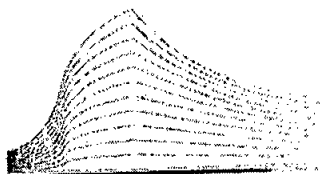


Copie

art. 792 C.J.

Exempt du droit de greffe - art. 280,2° C.Enr.



Expédition

Numéro du répertoire

2014 / 3331

Date du prononcé

18 décembre 2014

Numéro du rôle

2013/AB/963

Délivrée à

le
€
JGR

Cour du travail de Bruxelles

deuxième chambre

Arrêt

COVER 01-00000060842-0001-0020-01-01-1



DROIT DU TRAVAIL - contestation employé / ouvrier
Arrêt contradictoire
Définitif

SENIOR SERVICE FLAT ASCOT SA, dont le siège social est établi à 1020 BRUXELLES, Avenue de la Sarriette, 21,
partie appelante au principal, intimée sur incident,
représentée par Maître GOMREE Marie-Paule, avocate à 1160 BRUXELLES, Avenue Tedesco, 7,

contre

M
partie intimée au principal, appelante sur incident,
représentée par Monsieur CAPPELLE Jean, délégué syndical, porteur de procuration,

★

★ ★

I. INDICATIONS DE PROCÉDURE

La SA Senior Service Flat ASCOT a fait appel le 7 octobre 2013 d'un jugement prononcé par le tribunal du travail de Bruxelles le 8 avril 2013.

L'appel a été introduit dans les formes et les délais légaux. Dès lors, il est recevable. En effet, le dossier ne révèle pas que le jugement a été signifié ; le délai d'appel n'a donc pas pris cours.

Les dates pour conclure ont été fixées par une ordonnance du 7 novembre 2013, prise



à la demande conjointe des parties.

La SA Senior Service Flat ASCOT a déposé ses conclusions le 28 avril 2014 et le 25 août 2014, ainsi qu'un dossier de pièces.

Madame M a déposé ses conclusions le 7 février 2014, le 7 juillet 2014 et le 7 octobre 2014, ainsi qu'un dossier de pièces.

Les parties ont plaidé lors de l'audience publique du 6 novembre 2014 et la cause a été prise en délibéré immédiatement.

Il a été fait application de l'article 24 de la loi du 15 juin 1935 concernant l'emploi des langues en matière judiciaire.

II. LES FAITS

Madame V a été engagée par la SA Senior Service Flat ASCOT du 28 août au 28 novembre 2000 dans le cadre d'un contrat de travail d'ouvrière en qualité de veilleuse de nuit.

La durée hebdomadaire du travail a été fixée à 38 heures 30, à raison d'un horaire de 18 heures à 8 heures tous les jours de la semaine et du week-end, une semaine sur deux. Il a été convenu que « La partie de la nuit entre 23 h et 6 h est considérée comme une veille dormante durant laquelle les heures effectivement prestées sont au nombre de 4. Si la prestation dépassait ces 4 heures, elle serait payée. Une chambre et un cabinet de toilette sont mis à disposition ».

Ce contrat de travail a été immédiatement suivi d'un contrat de travail d'ouvrière à durée indéterminée à partir du 29 novembre 2000 en qualité de garde de nuit. L'horaire convenu est identique au précédent et le contrat de travail du 28 novembre 2000 contient la même clause que le premier contrat de travail au sujet de la « veille dormante ».

Par un courrier du 20 août 2003, l'organisation syndicale a demandé à la SA Senior Service Flat ASCOT de régulariser la rémunération de Madame M sur la base de l'échelle 1.35, en lieu et place de l'échelle 2.10 qui lui était appliquée.

À une date indéterminée, elle a également réclamé la rémunération des heures de « veille dormante ». Le secrétariat social de la SA Senior Service Flat ASCOT a répondu négativement à cette demande par un courrier du 8 décembre 2004.

Madame M a mis fin au contrat de travail moyennant un préavis qui s'est terminé le 31 décembre 2005.



III. LE JUGEMENT DU TRIBUNAL DU TRAVAIL

Par une citation signifiée le 28 juin 2010, Madame M a demandé au tribunal du travail de Bruxelles de condamner la SA Senior Service Flat ASCOT :

- à lui payer :
 - 10.786,29 euros brut à titre de réparation en nature du préjudice causé par le non-paiement de rémunération, en ce compris les pécules de vacances et les primes de fin d'année, pour les années 2000 à 2005 ;
 - 10.528,79 euros brut à titre de réparation en nature du préjudice causé par le non-paiement de rémunération des heures « dormantes » pour les années 2000 à 2005 ;
 - 1.748,87€ euros brut à titre de réparation en nature du préjudice causé par le non-paiement du complément de pécule de vacances ;
 - 263,226 brut à titre de dommages et intérêts causés par le non-paiement du complément de prime de fin d'année ;
 - les intérêts légaux (qualifiés ensuite de compensatoires dans les dernières conclusions) et judiciaires sur les montants précités ;
 - les dépens de l'instance ;
- à lui délivrer les documents suivants :
 - fiche de paie relative aux montants demandés ;
 - fiche fiscale relative aux montants demandés.à peine d'une astreinte de 25€ par jour de carence et par document manquant.

Par un jugement du 8 avril 2013, le tribunal du travail de Bruxelles a décidé ce qui suit :

*« Statuant contradictoirement ;
Déclare la demande de Madame : M recevable et largement fondée ;
Condamne la S.A. SENIOR SERVICE FLAT ASCOT à lui payer :
- 10.786,29€ brut à titre de dommages et intérêts pour le non-paiement de rémunération, en ce compris les pécules de vacances et les primes de fin d'année, pour les années 2000 à 2005 ;
- 10.528,79€ brut à titre de dommages et intérêts causé par le non-paiement de rémunération des heures « dormantes » pour les années 2000 à 2005 ;
- 1.748,87€ brut à titre de dommages et intérêts causé par le non-paiement du complément de pécule de vacances ;
- 263,22€ brut à titre de dommages et intérêts causés par le non-paiement du complément de prime de fin d'année ;
Dit que les intérêts judiciaires sont dus sur ces montants depuis la date du 28 juin 2010 jusqu'au parfait paiement.*



Condamne la S.A. SENIOR SERVICE FLAT ASCOT à délivrer la fiche de paie et la fiche fiscale relatifs aux montants précités.

Condamne la S.A. SENIOR SERVICE FLAT ASCOT aux dépens liquidés dans le chef de Madame N à 124,56€ au titre de frais de citation.

Dit n'y avoir lieu à exécution provisoire. »

IV. LES APPELS ET LES DEMANDES SOUMISES À LA COUR DU TRAVAIL

La SA Senior Service Flat ASCOT demande à la cour du travail de réformer le jugement du tribunal du travail, de déclarer les demandes de Madame M prescrites ou à tout le moins non fondées, de l'en débouter et de la condamner aux dépens des deux instances.

Madame M demande la confirmation du jugement, sous réserve de la réduction de sa demande de réparation en nature du préjudice causé par le non-paiement de rémunération à 10.160,67 euros brut au lieu de 10.786,29 euros brut.

Elle interjette implicitement, mais certainement, appel incident du jugement en ce qu'il a rejeté sa demande d'intérêts compensatoires. Elle demande à la cour du travail de majorer le montant des condamnations des intérêts compensatoires et judiciaires ainsi que des dépens.

V. EXAMEN DE LA CONTESTATION

1. La demande relative à la rémunération barémique

La demande est fondée et n'est pas prescrite.

Cette décision est motivée par les raisons suivantes :

Madame M demande la réparation en nature du préjudice causé par le non-paiement de la rémunération barémique fixée par l'échelle 1.35 pour la période de novembre 2002 à décembre 2005 inclus. Elle renonce à sa demande pour la période antérieure à novembre 2002.

La SA Senior Service Flat ASCOT fait valoir que cette demande est prescrite ou, à tout le moins, non fondée. Elle ne conteste pas ne pas avoir payé la rémunération barémique de l'échelle 1.35, qui est à présent réclamée. Elle soutient qu'elle n'en est pas redevable car, à son estime, Madame M ne relevait pas de la catégorie barémique à laquelle correspond l'échelle 1.35.



1.1. Qualification de la demande

L'action intentée par Madame M n'est pas une action contractuelle, mais une action civile résultant d'une infraction. Ceci ressort expressément de ses écrits de procédure dans lesquels elle demande l'indemnisation du préjudice causé par une infraction.

La circonstance qu'elle demande également des intérêts légaux ne modifie pas la nature de sa demande. En effet, à supposer que des intérêts légaux ne puissent être réclamés dans le cadre de l'indemnisation du préjudice causé par une infraction – ce qui reste à examiner – la conséquence en serait le non-fondement de la demande d'intérêts légaux, et non la modification de la nature de la demande.

En tout état de cause, les règles rappelées ci-dessous, relatives à la prescription de l'action civile née d'une infraction, sont applicables à toute action civile tendant à une condamnation fondée sur des faits révélant l'existence d'une infraction, même si ces faits sont également constitutifs d'un manquement contractuel et si l'action tend à l'exécution de l'obligation contractuelle¹.

Le fait que parmi les nombreuses questions à résoudre avant le trancher le litige, la cour ait à déterminer si Madame M relève de la catégorie des employés ou de celle des ouvriers ne transforme pas la nature de l'action. Il ne s'agit que d'une question incidente.

1.2. Fondement de la demande

1.2.1. Les principes relatifs au délit de non-paiement de la rémunération

L'infraction reprochée à la SA Senior Service Flat ASCOT est le non-paiement de la rémunération barémique fixée par convention collective². Le non-paiement de la rémunération due en vertu d'une convention collective de travail rendue obligatoire par arrêté royal était, à l'époque des faits, érigé en infraction par les articles 9 et 42 de la loi du 12 avril 1965 concernant la protection de la rémunération des travailleurs ainsi que par l'article 56, alinéa 1^{er}, 1°, de la loi du 5 décembre 1968 sur les conventions collectives de travail et les commissions paritaires. Il est actuellement incriminé par l'article 162 du Code pénal social.

L'élément matériel de cette infraction est le non-paiement de la rémunération à laquelle le travailleur a droit.

¹ Cass., 20 avril 2009, *J.T.T.*, p. 427.

² Convention collective de travail concernant l'harmonisation des échelles salariales barémiques des maisons de repos pour personnes âgées et des maisons de repos et de soins avec les échelles de rémunération barémiques du personnel des hôpitaux privés, conclue au sein de la sous-commission paritaire n° 305.02 le 25 septembre 2002, rendue obligatoire par arrêté royal du 23 octobre 2002.



C'est à tort que la SA Senior Service Flat ASCOT fait valoir que l'infraction ne requiert pas d'élément moral. En droit belge, il n'existe pas d'infraction purement matérielle ; toute infraction suppose un élément matériel et un élément moral³.

Certaines infractions, tel le non-paiement de la rémunération due, ne requièrent pas d'intention particulière de la part de leur auteur. L'élément moral consiste alors à avoir agi de manière contraire à ce que la loi exige, et ce librement, en d'autres mots sans contrainte, et consciemment, c'est-à-dire en pleine possession de ses facultés⁴.

La preuve de ce que l'auteur de l'infraction a agi sans contrainte et en pleine possession de ses facultés peut résulter du fait matériel lui-même, tel le non-paiement de la rémunération due⁵.

Toutefois, l'élément moral requis fait défaut si l'auteur du fait matériel peut se prévaloir de la force majeure, d'une erreur invincible ou d'une autre cause de justification⁶.

La bonne foi et l'erreur ne peuvent être retenues comme causes de justification qu'aux strictes conditions suivantes, rappelées par la Cour de cassation :

« D'une part, la bonne foi peut constituer une cause de justification lorsqu'elle provient d'une erreur invincible.

D'autre part, l'erreur de droit peut, en raison de certaines circonstances, être considérée par le juge comme invincible à la condition que, de ces circonstances, il puisse se déduire que la personne qui y a versé a agi comme l'aurait fait toute personne raisonnable et prudente »⁷.

Quant à la charge de la preuve, il appartient à la partie qui a introduit une demande fondée sur une infraction de démontrer que tous les éléments constitutifs de l'infraction sont réunis et qu'elle est imputable à la partie adverse. Pour ce qui concerne les causes de justification, il suffit à la personne à qui une infraction est reprochée d'alléguer avec vraisemblance une cause de justification ; si celle-ci est plausible, il incombe à la partie qui réclame indemnisation de démontrer que cette cause de justification n'existe pas⁸.

³ Cass., 27 septembre 2005, *R.C.J.B.*, 2009, p. 203.

⁴ Cass., 3 octobre 1994, *www.cass.be*, RG n° C930243F ; F. ROGGEN, « L'élément moral dans les infractions : une controverse obsolète », *Actualité en droit pénal*, coord. F. ROGGEN, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 1. ; R. LEGROS, « Considérations sur quelques arrêts récents concernant l'élément moral dans les infractions », *Journal des Procès*, 1995, p. 13.

⁵ Cass., 1^{er} février 2011, *www.cass.be*, RG n° P101335N ; Cass., 8 avril 2008, *www.cass.be*, RG n° P080006N ; Cass., 26 février 2008, *www.cass.be*, RG n° P061518N ; Cass., 27 septembre 2005, *R.C.J.B.*, 2009, p. 203.

⁶ Voyez les mêmes arrêts.

⁷ Cass., 14 mai 2012, *www.cass.be*, RG n° S110011F et S110127F.

⁸ Cass., 11 juin 2010, *www.cass.be*, RG n° C20090178F ; Cass., 30 septembre 2004, *www.cass.be*, RG n° C030527F ; Cass., 14 décembre 2001, *J.T.*, 2002, p. 261 ; F. KÉFER, « L'erreur invincible de l'employeur ou l'infraction imputable comme condition d'application de la prescription quinquennale de l'action *ex delicto* », *Chr. D.S.*, 2000, p. 261.



1.2.2. Application des principes en l'espèce

La classification des fonctions et les barèmes de rémunération ont été fixés, pour les entreprises relevant de la sous-commission paritaire n° 305.02, par la convention collective de travail concernant l'harmonisation des échelles salariales barémiques des maisons de repos pour personnes âgées et des maisons de repos et de soins avec les échelles de rémunération barémiques du personnel des hôpitaux privés, conclue le 25 septembre 2002 et rendue obligatoire par arrêté royal du 23 octobre 2002.

La catégorie barémique à laquelle appartient chaque travailleur doit être déterminée eu égard aux fonctions effectivement exercées par celui-ci. La circonstance que les feuilles de paie indiquent une catégorie inférieure n'empêche pas le travailleur de revendiquer a posteriori la rémunération de la catégorie qui aurait dû lui être reconnue en raison de ses fonctions.

La classification des fonctions et les barèmes distinguent les ouvriers des employés. Conformément aux articles 2 et 3 de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail, le travailleur est un employé si son travail est de nature principalement intellectuelle ; il est un ouvrier si son travail est de nature principalement manuelle. Ce critère de distinction doit être appliqué eu égard au travail réellement accompli par le travailleur. Sur ce point également, la qualification donnée au contrat de travail écrit et les mentions indiquées par l'employeur sur les feuilles de paie ne sont pas déterminantes et le travailleur peut revendiquer, a posteriori, la qualité d'employé s'il prouve qu'il accomplissait un travail principalement intellectuel.

Madame M a été engagée en qualité de garde de nuit. Les parties concordent sur le fait que ses fonctions comportaient les prestations suivantes : toilette, change, réfection des lits, aide éventuelle dans les déplacements des personnes, entretien, rondes de nuit⁹. Il ne s'agissait donc pas principalement de garder un bâtiment, mais bien d'assister des personnes âgées, en ce compris certains actes de soin (toilette, change).

Les travailleurs accomplissant ces tâches font partie du personnel soignant, c'est-à-dire du personnel qui assiste effectivement les praticiens de l'art infirmier dans la dispensation des soins et aide les patients dans les actes de la vie journalière, la préservation de leur autonomie et le maintien de leur qualité de vie¹⁰.

⁹ Lettre du secrétariat social à la CNE du 8 décembre 2004.

¹⁰ Article 1^{er}, 9^o, de l'arrêté ministériel du 6 novembre 2003 fixant le montant et les conditions d'octroi de l'intervention visée à l'article 37, § 12, de la loi relative à l'assurance obligatoire soins de santé et indemnités, coordonnée le 14 juillet 1994, dans les maisons de repos et de soins et dans les maisons de repos pour personnes âgées ; voyez également l'article 4 qui précise les qualifications que les membres du personnel soignant doivent détenir.



C'est à juste titre que le tribunal du travail a considéré la fonction de Madame M comme essentiellement intellectuelle¹¹. C'est également l'opinion des partenaires sociaux réunis au sein de la sous-commission paritaire, qui ont déclaré dès 1995 que les membres du personnel soignant accomplissaient des activités essentiellement intellectuelles et relevaient donc du statut d'employé¹².

La convention collective sectorielle précitée répartit le personnel soignant, infirmier et paramédical en 8 catégories. La 4^{ème} catégorie, revendiquée par Madame M inclut le personnel qui a obtenu un titre qualifiant du niveau de l'enseignement secondaire supérieur ou équivalent. L'annexe 2 à la convention collective cite, à titre exemplatif, les personnes titulaires d'un certificat d'auxiliaire polyvalent(e) des services à domicile et en collectivités délivré par l'enseignement secondaire supérieur de qualification en promotion sociale.

Or, Madame M est précisément titulaire de ce certificat. Il ne fait dès lors aucun doute qu'elle relevait de la 4^{ème} catégorie de fonctions du personnel soignant.

La SA Senior Service Flat ASCOT lui était dès lors redevable de la rémunération barémique liée à cette catégorie, soit savoir la rémunération fixée par l'échelle barémique 1.35 (anciennement 2.22 bis).

La SA Senior Service Flat ASCOT ne lui ayant pas payé cette rémunération durant la période litigieuse (à partir de novembre 2002), l'élément matériel de l'infraction de non-paiement de la rémunération barémique est établi.

L'élément moral de l'infraction est également établi. En effet, la SA Senior Service Flat ASCOT a payé à Madame M une rémunération insuffisante, et ce sans contrainte et en pleine possession des facultés. Elle ne fait valoir aucune cause de justification, hormis une erreur.

La prétendue « erreur » quant à la qualification professionnelle ne fait disparaître l'élément moral de l'infraction qu'à condition qu'il s'agisse d'une erreur invincible, que n'aurait pas commise toute personne raisonnable et prudente. Tel n'est certainement pas le cas en l'espèce : au vu de la déclaration des partenaires sociaux réunis au sein de la sous-commission paritaire le 18 février 1995, la SA Senior Service Flat ASCOT ne pouvait ignorer qu'en tant que membre du personnel soignant, Madame M devait être reconnue comme employée ; par ailleurs, le diplôme qu'elle détient est expressément mentionné par la convention collective applicable comme l'un de ceux qui déterminent la classification en catégorie 4.

¹¹ Voyez également en ce sens : C.trav. Liège, 23 juin 2008, J.T.T., p. 385 ; C.trav. Mons, 16 décembre 1997, J.T.T., 1998, p. 468.

¹² Déclaration des partenaires sociaux du 18 décembre 1995.



La SA Senior Service Flat ASCOT a évoqué à l'audience le fait que l'exploitation de la maison de repos aurait été reprise par Monsieur Bienvenu en 2003 et que celui-ci n'aurait fait qu'appliquer les mêmes barèmes que son prédécesseur. La cour lui fait observer que c'est la SA Senior Service Flat ASCOT qui est mise en cause dans le cadre du présent litige, et non Monsieur Bienvenu personnellement. C'est dès lors la responsabilité de la SA Senior Service Flat ASCOT, personne morale, qu'il y a lieu de déterminer. Le fait qu'elle ait changé d'administrateurs et peut-être même d'actionnaires entre le début de la période litigieuse et aujourd'hui est sans incidence, la personnalité juridique de l'employeur étant inchangée.

L'infraction de non-paiement de la rémunération barémique est donc établie pour toute la période litigieuse, c'est-à-dire de novembre 2002 à décembre 2005 inclus.

1.2.3. La demande d'indemnisation

Madame M. demande la réparation en nature du préjudice qui lui a été causé par le non-paiement de la rémunération barémique à laquelle elle avait droit.

Il est admis que le paiement de la rémunération peut être obtenu à titre de réparation en nature du préjudice causé par le délit de non-paiement de la rémunération : « En condamnant la demanderesse à payer à la défenderesse les montants bruts des rémunérations non payées, sous déduction du précompte professionnel et des retenues de sécurité sociale à verser aux institutions compétentes, l'arrêt alloue la réparation en nature réclamée et replace la défenderesse dans la situation dans laquelle elle se serait trouvée si l'infraction n'avait pas été commise »¹³.

Les montants réclamés ne sont pas contestés à titre subsidiaire quant à leur calcul.

Il reste à déterminer si la demande est, en tout ou en partie, prescrite.

1.3. Prescription de la demande

1.3.1. Les principes relatifs à la prescription de la demande

En vertu de l'article 26 du titre préliminaire du Code de procédure pénale et de l'article 2262bis du Code civil, l'action civile résultant d'une infraction se prescrit en 5 ans à partir du lendemain du jour où la personne lésée a eu connaissance de son dommage et de l'identité du responsable, sans pouvoir se prescrire avant l'action publique.

¹³ Cass., 22 janvier 2007, *J.T.T.*, p. 481 et *Chr. D.S.*, 2008, p. 443 ; F. KÉFER, « La rémunération du salarié : où il est question d'objet et de cause de la demande, de prescription et de réparation en nature du dommage », *R.C.J.B.*, 2008, p. 200 et suiv. ; L. ELIAERTS, « Loon als schadevergoeding *ex delicto* », *Chr. D.S.*, 1995, p. 257 ; L. ELIAERTS, « Loon als schadeherstel *ex delicto* : revisited », *Chr. D.S.*, 2008, p. 437.



La prescription quinquennale prévue par ces dispositions trouve à s'appliquer à toute demande tendant à une condamnation civile qui se fonde sur des faits révélant l'existence d'une infraction¹⁴, pour autant que le juge constate que les faits qui servent de base à cette demande tombent sous l'application de la loi pénale. Il ne suffit pas que l'infraction pénale soit invoquée ; avant de faire application des règles régissant la prescription de l'action civile fondée sur une infraction, le juge doit relever en l'espèce tous les éléments constitutifs de cette infraction et vérifier si celle-ci est imputable à la partie à qui l'indemnisation est réclamée¹⁵.

En règle, l'infraction de non-paiement de la rémunération est commise de manière instantanée à la date ultime prévue pour le paiement. Le délai de prescription de l'action née de cette infraction prend cours à cette date¹⁶.

Néanmoins, lorsque plusieurs faits délictueux sont l'exécution successive d'une même intention délictueuse, celle-ci n'est entièrement consommée et la prescription de l'action qui en découle ne prend cours, à l'égard de l'ensemble des faits, qu'à partir du dernier de ceux-ci, pourvu qu'aucun d'entre eux ne soit séparé du suivant par un temps plus long que le délai de prescription applicable¹⁷. En ce cas, le délit est qualifié de « délit continué ».

Le délit continué est caractérisé par l'unité d'intention délictueuse. Celle-ci peut être admise pour des infractions dont l'élément moral consiste à avoir sciemment contrevenu à une disposition légale, pour autant que le juge du fond constate que les différents faits constituent la manifestation successive de la même intention, ainsi entendue¹⁸.

1.3.2. Application des principes en l'espèce

Pour les raisons exposées ci-dessus, l'infraction de non-paiement de la rémunération barémique pour la période de novembre 2002 à décembre 2005 est établie à charge de la SA Senior Service Flat ASCOT.

Madame M a introduit sa demande en justice par citation du 28 juin 2010.

C'est à juste titre que Madame M fait valoir que la SA Senior Service Flat ASCOT a commis une infraction continuée tout au long de la période litigieuse.

¹⁴ Cass., 23 octobre 2006, *J.T.T.*, 2007, p. 227; Cass., 22 janvier 2007, RG n° S040165N, *J.T.T.*, p. 289; Cass., 20 avril 2009, *J.T.T.*, p. 429.

¹⁵ Cass., 11 février 1991, *J.T.T.*, p. 298; Cass., 25 octobre 2004, *www.cass.be*, RG n° S990190F; Cass., 9 février 2009, *J.T.T.*, p. 211.

¹⁶ Cass., 21 décembre 1992, *Pas.*, p. 1398.

¹⁷ Article 65, alinéa 1^{er}, du Code pénal; Cass., 7 avril 2008, *J.T.T.*, p. 285; Cass., 2 février 2004, *Chr.D.S.*, p. 437.

¹⁸ Cass., 12 février 2007, *J.T.T.*, p. 213; Cass., 13 novembre 2007, *www.cass.be*, RG n° P071092N.



En effet, la SA Senior Service Flat ASCOT a commis l'infraction chaque mois. L'interruption durant les mois d'août à décembre 2004 correspond à une période durant laquelle aucune rémunération n'était due en raison de l'absence pour maladie de Madame M. Cette interruption a été nettement plus brève que le délai de prescription de 5 ans, de sorte qu'elle n'a pas rompu le continuum des infractions. Ces infractions sont la manifestation d'une même unité d'intention, au sens qui a été précisé ci-dessus.

En outre, la SA Senior Service Flat ASCOT a agi non seulement consciemment, mais même de manière intentionnelle au moins à partir du 20 août 2003, date à laquelle l'organisation syndicale a attiré son attention sur l'insuffisance de la rémunération et demandé une régularisation de la rémunération de Madame M sur la base de l'échelle 1.35.

Par conséquent, la prescription de 5 ans a pris cours lors du dernier paiement de rémunération insuffisante, soit à la fin du contrat de travail le 31 décembre 2005.

L'action intentée moins de 5 ans plus tard, le 28 juin 2010, n'est pas prescrite.

2. La demande relative à la rémunération des heures « dormantes »

La demande est fondée et n'est pas prescrite.

Cette décision est motivée par les raisons suivantes :

Madame M demande la réparation en nature du préjudice causé par le non-paiement de la rémunération des heures « dormantes » pour la période d'août 2000 à décembre 2005 inclus. Il s'agit des trois heures par nuit pour lesquelles le contrat de travail ne prévoyait pas de rémunération, car la partie de la nuit entre 23 heures et 6 heures était considérée comme une « veille dormante » durant laquelle les heures effectivement prestées étaient contractuellement fixées au nombre de quatre.

La SA Senior Service Flat ASCOT fait valoir qu'elle n'a pas commis d'infraction et, en tout état de cause, que la demande est prescrite.

2.1. Qualification de la demande

L'action intentée par Madame M n'est pas une action contractuelle, mais une action civile résultant d'une infraction.

Les développements consacrés à cette question au point 1.1. peuvent être intégralement repris ici.



2.2. Fondement de la demande

L'infraction reprochée à la SA Senior Service Flat ASCOT est le non-paiement du salaire et du sursalaire pour les trois heures supplémentaires effectuées chaque nuit. Le non-paiement de la rémunération des heures supplémentaires était, à l'époque des faits, érigé en infraction par les articles 9, 9bis et 42 de la loi du 12 avril 1965 concernant la protection de la rémunération des travailleurs et par l'article 53 de la loi du 16 mars 1971 sur le travail. Il est actuellement incriminé par l'article 162 du Code pénal social.

L'élément matériel de cette infraction est le non-paiement de la rémunération à laquelle le travailleur a droit.

Pour déterminer les droits de Madame M..., il n'est pas indispensable de se référer à la jurisprudence développée par la Cour de Justice de l'Union européenne¹⁹ au cours des années 2000 au sujet de la durée du travail ; cette jurisprudence ne concerne d'ailleurs pas directement la question de la rémunération. Les règles que la SA Senior Service Flat ASCOT avait à appliquer sont suffisamment définies par la législation, la doctrine et la jurisprudence belges.

L'article 29 de la loi du 16 mars 1971 sur le travail détermine la rémunération due pour les heures supplémentaires, c'est-à-dire les heures de travail dépassant les limites maximales de la durée du travail fixées par ou en vertu de cette loi : pour ces heures, le travailleur a droit à une rémunération égale à 150 % de la rémunération ordinaire.

L'article 19, alinéa 2, de cette loi définit la durée du travail comme le temps durant lequel le travailleur est à la disposition de l'employeur. Le travailleur est à la disposition de l'employeur lorsqu'il est tenu de rester sur son lieu de travail et doit être prêt à répondre à tout moment à la demande de prestations émanant de l'employeur ou des personnes hébergées dans l'établissement de celui-ci²⁰.

L'article 19, alinéa 3, de la loi, permet que le temps de travail soit défini par arrêté royal pour ce qui concerne certains travaux, notamment les travaux intermittents. Aucun arrêté royal n'a été pris en exécution de cette disposition pour ce qui concerne les maisons de repos pour personnes âgées. La loi sur le travail étant d'ordre public, le temps de travail ne peut être défini par un contrat de travail qui s'écarterait des dispositions de la loi²¹.

¹⁹ À l'époque dénommée Cour de Justice des Communautés européennes.

²⁰ C.trav. Liège, 19 décembre 2007, *Chr.D.S.*, 2008, p. 288 ; C.trav. Liège, 14 novembre 2007, *J.T.T.*, 2008, p. 72 ; C.trav. Mons, 21 mars 2005, *J.T.T.*, p. 453 ; C.trav. Liège, 25 février 2004, *J.T.T.*, p. 433 ; A. FRANKART et M. GLORIEUX, « Temps de garde : regards rétrospectifs et prospectifs à la lumière des développements européens », *La loi sur le travail*, Anthémis, 2011, p. 369 et 382.

²¹ C.trav. Mons, 3 mars 2009, *www.juridat.be*, RG n° 20203 ; C.trav. Liège, 19 décembre 2007, *Chr.D.S.*, 2008, p. 188 ; C.trav. Mons, 21 mars 2005, *J.T.T.*, p. 453 ; C.trav. Liège, 25 février 2004, *J.T.T.*, p. 433 ; B. LANTIN



En l'espèce, en tant que « garde de nuit », Madame M devait être disponible à tout moment et répondre immédiatement à un éventuel appel d'un résident. Tout ce temps doit être considéré comme du temps de travail conformément aux principes qui viennent d'être rappelés. Étant donné que Madame M effectuait chaque nuit trois heures de travail au-delà des limites de la durée maximale du travail, elle devait être rémunérée pour ces heures supplémentaires à concurrence de 150 % de sa rémunération ordinaire. Or, cette rémunération à laquelle Madame M avait droit ne lui a pas été payée.

L'élément matériel de l'infraction est établi.

Quant à l'élément moral de l'infraction, les principes exposés au point 1.2.1. peuvent être repris ici.

La SA Senior Service Flat ASCOT conteste l'existence de l'élément moral de l'infraction. Elle se prévaut d'une cause de justification consistant en l'erreur invincible, qu'elle déduit du fait qu'à l'époque de l'occupation de Madame M, la jurisprudence ne considérait pas le temps de garde dormante comme constituant intégralement de la rémunération.

Ce n'est pas exact. Une partie de la jurisprudence de l'époque se prononçait en effet en ce sens, mais une autre partie de la jurisprudence ainsi que la doctrine majoritaire critiquaient cette position et considéraient déjà que constituait du temps de travail, le temps durant lequel un travailleur était autorisé à dormir sur son lieu de travail, mais était tenu de répondre à tout appel de personnes dont il assurait la garde²².

et L. BALLARIN, « Durée du travail », *Guide social permanent – Droit du travail : commentaires*, Partie II, Livre III, Titre II, chap. I, 1, n° 170.

²²O. VANACHTER, « Wachtdienst en arbeidsduur », *Ors*, 1986, p. 51 ; M. DAVAGLE, « Travailler : être à la disposition de l'employeur », *Ors*, 2000, p. 12 et s. et les nombreuses références de doctrine (e.a. J. PETIT, E. TRUYENS, O. VANACHTER, M. DE GOLS) et de jurisprudence (e.a. C.trav. Anvers, 4 janvier 1994, *Chr.D.S.*, p. 355 ; C.trav. Bruxelles, 20 février 1990, *J.T.B.*, p. 235 ; Trib.trav. Louvain, 24 décembre 1997, *Chr.D.S.*, p. 246).



En réponse à une question parlementaire, le Ministre de l'Emploi et du Travail a exposé, le 2 février 1998, que « *En ce qui concerne la garde dormante, celle-ci implique que le travailleur, présent sur les lieux du travail, est autorisé à dormir, mais doit répondre à tout appel de son employeur ou de personnes dont il assume la garde au service de l'employeur. En principe, compte tenu de la définition de la durée du temps de travail, il faut considérer qu'il s'agit bien, dans ce cas, de temps de travail. C'est par ailleurs ce qu'a confirmé la Cour de cassation (Cass., 30 janvier 1984, RG no 4097) pour qui la définition du temps de travail englobe les services de gardes effectuées à la maison ou sur les lieux du travail dès que le travailleur doit s'attendre à répondre à un appel imprévu dont la possibilité continue le maintient sans interruption à la disposition de l'employeur. Cependant, certaines décisions de jurisprudence admettent que les parties fixent par convention, le temps pendant lequel le travailleur était à la disposition de son employeur alors qu'il avait la possibilité de dormir* »²³ (suivent des références jurisprudentielles). Le principe a ainsi été clairement affirmé, même si des décisions de jurisprudence qui s'en écartaient ont été signalées.

En présence d'une controverse juridique, la SA Senior Service Flat ASCOT a opté pour l'interprétation la plus défavorable à Madame M. Elle doit supporter les risques qui en découlent. Elle ne peut se prévaloir d'une erreur invincible, qui requiert d'avoir agi comme l'aurait fait toute personne raisonnable et prudente.

En outre, surabondamment, la SA Senior Service Flat ASCOT a agi non seulement consciemment, mais aussi de manière intentionnelle au moins à partir du 8 décembre 2004, date à laquelle son secrétariat social a écrit à l'organisation syndicale de Madame M. que la société considérait trois heures de chaque nuit comme des heures « dormantes » non rémunérées.

Dès lors, l'infraction est établie.

Madame M. demande la réparation en nature du préjudice qui lui a été causé par le défaut de paiement de la rémunération pour heures supplémentaires à laquelle elle avait droit.

Comme il a été rappelé ci-dessus, il est admis que le paiement de la rémunération peut être obtenu à titre de réparation en nature du préjudice causé par le délit de non-paiement de la rémunération.

Les montants réclamés ne sont pas contestés à titre subsidiaire quant à leur calcul.

Il reste à déterminer si la demande est, en tout ou en partie, prescrite.

²³ Q. et R. parl. Ch., 1997-98, Q. n° 459, DETIENNE, www.lachambre.be ; la question et la réponse visaient les établissements relevant de la commission paritaire n° 305, mais les principes sont applicables aux maisons de repos relevant de la sous-commission paritaire n° 305.02.



2.3. Prescription de la demande

Les principes rappelés ci-dessus au point 1.3.1. sont applicables.

L'infraction consistant en le non-paiement de la rémunération pour les heures supplémentaires est une infraction instantanée, consommée par le fait d'un seul manquement à la date prescrite pour le paiement²⁴.

C'est à juste titre que Madame M fait valoir que la SA Senior Service Flat ASCOT a commis une infraction continuée tout au long de la période litigieuse.

En effet, la SA Senior Service Flat ASCOT a commis l'infraction presque chaque mois durant toute l'occupation de Madame M. L'interruption durant les mois d'août à décembre 2004 correspond à une période durant laquelle aucune rémunération n'était due en raison de l'absence pour maladie de Madame M. Pour les mois d'août et octobre 2002 ainsi que janvier et octobre 2003, Madame M ne produit pas de feuille de paie et n'établit donc pas que des heures supplémentaires n'ont pas été rémunérées. Ces interruptions ont cependant été nettement plus brèves que le délai de prescription de 5 ans, de sorte qu'elles n'ont pas rompu le continuum des infractions. Ces infractions sont la manifestation d'une même unité d'intention, au sens qui a été précisé ci-dessus.

Par conséquent, la prescription de 5 ans a pris cours lors du dernier défaut de paiement de la rémunération des heures supplémentaires, soit à la fin du contrat de travail le 31 décembre 2005.

L'action intentée moins de 5 ans plus tard, le 28 juin 2010, n'est pas prescrite.

3. La demande relative aux pécules de vacances et aux primes de fin d'année

La demande est fondée et n'est pas prescrite.

Cette décision est motivée par les raisons suivantes :

Madame M demande la régularisation du montant des pécules de vacances et des primes de fin d'année, en tenant compte d'une part de la rémunération barémique qui lui était due et, d'autre part, des heures supplémentaires. Il ressort de son calcul qu'elle réclame la différence entre les primes de fin d'année et les pécules qui lui ont été payés et ceux auxquels elle estime avoir droit.

²⁴ Cass., 4 décembre 1989, *Pas.*, 1990, p. 420.



Le non-paiement ou l'insuffisance du pécule de vacances dû à un employé était, à l'époque des faits, érigé en infraction par l'article 54 des lois relatives aux vacances annuelles des travailleurs salariés coordonnées le 28 juin 1971. Il est actuellement incriminé par l'article 162 du Code pénal social.

La SA Senior Service Flat ASCOT objecte que les pécules de vacances ne peuvent être payés que par la caisse de vacances. C'est inexact puisque Madame M aurait dû bénéficier d'un statut d'employée. Les pécules de vacances auraient donc dû lui être payés par son employeur et non par une caisse de vacances. Elle est en droit de réclamer à la SA Senior Service Flat ASCOT l'indemnisation du préjudice qui lui a été causé par l'insuffisance du montant des pécules de vacances qui lui ont été payés par la caisse de vacances sur la base de sa rémunération, elle-même insuffisante (par rapport au barème) et incomplète (car ne tenant pas compte des heures supplémentaires).

Le non-paiement ou l'insuffisance de la prime de fin d'année était, à l'époque des faits, érigé en infraction par les articles 9 et 42 de la loi du 12 avril 1965 concernant la protection de la rémunération des travailleurs. Il est actuellement incriminé par l'article 162 du Code pénal social.

L'élément matériel de ces deux infractions est le non-paiement des pécules de vacances et des primes de fin d'année auxquels le travailleur a droit. Il est vérifié en l'espèce.

L'élément moral est également constaté en l'espèce. Il est identique à l'élément moral déjà examiné pour ce qui concerne les infractions de non-paiement de la rémunération barémique et de la rémunération pour les heures supplémentaires.

Les infractions sont dès lors établies.

La demande n'est pas prescrite. En effet, par application des principes exposés ci-dessus, la cour constate l'existence d'une infraction continuée, caractérisée par sa répétition année après année et par une unité d'intention, au sens précisé ci-devant.

C'est dès lors à juste titre que Madame M demande la réparation en nature du préjudice qui lui a été causé, sous forme de condamnation au paiement de la partie des pécules de vacances et des primes de fin d'année qui lui était due, mais ne lui a pas été payée.

Les montants réclamés ne sont pas contestés à titre subsidiaire quant à leur calcul.



4. La demande d'intérêts

Seuls les intérêts judiciaires sont dus.

Cette décision est motivée par les raisons suivantes :

Madame M. réclame les intérêts compensatoires et judiciaires sur les montants auxquels la SA Senior Service Flat ASCOT sera condamnée. Elle ne précise ni sur quelle base elle articule cette demande, ni à quel(s) taux ni à partir de quelle(s) date(s) les intérêts qu'elle réclame devraient être calculés.

La SA Senior Service Flat ASCOT fait valoir, d'une part, que l'octroi d'intérêts compensatoires n'est pas automatique et, d'autre part, que Madame M. a exagérément traîné dans la présentation de sa réclamation.

La cour relève que dans un arrêt du 22 janvier 2007²⁵, la Cour de cassation a jugé que l'article 10 de la loi du 12 avril 1965 concernant la protection de la rémunération des travailleurs n'est pas applicable à la rémunération allouée à titre de réparation en nature à la suite de l'infraction de non-paiement de la rémunération.

Il appartient à Madame M. non seulement de justifier du fondement de sa demande, mais aussi et surtout d'en préciser l'objet (taux et date(s) de prise de cours des intérêts). Il lui incombe également de répondre à l'argumentation de la SA Senior Service Flat ASCOT au sujet du retard apporté à l'introduction de la procédure.

Force est de constater que Madame M. ne fournit aucune de ces précisions dans ses conclusions d'appel, alors qu'elle a été déboutée de sa demande d'intérêts compensatoires en première instance parce qu'elle ne s'expliquait pas sur cette demande.

Aucune des précisions nécessaires n'ayant été donnée au cours de la procédure d'appel, le jugement doit être confirmé sur ce point également.

5. La demande de documents sociaux

Dans le cadre de la réparation intégrale et en nature du préjudice causé, la SA Senior Service Flat ASCOT doit délivrer à Madame M. les documents sociaux relatifs au paiement des sommes auxquelles elle est condamnée.

Il n'y a pas lieu d'imposer une astreinte, aucun élément du dossier n'indiquant que la SA Senior Service Flat ASCOT pourrait se soustraire à l'exécution du présent arrêt.

²⁵ J.T.T., p. 481.



VI. DÉCISION DE LA COUR DU TRAVAIL

POUR CES MOTIFS,

LA COUR DU TRAVAIL,

Statuant après avoir entendu les parties,

Déclare l'appel principal et l'appel incident recevables, mais non fondés ;

Confirme le dispositif du jugement en tous points, à l'exception du montant accordé à titre de réparation en nature du préjudice causé par le non-paiement de rémunération, en ce compris les pécules de vacances et les primes de fin d'année, qui est réduit à 10.160,67 euros brut (au lieu de 10.786,29 euros brut) pour les années 2002 à 2005 ;

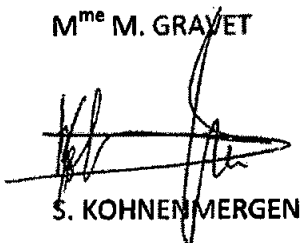
Condamne la SA Senior Service Flat ASCOT à payer à Madame Luhoto MENY les dépens de l'instance d'appel, non liquidés jusqu'à présent.

Ainsi arrêté par :

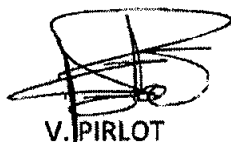
M^{me} F. BOUQUELLE
M. Y. GAUTHY
M^{me} S. KOHNENMERGEN
M. R. PARDON
M^{me} V. PIRLOT
Assistés de
M^{me} M. GRAVET

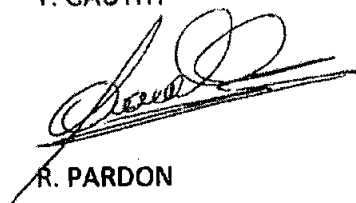
Conseillère président la chambre
Conseiller social au titre d'employeur
conseillère sociale au titre d'employeur
conseiller social au titre d'employé
Conseillère sociale au titre d'ouvrier

Greffière

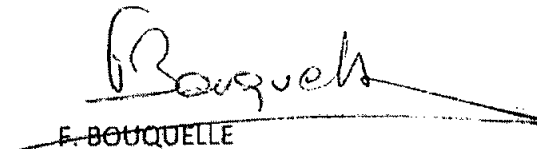

S. KOHNENMERGEN


Y. GAUTHY


V. PIRLOT


R. PARDON

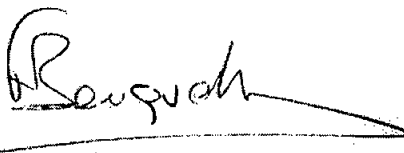

M. GRAVET


F. BOUQUELLE



et prononcé en langue française, à l'audience publique de la 2^e chambre de la Cour du travail de Bruxelles, le 18 décembre 2014, par :


M. GRAVET


F. BOUQUELLE

