

Action civile de l'Auditeur – article 138 bis, §2 du Code judiciaire – Loi du 16 mars 1971, article 19, alinéas 2 et 5 – durée du travail – rémunération des déplacements des travailleurs entre le siège de l'entreprise et le chantier – Directive 2003/88/CE du 4 novembre 2003 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail – article 2, points 1 et 2 et article 15 de la Directive 2003/88/CE – éléments constitutifs de l'infraction – cause de justification erreur invincible – infraction instantanée – délit continué – point de départ du délai de prescription

COUR DU TRAVAIL DE LIEGE

Section de LIEGE

Audience publique du 15 janvier 2010

R.G. n°036261
R.G. T.T. Liège : n° 370.379

6^{ème} Chambre

EN CAUSE DE :

La S.A. I,

partie appelante,
comparaissant par Me Philippe Hallet et Me Sabine Cornélis, avocats membres de la société civile Matray, Matray et Hallet, dont le cabinet est établi 2, rue des Fories, 4020 Liège.

CONTRE :

1. Monsieur l'Auditeur du travail de Liège, dont les bureaux sont établis 85, rue Saint-Gilles, à Liège,

partie intimée,
représentée par Monsieur le Procureur général, comparaissant par Madame le Substitut général Corinne Lescart.

ET

2. **B. C.**,
partie intimée,

3. **B. P.**,
partie intimée,

4. **D. S.**,
partie intimée,

5. **D. D.**,
partie intimée,

6. **E. M.**,
partie intimée,

7. **F. G.**,
partie intimée,

8. **L. TH.**,
partie intimée,

9. **M. O.**,
partie intimée,

10. **P. M.**,
partie intimée,

11. **T. H.**, 5, partie intimée,

12. **W. P.**,
partie intimée,

13. **W. W.**,
partie intimée,

Parties intimées 2 à 13,
intervenantes volontaires comparaisant par Bruno Collins, avocat, dont le cabinet
est situé 11/021, Place Saint-Jacques à Liège.

MOTIVATION

L'arrêt est fondé sur les motifs suivants :

I. LA RECEVABILITE DE L'APPEL.

Il n'est pas fait état de ce que le jugement dont appel, prononcé le 22 janvier 2009, aurait été signifié, en sorte que l'appel formé par requête déposée le 26 mars 2009 par la **S.A. IMECO** a été introduit dans les formes et le délai légal et est recevable.

II. L'OBJET DE L'ACTION.

L'action civile introduite par l'Auditorat du travail de Liège sur la base de l'article 138 bis, §2, du Code judiciaire, poursuit la reconnaissance, par la juridiction du travail, de plusieurs infractions imputées par le représentant du ministère public à la **S.A. I.** sur la base des articles 9 et 11 de la loi du 12 avril 1965 concernant la protection de la rémunération des travailleurs.

Monsieur l'Auditeur du travail considère en effet qu'en rémunérant les temps de déplacement quotidien aller et retour des travailleurs, du siège de l'entreprise au premier chantier et du dernier chantier au siège de l'entreprise, sur la base d'une indemnisation forfaitaire prévue par deux conventions collectives de travail d'entreprise successivement conclues au sein de la **S.A. I.**, la société appelante est en infraction aux dispositions précitées de la loi du 12 avril 1965 du fait qu'elle n'a pas payé, à chacune des parties intervenantes volontaires, la rémunération due en vertu du contrat de travail et des barèmes sectoriels applicables.

III. LES FAITS.

Les faits à l'origine de l'action ont pour toile de fond un conflit collectif qui s'est produit au sein de cette entreprise au cours du premier semestre 2005, conflit dont les racines plongent, entre autres, dans les modifications que la **S.A. I.** a entendu, début 2004, apporter dans la rémunération des temps de déplacement des travailleurs occupés sur chantier.

La Cour retracera brièvement la chronologie de ce conflit en se limitant à en rappeler les éléments pertinents à l'appréciation du bien fondé de l'action civile dont elle est saisie.

Dans un souci de synthèse, des événements pouvant être ici considérés comme périphériques au litige dont la Cour est actuellement saisie ne seront que très brièvement évoqués ci-après, même si ceux-ci n'en sont pas moins bien réels – pour preuve les longs développements qui leur ont été consacrés dans les écrits de procédure et lors des plaidoiries des conseils respectifs des travailleurs et de l'employeur – et ont largement contribué à envenimer un conflit social qui s'est poursuivi durant une centaine de jours et a été très durement ressenti par ses protagonistes.

1. La **S.A. I.** est une société active dans le secteur des fabrications métalliques qui s'est spécialisée dans l'étude, la fabrication et le montage intégrés sur site d'équipements mécaniques.

Cette activité industrielle l'amène à développer des travaux en atelier et à entreprendre des interventions sur les différents sites d'exploitation de sa clientèle.

2. La question de la rémunération des temps de déplacement sur chantier des travailleurs auxquels sont confiés ces missions extérieures a connu au fil des années une évolution considérable au sein de l'entreprise, qui est passée d'un système de déplacements individuels des travailleurs effectués avec leur véhicule personnel de leur domicile au chantier à un système de transport collectif organisé avec des véhicules de l'entreprise à partir de son siège.

Ainsi, là où auparavant les travailleurs bénéficiaient pour ces déplacements à partir de leur domicile d'une indemnité kilométrique calquée sur celle des agents de l'Etat, un nouveau système va être progressivement mis en place qui consistera à imposer aux travailleurs de passer préalablement par le siège de l'entreprise pour y effectuer le déplacement sur chantier, aller et retour, dans une camionnette de l'entreprise.

3. Les modalités de ce nouveau système de mobilité firent l'objet de deux conventions collectives de travail conclues en date des 12 février 2004 et 30 juin 2005.

- 3.1. Les dispositions adoptées par la première de ces conventions collectives de travail peuvent être résumées comme suit :

- 3.1.1. Les membres du personnel appelés à se rendre sur chantier doivent se rassembler au siège de la société dans les 10 minutes qui précèdent le départ du véhicule de la société, fixé à une heure qui tient compte du temps nécessaire pour se rendre sur le chantier, lequel a fait l'objet, site par site, d'une évaluation consignée dans une annexe à la convention collective de travail.

Lors de leur arrivée au siège de l'entreprise, les travailleurs sont tenus de pointer leur présence à l'aide du « pistolet-laser » mis à leur disposition.

La convention collective de travail stipule, en son point A, 7^{ème} tiret, que « la prestation journalière débute et se termine sur le chantier en tenue de travail. »

Le temps de déplacement, qui n'est donc pas considéré comme temps de travail, est indemnisé sur la base d'un montant net de 7,50 € de l'heure et de 10 € pour les chauffeurs, compte tenu du temps de déplacement forfaitaire convenu pour les clients principaux.

- 3.1.2. Il est toutefois prévu qu'en cas de problème ponctuel et imprévisible sur la route (accident, crevaison, panne...), les temps de déplacement supplémentaires seront rémunérés comme des prestations.

Il ressort de l'instruction d'audience qu'en pratique, dans ce type de situations, le temps qui devait être normalement passé sur chantier était intégralement rémunéré comme temps de travail même si le travail n'avait pu être entrepris qu'avec retard en raison de l'un des événements mentionnés ci-dessus.

Enfin, les temps de déplacement entre chantiers sont normalement rémunérés comme temps de travail.

Le déplacement avec un véhicule privé n'est plus permis que moyennant l'autorisation spécifique de la maîtrise.

- 3.2. Ce système adopté par la convention collective de travail d'entreprise conclue entre la direction et la délégation du personnel fut remis en question par les travailleurs occupés sur chantier qui considèrent, d'une part, qu'il est contraire à la loi du 16 mars 1971 sur le travail et, d'autre part, qu'il a pour conséquence de créer une discrimination par rapport aux travailleurs de l'atelier dont le temps de travail est comptabilisé dès le premier pointage de la journée au siège de l'entreprise.
- 3.2.1. La délégation syndicale dénoncera, par lettre du 23 décembre 2004, les accords faisant l'objet de cette convention collective concernant les pointages et l'organisation des déplacements des ouvriers, qui avaient initialement été prévus pour une durée de deux ans, du 1^{er} janvier 2004 au 31 décembre 2005 (dossier des parties intervenantes volontaires, pièce 6).
- 3.2.2. Deux travailleurs, Messieurs D. et L., prirent l'initiative, en date des 19 janvier et 7 février 2005, de saisir l'Inspection des lois sociales d'une plainte concernant la rémunération du temps de travail consacré aux déplacements sur chantier (ce dossier, p. 9 et 10).
4. Le 10 mars 2005, débuta une grève suivie essentiellement par les travailleurs sur chantier.

Ce conflit collectif, qui perdurera pendant plus de trois mois, puise ses racines dans un ensemble de problèmes (entre autres, le licenciement de 4 travailleurs, le recours au chômage économique et au travail intérimaire, la rémunération des heures supplémentaires, et la question de la représentation de la FGTB au sein de l'entreprise), parmi lesquels figure celui qui vient d'être évoqué et qui faisait donc l'objet d'une enquête diligentée par l'Inspection des Lois sociales. Les travailleurs grévistes faisaient un préalable de leur revendication de réintégration des travailleurs licenciés et s'opposaient à l'employeur et au conciliateur social, Monsieur F., qui voulaient quant à eux intégrer dans l'accord de sortie de crise la problématique de la rémunération des temps de déplacement sur chantier.
5. C'est dans ce climat de grande tension que le 9 juin 2005, le conciliateur social annonça aux parties en conflit que le Contrôle des Lois sociales considérait que le temps de déplacement sur chantier ne devait pas être qualifié comme temps de travail, position qui a été confirmée lors d'une réunion du 10 juin 2005 à laquelle assistait l'administrateur-délégué de la **S.A. I.**, le

conciliateur social et Monsieur S., fonctionnaire dirigeant du Contrôle des Lois sociales (en contradiction sur ce point avec les instructions données le 8 juin par l'Auditorat : voir ci-dessous, point 6, 2^{ème} §).

6. Deux travailleurs avaient toutefois, dès le 8 juin 2005, saisi l'Auditorat du travail d'une plainte concernant la rémunération des temps de trajet sur chantier, pour s'opposer au classement sans suite du dossier par l'Inspection des lois sociales (plainte de Messieurs D. et B., dossier de l'Auditorat, pièce 1). Les autres travailleurs concernés leur emboîtèrent le pas le 15 juin et le 5 juillet 2005 (dossier de l'Auditorat, pièces 4 à 14). Il s'agit des actuelles parties intervenantes volontaires.

Suite au dépôt de ces plaintes, l'Auditeur du travail avait immédiatement saisi par fax l'Inspection sociale d'une enquête à effectuer d'urgence, en raison de la situation sociale de l'entreprise, en collaboration avec le Contrôle des Lois sociales (dossier de l'Auditorat, pièce 2). Par cette apostille du 8 juin 2005, l'Inspection sociale avait été expressément invitée à ne plus prendre aucune initiative administrative, vu le tour judiciaire que prenait le dossier.

7. Suite à cette initiative des travailleurs, l'accord relatif à la réinsertion et l'indemnisation de 2 des 4 travailleurs licenciés fut dénoncé par l'employeur.

Le travail reprit le 13 juin.

8. Une nouvelle convention collective de travail d'entreprise fut conclue le 30 juin 2005 avec la délégation syndicale.

Elle confirma dans leurs grandes lignes les principes arrêtés dans la convention d'entreprise du 12 février 2004 qui avait été dénoncée, en excluant du temps de travail celui consacré aux déplacements sur chantier au départ du siège de l'entreprise.

Les seules modifications apportées à la convention antérieure ont trait aux modalités d'indemnisation forfaitaire des temps de trajet.

Celle-ci est dorénavant supprimée pour les chantiers situés à une distance inférieure à 30 km du siège de l'entreprise.

Ceci concerne, au vu de la liste des clients pour lesquels il a été procédé à une évaluation forfaitaire des temps de déplacement, près de 60 % des trajets pour se rendre sur chantier (22 sites sur 38 répertoriés sont situés à moins de 30 km du siège de l'entreprise).

Elle est fixée à 5 € brut pour les distances de 30 à 50 km (4 sites) et à 10 € brut pour les distances supérieures à 50 km (12 sites).

9. L'enquête diligentée par l'Auditorat suivit son cours.

Le 30 juin 2005, l'Auditeur du travail adressait un rappel à l'Inspection sociale, l'invitant à recueillir un maximum d'éléments de fait de nature à permettre de déterminer si les sommes octroyées aux travailleurs notamment au titre de frais de déplacement étaient

correctement assujetties à la sécurité sociale (dossier de l'Auditorat, pièce 15).

Il fut procédé, le 18 juillet 2005, à l'audition du Directeur des services extérieurs de la **S.A. I.**, Monsieur Philippe A., qui décrit en ces termes le système mis en place au sein de l'entreprise, confirmant les déclarations de l'administrateur-délégué, Monsieur M., lors de son audition du 13 mai 2005 :

« Le travail des gens commence chez le client en tenue de travail ; les travailleurs changent de tenue de travail au siège de I.

Au niveau du pointage des travailleurs, les travailleurs sont informés la veille par un affichage aux valves situées près des vestiaires de leur occupation du lendemain (travail, avec indication de l'heure de pause de travail, de leurs collègues pour ce travail, de la camionnette à emprunter, numéro de commande qui leur permettra de prendre un dossier leur permettant de pointer leur présence le lendemain).

En fonction de cette information, les travailleurs savent, en fonction du temps de déplacement à effectuer, à quelle heure ils doivent se présenter au siège de la société (par exemple : 7h30-16 heures chez le client. Si le chantier est situé à Charleroi, le temps de déplacement est fixé en fonction du site à 1h15. Par conséquent le personnel doit quitter la société I. à 6h15 pour arriver à 7h30 chez le client et il est forcé de retour à 17h15).

La veille a lieu également la préparation éventuelle pour le chantier du lendemain (outillage, préparation de la camionnette, etc.) ; cela se fait à la demande de l'employeur avec l'accord du personnel qui est libre de refuser et je précise que cette préparation est payée en salaire horaire.

Le personnel se présente le lendemain matin : ils ont un dossier comprenant toutes les informations techniques, sécurité... tout dépend du type de chantier et elle contient la gamme de pointage pour cette commande ; I. a un système permettant la gestion et le suivi informatique des commandes : le personnel arrive le matin, il se change, il scanne le code-barre avec le pistolet laser et à ce moment-là, la machine enregistre l'heure de présence de la personne.

Je précise qu'avant cela le personnel doit scanner avec le même pistolet son badge personnel puis le code-barre de la commande.

Cela permet de contrôler les présences. La machine sait d'office (le codes-barres contient les indications du lieu de travail) quel est le temps de déplacement. (...).

Les changements intervenus dans les déplacements ont pour raisons principales :

- 1) La difficulté du secteur sidérurgique dans la région liégeoise.
- 2) L'aspect organisation : organisation au niveau sécurité, au niveau technique (meilleure préparation de l'outillage pour chantier) et aussi de manière générale la vie de société (...)
- 3) L'aspect contrôle du personnel (savoir si les travailleurs sont là le matin);
- 4) Le fait que le service extérieur passé sous ma responsabilité perdait énormément d'argent (de l'ordre de 150.000 €). »

10. Un rappel urgent fut adressé à l'Inspection sociale par apostille de l'Auditeur du travail datée du 4 octobre 2005.

Le rapport sur enquête fut rentré par l'inspection sociale et le contrôle des lois sociales le 29 novembre 2005.

L'inspecteur social y relate le contenu des auditions de trois travailleurs le 7 juin 2005 et de celle de l'administrateur-délégué de la **S.A. I.**, Monsieur M., effectuée le 13 mai 2005.

L'on peut en extraire ce qui suit en ce qui concerne la problématique de la rémunération des temps de trajet sur chantier :

« Suite à ce rapport et à l'analyse de la convention d'entreprise par Monsieur S., Monsieur S. m'a précisé qu'il entrait en contact avec le conciliateur et l'employeur afin de prévoir un rendez-vous dans les plus brefs délais. Le 10 juin 2005, une réunion a eu lieu où étaient présents l'employeur, le conciliateur, moi-même et Monsieur S. Monsieur S. a donné la position de notre administration concernant le projet de la nouvelle convention.

Il ressort de cette position prise par notre administration qu'il n'y a pas lieu de considérer les déplacements entre le siège social et les chantiers comme du temps de travail. En l'absence de cadre légal prévu au sein du secteur des fabrications métalliques, les parties peuvent librement convenir de modalités particulières pour les déplacements et les remboursements afférents à ceux-ci.

Cette interprétation donnée pour le projet de convention a une répercussion sur le contenu de la convention entrée en vigueur en date du 1^{er} janvier 2004. Celle-ci prévoyait un système équivalent. Il n'y a donc pas lieu de régulariser les heures destinées en déplacement depuis le mois de janvier 2004 en temps de travail.

Cela répond à la plainte des travailleurs sur ce point. Et il n'y a pas d'heures supplémentaires qui n'auraient pas été déclarées. »

Les éléments qui viennent d'être synthétisés ci-dessus constituent la base de l'action civile dont l'Auditorat du travail saisira le Tribunal du travail de Liège par requête du 12 octobre 2007, sur pied de l'article 138 bis, §2, du Code judiciaire introduit par la loi du 3 décembre 2006 portant réforme du droit pénal social.

IV. LE JUGEMENT.

1. Le jugement dont appel a fait droit à l'action collective intentée par l'Auditorat du travail en vue de la reconnaissance des infractions commises par la **S.A. I.**, action que le ministère public a fondée sur une violation des articles 9, 11 et 42 de la loi du 12 avril 1965 concernant la protection de la rémunération des travailleurs.

Les premiers juges ont adopté la thèse développée par l'Auditorat, selon laquelle l'absence de prise en considération des temps de trajet sur chantier comme temps de travail était contraire à l'article 19, alinéa 2, de la loi du 16 mars 1971 sur le travail, interprétée dans un sens conforme aux directives européennes 93/104/CE du 23 novembre 1993 et 2003/88/CE du 4 novembre 2003 concernant certains aspect de l'aménagement du temps de travail. Ils ont par ailleurs écarté la cause de justification invoquée par l'employeur sur la base de l'erreur invincible.

2. Le jugement dont appel a en conséquence déclaré fondée l'action des travailleurs, parties intervenantes volontaires à la cause, et condamné la **S.A. I.**, dans le cadre de la réouverture des débats qu'il a ordonnée, à :

- identifier pour chaque travailleur l'ensemble des déplacements qui ont été effectués pendant la période considérée, soit à partir du 1^{er} janvier 2004 et le temps qui leur a été consacré ;
- multiplier ce temps par le taux horaire de base « promérité » par chaque travailleur à l'époque ;
- retrancher les cotisations sociales et le précompte professionnel;
- retrancher du montant qui reviendra aux travailleurs l'indemnisation forfaitaire nette qu'ils ont reçue.

La société défenderesse a également été condamnée, sur la base de l'article 5 de la loi du 3 décembre 2006 contenant diverses dispositions en matière de droit pénal social, à notifier le jugement dans le mois du prononcé à l'ensemble des travailleurs préjudiciés.

V. L'OBJET DE L'APPEL.

La **S.A. I.** demande à la Cour de réformer ce jugement en déclarant l'action de l'Auditorat non fondée et en déboutant les parties intervenantes de l'ensemble de leurs prétentions, avec condamnation aux dépens.

En synthèse, le conseil de l'appelante considère, à titre principal, que la démonstration des éléments constitutifs des infractions mises à sa charge n'est pas apportée par l'Auditorat, qui en supporte la charge de la preuve.

A titre subsidiaire, à supposer que la Cour admît que les temps de trajet vers les chantiers devraient être considérés comme du temps de travail au sens de la législation interne et de la réglementation européenne et reconnût en conséquence l'existence de l'infraction, le conseil de la **S.A. I.** soutient que celle-ci peut se prévaloir d'une cause de justification tirée de l'erreur invincible dans laquelle l'a plongée l'avis favorable émis par l'Inspection des lois sociales.

Il rappelle à ce sujet les règles de la charge de la preuve d'une infraction consacrées par la doctrine et la jurisprudence, selon lesquelles, en matière civile, c'est à la partie qui a introduit une demande fondée sur une infraction qu'il incombe de prouver la réunion de ses éléments constitutifs, son imputabilité à la partie adverse et, si cette dernière invoque une cause de justification sans que son allégation soit dépourvue de tout élément de nature à lui donner crédit, que cette cause de justification n'existe pas.

Il fait grief aux premiers juges de s'être bornés à constater sur ce point que la **S.A. I.** ne démontrait pas l'existence de l'erreur invincible qu'elle invoque.

VI. LE FONDEMENT DE L'APPEL.

La Cour débutera son examen du fondement de l'appel par un bref aperçu des règles applicables à l'action civile de l'Auditorat,

récemment introduite dans notre droit positif par la loi du 3 décembre 2006, ainsi que leur portée et leur incidence en ce qui concerne la charge de la preuve (ci-après, **point A**).

Elle abordera ensuite la question centrale du litige qui a trait à la notion de durée du travail tant dans ses aspects de droit interne que de droit communautaire afin de vérifier si la preuve est faite de la réunion des éléments constitutifs de l'infraction dont le ministère public poursuit la reconnaissance (infra, **point B**).

Enfin, dans un troisième temps, elle examinera si la société appelante peut se prévaloir de la cause de justification qu'elle allègue (infra, **point C**).

A.	LES REGLES APPLICABLES A L'ACTION CIVILE DE L'AUDITEUR DU TRAVAIL.
-----------	---

1. Les dispositions légales applicables.

1. 1. La loi du 3 décembre 2006 modifiant diverses dispositions légales en matière de droit pénal social (M.b. du 18 décembre 2006) a introduit la disposition suivante dans l'article 138 bis, §2, du code judiciaire :

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

(...)

« L'action visée à l'alinéa 1^{er} ne peut plus être exercée si l'action publique a été intentée ou si, conformément à l'article 7, § 4, alinéa 2, de la loi du 30 juin 1971 relative aux amendes administratives applicables en cas d'infraction à certaines lois sociales, la notification du montant de l'amende administrative a eu lieu. »

1. 2. L'article 5 de cette loi du 3 décembre 2006 dispose ce qui suit :

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

Le contrôle de l'exécution de cette obligation sera fait par les services d'inspection compétents pour le contrôle sur la législation à l'égard de laquelle l'infraction a été constatée.

Les fonctionnaires exercent ce contrôle conformément aux dispositions de la loi du 16 novembre 1972 concernant l'inspection du travail. »

L'article 6 de cette loi assortit cette obligation de notification du jugement d'une sanction pénale.

2. Leur portée.

2. 1. Dans leur commentaire de cette réforme du droit pénal social, F. L. et M. P. («La réforme du droit pénal social-les deux lois du 3 décembre 2006»,

J.T.T., 2007, 181 à 185) soulignent l'apport fondamental de ce quatrième mode de répression désormais à la disposition de l'auditeur du travail, dont il souligne qu'il est exclusif du recours aux autres modes de poursuite des infractions du droit pénal social que sont les poursuites pénales devant la juridiction répressive, la transaction pénale organisée par l'article 216 bis du code d'instruction criminelle et le classement sans suite pénale assorti du renvoi du dossier au service des amendes administratives.

2. 2. Ils en définissent la portée en ces termes :

« L'auditorat dispose d'un droit d'action civile, collective et déclaratoire.

Dès lors que son intervention concerne, fondamentalement, l'action civile (indemnitaires au bénéfice des travailleurs lésés) naissant d'un délit, le délai pour agir sera celui afférent à ce type d'action, avec toutes les caractéristiques qui y sont inhérentes (date de prise de cours du délai selon qu'il s'agit d'une infraction instantanée, continuée ou continue ; nécessité de donner expressément un fondement quasi délictuel à l'action collective du ministère public, etc.).

2. 3. Ils observent ensuite que « l'action de l'auditorat tend à entendre dire pour droit qu'un employeur déterminé a, à une date (ou pendant une période) déterminée, méconnu telle ou telle disposition légale assortie de sanction pénale. »

Il s'agit d'une action civile en sorte que « les règles de la procédure civile prévue par le Code judiciaire seront applicables tant en ce qui concerne l'introduction de l'action qu'en ce qui concerne la mise en état de la cause, l'ensemble des règles de procédure étant régi par le Code judiciaire avec la particularité que l'auditeur du travail est la partie demanderesse » (Exposé des motifs, Doc. Parl. Ch. repr., 15 février 2005, sess.ord. 2004-2005, n° 1610/001).

3. **Les règles régissant la charge de la preuve de l'infraction.**

3.1. C'est à juste titre que le conseil de la société appelante souligne que la charge de la preuve repose intégralement sur les épaules de la partie poursuivante, soit en l'espèce, l'Auditeur du travail, de même que sur les travailleurs, parties intervenantes volontaires, qui entendent obtenir la reconnaissance de leur créance sociale fondée sur la constatation de l'infraction.

Il incombe par conséquent à l'Auditeur du travail d'établir non seulement chacun des éléments constitutifs des infractions retenues sur pied des articles 9, 11 et 42 de la loi du 12 avril 1965 concernant la protection de la rémunération des travailleurs, mais encore l'inexistence de la cause de justification alléguée par l'appelante.

3.2. Doctrine et jurisprudence sont à cet égard unanimes.

3.2.1. Dans leur traité de droit de la procédure pénale, H.-D. Bosly et D. Vandermeersch (« Droit de la procédure pénale », La Chartre, 2001, 914) écrivent ce qui suit à cet égard :

« La partie poursuivante joue un rôle essentiel dans la manifestation de la vérité. Elle doit supporter la charge de la preuve. C'est une conséquence logique de la présomption d'innocence.

En matière pénale, il n'y a pas de répartition de la charge de la preuve entre les parties au procès. Elle incombe entièrement à la partie poursuivante (ministère public et/ou partie civile) ; la preuve porte sur l'existence de tous les éléments constitutifs de l'infraction (éléments matériel et moral).

La juridiction qui fonde la condamnation du prévenu sur ce que celui-ci n'apporte pas la preuve de l'inexactitude d'un élément de la prévention, renverse la charge de la preuve et méconnaît les principes relatifs à la charge de la preuve en matière répressive (Cass., 9 octobre 1990, Pas., 1991, I, 139).

Ainsi, lorsque le prévenu allègue un ou des faits qui excluent un élément constitutif de l'infraction qui lui est reprochée, il ne peut être condamné pour le motif qu'il ne prouve pas le ou les faits allégués (Cass., 17 février 1988, JLMB, 1988, 731).

De même, lorsque le prévenu invoque une cause de justification et que son allégation n'est pas dépourvue de tout élément de nature à lui donner crédit, il incombe à la partie poursuivante (ministère public ou partie civile) d'en prouver l'inexactitude (Cass., 14 décembre 2001, Pas., 2001, I, 2129, cité par le conseil de l'appelante dans ses conclusions d'appel, en page 15).

3.2.2. Cette règle de la charge de la preuve en matière pénale s'applique indépendamment de la juridiction saisie de l'action, dès lors que les règles relatives à l'administration de la preuve ne sont pas déterminées par la juridiction saisie mais par la nature du litige (conclusions du ministère public précédent l'arrêt de cassation, précité, du 14 décembre 2001, commenté par F.Kefer et D.Frère, « Existe-t-il un embryon de «class action» en droit social : l'article 138 bis, § 2, du Code judiciaire ? », Actes du colloque de Louvain-la-Neuve, 7 décembre 2007).

3.3. Le non-paiement de la rémunération due à un travailleur est une infraction qui ne requiert toutefois la démonstration d'aucun élément moral spécifique, le seul fait de la transgression de la prescription légale visée aux articles 9, 11 et 42 de la loi du 12 avril 1965 concernant la protection de la rémunération des travailleurs suffisant à constituer l'infraction, et ce, abstraction faite de l'intention de son auteur ou de sa bonne foi (C.T. Liège, 23 janvier 1991, J.T.T., 1991, 354). Il a été jugé que « la transgression matérielle d'une disposition légale ou réglementaire constitue en soi une faute qui entraîne la responsabilité pénale et civile de l'auteur, à condition que cette transgression soit commise librement et consciemment. » (Cass., 3 octobre 1994, J.T.T., 1995, 26, ladite condition renvoyant à l'examen de la cause de justification, qui, comme déjà dit, sera développé infra, point C).

Il s'agit donc, en l'espèce, d'examiner tout d'abord si l'Auditeur du travail et/ou les parties intervenantes volontaires apportent la preuve de ce que le temps consacré aux trajets effectués depuis le siège de l'entreprise pour se rendre sur le chantier et en revenir doit ou non être considéré comme un temps de travail au sens de l'article 19, alinéas 2 et 5, de la loi du 16 mars 1971 sur le travail.

B. LES ELEMENTS CONSTITUTIFS DE L'INFRACTION.
--

La notion de durée du travail correspond à un principe dont l'énoncé, consacré en droit interne et en droit communautaire, tient en une ligne : travailler, c'est être à la disposition de l'employeur.

Son application aux multiples formes de travail diversifiées par l'évolution technologique donne lieu à une abondante doctrine et jurisprudence, dans laquelle interfèrent les concepts de droit européen et les règles du droit interne, dont le conseil de l'appelante observe à juste titre qu'elles doivent être interprétées dans un sens conforme au droit communautaire supranational.

L'action dont la juridiction du travail est saisie par l'Auditorat se fonde sur le droit interne, interprété à la lumière des dispositions communautaires inscrites dans la directive 93/104/CE du Conseil du 23 novembre 1993 et dans celle qui lui a succédé : la directive 2003/88 du 4 novembre 2003 du Parlement et du Conseil concernant certains aménagements du temps de travail.

Elle s'appuie sur la jurisprudence des juridictions du travail ainsi que sur celle développée par la Cour de justice des Communautés européennes à propos de la problématique dite des « gardes dormantes », référence que la société appelante considère, pour des motifs qui seront examinés infra, comme inadéquate en l'espèce.

La Cour rappellera tout d'abord les textes légaux applicables en droit interne et en droit communautaire et leur interprétation par la jurisprudence (ci-après, **points 1 et 2**) pour en dégager ensuite les enseignements applicables en l'espèce (infra, **point 3**).

1. Les dispositions légales applicables en droit interne.

1.1. La loi du 16 mars 1971 sur le travail.

1.1.1. L'article 19, alinéa 2, de la loi du 16 mars 1971 dispose ce qui suit :

« On entend par durée du travail le temps pendant lequel le personnel est à la disposition de l'employeur. »

1.1.2. L'article 19, alinéa 3, de ladite loi a donné au Roi le pouvoir de déterminer la portée de la définition légale pour certaines entreprises ou travaux limitativement énumérés par la loi :

« A la demande de la commission paritaire compétente, le Roi peut déterminer le temps pendant lequel le personnel est à la disposition de l'employeur, en ce qui concerne :

- 1°) les entreprises de transport ;
- 2°) les travailleurs occupés à des travaux de transport ;
- 3°) les travailleurs occupés à des travaux essentiellement intermittents. »

- 1.1.3.** Il doit être d'emblée constaté que la **S.A. I.** ne rentre, ni par son objet social, ni par la nature des travaux exécutés par son personnel, dans l'une des trois catégories légales visées ci-dessus.

Elle n'exploite en effet pas une entreprise du secteur des transports et son activité ne correspond par ailleurs aucunement à la définition des travaux considérés comme essentiellement intermittents, laquelle est inscrite à l'arrêté royal du 22 mai 1967, dont l'article 1^{er} dispose qu'il s'applique « aux employeurs et ouvriers dont l'activité consiste dans l'organisation de la garde et de la surveillance des lieux de travail pendant les périodes d'arrêt de travail ou d'autres lieux pendant les périodes au cours desquelles ils sont normalement déserts. »

- 1.1.4.** Il s'ensuit que ni le Roi, ni une convention collective de travail conclue au sein d'une commission paritaire, et moins encore une convention collective de travail d'entreprise ne sont habilités à définir ce qu'il faut entendre par la durée du travail dans une entreprise ou un secteur d'activité non visés par l'article 19, alinéa 3, de la loi du 16 mars 1971.

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

On reviendra infra sur ce point fondamental, à l'occasion de l'examen des conséquences du caractère d'ordre public de cette législation (voir page 16, le **point 1.2.1.** et page 22, in fine du **point 2.2.2.2.**)

- 1.1.5.** L'article 19, alinéa 5, de la loi du 16 mars 1971 précise encore ce qui suit :

« La durée du travail des travailleurs occupés dans les mines, minières et carrières comprend le temps normalement nécessaire pour descendre ou monter au lieu de travail et pour en remonter ou en redescendre. »

Les parties divergent sur la portée qu'il convient de donner à cette dernière disposition : illustration d'un principe général, selon Madame le **Substitut général** ou, à l'inverse, indication supplémentaire, selon la société défenderesse à l'action, de ce que le temps de trajet pour se rendre sur le lieu du travail ne doit, sauf dans les mines, minières et carrières, pas être compris dans le temps de travail.

- 1.1.5.1.** Cette seconde thèse est contredite par la jurisprudence de la Cour de cassation qui, dans un arrêt consacré à cette disposition légale dont on trouve l'origine dans l'histoire du droit social (Cass., 22 mars 1971, I, 73, arrêt auquel se réfère un arrêt du 14 septembre 1983 de la Cour du travail de Liège, J.T.T., 1985, 136), paraît au contraire avoir privilégié la thèse aujourd'hui soutenue par le représentant du ministère public.

1.1.5.2. Les faits dont la Cour du travail de Liège avait eu à connaître en 1983 avaient trait à la validité d'une clause du règlement de travail d'une société de charbonnage qui faisait obligation aux ouvriers mineurs d'être présents sur le carreau de la mine, à proximité du puits et munis de leurs outils et lampes, dix minutes avant l'heure fixée pour leur descente, ladite clause stipulant (par référence à l'article 4, alinéa 5, de la loi du 15 juillet 1964 dont l'actuel article 19, alinéa 5, de la loi du 16 mars 1971 est l'exacte reproduction) que « la journée de travail commence à l'entrée dans la cage à la surface et se termine à la sortie de la cage à la surface. »

Le conflit portait donc sur la rémunération de ces 10 minutes quotidiennes, que l'employeur considérait comme n'étant pas du temps de travail à l'occasion d'un litige qui présentait, mutatis mutandis et toutes proportions gardées, une certaine analogie avec les faits dont la Cour est aujourd'hui saisie.

L'arrêt du 14 septembre 1983 de la Cour du travail va balayer cette argumentation de l'employeur, d'une part en se fondant sur les travaux préparatoires de la loi du 15 juillet 1964, et, d'autre part, en invoquant l'enseignement de l'arrêt précité de la Cour de cassation.

Il n'est ni anachronique ni inutile de citer ici ces travaux préparatoires dans la mesure où, comme on le verra infra, la définition qu'ils donnent de la notion de temps de travail correspond à celle que reprendront la loi du 16 mars 1971, qui assurera la coordination et l'harmonisation des lois antérieures en la matière, et, 20 ans plus tard, la première des directives européennes applicables au présent litige.

La loi du 14 juin 1921, que celle du 15 juillet 1964 est venue modifier, définissait auparavant la durée du travail par référence au « travail effectif », étant le critère que la **S.A. I.** entend aujourd'hui appliquer au temps de trajet du siège aux chantiers.

Cette notion a été remplacée, dans la loi du 15 juillet 1964, par la définition encore actuellement en vigueur du « temps pendant lequel le travailleur est à la disposition de l'employeur » :

« Le travailleur est considéré comme effectuant un travail lorsqu'il est aux ordres de l'employeur, c'est-à-dire lorsqu'il met son activité à la disposition de ce dernier. Est donc exclu du temps de travail le temps de présence dont le travailleur peut disposer librement sans avoir à attendre un appel imprévu dont la possibilité continue le maintiendrait sans interruption à la disposition de l'employeur ou sans avoir à exercer une besogne accessoire (par exemple : surveillance). » (Doc. Parl., Sénat, 1963-64, n° 287, 19).

Dans son arrêt précité du 14 septembre 1983, la Cour du travail de Liège avait souligné que « la Cour de cassation a jugé que *les prescriptions particulières* des articles 4, alinéa 5, de la loi du 15 juillet 1964 et 6, 1°, alinéa 3, de la loi du 8 avril 1965 *ne dérogent pas au principe général* énoncé par l'article 4, alinéa 2 de la loi du 15 juillet 1964 (c'est-à-dire l'actuel article 19, alinéa 2, de la loi du 16 mars 1971). [Les passages mis en exergue en italiques le sont par la Cour].

- 1.1.5.3. Se référant à la définition légale de la durée du travail, l'arrêt du 22 mars 1971 de la Cour de cassation a effectivement jugé « qu'ayant souverainement conclu que le défendeur se trouvait à la disposition de son employeur durant les 10 minutes qui précédaient la descente de la cage, la sentence (entreprise par le pourvoi) a décidé légalement que la durée du travail du défendeur comprenait ce temps de 10 minutes. »

Ce rappel historique peut dès lors être clos, non sans avoir constaté qu'au sens de la jurisprudence de la Cour de cassation, la règle inscrite à l'article 19, alinéa 5, de la loi du 16 mars 1971, constitue bien une illustration du principe général consacré par son article 19, alinéa 2.

Il convient à présent de cerner la portée qui a été donnée, en doctrine et en jurisprudence, de la notion légale de temps de travail dans son application aux formes actuelles d'organisation du travail.

1.2. Son interprétation par la doctrine et la jurisprudence.

- 1.2.1. Le caractère d'ordre public de la loi du 16 mars 1971, qui découle notamment du fait que la violation de nombre de ses dispositions est sanctionnée pénalement, mais plus essentiellement encore du fait qu'elle énonce des règles qui touchent aux fondements juridiques de l'ordre économique et social de notre société, a pour conséquence que « les employeurs et les travailleurs ne peuvent donc décider, en concluant un accord individuel ou collectif, de déroger à ces normes légales, si ce n'est dans les cas où la loi elle-même les y autorise expressément. » (M. Davagle, «Travailler : être à la disposition de l'employeur», Orientations, 2000, n°1, p. 1).

Le même auteur en déduit que « les conventions collectives sectorielles ou d'entreprise, et *a fortiori* les conventions individuelles, qui déterminent le temps de travail sont illicites. » (M. Davagle, op. cit., p. 12, faisant référence à l'étude collective de M. Jamouille, E. Geerkens, G. Foxhal, F. Kefer et S. Bredael, intitulée « Le temps de travail. Transformation du droit des relations collectives du travail », Bruxelles, Crisp, 1997, 151).

Cette position doctrinale trouve sa confirmation dans la jurisprudence de la Cour du travail de Liège (C.T.Liège, 25 février 2004, JLMB, 2005/8, 345 à 351, arrêt prononcé dans une cause relative à la problématique des « gardes dites dormantes » dans le secteur des maisons de repos, mais dont l'enseignement a une portée qui ne se limite pas à ce secteur) :

« La disposition de l'article 19, alinéa 2, de la loi du 16 mars 1971 impose de considérer comme temps de travail le temps pendant lequel le travailleur est à la disposition de l'employeur, sans qu'il soit permis de distinguer selon que des prestations sont effectivement accomplies ou non ; selon la disposition du même article 19, *seul un arrêté royal pouvait déterminer de façon particulière et pour certaines branches d'activité seulement en quoi consistait le temps pendant lequel le travailleur était à la disposition de l'employeur.* En conséquence, il ne devait pas être permis aux parties de déterminer dans un contrat en quoi consistait le temps où le travailleur était à la disposition de l'employeur. »

1.2.2. La jurisprudence des juridictions du travail a dessiné les contours de la définition du temps pendant lequel le travailleur est à la disposition de l'employeur, indépendamment du temps de présence effectif des membres du personnel sur les lieux de travail et de l'exécution matérielle de prestations de travail.

Quelques exemples extraits de la jurisprudence citée par les parties livrent une illustration de ce que la notion de temps de travail est tantôt plus restreinte (ci-après, **point 1.2.2.1.**), tantôt plus large (infra, **point 1.2.2.2.**) que celle décrite par un observateur qui se bornerait à s'attacher à l'effectivité de la présence et de l'exécution d'un travail dans les locaux de l'entreprise.

1.2.2.1. Le temps de pause des travailleurs passé dans la cantine d'une maison de retraite ne sera pas considéré comme étant du temps de travail, s'il n'est pas établi que tous les travailleurs présents dans l'entreprise étaient tenus par l'employeur de prendre leur pause de midi au même moment, en sorte qu'ils étaient susceptibles de devoir répondre à tout instant, pendant ce temps de pause, à l'appel de l'un ou l'autre résident (C.T. Liège, 10 octobre 2008, J.T.T., 2009, 46).

Bien que des contingences pratiques puissent souvent contraindre ces travailleurs de passer leur temps de repas dans les locaux de l'entreprise, celui-ci ne sera pas considéré comme temps de travail s'il n'est pas démontré qu'ils restent à la disposition de l'employeur.

1.2.2.2. En ce qui concerne plus précisément les temps de déplacement qui sont au centre des débats dans le présent litige, la jurisprudence distingue entre les trajets du domicile au travail qui ne sont, en principe, pas compris dans le temps de travail, puisque, durant cette période, le travailleur n'est, sauf exception (cfr l'exemple cité in fine de cette page), pas encore à la disposition de l'employeur et ceux effectués à la demande de celui-ci qui sont, en règle, considérés comme temps de travail (M.De Gols, « Arrêté royal n°255. Durée du travail, heures supplémentaires et repos compensatoires: commentaires », Orientations, 1985, 37).

Ainsi en va-t-il de l'ouvrier en bâtiment qui se rend sur un chantier (M. Davagle, op. cit., p. 8).

L'exemple le plus marquant de cette définition extensive de la notion de temps de travail appliquée à des déplacements en dehors du siège de l'entreprise peut être trouvé dans un arrêt du 17 juin 1988 de la Cour du travail de Liège (J.T.T., 1988, 414), qui a qualifié de temps de travail celui passé dans un bateau par un travailleur chargé par son employeur de transporter des marchandises en Ecosse, après avoir constaté que « l'intéressé restait à la disposition de son employeur pendant tout le parcours, tant sur la route qu'en mer, dès lors que des instructions pouvaient lui être données, fût-ce par télégramme ou par radio. »

Il a de même été jugé que « le déplacement que doit effectuer un employé technique, depuis son domicile jusque chez le client, est du temps de travail dans la mesure où, dès son départ de chez lui, il est à la disposition de son employeur, sur l'ordre duquel il se déplace. » (C.T. Bruxelles, 22 novembre 1996, Chr.Dr.soc., 1999, 18).

1.2.3. Le fil conducteur permettant de déterminer, dans l'infinie variété des modes d'organisation du travail et de mobilité des travailleurs, ce qui constitue du temps de travail au sens de la loi du 16 mars 1971 et ce qui n'en relève pas n'est autre que le seul critère visé par son article 19, alinéa 2, c'est-à-dire « le temps pendant lequel le personnel est à la disposition de l'employeur », soit, comme le précise la jurisprudence de la Cour du travail de Liège, « le temps pendant lequel il doit répondre à toute sollicitation de celui-ci » (C.T. Liège, 25 février 2004, JLMB, 2005/8, 345 à 351), ou « peut s'attendre à devoir donner suite à des appels prévisibles ou imprévisibles » (C.T. Gand, 28 juin 1979, J.T.T., 1981, 110).

1.2.4. Il convient à présent d'examiner si cette définition du temps de travail très largement et communément admise en droit du travail belge est remise en question par la réglementation européenne consacrée par les directives 93/104 et 2003/88 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail.

2. La réglementation européenne – son incidence en droit interne.

2.1. Les directives sur l'aménagement du temps de travail.

Ces directives européennes ont été adoptées dans la poursuite d'un objectif de promotion de la santé et de la sécurité des travailleurs, comme le proclame le préambule de chacune d'entre elles.

La définition du temps de travail inscrite à l'article 2 de la directive 93/104 du 23 novembre 1993 a été intégralement reprise par celle adoptée 10 ans plus tard, le 4 novembre 2003, par l'article 2 la directive 2003/88 disposant que :

« Aux fins de la présente directive, on entend par :

1. « temps de travail » : toute période pendant laquelle le travailleur est au travail, à la disposition de l'employeur et dans l'exercice de ses activités ou de ses fonctions, conformément aux législations et/ou pratiques nationales.
2. « période de repos » : toute période qui n'est pas du temps de travail. »

L'article 15 de la directive précitée énonce, sous le titre «dispositions plus favorables» ce qui suit :

« La présente directive ne porte pas atteinte à la faculté des Etats membres d'appliquer ou d'introduire des dispositions législatives, réglementaires ou administratives plus favorables à la protection de la sécurité et de la santé des travailleurs ou de favoriser ou de permettre l'application des conventions collectives ou d'accords conclus entre partenaires sociaux plus favorables à la protection de la sécurité et de la santé des travailleurs. »

La CJCE a été amenée à préciser dans plusieurs de ses arrêts (arrêt Simap du 3 octobre 2000, C-303/98 ; arrêt Jaeger du 9 septembre 2003, C-151-02 ; arrêt Dellas du 1^{er} décembre 2005, C-14/04 ; ordonnance Vorel du 11 janvier 2007, C-437-05, tous consultables sur le site de la CJCE) les contours de la notion communautaire de temps de travail au travers d'une série d'affaires relatives à la problématique spécifique des gardes dormantes du personnel hospitalier.

2.2. La portée de la définition communautaire du temps de travail.

Il convient de rappeler ci-après les enseignements essentiels de la jurisprudence que la CJCE a construite dans ses arrêts Simap, Jaeger et Dellas, précités, tout en soulignant ce qui, sur le plan factuel, distingue effectivement la situation de travailleurs durant leur temps de déplacement sur chantier dans un véhicule de l'employeur de celle des prestations de garde de membres du personnel d'un service hospitalier (ci-après, **point 2.2.1.**).

Par ailleurs, l'objectif de promotion de la santé et de la sécurité des travailleurs poursuivi par les directives européennes précitées a pour conséquence que la question de la définition du temps de travail au sens du droit communautaire doit, comme le souligne le conseil de la partie appelante, être distinguée de celle de la rémunération de ces temps de travail, en fonction des enseignements qui peuvent être tirés de l'arrêt Dellas et de l'ordonnance Vorel, précités (*infra*, **point 2.2.2.**).

2.2.1. Temps de temps de travail au sens de l'article 2 de la directive.

2.2.2.1. C'est dans l'arrêt Jaeger (J.T.T. 2004, 428) que la Cour européenne de Justice a été amenée à synthétiser comme suit sa position sur la notion de temps de travail au sens de l'article 2 de la directive 93/104 alors en vigueur :

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

Il ressort donc de ces arrêts que la Cour considère que les trois éléments constitutifs du temps de travail au sens de la directive (« être au travail », « à la disposition de l'employeur » et « dans l'exercice de ses fonctions ») étaient réunis malgré l'absence de prestation effective d'un travail, pour autant que ces médecins soient tenus de pouvoir immédiatement fournir leurs services si nécessaire.

2.2.2.2. Faisant application de cette jurisprudence, la Cour du travail de Liège a, dans un litige relatif aux périodes de garde, défini comme suit ce qu'il fallait considérer comme temps de travail :

« Le travailleur obligé de se tenir à la disposition de son employeur sur le lieu déterminé par celui-ci, durant toute la durée de ses périodes de garde, qui doit demeurer éloigné de son environnement tant familial que social et bénéficie d'une latitude moindre pour gérer le temps pendant lequel ses services professionnels ne sont pas sollicités, ne peut être considéré comme étant au repos durant les périodes de son service de garde au cours desquelles il n'exerce pas effectivement d'activité professionnelle, mais au contraire doit être considéré comme étant au travail » (C.T. Liège, 5^{ème} chambre, 19 décembre 2007, R. G. 33.378/05, cité en page 11 des conclusions de l'auditeur).

2.2.2.3. Le conseil de la société appelante soutient (en page 24 de ses conclusions d'appel) que les enseignements de la jurisprudence européenne en matière de gardes dormantes ne peuvent être appliqués tels quels à la question de la définition du temps de travail appliquée aux temps de trajet vers le chantier.

Il fait valoir à cet égard qu'à la différence d'un travailleur en période de garde, qui doit être nécessairement prêt à répondre aux injonctions de son employeur et à réaliser des prestations de manière effective, les travailleurs de la **S.A. I.** ne sont en aucun cas appelés à exécuter une quelconque prestation durant le trajet qui sépare le siège de l'entreprise du chantier.

2.2.2.4. Cette argumentation ne peut être suivie par la Cour.

En effet, s'il existe une différence objective entre la situation d'un travailleur en période de garde et celle d'un travailleur contraint d'effectuer le déplacement sur chantier dans un véhicule de son employeur, c'est exclusivement en ce qui concerne la prévisibilité de la prestation effective du travail qu'il va être ensuite amené à accomplir.

Le médecin hospitalier de garde, le personnel de soins dans une maison de retraite, le veilleur de nuit dans une entreprise ne sont appelés à devoir intervenir qu'en cas de nécessité, en sorte qu'il est possible qu'ils n'aient, en définitive, aucune prestation effective à accomplir durant leur temps de garde.

En revanche, l'ouvrier qui se rend sur chantier dans un véhicule de son employeur ne s'y trouve que dans ce but et a, quant à lui, la certitude absolue qu'il devra accomplir sa prestation de travail, seul motif pour lequel il effectue d'ailleurs ce déplacement.

Il se trouve dès lors bien, durant ce temps de trajet, au travail, à la disposition de son employeur, et dans l'exercice de ses activités ou de ses fonctions, au sens de l'article 2 de la directive 2003/88 telle qu'elle a été interprétée par la jurisprudence communautaire, qui trouve d'autant plus à s'appliquer en la présente espèce que toute incertitude quant à l'éventualité de devoir accomplir une prestation effective est exclue.

2.2.2.5. Le conseil de la société appelante invoque encore (en pages 20 et 21 de ses conclusions d'appel) la jurisprudence de l'ordonnance Vorel, qui insiste sur l'aspect cumulatif des conditions visées à l'article 2 précité pour soutenir que la seconde de ces conditions, relative au fait que le travailleur doit être contraint de se tenir à la disposition l'employeur pour pouvoir immédiatement fournir des prestations appropriées en cas de besoin, ne serait pas démontrée en l'espèce.

Cet argument n'est pas davantage convaincant, dans la mesure où l'on ne concevrait pas que les travailleurs s'écartent, pour des motifs de pure convenance personnelle ou d'ordre privé, du trajet imposé pour se rendre sur le chantier, en se mettant de la sorte dans l'impossibilité de fournir, à l'heure prévue par le planning de travail, les prestations qu'ils sont tenus d'y effectuer.

2.2.2.6. Les travailleurs de la société appelante sont donc, durant leur temps de trajet sur chantier, soumis à l'autorité de leur employeur et tenus de faire en sorte d'être à même d'accomplir en temps et lieu les prestations que requiert d'eux l'exécution de leur contrat de travail.

L'arrêt Dellas, précité, confirme par ailleurs (en son point 58) sans la moindre ambiguïté, que « la qualification de temps de travail au sens de la Directive 93/104 d'une période de présence sur le lieu de son travail ne saurait dépendre de l'intensité de l'activité du travailleur, mais est fonction uniquement de l'obligation pour ce dernier de se tenir à la disposition de son employeur. »

Comme on le verra infra (au point 3 de la page 22), la description, faite par le directeur des services extérieurs de la S.A. I., de l'organisation des temps de déplacement démontre très clairement que les trois critères visés de façon cumulative par la définition du temps de travail au sens de l'article 2 de la directive 2003/88 et de la jurisprudence communautaire sont bien réunis en l'espèce.

2.2.2. **La rémunération de ce temps de travail.**

2.2.2.1. Le conseil de la société appelante invoque sur ce point (en page 21 de ses conclusions d'appel) la jurisprudence de l'arrêt Dellas qui, rappelant l'objectif de promotion de la santé de la sécurité des travailleurs poursuivi par les directives européennes précitées, a clairement dissocié la question de la détermination du temps de travail de celle de leur rémunération :

« Tant dans la décision de renvoi que dans la plupart des observations qui ont été soumises à la Cour a été évoquée l'incidence qu'un tel régime équivalent est susceptible d'avoir non seulement sur l'horaire de travail des salariés concernés, mais également sur le niveau des rémunérations perçues par ceux-ci.

Toutefois, s'agissant de ce dernier aspect, il y a lieu de préciser d'emblée que, ainsi qu'il ressort tant de la finalité que du libellé même de ses dispositions, la directive 93/104 ne trouve pas à s'appliquer à la rémunération des travailleurs. »

Il est soutenu par le conseil de la S.A. I., à l'appui de cet arrêt Dellas, confirmé par l'ordonnance Vorel, et de l'opinion doctrinale des Professeurs Clesse et Kefer commentant cette jurisprudence que « la réglementation européenne ne s'opposait pas à une législation nationale qui prendrait en compte de manière différente les périodes au cours desquelles des prestations travail sont réellement effectuées et celles durant lesquelles aucun travail effectif n'est accompli. » (page 23 des conclusions d'appel de l'appelante).

Il en déduit que le mode d'indemnisation prévu par les deux conventions collectives de travail d'entreprise successivement conclues au sein de la société appelante est conforme à la réglementation européenne et qu'à supposer même que le temps de déplacement devrait être considéré comme temps de travail, celui-ci ne pourrait être rémunéré sur la base de la rémunération prévue dans le contrat de travail, du fait que la convention d'entreprise constitue une norme qui lui est hiérarchiquement supérieure (page 35 des conclusions d'appel).

2.2.2.2. Cet argument n'est pas pertinent pour contester les éléments constitutifs de l'infraction dont le représentant du ministère public poursuit la reconnaissance, et ce, pour deux motifs.

Premièrement, s'il est exact que l'arrêt Dellas n'exclut pas qu'une rémunération différenciée puisse être payée pour des temps de travail durant lesquels les prestations effectives de travail sont réduites ou inexistantes, il appartient, comme le relève d'ailleurs le conseil de l'appelante, au législateur national de déterminer les périodes de temps de travail et les secteurs d'activité auxquels pourrait être appliqué un mode particulier de rémunération.

L'arrêt précité du 19 décembre 2007 de notre Cour (dont la p.12 des conclusions de l'Auditeur reprennent de larges extraits) l'a très clairement souligné en jugeant que les directives 93/104/CE et 2003/88/CE :

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

Il n'est en conséquence pas interdit à un État membre de prévoir dans sa législation une rémunération particulière des prestations effectuées dans un service de garde dormante, lesquelles doivent nécessairement être considérées comme constituant du temps de travail.

La question revient dès lors au droit national, s'agissant de déterminer si une disposition existe qui déterminerait un mode particulier de rémunération effectuée dans un service tel que le prestait madame R. »

Or, force est de constater, comme on l'a déjà relevé supra, que la disposition légale de droit interne que constitue l'article 19, alinéa 3, de la loi du 16 mars 1971 sur le travail a limité aux seules entreprises qu'il énonce le pouvoir donné au Roi, de définir par arrêté royal, sur proposition des commissions paritaires auxquelles ressortissent ces entreprises, le temps pendant lequel le personnel est à la disposition de l'employeur.

La **S.A. I.** ne peut, comme déjà dit également supra, se prévaloir de cette disposition légale de droit interne, en sorte que les conventions collectives d'entreprise conclues en son sein se trouvent privées de base légale et frappées de nullité, comme le soutient le conseil des parties intervenantes volontaires (en pages 15 et 16 de ses conclusions d'appel de synthèse).

Deuxièmement, Madame le Substitut général observe à juste titre dans les conclusions prises pour l'Auditorat (en page 12, in fine) que les conventions collectives d'entreprise litigieuses excluent précisément de la notion de la durée de travail le temps de déplacement sur chantier, exclusion que tant les dispositions nationales en vigueur que les directives européennes précitées interdisent expressément.

2.2.2.3. Il n'y a pas lieu de poser à la Cour de justice des Communautés européennes la question préjudicielle que la société appelante propose à titre subsidiaire. Il ne fait aucun doute en effet – la Cour l'a rappelé dans l'arrêt Dellas invoqué par l'appelante – que les premier et dernier déplacements de la journée, pourraient, le cas échéant, être rémunérés de manière différente du temps de travail effectif, mais à la double condition qu'ils soient inclus dans le temps de travail et que cette possibilité soit prévue par le législateur national, conditions dont aucune n'est réunie en l'espèce.

3. **Les enseignements applicables en l'espèce.**

3.1. Il ressort de l'ensemble des développements qui précèdent que le critère légalement requis par le droit interne belge – à savoir le temps pendant lequel le travailleur est à la disposition de l'employeur, tel qu'interprété en conformité avec la notion communautaire autonome de temps de travail – se trouve bel et bien rempli en l'espèce, en sorte qu'il peut être conclu avec la certitude requise par la démonstration des éléments matériels constitutifs de l'infraction dont la reconnaissance est poursuivie que les temps de trajet du siège de l'entreprise au chantier et, au retour, du chantier au siège doivent être – à l'exact opposé de ce que stipulent les conventions collectives de travail d'entreprise des 12 février 2004 et 30 juin 2005 – considérés comme du temps de travail au sens de l'article 19, alinéa 2, de la loi du 16 mars 1971.

3.2. Outre les faits déjà évoqués supra, la description précise qui a été faite de l'organisation des temps de trajet sur chantier par Monsieur Ph.A. lors de son audition effectuée dans le cadre de l'enquête diligentée par l'Auditorat du travail de Liège ne laisse aucun doute à ce sujet.

Les éléments suivants, extraits de cette déposition largement reproduite dans l'exposé des faits le confirment :

- sauf autorisation expresse de la maîtrise, les travailleurs sont tenus d'utiliser le transport collectif organisé par l'employeur ;
- ils sont tenus de se présenter au siège de l'entreprise à une heure fixée la veille en fonction de la distance à laquelle se trouve le site qui leur a été désigné, pour embarquer dans le véhicule affecté à leur transport ;
- ils sont tenus d'avoir revêtu auparavant leur tenue de travail et de pointer leur présence, ce qui permet, comme le relève d'ailleurs le directeur des services extérieurs, de contrôler leur présence et d'organiser le travail ;
- la convention collective de travail du 30 juin 2005 précise en outre que cette opération de pointage est accomplie de manière à ce les responsables puissent établir la répartition des travailleurs dans les véhicules ;

- les travailleurs se voient remettre un dossier reprenant toutes les informations techniques et de sécurité concernant le chantier auquel ils sont affectés, dont on conçoit aisément qu'ils sont tenus de prendre connaissance puisqu'il contient les instructions à respecter pour l'accomplissement du travail sur chantier.

3.3. Comme le relève le conseil de l'appelante (ses conclusions d'appel, page 32), il s'impose de vérifier si, pendant le temps de présence du travailleur, celui-ci *peut* recevoir des directives de son employeur, s'il est aux ordres de celui-ci.

3.3.1. Or, non seulement les travailleurs se voient remettre sous forme d'un dossier les instructions relatives à l'exécution du chantier mais encore l'employeur a-t-il parfaitement la possibilité, lors du pointage des présences des ouvriers au siège de l'entreprise, de même que durant l'accomplissement du trajet vers le chantier, par un appel sur le téléphone mobile de l'un des ouvriers techniciens dépêchés sur ce chantier, de compléter ou préciser les instructions données en cas de modification imprévue du travail à accomplir.

L'autorité de l'employeur s'exerce également sur les travailleurs lors de leur rassemblement au siège de l'entreprise, de même que lors de leur répartition dans les camionnettes dans lesquelles ils sont tenus d'embarquer pour se rendre sur chantier.

3.3.2. N'est pas pertinente à cet égard, la comparaison que fait la société appelante (en page 32 des conclusions de son conseil) avec la situation existante au sein de certaines entreprises dans lesquelles les travailleurs doivent pointer une première fois au portique d'entrée du siège d'exploitation et une seconde fois, au moment où ils entament leur journée de travail lors de leur arrivée au poste de travail (parfois distant d'1/4h en raison de l'étendue du site industriel).

En effet, l'hypothèse visée ci-dessus a trait au trajet du domicile au lieu de travail, dont on a dit qu'il n'était, sauf exception, pas compris dans le temps de travail, les travailleurs n'étant pendant leur déplacement depuis leur domicile pas encore aux ordres de l'employeur. Cette situation est tout à fait différente de celle de l'espèce, dans laquelle les travailleurs de la **S.A. I.** doivent pointer en tenue de travail et embarquer dans les véhicules de la société conformément aux instructions qu'ils ont reçues.

3.3.3. La circonstance que les conventions collectives de travail d'entreprise conclues au sein de cette société aient prévu qu'en cas d'interruption de trajet pour cause de panne, embouteillage ou accident, le temps excédentaire du déplacement par rapport au temps normalement prévu par l'évaluation forfaitaire qui en est faite est rémunéré comme du temps de travail ne change rien au fait que depuis leur premier pointage dans l'entreprise, les travailleurs sont et restent à la disposition de leur employeur.

3.3.4. Au contraire, cette disposition vient paradoxalement le confirmer, puisque par le biais de cette clause de ces conventions collectives de travail, la **S.A. I.** admet qu'alors même que, pendant ces incidents de parcours, aucune prestation de travail n'est effectuée pour des motifs relevant de la force majeure, la rémunération est due pour le temps supplémentaire consacré au trajet vers le chantier, ce qui démontre bien, *a contrario*, que les travailleurs sont à la disposition de l'employeur pendant leur déplacement vers le chantier, quand bien même, assis dans le véhicule de l'employeur, ils restent inactifs et n'effectuent pas encore le travail qu'ils devront accomplir sur chantier.

Mutatis mutandis, rien ne distingue sur ce point leur situation de celle que la Cour avait rencontrée, en 1983, à propos des ouvriers mineurs se trouvant dans la cage les descendant ou les remontant de la mine.

L'on ne concevrait pas qu'un travailleur de la **S.A. I.** puisse interrompre le trajet vers le chantier pour vaquer à des occupations personnelles et, par exemple se rendre dans un magasin pour y effectuer des achats, exemple qui, une fois encore *a contrario* démontre, s'il en était encore besoin, que depuis le pointage de leur présence au siège jusqu'à leur arrivée sur chantier, les travailleurs sont dans l'exercice de leurs fonctions et contraints de rester à disposition de leur employeur pour effectuer le travail pour lequel ils ont été désignés.

3.3.5. L'analogie que tente d'opérer le conseil de l'appelante (en page 33 de ses conclusions) avec l'arrêté royal du 11 janvier 2001 fixant la durée du travail du personnel occupé dans certaines entreprises ressortissant à la Commission paritaire des constructions métallique, mécanique et électrique pour étayer sa position selon laquelle ce temps de trajet ne constitue pas du temps de travail ne peut pas davantage être retenue.

Il ressort en effet de son préambule que cet arrêté royal se fonde sur l'article 19, alinéa 3, 3°, de la loi du 16 mars 1971 sur le travail, qui vise l'hypothèse de travaux essentiellement intermittents, dont on a déjà dit supra qu'elle n'était pas présente en l'espèce.

Il n'y a par ailleurs pas lieu d'avoir égard à des conventions collectives de travail conclues dans d'autres secteurs d'activité tels que celui du nettoyage ou de la construction – conventions sur la légalité desquelles la Cour n'est d'ailleurs pas saisie dans le cadre du présent litige – dès lors que leurs dispositions, à supposer qu'elles soient conformes à la loi précitée, ne s'appliquent qu'au sein des entreprises relevant des commissions paritaires où elles ont été conclues.

3.4. En conclusion sur ce point, l'ensemble de ces modalités de l'organisation du travail démontre, sans qu'aucun doute soit permis, que ces travailleurs qui n'ont d'autre choix que d'emprunter, en tenue de travail et avec l'outillage et le dossier d'instructions requis, les camionnettes de l'entreprise pour se rendre sur chantier après avoir pointé au siège de la **S.A. I.** sont bien, durant ce temps de trajet, au travail, à la disposition de l'employeur, c'est-à-dire dans l'exercice de leurs activités et de leurs fonctions et ce, quand bien même aucune prestation effective de travail ne serait accomplie durant ce temps de trajet.

Comme le démontre par conséquent l'Auditeur du travail par le dossier produit aux débats, aucune convention, qu'elle soit individuelle ou collective, ne peut prévoir un régime particulier d'indemnisation à un tarif inférieur pour ces temps de déplacement.

Il reste à vérifier si cet élément matériel constitutif de l'infraction est également démontré par la partie poursuivante.

Ceci conduira la Cour à vérifier si les infractions aux articles 9, 11 et 42 de la loi du 12 avril 1965 sont établies en fonction de la rémunération effectivement payée aux travailleurs concernés, au cours de la période infractionnelle visée par l'Auditorat.

4. **L'application des articles 9 et 11 de la loi du 12 avril 1965.**

4.1. **Les dispositions légales applicables.**

4.1.1. L'article 9 de la loi du 12 avril 1965 concernant la protection de la rémunération des travailleurs, qui s'applique au contrat de travail en cours d'exécution, dispose :

« La rémunération doit être payée à intervalles réguliers et au moins deux fois par mois, à seize jours d'intervalle au plus. »

4.1.2. L'article 11 de cette loi, qui s'applique à l'occasion de la rupture du contrat de travail, dispose :

« Lorsque l'engagement prend fin, la rémunération restant due doit être payée sans délai et au plus tard la première paye qui suit la date de la fin de l'engagement (...).

4.1.3. La première de ces dispositions légales trouve à s'appliquer à **Messieurs P.** et **EL A.**, toujours membres du personnel de la **S.A. I.**

La seconde s'applique aux autres parties intervenantes volontaires, entre-temps licenciées ou ayant quitté l'entreprise.

L'article 42 de la loi du 12 avril 1965 frappe de sanctions pénales l'employeur resté en défaut de payer la rémunération due aux échéances visées aux articles 9 et 11 précités.

4.2. Le non-paiement de la rémunération due.

4.2.1. Le conseil de la société appelante soutient sur ce point que le représentant du ministère public reste en défaut de rapporter la preuve de ce que les indemnités de mobilité payées aux travailleurs concernés pour leurs déplacements sur chantiers seraient inférieures à la rémunération qui leur est due.

4.2.2. Au vu de la démonstration qui vient d'être faite de ce que le temps de déplacement des salariés du siège de l'entreprise au chantier constitue du temps de travail, l'Auditorat général du travail avance à bon droit (en page 6 de ses conclusions de synthèse) que cette prestation de travail ouvre le droit à une rémunération selon un salaire horaire identique à celui appliqué aux autres prestations de travail de ces ouvriers.

4.2.3. L'action civile de l'Auditeur du travail est, comme dit supra, une action déclaratoire.

4.2.3.1. Dans la démonstration qui incombe à la partie publique poursuivant la reconnaissance de l'infraction, celle-ci n'est pas tenue de préciser, en euros et centimes, le quantum de la régularisation de la rémunération revenant à chaque travailleur en suite de la constatation de l'infraction – ce qui pourra et devra être fait par chacune des parties intervenantes volontaires après qu'ait été exécutée la mesure d'instruction ordonnée par les premiers juges – mais bien d'établir la présence des éléments constitutifs de l'infraction.

4.2.3.2. Madame le Substitut de l'Auditeur général précise à bon droit à ce sujet que « la rémunération normale à laquelle elle fait référence est la rémunération horaire déterminable à l'examen des fiches de paie de chaque travailleur en fonction de sa qualification et de son ancienneté, éventuellement majorée des sursalaires également applicables si la comptabilisation des heures de prestations prenant en considération les temps de déplacement vers les chantiers implique des heures supplémentaires. »

Elle livre, à titre d'exemple, la base de rémunération horaire des travailleurs **D.** et **B.**, qui était respectivement de 13,068 € et de 13,472 € en juillet 2005, alors que, de manière générale, la consultation des documents sociaux permet d'observer qu'aucune base de rémunération horaire dans l'entreprise n'est inférieure aux 7,50 € ni même aux 10 €/heure de rémunération nette forfaitaire de déplacement prévue par la première convention collective. Or, si l'on déduit de la rémunération horaire brute due aux travailleurs la quote-part personnelle dans la cotisation de sécurité sociale, il s'avère, dans tous les cas de figure, que l'indemnité de mobilité est inférieure à la rémunération dont l'employeur leur est redevable, le conseil de la société appelante n'avançant aucun exemple qui viendrait invalider ce constat pour l'un quelconque des autres travailleurs.

4.2.3.3. La même démonstration est d'autant plus aisément apportée en ce qui concerne les primes de mobilité prévues par la seconde convention collective de travail d'entreprise, qu'il a été souligné supra que la grande majorité (plus de 60%) des déplacements s'effectuaient sur une distance inférieure au seuil de 30 km en dessous duquel aucune indemnité n'était payée aux travailleurs lors de leur trajet vers le chantier au départ du siège de l'entreprise.

L'exemple chiffré qui est livré par le représentant du ministère public (en page 6, in fine, de ses conclusions de synthèse) pour les distances comprises entre 30 et 50 km est éclairant : rémunéré à hauteur d'une somme brute de 5 €/h., cela implique que pour un ouvrier rémunéré, comme **Messieurs D. et B.**, à raison de 13 € brut de l'heure, il faudrait que le temps de déplacement sur chantier se limite à $(60' : 13 \times 5) = 23'$, ce qui nécessiterait que la camionnette parcoure ces 30 km à une moyenne de près de 80 km/h., 40 km à 104 km/h. de moyenne et ces 50 km à pas moins de 130 km/h. en moyenne, vitesse record dont on conviendra qu'elle est irréalisable sans enfreindre les limitations de vitesse.

Au travers des exemples que cite la partie poursuivante, celle-ci établit que le système de primes de mobilité destinées à indemniser les temps de déplacement – sans que, dans le cadre à tout le moins de la première des conventions d'entreprise, ne soient prélevées les cotisations sociales légalement dues sur la rémunération – aboutit à rémunérer ce temps de travail à une hauteur inférieure au montant de la rémunération due aux travailleurs sur la base de celle prévue par leur contrat de travail et les dispositions sectorielles barémiques applicables.

4.3. La détermination de la période infractionnelle.

4.3.1. Le conseil de la société appelante (ses conclusions, page 38) invoque encore le caractère instantané du délit de non paiement de la rémunération pour soutenir que l'Auditeur du travail reste en défaut de préciser la période infractionnelle, dépendant, pour chaque travailleur du moment où la rémunération des temps de déplacement vers le chantier aurait dû lui être payée.

4.3.2. Il n'est ni contestable ni contesté que le non-paiement de la rémunération est une infraction instantanée (Cass., 19 octobre 1987, Pas., 1988, I, 188, J.T.T. 1988, 7 ; Cass., 21 décembre 1992, Pas., 1992, I, 1398).

4.3.3. Sans même se prononcer à ce stade du raisonnement sur le caractère continué ou non des infractions relevées par le représentant du ministère public à charge de la **S.A. I.** (question qui sera examinée infra, lors de l'analyse de la cause de justification alléguée par la société appelante), il doit être constaté ici que s'agissant de faits commis depuis le 1^{er} janvier 2004, l'action introduite le 12 octobre 2007 n'était aucunement prescrite, ce qui n'est d'ailleurs nullement contesté par la société appelante.

- 4.3.4. La période infractionnelle concernant chaque travailleur est donc déterminée à juste titre par Madame le Substitut général à partir de la date précitée jusqu'à celle du départ respectif de chacun des travailleurs licenciés de l'entreprise ou l'ayant quittée volontairement, à l'exception des travailleurs encore en service pour lesquels elle est encore en cours.
5. **En conclusion** de ce chapitre du présent arrêt consacré à l'examen des éléments matériels constitutifs de l'infraction, l'Auditorat démontre, avec la certitude requise par la preuve dont la charge lui incombe, que ceux-ci sont bien réunis en l'espèce : le temps de déplacement des parties intervenantes volontaires du siège de l'entreprise aux chantiers, aller et retour, doit être considéré comme du temps de travail et n'a pas été rémunéré à la hauteur de la rémunération qui leur est due.

C. LA CAUSE DE JUSTIFICATION.

Toutefois, la responsabilité pénale de l'employeur à charge duquel sont, comme en l'espèce, démontrés les éléments constitutifs de cette infraction ne sera engagée que si son imputabilité morale est démontrée, ce qui requiert que soit exclue l'existence de la cause de justification qu'allègue le conseil de la **S.A. I.** en invoquant l'erreur invincible.

La Cour rappellera tout d'abord les contours de cette notion, que la jurisprudence, notamment des juridictions pénales et sociales, s'est attachée à tracer (ci-après, **point 1**).

Elle examinera ensuite les circonstances invoquées par la société appelante à l'appui de l'allégation de cette cause de justification et vérifiera si la partie poursuivante et/ou les parties intervenantes volontaires en démontrent l'inexistence (infra, **point 2**).

1. L'erreur invincible en doctrine et jurisprudence.

- 1.1. Comme l'écrit F.Kefér (L'erreur invincible de l'employeur ou l'infraction imputable comme condition de l'application de la prescription quinquennale de l'action ex delicto », Chr.Dr.soc, 2000, 260), « toute infraction, qu'elle soit ou non réglementaire, doit être le résultat de l'activité libre et consciente de son auteur. La Cour de cassation exige toujours un élément psychologique, l'imputabilité morale, pour condamner. »

L'erreur invincible est considérée comme l'un des cas d'application de l'article 71 du Code pénal.

Elle fait échec à l'imputabilité morale d'une infraction dont sont par ailleurs démontrés les éléments constitutifs dans le chef de son auteur, ce qui a comme conséquence son acquittement s'il est poursuivi pénalement et, dans le cadre de la présente action civile, de faire obstacle à la reconnaissance de cette infraction par ailleurs établie, faute de pouvoir l'imputer à l'employeur, tout en laissant subsister le caractère délictueux de l'acte.

- 1.2. Un arrêt du 29 mai 2002 de la Cour de cassation (Pas., 2002, n° 324, p. 1236) en résume ainsi la portée et les conditions d'application:

« L'erreur de droit peut, en raison de certaines circonstances, être considérée par le juge comme étant invincible à la condition que de ces circonstances il puisse se déduire que le prévenu a agi comme l'aurait fait toute personne raisonnable et prudente ; à cet égard, la simple constatation que le prévenu a été mal conseillé même par une personne qualifiée, ne saurait suffire.

Si le juge constate souverainement les circonstances sur lesquelles il fonde sa décision que le prévenu a agi sous l'effet d'une erreur invincible, la Cour de cassation contrôle toutefois s'il a pu légalement déduire de celle-ci l'existence de cette cause de justification. »

- 1.3. L'erreur invincible est définie par la doctrine (C.Henneau et J. Verhaegen, Droit pénal général, Bruylant, Bruxelles, 1991, n° 393, p. 293) comme « l'erreur commise sans que son auteur n'ait failli en rien à l'attention, à la diligence et à la prévoyance normalement exigibles de lui dans les circonstances de la cause ».

- 1.4. Madame le Substitut général donne dans ses conclusions (en pages 15 et 16 de ses conclusions d'appel de synthèse) un aperçu exhaustif de la jurisprudence consacrée à l'erreur invincible en droit pénal social et observe que celle-ci n'est reconnue que de manière particulièrement stricte, « dans des circonstances tout à fait spécifiques rendant l'erreur vierge de toute faute ou négligence. »

Ainsi, l'infraction commise par un employeur qui avait rémunéré une travailleuse en dessous des barèmes, sans que l'ONSS ne s'en soit inquiété pendant de nombreuses années, ne peut bénéficier de cette cause de justification, la Cour du travail de Mons relevant, dans un arrêt du 12 avril 1991 (J.T.T., 1991, 349) que la vérification de la conformité de la rémunération ne rentrait pas dans les attributions de l'ONSS, exclusivement chargé de la perception des cotisations.

Le représentant du ministère public relève encore qu' « *a fortiori*, le prévenu ne peut se prévaloir du simple fait que des fonctionnaires de police ne constatent pas une infraction (Corr. Bruxelles, 31 octobre 1995, Rdpc, 1996,232) ou que des autorités avaient réagi tardivement (Corr. Bruxelles, 29 février 1996, Rdpc, 1996, 1148) ou encore que d'autres personnes aient commis la même erreur (Bruxelles, 18 mars 1985, R. W., 1986-1987, col. 2580), commis la même infraction (Cass., 8 septembre 1982, Pas., 1983, I, 33 ; Cass., 16 mai 1995, Pas., I, 505), ou aient fait l'objet d'une impunité. »

De même, la circonstance que « certains membres du ministère public n'exercent pas de poursuites à l'égard de faits analogues a également été jugé insuffisante pour en déduire une erreur invincible » (Cass., 15 novembre 1988, Pas., 1989, I, 276 ; Corr. Brux.,31 octobre 1995, précité).

Enfin, n'est pas davantage retenue comme source d'une erreur de droit invincible la complexité de la législation sociale en vigueur (Anvers, 9 octobre 1997, Chr.Dr.soc., 1998, 145 ; C. Henneau et J.Verhaegen, op. cit., 338).

1. 5. Le conseil de l'appelante met quant à lui en exergue (en pages 41 et 42 de ses conclusions d'appel) la jurisprudence de la Cour de cassation qui considère qu'il faut apprécier le caractère invincible de l'erreur en examinant *in concreto* ce qu'aurait fait toute personne raisonnable et prudente placée dans les mêmes circonstances (Cass., 16 janvier 2001, Pas., 2001, 91).

Or, il fait état à cet égard d'un arrêt de la Cour du travail de Liège (CT Liège, 27 avril 1992, JLMB, 1992, 1210) qui a admis que constituait une erreur invincible " le fait de s'être conformé à l'avis émis par le service des relations collectives quant à la détermination de la commission paritaire à laquelle appartenait l'entreprise. "

Il cite encore, à l'appui de la cause de justification qu'il allègue, un arrêt du 14 octobre 1992 de la Cour d'appel de Bruxelles (JLMB, 1992, 1436) qui a disculpé l'employeur s'étant conformé aux indications, inexacts, donné par l'Inspection des Lois sociales en ce qui concerne le paiement à certains travailleurs d'une rémunération inférieure à celle prévue par les conventions collectives de travail, après avoir reconnu que celui-ci avait été, de ce fait, victime d'une erreur invincible.

2. **L'application en l'espèce.**

La société appelante invoque, au titre des circonstances de l'espèce, en fonction desquelles il convient d'apprécier la cause de justification qu'elle allègue, trois éléments qui l'ont, à son estime, induite dans une erreur invincible au sujet de la légalité des primes de mobilité par lesquelles les conventions collectives de travail litigieuses rémunèrent le temps de déplacement sur chantier : tout d'abord, la complexité de la législation sociale sur la durée du travail qui aurait donné lieu en l'espèce à de nombreuses controverses (voir ci-après, le **point 2.1.**), ensuite le fait que la plupart des entreprises actives dans le même secteur que le sien ne rémunèrent pas le temps de déplacement comme du temps de travail, un arrêté royal et diverses conventions collectives de travail dans le secteur du nettoyage et de la construction le précisant d'ailleurs expressément (voir infra, **point 2.2.**) et enfin, l'avis émis en l'espèce par l'Inspection des Lois sociales le 9 juin 2005, confirmé en tous points le 29 novembre 2005 (infra, **point 2.3.**)

- 2.1. En ce qui concerne l'allégation relative à la complexité de la réglementation sur le temps de travail, la société appelante ne peut raisonnablement tout à la fois soutenir, lors de sa contestation des éléments matériels constitutifs de l'infraction que la question des gardes dormantes est étrangère à la situation des déplacements du siège vers les chantiers et invoquer, mais cette fois au titre de l'erreur invincible, cette même question qui a donné lieu aux arrêts précités de la Cour de justice des Communautés européennes.

2.1.1. Quoiqu'il en soit, force est de constater que la jurisprudence de la CJCE est bien arrêtée sur ce point depuis l'arrêt Simap du 3 octobre 2000, confirmé par l'arrêt Jaeger du 9 septembre 2003 qui ont confirmé que ces temps de garde étaient considérés comme temps de travail, même en l'absence de toute prestation effective.

2.1.2. Il reste, en tout état de cause, que l'immense majorité de la jurisprudence belge, dont on a livré de larges et nombreux exemples supra considère que le temps de déplacement effectué dans des circonstances comparables à celles de l'espèce doit être considéré comme du temps de travail.

Force est également de convenir, comme l'ont fait valoir plusieurs travailleurs à l'employeur en lui communiquant à l'appui de leur revendication le texte de l'article 19, alinéa 2 de la loi du 16 mars 1971, que même un non-juriste conçoit qu'une fois qu'on a pointé, en tenue de travail, dans les locaux de l'entreprise, on est à la disposition de son employeur, sauf à faire demi-tour et à rentrer chez soi en perdant sa journée de travail et en se mettant de surcroît en absence illégale.

La jurisprudence spécifique à propos de la complexité du droit social ne reconnaît pas l'existence d'une erreur invincible au bénéfice de ceux qui l'allèguent, se fussent-ils renseignés au préalable et même auprès de personnes qualifiées, comme un secrétariat social (voir supra, Cass., 29 mai 2002, précité).

2.2. La circonstance que d'autres entreprises agissent dans l'illégalité à ce sujet et ne feraient, comme le soutient la société appelante, pas l'objet de poursuites ne peut pas davantage être retenue au titre de l'erreur invincible, au vu de la jurisprudence ferme et sans équivoque possible que produit l'Auditorat du travail dans ses conclusions et à son dossier (voir l'exposé qui en est repris supra, au point 1.4. du 30^{ème} feuillet du présent arrêt).

2.2.1. En ce qui concerne l'argument d'opportunité que constitue la distorsion de concurrence que subirait la société appelante par rapport à des entreprises du même secteur ayant adopté des pratiques analogues excluant les temps de déplacement du temps de travail, il doit être répondu qu'à supposer que ce soit le cas, encore pareille circonstance ne justifierait pas l'appelante à ne pas respecter une loi, celle du 19 mars 1971 dont les dispositions sont d'ordre public et dont on a montré supra qu'il ne pouvait y être dérogé par convention collective, a fortiori par une convention collective de travail d'entreprise.

C'est précisément pour faire obstacle à ces distorsions de concurrence provoquées par les acteurs économiques qui ne respectent pas les dispositions légales applicables en matière de temps de travail que cette loi est sanctionnée pénalement, protégeant ainsi tout à la fois les intérêts sociaux des travailleurs et économiques des employeurs.

2.2.2. Enfin, et sous réserve de leur légalité, les conventions collectives sectorielles et l'arrêté royal du 11 janvier 2001 auxquels le conseil de la société appelante fait référence ne trouvent à s'appliquer que dans les secteurs concernés et ne pourraient dès lors justifier une erreur invincible dans le chef de la **S.A. I.**

Il s'ensuit que pour toute la période précédant l'avis émis par l'Inspection des lois sociales le 9 juin 2005, l'Auditeur du travail démontre l'inexistence de la cause de justification alléguée par la société appelante sur la base des circonstances invoquées par elle.

2.3. Quant à l'erreur invincible que tire celle-ci dudit avis, il ne peut raisonnablement lui être donné un effet rétroactif qui aurait pour conséquence qu'il conviendrait d'admettre que ladite société se serait, de ce fait, irrémédiablement fourvoyée dès le mois de janvier ou février 2004, soit à une époque où elle ne soutient pas avoir pris le moindre avis sur la légalité du système de primes de mobilité qu'elle entendait mettre en œuvre.

2.3.1. La cause de justification qu'elle invoque est donc, dans les circonstances de la cause, inexistante avant le 9 juin 2005, dès lors qu'il doit être légitimement attendu de tout employeur normalement prudent et raisonnable placé dans les mêmes circonstances qu'il s'enquêt au préalable – sans attendre qu'un conflit social n'éclate à ce sujet – de la légalité du procédé qu'il allait mettre en œuvre et qui rompait avec une jurisprudence constante reconnaissant comme temps de travail celui – et tout celui – pendant lequel le personnel est à la disposition de l'employeur, ce qui est le cas, comme démontré supra, durant les déplacements sur chantier tels qu'ils sont organisés en son sein.

2.3.2. Contrairement à ce que soutient la société appelante, cet avis n'est pas motivé en droit, mais se borne à affirmer de façon péremptoire et à l'encontre de tous les principes consacrés par une loi, celle du 16 mars 1971, qui est d'ordre public, et largement appliquée dans le sens qui vient d'être indiqué par les juridictions du travail, « qu'il n'y a pas lieu de considérer les déplacements entre le siège social et les chantiers comme du temps de travail » et qu' « en l'absence de cadre légal prévu au sein du secteur des fabrications métalliques, les parties peuvent librement convenir de modalités particulières pour les déplacements et les remboursements afférents à ceux-ci. »

A l'exact opposé de ce qu'affirme ledit avis, il y a bien un cadre légal que le législateur a déposé aux articles 19, alinéas 2, 3 et 5 de la loi du 16 mars 1971, qui délimite très clairement et limitativement les possibilités d'y déroger, les secteurs d'activité qui peuvent s'en prévaloir et les conditions auxquelles il doit être satisfait dont on a dit supra qu'aucune d'entre elles n'était présente en l'espèce.

Quelle que soit la volonté de pacification du conciliateur social, celle-ci ne pouvait être obtenue au mépris de ces dispositions d'ordre public.

2.3.3. Force est toutefois de constater que, bien qu'il soit en l'espèce entaché d'illégalité, l'avis de l'Inspection des Lois sociales a été déterminant lors de la conclusion de la seconde convention collective de travail d'entreprise signée le 30 juin 2005 et a été de nature à induire en erreur, de façon invincible, l'employeur qui pensait ainsi voir levé l'obstacle à la mise en œuvre, à partir du 1^{er} juillet 2005, du régime des primes de mobilité.

Bénéficiaire, à partir de cette date, de l'aval émis dans un avis autorisé, du fait qu'il émanait de l'autorité même chargée du contrôle des lois sociales et donc du respect des prescriptions légales en matière de durée du travail, la direction de la **S.A. I.** a pu, comme l'aurait fait tout employeur normalement prudent et raisonnable placé dans les mêmes circonstances, croire que l'avis que ladite autorité lui avait donné à l'avant-veille de sa conclusion mettait le système d'indemnisation prévu dans la convention collective de travail négociée en juin et conclue le 30 juin 2005 à l'abri de l'illégalité.

2.3.4. Il s'ensuit que l'Auditorat ne démontre pas, au-delà du 9 juin 2005, l'inexistence de la cause de justification alléguée par l'appelante.

Aucun élément du dossier produit aux débats par l'Auditorat ne contient une mise en garde de l'employeur par laquelle celui-ci aurait été avisé de ce que, contrairement à l'avis qui lui avait été donné par l'inspection des lois sociales, l'Auditorat du travail, auquel revient le pouvoir de qualifier les faits constitutifs d'infraction, considérait que le régime mis en place dans le cadre de la convention collective d'entreprise signée le 30 juin 2005 contrevenait à la loi du 16 mars 1971 sur le travail.

D. EN CONCLUSION

- 1.** Le jugement dont appel doit être confirmé en ce qu'il a déclaré établies les infractions aux articles 9, 11 et 42 de la loi du 12 avril 1965 concernant la protection de la rémunération des travailleurs à partir du 1^{er} janvier 2004.
- 2.** Il doit être réformé exclusivement en ce qu'il n'a pas reconnu, à dater du 9 juin 2005, la cause de justification alléguée par la **S.A. I.** en raison de l'erreur invincible qu'elle invoque sur la base de l'avis émis à cette date par l'Inspection des Lois sociales et dont la teneur sera confirmée dans le rapport de cette administration le 29 novembre 2005.
- 3.** Il convient encore de rencontrer, mais uniquement pour la période comprise entre le 1^{er} janvier 2004 et le 8 juin 2005 inclus, l'argument du conseil de la société appelante (ses conclusions, page 38) qui invoque le caractère instantané du délit de non-paiement de la rémunération pour soutenir que l'Auditeur du travail reste en défaut de préciser la période infractionnelle, dépendant, pour chaque travailleur du moment où la rémunération des temps de déplacement vers le chantier aurait dû lui être payée.

- 3.1.** Il n'est ni contestable ni contesté que le non-paiement de la rémunération est une infraction instantanée (Cass., 19 octobre 1987, Pas., 1988, I, 188, J.T.T. 1988, 7 ; Cass., 21 décembre 1992, Pas., 1992, I, 1398).
- Il s'agit toutefois, dans le chef de la **S.A. I.** d'une infraction continuée, dès lors que chacune de ces infractions est reliée aux autres par une unité de mobile consistant en la mise en place d'un système destiné à rémunérer, par le biais de primes de mobilité à un taux inférieur à la rémunération légalement due, le temps de travail que constituent les déplacements des salariés vers et au retour des chantiers.
- 3.2.** Dans un récent arrêt du 12 février 2007 (J.T.T., 2007, 213), la Cour de cassation a confirmé, en ces termes, sa jurisprudence à propos de la notion de délit continué :
- « L'infraction qui consiste à ne pas payer des pécules de vacances suivant les règles et dans les délais prescrits est consommée par la seule omission d'y satisfaire au moment où le paiement doit être exécuté, de sorte que la prescription de l'action publique née de cette infraction prend cours dès ce moment. Toutefois, si plusieurs faits délictueux sont l'exécution successive d'une même résolution criminelle et ne constituent ainsi qu'une seule infraction, celle-ci n'est entièrement consommée et la prescription de l'action publique ne prend cours, à l'égard de l'ensemble des faits, qu'à partir du dernier de ceux-ci, pour autant qu'aucun d'entre eux ne soit séparé du suivant par un temps plus long que le délai de prescription applicable, sauf interruption ou suspension de la prescription. »
- 3.3.** Par conséquent, en l'espèce, le délai de prescription a commencé à courir, pour les travailleurs licenciés ou qui ont quitté l'entreprise, à compter de la date de la rupture du contrat de travail; et, pour ceux qui y sont toujours occupés, la prescription n'a débuté qu'à partir du dernier acte infractionnel imputable à la société appelante, soit le 8 juin 2005, la prescription quinquennale de l'action civile née de l'infraction ayant été valablement interrompue, hormis par les actes d'information accomplis par l'Auditorat lors de l'enquête qu'il a diligentée, par l'acte introductif de la présente instance, déposé au greffe le 12 octobre 2007.
- 3.4.** La mesure d'instruction ordonnée par le jugement dont appel doit être confirmée, sous la seule réserve de ce que la période infractionnelle doit être limitée à celle comprise entre le 1^{er} janvier 2004 et le 8 juin 2005 inclus.
- Lorsque, après avoir déclaré l'appel fondé, le juge d'appel réforme le jugement dont appel et statue lui-même sur le litige, il ne peut renvoyer la cause au premier juge lorsqu'il ordonne ensuite lui-même une mesure d'instruction, celle-ci fût-elle en grande partie identique à celle qui été ordonnée par le premier juge (Cass., 5 septembre 2008, J.T.T. 2009, 229), en sorte qu'il y a lieu à évocation.
- 3.5.** Le jugement dont appel doit également être confirmé en ce qu'il a condamné la **S.A. I.** à le notifier dans le mois du prononcé à l'ensemble des travailleurs préjudiciés.

INDICATIONS DE PROCÉDURE

Les pièces du dossier de la procédure comportent :

- le jugement contradictoirement rendu le 22 janvier 2009 par la 9^{ème} chambre du tribunal du travail de Liège (R.G. n° 370.379) ;
- l'appel formé contre ce jugement par requête reçue au greffe de la Cour du travail le 26 mars 2009 et régulièrement notifiée aux parties adverses le 27 mars 2009 ;
- l'ordonnance du 22 juin 2009 ayant, conformément à l'article 747, §2, du Code judiciaire, aménagé le calendrier de mise en état de la cause ;
- les conclusions de l'Auditorat général près la Cour du travail de Liège, reçues au greffe le 14 août 2009, ainsi que le dossier contenant l'instruction du ministère public (2 cartons) déposé en instance sous les notices 50/852/2005 ;
- les conclusions d'appel des parties intervenantes volontaires, reçues au greffe le 17 août 2009 ;
- les conclusions de l'appelante, déposées au greffe de la Cour le 30 septembre 2009 ;
- les conclusions de synthèse en appel des 12 parties intervenantes volontaires, reçues au greffe le 3 novembre 2009 ;
- les conclusions de synthèse de l'intimé, reçues au greffe le 5 novembre 2009 ;
- les conclusions de synthèse de l'appelante, déposées à l'audience publique du 13 novembre 2009 à laquelle les conseils des parties ont été entendus en l'exposé de leurs moyens et ceux de l'appelante et des parties intervenantes volontaires ont déposé leurs dossiers respectifs.

DISPOSITIF

PAR CES MOTIFS,

LA COUR,

après en avoir délibéré,

statuant publiquement et contradictoirement,

vu les dispositions de la loi du 15 juin 1935 sur l'emploi des langues en matière judiciaire et notamment son article 24 dont le respect a été assuré,

reçoit l'appel.

Le déclare partiellement fondé.

Confirme le jugement dont appel en ce qu'il a déclaré établies les infractions aux articles 9, 11 et 42 de la loi du 12 avril 1965 concernant la protection de la rémunération des travailleurs à partir du 1^{er} janvier 2004.

Réforme le jugement dont appel en ce qu'il n'a pas reconnu, mais exclusivement avec effet à dater du 9 juin 2005, l'existence de la cause de justification alléguée par la **S.A. I.** sur la base de l'erreur invincible.

Condamne la **S.A. I.**, pour chacune des parties intervenantes volontaires :

- à identifier l'ensemble des déplacements qui ont été effectués par chacun des travailleurs concernés durant la période comprise entre le 1^{er} janvier 2004 et le 8 juin 2005 inclus ;
- à multiplier ce temps par le taux horaire de la rémunération due à chaque travailleur sur la base de son contrat de travail et des barèmes applicables en fonction des conventions collectives sectorielles en vigueur durant cette période dans la commission paritaire à laquelle ressortit ladite société ;
- à retrancher les cotisations sociales et le précompte professionnel ;
- à retrancher du montant qui reviendra aux travailleurs l'indemnisation forfaitaire nette qu'ils ont reçue pendant la même période.

Avant dire droit sur la hauteur de la créance sociale de chacune des parties intervenantes volontaires sur la base des infractions constatées durant ladite période à la charge de la **S.A. I.**, ordonne la réouverture des débats aux fins de permettre aux parties d'établir un décompte contradictoire des sommes dues au titre de la rémunération du temps de travail que constituent les déplacements, aller et retour, des intéressés depuis le moment où ils ont pointé leur présence au siège d'exploitation de l'entreprise jusqu'à leur arrivée au chantier, et depuis le dernier chantier jusqu'au retour à l'entreprise.

Dit que les observations des parties devront être échangées et déposées au greffe dans le respect du calendrier suivant de mise en état de la cause :

- dépôt du décompte chiffré et des observations de la partie appelante au plus tard pour le 26 février 2010 ;
- dépôt du décompte chiffré et des observations des parties intervenantes volontaires au plus tard pour le 26 mars 2010 ;
- dépôt des observations de Madame le Substitut général au plus tard le 26 avril 2010 ;
- dépôt des dernières observations des parties intervenantes volontaires au plus tard le 26 mai 2010 ;
- dépôt des dernières observations de la partie appelante, au plus tard le 25 juin 2010.

Ordonne la réouverture des débats et fixe date pour ce faire, en vertu de l'article 775 du Code judiciaire, au **vendredi 10 septembre 2010 à 15 h pour 45 minutes de débats, en la salle 2 I de la cour du travail de Liège**, siégeant au 2^{ième} étage de l'annexe du Palais de justice de Liège sise rue Saint-Gilles, n° 90 c à 4000 LIEGE.

Ordonne à la **S.A. I.** de notifier le présent arrêt dans le mois de son prononcé à l'ensemble des travailleurs préjudiciés.

Réserve les dépens de l'instance.

Ainsi arrêté par :

M. Pierre LAMBILLON, Conseiller faisant fonction de Président,
M. Christian THUNISSEN, Conseiller social au titre d'employeur,
M. Philippe LIZIN, Conseiller social au titre d'ouvrier,
qui ont assisté aux débats de la cause,
assistés lors de la signature de Mme Liliane MATAGNE, Greffier en chef f.f.,
qui signent ci-dessous

Le Greffier,

Les Conseillers sociaux,

Le Président,

et prononcé en langue française, à l'audience publique de la **SIXIEME CHAMBRE** de la **COUR DU TRAVAIL DE LIEGE**, section de Liège, en l'annexe du palais de justice de Liège, Rue Saint-Gilles, 90 C le **15 JANVIER 2010** par le Président et le Greffier.

Le Greffier,

Le Président.

Liliane MATAGNE

Pierre LAMBILLON.