

N° d'ordre 1077

Numéro du répertoire
2015 / 1346
Date du prononcé
11 septembre 2015
Numéro du rôle
2013/AL/512
En cause de :
JI SHAOKE SPRL C/ ONSS

Expédition

Délivrée à
Pour la partie
le
€
JGR

POUR SERVIR EXCLUSIVEMENT
EN MATIERE ADMINISTRATIVE

Cour du travail de Liège

Division Liège

sixième chambre

Arrêt

+ SÉCURITÉ SOCIALE - travail à temps partiel avec horaire variable - non-respect des obligations de conservation des contrats de travail et de publicité des horaires de travail - présomption de travail à temps plein instituée par l'article 22 ter de la loi du 27 juin 1969 - compatibilité avec le droit communautaire et la directive 97/81 du Conseil du 15 septembre 1997.

Appel du jugement du 21 avril 2008 du tribunal du travail de Liège (6^{ème} chambre R.G.n° 343.142)

COVER 01-00000267496-0001-0021-01-01-1



EN CAUSE DE :

LA SPRL JI SHAOKE, BCE 0486.952.240 dont le siège social est établi à 4300 WAREMME, Rue Saint Eloi, 36b,
partie appelante,
comparaissant par Maître Hervé DECKERS, avocat à 4020 LIEGE, Square des Conduites d'Eau, 9-10

CONTRE :

L'OFFICE NATIONALE DE SECURITE SOCIALE en abrégé ONSS, dont le siège social est établi à 1060 BRUXELLES, Place Victor Horta, 11,
partie intimée,
comparaissant par Maître Bernard PERIN qui substitue Maître Marcel COOLS, avocat à 4400 FLEMALLE, rue du Village, 77

•
•

I. LA RECEVABILITÉ DE L'APPEL.

Il ne ressort d'aucun élément des dossiers produits aux débats que le jugement du 21 avril 2008 du tribunal du travail de Liège aurait été signifié, de sorte que l'appel, formé par requête déposée au greffe de la cour le 15 juillet 2008, régulier en la forme, doit être déclaré recevable.

II. L'OBJET DU LITIGE – EN SYNTHÈSE.

1. **La S.P.R.L. JI SHAOKE** (ci-après : « l'appelante » ou « la société J.S. ») a fait l'objet, en date des 25 janvier et 23 août 2002, 27 février 2003, 18 février 2005, 24 février et 20 octobre 2006, de différents contrôles des services d'inspection sociale dans le restaurant « la Cigogne d'Or » qu'elle exploite à Waremmme.



2. Lors de ces contrôles, de nombreuses infractions ont été relevées, les inspecteurs sociaux ayant constaté que la société J.S. contrevenait, entre autres, aux règles de conservation des contrats de travail à temps partiel et de publicité des horaires variables à temps partiel, notamment en ce qui concerne le travailleur S.

S'en est suivie une importante régularisation des cotisations dues, concernant – pour ce qui est du présent litige – la période du deuxième trimestre 2001 au premier trimestre 2003, puisqu'elle s'élevait à pas moins de 18.007,02 € sans compter les majorations et intérêts de retard.

Suite aux paiements effectués à titre conservatoire par ladite société, l'**OFFICE NATIONAL DE SÉCURITÉ SOCIALE** (ci-après : « l'intimé » ou « l'ONSS » ou encore « l'Office ») réduit actuellement le montant de sa demande au solde de sa créance, soit la somme de 4.289,19 €, outre celles de 1.628,88 € et de 260 € à titre de majorations ainsi que de 2.584,99 € à titre d'intérêts de retard arrêtés au 30 mars 2005, sans compter les intérêts judiciaires.

3. L'appelante conteste être redevable des sommes portées par la régularisation des cotisations précitées en soutenant, à titre principal, qu'elle renverse la présomption réfragable¹ instituée par l'article 22ter de la loi du 27 juin 1969 par la preuve qu'elle déclare apporter aux débats de ce qu'elle n'avait pas occupé Monsieur S. à temps plein; à titre subsidiaire, elle remet plus fondamentalement en question la légalité, au regard du droit communautaire, de la présomption d'occupation à temps plein attachée au non-respect des mesures de publicité des horaires de travail à temps partiel variable.

- 3.1. Le conseil de la partie appelante se fonde à cet effet sur la directive 97/81 de la Communauté européenne mettant en œuvre l'accord-cadre conclu par les partenaires sociaux au niveau européen en matière de travail à temps partiel.

Il est soutenu en substance que, par la lourdeur de la charge administrative qu'engendrent les obligations de conservation des contrats de travail à temps partiel et de publication des horaires de travail variables à temps partiel ainsi que par l'importance financière considérable des sanctions civiles et pénales qui s'attachent au non-respect de ces obligations, la législation belge en la matière constitue une entrave au développement du travail à temps partiel, prohibée par les clauses 4 et 5 dudit accord-cadre, au sens de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne.

- 3.2. Thèse que conteste l'Office, tant en ce qui concerne son aspect principal que son développement subsidiaire, et qui n'a pas été accueillie par le jugement précité de sorte que la société J.S. en a interjeté appel.

¹ ou comme l'exprime de façon élégante le conseil de la partie appelante, la « présomption réfutable », en ce sens qu'elle peut être renversée et ce, par opposition aux présomptions dites irréfutables, non susceptibles de faire l'objet d'une preuve contraire.



III. LE RÉSUMÉ DES FAITS PERTINENTS POUR LA SOLUTION DU LITIGE.

- 1.** Le jugement dont appel a reproduit le contenu intégral des dépositions effectuées lors des contrôles litigieux des 25 janvier et 23 août 2002 et qui ont été recueillies tant auprès du gérant de la société J.S. que du travailleur S., de sorte que la cour peut se borner ici à en faire la synthèse.

Il doit tout d'abord être souligné que lors du contrôle effectué sur place le 25 janvier 2002, les inspecteurs sociaux notent que le restaurant est ouvert 7 jours sur 7, de 12 à 14 h. et de 18 à 23 h. et que le week-end, il reste ouvert jusqu'à minuit.²

Ce vendredi 25 janvier 2002, les inspecteurs sociaux relèvent également que du personnel, parmi lequel Monsieur S., continuait à travailler en cuisine et à servir les tables alors qu'il était 0h45.

- 1.1.** Lors de ce premier contrôle, Monsieur S. déclare d'abord avoir travaillé, du 3 août au 15 septembre 2001, les vendredis et samedis soir, de 18 h. jusqu'à la fermeture de l'établissement vers minuit ou 1 h. Il rectifie cependant immédiatement cette première déclaration en précisant avoir travaillé, durant la période précitée, tous les jours sauf le lundi, de midi à 14 h. et de 18 h à la fermeture du restaurant. Il signale ensuite ne plus travailler, depuis le 15 novembre 2001, que les vendredis et samedis soir de 18 h. à minuit ou 1 h pour rectifier à nouveau en admettant avoir travaillé en réalité les vendredis soir, samedis midi et soir et dimanches midi et soir.

- 1.2.** Entendu le même jour, l'employeur admet quant à lui ne pouvoir préciser quand Monsieur S. a travaillé, mais signale lui avoir fait signer un contrat le 18 janvier 2002 pour le déclarer.

Ce contrat de travail d'ouvrier plongeur à durée indéterminée à temps partiel est produit au dossier répressif versé aux débats par Monsieur l'Avocat général.³ Son article 5 stipule que les prestations seront effectuées à temps partiel les vendredis et samedis de 19 à 23 h. La rémunération horaire du travailleur n'est pas mentionnée.

- 1.3.** Lors du contrôle effectué le 23 août 2002 Monsieur S. confirme à nouveau que ces prestations effectives n'ont qu'un lointain rapport avec l'horaire repris sur le contrat de travail du 18 janvier 2002, déclarant travailler de 10 à 11 heures par jour, essentiellement du vendredi au dimanche inclus, à la demande de l'employeur, en fonction des nécessités de la clientèle, et pour une rémunération forfaitaire par week-end quelque soit le nombre d'heures réellement effectuées.

² voir la pièce 1/3 du rapport du 31 janvier 2002 de l'Inspection sociale.

³ voir la pièce 1/22 du rapport d'Inspection sociale du 31 janvier 2002



- 1.4. Cette déclaration se trouve partiellement corroborée par celle de l'employeur qui déclare que l'intéressé vient les vendredis et samedis de 18h30 à 23 h, parfois le dimanche et parfois le midi, "suivant les clients" et qui admet que les horaires ne correspondent pas à ce qui est inscrit au règlement de travail.
- 1.5. Il faudra attendre le 1^{er} mars 2003 pour que le registre de dérogation soit adéquatement tenu, que de nouveaux horaires soient inscrits dans le règlement de travail et qu'un avenant au contrat de travail de Monsieur S. soit rédigé, prévoyant cette fois des prestations les vendredis, samedis de 18h30 à et dimanches de 19 à 23 h, ce qui sera constaté par un contrôle du 1^{er} avril.
2. C'est en fonction de ces éléments recueillis lors de ces divers contrôles qu'a été établi un état rectificatif des cotisations dues par la société J.S. sur la base d'une occupation à temps plein de Monsieur S. depuis le 1^{er} juin 2001.
3. Il n'y aura pas de poursuites pénales diligentées contre cette société du chef des faits précités, le dossier répressif ayant été classé sans suite moyennant paiement par le contrevenant d'une somme transactionnelle de 2.400 €.
4. En revanche, les contrôles ultérieurs déboucheront sur une condamnation du gérant de la société J.S., par jugement du 3 novembre 2008 de la 14^{ème} chambre correctionnelle du tribunal de première instance de Liège, à une peine d'amende, du chef d'omission d'introduction d'une déclaration immédiate d'emploi (DIMONA) pour divers travailleurs, et, derechef, de non-respect des mesures de publicité des contrats de travail à temps partiel.

Par arrêt du 10 janvier 2013 de la 6^{ème} chambre correctionnelle de la cour d'appel de Liège, les préventions retenues seront confirmées mais sanctionnées par une simple déclaration de culpabilité en raison de l'écoulement du délai raisonnable.

IV. LE JUGEMENT DONT APPEL.

1. Les premiers juges ont tout d'abord rappelé que la présomption légale instituée par l'article 22^{ter} de la loi du 27 juin 1969 était susceptible de faire l'objet de la preuve contraire, selon les modalités qui ont été rappelées par un arrêt du 3 février 2003 de la Cour de cassation⁴ qui a jugé qu'il incombait dans ce cas à l'employeur d'établir que les travailleurs à temps partiel n'ont pas effectué de prestations à temps plein dans le cadre d'un contrat de travail à temps plein, sans toutefois être tenu à prouver l'étendue des prestations réellement effectuées dans le cadre d'un contrat de travail à temps partiel.

⁴ Cass., 3 février 2003, Pas., 2003, 247.



2. Le jugement dont appel a toutefois considéré que pareille preuve n'était pas rapportée en l'espèce du fait, d'une part, de ce que les parties s'accordaient pour admettre que l'horaire indiqué sur le contrat de travail à temps partiel ne correspondait pas à la réalité mais aussi, d'autre part, en raison de leurs déclarations contradictoires quant au temps de travail réellement presté variant entre trois et six jours par semaine, à raison de 4h30 selon l'employeur, mais de 10 voire 11 heures par jour selon le travailleur.

3. Les premiers juges ont donc considéré que c'était à bon droit que l'ONSS avait calculé les cotisations sur la base d'un travail à temps plein de Monsieur S. et en fonction d'une période courant à partir du 1^{er} juin 2001, comme reconnu dans leurs déclarations respectives.

Ils ont, en conséquence, déclaré l'action de l'Office recevable et entièrement fondée et débouté la société J.S. de sa demande reconventionnelle.

V. L'APPEL.

1. Par le dispositif des conclusions d'appel de son conseil, la partie appelante demande à la cour de déclarer son appel recevable et fondé et de débouter la partie intimée de sa demande originaire en condamnant l'ONSS à lui rembourser l'ensemble des cotisations litigieuses, outre les dépens d'instance et d'appel, étant les indemnités de procédure liquidées pour chacune d'entre elle à la somme de 990 €.

2. Par le dispositif des conclusions additionnelles d'appel de son conseil, la partie intimée demande à la cour de confirmer le jugement dont appel en toutes ses dispositions en condamnant la partie appelante à l'indemnité de procédure d'appel liquidée à la somme de 990 €.

VI. L'AVIS DU MINISTÈRE PUBLIC.

1. Dans un avis écrit particulièrement fouillé et circonstancié que Monsieur l'avocat général Kurz a essentiellement consacré au moyen d'appel soulevé à titre subsidiaire, relatif à la compatibilité au droit communautaire de la présomption légale d'occupation à temps plein visée par l'article 22^{ter} de la loi du 27 juin 1969 – moyen qui n'avait pas été soulevé en instance – le ministère public estime, en substance, que ce mécanisme légal poursuivant tout à la fois un objectif de lutte contre le travail clandestin, de protection des travailleurs et de garantie de la flexibilité des entreprises assure un contrôle proportionné des moyens mis en œuvre à ces fins, de sorte qu'il ne revêt pas l'effet dissuasif critiqué par l'appelant quant au recours des petites et moyennes entreprises au travail à temps partiel.



2. Rejoignant pour le surplus l'argumentation retenue par les premiers juges, Monsieur l'Avocat général considère que, en tout état de cause, la société J.S. ne fait pas la démonstration, qui lui incombe, de ce que le travailleur S. n'était pas occupé à temps plein.

3. Il invite par conséquent la cour à déclarer l'appel non fondé.

VII. LES RÉPLIQUES À L'AVIS DU MINISTÈRE PUBLIC.

1. Le conseil de la partie appelante rappelle l'argumentation développée à ce propos dans ses conclusions d'appel – laquelle sera examinée plus en détail ci-après – et maintient, à l'appui notamment d'un arrêt du 24 avril 2008 de la Cour de justice de l'Union que le système de présomption légale de prestations de travail à temps plein institué par l'article 22ter de la loi précitée dans l'hypothèse où les formalités de conservation et de publicité des contrats de travail et horaires de travail à temps partiel variable n'ont pas été respectées, constitue une entrave au recours au travail à temps partiel en contradiction avec les objectifs poursuivis par la directive 97/81/CE du Conseil du 15 décembre 1997, en raison de la conjonction de la charge administrative imposée de la sorte aux employeurs et des sanctions financières, de nature tant pénale que civile, dont est assorti le non-respect des obligations précitées.

2. Il dénonce la discrimination que ces obligations induisent entre travailleurs à temps partiel et travailleurs à temps plein dès lors que les employeurs recourant à la forme de travail qu'entend promouvoir l'accord-cadre précité sont assujettis à des obligations, particulièrement lourdes pour les petites et moyennes entreprises, qui ne s'imposent pas aux entreprises occupant essentiellement des travailleurs à temps plein.

3. Dès lors que le cumul de ces formalités et des sanctions qui y sont attachées va à l'encontre de l'objectif poursuivi par la Directive, le conseil de la partie appelante en conclut qu'elles sont contraires au droit européen et que l'application de la réglementation interne doit, partant, être écartée.

VIII. LA DÉCISION DE LA COUR.

Quoique la question fondamentale de la compatibilité avec le droit communautaire de la législation nationale réglementant le recours au travail au temps partiel ait été évoquée à titre subsidiaire par la partie appelante, l'importance primordiale que revêt cet aspect du litige impose, pour la cohérence du raisonnement, qu'il soit abordé en premier ordre, puisque la détermination de la charge de la preuve des prestations de travail à temps plein ou à temps partiel en est tributaire.



A. Travail à temps partiel : législation nationale et directive communautaire.**1. La controverse entre parties sur l'applicabilité du droit communautaire.**

1.1. La problématique liée au recours au travail à temps partiel et aux obligations spécifiques qu'il génère dans le chef des employeurs qui y font appel pour assurer le fonctionnement de leur entreprise s'inscrit, qu'on le veuille ou non, dans un contexte légal et réglementaire élaboré tant au niveau national qu'en droit communautaire.

1.2. Contrairement à ce que soutient le conseil de l'ONSS, il ne peut être fait l'économie dans le présent litige de la dimension communautaire.

Même si la Directive 97/81/CE du Conseil du 15 décembre 1997 n'est pas, en tant que telle, assortie d'un effet direct horizontal – à l'inverse d'un règlement communautaire qui est quant à lui directement applicable dans les Etats membres et générateur de droits et obligations pour leurs ressortissants – il reste que son caractère contraignant s'impose à tout Etat membre destinataire⁵, de sorte que, comme le souligne à bon droit le conseil de l'appelante, « il en découle qu'un particulier peut valablement exciper de la contrariété d'une norme de droit interne au regard des dispositions d'une directive européenne en vue d'échapper aux sanctions prévues par ladite réglementation interne. »

Il convient donc d'examiner la portée de l'accord-cadre européen consacré par la directive précitée, telle qu'elle a été déterminée par la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union au travers des différents arrêts évoqués tant par la partie appelante que par l'avis du ministère public.

2. Les dispositions de l'accord-cadre européen sur le travail à temps partiel.

2.1. Le considérant 18 de la directive 97/81/CE du Conseil énonce clairement les objectifs poursuivis par la Commission, consistant à faire en sorte que « la législation dans le domaine social évite d'imposer des contraintes administratives, financières et juridiques telles qu'elles contrarieraient la création et le développement de petites et moyennes entreprises ».

⁵ voir, à titre d'exemple, l'arrêt 152/84 du 26 février 1986 de la CJCE, en cause Marshall, Recueil, 1986, 723; et pour une directive dont le contenu n'aurait pas encore été transposé en droit interne, voir l'arrêt C-129/96 du 18 décembre 1997 en cause Inter-Environnement Wallonie dans lequel la Cour de justice a jugé que si les Etats membres ne sont pas tenus d'adopter les mesures nécessaires pour atteindre le résultat prescrit par la directive avant l'expiration du délai de transposition, il résulte de l'application combinée des articles 5, deuxième alinéa, et 189, troisième alinéa, du traité CEE (devenus articles 249 et 10 du traité CE) et de la directive elle-même que, pendant ce délai, ils doivent s'abstenir de prendre des dispositions de nature à compromettre sérieusement le résultat prescrit par cette directive.



- 2.2. La clause 5 de l'accord-cadre sur le travail à temps partiel précise ce qui suit en ce qui concerne le principe de non-discrimination qu'elle invite les Etats membres et les partenaires sociaux à consacrer :

« Dans le contexte de la clause 1 du présent accord et du principe de non-discrimination entre travailleurs à temps partiel et à temps plein :

- a) les États membres, après consultation des partenaires sociaux conformément aux législations ou pratiques nationales, devraient identifier et examiner les obstacles de nature juridique ou administrative qui peuvent limiter les possibilités de travail à temps partiel et, le cas échéant, les éliminer;
- b) les partenaires sociaux, agissant dans leur domaine de compétence et au travers des procédures prévues dans les conventions collectives, devraient identifier et examiner les obstacles qui peuvent limiter les possibilités de travail à temps partiel et, le cas échéant, les éliminer.

- 2.3. La clause 4 de l'accord-cadre sur le travail à temps partiel définit comme suit le contour du principe de non-discrimination applicable aux travailleurs :

« Pour ce qui concerne les conditions d'emploi, les travailleurs à temps partiel ne sont pas traités d'une manière moins favorable que les travailleurs à temps plein comparables au seul motif qu'ils travaillent à temps partiel, à moins qu'un traitement différent soit justifié par des raisons objectives. (...) »

Lorsque des raisons objectives le justifient, les États membres, après consultation des partenaires sociaux conformément à la législation, aux conventions collectives ou pratiques nationales, et/ou les partenaires sociaux peuvent, le cas échéant, subordonner l'accès à des conditions d'emploi particulières à une période d'ancienneté, une durée de travail ou des conditions de salaire. Les critères d'accès des travailleurs à temps partiel à des conditions d'emploi particulières devraient être réexaminés périodiquement compte tenu du principe de non-discrimination visé à la clause 4. 1. »

3. La jurisprudence communautaire relative à cet accord-cadre.

- 3.1. Le conseil de la partie appelante appuie sa thèse du caractère incompatible avec le droit communautaire des obligations imposées aux employeurs occupant des travailleurs à temps partiel et des sanctions civiles et pénales qui s'y attachent sur un arrêt encore relativement récent de la Cour de justice⁶ qui s'est penchée sur l'incidence d'une réglementation italienne qui leur imposait à l'époque la notification administrative de tout contrat de travail à temps partiel sous peine d'une amende non plafonnée de 15 € par jour de retard et par contrat de travail.

⁶ CJUE, arrêt du 24 avril 2008, C-55/07 et C-56/07 en cause Michaeler, Subito GmbH et Volgger, <http://curia.europa.eu>



3.2. Cet arrêt a effectivement constaté que cette obligation administrative corrélée à une sanction d'un montant illimité constituait une mesure de nature à dissuader les employeurs de recourir au travail à temps partiel, soulignant par ailleurs que par les coûts qu'elle générait et les sanctions qui lui étaient associées, « elles risquaient plus particulièrement d'affecter les petites et moyennes entreprises qui, faute de disposer de ressources aussi importantes que celle des entreprises de grande taille, peuvent être ainsi incitées à se détourner du mode d'organisation du travail à temps partiel que la directive 97/81 tend à promouvoir. »

3.3. Il faut cependant observer que cet arrêt, pour intéressant qu'il soit dans son affirmation du principe de non-discrimination, n'est pas automatiquement transposable à la réglementation belge dont il doit être souligné, comme on le verra *infra*, d'une part, qu'elle module les sanctions en fonction de la gravité de l'infraction et n'inflige pas au contrevenant une amende dont le caractère illimité dans le temps peut atteindre des montants considérables – il y allait dans l'affaire soumise à la Cour de justice d'une amende de 233.550 € infligée à cette petite entreprise – et d'autre part, qu'elle permet à l'employeur resté en défaut de respecter ses obligations de conservation et de publicité, de rapporter la preuve contraire de l'occupation à temps plein des travailleurs qu'il a déclarés à temps partiel.

3.4. L'attention doit donc se focaliser sur deux ordonnances plus récentes de la Cour de justice respectivement prononcées les 7 avril⁷ et 9 décembre 2011⁸ et également invoquées par le conseil de la partie appelante, parce qu'elles tranchent des questions préjudicielles directement ciblées sur la législation belge applicable au présent litige.

3.4.1. Les deux affaires avaient trait à des infractions aux règles de conservation de des contrats de travail à temps partiel et de publicité des horaires de travail variables à temps partiel visées par les articles 157 et 159, alinéa 2, de la loi-programme du 22 décembre 1989, qui avaient été commises dans l'exploitation de restaurants occupant en Belgique, comme en la présente espèce, des travailleurs à temps partiel.

Les deux requérants faisaient valoir la contrariété de la législation belge au regard des obligations découlant pour l'État belge de l'accord-cadre européen consacré par la directive 97/81, du fait que lesdites obligations leur imposaient de nombreuses contraintes administratives et étaient assorties d'un régime de sanctions particulièrement lourd.

⁷ ordonnance de la 6^{ème} chambre de la cour du 7 avril 2011, affaire C-151/10, en cause Dal Cugini NV/ONSS,

<http://curia.europa.eu>

⁸ ordonnance de la 6^{ème} chambre de la cour du 9 décembre 2011, affaire C-151/10, en cause Yangwei S.P.R.L./Auditeur du travail,

<http://curia.europa.eu>



3.4.2. Dans la foulée de l'arrêt précité du 24 avril 2008 de la Cour de justice, leur conseil avait saisi celle-ci de questions préjudicielles l'invitant à se prononcer sur la compatibilité avec le droit communautaire de la présomption instituée par l'article 22ter de la loi du 27 juin 1969 de même que de celle des articles 157 à 169 de la loi-programme du 22 décembre 1989 au regard de l'objectif de suppression des entraves au développement du temps partiel poursuivi par ledit accord-cadre et plus particulièrement de ses clauses 4 et 5.

3.4.3. Tout en ne s'écartant pas des principes consacrés par l'arrêt précité du 24 avril 2008,⁹ force est de constater que ces deux ordonnances en ont singulièrement nuancé l'application, compte tenu du contexte particulier et des dispositions spécifiques de la réglementation belge.

Ainsi, après avoir rappelé les principes directeurs contenus dans les clauses 3, 4 et 5 dudit accord-cadre de même que les termes de la comparaison à laquelle donne lieu leur application¹⁰, ces ordonnances ont ensuite pris en considération les observations du gouvernement belge qui soulignait que les obligations de conservation et de publicité assorties de la sanction sous la forme d'une présomption réfragable de travail à temps plein poursuivent l'objectif de « développement du travail à temps partiel sur une base volontaire » et de « contribution à l'organisation flexible du temps de travail d'une manière qui tienne compte des besoins des employeurs et des travailleurs. »¹¹

La Cour souligne ensuite que « s'il s'avère que la réglementation en cause au principal instaure une différence de traitement entre un travailleur à temps partiel et un travailleur à temps plein comparable, la clause 4. 1, de l'accord-cadre prévoit qu'une telle différence de traitement peut être considérée comme conforme au principe de non-discrimination si elle est justifiée par des raisons objectives. »

Raisons objectives que la Cour reconnaît ensuite dans la poursuite de l'objectif de politique sociale et de protection des travailleurs que constitue la lutte contre le travail clandestin.¹²

3.4.5. Se penchant ensuite sur le critère de proportionnalité, considéré comme un principe général du droit de l'Union, l'ordonnance retient que le régime de sanctions prévoit un montant plafond et un facteur de correction qui permet de graduer la peine en fonction de la faute de l'employeur en infraction et qu'il lui est loisible par ailleurs de renverser la présomption instituée par l'article 22ter de la loi du 27 juin 1969.

⁹ voir le point 33 de l'ordonnance du 7 avril 2011.

¹⁰ voir les points 34 à 38 et 41 à 43 de ladite ordonnance.

¹¹ voir le point 34 de cette ordonnance.

¹² voir les points 46 à 49 de ladite ordonnance.



3.4.6. La cour en conclut, dans son ordonnance du 7 avril 2011, reproduite sur ce point par celle du 9 décembre 2011, qu'il y a lieu de répondre aux questions posées que la clause 4 de l'accord-cadre doit être interprétée en ce sens qu'elle ne s'oppose pas à une réglementation nationale qui met à la charge des employeurs des obligations de conservation et de publicité des contrats et des horaires des travailleurs à temps partiel s'il est établi que cette réglementation ne conduit pas à traiter ces derniers de manière moins favorable que les travailleurs à temps plein qui se trouvent dans une situation comparable ou, si une telle différence de traitement existe, s'il est établi qu'elle est justifiée par des raisons objectives et ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs ainsi poursuivis. »

Et d'ajouter qu'« il appartient à la juridiction de renvoi de procéder aux vérifications factuelles et juridiques nécessaires, notamment au regard du droit national applicable, afin d'apprécier si tel est le cas dans l'affaire dont elle est saisie. »

4. L'application de ces enseignements par la jurisprudence belge.

L'avis écrit du ministère public invoque à ce propos deux arrêts, le premier de la cour d'appel de Liège et le second de la cour du travail de Bruxelles qui ont considéré que le lien de proportionnalité entre les objectifs poursuivis par la loi belge et les moyens mis en œuvre pour les atteindre est bien respecté, en manière telle que la réglementation du travail à temps partiel n'est pas contraire au droit communautaire

4.1. Le premier de ces arrêts concerne précisément la société J.S., poursuivie, comme rappelé plus haut, devant les juridictions correctionnelles et qui avait soulevé ce moyen pour entendre écarter l'application de la loi belge dans le litige relatif aux poursuites pénales dont elle faisait l'objet pour une période ultérieure à celle dont est saisie la présente cour.

La cour d'appel de Liège a écarté cette argumentation en décidant que « si les autorités belges entendent lutter contre le travail frauduleux, il leur revient utiliser des moyens de surveillance, d'inspection et de police dont l'efficacité du contrôle est rendue possible par la consultation de documents sociaux que l'employeur est tenu, si les inspecteurs l'exigent, de mettre à leur disposition. Dans un tel contexte, les mesures de publicité exigées par le droit belge apparaissent comme efficaces et proportionnées aux buts poursuivis. Par ailleurs, le recours à une sanction répressive, outre la réparation civile, n'est en rien disproportionné dès lors que la première vise à sanctionner tandis que la seconde a pour seul but que de rétablir la réalité contractuelle. En somme, la sanction répressive présente un caractère dissuasif que la réparation civile ne possède pas. » (->)



(→) « Enfin, le cahier des dérogations ou doivent figurer les heures de début et de fin de prestation, ainsi que les intervalles de repos, n'est exigé que de manière exceptionnelle à l'égard des travailleurs qui travaillent à temps partiel et selon un horaire variable. Une telle mesure, en raison de sa spécificité, n'est nullement disproportionnée. En effet, pour tous les travailleurs à horaire variable, il existe une obligation d'indiquer les horaires dans le règlement de travail. Les horaires doivent toujours faire l'objet de mesures de publicité. Cependant pour les travailleurs à temps partiel, les dérogations à l'horaire de travail variable sont toujours possibles – ce qui n'est pas le cas pour les travailleurs à temps plein – de sorte qu'il n'est pas inutile de prévoir un mode de publicité spécifique pour cette catégorie de travailleurs. Aussi, à la suite du premier juge, la cour estime que la législation belge est parfaitement conforme au droit européen. »¹³

4.2. Jurisprudence que partage la cour du travail de Bruxelles lorsqu'elle considère, dans l'extrait qu'en cite l'avis écrit du ministère public « qu'il n'est pas raisonnable de supposer que l'obligation de conserver les horaires de travail fixe d'un contrat de travail à temps partiel dans un endroit où ils peuvent être consultés et l'obligation de publicité préalable des horaires de travail variable découragerait les employeurs d'engager des travailleurs à temps partiel. »¹⁴

5. **La remise en question de cette jurisprudence par la partie appelante.**

Le conseil de la société J.S. conteste¹⁵ la pertinence des arguments développés par la jurisprudence belge commentée ci-dessus en faisant valoir le caractère clairement discriminatoire des mesures adoptées par le législateur belge pour encadrer le travail à temps partiel.

5.1. Il souligne tout d'abord le traitement différencié, en matière de conservation des contrats de travail et de publicité des horaires variables à temps partiel, comparé aux employeurs recourant au travail à temps plein.

5.2. Si ces derniers – auxquels ne s'impose pas cette obligation de conservation – ont effectivement l'obligation d'inscrire les horaires de travail de leurs salariés à temps plein dans le règlement de travail, encore celle-ci ne doit-elle être effectuée qu'une seule fois pour l'ensemble de ces travailleurs, sous réserve de modifications ultérieures, alors que, s'agissant des horaires de travail à temps partiel, chacun d'entre eux doit être intégré dans ledit règlement.

¹³ cour d'appel de Liège, 6^{ème} ch., 10 janvier 2013, 2008/SO/44

¹⁴ C.trav.Bruxelles, 17 janvier 2013, JTT 2013, 245. Dans le même sens voir M.MORSA, « les mesures de contrôle des travailleurs occupés à temps partiels sont-elles compatibles avec la directive 97/81/CE du conseil du 15 décembre 1997 ? Ces mesures ne crée-t-elle pas une discrimination avec les travailleurs à temps pleins et ne constitue-t-elle pas des obstacles de nature juridique ou administrative limitant les possibilités de travail à temps partiel : l'affaire Dal Cugini, C-151/10 », obs. sous CJUE, 6^{ème} ch., 7 avril 2011, JTT 2011, pages 388 à 392, spéc. 392.

¹⁵ en pages 11 à 14 de ses conclusions d'appel.



5.3. A cette contrainte complémentaire imposée aux employeurs de travailleurs à temps partiel s'ajoute celle, infiniment plus astreignante, lorsque l'horaire est variable, de communiquer aux travailleurs concernés les horaires journaliers de travail, par voie d'affichage individuel au moins 5 jours à l'avance dans les locaux de l'entreprise où le règlement de travail peut être consulté, ces avis étant soumis à une obligation de conservation d'une durée de 5 années.

Et, lorsque les nécessités de l'entreprise commandent de déroger à l'horaire initialement prévu, doit être rempli un document de contrôle reprenant de nombreuses mentions destinées à justifier, travailleur par travailleur, les dérogations à l'horaire variable convenu, l'heure effective de début et de fin de travail, document devant en outre être signé par le travailleur et l'employeur et conservé, lui aussi, pendant 5 ans.

5.4. Il s'agit donc incontestablement d'obligations dont la charge économique et administrative est infiniment plus lourde que celle à laquelle sont soumises les entreprises qui occupent des travailleurs à temps plein, d'autant que les sanctions qui s'y attachent sont sans commune mesure avec celles qu'encourent ces employeurs, puisque le défaut de mention, dans le règlement de travail, de l'horaire de travail du personnel salarié à temps plein ne fait l'objet que d'une sanction pénale ou administrative visée par l'article 201 du Code pénal social, là où l'employeur de travailleurs à temps partiel se voit en outre infliger une régularisation de cotisations sociales à temps plein s'il échoue à renverser la présomption légale.

5.5. Le conseil de la partie appelante soutient que cette différence de traitement n'est ni objectivement, ni raisonnablement justifiée.

5.5.1. Il met en doute l'objectivité du critère avancé par le gouvernement belge devant la Cour de justice de l'Union, en soulignant la discordance existant entre les motifs initialement invoqués par les travaux préparatoires¹⁶ pour justifier l'adoption des mesures en matière de travail à temps partiel – à savoir la lutte contre le travail au noir et le cumul d'une rémunération déguisée avec la perception d'allocations de chômage – et ceux ultérieurement plaidés par l'Etat belge pour défendre la conformité desdites mesures au droit communautaire, motifs qui consisteraient cette fois à garantir la "flexisécurité", dans un objectif de protection des travailleurs et de flexibilité des entreprises. Soit une justification *a posteriori*, démentie par la lourdeur administrative, la rigidité des obligations et la lourdeur des sanctions imposées au recours au travail à temps partiel et exclusivement destinée à parer le constat d'une violation du droit communautaire, qui masquerait le seul véritable objectif de cette législation tel qu'il avait été exprimé en son temps par les travaux préparatoires: la lutte contre la fraude sociale.

¹⁶ Doc. parl., Ch.repr., sess.ord 1989-1990, n°975/1, 59.



5.5.2. En fonction de l'ensemble de ces éléments, il considère que les obligations imposées de la sorte et les sanctions qui s'y attachent ne sont pas raisonnablement proportionnées aux objectifs poursuivis, dans la mesure où d'une part, il existe des alternatives moins contraignantes comme la mise en place d'une pointeuse et où, d'autre part, la notification administrative des contrats de travail à temps partiel imposée par la loi italienne – formalité administrative unique pourtant beaucoup moins lourde que celles, récurrentes et chronophages qu'impose la loi belge – a été jugée contraire au droit communautaire par l'arrêt précité du 24 avril 2008 de la Cour de Justice.

6. La décision de la présente cour sur la compatibilité au droit communautaire.

6.1. Le conseil de la partie appelante ne peut qu'être suivi lorsqu'il souligne, exemples à l'appui, le caractère beaucoup plus contraignant pour les employeurs recourant au travail à temps partiel des formalités administratives qui leur sont imposées et des sanctions qui s'y attachent au regard de celles pesant sur les employeurs de travailleurs à temps plein.

Il est par ailleurs soutenu à raison que cette charge administrative résultant de ces formalités et celle, économique liée aux sanctions attachées à ces obligations, pèsent d'un poids particulier sur les petites et moyennes entreprises, et plus particulièrement encore celles du secteur Horeca dont l'activité spécifique les astreint au recours au travail à temps partiel.

6.2. Il doit cependant être constaté que ce traitement différencié repose sur un critère objectif dont les moyens mis en œuvre pour l'atteindre sont raisonnablement proportionnés.

C'est à raison que le conseil de la partie appelante rappelle les travaux préparatoires de la loi du 22 décembre 1989, largement sinon exclusivement inspirés par un souci de lutte contre le travail dissimulé et le cumul, par des travailleurs à temps partiel, d'une rémunération non déclarée et de la perception d'allocations de chômage.

Toutefois, cet objectif primordial n'est pas en opposition avec l'objectif secondaire ultérieurement rappelé devant la Cour de justice de l'Union pour défendre la comptabilité, au droit communautaire consacré par l'accord-cadre inscrit dans la directive 97/81 précitée, de ce système d'encadrement du travail à temps partiel constitué par les articles 157, 159 et 171 de ladite loi-programme ainsi que par l'article 22ter de la loi du 27 juin 1969.



6.3. Ces deux objectifs sont en effet indissociables, tant il serait illusoire d'entendre promouvoir le travail à temps partiel, sans s'assurer de moyens de contrôle tendant à garantir que les prestations de travail effectivement accomplies dans le cadre de l'horaire convenu à temps partiel, le cas échéant variable, et des dérogations que les nécessités de fonctionnement de l'entreprise ont imposées soient correctement déclarées à la sécurité sociale.

Le contexte factuel du présent litige, que l'on a rappelé plus haut, vient en effet démontrer si besoin en était que l'absence de mesure de contrôle des horaires de travail réellement prestés dans le cadre d'horaires de travail à temps partiel et/ou à temps partiel variable serait de nature à favoriser tous les abus portant atteinte non seulement à la protection sociale des travailleurs occupés à temps partiel, mais encore à l'équilibre financier de la sécurité sociale et, *in fine*, – ce qui ne peut pas davantage être perdu de vue pour la promotion et la sauvegarde de ce type d'organisation du travail – aux bases d'une concurrence libre et loyale, à défaut de laquelle les employeurs respectant les règles du jeu verraient la rentabilité et la compétitivité de leur entreprise mise en péril par ceux recourant à des pratiques illégales et attentatoires aux droits des travailleurs.

N'est-ce pas là, en définitive, ce qu'entend promouvoir l'accord-cadre dont se revendique la partie appelante, dont on reproduit ci-après le préambule?¹⁷

« Le présent accord-cadre est une contribution à la stratégie européenne générale pour l'emploi. Le travail à temps partiel a exercé un impact important sur l'emploi au cours des dernières années. C'est pourquoi les parties au présent accord ont attaché une attention prioritaire à cette forme de travail. Elles ont l'intention de considérer la nécessité d'accords similaires pour d'autres formes de travail flexibles.

Reconnaissant la diversité des situations dans les États membres et que le travail à temps partiel est une caractéristique de l'emploi dans certains secteurs et activités, le présent accord énonce *les principes généraux et prescriptions minimales relatifs au travail à temps partiel*. Il illustre la volonté des partenaires sociaux d'établir un *cadre général* pour l'élimination des discriminations à l'égard des travailleurs à temps partiel et de contribuer au développement des possibilités de travail à temps partiel *sur une base acceptable pour les employeurs et pour les travailleurs*.

Le présent accord porte sur les conditions d'emploi des travailleurs à temps partiel, *reconnaissant que les questions concernant les régimes légaux de sécurité sociale relèvent de la décision des États membres.* » (→)

¹⁷

les passages mis en exergue en lettres italiques le sont par la cour.



(→)

« Dans le cadre du principe de non-discrimination, les parties au présent accord ont pris note de la déclaration sur l'emploi du Conseil européen de Dublin de décembre 1996, dans laquelle le Conseil soulignait, entre autres, la nécessité de rendre les systèmes de sécurité sociale plus favorables à l'emploi en développant *«des systèmes de protection sociale capables de s'adapter aux nouveaux modèles de travail et d'offrir une protection sociale appropriée aux personnes engagées dans le cadre de tels modèles»*. Les parties au présent accord considèrent qu'effet devrait être donné à cette déclaration. »

6.4.

C'est dès lors de manière proportionnée à ce double objectif de contrôle et de flexibilité – ces deux aspects étant indissolublement liés – que la législation belge relative au travail à temps partiel instaure ces obligations de conservation des contrats de travail et de publicité des horaires variables à temps partiel, comme l'ont adéquatement rappelé les arrêts précités de la cour d'appel de Liège et de la cour du travail de Bruxelles.

L'alternative suggérée par le conseil de la partie appelante sous la forme de la mise en place d'une pointeuse serait, en tant que telle, inefficace, si les données de pointage ne pouvaient être confrontées aux horaires de travail consignés dans les contrats et publiés par voie d'affichage individuel ou modifié dans le cadre du système de dérogations.

Si le caractère irréfragable des sanctions attachées au non-respect des obligations de publicité des horaires de travail à temps partiel conférerait à ce système de contrôle des prestations des travailleurs à temps partiel un aspect disproportionné, tel n'est plus le cas depuis que la Cour constitutionnelle l'a déclaré contraire aux articles 10 et 11 de la Constitution et que, dans la foulée, le législateur belge a admis que cette présomption de travail à temps plein puisse être renversée par la preuve contraire.

6.5.

En conclusion, le moyen d'appel selon lequel la législation belge applicable au présent litige serait contraire au droit communautaire doit être écarté comme non fondé.

B.

L'application litige de la présomption de travail à temps plein.

1.

Le rappel de la disposition légale applicable ratione temporis.

1.1.

Dans son avis écrit, Monsieur l'avocat général rappelle que l'article 22ter de la loi du 27 juin 1969 concernant la sécurité sociale des travailleurs a fait l'objet de deux modifications destinées à préciser les modalités selon lesquelles peut être rapportée la preuve contraire de la présomption de travail à temps plein qui s'attache au non-respect des obligations précitées de conservation et de publicité.



- 1.2. L'article 22ter de la loi du 27 juin 1969 concernant la sécurité sociale des travailleurs, dans sa version applicable aux faits de la cause, se lit comme suit :

« Sauf preuve 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 des mesures de publicité visée aux articles 157 à 159 de cette même loi.

À 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. »

2. Son application en l'espèce.

- 2.1. Le conseil de la partie appelante fait valoir les arguments suivants à l'effet de renverser la présomption légale de travail à temps plein.

Est tout d'abord invoqué le contrat de travail du 18 janvier 2002 qui précisait une occupation de l'intéressé les vendredis et samedis de 19 à 23 heures, horaire par ailleurs repris sur la fiche de travailleurs établie par le secrétariat social.

Il est ensuite soutenu que cet horaire de travail a été modifié par avenant du 28 mars 2003, précisant désormais que l'occupation se ferait le vendredi, de 18h30 à minuit, le samedi de 18h30 à minuit et le dimanche de 19 à 23 h, horaire qui a été déclaré conforme à la réalité par le rapport du 14 avril 2003 de l'inspection sociale.

Il fait également valoir que le registre de dérogations a été correctement tenu au mois de mars 2003.

Selon l'appelante, l'ensemble de ces éléments permet de considérer que l'horaire de travail de Monsieur S. était bien celui repris à l'avenant au contrat de travail établi le 28 mars 2003, de sorte qu'elle démontre qu'il n'était pas occupé à temps plein.

Enfin, le dernier argument invoqué résulte de la circonstance que le premier contrôle de l'inspection sociale a été effectué le 25 janvier 2002, ce dont il devrait être déduit qu'aucune preuve n'est rapportée de ce qu'antérieurement à cette date, Monsieur S. aurait été occupé à temps plein depuis le 1^{er} juin 2001, faute pour les inspecteurs sociaux d'avoir pu le constater.

En conséquence, il est soutenu que l'occupation à temps partiel de ce travailleur n'a pu excéder 15 heures par semaine.



- 2.2. Les éléments invoqués de la sorte par la partie appelante ne permettent pas de rapporter la preuve de ce que, non pas *après* les contrôles successivement opérés dans le restaurant, *mais pendant la période faisant l'objet de la régularisation litigieuse* – laquelle pour rappel se situe entre le 2^{ème} trimestre 2001 et le 1^{er} trimestre 2003 – Monsieur S. n'était pas occupé à temps plein.

Bien au contraire, il doit être relevé que le contrat de travail du 18 janvier 2002 n'a été établi que plus de 6 mois après le début de l'occupation, de sorte que la mention de l'horaire prévu audit contrat est tout à fait inopérante pour en déduire quelque information objective que ce soit sur la réalité des prestations de l'intéressé au cours de la période antérieure à sa conclusion.

Elle ne l'est pas davantage pour la période comprise entre le 1^{er} trimestre 2002 et le 1^{er} trimestre 2003 au vu des déclarations pour le moins contradictoires et évasives de Monsieur S. et de son employeur, dont le contenu a été reproduit et commenté dans l'exposé qu'en fait le jugement dont appel, lesquelles indiquent que dans la réalité des faits, les prestations de plongeur de l'intéressé se faisaient à la demande et ont excédé très largement le temps partiel vanté.

Monsieur S. lui-même admet, à tout le moins en ce qui concerne une partie de la période litigieuse, avoir travaillé 6 jours par semaine.

La société J.S. reste quant à elle en défaut de démontrer comment, alors que le restaurant était ouvert 7 jours sur 7, le midi et en soirée et jusqu'à des heures tardives le week-end, le service de la plonge pouvait être assuré autrement qu'à temps plein par le seul plongeur faisant partie de son personnel si l'on se réfère aux contrats de travail produits dans le dossier répressif versé aux débats.

- 2.3. Il s'ensuit que la partie appelante échoue à apporter la démonstration qui lui incombe, à savoir la preuve de l'absence d'une occupation de Monsieur S. dans le cadre d'un contrat de travail à temps plein.

Il y a lieu de confirmer le jugement dont appel et la décision de régularisation litigieuse.

•
• •



INDICATIONS DE PROCÉDURE

Les pièces du dossier de la procédure comportent notamment :

- le jugement, rendu entre parties le 21 avril 2008 par le tribunal du travail de Liège, 6^{ème} chambre (R.G. 343.142) ainsi que le dossier constitué par cette juridiction ;
- la requête de l'appelant, déposée le 15 juillet 2008 au greffe de la cour et notifiée le 16 juillet 2018 à la partie intimée en exécution de l'article 1056, 2°, du Code judiciaire ;
- la demande conjointe de renvoi au rôle reçue au greffe le 1^{er} septembre 2008 ;
- les conclusions de la partie intimée reçues au greffe le 8 février 2010 ;
- la décision d'omission du rôle général du 6 décembre 2011 ;
- la demande de réinscription au rôle de la partie intimée reçue au greffe le 23 septembre 2013 ;
- la requête sur pied de l'article 747§2 du code judiciaire de la partie intimée ;
- l'ordonnance rendue sur pied de l'article 747 du Code judiciaire le 6 mai 2014 fixant un calendrier procédural et une date pour plaidoiries ;
- les conclusions principales de la partie intimée reçues au greffe le 25 août 2014 et celles de la partie appelante reçues au greffe le 27 juin 2014 ;
- les dossiers des conseils des parties, déposés à l'audience publique du 23 janvier 2015 à laquelle ils ont été entendus en leurs dires et moyens ;
- le dossier répressif du Ministère public ;
- l'avis écrit de Monsieur l'Avocat général Frédéric KURZ déposé au greffe le 27 février 2015 ;
- les notifications de ce dernier adressées aux parties le 27 février 2015 ;
- les répliques de la partie appelante à l'avis du Ministère public reçues au greffe le 20 mars 2015.

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,

Sur avis écrit, conforme, de Monsieur Frédéric KURZ, Avocat général,

Déclare l'appel recevable mais non fondé.

Confirme le jugement dont appel et condamne la partie appelante aux dépens d'appel, étant l'indemnité de procédure liquidée à la somme de 990 €.



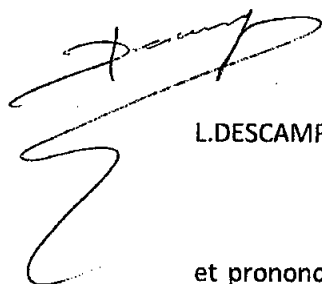
Ainsi arrêté et signé avant la prononciation par :

M. Pierre LAMBILLON, Conseiller faisant fonction de Président,
M. Benoît VOS, Conseiller social au titre d'employeur,
M. Jean MORDAN, Conseiller social au titre d'ouvrier,
qui ont assisté aux débats de la cause et délibéré conformément au prescrit légal,
assistés de M. Lionel DESCAMPS, Greffier.

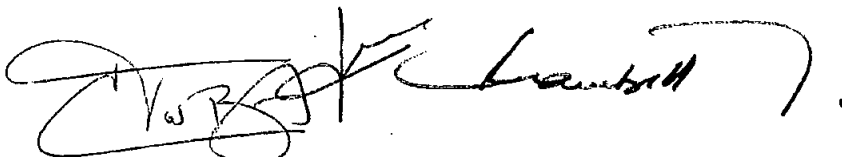
Le Greffier

les Conseillers sociaux

le Président



L.DESCAMPS



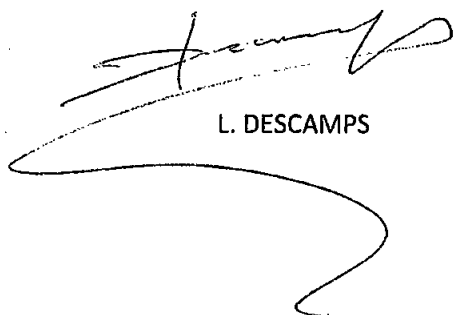
B. VOS & J. MORDAN

P. LAMBILLON

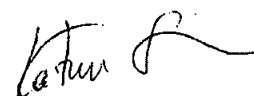
et prononcé en langue française à l'audience publique de la 6^{ème} Chambre de la Cour du travail de Liège, section de Liège, en l'annexe sud du Palais de Justice de Liège, place Saint-Lambert, 30, le **vendredi 11 septembre 2015** par le Président, assisté de M. Lionel DESCAMPS, Greffier.

Le Greffier

Le Président



L. DESCAMPS



K. STANGHERLIN

