

Droit de la sécurité sociale des travailleurs salariés – Cotisations – Travailleur à temps partiel – Horaire fixe ou variable – Horaire fixe avec des dérogations – Absence de registre – Conséquences – Application d'un horaire faisant l'objet de mesures de publicité – Présomption d'occupation à temps plein – Preuve contraire – Loi du 27/6/1969, art.22ter ; Loi-programme du 22/12/1989, art. 157 et 160

COUR DU TRAVAIL DE LIEGE

Section de NAMUR

Audience publique du 22 novembre 2011

R.G. n° 2011/AN/48

13^{ème} Chambre

Réf. Trib. trav. Namur, 6e ch., R.G. n°128.583

EN CAUSE DE :

**L'OFFICE NATIONAL DE SECURITE SOCIALE, en abrégé O.N.S.S.,
établissement public dont le siège est sis à 1060 BRUXELLES, Place
Victor Horta, 11, inscrit à la B.C.E. sous le n°0206.731.645**

appelant, comparaisant par Me Jean-Jacques Loumaye, avocat.

CONTRE :

**La S.C.R.L. STEIN, Extérieur Nuit, dont le siège social est situé à 5000
NAMUR, Place Chanoine Descamps, 6**

intimée, comparaisant par Me Pierre-Frédéric Nyst, avocat.

•
• •

MOTIVATION

L'arrêt est fondé sur les motifs suivants :

1. Quant à la recevabilité de l'appel.

Il ne résulte d'aucune pièce ni élément du dossier que le jugement dont appel aurait été signifié.

L'appel, régulier en la forme, est recevable.

2. Les faits.

- Le 23 avril 1997, l'Auditeur du travail de Namur demande à l'Inspection sociale de vérifier notamment le respect des mesures de publicité des horaires des travailleurs occupés à temps partiel par la S.C.R.L. STEIN, ci-après l'intimée.
- Le 22 avril 1998, l'Inspection procède au contrôle. Elle relève deux infractions, à savoir la non-inscription d'un travailleur au registre du personnel et le non-respect de la publicité des horaires pour une travailleuse à temps partiel occupée selon un horaire variable.
- Il s'agit de Mme J. engagée depuis le 2 janvier 1996 comme serveuse à temps partiel dont l'horaire n'a jamais été affiché ni même établi. Son contrat prévoit un horaire fixe repris au règlement de travail mais qui ne serait pas conforme aux prestations réelles.
- Le gérant de l'intimée est entendu le jour du contrôle à 14h45 et déclare : « Mme J. travaille depuis le 2 janvier 1996 comme serveuse à temps partiel, 20 heures par semaine selon un horaire fixe de 20 heures par semaine selon l'avenant au contrat établi le 1^{er} janvier 1996. [...]. Vous remarquez que son horaire de travail repris au règlement de travail prévoit qu'elle travaille le mercredi de 19 h à 22h30. Elle est donc ce jour en-dehors de son horaire. Aucun document de dérogation n'est établi. Exceptionnellement ce jour, 1^{er} beau jour de l'année, j'ai pris l'initiative de la faire venir plus tôt pour qu'elle me donne un coup de main pour sortir le mobilier de la terrasse. En fait, l'horaire [de Mme J.] est variable et non fixe ; l'horaire fluctue en fonction de la saison. Je m'arrange avec les horaires en fonction de la situation économique. Il n'y a pas d'horaire affiché, pour aucun travailleur ».
- Un autre travailleur occupé à temps partiel au service de salle sur le temps de midi confirme que les horaires varient selon la présence de clients et qu'ils ne sont pas affichés.
- Mme J. est également entendue. Elle déclare être occupée à mi-temps comme travailleuse en salle puis : « Je fais 20 heures semaines avec des horaires variables. En général, je travaille le soir de 19 h à 22h30. Cela

arrive de faire des heures supplémentaires récupérables par la suite. Soit je viens à midi, soit le soir ce qui est plus souvent le cas et à ce moment, je m'arrange avec mon collègue, M. T. Le patron n'intervient pas. Les horaires ne sont pas affichés mais j'ai connaissance de l'existence [d'un] livre de dérogation. J'ai eu connaissance du règlement de travail ».

- L'inspection propose la régularisation de la situation de Mme J. sur la base d'une occupation à temps plein dès lors que les horaires n'ont pas été affichés.

- L'O.N.S.S. informe la société intimée de la régularisation et du montant (413.157 F.B. en cotisations).

- Le contrat de travail prévoit un travail à heures fixes non mentionnées mais reprises au règlement du travail (soit de 19 h à 22h30 selon les indications données par l'intimée qui ne produit néanmoins pas le règlement de travail).

3. La demande.

Par citation du 14 décembre 2000, l'O.N.S.S. entend obtenir la condamnation de l'actuelle intimée à payer une somme de 13.427,05 € représentant les cotisations dues pour l'occupation à temps plein de Mme J. du 1^{er} trimestre 1996 au 1^{er} trimestre 1998, à majorer des vacances annuelles 1998 et 1999.

4. Le jugement.

Le tribunal constate que le contrat prévoit un horaire fixe tout en renvoyant au règlement de travail non produit. Mme J. travaille dans les mêmes conditions que son collègue, M.T. et en collaboration avec lui. Il considère dès lors que Mme J. travaille selon un horaire fixe (et non variable) avec des dérogations faisant l'objet de récupérations.

A défaut de mentions dans le document de dérogations, l'employeur peut apporter la preuve que les travailleurs ont en réalité travaillé à temps partiel et non à temps plein. La présomption est en effet réfragable. Or, les déclarations concordent pour conclure à une occupation à temps partiel.

5. L'appel.

L'O.N.S.S. relève appel au motif que Mme J. a été occupée à horaire variable et non à horaire fixe et que les documents de dérogation n'ont pas été tenus. Elle est présumée occupée à temps plein sans que l'intimée apporte la preuve contraire.

6. Fondement.

Les textes.

L'article 22^{ter} de la loi du 27 juin 1969, tel qu'en vigueur à l'époque¹, édicte que « sauf preuve du contraire apportée par l'employeur, les travailleurs à temps partiel seront présumés, à défaut d'inscription dans les documents visés aux articles 160, 162, 163 et 165 de la loi-programme du 22 décembre 1989 ou d'utilisation des appareils visés à l'article 164 de la même loi, avoir effectué leurs prestations conformément aux horaires qui ont fait l'objet de mesures de publicité visées aux articles 157 à 159 de la même loi. A défaut de publicité des horaires, les travailleurs à temps partiel seront présumés avoir effectué leurs prestations dans le cadre d'un contrat de travail à temps plein ».

Les articles 157 et suivants de la loi-programme du 22 décembre 1989 ont organisé le contrôle des prestations des travailleurs occupés à temps partiel.

L'article 157 prévoit tout d'abord qu'une copie du contrat visé à l'article 11^{bis} de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail doit être conservé à l'endroit où le contrôle peut avoir lieu.

L'article 159 stipule que lorsque le contrat est à horaire variable, l'horaire de travail doit faire l'objet d'une publicité par la voie d'un avis affiché au moins cinq jours à l'avance dans les locaux de l'entreprise et daté par l'employeur. Cet avis doit déterminer individuellement l'horaire de travail de chaque travailleur et être conservé pendant un an. Une des modifications apportée à cette disposition par la loi du 26 juillet 1996 précise que l'avis doit être affiché « avant le commencement de la journée de travail ».

L'article 160 prévoit que l'employeur est tenu de disposer d'un document dans lequel sont consignées les dérogations aux horaires de travail des travailleurs occupés à temps partiel. L'article 161 impose que la dérogation soit mentionnée au plus tard au moment du début des prestations (début avant l'heure de l'horaire normal ou prestations en-dehors de celles visées par l'horaire normal) ou à la fin de celles-ci (poursuite au-delà de l'heure prévue ou prestations en-dehors de celles visées par l'horaire normal)

Leur interprétation.

L'article 22^{ter} susvisé dans sa rédaction applicable aux faits soumis à la Cour concerne tout autant les travailleurs à temps partiel à horaire variable que ceux dont les horaires ne sont pas variables².

¹ Le texte a été modifié avec effet au 1^{er} janvier 2005.

² Cour trav. Liège, 15^e ch., 22 septembre 2005, R.G. n°31.580/03.

Sont donc aussi visés les travailleurs à temps partiel dont l'horaire de travail est normalement à heure fixe. Pour ceux-ci, des dérogations aux horaires doivent faire l'objet de mentions dans le registre ad'hoc dont question à l'article 160.

Mais les conséquences de manquements éventuels sur la situation des uns (horaire variable) et des autres (horaire fixe à cycle variable ou non) ne sont pas identiques.

En effet, le non-respect des dispositions prévues aux articles 160 et 165 qui concernent les instruments de contrôle de l'occupation à temps partiel via le registre de dérogations n'entraîne pas les mêmes conséquences que l'absence d'affichage de l'horaire³ puisque ce non-respect entraîne pour seule conséquence que le travailleur concerné sera présumé avoir travaillé conformément aux horaires affichés. Dès lors, le travailleur à temps partiel à horaire fixe mais pour lequel le registre de dérogations n'est pas correctement tenu n'est pas présumé avoir été occupé à temps plein mais l'avoir été conformément aux horaires qui ont fait l'objet de mesures de publicité⁴.

Le travailleur occupé à temps partiel et à horaire variable pour lequel l'employeur reste en défaut d'afficher l'horaire est quant à lui présumé avec avoir été occupé à temps plein.

La nature exacte de la présomption n'est pas discutée : il s'agit bien d'une présomption réfragable⁵.

Il convient de préciser quelle doit être la preuve contraire que l'employeur doit apporter.

La présente chambre de la Cour a jugé que la preuve attendue de l'employeur pour contrer la présomption ne consiste pas à établir que le travailleur respectait un horaire fixe mais qu'il accomplissait un horaire de travail à temps partiel (et non à temps plein) correspondant au nombre d'heures déclarées et que l'employeur ne peut donc se contenter d'établir que le travailleur prestait à temps partiel et non à temps plein mais qu'il doit établir le nombre d'heures de travail effectuées. Si ce nombre correspond au nombre déclaré, il n'y aura pas régularisation tandis que si le nombre d'heures est supérieur, il y aura régularisation à hauteur du nombre exact d'heures de travail prestées. Si l'employeur reste en défaut d'établir de façon suffisamment probante le nombre d'heures de travail effectué, il faut en déduire qu'il n'apporte pas la preuve contraire⁶ et que dès lors, la présomption d'occupation à temps plein s'applique intégralement même si les éléments du dossier permettent de conclure à

³ Cass., 14 janvier 2008, *J.T.T.*, 2008, p.242 et *Chron.D.S.*, 2008, p.407.

⁴ Cour trav. Liège, sect. Namur, 13^e ch., 21 décembre 2010, R.G. n°2010/AN/17.

⁵ Cf. Cass., 18 février 2002, *J.T.T.*, 2002, p.368 et p.370.

⁶ En ce sens : Cour trav. Liège, sect. Namur, 13^e ch., 2 avril 2001, R.G. n°6.488/99 et 24 juin 2003, R.G. n°7.208/2002.

une occupation à temps partiel mais dans le cadre d'un nombre d'heures imprécis.

La Cour de cassation ne partage pas cette interprétation.

Pour la Cour en effet, la preuve contraire « consiste à prouver que les travailleurs à temps partiel n'ont pas travaillé à temps plein dans le cadre d'un contrat de travail à temps plein et non à prouver l'importance des prestations effectives dans le cadre d'un contrat à temps partiel »⁷.

Dès lors, la juridiction saisie – et la présente chambre de la Cour s'est ralliée à l'interprétation donnée par la Cour de cassation – doit, travailleur par travailleur, vérifier si sur la base des informations dont elle dispose ou peut disposer à la suite de mesures d'instruction, le travailleur concerné a ou non travaillé dans le cadre d'un contrat de travail à temps partiel ou à temps plein⁸.

Relevons que le texte de l'article 22^{ter} a été modifié par la loi-programme du 27 décembre 2004 pour rendre nettement moins aisée la preuve contraire.

Leur application en l'espèce.

Le rapport de l'Inspection permet de supposer que tant le contrat de travail que le règlement de travail ont pu être consultés sur place. Il n'est pas douteux que l'Inspection aurait relevé l'infraction si tel n'avait pas été le cas.

L'horaire de travail était fixe ainsi que le prévoit le contrat même si le gérant de l'intimée prenait assez bien de liberté avec l'horaire prévu au règlement de travail et appliqué en théorie à Mme J.

Ces aménagements de l'horaire sont néanmoins réguliers mais pour autant que l'employeur tienne à jour le livre de dérogations, ce que l'intimée n'a à l'évidence pas fait puisqu'il n'a même pas pu présenter ce livre au service d'inspection dont les enquêteurs relèvent, un peu désabusés, que « tout le temps consacré [...] précédemment à expliquer la législation à temps partiel à cet employeur a été perdu en vain. De nos explications, il n'a retenu et n'a compris que ce qui l'arrangeait ».

Il n'en demeure pas moins que Mme J. n'est pas présumée avoir été occupée à temps plein mais avoir été occupée conformément aux horaires qui ont fait l'objet de mesures de publicité.

Or, l'occupation à mi-temps à raison de 20 heures par semaine fait partie des horaires en question et il en existe au moins deux horaires

⁷ Cass., 3 février 2003, *J.T.T.*, 2004, p.311 et *Chron.D.S.*, 2003, p.538.

⁸ Cour trav. Liège, sect. Namur, 13^e ch., 26 avril 2005, R.G. n°7.627/2004; Cour trav. Liège, sect. Namur, 13^e ch., 25 avril 2006, R.G. n°7.442/03 et Cour trav. Liège, sect. Namur, 13^e ch., 27 juin 2006, R.G. n°7.805/05.

comportant ce nombre d'heures dont un pour les prestations sur le temps de midi et un pour les prestations de soirée.

Ce constat suffit à débouter l'O.N.S.S. de son action fondée sur la présomption d'une occupation à temps plein.

Les parties n'ont cependant pas examiné le dossier sous cet angle mais exclusivement sous celui de la présomption d'occupation à temps plein. La Cour va donc aborder cet examen qui rendrait alors inutile une réouverture des débats.

A supposer donc que Mme J. soit présumée avoir été occupée à temps plein, *quod non*, la question qui se poserait alors est celle de savoir si l'intimée apporte la preuve que l'intéressée n'a été occupée qu'à temps partiel.

A cet égard, les déclarations des personnes occupées le jour du contrôle concordent. Mme J., qui ne bénéficie pas pour le surplus d'allocations de chômage et donc n'a aucun intérêt personnel à faire une fausse déclaration, a notamment confirmé son occupation à temps partiel avec un régime de récupération en cas de prestations exceptionnelles se situant en-dehors de son horaire. Son collègue, M. T., est dans la même situation.

La preuve contraire est ainsi rapportée à suffisance de droit. L'ancienneté des faits empêche toute mesure d'instruction complémentaire.

L'appel n'est pas fondé.

INDICATIONS DE PROCÉDURE

Vu les pièces du dossier de la procédure et notamment le jugement contradictoirement rendu le 26 octobre 2006 par la 6^{ème} chambre du tribunal du travail de Namur (R.G. n°128.583),

Vu l'appel formé par requête déposée au greffe de la Cour du travail le 27 juin 2007 et régulièrement notifiée à la partie adverse le jour même,

Vu l'omission du rôle en date du 13 décembre 2010 et la réinscription le 18 mars 2011,

Vu l'ordonnance rendue le 17 mai 2011 sur la base de l'article 747 du Code judiciaire aménageant les délais pour conclure et fixant la date de plaidoiries au 25 octobre 2011,

Vu les conclusions principales et de synthèse déposées par l'appelant au greffe respectivement les 15 mars et 19 août 2011,

Vu les conclusions de l'intimée reçues au greffe respectivement les 30 juin et 1^{er} juillet 2011,

Vu le dossier déposé par l'appelant à l'audience du 25 octobre 2011 à laquelle les parties ont été entendues en l'exposé de leurs moyens.

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 non fondé,

confirme le jugement dont appel en toutes ses dispositions, en ce compris quant aux dépens,

liquide l'indemnité de procédure revenant en appel à l'intimée à 320,65 €, comme liquidé par elle,

condamne l'appelant aux dépens d'appel liquidés jusqu'ores à 320,65 € en ce qui concerne l'intimée.

Ainsi arrêté par

M. Michel DUMONT, Président,
M. Thierry TOUSSAINT, Conseiller social au titre d'employeur,
M. Jacques WILLOT, Conseiller social au titre d'employé,
qui ont assisté aux débats de la cause,
assistés lors de la signature de M. Frédéric ALEXIS, Greffier,
qui signent ci-dessous

Le Greffier

Les Conseillers sociaux

Le Président

et prononcé en langue française, à l'audience publique de la **TREIZIEME CHAMBRE** de la **COUR DU TRAVAIL DE LIEGE**, section de Namur, au palais de justice de NAMUR, Place du Palais de Justice, 5, le **VINGT-DEUX NOVEMBRE DEUX MILLE ONZE** par le Président et le Greffier.

Le Greffier

Le Président

M. Frédéric ALEXIS

M. Michel DUMONT