

Cour de cassation de Belgique

Arrêt

N° S.07.0031.F

OSWALD DE BRUYCKER, société anonyme dont le siège social est établi à Ostende, Klokhofstraat, 16,

demanderesse en cassation,

représentée par Maître Willy van Eeckhoutte, avocat à la Cour de cassation, dont le cabinet est établi à Gand, Drie Koningenstraat, 3, où il est fait élection de domicile,

contre

1. L. D.,

défendeur en cassation,

représenté par Maître François T'Kint, avocat à la Cour de cassation, dont le cabinet est établi à Charleroi, rue de l'Athénée, 9, où il est fait élection de domicile,

2. **Frans DE ROY**, avocat, dont le cabinet est établi à Anvers, Paleisstraat, 47, agissant en qualité de curateur à la faillite de la société anonyme General Trading & Distribution Belgium, dont le siège social est établi à Ixelles, avenue des Saisons, 100-102, défendeur en cassation.

I. La procédure devant la Cour

Le pourvoi en cassation est dirigé contre l'arrêt rendu le 27 juin 2006 par la cour du travail de Liège, section de Namur.

Le 28 août 2013, l'avocat général Jean Marie Genicot a déposé des conclusions au greffe.

Le président Christian Storck a fait rapport et l'avocat général Jean Marie Genicot a été entendu en ses conclusions.

II. Les moyens de cassation

La demanderesse présente quatre moyens libellés dans les termes suivants :

Premier moyen

Dispositions légales violées

- articles 1^{er}, 1^o, et son commentaire (remplacés par l'article 2 de la convention collective de travail n° 32quinquies du 13 mars 2002, rendue obligatoire par arrêté royal du 14 mars 2002), 2, 3^o et 4^o, 6 (modifié par l'article 4 de ladite convention collective de travail n° 32quinquies), 7 et 8 (remplacé par l'article 1^{er} de la convention collective de travail n° 32quater du 19 décembre 1989, rendue obligatoire par arrêté royal du 6 mars 1990) de la convention collective de travail n° 32bis conclue au sein du conseil national du travail le 7 juin 1985 concernant le maintien des droits des travailleurs en cas

de changement d'employeur du fait d'un transfert conventionnel d'entreprise et réglant les droits des travailleurs repris en cas de reprise de l'actif après faillite, rendue obligatoire par arrêté royal du 25 juillet 1985 ;

- *article 249 du Traité conclu à Rome le 25 mars 1957 instituant la Communauté européenne, dans la version consolidée en vigueur depuis sa modification et sa renumérotation par le Traité d'Amsterdam du 2 octobre 1997 modifiant le Traité sur l'Union européenne, les Traités instituant les Communautés européennes et certains actes connexes, approuvé par la loi du 10 août 1998 ;*

- *articles 39 et 101 de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail ;*

- *articles 38, 39 et 46 de l'arrêté royal du 30 mars 1967 déterminant les modalités générales d'exécution des lois relatives aux vacances annuelles des travailleurs salariés.*

Décisions et motifs critiqués

L'arrêt, statuant sur la demande du premier défendeur contre la demanderesse tendant à l'entendre condamner solidairement avec le [second défendeur] à lui payer différentes sommes, ne déclare l'appel principal de la demanderesse que très partiellement fondé, confirme le jugement entrepris sous les émendations que l'arrêt énumère et condamne in solidum la demanderesse et le [second] défendeur à payer au premier défendeur une indemnité compensatoire de préavis, une indemnité d'éviction, des pécules de vacances de sortie, des arriérés de commissions et des remboursements de frais, aux motifs suivants :

« 6.2. Le transfert d'entreprise

En droit

[...] La notion de transfert conventionnel

Pour qu'il y ait transfert conventionnel, il ne faut ni obligatoirement un contrat écrit [...] ni nécessairement un contrat entre le cessionnaire et le

cédant [...]. Il ne faut donc pas s'en tenir à la notion civiliste de convention, comme le soutient à tort [la demanderesse] ;

Comme indiqué ci-dessus, une concession de vente retirée à un concessionnaire pour être attribuée à un autre peut constituer un transfert conventionnel, même en l'absence de transfert d'éléments d'actif [...]. La Cour de justice a à cet égard précisé clairement qu'elle a donné de la notion de transfert conventionnel 'une interprétation suffisamment souple pour répondre à l'objectif de la directive, qui est de protéger les salariés en cas de transfert de leur entreprise, et a considéré que cette directive était applicable dans toutes les hypothèses de changement, dans le cadre de relations contractuelles, de la personne physique ou morale responsable de l'exploitation de l'entreprise, qui contracte les obligations d'employeur vis-à-vis des employés de l'entreprise', en telle sorte qu' 'il ressort de cette jurisprudence que, pour que la directive s'applique, il n'est pas nécessaire qu'il existe des relations contractuelles directes entre le cédant et le concessionnaire. Par conséquent, lorsqu'il est mis fin à une concession de vente de véhicules automobiles avec une première entreprise et qu'une nouvelle concession de vente est attribuée à une autre entreprise qui poursuit les mêmes activités, le transfert d'entreprise résulte d'une cession conventionnelle au sens de la directive, telle qu'elle est interprétée par la Cour' ;

Cet arrêt de la Cour de justice, spécifique à un changement de concessionnaire de vente, est dans la ligne d'arrêts antérieurs [...] et postérieurs [...] ;

Le fait que la majorité des travailleurs occupés aient été licenciés (sans être réengagés) ne suffit pas à exclure l'application de la directive [...]. Au surplus, la violation de la directive ne peut remettre en cause l'existence d'un transfert au sens de la directive [...] ;

En l'espèce

Les faits

La société anonyme O. & K. était une société qui avait obtenu de O. & K. AG ayant son siège en Allemagne une concession de vente exclusive de ses produits (matériel de génie civil). Cette société est une société créée par le

groupe Luyckx, qui lui-même représente en Belgique d'autres produits similaires dont Fiat et Hitachi ;

En 2002, les marques Fiat et Hitachi se séparent et le groupe Luyckx conclut une convention d'exclusivité de vente avec Hitachi, ce qui va l'amener à mettre fin à la vente des produits O. & K. distribués par sa filiale. La société O. & K. (Belgium) se met en liquidation le 24 février 2003, ce qui met fin au contrat de concession conclu avec la société de droit allemand O. & K. AG selon la convention des parties ;

Cette société conclut alors une convention de concession de vente exclusive avec [la demanderesse], qui distribue pourtant elle-même d'autres marques de même matériel. C'est désormais la [demanderesse] qui vend le matériel O. & K. et s'occupe de la maintenance depuis le 1^{er} mars 2003 pour les engins de génie civil de cette marque. [La demanderesse] et la firme Luyckx sont donc concurrentes ;

La société O. & K., après sa mise en liquidation, n'exerce plus aucune activité quelconque, même pas la maintenance des engins de génie civil vendus par elle ;

Le liquidateur a toujours soutenu qu'il n'y avait pas eu transfert d'éléments d'actif ;

[La demanderesse] conclut dans le même sens ;

Le [second défendeur] quant à lui fait observer dans ses conclusions que

1. Plusieurs mois avant la faillite (lire : liquidation), la [demanderesse] a fait savoir aux clients qu'elle allait reprendre les activités de la société O. & K. Belgium. Il serait plus exact d'écrire qu'elle allait assurer la vente des produits de la gamme O. & K. ;

2. La plupart des membres du personnel ont été repris (en réalité six sur seize) à la suite d'une réunion dans les locaux mêmes de l'entreprise O. & K. à Machelen. Au cours de cette réunion qui s'est tenue le 10 février, le personnel a été informé par la direction que tout serait repris par la [demanderesse] et que tout le personnel resterait en service. Il n'est pas

soutenu que des membres de la société [demanderesse] auraient été présents à cette réunion ;

3. [La demanderesse] a obtenu toutes les informations techniques ainsi que les dossiers des clients, grâce notamment à M. D., qui a transféré d'une société à l'autre dossiers et armoires. Il ajoutera à l'audience que, lorsqu'il est entré en fonction, la société était une coquille vide. [La demanderesse] nie ce fait et soutient n'avoir reçu ni contrat, ni liste de clients, ni stock ;

4. [La demanderesse] a même vendu des machines à de nombreux clients (qu'elle cite) de la société en liquidation sur la base de dossiers préparés et négociés par celle-ci. Cette affirmation étayée ne sera démentie qu'en ce que les offres n'ont été envoyées par [la demanderesse] et les commandes passées qu'après le 1^{er} mars 2003 ;

5. Les 27 et 28 février 2003, une personne en charge de l'informatique de la [demanderesse] s'est présentée au siège de la société O. & K. (Belgium) afin de procéder au 'link' entre les deux entreprises (O. & K. Belgium et la firme en Allemagne) et avec [la demanderesse] à Ostende, à la suite de quoi la connexion entre les firmes belge et allemande de O. & K. a été rompue. Ce fait est contesté par [la demanderesse] et n'est pas établi ;

6. Dès le lundi 3 mars 2003, toutes les lignes téléphoniques et de télécopie ont été déviées vers le siège ostendais de la [demanderesse]. Ce fait est également contesté et n'est pas plus établi ;

Leur appréciation au regard de la notion de transfert d'entreprise

Il a été vu que l'existence d'une convention entre le cédant et le cessionnaire n'est pas requise et qu'il ne doit pas non plus y avoir de lien de droit entre les entreprises ;

La jurisprudence de la Cour de justice lors d'une modification du bénéficiaire d'une concession exclusive de vente est très claire : aucune cession d'éléments d'actif n'est requise autre que celle de la marque. Il est donc indifférent que tout le personnel ait ou non été repris, que la clientèle ait ou non été cédée, que les armoires contenant les fichiers aient été vendues ou données, etc. : il suffit de constater que la même activité économique s'est

poursuivie dans le même secteur géographique (toute la Belgique : cf. annexe B du contrat de concession), même si le siège de l'entreprise a changé ;

Il y a donc bien transfert conventionnel d'entreprise au sens de la directive. La concession de vente de matériels de génie civil doit être assimilée à celle de véhicules automobiles ;

Il n'y a donc pas lieu de procéder à des devoirs complémentaires afin de vérifier si, outre le changement de concessionnaire, d'autres éléments d'actif ont été transférés à [la demanderesse] ;

Il découle au surplus des éléments de fait soumis à la cour [du travail] que

- dès le début du mois de février, le personnel de la société O. & K. Belgium était au courant de la prochaine cession et a été averti qu'il serait repris par la [demanderesse], même si l'information n'émane pas de celle-ci ;

- la mise en liquidation du 25 février 2003 n'a poursuivi d'autre but que de mettre fin à la concession de vente exclusive car c'est cette mise en liquidation qui met, du fait de la convention, fin à celle-ci. La cessation d'activité due ou suivie par la mise en liquidation n'empêche pas qu'il y ait transfert ;

- dès le lendemain de la mise en liquidation, [la demanderesse] et la firme allemande se mettent d'accord sur un contrat de concession dont elles conviennent qu'il prendra cours le 1^{er} mars ;

- le licenciement [du premier défendeur] s'est fait moyennant un préavis qui devait être presté, ce que [le premier défendeur] fut dans l'incapacité de faire puisque la société actuellement faillie n'avait plus aucune activité et ne pouvait du reste plus se présenter comme le concessionnaire de la marque O. & K. ; c'est donc la cessation d'activités et l'absence de transfert du personnel qui ont été à l'origine tant de la mise en préavis que de la rupture anticipée de celui-ci. La responsabilité de [la demanderesse] est donc engagée ;

- plusieurs membres (six dont cinq dès le 1^{er} mars 2003) du personnel ont été engagés par [la demanderesse] qui, en vain, invoque sa liberté de faire appel à des travailleurs expérimentés en préavis pour soutenir qu'elle ne les a

pas repris mais qu'ils sont venus à elle : elle était dans l'obligation de reprendre tout le personnel, hormis justification de raisons d'ordre économique, technique ou d'organisation non invoquées en l'espèce ;

- [la demanderesse] admet avoir repris la maintenance. Il est contradictoire de soutenir ne pas avoir aussi repris la liste des clients. Du reste, un concessionnaire exclusif ne peut que reprendre la clientèle puisqu'il doit assurer tant le suivi des commandes antérieures (ce que [la demanderesse] a fait puisqu'elle a pu mener à bonne fin divers contacts pris par la société O. & K.) que la maintenance dès lors que l'ancien concessionnaire ne peut plus s'en charger ;

- il ne faut pas confondre la firme Luyckx et la société faillie, qui n'en est qu'une filiale ou société dépendant du même groupe mais qui ne s'occupait que de l'importation et de la maintenance des produits O. & K. Qu'il y ait des tensions entre le groupe Luyckx et le groupe [de la demanderesse] est évident puisqu'ils se font concurrence dans un marché fermé mais il n'empêche que le dernier a repris, sans pression et en toute indépendance commerciale, une concession de vente exclusive qui constituait l'activité unique de la société faillie ;

Le jugement entrepris doit être confirmé en ce qu'il a admis l'existence d'un transfert d'entreprise ;

Le transfert devait avoir lieu de droit et [la demanderesse] se devait d'engager tout le personnel occupé au service de la société O. & K. à la date du transfert. À supposer même que le licenciement [du premier défendeur] ne puisse lui être reproché, elle devait à tout le moins lui faire prêter son préavis à son service ;

Or, elle a purement et simplement transféré la clientèle [de la société General Trading & Distribution Belgium] à son propre représentant qui a lui-même signalé aux clients que, dorénavant, c'était avec lui que les contacts devaient être pris ».

Griefs

Première branche

D'après l'article 249, alinéa 1^{er}, du Traité instituant la Communauté européenne, le Parlement européen conjointement avec le Conseil, le Conseil et la Commission arrêtent entre autres des directives pour l'accomplissement de leur mission et dans les conditions prévues au Traité. En vertu de l'alinéa 3 de cet article, la directive lie tout État membre destinataire quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens.

La directive 2001/23/CE du Conseil du 12 mars 2001 concernant le rapprochement des législations des États membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprises, d'établissements ou de parties d'entreprises ou d'établissements désigne en son article 14 les États membres comme ses destinataires.

D'après l'article 12 de la directive 2001/23/CE, la directive 77/187/CEE, telle qu'elle a été modifiée par la directive 98/50/CE modifiant la directive 77/187/CEE concernant le rapprochement des législations des États membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprises, d'établissements ou de parties d'établissements, est abrogée, sans préjudice des obligations des États membres en ce qui concerne les délais de transposition. Les références faites à la directive abrogée s'entendent comme faites à la directive 2001/23/CE.

Comme il apparaît du commentaire sous l'article 1^{er} de la convention collective de travail n° 32bis conclue au sein du conseil national du travail le 7 juin 1985 concernant le maintien des droits des travailleurs en cas de changement d'employeur du fait d'un transfert conventionnel d'entreprise et réglant les droits des travailleurs repris en cas de reprise de l'actif après faillite, cette convention reprend, en ce qui concerne les cas de transfert conventionnel d'entreprise, les dispositions de la convention collective de travail n° 32 qui mettait en oeuvre la directive du Conseil des Communautés européennes du 14 février 1977 concernant le rapprochement des législations

des États membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transferts d'entreprises, d'établissements ou de parties d'entreprises ou d'établissements et adapte ces dispositions sur la base de la directive modificative du 29 juin 1998.

Bien qu'il mentionne au début de ses considérations sous le titre « 6.2. Le transfert d'entreprise de la convention collective de travail n° 32bis » et qu'il se réfère à un arrêt d'une cour du travail belge et à un jugement d'un tribunal du travail belge, l'arrêt examine la notion de transfert d'entreprises ou d'établissements ou de parties de ceux-ci, et plus particulièrement la notion de transfert conventionnel, d'après la directive n° 2001/23/CE du Conseil du 12 mars 2001 concernant le rapprochement des législations des États membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprises, d'établissements ou de parties d'entreprises ou d'établissements et la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne relative à cette directive et à celle qui l'a précédée.

C'est donc en considérant que, pour que la directive s'applique, il n'est pas nécessaire qu'il existe des relations contractuelles directes entre le cédant et le cessionnaire que la cour du travail décide que, pour qu'il y ait transfert conventionnel, il ne faut pas nécessairement un contrat entre le cessionnaire et le cédant et qu'il ne faut donc pas s'en tenir à la notion civiliste de convention.

Ce raisonnement est confirmé par la décision de la cour du travail qu'« il a été vu dans les passages de l'arrêt où la cour du travail a examiné la jurisprudence de la Cour de justice que l'existence d'une convention entre le cédant et le concessionnaire n'est pas requise et qu'il ne doit pas non plus y avoir de lien de droit entre les entreprises », pour conclure qu'il y a donc bien transfert conventionnel d'entreprise au sens de la directive et que le jugement entrepris doit être confirmé en ce qu'il a admis l'existence d'un transfert d'entreprise.

La directive n° 2001/23/CE du Conseil du 12 mars 2001 s'adresse aux États membres et n'a pas un effet direct dans l'ordre juridique belge, en ce sens, notamment, que les particuliers ont le droit de s'en prévaloir devant les juridictions nationales envers d'autres particuliers.

Dans la mesure où l'arrêt appuie sa décision sur la directive n° 2001/23/CE et non sur le droit national belge, notamment la convention collective de travail n° 32bis, il viole l'article 249 du Traité du 25 mars 1957 instituant la Communauté européenne ainsi que les articles de la convention collective de travail n° 32bis indiqués au début du moyen.

Seconde branche

D'après son article 1^{er} et le premier alinéa de son commentaire, la convention collective de travail n° 32bis a pour objet en premier lieu le maintien des droits des travailleurs dans tous les cas de changement d'employeur du fait du transfert conventionnel d'une entreprise ou d'une partie d'entreprise.

D'après l'article 2, 3° et 4°, de la même convention collective, il faut entendre, pour l'application de celle-ci, respectivement, par cédant, la personne physique ou morale qui, du fait d'un transfert au sens de l'article 1^{er}, perd la qualité d'employeur à l'égard des travailleurs de l'entreprise ou de la partie d'entreprise transférée et, par cessionnaire, la personne physique ou morale qui, du fait d'un transfert au sens de l'article 1^{er}, acquiert la qualité d'employeur à l'égard des travailleurs de l'entreprise ou de la partie d'entreprise transférée.

L'article 6, alinéa 1^{er}, de la convention collective de travail n° 32bis dispose que le chapitre II de cette convention, dont font partie les articles 7 et 8, est applicable à tout changement d'employeur résultant d'un transfert conventionnel d'une entreprise ou d'une partie d'entreprise, à l'exclusion des cas visés au chapitre III de cette convention collective de travail. D'après le deuxième alinéa du même article 6, sous réserve des dispositions de l'alinéa 1^{er}, est considéré dans cette convention collective de travail comme transfert, le transfert d'une entité économique maintenant son identité, entendue comme un ensemble organisé de moyens, en vue de la poursuite d'une activité économique, que celle-ci soit essentielle ou accessoire.

De la lecture conjointe des articles et du commentaire précités, il résulte que le transfert conventionnel d'entreprise envisagé par la convention collective de travail n° 32bis exige un transfert conventionnel entre le cédant et le cessionnaire.

L'arrêt constate que les parties s'opposent sur la notion de transfert d'entreprise ou de partie d'entreprise et sur son origine conventionnelle.

L'arrêt constate à cet égard que

- le premier défendeur conclut un contrat de travail avec la société anonyme Orenstein & Koppel, ci-après nommée O. & K. ou O. & K. Belgium (pour la distinguer du fabricant allemand, la société O. & K. AG), dont la dénomination a été modifiée en General Trading & Distribution Belgium et dont le second défendeur est le curateur ;

- à la suite de la mise en liquidation de la société O. & K. Belgium, il a été mis fin au contrat de concession que celle-ci avait conclu avec la société de droit allemand O. & K. AG selon la convention des parties ;

- la société de droit allemand O. & K. AG conclut alors une convention de concession de vente exclusive avec la demanderesse.

Il ne suit ni de ces constatations ni d'aucune autre qu'il existait un lien contractuel quelconque entre la société Orenstein & Koppel (O. & K. Belgium), qui était l'employeur du premier défendeur, et la demanderesse.

L'arrêt considère au contraire que l'existence d'une convention entre le cédant et le cessionnaire n'est pas requise et qu'il ne doit pas davantage y avoir un lien de droit entre les entreprises. En se référant à la jurisprudence de la Cour de justice, il considère qu'il suffit de constater que la même activité économique s'est poursuivie dans le même secteur géographique, même si le siège de l'entreprise a changé.

Bien que, en appliquant le droit national, la juridiction nationale soit tenue de l'interpréter dans toute la mesure du possible à la lumière du texte et de la finalité de la directive, dont le droit national dans lequel celle-ci devait être transposé, pour atteindre le résultat visé par celle-ci et se conformer ainsi à l'article 249, alinéa 3, du Traité instituant la Communauté européenne, il ne

peut être question d'interprétation que quand le texte n'est pas clair. Comme il a été expliqué plus haut, le texte de l'article 1^{er}, alinéa 1^{er}, 1^o, de la convention collective de travail n° 32bis - auquel les articles 2, 3^o et 4^o, et 8 se réfèrent - et l'article 6 de cette convention collective de travail exigent explicitement le transfert conventionnel d'une entreprise, ce qui implique, sans équivoque ou doute possible, l'existence d'un lien contractuel entre le cédant et le cessionnaire.

Par les considérations sur lesquelles repose son opinion, l'arrêt ne décide pas légalement qu'il y a donc bien transfert conventionnel d'entreprise [violation des articles 1^{er}, 1^o, et son commentaire (remplacés par l'article 2 de la convention collective de travail n° 32quinquies du 13 mars 2002, rendue obligatoire par arrêté royal du 14 mars 2002), 2, 3^o et 4^o, 6 (modifié par l'article 4 de ladite convention collective de travail n° 32quinquies), 7 et 8 (remplacé par l'article 1^{er} de la convention collective de travail n° 32quater du 19 décembre 1989, rendue obligatoire par arrêté royal du 6 mars 1990) de la convention collective de travail n° 32bis conclue au sein du conseil national du travail le 7 juin 1985 concernant le maintien des droits des travailleurs en cas de changement d'employeur du fait d'un transfert conventionnel d'entreprise et réglant les droits des travailleurs repris en cas de reprise de l'actif après faillite, rendue obligatoire par arrêté royal du 25 juillet 1985].

Par suite, l'arrêt ne condamne pas légalement la demanderesse comme cessionnaire, in solidum avec le [second] défendeur comme cédant, à payer au premier défendeur une indemnité compensatoire de préavis, une indemnité d'éviction, des pécules de vacances de sortie, des arriérés de commissions et des remboursements de frais (violation des articles 7 et 8 de la convention collective de travail n° 32bis précitée, 39 et 101 de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail, 38, 39 et 46 de l'arrêté royal du 30 mars 1967 déterminant les modalités générales d'exécution des lois relatives aux vacances annuelles des travailleurs salariés).

L'arrêt ne décide pas légalement que le jugement entrepris doit être confirmé en ce qu'il a admis l'existence d'un transfert d'entreprise, ne déclare pas légalement l'appel principal de la demanderesse que très partiellement fondé et ne confirme pas légalement le jugement entrepris, sous les

émendations que l'arrêt énumère, en ce qu'il a condamné in solidum la demanderesse et le second défendeur aux indemnités, pécules de vacances, arriérés de commissions et remboursement de frais qu'il énumère (violation de toutes les dispositions mentionnées en tête du moyen).

Deuxième moyen

Dispositions légales violées

- *article 149 de la Constitution ;*
- *articles 32, 39 et 101 de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail ;*
- *article 46 de l'arrêté royal du 30 mars 1967 déterminant les modalités générales d'exécution des lois relatives aux vacances annuelles des travailleurs salariés ;*
- *articles 7 et 8 de la convention collective de travail n° 32bis conclue au sein du conseil national du travail le 7 juin 1985 concernant le maintien des droits des travailleurs en cas de changement d'employeur du fait d'un transfert conventionnel d'entreprise et réglant les droits des travailleurs repris en cas de reprise de l'actif après faillite, rendue obligatoire par arrêté royal du 25 juillet 1985 ;*
- *articles 1134, 1146 et 1184 du Code civil ;*
- *principe général du droit suivant lequel une mise en demeure préalable est requise lorsqu'un créancier demande l'application d'une sanction de l'inexécution d'obligations, dont l'article 1146 du Code civil fait application.*

Décisions et motifs critiqués

L'arrêt, statuant sur la demande du premier défendeur contre la demanderesse tendant à l'entendre condamner solidairement avec le [second] défendeur à lui payer différentes sommes, ne déclare l'appel principal de la

demanderesse que très partiellement fondé, confirme le jugement entrepris sous les émendations que l'arrêt énumère et condamne in solidum la demanderesse et le [second] défendeur, aux motifs suivants :

« 6.2. Le transfert d'entreprise

En droit

[...] L'incidence de la non-reprise d'un membre du personnel licencié par le cédant avant ou après le transfert

Parmi les conséquences d'un transfert conventionnel d'entreprise figure la reprise de l'ensemble du personnel du cédant. Les contrats sont en effet transférés de plein droit ;

Il n'appartient pas aux cédant et cessionnaire d'opérer une sélection [...]. Tous les contrats doivent être repris sous peine de priver les travailleurs de la protection donnée [...];

Cependant, le cédant peut, avant le transfert, mettre fin aux contrats de membres du personnel mais dans le respect de l'article 4, § 1^{er}, de la directive et de l'article 9, alinéa 2, de la convention collective de travail n° 32bis, qui prévoient la possibilité de rompre des contrats pour des raisons économiques, techniques ou d'organisation impliquant des changements sur le plan de l'emploi, mais les travailleurs irrégulièrement licenciés peuvent se prévaloir vis-à-vis du cessionnaire de l'irrégularité du licenciement ;

Néanmoins, le seul fait de la mise en liquidation de la société cédante ne peut justifier la rupture des contrats [...]. Il faut vérifier si les licenciements opérés sont ou non suspects. Une collusion [...] entre le cédant et le cessionnaire sera notamment inconciliable avec une rupture régulière d'un contrat de travail. Un licenciement décidé en prévision du transfert est irrégulier si les cédant et cessionnaire n'ont pas consenti d'efforts suffisants pour l'éviter en conservant le travailleur à leur service ;

Par conséquent, il incombe tant au cédant qu'au cessionnaire d'établir la réalité de ces raisons économiques, techniques ou d'organisation, puisqu'ils entendraient bénéficier ainsi d'une exception qu'ils invoquent ;

Enfin, le contrat rompu avant le transfert mais moyennant préavis doit sans contestation possible faire l'objet du transfert dès lors qu'il est encore en vigueur au moment du transfert [...] ;

En l'espèce

Les faits

La société anonyme O. & K. [dont le second défendeur est le curateur] était une société qui avait obtenu de la société O. & K. AG ayant son siège en Allemagne une concession de vente exclusive de ses produits [...] ;

La société O. & K. (Belgium) se met en liquidation le 24 février 2003, ce qui met fin au contrat de concession conclu avec la société de droit allemand O. & K. selon la convention des parties ;

[...] Leur appréciation au regard de la notion de transfert d'entreprise

[...] Il découle [...] des éléments de fait soumis à la [cour du travail] que [...]

- la mise en liquidation [de la société anonyme O. & K. Belgium] du 25 février 2003 n'a poursuivi d'autre but que de mettre fin à la concession de vente exclusive car c'est cette mise en liquidation qui met, du fait de la convention [entre la société allemande O. & K. AG et la société anonyme O. & K. Belgium], fin à celle-ci ; [...]

- le licenciement [du premier défendeur] s'est fait moyennant un préavis qui devait être presté, ce que [celui-ci] fut dans l'incapacité de faire puisque la société actuellement faillie n'avait plus aucune activité et ne pouvait du reste plus se présenter comme le concessionnaire de la marque O. & K. C'est donc la cessation d'activités et l'absence de transfert de personnel qui a été à l'origine tant de la mise en préavis que de la rupture anticipée de celui-ci. La responsabilité de [la demanderesse] est donc engagée ;

[...] Le jugement entrepris doit être confirmé en ce qu'il a admis l'existence d'un transfert d'entreprise ;

Le transfert devait avoir lieu de droit et [la demanderesse] se devait d'engager tout le personnel occupé au service de la société O. & K. à la date du transfert. À supposer même que le licenciement [du premier défendeur] ne

puisse lui être reproché, elle devait à tout le moins lui faire prêter son préavis à son service ;

[...] 6.3. La solidarité, conséquence du transfert d'entreprise : sa portée

En droit

[...] Rappelons aussi que le transfert des contrats de travail est de droit nonobstant la volonté contraire [...] du cédant ou du concessionnaire et le refus de ce dernier d'exécuter ses obligations [...]. Le contrat peut par contre se poursuivre avec le cédant mais uniquement si le travailleur décide librement de ne pas poursuivre la relation de travail avec le nouveau chef d'entreprise après le transfert [...] ;

Jugé que la solidarité doit jouer lorsque le cédant donne congé au travailleur après la date du transfert, que le concessionnaire s'abstient de lui donner du travail et que le travailleur invoque de ce chef un acte équipollent à rupture à l'égard du cédant ; il faut constater que les deux sociétés ont un comportement fautif en maintenant ou en créant l'apparence selon laquelle le cédant restait l'employeur. De ce fait, elles sont toutes deux tenues in solidum au paiement des indemnités de congé et d'éviction [...] ;

En l'espèce

[La demanderesse] soutient ne pas être tenue in solidum au motif que :

- 1. le préavis a été donné antérieurement au transfert ;*
- 2. la rupture du contrat a été imputée à la société O. & K. et non à elle après le transfert ;*
- 3. les dettes du cédant restent à sa charge exclusive ;*

Ces moyens ne sont pas fondés car contraires à la directive et à l'interprétation donnée par la Cour de justice ;

Dès lors que [le premier défendeur] devait prêter son préavis mais qu'il en a été empêché par la situation de non-activité dans laquelle s'est trouvée la société O. & K. en février 2003 ainsi que par le fait qu'il ne lui a pas été proposé de prêter au sein de [la demanderesse], les créances [du premier défendeur] à l'égard de son premier employeur sont passées au second, même

si la rupture du contrat n'a eu lieu qu'à la suite de la dispense de prestations consentie par le liquidateur dès le 14 mars ;

6.4. Le bien-fondé des divers chefs de demande

L'indemnité compensatoire de préavis

Cette indemnité est due dès lors que le liquidateur a dispensé [le premier défendeur] de prestations en cours de préavis. Il n'y a donc pas lieu d'examiner l'existence d'un acte équipollent à rupture ;

6.4.2. L'indemnité d'éviction

L'initiative de la rupture émane de l'employeur [...] ;

6.4.7. Les pécules de départ

[...] La rémunération versée pour les premiers mois de l'année 2003 s'élève à 1.668,25 euros pour janvier + 1.590,09 euros pour février selon les fiches de paie déposées ;

Le pécule de départ s'élève donc à 3.258,34 euros x 15,34 p.c. = 499,836 euros ».

Griefs

Première branche

Dans des conclusions régulièrement déposées devant la cour du travail, la demanderesse soutenait

« b) [Le premier défendeur] ne peut en aucun cas introduire une réclamation à l'encontre [de la demanderesse]

[...] 2. Il est exact qu'il y a eu liquidation devant notaire le 24 février 2003. Le 25 février 2003, le liquidateur décida de mettre fin au contrat de travail. La durée du préavis prit cours le 1^{er} mars 2003. [Le premier défendeur] a été exempté d'activités le 14 mars 2003. Le 17 avril 2003, [le premier défendeur] invoque un acte qui aurait conduit à la rupture du contrat

dans le chef de la société Orenstein & Koppel. Il faut souligner ici qu'aucun manquement n'a été invoqué dans le chef [de la demanderesse] ;

3. [Le premier défendeur] reconnaît que, jusqu'au moment de la rupture du contrat, à mettre à charge d'on ne sait qui, il a exclusivement travaillé pour la société Orenstein & Koppel. Si [la demanderesse] avait repris la société, la rupture devait alors être invoquée à l'encontre de (la demanderesse). Mais tel n'est pas le cas. La raison en est que [le premier défendeur] a reconnu n'avoir en tant que tel rien à voir avec [la demanderesse], il n'avait de relation contractuelle qu'avec la société Orenstein & Koppel, qui résilia le contrat dont [le premier défendeur] invoque la rupture. Par le fait d'avoir invoqué la rupture de contrat provoquée par la société Orenstein & Koppel, rien ne peut plus être réclamé vis-à-vis [de la demanderesse] ;

Étant donné que l'article 7 de la convention collective de travail n° 32bis détermine que les droits et obligations sont transférés au cessionnaire à la date du transfert, cela signifie que [le premier défendeur] dans sa citation ne se reconnaît aucun droit d'action à l'égard de [la demanderesse] pour la simple raison qu'au moment de la rupture du contrat, il existait encore une relation avec la société Orenstein & Koppel contre laquelle la rupture du contrat est invoquée. Le fait qu'aucune rupture de contrat ne soit invoquée du chef [de la demanderesse] s'explique du fait qu'aucune revendication ne peut être formulée de quelque manière que ce soit ;

4. [Le premier défendeur] nie le fait que le recours à un acte équivalent à rupture signifie que le contrat de travail est rompu. S'il y avait eu transfert dans le sens de l'article 1^{er}, 1, du contrat de travail existant au moment du transfert, il y aurait eu un contrat de travail entre [le premier défendeur] et [la demanderesse], de telle sorte que, due au transfert, seule une rupture de contrat du chef de la [demanderesse] pourrait être invoquée. Cela n'a jamais été le cas [...]. [Le premier défendeur] ne peut pourtant pas agir de manière inconséquente, c'est pourquoi il ne peut invoquer que la société Orenstein & Koppel aurait rompu le contrat de travail, alors qu'il aurait été à ce moment employé de [la demanderesse] [...] ;

5. *La seule appréciation correcte est que, quoi qu'il en soit, [le premier défendeur] admet qu'il était exclusivement lié à la société Orenstein & Koppel lorsqu'il invoqua la rupture du contrat. [Le premier défendeur] reconnaît donc expressément, même [par un] aveu juridique, qu'il avait exclusivement une relation avec la société Orenstein & Koppel lorsqu'il invoqua l'acte équipollent à rupture de la société Orenstein & Koppel. Juridiquement, il en résulta directement que, quoi qu'il en soit par l'évocation d'une rupture de contrat, son contrat fut rompu [...]* ;

[...] 7. Actori incumbit probatio. [Le premier défendeur] a la charge de la preuve. Mais il n'apporte aucune preuve, même pas la plus mince. Il suffit [au premier défendeur] de prétendre qu'il a invoqué le 17 avril 2003 la rupture de contrat de la société Orenstein & Koppel, de telle sorte qu'il maintint ensuite que, due à un contrat de transfert,[la demanderesse] devrait payer les dommages et intérêts de la rupture du contrat invoquée à l'encontre de la société Orenstein & Koppel. En invoquant la rupture de contrat, [le premier défendeur] accepte qu'il ne pouvait plus y avoir de contrat de travail existant lorsque, à la suite de la société reprise, étant donné qu'une rupture exclut la notion d'un contrat de travail existant. [Le premier défendeur] se méprend sur le fait que, finalement, un certain nombre des membres du personnel fut engagé par [la demanderesse]. Ce n'était pas la conséquence d'une convention mais bien du fait que les employés en question étaient les plus aptes à entrer en fonction. Mais le plus important de tout est que [le premier défendeur] admet expressément que le prétendu transfert aurait eu lieu après que le contrat de travail a été rompu ;

[...] c) Les revendications n'ont ni rime ni raison

1. [La demanderesse] est étrangère aux revendications [du premier défendeur]. Il ne ressort nullement de la citation introductive comment sont établies ses revendications ;

Il y est seulement soutenu que la société Orenstein & Koppel aurait posé un acte équivalent à rupture, en conséquence de quoi certains montants seraient dus. Le courrier du 17 avril 2003 [dans lequel le premier défendeur prétend avoir invoqué un acte équipollent à rupture] n'est pas déposé. [À la

demanderesse] de deviner de quel acte il pourrait s'agir. Et, malgré cela, [le premier défendeur] réclame [à la demanderesse] le paiement d'une indemnité pour rupture de contrat. Il a déjà été rappelé plus haut que, dans le cadre de la convention collective de travail n° 32bis, aucune indemnité de rupture ne pouvait être demandée au repreneur qui - au maximum - ne peut être tenu qu'au respect des contrats de travail existant au moment du transfert. Toutefois, une rupture de contrat n'est même pas prouvée ».

Par ces considérations, la demanderesse invoquait qu'elle ne peut être tenue au paiement des montants qui résultent d'un acte équipollent à rupture parce que

- comme l'admet expressément le premier défendeur, le prétendu transfert aurait eu lieu après que le contrat de travail a été rompu ;

- le prétendu acte équipollent à rupture du contrat de travail n'a jamais été communiqué à la demanderesse ni invoqué contre elle, de sorte qu'il ne peut lui être opposé.

L'arrêt ne répond pas à ces moyens précis et concrets, qui sont pertinents, comme il apparaît de la seconde branche du moyen.

En confirmant le jugement entrepris en tant qu'il a condamné la demanderesse au paiement d'une indemnité compensatoire de préavis, d'une indemnité d'éviction et à des pécules de vacances de sortie sans répondre aux moyens développés par la demanderesse, l'arrêt viole l'article 149 de la Constitution.

Seconde branche

En vertu de l'article 32 de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail, les engagements résultant des contrats régis par cette loi prennent fin, sans préjudice des modes généraux d'extinction des obligations :

1° par l'expiration du terme ;

2° par l'achèvement du travail en vue duquel le contrat a été conclu ;

3° par la volonté de l'une des parties lorsque le contrat a été conclu pour une durée indéterminée ou qu'il existe un motif grave de rupture ;

4° par la mort du travailleur ;

5° par la force majeure.

Lorsqu'une partie manque aux obligations qui lui incombent en vertu d'un contrat de travail, celui-ci n'est pas pour autant résilié, même si les manquements portent sur des obligations essentielles, ainsi qu'il ressort de l'article 32 précité et de l'article 1134 du Code civil.

Le congé est l'acte par lequel une partie notifie à l'autre qu'elle entend que le contrat d'emploi prenne fin.

De la seule constatation qu'une partie a manqué à son obligation d'exécuter le contrat de travail, il ne peut être conclu ni qu'elle avait la volonté de rompre le contrat de travail au sens de l'article 32, 3°, de la loi du 3 juillet 1978 ni que l'autre partie lui a notifié une telle volonté.

En vertu de l'article 1184, alinéa 3, du Code civil, la résolution d'un contrat synallagmatique pour cause de manquement doit être demandée en justice. Dans l'intérêt de la sécurité juridique et par souci d'équité, cette règle tend à ce qu'à défaut de clause résolutoire expresse, la résolution soit soumise au contrôle du juge. Néanmoins, cette règle ne fait pas obstacle à ce qu'une partie à un contrat synallagmatique décide, de sa propre autorité et à ses propres risques, de ne plus exécuter ses obligations et de notifier à son cocontractant qu'elle considère le contrat comme résolu et désire le rétablissement de la situation originaires.

À tous égards, il faut donc que la partie à un contrat de travail qui invoque le manquement de l'autre partie aux obligations découlant du contrat pour conclure à la rupture irrégulière de celui-ci notifie à cette dernière partie qu'elle considère le contrat comme rompu.

Suivant l'article 1146 du Code civil, les dommages et intérêts ne sont dus que lorsque le débiteur est en demeure de remplir son obligation, excepté néanmoins lorsque la chose que le débiteur s'était obligé de donner ou de faire ne pouvait être donnée ou faite que dans un certain temps qu'il a laissé passer.

Cet article est une application du principe général du droit suivant lequel la partie qui invoque le manquement d'une autre partie pour faire appliquer des sanctions doit préalablement mettre la partie défaillante en demeure.

L'article 39 de la loi relative aux contrats de travail dispose en son paragraphe 1^{er} que, si le contrat a été conclu pour une durée indéterminée, la partie qui résilie le contrat sans motif grave ou sans respecter le délai de préavis est tenue de payer à l'autre partie une indemnité égale à la rémunération en cours correspondant soit à la durée du délai de préavis, soit à la partie de ce délai restant à courir.

D'après l'article 101 de cette loi, lorsqu'il est mis fin au contrat, soit par le fait de l'employeur sans motif grave, soit par le représentant de commerce pour motif grave, une indemnité d'éviction est due au représentant de commerce qui a apporté une clientèle, à moins que l'employeur n'établisse qu'il ne résulte de la rupture du contrat aucun préjudice pour le représentant de commerce.

En vertu de l'article 7 de la convention collective de travail n° 32bis, les droits et obligations qui résultent pour le cédant de contrats de travail existant à la date du transfert sont, du fait de ce transfert, transférés au cessionnaire.

L'article 8 de la même convention dispose que le cédant et le cessionnaire sont tenus in solidum au paiement des dettes existant à la date du transfert et résultant des contrats de travail existant à cette date, à l'exception des dettes de régimes complémentaires de prestations sociales visés à l'article 4 de la convention.

Ni de ces dispositions ni d'autres articles de ladite convention, il ne résulte qu'un acte d'un travailleur engagé par le cédant qui est relatif à une rupture du contrat de travail qui se produit après le transfert d'entreprise et plus particulièrement l'invocation par ce travailleur d'un acte équipollent à rupture, qui n'est dirigée que contre le cédant, soit opposable au cessionnaire, de sorte que la rupture du contrat de travail puisse lui être imputée.

L'arrêt constate que le premier défendeur devait prester son préavis mais qu'il en a été empêché

- par la situation de non-activité dans laquelle s'est trouvée la société O. & K. en février 2003 ;

- par le fait qu'il ne lui a pas été proposé de le prêter au sein de la demanderesse et que ses créances à l'égard de son premier employeur sont passées au second, même si la rupture du contrat n'a eu lieu qu'ensuite de la dispense de prestations consentie par le liquidateur [de la société O. & K. Belgium] dès le 14 mars [2003].

L'arrêt décide que l'indemnité compensatoire de préavis est due dès lors que le liquidateur [de la société O. & K. Belgium] a dispensé le premier défendeur de prestations en cours de préavis et qu'il n'y a donc pas lieu d'examiner l'existence d'un acte équipollent à rupture. Quant à l'indemnité d'éviction, il considère que celle-ci est due parce que « l'initiative de la rupture émane de l'employeur ». L'arrêt condamne aussi la demanderesse aux pécules de vacances de départ.

Ni des constatations et considérations de l'arrêt citées plus haut ni d'aucune autre, il ne se déduit que le premier demandeur ait invoqué la rupture de son contrat de travail contre la demanderesse et la lui ait imputée ni qu'il ait mis en demeure la demanderesse en faisant valoir qu'elle avait manqué à ses obligations de mettre le demandeur au travail comme employeur ayant repris les obligations de la société anonyme O. & K. Belgium.

Comme il a été expliqué à la première branche du moyen, la demanderesse a bien invoqué dans des conclusions régulièrement déposées devant la cour du travail l'absence de toute invocation, notification, mise en demeure à son égard par le premier défendeur quant à la prétendue rupture de son contrat de travail.

En se fondant sur les seuls motifs que le premier défendeur a été empêché de prêter son préavis par la situation de non-activité dans laquelle s'est trouvée la société O. & K. ainsi que par le fait qu'il ne lui a pas été proposé de le prêter au sein de [la demanderesse] et que le liquidateur de la société O. & K. a dispensé le premier défendeur de prestations en cours de préavis, de sorte qu'il n'y a pas lieu d'examiner l'existence d'un acte équipollent à rupture, l'arrêt ne décide pas légalement que l'indemnité

compensatoire de préavis est due (violation des articles 1134, 1184 du Code civil, 32 et 39 de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail). En se fondant sur ces mêmes motifs et sur le motif que les créances du premier défendeur à l'égard de son premier employeur (la société O. & K.) sont passées à (la demanderesse), même si la rupture du contrat n'a eu lieu qu'ensuite de la dispense de prestations consentie par le liquidateur (de la société O. & K.) dès le 14 mars (2003), l'arrêt n'impute pas légalement la rupture du contrat de travail du premier défendeur et ses conséquences à la demanderesse (violation des articles 32 de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail, 1134, 1146, 1184 du Code civil et du principe général du droit suivant lequel une mise en demeure préalable est requise lorsqu'un créancier demande l'application d'une sanction de l'inexécution d'obligations, dont l'article 1146 du Code civil fait application); en la condamnant par conséquent in solidum avec le second défendeur, il viole les dispositions légales relatives aux obligations du cessionnaire en cas de transfert d'entreprise (articles 7 et 8 de la convention collective de travail n° 32bis conclue au sein du conseil national du travail le 7 juin 1985 concernant le maintien des droits des travailleurs en cas de changement d'employeur du fait d'un transfert conventionnel d'entreprise et réglant les droits des travailleurs repris en cas de reprise de l'actif après faillite, rendue obligatoire par arrêté royal du 25 juillet 1985) et celles qui sont relatives aux obligations de payer une indemnité de rupture, une indemnité d'éviction et des pécules de vacances de départ (articles 39, 101 de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail et 46 de l'arrêté royal du 30 mars 1967 déterminant les modalités générales d'exécution des lois relatives aux vacances annuelles des travailleurs salariés).

L'arrêt ne condamne pas légalement la demanderesse in solidum avec le second défendeur à payer au demandeur une indemnité compensatoire de préavis, une indemnité d'éviction et des pécules de vacances de départ (violation de toutes les dispositions et du principe général du droit mentionnés en tête du moyen, à l'exception de l'article 149 de la Constitution).

Troisième moyen

Dispositions légales violées

- *article 1138, 2°, du Code judiciaire ;*
- *principe général du droit dit principe dispositif, que cet article consacre.*

Décisions et motifs critiqués

L'arrêt confirme le jugement dont appel sous les émanations qu'il « condamne à la somme de 695,85 euros représentant les pécules de sortie sur les arriérés de commission et à celle de 499,83 euros pour les pécules de sortie sur la rémunération de janvier et février 2003, sous déduction des retenues sociales et fiscales, le solde net étant à majorer des intérêts judiciaires à défaut d'intérêts légaux sur les pécules de vacances ».

L'arrêt « confirme pour le surplus le jugement entrepris en ce qu'il a statué sur les intérêts légaux et condamné in solidum [la demanderesse et le second défendeur] ».

L'arrêt considère à cet égard « qu'il n'y a pas lieu de surseoir à statuer dès lors que le montant est aisément déterminable et que le dossier peut ainsi trouver son épilogue ».

Griefs

En vertu de l'article 1138, 2°, du Code judiciaire, le juge ne peut adjuger plus qu'il n'a été demandé. Cette disposition est une consécration du principe général du droit dit principe dispositif.

Dans ses conclusions régulièrement déposées devant la cour du travail, le premier défendeur soutenait :

« f) Le pécule de départ

Celui-ci représente 15,34 p.c. de la rémunération brute proméritée par le [premier défendeur] durant l'année 2003, soit du 1^{er} janvier au 14 mars, date à laquelle les prestations ont pris fin, sur injonction du second défendeur, liquidateur de la société O. et K. ;

Dans l'attente de la délivrance de documents sociaux y afférents, il est actuellement fixé à un euro provisionnel ».

Dans le dispositif des mêmes conclusions, le premier défendeur demandait à la cour du travail de « condamner la société Orenstein et Koppel et [la demanderesse], solidairement, in solidum ou l'une à défaut de l'autre au paiement des sommes suivantes au [premier défendeur] :

[...] 6. Un euro provisionnel à titre d'arriérés de pécule de vacances ;

7. Un euro provisionnel à titre de pécule de départ ».

En confirmant le jugement entrepris sous l'émendation qu'il condamne à la somme de 695,84 euros représentant les pécules de sortie sur les arriérés de commissions et à celle de 499,83 euros pour les pécules de sortie sur la rémunération de janvier et février 2003, bien que le premier défendeur n'eût demandé pour ces postes qu'un euro provisionnel, l'arrêt viole l'article 1138, 2°, du Code judiciaire et le principe général du droit dit principe dispositif, que cet article consacre.

Quatrième moyen

Dispositions légales violées

- article 8 (remplacé par l'article 1^{er} de la convention collective de travail n° 32quater du 19 décembre 1989, rendue obligatoire par arrêté royal du 6 mars 1990) de la convention collective de travail n° 32bis conclue au sein du conseil national du travail le 7 juin 1985 concernant le maintien des droits des travailleurs en cas de changement d'employeur du fait d'un transfert conventionnel d'entreprise et réglant les droits des travailleurs repris en cas de reprise de l'actif après faillite, rendue obligatoire par arrêté royal du 25 juillet 1985 ;

- *articles 1197, 1200, 1202, 1213, 1214, 1216, 1249 et 1251, 3°, du Code civil.*

Décisions et motifs critiqués

L'arrêt dit l'action en garantie de la demanderesse contre le second défendeur non fondée par les motifs suivants :

« 6.5. Quant à l'action en garantie

[La demanderesse] entend se voir garantir de toute condamnation comminée contre elle par l'intervention de la société faillie [représentée par le second défendeur] ;

Du fait de la solidarité et du transfert d'entreprise, [la demanderesse] est devenue employeur à la date du transfert. Elle est donc personnellement tenue des dettes tant existant à la date du transfert qu'apparues ultérieurement ;

Cette action en garantie n'est pas fondée ».

Griefs

L'article 1197 du Code civil dispose que l'obligation est solidaire entre plusieurs créanciers lorsque le titre donne expressément à chacun d'eux le droit de demander le paiement du total de la créance, et que le paiement fait à l'un d'eux libère le débiteur, encore que le bénéfice de l'obligation soit partageable et divisible entre les divers créanciers.

En vertu de l'article 1200 du même code, il y a solidarité de la part des débiteurs lorsqu'ils sont obligés à une même chose, de manière que chacun puisse être contraint pour la totalité, et que le paiement fait par un seul libère les autres envers le créancier.

D'après l'article 1202 du Code civil, la solidarité ne se présume point, il faut qu'elle soit expressément stipulée, mais cette règle cesse dans les cas où la solidarité a lieu de plein droit, en vertu d'une disposition de la loi.

L'article 8 de la convention collective de travail n° 32bis dispose que le cédant et le cessionnaire sont tenus in solidum au paiement des dettes existant à la date du transfert et résultant des contrats de travail existant à cette date, à l'exception des dettes de régimes complémentaires de prestations sociales visés à l'article 4 de la convention. Cet article d'une convention collective de travail rendue obligatoire par arrêté royal peut être considéré comme une disposition de la loi au sens de l'article 1202 du Code civil. Même si, d'après les termes littéraux de cet article, le cédant et le cessionnaire n'étaient tenus qu'in solidum et pas solidairement aux dettes mentionnées, le recours du codébiteur in solidum peut se fonder sur les dispositions du Code civil qui régissent les obligations solidaires.

D'après l'article 1213 du Code civil, l'obligation contractée solidairement envers le créancier se divise de plein droit entre les débiteurs, qui n'en sont tenus entre eux que chacun pour sa part et portion. L'article 1214 dispose que le codébiteur d'une dette solidaire, qui l'a payée en entier, ne peut répéter contre les autres que les parts et portions de chacun d'eux.

En vertu de l'article 1216 du Code civil, si l'affaire pour laquelle la dette a été contractée solidairement ne concernait que l'un des coobligés solidaires, celui-ci serait tenu de toute la dette vis-à-vis des autres codébiteurs, qui ne seraient considérés par rapport à lui que comme ses cautions.

D'après l'article 1249 du Code civil, la subrogation dans les droits du créancier au profit d'une tierce personne qui le paye est ou conventionnelle ou légale. L'article 1251, 3°, du Code civil prévoit que la subrogation a lieu de plein droit au profit de celui qui, étant tenu avec d'autres ou pour d'autres au paiement de la dette, avait intérêt de l'acquitter.

De la lecture conjointe des dispositions précitées, il suit que

- en cas de transfert d'entreprise, le cédant et le cessionnaire sont tenus solidairement ou au moins in solidum des dettes existant à la date du transfert et résultant des contrats de travail existant à cette date ;*
- le codébiteur qui est tenu solidairement ou in solidum dispose dans certains cas et sous certaines conditions d'un droit de recours contributoire contre son ou ses codébiteurs.*

Dans des conclusions régulièrement déposées devant la cour du travail, la demanderesse soutenait que, pour autant qu'il y eût une contrainte juridique in solidum, celle-ci ne serait que la conséquence de la clause qui, dans la convention collective de travail n° 32bis, stipule que le repreneur d'une entreprise in solidum devient civilement responsable avec le cédant pour ce qui est dû en conséquence du transfert. La demanderesse demandait qu'une condamnation fût prononcée pour lui payer en principal, intérêts et frais tout ce qu'elle devrait payer au premier défendeur. Cette demande était dirigée, bien évidemment, contre le second défendeur, en sa qualité de curateur du cédant.

L'arrêt décide que, du fait de la solidarité et du transfert d'entreprise, la demanderesse est devenue l'employeur à la date du transfert et qu'elle est donc personnellement tenue des dettes tant existant à la date du transfert qu'apparues ultérieurement.

Le fait que la demanderesse soit tenue personnellement comme employeur envers le premier défendeur ne concerne que la relation entre la demanderesse et le premier défendeur.

Cette obligation personnelle n'implique pas que la demanderesse à elle seule est tenue à ces dettes, l'arrêt lui-même condamnant d'ailleurs la demanderesse in solidum avec le second défendeur au paiement d'indemnités compensatoire de préavis et d'éviction, de pécules de vacances, d'arriérés de commissions et au remboursement de frais, et certaines de ces dettes datant d'avant le transfert d'entreprise (les arriérés de rémunération et les remboursements de frais).

Sur la base de ses constatations et considérations, l'arrêt ne justifie pas légalement sa décision de débouter la demanderesse de son action en garantie contre le second défendeur, l'éventuelle garantie à laquelle ce dernier serait tenu étant étrangère aux obligations auxquelles la demanderesse est tenue personnellement envers le premier défendeur.

III. La décision de la Cour

Sur le premier moyen :

Quant à la première branche :

Il ressort de l'ensemble de ses motifs que, pour confirmer la décision du premier juge « qu'il y a bien eu, en l'espèce, transfert conventionnel d'entreprise au sens de la convention collective de travail n° 32*bis* » conclue le 7 juin 1985 au sein du conseil national du travail concernant le maintien des droits des travailleurs en cas de changement d'employeur du fait d'un transfert conventionnel d'entreprise et réglant les droits des travailleurs repris en cas de reprise de l'actif après faillite, rendue obligatoire par l'arrêté royal du 25 juillet 1985, l'arrêt se fonde sur les dispositions de cette convention collective de travail, telles qu'elles s'appliquent au litige, qu'il interprète à la lumière de celles de la directive 2001/23/CE du Conseil du 12 mars 2001 concernant le rapprochement des législations des États membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprises, d'établissements ou de parties d'entreprises ou d'établissements, dont ces dispositions du droit interne assurent la transposition.

Le moyen, en cette branche, manque en fait.

Quant à la seconde branche :

Il ressort des articles 1^{er} et 6, § 1^{er}, de la convention collective de travail n° 32*bis* du 7 juin 1985 que celle-ci s'applique à tout changement d'employeur résultant d'un transfert conventionnel d'une entreprise ou d'une partie d'entreprise.

Ces dispositions assurent, ainsi qu'il a été dit, la transposition de la directive 2001/23/CE du Conseil du 12 mars 2001, qui, aux termes de son article 1^{er}, est applicable à tout transfert d'entreprise, d'établissement ou de

partie d'entreprise ou d'établissement à un autre employeur résultant d'une cession conventionnelle ou d'une fusion.

L'obligation des États membres découlant d'une directive d'atteindre le résultat de celle-ci ainsi que leur devoir, en vertu de l'article 10 du Traité instituant la Communauté européenne, dans la version consolidée à Amsterdam le 2 octobre 1997, 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, les autorités juridictionnelles, qui sont tenues, en appliquant le droit national, de l'interpréter dans toute la mesure du possible à la lumière du texte et de la finalité de la directive pour atteindre le résultat visé par celle-ci et se conformer ainsi à l'article 249, alinéa 3, du Traité.

L'article 1^{er} de la directive 2001/23/CE du Conseil du 12 mars 2001 est ainsi interprété par la Cour de justice de l'Union européenne que l'absence de lien conventionnel entre le cédant et le cessionnaire ne saurait exclure l'hypothèse d'un transfert visé par la directive, de sorte que celle-ci s'applique au cas d'un transfert qui se réalise en deux contrats successifs conclus par le cédant et le cessionnaire avec une autre même personne.

La convention collective de travail n° 32*bis* du 7 juin 1985 n'entend pas autrement la notion de transfert conventionnel par laquelle elle définit son champ d'application.

Le moyen, qui, en cette branche, repose sur le soutènement contraire, manque en droit.

Sur le deuxième moyen :

Quant à la première branche :

En considérant que « les créances [du premier défendeur] à l'égard de son premier employeur sont passées au second, même si la rupture du contrat n'a lieu qu'à la suite de la dispense de prestations consentie par le liquidateur [de ce premier employeur] dès le 14 mars [2003] », l'arrêt répond, en les

contredisant, aux conclusions de la demanderesse contestant qu'un acte de rupture du contrat de travail pût lui être imputé.

Le moyen, en cette branche, manque en fait.

Quant à la seconde branche :

Au motif reproduit en réponse à la première branche du moyen, l'arrêt ajoute que le premier défendeur « devait prêter son préavis mais qu'il en a été empêché par la situation de non-activité dans laquelle s'est trouvée la société Orenstein & Koppel en février 2003 ainsi que par le fait qu'il ne lui a pas été proposé de le prêter au sein de [la société demanderesse] ».

Dès lors que, d'une part, par les motifs vainement critiqués par le premier moyen, l'arrêt considère que la demanderesse est devenue l'employeur du premier défendeur à la suite d'un transfert conventionnel d'entreprise et que, d'autre part, par le motif reproduit en réponse à la première branche du moyen, il constate que congé a été donné au premier défendeur, la considération qu'il n'a pas été proposé à celui-ci d'accomplir, durant le délai de préavis, son travail au sein de l'entreprise demanderesse suffit à fonder sa décision qu'il n'y a « pas lieu d'examiner l'existence d'un acte équipollent à rupture » et que la demanderesse est tenue *in solidum* avec le second défendeur des conséquences de la rupture découlant de la dispense de prestations consentie par le liquidateur de la société à la faillite de laquelle ce défendeur est le curateur.

Le moyen, qui, en cette branche, ne critique pas cette considération, est irrecevable.

Sur le troisième moyen :

Sur la fin de non-recevoir opposée au moyen par le premier défendeur et déduite de ce que, quels que soient les termes du dispositif de ses conclusions, ce défendeur avait réclamé devant la cour du travail les sommes dont le moyen critique l'allocation :

L'examen de la fin de non-recevoir est indissociable de celui du moyen.

La fin de non-recevoir ne peut être accueillie.

Sur le fondement du moyen :

Le premier défendeur a, à titre d'arriérés de pécules de vacances, demandé devant la cour du travail « 15,34 p.c. de 4.852,50 euros constituant les pécules sur les arriérés de commissions ».

En condamnant la demanderesse à lui payer à ce titre 695,85 euros, l'arrêt n'adjudge pas à ce défendeur plus qu'il n'a été demandé.

Dans cette mesure, le moyen ne peut être accueilli.

Après avoir demandé que lui soit accordé « un pécule de départ calculé sur les rémunérations brutes de l'année 2003, soit du 1^{er} janvier au 14 mars », le premier défendeur a, en revanche, précisé que, « dans l'attente de la délivrance des documents sociaux y afférents », la condamnation devait être fixée à un euro provisionnel.

En condamnant à ce titre la demanderesse à payer au premier défendeur 499,83 euros, sous déduction des retenues sociales et fiscales, l'arrêt se prononce sur choses non demandées et viole, partant, l'article 1138, 2°, du Code judiciaire.

Dans cette mesure, le moyen est fondé.

Sur le quatrième moyen :

Le cessionnaire qui, étant devenu employeur à la suite du transfert conventionnel d'une entreprise ou d'une partie d'entreprise au sens de la convention collective de travail n° 32bis du 7 juin 1985, est tenu *in solidum* avec le cédant des dettes existant à la date du transfert et résultant des contrats de travail en cours à cette date, n'est pas tenu de ces dettes avec d'autres ou pour d'autres au sens de l'article 1251, 3°, du Code civil.

Le moyen, qui repose sur le soutènement contraire, manque en droit.

Par ces motifs,

La Cour

Casse l'arrêt attaqué en tant qu'il condamne la demanderesse au paiement de 499,83 euros en principal au titre de pécules de départ sur la rémunération de janvier et février 2003 et qu'il statue sur les dépens ;

Rejette le pourvoi pour le surplus ;

Ordonne que mention du présent arrêt sera faite en marge de l'arrêt partiellement cassé ;

Condamne la demanderesse aux trois quarts des dépens et en réserve le surplus pour qu'il soit statué sur celui-ci par le juge du fond ;

Renvoie la cause, ainsi limitée, devant la cour du travail de Mons.

Les dépens taxés à la somme de six cent soixante-neuf euros vingt-deux centimes envers la partie demanderesse et à la somme de quatre cent trente et un euros dix centimes envers la première partie défenderesse.

Ainsi jugé par la Cour de cassation, troisième chambre, à Bruxelles, où siégeaient le président Christian Storck, les conseillers Didier Batselé, Alain Simon, Mireille Delange et Sabine Geubel, et prononcé en audience publique du seize septembre deux mille treize par le président Christian Storck, en

présence de l'avocat général Jean Marie Genicot, avec l'assistance du greffier
Lutgarde Body.

L. Body

S. Geubel

M. Delange

A. Simon

D. Batselé

Chr. Storck