

Contrat de travail – Non-paiement de la rémunération - Infraction pénale - Imputabilité, force majeure, cause d'excuse et de justification – Art.15 de la loi du 3/7/1978 et Art.26 du Code de Procédure pénale.

R.G. T.T. de n° 09/1823 et 09/1563

D.K./S.C.

COUR DU TRAVAIL DE LIEGE
Section de Liège

ARRET

Audience publique du 20 décembre 2011

R.G. n° 2011/AL/253

2^{ème} CHAMBRE

EN CAUSE :

La S.A. DEBOURCY, dont le siège social est établi à 4040 HERSTAL, rue Félix Chaumont, n° 27,
PARTIE APPELANTE AU PRINCIPAL ET INTIMEE SUR INCIDENT,
comparaissant par Maître P. CARLIER et Maître N. OUZOUBAIR
avocats,

CONTRE :

1. **Madame l'Auditeur du travail**, représentée par Monsieur le Procureur général, dont les bureaux sont établis à 4800 VERVIERS, rue du Tribunal, 4,
PREMIERE PARTIE INTIMEE,
comparaissant par Monsieur le Premier avocat général honoraire Ph. LAURENT, magistrat suppléant,
2. **Madame Laurence L**
DEUXIEME PARTIE INTIMEE,
comparaissant par Maître M. GILSON substituant Maître M. PETRE,
avocats,
3. **Madame Liliane A. B**

TROISIEME PARTIE INTIMEE AU PRINCIPAL ET INTIMEE SUR INCIDENT,

comparaissant par Maître M.GILSON, avocat,

4. Madame Fatiha A

QUATRIEME PARTIE INTIMEE,

comparaissant par Maître V.MARTIN substituant Maître P.ANDRI
avocats,

5. Madame Véronique T,

CINQUIEME PARTIE INTIMEE,

comparaissant par Maître V.MARTIN substituant Maître P.ANDRI
avocats,

6. Madame Amélie D.V

SIXIEME PARTIE INTIMEE,

comparaissant par Maître V.MARTIN substituant Maître P.ANDRI
avocats.

Vu les pièces du dossier de la procédure à la clôture des débats,
notamment :

- le jugement rendu contradictoirement le 6 avril 2011 par le tribunal
du travail de Verviers, 1^{ère} chambre;

- l'appel formé par requête reçue au greffe de la cour du travail de
Liège, section de Liège, le 10 mai 2011 et régulièrement notifiée aux parties
adverses conformément à l'article 1056 du Code judiciaire le même jour
même jour;

Vu l'ordonnance prise sur base de l'article 747 du Code judiciaire
rendue le 21 juin 2011 fixant les délais pour conclure et la date des
plaidoiries au 22 novembre 2011, régulièrement notifiée aux parties;

Vu les conclusions pour la partie appelante reçues au greffe de la
cour le 7 septembre 2011;

Vu les conclusions pour la première partie intimée reçues au même greffe le 4 juillet 2011;

Vu les conclusions pour la deuxième partie intimée reçues au même greffe le 7 octobre 2011;

Vu les conclusions et les conclusions de synthèse pour la troisième partie intimée reçues respectivement au même greffe le 4 août 2011 et le 3 octobre 2011;

Vu les conclusions pour les quatrième, cinquième et la sixième parties intimées reçues au même greffe le 4 août 2011;

Vu le dossier de pièces pour la partie appelante déposé au greffe de la cour du travail le 7 septembre 2011;

Vu le dossier de l'auditorat du travail reçu au greffe de la cour le 1^{er} juin 2011;

Vu le dossier de pièces de la troisième partie intimée déposé à l'audience du 22 novembre 2011;

Vu les dossier de pièces des quatrième, cinquième et sixième parties intimées reçus au greffe de la cour le 27 octobre 2011,

Entendu les parties dans l'exposé de leurs moyens à l'audience du 22 novembre 2011.

I. Quant à la recevabilité de l'appel

Attendu que le jugement dont appel n'a pas été signifié avant l'appel principal introduit; que l'appel, régulier en la forme et introduit dans le délai est légal et recevable. L'appel incident est également recevable.

II. Les faits et la procédure

La S.A. D. exploite, notamment, deux maisons de repos établies à Spa, à savoir la maison A. et la maison D. La maison A., où les gardes de nuit s'effectuent à partir d'un appartement sis dans l'établissement, reçoit de 10 à 14 résidants et la maison B., où les gardes de nuit s'effectuent à partir d'un local aménagé pour ce, accueille une quarantaine de résidants. Jusqu'au 23 décembre 2008, la société était dirigée par Monsieur C. et Madame B., administrateur et administrateur délégué. Monsieur C. et Madame B. ont apparemment, le 23 décembre 2008, vendu la totalité des actions de la société D. à une autre société, la société VAN., qui elle-même, avec deux autres personnes, deviendra administrateur de la société D. Ce même jour, il semble qu'un document ait été rédigé entre Monsieur C. et Madame B. d'une part, dénommés "les garants" et d'autre part la société VAN., dénommée "la bénéficiaire", en vertu duquel les "garants" affirmaient avoir respecté toutes leurs obligations résultant des contrats de travail et qu'aucune demande ou réclamation n'avait été formulée à l'encontre de la société D. ou était sur le point d'être formulée.

La société occupe du personnel qui effectue notamment les gardes de nuit.

En 2007 et en 2008, à la demande de l'auditorat du travail, différents contrôles ont été opérés à la société D. par l'Inspection Sociale, par le Contrôle des Lois sociales, par les services de l'ONEm et par la Région Wallonne, et ce tant à la maison A. qu'à la maison B.

Le 5 octobre 2007, l'inspectrice sociale du Contrôle des Lois Sociales adressait à la société D., l'employeur, un pro-justicia, notamment pour ne pas avoir payé, pour chaque période de paie, la rémunération afférente à la durée hebdomadaire moyenne de travail conventionnelle pour trois travailleuses, à savoir Mesdames T., L., et D. En fait les gardes de nuit assurées par ces personnes, gardes qui étaient chaque fois de 11

heures au moins, étaient rémunérées et déclarées pour 6 heures de travail.

Le 12 octobre 2007, l'Inspection Sociale dressait, notamment, un procès-verbal à l'encontre de la société D. pour ne pas avoir déclaré à l'ONSS toutes les heures de garde de nuit des travailleuses T., L., et D., seules 6 heures sur les 11 ayant été renseignées à l'ONSS. Des enquêtes conduites en 2008, ont mis en évidence que le mode de rémunération et de déclaration pratiqué par l'employeur en ce qui concernait les horaires de garde de nuit, concernait aussi d'autres travailleuses, à savoir Mesdames B., A., G., et Madame V.

Il semble que l'ONSS ait adressé à l'employeur, la société D., le 6 mai 2009 un avis de régularisation d'office portant sur le statut des aides soignantes qui devaient recevoir le statut d'employé et, sur la durée du travail de nuit, devant être portée à 11 heures et non 6 heures comme déclaré et rémunéré.

Par requête du 11 septembre 2009, Madame B., aide soignante engagée du 3 octobre 1996 au 15 octobre 2006, réclamait à la société D. des arriérés de rémunération et de pécules de vacances. Elle faisait valoir qu'elle devait être considérée comme une employée et non comme une ouvrière et que les gardes de nuit devaient être rémunérées et déclarées par 11 ou 12 heures et non pas par 6 heures. Ce litige porte le numéro de rôle du tribunal 09/1563/A.

Par acte reçu au greffe du greffe du tribunal du travail de Verviers le 16 octobre 2009, conformément à l'article 138*bis*, § 2, du Code judiciaire, Madame l'Auditeur du travail demandait au tribunal de constater que la société D. n'avait pas rémunéré l'entièreté des prestations des gardes de nuit pour les deux maisons de repos et n'avait pas respecté ainsi les articles 9 et 11 de la loi du 12 avril 1965 et ce pour 5 travailleuses, au cours de la période s'étendant du 1^{er} août 2003 jusqu'au

9 juin 2008 au moins. Ce litige porte le numéro de rôle du tribunal 09/1823.

Le 6 janvier 2010, Madame L., aide soignante qui a été occupée du mois d'août 2006 jusqu'au 14 avril 2008, forme intervention volontaire dans le litige opposant l'auditorat du travail à la société D. et sollicite la régularisation de son salaire, de ses pécules de vacances et des primes de fin d'année, faisant valoir que toutes les heures de nuit n'ont pas été rémunérées.

Le 24 mars 2010, Madame A., engagée en qualité d'ouvrière depuis le 1^{er} février 2005, forme intervention volontaire dans le litige opposant l'auditorat du travail à la société D. et sollicite la régularisation de son salaire, de ses pécules de vacances faisant valoir que toutes les heures de nuit n'ont pas été rémunérées. Elle sollicite que les régularisations tiennent compte que son statut doit être celui d'employé.

Le 24 mars 2010, Madame D., aide soignante, engagée en qualité d'ouvrière depuis le 20 octobre 2006, forme intervention volontaire dans le litige opposant l'auditorat du travail à la société D. et sollicite la régularisation de son salaire, de ses pécules de vacances, faisant valoir que toutes les heures de nuit n'ont pas été rémunérées. Elle sollicite que les régularisations tiennent compte que son statut doit être celui d'employé. La travailleuse réclame aussi la délivrance de documents sociaux corrects.

Le 24 mars 2010, Madame T., aide soignante, engagée en tant qu'ouvrière depuis le 20 février 2006, forme intervention volontaire dans le litige opposant l'auditorat du travail à la société D. et sollicite la régularisation de son salaire, de ses pécules de vacances faisant valoir que toutes les heures de nuit n'ont pas été rémunérées. Elle sollicite que les régularisations tiennent compte que son statut doit être celui d'employé. La travailleuse réclame aussi la délivrance de documents sociaux corrects.

Le 7 avril 2010, Madame B., qui avait déjà introduit la requête du 11 septembre 2009, aide soignante occupée du 3 octobre 1996 au 15 octobre 2006 en tant qu'ouvrière, forme intervention volontaire dans le litige opposant l'auditorat du travail à la société D. et sollicite la régularisation de son salaire, de ses pécules de vacances et ce parce que toutes les heures de nuit n'ont pas été rémunérées. Elle sollicite que les régularisations tiennent compte que son statut doit être celui d'employée.

Par son jugement du 6 avril 2011, le tribunal a joint les causes reprises sous les numéros de rôle 09/1823 et 09/1563. Il a considéré que toutes les heures des gardes de nuit devaient être considérées comme du temps de travail et rémunérées comme tel et que le statut d'employée devait être reconnu aux travailleuses.

Il a considéré l'action de Madame l'Auditeur du travail fondée.

Il a condamné la société D. à payer à Madame B. la somme brute de 25.083,79 €, sous déduction des retenues sociales et fiscales, à titre de dommages et intérêts égaux aux rémunérations, pécules de vacances et primes dus pour la période s'étendant de septembre 2004 à novembre 2006, et ce sous déduction d'un avantage en nature octroyé pour cette même période, à savoir la jouissance d'un hébergement.

Il a condamné la société D. à payer à Madame D. la régularisation des prestations nocturnes, des primes de fin d'année et des pécules de vacances.

Il a condamné la société D. à payer à Madame L. la régularisation des prestations nocturnes, des primes de fin d'année, des pécules de vacances et toute somme qui serait due du fait de leur relation de travail ou de la rupture de celle-ci.

Il a condamné la société D. à payer à Madame A. la régularisation des prestations nocturnes et des pécules de vacances.

Il a condamné la société D. à payer à Madame T. la régularisation des prestations nocturnes, des primes de fin d'année, des pécules de vacances.

Enfin le tribunal a ordonné une réouverture des débats pour :

- permettre à la société D. et à Madame B. de déterminer la valeur de l'avantage en nature constitué par la mise à la disposition d'un logement gratuit durant la période s'étendant de septembre 2004 à novembre 2006,
- pour permettre à la société D. et aux parties intervenantes d'établir les décomptes exacts des sommes qui seraient dues et d'établir les documents sociaux réguliers.

III. Positions des parties en appel

En appel, la société D., fait valoir :

- que la décision de régularisation d'office de l'ONSS n'est pas définitive,
- que les prestations de nuit effectuées au domicile et non sur le lieu de travail ne doivent pas être considérées comme temps de travail, sauf pour les prestations effectivement effectuées,
- que rien n'impose une rémunération normale durant les périodes de garde,
- que le statut d'employé n'est pas établi,
- que la demande de Madame B. est prescrite en ce qui concerne son statut,
- que l'imputabilité des infractions éventuelles n'est pas établie,
- qu'en cas de condamnation, les dépens doivent se calculer conformément à l'article 1022, alinéa 5, du Code judiciaire.

Les travailleuses et le Ministère public font valoir :

- que la situation a été régularisée d'office par l'ONSS le 6 mai 2009, en ce qui concerne leur statut et les heures de travail,
- que vu leurs activités, et notamment la toilette des pensionnaires et la garde de personnes, le statut est celui d'employé,
- que toutes les heures de garde de nuit doivent être rémunérées,
- qu'en sa qualité de personnel soignant âgé de plus de 45 ans, Madame B. était en droit, soit d'être dispensée d'heures de travail, soit d'obtenir une prime,
- que le fait que les infractions ont été commises par les anciens administrateurs délégués est indifférent,
- que la prescription n'est pas acquise vu les infractions pénales commises et que les infractions sont continues,
- que les pécules de vacances et les primes de fin d'années doivent être régularisés,
- que Madame B. n'a pas reçu d'argent "en noir".

IV. Discussion

La cour relève que la partie appelante a déposé au greffe de la cour un dossier incomplet et que la deuxième partie intimée n'a pas déposé de dossier.

L'avis de rectification d'office de l'ONSS

Il est établi et non contesté que l'ONSS a adressé à l'employeur le 13 mai 2009 un avis de régularisation d'office portant sur :

- le statut des aides soignantes qu'il requalifie sous le statut d'employé,
- la prise en compte de toutes les heures de garde de nuit.

Cette décision ne fut pas contestée. Les parties intimées, sauf Madame l'Auditeur du travail, soutiennent que cette décision est définitive et ne peut plus être contestée.

La cour relève que la législation ne prévoit aucun délai de recours et/ou d'appel contre un avis de régularisation d'office émis par l'ONSS et elle considère dès lors qu'un avis de régularisation d'office n'est pas une décision définitive que l'on ne peut plus contester après un certain délai.

Au cas où l'ONSS décidait de mettre en exécution son avis de régularisation, au vu de la législation applicable il lui appartiendrait de citer l'employeur devant les juridictions et de solliciter la condamnation de celui-ci aux cotisations dues selon lui, au vu de son avis de régularisation d'office, ce qu'il n'a pas fait apparemment encore en l'espèce. En outre, il lui appartiendrait de solliciter cette condamnation en tenant compte des délais de prescription. L'employeur, dans le cadre de cette procédure pourrait légalement faire valoir tous ses arguments et moyens pour contester la décision de régularisation ou son exécution. Ceci démontre aussi que l'avis de régularisation d'office n'est pas une décision définitive et qu'elle peut dès lors être valablement contestée dans le cadre de la présente procédure.

La prescription

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

En vertu de l'article 2262*bis* du Code civil, le délai de prescription d'une action en réparation d'un dommage fondé sur une responsabilité extracontractuelle est de 5 ans.

La prescription de l'article 26 du titre préliminaire du Code de procédure pénale s'applique à toute action civile fondée sur des faits qui font apparaître l'existence d'une infraction, même lorsque ceux-ci constituent également une faute contractuelle et que l'objet de l'action

réside dans l'exécution des obligations contractuelles en réparation du préjudice subi.

Les travailleuses font valoir que le non-paiement de la rémunération, le non-respect d'une convention collective sanctionnée par arrêté royal, le non-paiement de primes et le non-paiement des pécules de vacances sont des infractions continues dans le cas d'espèce.

L'employeur considère que les actions des travailleuses, et plus particulièrement celle de Madame B., sont prescrites car fondées sur le contrat. En effet, elles sollicitent la régularisation des rémunérations et pécules de vacances et demandent le versement des intérêts à partir de la date d'exigibilité des rémunérations et pécules.

La cour relève que les actions civiles des travailleuses se fondent sur des faits révélant l'existence d'une infraction et que les demandes consistent en l'exécution par l'employeur de ses obligations contractuelles en réparation des dommages subis. Il en résulte que le délai de prescription est de 5 ans (Cf. Cass., arrêt du 20 décembre 2007, *J.T.T.* p. 473 et suivantes et arrêt du 14 janvier 2008, p. 302).

Par sa requête déposée le 11 septembre 2009, Madame B. faisait valoir explicitement que toutes ses heures de garde de nuit n'avaient pas été payées et demandait la régularisation de son salaire en réparation du préjudice subi. Le non-paiement de la rémunération est une infraction et c'est donc bien la prescription de 5 ans qui s'applique (Cf. Cass., arrêt du 14 janvier 2008, *J.T.T.* 2008, p. 302).

En cas d'infraction continue le délai de 5 ans court à partir du moment où la dernière infraction a été commise.

Le non-paiement de la rémunération, le non-paiement des pécules de vacances, le non-respect de conventions collectives sanctionnées pénalement peuvent être des infractions continues, pour autant bien sûr

que ces infractions soient établies. En l'espèce, de manière régulière et sans interruption, la société D., depuis au moins le 1^{er} août 2003, s'abstient de rémunérer toutes les heures de garde de nuit et s'abstient toujours de le faire. De même, le fait de ne pas verser de manière régulière et sans interruption les montants de pécules de vacances et les montants dus en vertu d'une convention collective sanctionnée par arrêté royal sont des délits continus, l'unité d'intention étant établie. Cette unité d'intention est aussi démontrée par le fait que l'employeur refuse toutes les régularisations demandées.

En cas d'infraction continue le délai de 5 ans court à partir du moment où la dernière infraction a été commise.

La requête déposée le 11 septembre 2009 par Madame B. a bien interrompu la prescription, la dernière infraction ayant été commise en octobre 2006. Les requêtes en intervention des autres travailleuses formulées en 2010, pour des infractions commises au plus tard en 2006, ne sont pas prescrites aussi.

Le statut d'employée

1. Le cas de Madame B.

Madame B. a exercé la fonction de personnel soignant du 3 octobre 1996 au 15 octobre 2006 sous le statut d'ouvrier.

Elle a effectué des prestations à temps plein jusqu'au 31 juillet 2003.

Le 1^{er} août 2003, elle s'est installée dans l'appartement aménagé dans l'immeuble du home A. et y sera domiciliée à partir du 17 septembre 2003.

A partir du 1^{er} août 2003 et jusqu'au 15 octobre 2006 elle effectuera les gardes de nuit. A partir de ce moment, elle effectuera ses prestations de

jour à temps réduit, soit 25/38^{ème} tout en effectuant les gardes de nuit 7 jours sur 7, 12 ou 11 heures par nuit.

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

Rappelons que l'article 26 du titre préliminaire du Code de procédure pénale énonce que : "L'action civile résultant d'une infraction se prescrit selon les règles du Code civil ou des lois particulières qui sont applicables à l'action en dommages et intérêts. Toutefois, celle-ci ne peut se prescrire avant l'action publique".

En vertu de l'article 2262*bis* du Code civil, le délai de prescription d'une action en réparation d'un dommage fondé sur une responsabilité extracontractuelle est de 5 ans.

La demande portant sur la requalification du contrat de travail ouvrier en contrat de travail employé n'est pas fondée sur une infraction mais bien sur une responsabilité contractuelle. Cette demande est un préalable indispensable à l'examen du fondement des demandes portant sur des arriérés dus en vertu d'un contrat requalifié, soit en contrat d'ouvrier soit en contrat d'employé (Cfr. C.T. Liège, arrêt du 23 juin 2008, R.G. n° 8.471/2007, 13^{ème} ch., www.juridat.be). La prescription concernant cette demande fondée sur le contrat est d'un an après la cessation du contrat.

En l'espèce, les relations de travail ont pris fin le 15 octobre 2006. La première demande de requalification du contrat a été formulée pour la première fois en justice le 11 septembre 2009. Cette action est donc prescrite.

2. Le cas des autres travailleuses

a) le cas de Madame L.

Madame L. a été engagée en qualité d'ouvrière à partir du mois d'août 2006 jusqu'au 14 avril 2008 à raison de 19 heures par semaine. Les prestations de travail consistaient principalement, au vu de l'article 1^{er} du contrat, en activités d'aide soignante et de services des repas. Elle prestait ses activités la nuit à la maison B., apparemment, de 20 heures 30' à 7 heures 30' en tant que "garde dormante" et était rémunérée et déclarée 6 heures par nuit prestée.

b) Le cas de Madame A.

Madame A. est entrée en service le 1^{er} février 2005 en qualité d'ouvrière et a effectué les gardes de nuits jusqu'au 31 juillet 2006 à la maison B. Ses prestations de 11 ou 12 heures par nuit étaient rémunérées et déclarées par 6 heures. Le nombre de prestations mensuelles était de 14, 15 ou 16 par mois. Un avenant au contrat de travail établi le 1^{er} octobre 2006 renseigne que, suite à la convention collective du 30 juin 2006 conclue au sein de la commission paritaire 305.02, son contrat d'aide soignante bénéficie du statut d'employée à partir du 1^{er} octobre 2006. A partir du 1^{er} mars 2008, son temps de travail est passé à 27 heures par semaine et à partir du 1^{er} juin 2010 à 38 heures par semaine.

c) Le cas de Madame T.

Madame T. a été engagée, par contrat écrit, en qualité d'ouvrière le 20 février 2006 pour des prestations se déroulant à la maison B. En vertu du contrat d'engagement, les prestations consistent principalement en garde de nuit dite "dormante" et de services du petit déjeuner. L'horaire de travail est, apparemment, de 20 heures à 8 heures ou 7 heures 30', à raison

de 14, 16 ou 16 prestations par mois et il a été convenu que la rémunération est fixée à 6 heures de salaire.

d) Le cas de Madame D.

Madame D. a été engagée en qualité d'ouvrière à partir du 20 octobre 2006 à raison de 19 heures par semaine. Selon l'article 1^{er} du contrat d'engagement ses prestations étaient celle d'une aide soignante et elle était aussi affectée au service des repas. En annexe à ce contrat, est établi un contrat de bail, en vertu duquel l'employeur donne en location l'appartement situé dans la maison A., pour un loyer mensuel de 375 €. Il est mentionné que durant 5 mois, c'est-à-dire jusqu'au 1^{er} avril 2007, Madame D. sera dispensée du paiement du loyer à charge pour elle de remettre en état l'appartement. En fait, Madame D. effectuait les gardes de nuit.

A partir du 1^{er} mars 2007, son horaire de travail passe à 38 heures par semaine.

En fait, Madame D. travaille 19 heures le jour comme aide soignante et effectue les gardes de nuit rémunérées à 6 heures par nuit.

L'employeur fait valoir à juste titre qu'il appartient à la partie qui revendique le statut d'employé d'établir la réalité de celui-ci.

La qualification donnée par les parties à leur convention prime, sauf erreur ou fraude, sauf si les dispositions de la convention ne rencontrent pas sa qualification donnée, et sauf si le mode d'exécution de la convention contredit la qualification donnée à la convention.

Le juge peut requalifier la convention conclue entre parties s'il considère que la dénomination donnée ne correspond pas à la réalité.

En l'espèce, les contrats conclus sont des contrats d'ouvrier. Il appartient aux parties qui revendiquent le statut d'employé d'établir qu'elles fournissaient un travail principalement d'ordre intellectuel et non un travail principalement d'ordre manuel.

La personne qui assure seule la garde de nuit peut certes être astreinte à des activités purement manuelles, telle la préparation des petits déjeuners, activités qui peuvent prendre un temps important. La cour considère toutefois que la fonction la plus importante était celle de veiller toute la nuit à la santé et la sécurité des résidants. La nuit, cette personne était seule pour porter assistance et donner certains soins aux résidants. Elle devait également, seule, réagir adéquatement aux problèmes pouvant se poser pour assurer la sécurité ou le bien-être des résidents, à savoir appeler les pompiers, une infirmière ou un médecin. La cour considère que la surveillance des personnes, les premiers soins à donner, l'analyse de situations délicates et l'accomplissement réfléchi d'actions à éventuellement accomplir est un travail principalement d'ordre intellectuel, prépondérant et essentiel pour la fonction de garde de nuit. Cette analyse rejoint du reste les dispositions de l'AGW du 3 décembre 1998 qui imposent qu'un membre du personnel de soins ou à tout le moins un membre du personnel disposant d'un diplôme de secouriste soit présent en permanence dans les maisons de repos. Cette disposition impose en fait aux maisons de repos la présence permanente d'une personne apte à surveiller et à s'occuper de la santé des résidants, fonction intellectuelle.

Toutes les travailleuses avaient été engagées pour effectuer, notamment des gardes de nuit au minimum de 33 heures par semaine et parfois pour effectuer seulement les gardes de nuit. La cour considère en outre que cette fonction d'ordre intellectuel, essentielle et prépondérante, occupait les travailleuses plus de la moitié de leur temps de travail.

Le statut d'employée doit être reconnu à ces travailleuses.

Le temps de travail

1. En vertu de l'article 9 de la loi du 12 avril 1965, la rémunération doit être payée à intervalles réguliers, au moins une fois par mois, au plus tard sept jours ouvrables suivant la période de travail pour laquelle le paiement est prévu.

Les travailleuses sollicitent la régularisation de leur salaire pour les gardes de nuits. Rappelons que celles-ci étaient de 11 ou 12 heures mais n'étaient rémunérées et déclarées, sauf pour Madame B., que pour 6 heures.

2. Madame B., outre son travail durant la journée, effectuait les gardes de nuit pour la maison de repos A. Elle n'était pas rémunérée pour ces prestations, celles-ci étant compensées par la mise à la disposition d'un appartement situé dans l'immeuble où était établie la maison de repos A. Les prestations de nuit n'ont pas été déclarées à l'ONSS. La société estime la valeur de la location de l'appartement à 375 € par mois, charges comprises. L'employeur fait aussi valoir que la travailleuse recevait aussi 30 € "en noir" par nuit prestée et se base quant à ce sur les déclarations mêmes de Madame B. Madame B. conteste avoir été rémunérée "en noir".

Madame B. fut entendue le 9 novembre 2006 par un inspecteur de la région wallonne. Elle a déclaré alors : *"Si quelqu'un manquait à la résidence B. pour la nuit, je faisais la nuit à la résidence B. et quelqu'un me remplaçait "en noir" à la résidence A. et pas toujours quelqu'un de qualifié. La nuit était payée 30 € "en noir"*. Il résulte de cette déclaration prise dans son ensemble que Madame B. a déclaré que ce n'était pas elle qui était rémunérée en "noir" mais bien la personne qui la remplaçait à la résidence A. Les affirmations de l'employeur quant à une rémunération "en noir" de Madame B. ne sont pas établies à défaut de tout élément de preuve quant à ce.

3. L'employeur considère que toutes les heures de garde de nuit ne devaient pas être rémunérées et que seules les prestations réellement effectuées pourraient donner lieu à une rémunération. Il fait valoir que les heures de garde durant la nuit ont correctement été rémunérées, le travail effectif étant léger. Pour Madame B. il considère en outre que la mise à la disposition gratuite d'un appartement rémunérait correctement la travailleuse et que l'appartement était le domicile de celle-ci.

Il n'est pas contesté que Madame B. et Madame D. occupaient l'appartement situé au sein de la résidence A. et qu'elles y furent même domiciliées.

En vertu de l'article 19, alinéa 2, de la loi sur le travail du 16 mars 1971, on entend par durée du travail le temps pendant lequel le personnel est à la disposition de l'employeur. L'alinéa 3 de cet article précise : *"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° ...

2° les travailleurs occupés à des travaux essentiellement intermittents,

3° ...".

Aucun arrêté royal n'a été pris en ce qui concerne le secteur des maisons de repos et de soins.

En vertu de cet article, le temps durant lequel le travailleur est à la disposition de son employeur est du temps de travail. Lorsqu'un travailleur n'est pas à la disposition de son employeur, il n'est pas considéré comme étant durant une période de temps de travail. Lorsque le travailleur n'est pas à la disposition de son employeur, il peut disposer à la guise de son temps et ne doit pas être disponible pour répondre à une demande ou injonction de son employeur. Lorsque le travailleur doit répondre, à n'importe quel moment, à un appel de son employeur, notamment parce qu'il est en période de garde au sein d'une entreprise, il est à la disposition

de son employeur, sans qu'il faille s'interroger sur le fait de savoir si des prestations particulières furent effectuées ou non durant ces périodes de garde. Les périodes de garde ou de surveillance sont du temps de travail. En outre, on peut considérer que cette garde et cette surveillance sont en elles-mêmes des activités particulières accomplies par un travailleur.

L'employeur considère que Mesdames B. et D. ne se trouvaient pas sur leur lieu de travail durant les gardes effectuées à la maison A. dès lors qu'elles occupaient leur appartement et qu'un système d'appel reliait les chambres des résidants à l'appartement. Il fait valoir, en invoquant la réglementation européenne et notamment la directive 2003/88/CE du 4 novembre 2003 et la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union Européenne, que durant ces gardes Madame B. et Madame D. n'étaient pas éloignées de leur environnement familial, social, n'étaient pas sur leur lieu de travail et qu'elles pouvaient gérer leur temps comme elles le voulaient aux cours des périodes pendant lesquelles leurs services n'étaient pas sollicités.

La cour relève que la législation belge ne fait pas, en ce qui concerne la durée du temps de travail, de distinction quant au fait que l'activité de garde ou de surveillance s'exerce sur le lieu de travail ou un autre lieu.

La cour relève aussi que durant leurs périodes de garde, les travailleuses devaient se trouver en un lieu désigné par leur employeur, à savoir un appartement ou un local déterminé. La cour considère surtout que l'appartement mis à la disposition des travailleuses se trouve dans la maison de repos A. qui est bien un lieu de travail. La cour constate que l'appartement n'avait pas un revenu cadastral propre en ce qu'il était inclus dans la maison A., qui avait elle, son revenu cadastral. La cour précise à cet effet que la législation applicable aux maisons impose qu'au moins un membre du personnel de soins (ou un membre du personnel disposant d'une formation de secouriste) doit être en permanence dans la maison de repos ou, le cas échéant, sur chaque site de la maison de repos (Cf. AGW. du 3 décembre 1998, annexe 2, article 8.3.3). Or l'employeur estime que la

garde assurée est conforme à la législation. Il faut donc en conclure que les travailleuses de garde se trouvaient dans la maison de repos comme précisé par le texte légal, soit sur leur lieu de travail, et il est indifférent quant à ce que leur domicile soit établi sur leur lieu de travail ou non.

Durant leurs périodes de garde, les travailleuses ne pouvaient gérer leur temps comme elles l'entendaient, devant demeurer dans leur appartement ou local et veiller à entendre les éventuels appels des résidants.

La cour estime dès lors que, tant en vertu de la législation belge qu'en vertu de la législation européenne applicable, les périodes de garde des travailleuses de la maison A. comme de la maison B. faisaient intégralement partie et en totalité des périodes de durée du travail. Le fait que durant ces périodes de garde, les travailleuses recevaient peu d'appels des résidants et n'avaient que peu de prestations particulières à effectuer, si ce n'est la garde, est indifférent en l'espèce. Le jugement dont appel doit être confirmé quant à ce.

La rémunération due

1. La rémunération due en fonction des périodes de travail et de la durée du temps de travail doit être conforme à la législation belge, la réglementation européenne ne déterminant pas les salaires dus pour les périodes de travail.

La rémunération de la travailleuse doit être au moins égale aux rémunérations prévues par la sous-commission paritaire n° 305-02 pour le personnel des maisons de repos pour personnes âgées. Il était loisible à cette commission de fixer des rémunérations particulières pour les périodes de garde de nuit, ce qu'elle n'a pas fait.

En l'absence de tout texte de loi ou de toute disposition prise au sein de la commission compétente précisant les rémunérations dues pour les prestations de garde effectuées la nuit dans les maisons de retraite et de repos par le personnel effectuant des gardes de nuit, les travailleuses ont droit à la rémunération minimum prévue par la convention collective applicable pour un personne exerçant leurs fonctions.

La cour précise à cet égard qu'une convention individuelle, entre un employeur et un travailleur, ne peut déroger aux dispositions légales ou aux dispositions des conventions collectives sanctionnées par arrêté royal et que cette convention individuelle ne peut dès lors prévoir une rémunération inférieure à ces normes supérieures. La convention individuelle qui a ou aurait pu être conclue entre parties et qui ne serait pas conforme à ces normes légales et/ou conventionnelles est nulle et non applicable.

Il résulte de ces considérations que la rémunération est due pour toutes les périodes de garde et pour l'entièreté du temps accompli et non seulement pour les prestations spécifiques accomplies durant ces périodes. Les travailleuses devaient bénéficier pour leurs périodes de garde d'une rémunération égale à 11 ou 12 heures de travail.

La cour précise que le non-paiement de la rémunération due, rémunération établie par une convention collective sanctionnée par un arrêté royal comme en l'espèce, aux époques convenues et légales, est une infraction.

Il convient pour les parties de préciser la rémunération due pour ces gardes de nuit au vu du nombre d'heures prestées au cours de ces gardes.

2. Il n'est pas contesté qu'en contrepartie de ces gardes de nuit Madame B. a obtenu la jouissance gratuite d'un appartement. Il importe que cet avantage soit évalué par écrit et porté à la connaissance de la travailleuse lors de l'engagement de celle-ci. En effet, la travailleuse n'a

pas signé de contrat de bail et aucun écrit ne fait mention d'un avantage en nature qui serait l'occupation à titre gratuit d'un appartement. Il en résulte que la valeur de cet avantage, à savoir l'occupation gratuite d'un appartement, ne peut être considérée comme de la rémunération et ce conformément à l'article 6 de la loi du 12 avril 1965 (Cf. Cass., arrêt du 15 mars 2004, *Pas.* p. 430).

Des régularisations de salaire éventuellement à intervenir, il ne pourra être déduit des montants pour un avantage en nature.

L'appel incident est fondé quant à ce.

3. Madame D., par contre, n'a pas disposé de la jouissance d'un appartement à titre gratuit vu le contrat de bail conclu avec son employeur. Elle n'a donc pas bénéficié d'un avantage en nature.

Les pécules de vacances

Les pécules de vacances furent calculés sur les montants de rémunération octroyés et déclarés.

Il importe toutefois de relever que le statut d'ouvrier de Madame B. ne peut plus être remis en cause. La régularisation éventuelle sollicitée ne pourra pas prendre en compte un statut d'employé.

Le fait pour un employeur de fournir sciemment des déclarations inexactes et/ou incomplètes qui sont demandées en vue de l'application des lois coordonnées concernant les vacances annuelles est une infraction. Le fait d'avoir régulièrement et sans interruption effectué des déclarations inexactes et/ou incomplètes est une infraction continuée. Il en résulte, comme pour le cas de la rémunération, que la prescription n'est pas acquise.

Les primes de fin d'année

Les primes de fin d'année sont de la rémunération. Le non-paiement régulier et sans interruption de la prime de fin d'année au montant prescrit par la loi ou par des conventions collectives sanctionnées par arrêté royal comme en l'espèce est une infraction continue. A ce titre, les règles de prescription telles que définies ci-dessus pour les salaires dus s'appliquent. Il résulte de ces considérations que la prescription n'est pas atteinte.

Prime pour 45 ans et plus

Madame B. considère qu'elle était en droit de bénéficier des avantages prévus par les conventions du 21 mai 2001 et du 26 octobre 2005 conclues au sein de la commission paritaire 330 accordant au personnel des maisons de repos âgé de 45 ans, soit une dispense d'heures de travail, soit une prime en cas de maintien du nombre de prestations. Ces conventions ont été sanctionnées par les arrêtés royaux du 14 janvier 2002 et du 1^{er} octobre 2008. Le non-respect d'une convention collective sanctionnée par arrêté royal est une infraction. Le fait de ne pas avoir payé régulièrement et sans interruption la prime due ou de ne pas avoir accordé les dispenses de prestations est une infraction continue, l'unité d'intention étant établie.

Il n'est pas contesté que Madame B. effectuait un temps plein vu qu'elle cumulait les gardes de nuit avec un travail de jour.

Avec les premiers juges, la cour considère que la demande de Madame B. doit être déclarée fondée pour un montant brut non contesté de 2.906,24 €.

L'imputabilité

1. Le fait que l'infraction a été commise par un ancien mandataire de l'employeur ou un mandataire actuel est indifférent quant à l'existence d'une infraction à charge de l'employeur dès lors que l'infraction a été commise par un mandataire chargé du respect des obligations légales vantées dans le présent dossier.

2. L'employeur fait valoir que, au cas où les infractions seraient établies, l'intention délictuelle était absente et qu'il s'agit d'une erreur invincible, d'une cause de justification ou d'excuse. Il fait valoir quant à ce, plusieurs décisions de jurisprudence qui auraient considéré que l'infraction concernant les gardes de nuit n'était pas établie.

A son dossier, l'employeur produit, notamment, une décision de la cour d'appel de Liège du 29 janvier 2002, qui considère que le non-paiement de toutes les heures prestées par une travailleuse en cas de garde dormante dans une maison de repos, n'est pas une infraction. Cette décision acquitte dès lors l'employeur estimant que la prévention n'est pas établie. Il importe de relever que cette décision concernait notamment les activités de garde de la travailleuse B. et que la personne pénalement poursuivie était Monsieur C., le mandataire de la société D, et la société D. elle-même.

La cour relève aussi que dans son rapport établi le 5 octobre 2007, le Contrôle des Lois sociales considère que les prestations de nuit effectuées au domicile doivent être considérées comme temps de travail mais seulement pour des prestations réellement effectuées; cela concerne les travailleuses B. et D. occupant l'appartement de la maison A. L'inspectrice des Lois sociales confirme son interprétation de la loi en ce qui concerne la durée du travail pour ces travailleuses "à domicile" dans son rapport du 22 février 2008.

Comme le fait remarquer le Ministère public, la transgression matérielle d'une disposition pénale constitue une faute en soi qui entraîne la responsabilité pénale et civile de son auteur, à condition que cette transgression soit commise librement et consciemment. L'erreur et l'ignorance invincible sont retenues comme exonératoires de la responsabilité pénale en cas d'infraction réglementaire. L'infraction réglementaire n'exige ni dol, ni défaut de prévoyance ou de précaution (Cf. C.T. Liège, arrêt du 8 novembre 2010, R.G. n° 2009/AL/36.410, juridat).

Les parties intimées, si ce n'est le Ministère public brièvement, ne se sont pas expliquées sur cette erreur invincible ou cause de justification ou d'excuse invoquée par l'employeur avec une pertinence dont il convient de discuter. Cette question pourrait avoir des conséquences quant aux demandes formulées par les travailleuses.

PAR CES MOTIFS,

LA COUR, après en avoir délibéré et statuant contradictoirement :

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

Ecartant comme non fondées toutes conclusions autres, plus amples ou contraires,

Reçoit les appels, et déclare dès à présent l'appel principal fondé en partie et l'appel incident fondé,

Confirme le jugement dont appel :

- en ce qu'il joint les causes,
- en ce qu'il condamne la partie appelante à verser à la 3^{ème} partie intimée la somme brute de 2.906,24 € bruts au titre de régularisation de primes pour le personnel de 45 ans et plus, sous déduction des retenues sociales et fiscales, le solde à majorer des intérêts légaux et judiciaires,
- en ce qu'il déclare que le non-paiement de la rémunération due, le non-paiement des pécules de vacances, le non-paiement des primes de fin d'année, sont des infractions continues et que la prescription n'est pas acquise,
- en ce qu'il déclare que le statut d'employé doit être reconnu aux 2^{ème}, 4^{ème}, 5^{ème} et 6^{ème} parties intimées,

Réforme le jugement entrepris :

- en ce qu'il déclare que le statut d'employée doit être reconnu à la 3^{ème} partie intimée,
- en ce qu'il déclare que la jouissance gratuite d'un appartement constitue pour la troisième partie intimée un avantage en nature devant venir en déduction des régularisations de salaires, pécules et primes éventuellement à effectuer,

Dit pour droit que toutes les heures de gardes prestées par les parties intimées sont du temps de travail et doivent être rémunérées pour chaque heure de prestation,

Pour le surplus :

- Invite les parties à s'expliquer sur l'imputabilité, la force majeure, les causes de justification et d'excuse concernant les infractions relevées, sauf en ce qui concerne l'infraction concernant les primes accordées au personnel de plus de 45 ans,

- invite les parties à s'expliquer sur les sommes qu'elles estiment dues ou non dues, en produisant des calculs précis concernant, notamment, les heures de travail à régulariser pour le travail de garde de nuit et les montants dus à ce titre, ainsi que les montants dus à titre de pécules de vacances et de primes de fin d'année,

A cette fin ordonne la réouverture des débats et fixe la date limite pour les échanges de conclusions entre parties et leur dépôt au greffe de la Cour conformément à l'article 775 du code judiciaire:

- pour les conclusions des **parties intimées** au plus tard le 29 février 2012,
- pour les conclusions de la **partie appelante** au plus tard le 31 mars 2012,
- pour les éventuelle conclusions de synthèse des **parties intimées** au plus tard le 31 mai 2012.

Fixe date pour les plaidoiries pour 60 minutes de débats à l'audience publique du **mardi 19 juin 2012 à 15,30 heures heures devant la deuxième chambre de la cour du travail de Liège, siégeant en l'annexe du Palais de Justice de Liège , sise rue Saint-Gilles n° 90 c, à 4000 LIEGE, salle 2F , 2ème étage,**

Réserve les dépens.

Ainsi arrêté et signé avant prononciation par :

M. D. KREIT, Conseiller faisant fonction de Président,
J.P. LHOEST, Conseiller social au titre d'employeur,
Ch. HAULET, Conseiller social au titre d'employeur,
E. ZANDONA, Conseiller social au titre d'employé
J. BOULANGER, Conseiller social eu titre d'ouvrier,
qui ont assisté aux débats de la cause et délibéré conformément au prescrit
légal,
assisté de Madame S.COMPERE, Greffier ,

Le Greffier,

Les Conseillers sociaux

Le Président,

et **prononcé** en langue française à l'audience publique de la **DEUXIEME CHAMBRE** de la cour du travail de Liège, section de Liège, en l'annexe du Palais de Justice de Liège, rue Saint-Gilles, 90 C, le **VINGT DECEMBRE DEUX MILLE ONZE** par le Président de la Chambre, assisté de Madame Simone COMPERE, Greffier.

Le Greffier,

Le Président,

S.COMPERE

D.KREIT