre 1968. L'article 48 ne donne pas pouvoir au Roi de déroger à l'article 31 de la loi.

A l'instar du demandeur, le tribunal considère que les « dérogations » auxquelles HSRP fait référence ne s'appliquent nullement à sa situation pas plus qu'à celle de la Régie.

Ainsi :

- l'article 144bis de la Nouvelle loi communale, qui déroge expressément à l'article 31 de la loi, autorise la mise à disposition de travailleurs contractuels par les administrations communales au bénéfice d'un CPAS, d'une société de logement social ou d'une ASBL . Ni HSRP, ni la Régie ne sont une administration communale ;
- l'article 61, al. 3 de la loi organique des CPAS permet la mise à disposition de membres du personnel de CPAS à la disposition de partenaires qui, sur la base d'une convention, ont conclu une association avec le CPAS ; le demandeur n'est pas membre du personnel du CPAS et aucune convention d'association avec un CPAS n'est produite ;
- l'article 445 du Code de la fonction publique wallonne agent vise la mise à disposition des fonctionnaires publics wallons à l'Inspection des Finances, ce qui n'est, à l'évidence pas le cas en l'espèce ;
- l'article 16,1° de l'arrêté du gouvernement wallon du 12 décembre 2013 relatif aux organismes de logement à finalité sociale prévoit que :
« La régie des quartiers respecte les normes de gestion et de fonctionnement suivantes :
1° chaque service d'activités citoyennes emploie au moins l'équivalent de deux encadrants à temps plein, chargés de la gestion sociale, administrative et technique, ce personnel pouvant consister en travailleurs mis à disposition. » . Ce texte ne prévoit que la possibilité d'occuper des travailleurs mis à disposition, mais ne contient aucune dérogation aux conditions et modalités de l'article 32 de la loi du 24 juillet 1987 ; il n'est donc pas pris en exécution de l'article 48 de celle-ci de sorte que les règles contenues à ses articles 31 et 32 s'appliquent aux régies de quartier.

4.

Le contrat ayant prévu le 15 octobre 1995 prévoit en son article 8, que la résidence administrative du demandeur est à la Régie [REDACTED], ce qui n'engendre aucun problème de conformité à la loi puisque cette Régie n'avait pas de personnalité juridique distincte de HSRP.

Le contrat de régularisation du 3 janvier 2000 prévoit de son côté que le demandeur est engagé depuis le 15 octobre 1995 en qualité d'employé pour remplir les tâches de « ouvrier compagnon de la régie [REDACTED] ». Ceci démontre que dès l'origine, le demandeur est affecté à plein à la Régie.

Par une première convention signée le 31 mars 2006, entrant en vigueur le 1^{er} janvier 2005, le demandeur est engagé pour être mis à disposition de l'ASBL Régie [REDACTED]. L'autorité journalière est exercée par la Régie pour la durée du contrat d'un an renouvelable. De telles conventions de mises à dispositions d'un an sont produites pour les années 2009 à 2012, 2014 et 2015, celles-ci prenant cours le 1^{er} juillet de l'année correspondante. (pièce 3 demandeur)

Il résulte de ces documents que, avec certitude depuis le 1^{er} janvier 2005, l'objet du contrat était de mettre le demandeur au service de la Régie qui exerçait sur lui l'autorité propre à l'employeur.

Ces convention ne satisfont à aucune des conditions permettant une exception à la règle générale contenue à l'article 31, § 1^{er} de la loi. La mise à disposition n'était ni limitée dans le temps, ni exceptionnelle (puisque'elle était l'objet même de la convention et perdure depuis plus de 10 ans au moment du congé).

Cette mise à disposition est donc irrégulière de sorte que :

- les conventions de mise à disposition sont frappées de nullité ;
- un contrat de travail à durée indéterminé est né entre le demandeur et la Régie ;
- HSRP et la Régie sont solidairement responsables du paiement des rémunérations, indemnités et avantages auxquels il peut prétendre.

5.

Dès lors qu'un contrat à durée indéterminée est né au 1^{er} janvier 2005 entre le demandeur et la Régie, celui-ci peut se prévaloir à l'encontre de cette dernière des conventions collectives de travail qui s'imposent à elle, notamment celles fixant les conditions de travail et de rémunération.

En effet, en vertu de l'article 26 de la loi du 5 décembre 1968 relative aux conventions collectives de travail et aux commissions paritaires :

« Les clauses d'une convention conclue au sein d'un organe paritaire qui ont trait aux relations individuelles entre employeurs et travailleurs lient tous les employeurs et travailleurs, autres que ceux visés à l'article 19 qui relèvent de l'organe paritaire dans la mesure où ils sont compris dans le champ d'application défini par la convention, à moins que le contrat de louage de travail individuel ne contienne une clause écrite contraire à la convention. »

En l'espèce, la Régie, relevant de la CP 329.02, compétente, notamment, pour les entreprises d'insertion professionnelle, est liée par les dispositions de la CCT du 26 septembre 2002 définissant la classification de fonctions et les conditions de rémunération.

Dans ce cadre, il est indifférent que HSRP relève de la CP 339, avec d'autres conditions, puisque'elle est tenue en vertu de la solidarité instituée par la loi du 24 juillet 1987, cette solidarité n'étant pas autrement limitée qu'aux rémunérations, indemnités et avantages dus aux travailleurs mis irrégulièrement à disposition.

La convention classe les fonctions – et leur associe un barème – en 5 échelons, fonctions de direction non comprises.

Pour appréhender la rémunération à laquelle le demandeur pouvait prétendre, il s'impose de s'en référer au contenu de la fonction qui lui a été confiée en 1995- qui était la même en 2005 -et, ensuite, de l'évolution qu'elle a subie à partir du 22 septembre 2011.

A cet effet, la CCT distingue 4 catégories de fonctions : les fonctions liées à l'objet social, les fonctions logistiques administratives, les fonctions logistiques techniques et les fonctions spéciales. (art. 2)

5.1.

A son engagement, le demandeur est chargé « d'encadrer les jeunes de l'équipe sur le plan pratique et technique ».

Les fonctions du demandeur sont incontestablement des fonctions liées à l'objet social de la Régie et s'inscrivent dans le descriptif d'un formateur de classe 2 :

« Description générale de la fonction :

Transmet des savoirs et/ou des savoir-faire et/ou des savoir-être à des publics adultes sur base d'un programme établi.

Description des tâches (à titre d'exemple) :

Enseignement d'un savoir-faire et d'un savoir-être : préparer le stagiaire à un comportement professionnel.

Applique un programme de formation adapté aux possibilités des stagiaires.

(...)

Profil (à titre d'exemple) :

Ouverture aux caractéristiques des publics en difficulté.

Maîtrise de la matière enseignée.

Peut former des personnes individuellement ou en groupe.

Capacité à collaborer à un travail d'équipe.

Déontologie professionnelle.

(...) »

Il s'ensuit qu'il aurait dû être rémunéré à l'échelon 3 figurant en annexe 2 à la CCT et tenant compte, au 1^{er} janvier 2005 d'une ancienneté de 9 ans (étant entendu que l'ancienneté évolue à la date anniversaire de l'entrée en service, soit chaque 15 octobre).

Cela correspond à une rémunération mensuelle brute de 2.101,17 € par mois et à 12,7601 €/h. Cette rémunération est la rémunération minimale au 1^{er} octobre 2004 (art.5) de sorte qu'au 1^{er} janvier 2005, il n'y a pas d'indexation.

Cette rémunération, hors indexation, a évolué comme suit à chaque date anniversaire

A partir du 15/10 de	Mensuel brut	Horaire brut
2005	Pas d'indexation	
2006	2.195,74	13,3344
2007	Id.	Id.
2008	2.294,53	13,9343
2009	id	Id.
2010	2.370,28	14,3944

5.2.

A partir du 22 septembre 2011, le demandeur se voit, en outre, investir de la fonction de coordinateur de l'ensemble du personnel de la Régie (pièce 30 demandeur). A cette époque, il est également responsable de l'activité de l'atelier « ██████████ » et continue à encadrer les stagiaires. Il s'agit à nouveau d'une fonction liée à l'objet social et le tribunal considère, comme le demandeur, qu'elle coïncide avec la fonction de « Coordinateur pédagogique et/ou de projet » :

« Description générale de la fonction :

Conçoit et construit l'architecture du système de formation et/ou de projet, développe les dispositifs adaptés aux orientations et objectifs à atteindre, coordonne et gère des actions de formation et/ou de projet. Organise et anime les activités de l'équipe liée à la formation et au projet. Responsable de la qualité pédagogique et/ou de projets.

Description des tâches (à titre d'exemple) :

*Gestion de l'équipe liée à la formation et au projet;
Conception et organisation des programmes de formation et de projet;
Réflexion sur le projet pédagogique ou du projet;
Il est le référent pédagogique ou du projet.*

Profil (à titre d'exemple) :

*Être capable d'appliquer des processus méthodologiques précis;
Être capable d'anticiper des applications;
Être capable d'analyser et synthétiser des informations;
Être capable de conceptualiser des données;
Être capable d'imaginer des modes d'organisation;
Être capable d'opérer des choix;
Être capable de diriger du personnel;
Déontologie professionnelle.(...) »*

Au moment où cette nouvelle fonction lui est confiée, il compte 15 ans accomplis d'ancienneté de sorte que la rémunération, calculée à l'échelon 5, qui aurait dû lui être versée s'élève à 2.881,44 € brut par mois et 17,4986 €/h.

La rémunération barémique aurait dû évoluer, à la date anniversaire, comme suit, compte non tenu des indexations :

A partir du 15/10 de	Mensuel brut	Horaire brut
2012	2.947,68	17,9009
2013	Id.	Id.
2014	3.013,86	18,3027
2015	Id.	Id.

4.2.2. Les arriérés de rémunération

1.
A l'exception de la période du 22 septembre 2011 jusqu'à la date de la rupture (infra), il est, d'un point de vue pratique, impossible pour le tribunal de déterminer si et dans quelle mesure des arriérés de rémunération sont dus. Il lui est également impossible de déterminer si le non-paiement de la rémunération procède d'une infraction répétée au mois le mois et sans discontinuer depuis le 1^{er} janvier 2005 – auquel cas l'infraction, bien qu'instantanée, de par sa répétition systématique est continuée de sorte que le délai de prescription ne commence à courir qu'à dater du dernier fait infractionnel (Cass., 12 février 2007, J.T.T., 2007, p. 213) – où s'il s'agit de manquements ponctuels, dont la répétition n'est qu'épisodique, auquel cas le délai de prescription quinquennal doit s'apprécier par rapport à chaque infraction prise individuellement.

Si l'on tient compte de la rémunération brute mensuelle moyenne de référence reprise au certificat C4 (2.576,64 €), il est avéré – hors indexation et éventuelle rémunération des heures supplémentaires et de nuit – que la rémunération versée a systématiquement été inférieure à ce qui était légalement dû puisque dès le 22 septembre 2011, cette rémunération aurait dû correspondre à 2.881,44 € brut pour être portée à celle de 2.947,68 € brut à dater du 15 octobre 2012 et enfin, à celle de 3.013,86 € brut à dater du 15 octobre 2014. On rappellera que le non-paiement de la rémunération du travailleur ou le paiement tardif de celle-ci est une infraction passible d'une sanction de niveau 2 (art. 162 Code Droit Pénal Social). Cette rémunération est celle qui lui est due (art. 3bis L. 12/04/1965 relative à la protection de la rémunération des travailleurs) notamment en raison de dispositions normatives à portée individuelle contenues dans les CCT, ce qui est le cas des CCT instituant des rémunérations barémiques minimales, comme en l'espèce.

Comme exposé ci-dessus, le non-paiement de la rémunération est une infraction instantanée. Mais lorsque, comme en l'espèce, l'infraction se répète, chaque élément infractionnel fait partie d'un seul fait punissable par unité d'intention, sachant par ailleurs que pour la réalisation de l'infraction du non-paiement de la rémunération, aucune intention particulière ou dol spécial ne doit être démontré, le seul fait de la transgression de la norme légale étant suffisant (Cass., 30 janvier 1989, Pas., p. 577). Dès lors que l'infraction est continuée, le délai de prescription ne commence à courir qu'à dater du dernier fait délictueux, soit en l'espèce lors du paiement, prorata temporis, de la rémunération du mois de janvier 2016.

En vertu de l'article 26 du titre préliminaire du code pénal, l'action civile résultant d'une infraction se prescrit selon les règles du Code civil ou des lois particulières qui sont applicables à l'action en dommages et intérêts. Toutefois, celle-ci ne peut se prescrire avant l'action publique.

En l'espèce, en vertu de l'article 15 de la loi du 3 juillet 1978, les actions naissant du contrat sont prescrites un an après la cessation de celui-ci ou cinq ans après le fait qui a donné naissance à l'action, sans que ce dernier délai puisse excéder un an après la cessation du contrat.

L'application combinée des règles spécifiques au droit du travail, de l'article 26 du titre préliminaire du code procédure pénale et du point de départ du délai de prescription de l'action à l'égard d'une infraction continuée permettent de conclure que la demande n'est pas prescrite pour les arriérés dus depuis le 22 septembre 2011, voire antérieurement s'il apparaissait après la réalisation des mesures d'instructions ordonnées par le tribunal, que

la systématisation du non-paiement remonte, comme l'affirme le demandeur au mois de janvier 2005.

Il est indifférent, en l'espèce, que HSRP ne soit pas l'auteur de l'infraction puisque son obligation à la dette ne trouve pas sa source dans celle-ci mais dans la solidarité prévue à l'article 31 de la loi du 24 juillet 1987 précitée.

Il en résulte que le tribunal est en mesure de déterminer quels sont les arriérés de rémunération minimaux dus au demandeur, à titre provisionnel, sur base de la dernière rémunération mensuelle brute perçue par lui et des montants qu'il aurait normalement dû percevoir, a minima.

Afin, à ce stade du provisoire, de ne pas alourdir les calculs, le tribunal limitera la période à celle du 1^{er} octobre 2011 au 31 décembre 2015, soit 51 mois.

Sur base de la dernière rémunération mensuelle renseignée au C4 (qui devait nécessairement être inférieure ou égale, les années précédentes), le demandeur a perçu, au titre de rémunération pour toute cette période, $51 \times 2.576,64 = 131.408,64$ € brut.

Or, il aurait dû percevoir :

- $12,5 \times 2881,44$ (01/10/2011-14/10/2012) + $2.947,68 \times 24$ (15/10/2012 – 14/10/2014) + $14,5 \times 3.013,86$ (15/10/2014 – 31/12/2015) = 150.463,29 € brut

Il lui reste donc dû, à titre provisionnel, à titre d'arriérés de rémunération, pour la période du 1^{er} octobre 2011 au 31 décembre 2015, la somme de 19.054,65 € brut.

Les intérêts sur ce montant peuvent être calculés à partir d'une date moyenne fixée au 15 novembre 2013.

2.

Afin de fixer les montants définitifs, le tribunal ordonnera une mesure d'instruction ayant pour objet :

- la communication de l'intégralité des fiches de paie du demandeur depuis janvier 2005, ou, à tout le moins des décomptes annuels de rémunération ;
- les différentes indexations intervenues en dix ans au sein de la CP 329.02 et les dates respectives auxquelles elles ont sorti leurs effets ;
- le calcul, des sommes restant dues entre ce qui fut réellement payé et ce qui était dû, après déduction du montant provisionnel accordé par le présent jugement.

4.2.3. La problématique des heures supplémentaires et du travail de nuit

1.

Par son arrêt C-55/18 du 14 mai 2019, la Cour de Justice de l'Union Européenne décide que :

« Les articles 3, 5 et 6 de 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, lus à la lumière de l'article 31, paragraphe 2, de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, ainsi que de l'article 4, paragraphe 1, de l'article 11, paragraphe 3, et de l'article 16, paragraphe 3, de la directive 89/391/CEE du Conseil, du 12 juin 1989,

concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleurs au travail, doivent être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à une réglementation d'un État membre qui, selon l'interprétation qui en est donnée par la jurisprudence nationale, n'impose pas aux employeurs l'obligation d'établir un système permettant de mesurer la durée du temps de travail journalier effectué par chaque travailleur. »

(<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=214043&pageIndex=0&doclang=FR&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2169172>)

La Cour précise que :

« Il est sans incidence à cet égard que la durée maximale hebdomadaire de travail retenue, en l'occurrence, (...) soit (...) plus favorable au travailleur que celle prévue à l'article 6, sous b), de la directive 2003/88. En effet (...) il n'en demeure pas moins que les dispositions nationales adoptées en la matière participent à la transposition en droit interne de ladite directive, dont les États membres doivent assurer le respect en adoptant les modalités nécessaires à cette fin. Du reste, en l'absence d'un système permettant de mesurer la durée du temps de travail journalier effectué, il reste tout autant difficile, sinon impossible en pratique, pour un travailleur d'assurer le respect effectif de la durée maximale hebdomadaire de travail, quelle que soit cette durée. (point 51)

De même ajoute-t-elle :

« En conséquence, afin d'assurer l'effet utile des droits prévus par la directive 2003/88 et du droit fondamental consacré à l'article 31, paragraphe 2, de la Charte, les États membres doivent imposer aux employeurs l'obligation de mettre en place un système objectif, fiable et accessible permettant de mesurer la durée du temps de travail journalier effectué par chaque travailleur. » (point 60)

A cet égard, et en ce qui concerne le rôle du juge national, la Cour précise :

« Enfin, il importe de rappeler que, selon une jurisprudence constante, l'obligation des États membres, découlant d'une directive, d'atteindre le résultat prévu par celle-ci ainsi que leur devoir, en vertu de l'article 4, paragraphe 3, TUE, de prendre toutes mesures générales ou particulières propres à assurer l'exécution de cette obligation s'imposent à toutes les autorités des États membres, y compris, dans le cadre de leurs compétences, aux autorités juridictionnelles (voir, notamment, arrêts du 19 avril 2016, DI, C-441/14, EU:C:2016:278, point 30, et du 13 décembre 2018, Hein, C-385/17, EU:C:2018:1018, point 49).

Il s'ensuit que, en appliquant le droit national, les juridictions nationales appelées à l'interpréter sont tenues de prendre en considération l'ensemble des règles de ce droit et de faire application des méthodes d'interprétation reconnues par celui-ci afin de l'interpréter, dans toute la mesure possible, à la lumière du texte ainsi que de la finalité de la directive en cause pour atteindre le résultat fixé par celle-ci et de se conformer ainsi à l'article 288, troisième alinéa, TFUE (arrêt du 19 avril 2016, DI, C-441/14, EU:C:2016:278, point 31 et jurisprudence citée).

L'exigence d'une interprétation conforme inclut l'obligation, pour les juridictions nationales, de modifier, le cas échéant, une jurisprudence établie si celle-ci repose sur une interprétation du droit national incompatible avec les objectifs d'une directive (arrêts du 19 avril 2016, DI, C-441/14, EU:C:2016:278, point 33 ; du 17 avril 2018, Egenberger,

C-414/16, EU:C:2018:257, point 72, et du 11 septembre 2018, IR, C-68/17, EU:C:2018:696, point 64. » (points 68 à 70)

Le tribunal précise enfin que les états membres ne peuvent pas adopter une notion moins restrictive du temps de travail que celle contenue à l'article 2 de la directive 2003/88 (C.J.U.E., arrêt C-518/15 du 21 février 2018 – Ville de Nivelles/Rudy Martzak)

2.

Il suit de ce qui précède, que la thèse de HSRP consistant à dire que l'enseignement de cet arrêt est sans pertinence, dès lors que la présente procédure a été introduite antérieurement, ne résiste pas à l'examen. Par son interprétation, la C.J.U.E. expose ce que signifie la norme européenne et ce, dès son origine, d'autant qu'elle ne limite pas sa décision dans le temps. De même, est tout autant erronée l'affirmation selon laquelle, elle ne relèverait pas de la loi du 16 mars 1971 sur le travail. En effet, l'article 1^{er} définit le champ d'application personnel, à savoir les employeurs et les travailleurs – ce que sont respectivement HSRP et le demandeur – tandis que l'article 3, § 1^{er}, 1^o, exclut de son champ d'application – pour certaines parties de la loi seulement – « *les personnes occupés par l'Etat, les provinces, les communes, les établissements publics qui en dépendent et les organismes d'intérêt public, sauf si elles sont occupées par des établissements exerçant une activité industrielle ou commerciale ou par des établissements dispensant des soins de santé, de prophylaxie ou d'hygiène* ». HSRP ne fait partie d'aucune de ces catégories puisqu'elle est une société coopérative à responsabilité limitée.

Sur le plan des normes européennes, il convient de rappeler que les directives ne disposent que d'un effet direct vertical de sorte que les particuliers ne peuvent se les opposer entre eux. Il reste toutefois que, lorsque l'obligation mise à charge des états n'est pas respectée - comme en l'espèce puisque la Belgique n'impose pas de manière générale « *aux employeurs l'obligation d'établir un système permettant de mesurer la durée du temps de travail journalier effectué par chaque travailleur* » - il incombe aux juridictions de prendre les mesures particulières – puisque le juge belge ne peut statuer par voie de disposition générale et abstraite – afin d'atteindre le résultat fixé par la directive, notamment en opérant un revirement de jurisprudence.

La Cour relève spécialement que la situation de faiblesse du travailleur est de nature à le « *dissuader de faire valoir explicitement ses droits à l'égard de son employeur, dès lors, notamment, que la revendication de ceux-ci est susceptible de l'exposer à des mesures prises par ce dernier de nature à affecter la relation de travail au détriment de ce travailleur.* » (point 45)

Ceci est particulièrement vrai à l'égard des heures supplémentaires à l'égard desquelles les employeurs opposent – systématiquement, HSRP ne faisant d'ailleurs pas exception à la règle – le caractère unilatéral du relevé, voire son caractère non expressément convenu.

En effet, « *en l'absence d'un tel système [de contrôle quotidien individualisé du temps de travail], il n'est pas possible de déterminer de façon objective et fiable ni le nombre d'heures de travail ainsi effectuées par le travailleur ainsi que leur répartition dans le temps ni le nombre des heures effectuées au-delà du temps de travail normal, en tant qu'heures supplémentaires.* » (point 47)

En l'espèce, le tribunal constate que la seule manière d'assurer l'effectivité de la norme consisterait à reverser la charge de la preuve lorsqu'il n'existe pas de système fiable de

mesurage du temps de travail mis en place par l'employeur et que cette question excède celle d'un renversement de jurisprudence puisque la charge de la preuve est organisée par la loi, spécialement l'article 1315 du code civil qui prévoit que celui qui réclame l'exécution d'une obligation, doit la prouver.

Certes l'article 8.4 du nouveau livre VII du code civil, qui maintient cette règle de principe permet toutefois au juge de déterminer «*par un jugement spécialement motivé, dans des circonstances exceptionnelles, qui supporte la charge de prouver lorsque l'application des règles énoncées aux alinéas précédents serait manifestement déraisonnable. Le juge ne peut faire usage de cette faculté que s'il a ordonné toutes les mesures d'instruction utiles et a veillé à ce que les parties collaborent à l'administration de la preuve, sans pour autant obtenir de preuve suffisante*», et est donc de nature à assurer l'effectivité de la norme européenne, mais cette disposition n'entrera en vigueur que le 1^{er} novembre 2020.

Par voie de conséquence, il s'impose de poser une question préjudicielle à la CJUE quant à la compatibilité de la norme de droit interne portant sur la charge de la preuve des heures supplémentaires et de nuit, lorsque l'état membre *n'a pas imposé aux employeurs l'obligation de mettre en place un système objectif, fiable et accessible permettant de mesurer la durée du temps de travail journalier effectué par chaque travailleur.*

Le tribunal réserve à statuer sur la question de la rémunération des heures supplémentaires et de nuit, dans l'attente de la réponse à la question préjudicielle.

4.2.4. Le licenciement abusif

1.

L'indemnité compensatoire de préavis couvre de manière forfaitaire tout le dommage, matériel et moral, qui découle de la rupture illicite du contrat, tandis que l'indemnité résultant d'un abus de droit couvre le dommage extraordinaire qui ne résulte pas du congé lui-même. (Cass., 7 mai 2001, JTT, 2001, p. 411)

De la sorte, il incombe à celui qui se prétend victime d'un abus de droit de licencier de prouver l'existence d'une faute distincte du congé ayant entraîné un dommage distinct, en tous ses éléments, de celui que l'indemnité compensatoire et forfaitaire de préavis couvre.

2.

L'abus de droit consiste en l'exercice d'un droit d'une manière qui dépasse manifestement les limites normales de celui-ci par une personne prudente et diligente (Cass., 10 juin 2004, Pas., 2004, 996 ; Cass., 6 janv. 2006, Pas., 2006, 71; Cass., 9 févr. 2005, Pas., 2005, 329 ; Cass., 12 déc. 2005, Pas., 2005, 2498 ; Cass., 9 mars 2009, JT, 2009, 392).

L'abus de droit est aussi le fait pour une personne d'exercer son droit sans intérêt ou motif légitime ou sans intérêt raisonnable et suffisant, causant ainsi un dommage à autrui. Dans une telle hypothèse, il appartient au juge d'apprécier les intérêts en présence pour vérifier s'il y a effectivement un abus de droit (Cass., 17 mai 2002, JT, 2002, 694; Cass., 30 janvier 2003, RGDC, 2004, 405).

Ainsi, est abusif, le fait pour le titulaire d'un droit de choisir entre différentes manières d'exercer son droit, avec la même utilité, la voie la plus préjudiciable pour autrui ou pour l'intérêt général, ou encore le fait d'exercer son droit, même avec des utilités différentes,

d'une manière qui cause au titulaire du droit un avantage disproportionné par rapport aux inconvénients qui en résultent pour l'autre partie (Cass., 16 janvier 1986, Pas., 1986, 602 ; Cass., 15 mars 2002, JT, 2002, 814; Cass., 17 mai 2002, JT, 2002, 694).

3.

Pour être indemnisable, le dommage doit être certain ; il ne peut être purement éventuel. (voy. Cass. 15 avril 1975, Pas., 1975, I, p. 803) Ainsi, même si l'on doit considérer que l'exercice du droit de rupture constitue un droit fonction, son exercice irrégulier, lorsqu'il n'entraîne pas de préjudice spécifique, ne peut donner lieu à l'octroi de dommages et intérêts.

4.

En l'espèce, le demandeur expose que son licenciement aurait été décidé en mesure de représailles à ses légitimes revendications relatives au paiement de la rémunération revalorisée, et de celle de ses heures supplémentaires et de nuit.

De la sorte, le droit de rompre aurait été détourné de sa finalité économique et sociale. Cela étant, il ne prouve pas l'existence d'un dommage distinct, en tous ses éléments, de celui couvert par l'indemnité compensatoire de préavis.

4.2.5. L'indemnité compensatoire de préavis.

En raison de la mise à disposition irrégulière, et comme il a déjà été exposé ci-dessus, HSRP est solidairement tenue à l'égard du demandeur du paiement des rémunérations, indemnités et avantages dus par l'utilisateur. La demande est en outre exclusivement dirigée contre elle. Par l'acte de rupture du 11 janvier 2016, HSRP n'a fait que formaliser une rupture décidée par la Régie au 31 décembre 2015. Elle ne disposait d'ailleurs pas, contrairement à ce qu'elle soutient, de fonction de remplacement pour le demandeur et rien ne démontre – et certainement pas les pièces versées aux débats – qu'il aurait été invité à se présenter pour exercer une fonction d'ouvrier compagnon au sein de HSRP. Il est pour le moins étonnant que HSRP se serait contenté d'instructions verbales entre le 18 décembre 2015 et le 4 janvier 2016, dans le cadre d'une situation particulièrement tendue.

L'indemnité compensatoire de préavis doit être calculée conformément à la rémunération à laquelle le travailleur a droit au moment du congé avec effet immédiat.

En l'espèce, sa rémunération, hors éventuelle indexation, aurait dû s'élever à la somme de 3.013,86 € brut par mois. Sa rémunération annuelle de base s'élève donc à la somme de $3.013,86 \times 13,92 = 41.952,93$ €.

Une indemnité compensatoire de préavis de 19 mois et 12 semaines s'élève donc à la somme de :

$$(41.952,93 : 12 \times 19) + (41.952,93 : 52 \times 12) = 76.106,92 \text{ € brut.}$$

Or seule une indemnité brute de 68.604,79 € brut lui fut payée.

Il subsiste donc une indemnité complémentaire provisionnelle de 7.502,13 € brut.

La procédure s'est déroulée contradictoirement et exclusivement en langue française.

5. Décision

La demande est recevable et, à ce stade, fondée dans la mesure ci-après.

La [REDACTED] en faillite, sont solidairement condamnées à payer à M. [REDACTED] la somme provisionnelle de 19.054,65 € brut, à titre d'arriérés de rémunération, pour la période du 1^{er} octobre 2011 au 31 décembre 2015, à majorer des intérêts légaux sur cette somme depuis une date moyenne fixée au 15 novembre 2013 ;

La [REDACTED] est condamnée à payer à M. [REDACTED] la somme provisionnelle de 7.502,13 € brut, à titre d'indemnité complémentaire de préavis ;

Avant de statuer sur les montants définitifs, ordonne la mesure d'instruction suivante :

- M. [REDACTED] communiquera aux défenderesses et déposera au greffe une copie de l'ensemble de ses fiches de rémunération pour la période du 1^{er} janvier 2005 au 31 décembre 2012 (le tribunal étant en possession de celles des années 2013 à 2015 incluses – pièce 17 [REDACTED] ou s'il n'est plus en possession de l'intégralité de celles-ci, l'ensemble des décomptes annuels de rémunération pour la même période, le tout pour le 31 janvier 2020 ;
- La [REDACTED] communiquera au demandeur et déposera au greffe pour le 30 avril 2020 au plus tard :
 - o les différentes indexations des rémunérations barémiques intervenues entre le 1^{er} janvier 2005 et le 31 décembre 2015 au sein de la CP 329.02 et les dates respectives auxquelles elles ont sorti leurs effets ;
 - o le calcul détaillé de la différence entre les rémunérations barémiques indexées auxquelles le demandeur avait droit conformément au présent jugement pour la période du 1^{er} janvier 2005 au 31 décembre 2015 et les sommes réellement perçues par lui pendant la même période , sous déduction du montant provisionnel accordé par le présent jugement.
- Le tribunal fixe par ailleurs un calendrier judiciaire afin que les parties puissent débattre uniquement des résultats des mesures qui précèdent :
 - o le demandeur déposera ses conclusions après mesure d'instruction pour le 30 juin 2020 au plus tard ;
 - o les défenderesses déposeront leurs conclusions en réponse pour le 31 août 2020 au plus tard.
 - o la cause, ainsi limitée, est fixée pour 30 minutes de plaidoiries, à l'audience du 8 octobre 2020 de la première chambre du tribunal du travail du Brabant wallon, à 14h00 .

Le tribunal réserve à statuer sur l'établissement de documents sociaux corrigés, le présent jugement n'accordant que des montants provisionnels, ainsi que sur les arriérés de rémunération pour heures supplémentaires et de nuit et l'enrichissement sans cause formulé à titre subsidiaire, jusqu'à ce que la Cour de Justice de l'Union Européenne ait statué sur la question préjudicielle ci-après.

Le tribunal pose à la Cour de Justice de l'Union Européenne, la question préjudicielle suivante :

« Les articles 3, 5 et 6 de 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, lus à la lumière de l'article 31, paragraphe 2, de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, ainsi que de l'article 4, paragraphe 1, de l'article 11, paragraphe 3, et de l'article 16, paragraphe 3, de la directive 89/391/CEE du Conseil, du 12 juin 1989, concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleurs au travail – en tant qu'ils s'opposent à une réglementation d'un État membre qui n'impose pas aux employeurs l'obligation d'établir un système permettant de mesurer la durée du temps de travail journalier effectué par chaque travailleur (arrêt C-55/18 du 14 mai 2019) – doivent-ils être interprétés en ce sens qu'il s'opposent à ce qu'une législation nationale, en l'occurrence l'article 1315 du code civil belge qui impose à celui qui réclame l'exécution d'une obligation, de la prouver, ne prévoit pas de renversement de la charge de la preuve lorsque le travailleur invoque le dépassement de son temps de travail normal, lorsque :

- cette même législation nationale, en l'occurrence la législation belge, n'impose pas aux employeurs l'obligation d'établir un système fiable permettant de mesurer la durée du temps de travail journalier effectué par chaque travailleur ;
- et que l'employeur n'a pas spontanément mis en place un tel système ;
- plaçant de la sorte le travailleur dans l'impossibilité matérielle de démontrer ce dépassement

? »

Le tribunal ordonne au greffe d'accomplir les formalités légales en vue de transmettre la question préjudicielle à la Cour de Justice de l'Union Européenne.

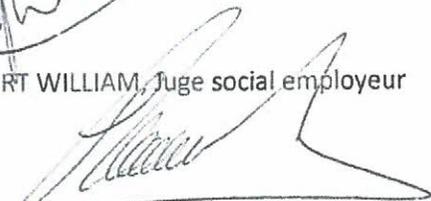
La cause, ainsi limitée est renvoyée au rôle et les dépens sont réservés.

Ainsi jugé par la 1^{ère} chambre du Tribunal du travail du Brabant wallon, Division Nivelles à laquelle étaient présents et siégeaient :

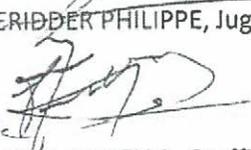
WYNSDAU SERGE, Juge



RIMBERT WILLIAM, Juge social employeur



DERIBDER PHILIPPE, Juge social employé



CUCCU FIORELLA, Greffier

