



Chambre 1
Numéro de rôle 2018/AM/330
VILLE DE N./ S.P.
Numéro de répertoire 2019/
Arrêt contradictoire, définitif sur les principes, ordonnant la production de pièces, RP

COUR DU TRAVAIL DE MONS

ARRET

**Audience publique du
20 décembre 2019**

Droit du travail.

Protection de la rémunération – loi du 12/04/1965.

Pompier volontaire au service d'une commune avant son transfert en zone de secours.

Pompier volontaire disposant de la qualité de statutaire.

- I. Réclamation d'arriérés de rémunération (heures de service, de théorie, de gardes en casernement, sursalaire pour prestations de nuit, de week-end et de jours fériés, ...) en application du règlement organique régissant l'organisation du service d'incendie. Fondement des prétentions du travailleur.
- II. Directive 2003/88/CE concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail ne permettant pas d'exclure les pompiers volontaires de son champ d'application et de celui des législations nationales (telle la loi du 14/12/2000) qui en assurent la transposition.

Pompier volontaire réclamant la rémunération des heures de garde à domicile suite à l'arrêt de la CJUE du 21/02/2018 dès lors que les heures de garde à domicile doivent être assimilées à du temps de travail au sens de la loi du 14/12/2000 et de la directive 2003/88/CE eu égard aux contraintes spécifiques pesant sur les pompiers volontaires et, partant, à des prestations qui entraînent un droit à une rémunération à 100% semblable à celle allouée aux pompiers professionnels sous peine de créer une différence de traitement non justifiable objectivement entre des groupes de travailleurs comparables.

Prétentions du pompier volontaire fondées dans leur principe.

- III. Production de documents ordonnée par la cour à la commune aux fins de déterminer la hauteur exacte des arriérés de rémunération dus au pompier volontaire.

Arrêt contradictoire, définitif sur les principes et ordonnant une production de pièces sur pied de l'article 877 du Code judiciaire.

Article 578, 7° du Code judiciaire.

EN CAUSE DE :

La VILLE DE N.,

Partie appelante au principal, partie intimée sur incident, partie défenderesse originaire, comparaissant par son conseil maître MARKEY, avocate à 1170 BRUXELLES

CONTRE :

Monsieur P. S., domicilié à

Partie intimée au principal, partie appelante sur incident, partie demanderesse originaire, comparaissant assisté de ses conseils Maître VINCENT, avocat à 1180 BRUXELLES et Maître WATTIEZ, avocate à 7531 HAVINNES,

La cour du travail, après en avoir délibéré, rend ce jour l'arrêt suivant :

Vu, produites en forme régulière, les pièces de la procédure légalement requises et, notamment, la copie conforme du jugement entrepris ;

Vu, l'appel interjeté contre le jugement contradictoire prononcé le 14/04/2011 par le tribunal du travail de N., appel formé par requête déposée au greffe de la cour du travail de Bruxelles le 09/08/2011 ;

Vu l'arrêt prononcé le 06/08/2013 par la cour du travail de Bruxelles ;

Vu le pourvoi en cassation et l'exploit de sa signification remis au greffe de la Cour de cassation le 30/12/2013 dirigé contre l'arrêt rendu le 06/08/2013 par la cour du travail de Bruxelles ;

Vu l'arrêt prononcé le 18/05/2015 par la 3^{ème} chambre de la Cour de cassation qui a cassé l'arrêt attaqué en tant qu'il condamne la VILLE DE N. à payer à Monsieur S.P. une rémunération à 100% pour les heures de casernement ainsi que des sursalaires pour les heures de casernement de nuit et de week-end et des arriérés de rémunération pour les heures de garde obligatoire à domicile dites « d'astreinte » et renvoyé la cause, ainsi limitée, devant le cour du travail de Mons ;

Vu l'acte de signification en date du 06/09/2018 de l'arrêt de la Cour de cassation avec citation à comparaître devant le cour du travail de Mons ;

Vu l'ordonnance de mise en état judiciaire, prise sur pied de l'article 747, §2 du Code judiciaire le 29/11/2018 et notifiée le même jour aux parties ;

Vu, pour la VILLE DE N., ses conclusions additionnelles et de synthèse après cassation reçues au greffe de la cour le 13/06/2019;

Vu, pour Monsieur S.P., ses conclusions additionnelles et de synthèse après cassation reçues au greffe de la cour le 30/07/2019 ;

Entendu les conseils des parties en leurs dires et moyens, à l'audience publique du 20/09/2019 de la 1^{ère} chambre ;

Vu le dossier des parties ;

RECEVABILITE DES APPELS PRINCIPAL ET INCIDENT

Dès lors que la Cour de cassation n'a pas cassé l'arrêt de la cour du travail de Bruxelles en tant qu'il avait déclaré l'appel principal de la VILLE DE N. recevable et l'appel incident de Monsieur S.P. recevable, la cour de céans n'a plus à se prononcer sur la recevabilité des appels principal et incident formés respectivement par la VILLE DE N. et Monsieur S.P. à l'encontre du jugement querellé.

LES FAITS DE LA CAUSE ET LES ANTECEDENTS DE LA PROCEDURE :

Il appert des conclusions des parties, de leur dossier ainsi que des explications recueillies à l'audience que, par une décision du collège échevinal de la VILLE DE N. du 02/09/1997, Monsieur S.P., né le1966, é été nommé pour un stage d'un an, en qualité de sapeur-pompier volontaire dans le corps du Service Incendie de la VILLE DE N. et ce avec effet au 01/09/1997.

Son stage de pompier volontaire a été prolongé à deux reprises.

Le 1^{er} janvier 2003, le Collège échevinal et la VILLE DE N. décida « d'agréer l'engagement à titre effectif en qualité de sapeur-pompier volontaire de Monsieur S.P. ».

Le 23/09/2003, les parties signèrent un « contrat d'engagement à titre effectif sapeur-pompier » d'une durée de cinq ans débutant le 1^{er} janvier 2003.

En sa séance du 23/10/2006, le Collège échevinal de la VILLE DE N. décida d'engager Monsieur S.P. en qualité de sapeur-pompier, à temps plein, sous contrat de travail, en remplacement de Monsieur Pl....., pompier professionnel en congé de maladie, et ce à partir du 1^{er} novembre 2006.

L'article 2 de la décision du Collège précisait ce qui suit :

« L'engagement de sapeur-pompier volontaire de Monsieur S.P., sera suspendu pendant toute la période du contrat de remplacement ».

Les parties signèrent un contrat de travail de remplacement prenant cours le 1^{er} novembre 2006 et prévoyant une période d'essai d'un mois. Le contrat fut conclu sous le régime de cinq jours, pour exercer les fonctions à raison de 38 heures/semaine, l'horaire étant fixé suivant les nécessités du service. La rémunération convenue s'élevait à 25.668 € annuel brut indexé pour un temps plein.

Sur base d'une décision du Collège communal du 2 avril 2007, un avenant au contrat de travail du 1^{er} novembre 2006 fut signé par les parties le 18 avril 2007, stipulant que :

« (...) le contrat de travail passé le 1/11/2006 entre l'Administration Communale de N. (...) et (...) S.P. (...) pour le remplacement de Monsieur Pl....., sapeur-pompier est modifié comme suit :

Monsieur S.P. remplace Monsieur A.L., sapeur-pompier, en congé de maladie, à partir du 1/4/2007, avec un maximum de six mois. ».

Le 28/04/2008, le Collège communal de N. visa pour vérification le procès-verbal de l'épreuve physique du 23/04/2008 pour le recrutement de pompiers professionnels.

Le nom de Monsieur S.P. figurait au sein de la liste de candidats ayant échoué à cette épreuve physique.

Le 10/06/2008, le Collège communal de la VILLE DE N. adopta la délibération suivante :

« Objet: Fin de contrat de remplacement d'un sapeur-pompier contractuel.

LE COLLEGE COMMUNAL,

(...)

Vu la délibération du Conseil communal du 1/11/2006, engageant Monsieur S.P., en qualité de sapeur-pompier contractuel, pour le remplacement de Monsieur Pl....., en congé de maladie, à partir du 1/11/2006 et ensuite de Monsieur A.L. à partir du 1/4/2007 ;

Vu les articles 37 et 82 de la loi du 3/7/1978 sur les contrats de travail ;

Considérant qu'en raison du manque de personnel à la caserne des pompiers, lors de la reprise de travail de Monsieur A.L. le 21/5/2007, le contrat de travail de Monsieur S.P. n'a pas été modifié, et que de ce fait, son contrat de remplacement est devenu un contrat à durée indéterminée ;

Considérant qu'un recrutement de sapeurs-pompiers professionnels est en cours et que les engagements se feront dans les prochains mois ;

DECIDE

Article 1^{er}. *Il est mis fin au contrat de travail de Monsieur S.P., en qualité de sapeur-pompier contractuel. Le délai de préavis dont la durée est de trois mois prend cours le 1/7/2008.*

Article 2. *L'intéressé prestera ses trois mois de préavis à partir du 1/7/2008.*

Article 3. *Il est mis fin à la suspension de l'engagement de sapeur-pompier volontaire dès la fin du délai de préavis.*

(...) ».

Par lettre recommandée du 10/06/2008, cosignée par la Secrétaire communale f.f. et par le Bourgmestre, la VILLE DE N. notifia cette décision à Monsieur S.P..

Par lettre du 14/08/2008 émanant de son conseil, Monsieur S.P. contesta la régularité de ses conditions de travail ainsi que la décision de la VILLE DE N. de rompre son contrat de travail et réclama, outre une indemnité complémentaire de préavis d'un montant provisoirement évalué à 26.666,67 €, divers arriérés de rémunération.

Par ailleurs, Monsieur S.P. écrivit le 23/08/2008, au capitaine DE....., chef de corps du Service Incendie de N., en vue de revendiquer des jours de congé payés auxquels il estimait avoir droit ainsi que diverses heures de récupération pour heures supplémentaires prestées.

A l'issue de la période de préavis prolongée, Monsieur S.P. a réintégré, le 10/01/2009, ses fonctions de sapeur-pompier volontaire.

Entretemps, par citation signifiée le 12/11/2008, Monsieur S.P. a assigné la VILLE DE N. devant le tribunal du travail de N. aux fins de l'entendre condamner à lui payer les sommes suivantes :

- 26.666,67 € à titre d'indemnité complémentaire de préavis, à majorer des intérêts légaux puis judiciaires à dater du 10/06/2008 ;
- 1 € provisionnel à titre d'arriérés de rémunération - salaire de base travail en caserne, à majorer des intérêts légaux depuis leur date d'exigibilité ;
- 1 € provisionnel à titre d'arriérés de rémunération - sursalaires, à majorer des intérêts légaux depuis leur date d'exigibilité ;
- 1 € provisionnel à titre d'arriérés de rémunération - astreintes, à majorer des intérêts légaux depuis leur date d'exigibilité ;
- 1 € provisionnel à valoir sur tous les arriérés de rémunération, pécules de vacances, avantages sociaux ou indemnités de quelque source qu'ils puissent naître, auquel il peut prétendre du chef de la relation de travail ;

- les entiers dépens.

Par ses conclusions prises devant les premiers juges, Monsieur S.P. a introduit une nouvelle demande, tendant à obtenir paiement d'une somme de 16.000 € à titre de dommages et intérêts pour licenciement abusif, demande fondée sur le non-respect de la loi sur la motivation formelle des actes administratifs.

Il a sollicité également, que la VILLE DE N. soit condamnée à déposer un relevé précis de ses prestations de travail entre 1997 et 2010, avec décompte de liquidation des droits salariaux qu'il revendiquait et ce, dans un délai de 60 jours à compter de la signification du jugement et sous astreinte de 50 € par jour de retard.

Par jugement prononcé le 14/04/2011, le tribunal du travail de N. :

- dit le recours recevable ;
- dit pour droit que Monsieur S.P., en sa qualité de pompier volontaire, est statutaire ;
- dit pour droit que Monsieur S.P., en sa qualité de pompier volontaire, peut prétendre à des arriérés de salaire - travail en caserne, à 100% en prenant en référence le barème D5, depuis le 1^{er} décembre 2003, hormis la période du 1^{er} novembre 2006 au 9 janvier 2009 ;
- condamna le VILLE DE N. à 1€ provisionnel ;
- dit pour droit que Monsieur S.P., en sa qualité de pompier volontaire, peut prétendre à un sursalaire pour les heures nocturnes, de samedi, dimanche et jours fériés, à dater du 1^{er} décembre 2003 hormis la période du 1^{er} novembre 2006 au 9 janvier 2009 ;
- condamna la VILLE DE N. à 1€ provisionnel ;
- dit pour droit que Monsieur S.P., en sa qualité de pompier volontaire, peut prétendre à une prime de feu calculée conformément à l'article 39, 8° du Règlement organique du Service incendie de la VILLE DE N. pour la période du 22 décembre 2005 au 31 octobre 2006 et à dater du 10 janvier 2009,
- condamna la VILLE DE N. à 1€ provisionnel ;
- débouta Monsieur S.P. de ses réclamations relatives à une indemnité pour licenciement abusif et au salaire pour le temps de garde dit d'astreinte ;
- ordonna la réouverture générale des débats afin de permettre à Monsieur S.P. :
 - de déterminer la rémunération brute annuelle de base à prendre en considération compte tenu du présent jugement dans le cadre de sa demande d'indemnité complémentaire compensatoire de préavis,
 - de préciser le type d'expert auquel il veut faire appel et de libeller avec précision la mission à lui confier.
- réserva à statuer quant au surplus

La VILLE DE N. interjeta appel de ce jugement.

Par requête d'appel déposée au greffe de la cour du travail de Bruxelles, le 09/08/2011, et ses dernières conclusions d'appel, elle demanda à la cour du travail de Bruxelles de réformer partiellement le jugement entrepris et, faisant ce que le tribunal aurait dû faire, de débouter Monsieur S.P. de ses demandes originaires suivantes, à savoir :

1. sa demande en paiement de 100 % des heures de casernement ;
2. sa demande en paiement des sursalaires pour les heures de casernement, de nuit et de week-end ;
3. sa demande en paiement de « prime de feu » ;
4. sa demande en paiement d'une indemnité complémentaire de préavis ;
5. sa demande de désignation d'un expert.

La VILLE DE N. sollicite la confirmation du jugement entrepris sur les autres points, à savoir le licenciement abusif et l'astreinte.

Enfin, elle demanda à la Cour du travail de condamner Monsieur S.P. aux entiers frais et dépens de l'instance.

De son côté, Monsieur S.P. conclut à l'absence de fondement de l'appel principal et forma un appel incident à l'encontre du jugement querellé.

Il postula, de ce chef, la condamnation de la VILLE DE N. au paiement de :

- la somme de 1 € provisionnel à valoir sur un montant évalué jusqu'ores et sous toutes réserves à 25.000 € à titre d'arriérés de rémunération de base - travail en caserne, montant à majorer des intérêts moratoires courant au taux légal depuis leur date d'exigibilité ;
- la somme de 1 € provisionnel à valoir sur un montant évalué jusqu'ores et sous toutes réserves à 20.000 € à titre d'arriérés de rémunération - sursalaire, montant à majorer des intérêts moratoires courant au taux légal depuis leur date d'exigibilité ;
- la somme de 1 € provisionnel à valoir sur un montant évalué jusqu'ores et sous toutes réserves à 5.000 € à titre d'arriérés de rémunération - primes, montant à majorer des intérêts moratoires courant au taux légal depuis leur date d'exigibilité ;
- la somme de 1 € provisionnel à valoir sur un montant évalué jusqu'ores et sous toutes réserves à 12.500 € à titre d'arriérés de rémunération pour le travail fourni sous astreinte, montant à majorer des intérêts moratoires courant au taux légal depuis leur date d'exigibilité ;
- la somme de 15.000 € à titre de dommages et intérêts pour licenciement abusif.

Enfin, Monsieur S.P. sollicite qu'il soit réservé à statuer sur le surplus.

Par arrêt prononcé le 06/08/2013, la cour du travail de Bruxelles, après avoir reçu les appels principal et incident, les déclara partiellement fondés et, en conséquence ;

- 1) confirma le jugement dont appel en ce qu'il a fait droit aux demandes originales suivantes de Monsieur S.P. :
 - sa demande en paiement de 100 % des heures de casernement ;
 - sa demande en paiement des sursalaires pour les heures de casernement, de nuit et de week-end,
 - sa demande en paiement de prime de feu (à partir du 22 décembre 2005) ;
 - sa demande en paiement d'une indemnité complémentaire de préavis calculée en fonction d'une ancienneté remontant au 1^{er} septembre 1997.
- 2) confirma, également, le jugement dont appel en ce qu'il a déclaré les trois premières demandes ci-dessus prescrites pour la période antérieure au 1^{er} décembre 2003 et non fondées pour la période durant laquelle Monsieur S.P. a exercé les fonctions de sapeur-pompier professionnel dans le cadre d'un contrat de travail (du 1^{er} novembre 2006 au 9 janvier 2009) ;
- 3) confirma encore le jugement querellé ce qu'il a débouté Monsieur S.P. de sa demande de dommages et intérêts pour licenciement abusif.

La cour du travail de Bruxelles réforma le jugement dont appel en ce qu'il avait débouté Monsieur S.P. de sa demande en paiement des heures dites « d'astreinte » et statuant, à nouveau, sur cette demande la déclara fondée avec les mêmes limitations que ci-dessus.

Elle réforma, également, le jugement querellé en ce qu'il avait estimé devoir désigner un expert.

Enfin, la cour du travail de Bruxelles ordonna la réouverture des débats aux fins de pouvoir déterminer la hauteur des sommes réclamées par Monsieur S.P..

La VILLE DE N. se pourvut en cassation à l'encontre de l'arrêt prononcé le 06/08/2013 par la cour du travail de Bruxelles.

DISCUSSION – EN DROIT

- I. **ENSEIGNEMENT A DEDUIRE DE L'ARRET DE RENVOI PRONONCE LE 18 MAI 2015 PAR LA COUR DE CASSATION – LIMITES DE LA SAISINE DE LA COUR DE CEANS ET OBJET DES DEMANDES APRES CASSATION**

A. Quant à l'enseignement issu de l'arrêt prononcé le 18 mai 2015 par la Cour de cassation.

Par son arrêt du 18/05/2015, la Cour de cassation a cassé l'arrêt de la cour du travail de Bruxelles prononcé le 06/08/2013 en tant qu'il condamne la VILLE DE N. à payer à Monsieur S.P. une rémunération à 100% pour les heures en caserne, ainsi que les sursalaires pour les heures de casernement de nuit et de week-end et des arriérés de rémunération pour les heures de garde obligatoire à domicile dites « d'astreinte » sur base de la motivation suivante :

a) Quant à la première branche du premier moyen (illégalité invoquée de l'AR du 06/05/1971 tel que modifié par l'AR du 03/06/1999)

« En vertu de l'article 3, § 1^{er}, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, hors les cas d'urgence spécialement motivée, les ministres sont tenus de soumettre à l'avis motivé de la section de législation du Conseil d'État les textes des projets d'arrêtés réglementaires.

Le préambule de la disposition réglementaire doit donner une explication de l'urgence qui doit procéder de circonstances exactes et pertinentes et ne pas se limiter à de pures clauses de style abstraites et générales.

En règle, il appartient aux ministres d'apprécier, sous réserve de leur responsabilité politique, l'urgence qui les dispense de soumettre à l'avis du Conseil d'État section de législation, le texte des projets d'arrêtés réglementaires.

Conformément à l'article 159 de la Constitution, il incombe aux cours et tribunaux d'examiner si, en se dispensant de solliciter l'avis du Conseil d'État, les ministres excèdent leur pouvoir en méconnaissant la notion légale de l'urgence.

Le préambule de l'arrêté royal du 3 juin 1999 modifiant l'arrêté royal du 6 mai 1971 fixant les types de règlements communaux relatifs à l'organisation des services communaux d'incendie motive l'urgence de cette modification par la nécessité d'adopter immédiatement des dispositions relatives au statut des agents volontaires des services d'incendie afin de leur garantir la sécurité à laquelle ils ont droit dans le cadre de leurs mission et, en particulier, dans un souci d'égalité, de fixer sans délai un salaire horaire minimum.

Ces considérations n'expliquent pas les circonstances particulières rendant l'adoption des mesures envisagées urgente au point de ne pas permettre de consulter le Conseil d'État dans un délai de trois jours.

L'inobservation de la formalité substantielle que constitue la demande d'avis du Conseil d'État sans que soit justifiée l'urgence invoquée entraîne l'illégalité de l'arrêté royal du 3 juin 1999.

Pour condamner la demanderesse à payer au défendeur, pompier volontaire de son service d'incendie, une rémunération pour les heures de garde de casernement égale à 100 p.c de celle qui est due pour les heures de travail effectif, l'arrêt fait application de l'article 41 des annexes 2 et 3 de l'arrêté royal du 6 mai 1971, dans la rédaction postérieure à sa modification par l'article 4 de l'arrêté royal du 3 juin 1999.

Il viole, de la sorte, les articles 3, § 1^{er}, des lois coordonnées sur le Conseil d'État et 159 de la Constitution.

Le moyen, en cette branche, est fondé. »

b) Quant à la seconde branche du premier moyen (pouvoir d'injonction des gouverneurs de province sur les services d'incendie organisés par les communes)

« L'article 9, § 2, de la loi du 31 décembre 1963 sur la protection civile soumet les services d'incendie communaux, intercommunaux et des pré-zones à l'inspection organisée par le Roi. L'article 13, § 2, de cette loi soumet les règlements communaux et intercommunaux relatifs à l'organisation des services publics d'incendie à l'approbation du gouverneur de la province.

Ni ces dispositions ni aucune autre ne confèrent à l'inspection ou au gouverneur de la province le pouvoir de fixer la rémunération des pompiers volontaires d'un service d'incendie.

Pour condamner la demanderesse à payer au défendeur une rémunération pour les heures de garde de casernement égale à 100 p.c. de celle due pour les heures de travail effectif, l'arrêt invoque l'article 9, § 2, de la loi sur la protection civile se fonde sur une circulaire du gouverneur relative à la rémunération des heures de garde de casernement indiquant aux bourgmestres d'inviter leur conseil communal à revoir en ce sens le règlement organique du service d'incendie.

Il ne justifie pas légalement sa décision.

Le moyen, en cette branche, est fondé. »

c) Quant à la première branche du second moyen (illégalité invoquée de l'AR du 20/06/1994).

« L'arrêt considère que la distinction entre les heures de travail effectif et les heures de garde est prohibée au seul motif que cette distinction violerait les articles 2 et 8 de l'arrêté royal du 20 juin 1994 fixant les dispositions générales relatives à l'octroi d'une allocation pour travail de nuit, de samedi et de dimanche au personnel des services publics d'incendie et des services de police communale.

Le préambule de l'arrêté royal du 20 juin 1994 invoque l'urgence de l'exécution de l'accord intersectoriel de programmation sociale pour les années 1991-1994 et la décision du conseil des ministres du 19 juin 1992 d'harmoniser les statuts des services de sécurité, notamment les dispositions relatives à l'octroi d'une allocation pour travail de nuit, de samedi et de dimanche.

L'accord intersectoriel portant sur les années 1991 à 1994 et la décision du conseil des ministres précédant de plusieurs années l'arrêté royal, ces extraits de son préambule n'expliquent pas les circonstances particulières rendant l'adoption des mesures envisagées urgente au point de ne pas permettre de consulter le Conseil d'État dans un délai de trois jours.

L'inobservation de la formalité substantielle que constitue la demande d'avis du Conseil d'État sans que soit justifiée l'urgence invoquée entraîne l'illégalité de l'arrêté royal du 20 juin 1994.

Pour condamner la demanderesse à payer au défendeur un sursalaire pour les prestations de nuit ou de dimanche, l'arrêt fait application des articles 2 et 8 de cet arrêté royal.

Il viole, de la sorte, les articles 3, § 1^{er}, des lois coordonnées sur le Conseil d'État et 159 de la Constitution.

Le moyen, en cette branche, est fondé. »

d) Quant à la première branche du troisième moyen (illégalité alléguée de l'AR du 06/05/1971 tel que modifié par l'AR du 03/06/1999)

« L'arrêté royal du 3 juin 1999 est illégal, ainsi qu'il est dit en réponse à la première branche du premier moyen.

Pour condamner la demanderesse à payer au défendeur une rémunération pour les heures de gardes à domicile, dites « d'astreinte », l'arrêt fait application de l'article 41 des annexes 2 et 3 de l'arrêté royal du 6 mai 1971, dans la rédaction postérieure à sa modification par l'article 4 de l'arrêté royal du 3 juin 1999.

Il viole, de la sorte, les articles 3, § 1^{er}, des lois coordonnées sur le Conseil d'État et 159 de la Constitution.

Le moyen, en cette branche, est fondé. »

B. Quant à l'étendue de la cassation prononcée par la Cour aux termes de son arrêt du 18/05/2015.

Suivant l'enseignement constant livré par la Cour de cassation, *« il appartient au juge devant lequel la contestation est renvoyée après cassation partielle de statuer dans les limites du renvoi. En principe, ce renvoi est limité à l'étendue de la cassation y compris les décisions indissociables et les décisions découlant des décisions cassées. En règle, l'étendue de la cassation est limitée à la partie du moyen qui en est le fondement. A ce stade de la procédure, il appartient au juge de renvoi de statuer sur cette étendue, quels que soient les termes utilisés par la Cour »*. (Cass., 08/05/2014, Pas., I, n°329).

Le principe fondamental qui sous-tend ces règles est le suivant (F. KRINGS, « L'étendue de la cassation », Actualités du droit, Revue de la Faculté de Droit de Liège, 1995, p. 908) :

« La Cour ne connaît que des moyens qui lui sont soumis par les parties et seulement à l'encontre des dispositifs qui font l'objet du pourvoi. En d'autres mots, le pourvoi est par essence limité et la Cour n'a d'autres pouvoirs que ceux qui résultent de l'initiative des parties ».

C'est la raison pour laquelle l'article 1095 du Code judiciaire dispose que *« la Cour (de cassation) ne peut connaître que des chefs de la décision indiqués dans la requête introductive »* (voyez, également, A. MEEUS, « L'étendue de la cassation en matière civile », Obs. sous Cass., 08/03/1983, R.C.J.B., 1986, p. 262).

En l'espèce, il n'est pas contesté que les chefs de demande liés au paiement de la « prime de feu » et à celui de l'indemnité pour licenciement abusif sont définitivement jugés à cette nuance près, toutefois, pour le « prime de feu » que la cour du travail de Bruxelles s'est bornée à trancher dans son principe le contestation ordonnant la réouverture des débats aux fins de déterminer la hauteur des arriérés dus à titre de « prime de feu ».

La cour de céans est exclusivement saisie de la problématique liée à l'indemnisation des préjudices allégués correspondant :

- a) au paiement à 100% des heures de casernement en attente de mission ;
- b) au paiement des sursalaires pour prestations de nuit, de week-end et de jours fériés ;
- c) au paiement du temps de garde obligatoire à domicile (les « astreintes »).

La cour de céans, en sa qualité de cour de renvoi, se doit, également, de vider la saisine de la cour du travail de Bruxelles portant sur le chef de demande relatif à la « prime de feu » dès lors que la cour du travail de Bruxelles n'a pas fixé la hauteur des arriérés dus de ce chef (voyez chapitre II. 4).

C. Objet de la demande de Monsieur S.P. après cassation

Aux termes de ses derniers écrits de procédure, Monsieur S.P. formule les demandes suivantes :

Condamner la VILLE DE N. :

- au paiement de 10.000 € à titre provisionnel à valoir sur un montant évalué jusqu'ores et sous toutes réserves à 25.000 € au titre de rémunération pour le travail en caserne, montant à majorer des intérêts moratoires courant au taux légal depuis leur exigibilité ;
- au paiement de 10.000 € à titre provisionnel à valoir sur un montant évalué jusqu'ores et sous toutes réserve à 20.000 € au titre d'arriérés de rémunération pour les sursalaires, montant à majorer des intérêts moratoires courant au taux légal depuis leur exigibilité ;
- au paiement de 10.000 € à titre provisionnel à valoir sur un montant évalué jusqu'ores et sous toutes réserve à 12.500 € au titre d'arriérés de rémunération pour le travail fourni sous « astreinte », montant à majorer des intérêts moratoires courant au taux légal depuis leur exigibilité ;
- au paiement de 5.000 € à majorer des intérêts judiciaires couvrant depuis le 12/11/2008 à titre d'arriérés dus du chef de « prime de feu ».

Il sollicite également :

- qui soit désigné un expert avec pour mission d'établir les décomptes d'arriérés dont condamnation et pour ce faire, après avoir convoqué les parties et les avoir entendues et avoir obtenu réponse à toutes ses questions, se faire remettre tous les documents nécessaires et établir les décomptes définitifs entre parties ;
- la condamnation de la VILLE DE N. à provisionner l'expert à première demande de celui-ci dans les 8 jours de sa demande.

Enfin, Monsieur S.P. postule qu'il soit réservé à statuer pour le surplus.

II. QUANT AU FONDEMENT DES PRETENTIONS DE MONSIEUR S.P.

II. 1. Quant au paiement à 100% des heures de casernement

II. 1. a) Exposé du problème et position des parties

Il n'est pas contesté que les pompiers volontaires sont astreints à des gardes en caserne tout comme, du reste, les pompiers professionnels (formation, entretien du matériel, travail administratif, ...).

L'article 9, § 1^{er}, alinéa 2, de la loi du 31 décembre 1963, relatif aux services communaux et régionaux d'incendie, stipule :

« (Le Roi) arrête les dispositions générales dans les limites desquelles sont fixés le cadre le statut pécuniaire et administratif, les échelles de traitement, les indemnités, les allocations et notamment les allocations de foyer et de résidence, le pécule de vacances et le pécule de vacances familial ainsi que les conditions de recrutement, de nomination et d'avancement des membres des services publics d'incendie »

Le Service Incendie de la VILLE DE N. étant constitué de professionnels et de volontaires, c'est l'annexe 2 du règlement qui doit être intégré dans la réglementation en vigueur pour le service incendie.

C'est sur base de ce règlement type en son annexe 2 qu'un règlement d'ordre intérieur et un règlement organique ont été édictés. (SOUS-FARDE I, pièces 28-1 et 28-2).

Il est à noter que le règlement organique, soumis à concertation, a été modifié en date du 16 avril 2010 avec effet au 01/07/2010 (pièce 1.28.2). Ce règlement organique en son article 39 prescrivait, avant sa modification datant du 16 avril 2010, ce qui suit :

« Les indemnités de prestations des membres volontaires du service, ainsi que les frais de déplacement pour l'accomplissement de missions spéciales dûment autorisées par le Chef de Service sont fixées comme suit :

1° Les allocations de prestations des volontaires sont calculées au prorata des heures de prestations en prenant comme base au moins la moyenne des traitements prévus par le barème du grade correspondant du personnel professionnel.

Le salaire horaire minimum est fixé à 1/1976 de cette rémunération annuelle brute

(...)

2° Les indemnités sont liées aux fluctuations de l'indice général des prix du détail du royaume.

L'application d'une majoration due à une augmentation de l'index s'applique dans les mêmes conditions que pour les rémunérations des agents communaux.

3° Les indemnités sont payables trimestriellement, à terme échu.

4° En cas d'intervention, toute heure commencée est considérée comme entièrement accomplie.

L'indemnité afférente à une intervention équivaut au minimum à celle se rapportant à deux heures de prestations.

5° Par heure d'exercice, de théorie, de garde ou casernement de prestations administratives, il est attribué une indemnité égale à 80 % de celle fixée en vertu du 1°. (...) »

La position de la VILLE DE N. peut être résumée comme suit :

- La référence à la directive 2003/88 pour fonder le paiement d'une demande en paiement d'arriérés de rémunération n'est pas régulière en raison du champ d'application de cette directive qui porte sur le bien-être et la protection de la santé des travailleurs.
- S'agissant du cadre rémunératoire des gardes en caserne, il s'impose de s'en référer au règlement d'ordre intérieur qui fixe le tarif horaire. Celui-ci est valide puisque la VILLE DE N. disposait de toute autonomie pour fixer le cadre pécuniaire des prestations des pompiers volontaires.

- Ce règlement d'ordre intérieur n'est pas discriminatoire. La comparabilité des situations ne doit pas être évoquée au niveau des tâches à effectuer mais bien au niveau du statut de pompier à savoir professionnel ou volontaire.

Selon la VILLE DE N., le pompier professionnel et le pompier volontaire, dans le cadre de la détermination du droit à la rémunération, sont placés dans des situations qui ne sont pas comparables.

Elle ajoute que même s'il fallait considérer ces situations comme comparables, encore faudrait-il en conclure que la différence de traitement qui conduit à rémunérer les gardes en caserne d'une manière différente est légitime et fondée sur des critères objectifs qui sont, notamment, liés au caractère accessoire de la fonction de pompier volontaire et aux régimes fiscal et social plus intéressants pour les pompiers volontaires, notamment.

Surabondamment, fait valoir la VILLE DE N., si la cour de céans devait considérer que le principe d'égalité a été violé et écarter l'application du règlement organique, il reviendrait à la cour de rechercher le fondement légal ou réglementaire de la demande de Monsieur S.P. qui sollicite le paiement d'arriérés de rémunération.

Elle précise que le contrôle de la conformité de l'acte au sens de l'article 159 de la Constitution doit être envisagé sous le triple rapport de la compétence de l'auteur de l'acte, de la forme et du fond de l'acte, le juge n'ayant pas la pouvoir de contrôler l'opportunité, la valeur ou l'utilité des actes de l'autorité administrative.

Quant à la sanction à infliger par le juge au regard du constat de non-conformité et l'étendue de son pouvoir, il ne saurait être question d'appliquer le principe de « levelling up », estime la VILLE DE N..

De son côté, Monsieur S.P. fait valoir *« que les pompiers sont tous pompiers, qu'ils soient dits professionnels ou volontaires car il n'y a qu'une activité professionnelle accomplie par des agents également compétentes agissant ensemble »*.

Il indique que *« la différence de traitement opérée par la VILLE DE N. jusqu'à la modification de son règlement organique en 2010 constitue une discrimination contraire aux articles 10 et 11 de la Constitution »*.

Sur cette base, Monsieur S.P. :

- sollicite l'écartement du règlement organique qui prévoit le paiement à raison de 80% d'une heure de garde en caserne sur la base de l'article 159 de la Constitution ;
- réclame, par application du principe de « levelling up » le delta de 20 % pour toutes les heures prestées durant le temps de garde en caserne, que ces heures soient des heures d'intervention ou, encore, des heures de garde

II. 1. b) Position de la cour de céans**• La notion de temps de travail**

Saisie d'un litige semblable à celui soumis à la cour de céans, la cour du travail de Bruxelles a, par arrêt du 14/09/2015 (RG n° 2012/AB/592) posé quatre questions préjudicielles à la Cour du Justice de l'Union Européenne :

- 1) « l'article 17, § 3, c), iii), de la Directive 2003/88 du 4 novembre 2003 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail doit-il être interprété comme autorisant les Etats membres à exclure certaines catégories de sapeurs-pompiers recrutés par les services publics d'incendie, de l'ensemble des dispositions assurant la transposition de cette directive, en ce compris celle qui définit les temps de travail et les périodes de repos ?
- 2) dans la mesure où la Directive 2003/88 du 4 novembre 2003 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail, ne prévoit que des normes minimales, doit-elle être interprétée comme ne faisant pas obstacle à ce que le législateur national maintienne ou adopte une définition moins restrictive du temps de travail ?
- 3) tenant compte de l'article 153, § 5 du TFUE et des objectifs de la Directive 2003/88 du 4 novembre 2003 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail, l'article 2 de cette Directive, en ce qu'il définit les principales notions utilisées par celle-ci et, notamment, celles de temps de travail et de périodes de repos, doit-il être interprété comme n'étant pas applicable à la notion de temps de travail devant permettre de déterminer les rémunérations dues en cas de garde à domicile ?
- 4) la Directive 2003/88 du 4 novembre 2003 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail, fait-elle obstacle à ce que le temps de garde à domicile soit considéré comme du temps de travail lorsque, bien que la garde soit exécutée au domicile du travailleur, les contraintes pesant sur ce dernier pendant la garde (comme l'obligation de répondre aux appels de l'employeur dans un délai de 8 minutes), restreignent très significativement les possibilités d'autres activités ? »

La Cour de Justice a répondu à la cour du travail de Bruxelles aux termes d'un arrêt prononcé le 21/02/2018 (affaire C-518/15 dit « arrêt MATZAK ») :

La première question préjudicielle était justifiée par la circonstance selon laquelle le législateur belge a, en 2009, exclu du champ d'application de la loi du 14 décembre 2000 les pompiers volontaires.

L'article 186 de la loi portant des dispositions diverses du 30 décembre 2009, dispose en effet que :

« L'article 3 de la loi du 14 décembre 2000 fixant certains aspects de l'aménagement du temps de travail dans le secteur public, est interprété en ce sens que le volontaire des services publics d'incendie et de zone de secours tels que prévus par la loi du 15 mai 2007 relative à la sécurité civile et le volontaire des unités opérationnelles de la protection civile, ne tombe pas sous la définition de travailleur »

Dans un arrêt du 09/07/2013 (n° 130/2013), la Cour constitutionnelle avait conclu que l'article 186 de la loi du 30/12/2009 portant des dispositions diverses, qui interprète l'article 3 de la loi du 14/12/2000 ne crée pas de discrimination incompatible avec les articles 10 et 11 de la Constitution à l'encontre des seuls pompiers volontaires en ce qu'il exclut lesdits volontaires des services publics d'incendie de la notion de travailleurs en regard des dispositions en matière de temps de travail au même titre que les pompiers professionnels et alors qu'ils perçoivent déjà une rémunération moindre que les professionnels en vertu des dispositions spécifiques qui les concernent. En effet, selon la Cour constitutionnelle, le caractère volontaire, occasionnel et accessoire de l'activité du pompier volontaire justifie que la disposition en cause l'écarte du champ d'application d'une législation qui, comme la loi du 14/12/2000, offre des garanties aux agents en ce qui concerne les périodes minimales de repos journalier, le repos hebdomadaire, le congé annuel, le temps de pause, la durée maximale hebdomadaire de travail et certains aspects du travail de nuit et du travail posté.

D'après la Cour, la directive 2003/88/CE prévoyant la possibilité de déroger, en ce qui concerne les sapeurs-pompiers, même professionnels, aux dispositions qu'elle contient en matière, notamment, de repos journalier, de temps de pause, de repos hebdomadaire et de durée du travail de nuit, le législateur a pu raisonnablement considérer que le caractère spécifique de l'activité du pompier volontaire ne requérait pas l'application de la loi du 14/12/2000 (Voyez : F. LAMBINET et S. GILSON : « Les gardes à domicile des pompiers volontaires sous le feu de la rampe » Obs. sous C.J.U.E., 21/02/2018, JTT, 2018, p. 245).

Les pompiers ont, toutefois, plaidé devant la cour du travail de Bruxelles que dans la mesure où la loi du 14 décembre 2000 constitue la transposition des directives 93/104/CE du Conseil du 23 novembre 1993 et 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail (cette directive a abrogé et remplacé la directive 93/104/CE du conseil du 23/11/1993), l'article 186 de la loi portant des dispositions diverses du 30 décembre 2009 ne devait pas être appliqué.

Il n'est, en effet, pas contesté que les directives précitées s'appliquent aux pompiers comme cela a été confirmé par la Cour de cassation (Cass., 18/05/2015, www.juridat.be rejetant la pourvoi formé à l'encontre d'un arrêt prononcé le 02/10/2012 par la cour du travail de Liège qui avait considéré que les directives 93/104 et 2003/88 s'appliquaient aux pompiers ; voyez aussi l'arrêt de la C.J.U.E. du 14/07/2005, n°C-52/04).

L'interprétation donnée par la loi du 30/12/2009 portant des dispositions diverses est en contradiction avec la directive 2003/88/CE.

Le juge national est tenu à une obligation d'interprétation conforme du droit communautaire. Cette exigence « *est inhérente au système du traité en ce qu'elle permet à la juridiction nationale d'assurer, dans le cadre de ses compétences, la pleine efficacité du droit communautaire lorsqu'elle tranche le litige dont elle est saisie* » (CJCE, 05.10.2004, Pfelffer, C-397/01, point 114, <http://curia.europa.eu>)

Ainsi, « *conformément à une jurisprudence constante, l'obligation des États membres, découlant d'une directive, d'atteindre le résultat prévu par celle-ci, ainsi que leur devoir en vertu de l'article 10 CE de prendre toutes mesures générales ou particulières propres à assurer l'exécution de cette obligation, s'impose à toutes les autorités des États membres, y compris, dans le cadre de leurs compétences, aux autorités juridictionnelles (arrêts du 10 avril 1984, Von Cotson et Kamann, n°C-14/83, Rec. p. 1891, point 26, et du 25 février 1999, Carbonari e.a., C-131/97, Rec. p. I-1103, point 48)* » (CJCE, 15/05/2003, Mau, C-160/01, point 35, <http://curia.europa.eu>).

Cette obligation a ses limites, dans la mesure où elle ne pourrait pas mener en principe à une interprétation *contra legem* du droit national, sans préjudice de la mise en cause de la responsabilité de l'Etat membre en raison des violations du droit communautaire qui lui seraient imputables (voyez pour l'énonciation de ce principe de responsabilité : CJCE, 19/11/1991, Francovich et Bonifaci, C-6/90 et C-9/90, point 37, <http://curia.europa.eu>).

Il pourrait aussi être vérifié si la directive en cause ne comporte pas des dispositions susceptibles de produire un effet direct, cela en considération des conditions strictes dégagées par la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union Européenne (voyez notamment : CJCE, 05.10.2004, Pfelffer, C-397/01, point 103, <http://curia.europa.eu>)

« A cet égard, il résulte d'une jurisprudence constante de la cour que, dans tous les cas où les dispositions d'une directive apparaissent, du point de vue de leur contenu, inconditionnelles et suffisamment précises, les particuliers sont fondés à les invoquer devant les juridictions nationales à l'encontre de l'Etat, soit lorsque celui-ci s'est abstenu de transposer dans les délais la directive en droit national, soit lorsqu'il en a fait une transposition incorrecte (voir, notamment arrêts du 19/11/1991, Francovich et Bonifaci, C-6/90 et C-9/90, rec. P. I 5357, point 11 et du 11/07/2002, Marks & Spencer, C-62/00, Rec. P. I-6325, point 25) , CJCE, 05.10.2004, Pfelffer, C-397/01, point 103, <http://curia.europa.eu>).

Toutefois, sans qu'il soit nécessaire d'examiner la question d'une éventuelle application directe de la directive, lorsqu'une application conforme n'est pas possible, le juge pourrait aussi bien être amené à devoir laisser inappliquée la disposition interne qui contrevient au droit communautaire. La Cour de Justice de l'Union Européenne l'exprime dans les termes suivants (CJUE, 27/10/2009, Land Oberosterrelch c CEZ, C-115/08, point 138, <http://curia.europa.eu>) :

« A cet égard, Il convient de rappeler qu'en vertu d'une jurisprudence constante développée à propos de l'article 10 CE, mais trouvant également à s'appliquer à l'égard de l'article 192 EA, le devoir des États membres, en vertu desdites dispositions, de prendre toutes mesures générales ou particulières propres à assurer l'exécution des obligations découlant du droit communautaire s'impose à toutes les autorités des États membres, y compris, dans le cadre de leurs compétences, aux autorités juridictionnelles.

Aussi appartient-il à la juridiction nationale de donner à la loi interne qu'elle doit appliquer, dans toute la mesure du possible, une interprétation conforme aux exigences du droit communautaire. Si une telle application conforme n'est pas possible, la juridiction nationale a l'obligation d'appliquer intégralement le droit communautaire et de protéger les droits que celui-ci confère aux particuliers, en laissant au besoin inappliquée toute disposition dans la mesure où son application, dans les circonstances de l'espèce, aboutirait à un résultat contraire au droit communautaire (voir, notamment, arrêts du 4 février 1988, Murphy e.a., 157/86, Rec.p.673, point 11, ainsi que du 26 septembre 2000, Engelbrecht, C-262/97, Rec. p. 1-7321, points 38 à 40) »

P. NIHOUL et C. DELFORGE ne disent pas autre chose lorsqu'ils précisent que « *cette obligation de moyen devient toutefois « quasiment » une obligation de résultat lorsqu'une juridiction nationale est saisie d'un litige portant sur l'application des dispositions internes « qui ont été spécialement introduites en vue de transposer une directive qui vise à conférer des droits aux particuliers »*. Dans ce cas, l'obligation d'interprétation conforme impose à la juridiction saisie de « *présumer que l'Etat membre, une fois qu'il a utilisé la marge d'appréciation dont il bénéficie en vertu de cette disposition, a eu l'intention d'exécuter pleinement les obligations découlant de la directive concernée* » (P. NIHOUL et C. DELFORGE, « L'effet direct des directives en droit social européen », Ors., 2018/7, p.2 et s.s. et spécialement p. 10).

Ainsi, si la directive 2003/88/CE permet de déroger, pour le sapeur-pompier volontaire, à certaines des dispositions qu'elle consacre, elle ne permet nullement de les exclure purement et simplement de son champ d'application et de celui des législations nationales qui en assurent la transposition.

Dans ses conclusions avant l'arrêt MATZAK, l'Avocate générale Sharpston était très claire à ce sujet :

« Par sa première question, la juridiction de renvoi demande, en substance, si un État membre est libre d'exclure certaines catégories de sapeurs-pompiers de l'ensemble des dispositions assurant la transposition de la directive 2003/88 en droit national, y compris de celles qui définissent les temps de travail et les périodes de repos.

Ces définitions figurent à l'article 2 de la directive 2003/88. Comme l'énonce l'article 17, paragraphe 3, de ladite directive, seules les dispositions qui y sont expressément mentionnées peuvent faire l'objet d'une dérogation relative, notamment, aux services de lutte contre l'incendie. Ainsi, cet article 17, paragraphe 3, prévoit qu'un État membre, pour autant qu'il respecte les conditions fixées à l'article 17, paragraphe 2, de la directive, est libre de déroger aux articles 3, 4, 5, 8 et 16 de celle-ci.

Cette faculté ne concerne pas les définitions de « temps de travail » et de « période de repos » données à l'article 2 et, puisque l'article 17, paragraphe 3, doit, de la même manière que toutes les dispositions dérogatoires, être interprété strictement, il n'existe, à mon sens, aucune marge pour adopter une approche extensive pouvant aller au-delà des termes mêmes de la dérogation.

Par conséquent, je suis d'avis qu'il convient de répondre à la première question que l'article 17, paragraphe 3, sous c), iii), de la directive 2003/88 devrait être interprété en ce sens qu'il n'autorise les États membres à exclure certaines catégories de sapeurs-pompiers recrutés par les services publics d'incendie que du champ d'application des dispositions visées à l'article 17, paragraphe 3, de la directive. Il ne permet pas aux États membres d'exclure ces travailleurs du champ d'application de l'ensemble des dispositions transposant ladite directive et, en particulier, il ne permet pas d'exclure l'application des dispositions définissant les termes « temps de travail » et « période de repos » pour ce qui concerne ces travailleurs ».

Dans son arrêt du 21 février 2018, la Cour de Justice a confirmé la thèse défendue par les pompiers volontaires devant la cour du travail de Bruxelles :

« L'article 17, paragraphe 3, sous c), iii), de la directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil, du 4 novembre 2003, concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail, doit être interprété en ce sens que les États membres ne peuvent pas déroger, à l'égard de certaines catégories de sapeurs-pompiers recrutés par les services publics d'incendie, à l'ensemble des obligations découlant des dispositions de cette directive, y compris l'article 2 de celle-ci, définissant notamment les notions de « temps de travail » et de « période de repos ».

Il en découle que l'article 186 de la loi portant des dispositions diverses du 30 décembre 2009 ne peut donc pas être appliqué en raison de la primauté du droit européen.

Ainsi, la loi du 14/12/2000 (qui transpose la directive 2003/88/CE laquelle a remplacé la directive 13/104/CE, à partir du 02/08/2004) s'applique aux pompiers volontaires.

L'article 2, 1° de la directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil du 04/11/2003 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail définit le temps de travail comme « *toute période durant laquelle le travailleur est au travail, à la disposition de l'employeur et dans l'exercice de son activité ou de ses fonctions, conformément aux législations et/ou pratiques nationales* ».

La définition européenne du temps de travail suppose, ainsi, la réunion de trois éléments constitutifs :

- être au travail ;
- être à la disposition de son employeur ;
- être dans l'exercice de son activité ou de ses fonctions.

La loi du 14/12/2000 « *fixant certains aspects de l'aménagement du temps de travail dans le secteur public* » (qui s'applique aux communes) définit la durée du temps de travail comme « *le temps pendant lequel le travailleur est à la disposition de l'employeur* » (article 8).

Cette disposition est identique à celle de la loi du 16 mars 1971 « *sur le travail* » applicable au secteur privé.

Il n'est pas contesté, au regard de la jurisprudence européenne, qu'il n'y a temps de travail au sens de la directive que « *lorsque le travailleur est contraint d'être physiquement présent au lieu déterminé par l'employeur et de s'y tenir à la disposition de ce dernier pour pouvoir immédiatement fournir les prestations appropriées en cas de besoin* » (CJUE, arrêt du 11/01/2007, VOREL, C-437/05, point 28 ; CJUE, arrêt du 04/03/2011, GREGORE, C-258/10, points 53 et 63).

Il résulte des développements qui précèdent que les heures prestées en caserne par les pompiers volontaires constituent du temps de travail qui doit être rémunéré.

- **Le principe d'égalité de traitement et de non-discrimination**

Les paramètres d'analyse des principes d'égalité de traitement et de non-discrimination sont définis comme suit tant par la Cour de cassation que par la Cour Constitutionnelle : « *La règle de l'égalité des Belges devant la loi et celle de la non-discrimination dans la jouissance des droits et libertés reconnus aux Belges impliquent que tous ceux qui se trouvent dans la même situation soient traités de la même manière, mais n'excluent pas qu'une distinction soit faite entre différentes catégories de personnes pour autant que le critère de distinction soit susceptible de justification objective et raisonnable ; l'existence d'une telle justification doit s'apprécier par rapport au but et aux effets de la mesure prise ; le principe d'égalité est, également, violé lorsqu'il n'existe pas de rapport raisonnable de proportionnalité entre le moyens employés et le but visé* » (Cass., 24/04/1995, Bull., n°207 ; Cass., 24/03/2003, Chr. D. S. , 2003, p. 379 ; C. Arb., arrêt 21/89 du 13/07/1989 ; C. Arb., arrêt 25/90 du 05/07/1990).

Le principe d'égalité de traitement prohibe, ainsi, que soient imposées, sans justification raisonnable, des différences de traitement entre des catégories de personnes se trouvant dans des situations comparables.

Aux termes de son arrêt du 14/09/2015, évoque supra (RG 2012/AM/592), la cour du travail de Bruxelles a, parallèlement aux questions formulées à l'attention de la Cour de justice, abordé la question de la discrimination potentielle entre professionnels et volontaires s'agissant de la rémunération due à chacune de ces catégories de pompiers, relevant que, *« lorsqu'elle fixe les conditions de travail et de rémunération du personnel, l'autorité communale est tenue de respecter le principe d'égalité et de non-discrimination tel qu'il résulte des articles 10 et 11 de la Constitution »*, principe qui *« s'oppose [...] à ce que les catégories de personnes se trouvant dans des situations qui, au regard de la mesure considérée, sont comparables, soient traitées de manière différente sans qu'apparaisse une justification objective et raisonnable »*.

Selon la cour du travail de Bruxelles, *« le caractère volontaire, occasionnel et accessoire des fonctions [n'apparaît pas] de nature à justifier que pour des prestations (de casernement, d'exercices, de théorie, de prestations administratives) exercées de manière identique au sein d'un même corps, la rémunération soit fixée à des taux différents selon qu'elle concerne un pompier volontaire ou un pompier professionnel »*, cette *« différence de traitement ne trouvant, par ailleurs, aucun fondement dans la directive européenne qui [...] ne concerne pas le montant des rémunérations. »*

Comme le relève à bon droit Monsieur S.P., il est licite de rémunérer à des tarifs différents le temps de travail en fonction de la nature des tâches. Telle n'est toutefois pas la question ici : ce n'est pas une rémunération différenciée par tâche mais différenciée en regard d'un critère discriminant car le règlement organique distingue les heures de casernement au seul détriment des pompiers dits « volontaires ».

Cette différence revenait donc à allouer (avant le 01/07/2010) aux pompiers volontaires une partie de leur traitement, à savoir 80%, alors que les pompiers professionnels percevaient quant à eux l'ensemble de leur traitement barémique, soit 100%.

Une telle différence ne pourrait être justifiée par le simple fait qu'un professionnel et un volontaire relèvent de deux sous-catégories professionnelles différentes.

Il ne saurait être contesté que les sapeurs-pompiers professionnels et les sapeurs-pompiers volontaires sont des catégories professionnelles comparables dès lors qu'ils exercent exactement les mêmes tâches (voyez à ce sujet l'extrait du site du S.P.F. Intérieur www.jedevienspompiers.be): on n'aperçoit, dès lors, aucune justification objective pour traiter différemment des droits pécuniaires de ces travailleurs.

A cet égard, le Cour Constitutionnelle a rappelé, aux termes de son arrêt du 06/07/2017 portant sur la problématique de la discrimination alléguée entre les agents contractuels de la fonction publique et les agents statutaires pour l'application de la règle de droit « audi alteram partem » qu'il ne suffisait pas qu'une différence de statut soit épinglée pour justifier une différence de traitement :

« La circonstance que les travailleurs employés par une autorité publique et les agents statutaires se trouveraient dans les situations juridiques différentes que constituent le contrat d'emploi et le statut ne suffit pas, contrairement à ce que soutient le Conseil des ministres, à permettre de considérer que ces catégories de personnes ne pourraient être comparées : il s'agit en effet, dans les deux cas, de déterminer les conditions dans lesquelles ces personnes peuvent valablement être privées de leur emploi » (C. C., 06/07/2017, n°86/2017)

La Cour Constitutionnelles conclut son raisonnement en faisant observer qu'en appliquant le principe « audi alteram partem » aux seuls travailleurs de la fonction publique, l'autorité publique se rendait coupable d'une différence de traitement non justifiable objectivement et de manière raisonnable.

La VILLE DE N. s'est attachée à lister les différentes théoriques existant entre ces deux sous-catégories professionnelles (sur le plan social et fiscal) mais aucune de celles-ci ne justifie la violation du principe d'égalité et de non-discrimination entre les pompiers professionnels et leurs collègues volontaires.

Le constat déduit de l'existence de situations comparables entre les pompiers professionnels et les pompiers volontaires a, également, été posé par la Cour Constitutionnelle lorsqu'il s'est agi de déterminer la juridiction compétente pour connaître des litiges en matière d'accidents de travail subis par les pompiers volontaires.

Prenant acte d'une exposition identique aux risques d'accidents dès lors que ces deux groupes de pompiers exerçaient des tâches strictement identiques, la Cour Constitutionnelles a jugé, par arrêt du 22/09/2011, que le simple fait que les garanties d'indemnisation de ces risques étaient fournies tantôt par une autorité publique conformément à l'article 16 de la loi du 03/07/1978 (pour les pompiers professionnels) tantôt par une assurance de droit commun (pour les pompiers volontaires) ne sauraient justifier que des tribunaux différents soient compétents pour statuer sur les demandes d'indemnisation d'accidents de travail de telle sorte que la compétence distincte du tribunal du travail et du tribunal de première instance en la matière n'était pas raisonnablement justifiée (C. C., 22/09/2011, arrêt n° 144/2011).

La Cour Constitutionnelles a, ainsi, jugé que le seul critère déduit de la manière dont le dommage lié à un accident du travail était assuré pour servir de justification à la saisine de deux juges différents suivant le statut du pompier était constitutif d'une discrimination non justifiée objectivement et de manière raisonnable.

Par ailleurs, aux termes d'un arrêt prononcé le 09/07/2013, la Cour constitutionnelle a considéré que « dès lors que les pompiers volontaires et les pompiers professionnels accomplissent des missions semblables dans un même corps, ils constituaient des catégories comparables (C. C., n°103/2013, du 09/07/2013).

Le raisonnement tenu par la Cour Constitutionnelle est, donc, parfaitement transposable au cas d'espèce soumis à la cour de céans : pour quelles raisons la sous-catégorie des pompiers volontaires devrait-elle être traitée différemment sur le plan pécuniaire alors que, par définition, les pompiers volontaires exécutent les mêmes tâches que leurs collègues professionnels avec les même moyens matériels et, de surcroît, à leurs côtés.

- Illégalité de la distinction opérée par l'article 39 du règlement organique de la VILLE DE N.

S'il est vrai qu'un employeur peut rémunérer de manière différente ses travailleurs selon qu'ils prestent effectivement ou non, cela ne vaut qu'à défaut de dispositions imposant une rémunération identique mais, également, que si cette rémunération différenciée n'entraîne pas de discrimination.

Or, en l'espèce, comme précisé supra, la VILLE DE N. s'est rendue coupable de discrimination prohibée par les articles 10 et 11 de la Constitution en imposant, dans un règlement organique, une rémunération différentes selon la sous-catégorie professionnelle à laquelle appartenaient les pompiers puisqu'elle a alloué une rémunération fixée à 100% pour les heures de casernement au bénéfice de pompiers professionnels alors même qu'elle a limité à 80% le montant des indemnités versées aux pompiers volontaires pour rémunérer un temps de garde en caserne.

L'article 159 de la Constitution dispose que « les cours et tribunaux n'appliqueront les arrêtés et règlement généraux, provinciaux et locaux qu'autant qu'ils seront conformes aux lois ».

La Cour Constitutionnelle a estimé « qu'en application de l'article 159 de la Constitution, il revient au juge de ne pas appliquer les dispositions qui ne seraient pas compatibles avec (...) la Constitution » (C. A., n°62/2004, 31/03/2004, B. 4. ; C. A., n°178/2004, 03/11/2004, B. 4. 4. ; C. A., n°158/2005, 20/10/2005, B. 4. ; C. A., n°127/2006, 28/07/2006, B. 6.).

En application de l'article 159 de la Constitution, la cour de céans estime qu'il y a lieu d'écarter l'application du Règlement organique de la VILLE DE N., (dans sa version antérieure à sa modification du 26/04/2010) en ce qu'il contient une disposition contraire aux articles 10 et 11 de la Constitution, à savoir l'article 39, 5° qui prévoyait que « par heure d'exercice, de théorie, de garde en casernement, il était attribué (aux pompiers volontaires) une indemnité égale à 80% de celle fixée en vertu du 1° (soit la rémunération allouée aux professionnels) ».

- **Application des principes de « levelling up »**

Sur base de l'ensemble des éléments exposés ci-dessus, le principe de « levelling up » consacré par la Cour de justice européenne doit, dès lors, être appliqué :

La Cour de Justice a ainsi considéré que *« dès lors qu'une discrimination, contraire au droit communautaire, a été constatée et aussi longtemps que des mesures rétablissant l'égalité de traitement n'ont pas été adoptées, le respect du principe d'égalité ne saurait être assuré que l'octroi aux personnes de la catégorie défavorisées des mêmes avantages que ceux dont bénéficient les personnes de la catégorie privilégiée »* (C.J.C.E., 24/03/1987 *Mc Dermott et Cotter*, 286/85 ; C.J.C.E., 7/02/1991, *Nimz*, C-84/89 ; C.J.C.E., 12/12/2002, *Rodriguez Caballero*, C-442/00 ; C.J.C.E., 21/06/2007, *Jonkman, Vercheval et Permesaen*, C-231/06).

Ce principe prévoit donc que, lors du constat d'une situation discriminatoire, il convient d'octroyer à la catégorie défavorisée la règle applicable à la catégorie privilégiée (J.-F. NEVEN, « La période oubliée (du 9 juillet au 31 décembre 2013) », *L'harmonisation des statuts entre ouvriers et employés*, Anthémis, 2014 p. 423). De cette manière, le régime le plus favorable devient donc « le seul système de référence » (C.J.C.E., 24/03/1987, *Mc Dermott et Cotter*, 286/85).

L'effet de « levelling-up » constitue donc la conséquence habituelle d'un constat de discrimination, comme le relève S. VAN DROOGHENBROECK :

« L'intervention d'un juge, quel qu'il soit, qui constate une discrimination, ne peut avoir pour conséquence d'enlever à la catégorie jusque-là privilégiée le droit ou l'avantage refusé à d'autres de façon discriminatoire (...) En l'absence d'intervention législative, la « réparation » à l'égard de la catégorie discriminée ne peut qu'avoir pour effet de lui accorder le droit ou l'avantage en cause. Cette nécessité peut avoir pour conséquence logique que l'action du juge devient créatrice d'un droit qui n'existait pas, du moins pas pour telle catégorie de personnes, avant son intervention » (B. RENAULD et S. VANDROOGHENBROECK, « Le principe d'égalité et de non-discrimination », in M. VERDUSSEN et N. BONBELD, « Les droits constitutionnels en Belgique », Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 596).

Il est à noter, également, que la Cour de Cassation semble avoir été inspirée par la jurisprudence européenne aux termes de son arrêt du 27/01/1994 lorsqu'il s'est agi de débattre des conséquences d'une discrimination salariale (Cass., 27/0/1994, Chr. D. S., 1994, p. 75).

Le statut applicable aux pompiers professionnels prévoit une allocation de prestations de 100% pour les heures en casernement : cette disposition constitue donc « la disposition la plus favorable » devant donc être considérée comme « le seul système de référence ».

La VILLE DE N. tente d'empêcher l'application de ce principe en soulevant la théorie de la lacune extrinsèque/intrinsèque.

Comme le relève judicieusement Monsieur S.P., cet argument est dépourvu de toute pertinente. En effet :

- il ne s'agit pas de créer une règle mais de réparer un préjudice. Si une norme discrimine un sujet de droit, elle lui porte atteinte et le juge a vocation de réparer ce préjudice ce qui ne porte pas atteinte au principe de la séparation des pouvoirs mais au contraire le réalise.
- il n'existe, en l'espèce, aucune lacune : la VILLE DE N. n'a pas omis l'existence même du groupe des pompiers volontaires mais a sciemment décidé de les discriminer par l'adoption de l'article 39, 5° de son Règlement organique.

En conséquence, le jugement dont appel sera confirmé en ce qu'il a considéré que la VILLE DE N. devait être condamnée à indemniser à 100% le temps de garde de casernement (la question de la prescription sera examinée infra).

S'agissant du barème applicable, le jugement dont appel doit, également, être confirmé en ce qu'il a décidé qu'il s'agissait du barème D5 (et non D. 5. 1.) dans la mesure à Monsieur S.P. n'a pas été nommé au grade de caporal comme l'exige l'article 18, point 13, du règlement organique.

L'appel principal de la VILLE DE N. doit, dès lors, être déclaré non fondé.

- **Le forfait de deux heures**

La VILLE DE N. relève que si la cour de céans devait estimer, quod non, que les 20% de traitement supplémentaire doivent être régularisés, elle sollicite qu'il soit tenu compte dans le décompte du forfait horaire qu'elle a octroyé pour les heures d'intervention, que ce forfait horaire soit converti en indemnité et soit déduit des montants dus au titre d'arriérés de rémunération.

En effet, dans sa version illégale, l'article 39 du Règlement organique prévoyait que :

- toute heure commencée, en cas d'intervention, est considérée comme entièrement accomplie. L'indemnité afférente à une intervention équivaut au minimum à celle se rapportant à deux heures de prestations. Ce système a été en cours jusqu'au 1^{er} juillet 2010 date à laquelle, la rémunération des heures de casernement est passée à 100%.
- par heure d'exercice, de théorie, de garde en caserne, ou de prestations administratives, est attribuée une indemnité équivalente à 80 % de celle fixée en vertu du premierement. La VILLE a, en effet, considéré, à tort, que ces heures ne comportaient aucune prestation effective et que, par conséquent, elles devaient être rémunérées à 80%.

Il y a lieu de faire droit à la thèse soutenue par la VILLE DE N..

En effet, refuser d'opérer ce calcul impliquerait un double paiement lorsque la journée de garde a donné lieu à une ou plusieurs interventions.

- **Neutralisation de la période durant laquelle Monsieur S.P. a été engagé sous contrat de travail**

La cour de céans constate que la réclamation originale de Monsieur S.P. portant sur le paiement à 100% de ses heures de garde en caserne repose sur une différence de traitement illégale introduite par la VILLE DE N. dans son Règlement organique du service incendie (article 39) entre les « heures de prestations » et les « heures d'exercice, de théorie ou de garde de casernement » pour les pompiers volontaires.

Pendant la période au cours de laquelle Monsieur S.P. a été engagé dans les liens d'un contrat de travail, il a exercé ses fonctions en qualité de « pompier professionnel ».

Il n'était donc pas concerné durant cette période (pour rappel elle s'est étendue du 01/11/2006 au 09/01/2009) par la limitation de la rémunération des heures de garde de casernement à 80%.

Il s'impose de confirmer le jugement dont appel en ce qu'il a rejeté la demande de régularisation pour la période durant laquelle Monsieur S.P. a été engagé sous contrat de travail.

L'appel incident de Monsieur S.P. est non fondé quant à ce.

- **La prescription**

« En droit, le non-paiement de la rémunération aux conditions, aux temps et aux lieux convenus constitue à la fois un manquement trouvant sa source dans le contrat de travail ou les dispositions réglementaires en vigueur et une contravention aux dispositions de la loi du 12/04/1965 concernant la protection de la rémunération, sanctionnée pénalement par ses articles 9 et 42, ce dernier ayant été abrogé par l'article 109, 19° de la loi du 06/06/2010 et remplacé par l'article 162 du Code pénal social qui dispose que *« est puni d'une sanction de niveau 2, l'employeur, son préposé ou son mandataire qui : 1° n'a pas payé la rémunération du travailleur ou ne l'a pas payée à la date à laquelle elle est exigible »*.

Face à un tel comportement, le demandeur a le choix du fondement de son action et peut donc, librement, décider de lui conférer un caractère contractuel ou délictuel (Cass., 30/12/1985, Pas. 1986, I, 535). S'il fonde sa demande sur l'existence d'une infraction, il a cependant la charge de prouver tous les éléments constitutifs de celle-ci.

Le juge civil, qui statue sur une demande fondée sur une infraction et vérifie si la demande est prescrite, doit en effet constater que les faits qui servent de base à cette demande tombent sous l'application de la loi pénale ; il est tenu de relever les éléments constitutifs de l'infraction qui ont un effet sur l'appréciation de la prescription (Cass., 9/02/2009, J.T.T. 2009, p. 211).

En l'espèce, Monsieur S.P. a expressément opté pour le second des fondements en manière telle que le délai de prescription applicable est celui de l'article 26 de la loi du 17/04/1878 contenant le titre préliminaire du code de procédure pénale qui dispose, depuis sa modification par la loi du 10/06/1998, 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, sans toutefois pouvoir être prescrite avant l'action publique »* (Cass., 22/01/2007, J.T.T. 2007, p. 289 et 481).

Aux termes de l'article 2277 du Code civil, ce qui est payable par année ou à des termes périodiques plus courts se prescrit par cinq ans. De même, l'article 2262 bis, §1^{er}, alinéa 2, du Code, prévoit que toute action en réparation d'un dommage fondée sur une responsabilité extracontractuelle se prescrit par cinq ans à partir du jour qui suit celui où la personne lésée a eu connaissance du dommage ou de son aggravation et de l'identité de la personne responsable.

S'applique dès lors en l'espèce une prescription quinquennale à compter du jour où l'infraction a été commise ou connue.

Comme précisé ci-dessus, il appartient à Monsieur S.P. de prouver que l'infraction existe avec toutes ses composantes : élément matériel élément moral et imputabilité (Cass., 23/01/1981, Pas. 1981, I, 550 ; Cass., 7/09/1972, R.C.J.B., 1975, p.370, note A. KHOL, cité par J. CLESSE, in « la prescription de l'action civile en droit du travail », J.T.T.,1998, p. 51 ; C.T. Liège, 08/10/2003, J.T.T. 2004, p. 316 ; C.T. Mons, 24/10/2013, R.G. n° 2012/AM/335, inédit).

L'élément matériel peut consister en un fait positif condamnable ou en une omission de respecter une obligation légale ou réglementaire.

L'élément moral consiste dans le fait que l'acte érigé en infraction a été commis librement.

En effet, à moins que la loi en dispose autrement, il ne doit pas être démontré, en outre, que l'auteur de l'infraction avait l'intention de nuire ou même qu'il devait savoir que l'acte posé était réprimé pénalement. L'élément moral est dès lors rencontré lorsqu'il est établi que l'auteur de l'infraction a posé l'acte répréhensible en dehors des causes d'excuse et de justification prévue par le Code pénal (F. KEFER, Le droit pénal du travail, La Charte 1997, n° 132 et 143).

Les délits prévus par le droit du travail sont donc, sauf disposition expresse contraire, des délits réglementaires ne requérant aucun élément moral particulier (F. KEFER, Précis de droit pénal social, Anthémis 2008, p. 61 ; C.T. Liège, 2/10/2001, R.R.D. 2001, p. 454).

S'agissant de l'élément matériel de l'infraction, Monsieur S.P. soutenait devant le premier juge que sa réclamation relative aux arriérés de rémunération, sursalaires et primes n'était pas prescrite dès lors que la VILLE DE N. s'était rendue coupable d'un délit continué.

Pour sa part, la VILLE DE N. prétend, devant la cour de céans, que le non-paiement de la rémunération constitue une infraction instantanée de telle sorte que chaque absence de paiement fait courir un nouveau délai de prescription.

S'il est vrai que le non-paiement de la rémunération constitue, ainsi, une infraction instantanée, soit une abstention ou un acte pour lequel la durée ne joue aucun rôle de telle sorte que la prescription commencera courir moment où l'acte punissable, en l'occurrence le non-paiement de la rémunération due, a été posé, il n'en demeure, toutefois, pas moins que la répétition d'actes ou d'omissions de même nature forme toutefois une infraction continuée qui sera considérée comme un seul fait punissable lorsqu'ils (ou elles) ont été accomplies dans une unité d'intention délictueuse (Cass., 4/12/1989, Pas. I, 1990, 420). En ce cas, la prescription ne commencera à courir, pour l'ensemble des infractions commises, qu'à partir du jour où l'infraction prend fin.

Monsieur S.P. ne peut donc se targuer de l'existence d'une infraction continuée qu'à la condition d'établir, dans le chef de la VILLE DE N., l'existence d'une unité d'intention, laquelle suppose l'absence de toute période d'interruption dans les prestations (C.T. Bruxelles, 6/08/2013, R.G. n° 2011/AB/750, inédit).

Cette position a été confirmée par la Cour de Cassation qui a considéré, en plusieurs arrêts, que la modification de l'article 65 du Code pénal par la loi du 11/07/1994, était sans effet sur la règle selon laquelle, si plusieurs faits délictueux sont l'exécution successive d'une même résolution criminelle et ne constituent ainsi qu'une seule infraction, celle-ci n'est entièrement consommée et la prescription de l'action publique ne prend cours, à l'égard de l'ensemble des faits, qu'à partir du dernier de ceux-ci, pourvu qu'aucun d'entre eux ne soit séparé du suivant par un temps plus long que le délai de prescription applicable, sauf interruption ou suspension de la prescription (Cass. 2/02/2004, Chr. D. S., 2004, 437 ; Cass., 12/02/2007, J.T.T. 2007, 213 ; Cass., 7/04/2008, J.T.T. 2008, 285).

De même, par arrêt du 22/06/2005, la Cour Constitutionnelle a statué en ce sens que l'article 65 du Code pénal et l'article 21 du titre préliminaire du Code de procédure pénale, interprétés en ce sens qu'en cas de délit continué, la prescription court à partir du dernier fait qui a été commis avec la même intention délictueuse pour autant que le délai de prescription ne soit écoulé entre aucun des faits, ne viole pas les articles 12, alinéa 2 et 14, de la Constitution.

Ainsi que l'écrit F. KEFER, l'unité d'intention que requiert l'infraction continuée s'apparente toutefois à une identité de mobile, chacun des actes prenant une place déterminée dans le système conçu par l'auteur pour réaliser sa fin (« les concours d'infractions en droit pénal social », in « Le droit pénal social et les contrats de travail spéciaux », Larcier 1997,813).

L'unité d'intention ne peut être confondue avec l'élément moral propre à chacune des infractions réunies.

La répétition de la même infraction n'est qu'un élément matériel qui n'établit pas, par lui-même, la poursuite d'un but unique.

Si la réitération d'un même fait peut révéler une pratique systématique, c'est-à-dire articulée sur un but unique, encore faut-il mettre à jour ce mobile. La persistance dans le même travers peut en effet être la conséquence de l'ignorance de l'existence de l'obligation, ce qui exclut l'infraction continuée (J. CLESSE, « La prescription extinctive en droit du travail », J.T.T. 2001, 206).

La Cour du travail de Mons a estimé dans un arrêt prononcé le 26/06/2007 que « *le non-paiement de la rémunération constitue en principe une infraction instantanée, mais lorsque plusieurs infractions constituent une infraction continuée, le point de départ du délai est reporté, pour l'ensemble des faits reprochés, au jour où le dernier fait a été commis. L'infraction continuée requiert une unité d'intention, laquelle s'apparente à une identité de mobile, chacun des actes prenant une place déterminée dans le système conçu par l'auteur pour réaliser sa fin. Il appartient au travailleur d'établir l'unité d'intention délictueuse, laquelle ne peut être confondue avec l'élément moral propre à chacune des infractions réunies. La répétition de la même infraction n'est qu'un élément matériel qui n'établit pas, par lui-même, la poursuite d'un but unique.* » (J.T.T. 2008, p. 146).

L'élément moral spécifique de l'unité d'intention ne peut être réduit à néant ou admis implicitement parce que l'infraction (par nature instantanée) est réglementaire.

En l'espèce, la cour de céans relève qu'entre le 01/09/1997 et le 01/11/2006, Monsieur S.P. n'a pas réclamé le paiement d'arriérés de rémunération.

Ce n'est qu'après la rupture de son contrat de travail, par décision du Collège du 09/06/2008, que Monsieur S.P. a fait valoir que la VILLE DE N. s'était abstenue, depuis sa nomination en tant que sapeur-pompier volontaire, de lui verser l'intégralité de sa rémunération (voyez lettre de mise en demeure de son conseil du 14/08/2008).

Il n'existe donc pas d'unité d'intention qui confèrerait aux manquements invoqués durant la période du 01/09/1997 au 30/10/2006 et, ensuite, à partir du 09/01/2009, le caractère d'acte délictueux unique.

Il s'impose, partant, de considérer que l'action est prescrite pour toute infraction antérieure au 01/12/2003 (la citation introductive d'instance, a été signifiée le 12/11/2008).

L'appel incident de Monsieur S.P. est non fondé en ce qu'il prétend que le non-paiement de la rémunération constitue un délit continué.

II. 2. Quant aux arriérés de rémunération portant sur la rémunération majorée du travail en caserne pour les prestations de nuit, de week-end et de jours fériés

II. 2. a) Exposé du problème et position des parties

Dans le cadre de leur mission, les sapeurs-pompiers effectuent des prestations de nuit, de week-end ou encore de jours fériés.

Pour toute heure de prestations de nuit, de week-end, ou de jour férié, les pompiers professionnels perçoivent une majoration de leur rémunération à concurrence de 25%.

Les sapeurs-pompiers volontaires ne se voient pas allouer cette majoration. Il n'y a de majoration que s'il y a « départ-feu » de nuit, de week-end ou un jour férié.

Monsieur S.P. soutient qu'en allouant un sursalaire aux seuls pompiers professionnels, la VILLE DE N. traite différemment des catégories de personnes se trouvant dans la même situation.

Il sollicite, dès lors, l'écartement du Règlement organique et l'application du principe de « levelling up ».

Monsieur S.P. revendique, ainsi, l'application du statut pécuniaire de la VILLE DE N. en ses articles 54 et 56.

La VILLE DE N. estime, de son côté, qu'il y a lieu de procéder à la distinction entre la situation du personnel communal réglementée par les articles 54 à 56 du statut pécuniaire auquel appartiennent les pompiers professionnels et celle des pompiers volontaires qui relèvent, quant à eux, du Règlement organique dès lors qu'ils ne disposent pas du statut des agents communaux.

Elle estime, ainsi, que Monsieur S.P. ne peut donc revendiquer le paiement de l'allocation de 25% telle que prévue par les articles 54 à 56 du statut pécuniaire propre aux agents communaux.

Pour le surplus, la VILLE DE N. s'en réfère aux développements portant sur l'absence de comparabilité entre le statut des pompiers professionnels et celui des pompiers volontaires consignés au sein du chapitre traitant du « delta 20% » (heures de casernement) ainsi qu'à l'absence d'application de la classe « levelling up ».

Enfin, à titre subsidiaire, elle fait observer que s'il fallait considérer que, par heure de prestations, il faut y inclure les heures de casernement et que lorsque ces heures étaient prestées le week-end ou en soirée, il fallait leur appliquer le sursalaire prévu par le statut pécuniaire de la VILLE DE N., quod non, il faudra établir des décomptes des sommes réelles dues.

Il va de soi, selon la VILLE DE N., que Monsieur S.P. ne pourra cumuler, pour une même période de prestations, et l'indemnisation de sa garde et l'indemnisation d'une éventuelle intervention sous peine de recevoir un double paiement pour certaines heures.

II. 2. b) position de la cour de céans

Par identité de motif, la cour de céans estime qu'il y a lieu de renvoyer aux développements consignés au sein du chapitre II. 1. Relatif à la demande de paiement à 100% des heures de casernement.

Comme indiqué à ce sujet, la Cour Constitutionnelle a été amenée à préciser que lorsqu'ils exercent des prestations similaires, les pompiers volontaires et les pompiers professionnels doivent être considérés comme relevant de catégories comparables (cfr Chapitre I. 1.).

Des différences de traitement peuvent exister entre catégories comparables pour autant qu'elles soient justifiées de manière objective et raisonnable.

En l'espèce, la cour de céans n'aperçoit pas en quoi les différences d'organisation et de statut (sur les plans social et fiscal) évoquées par la VILLE DE N. de même que le caractère volontaire, temporaire et accessoire de l'engagement, seraient de nature à justifier que pour des prestations identiques de casernement, d'exercice ou de prestations administratives, effectuées au sein d'un même corps et dans des conditions comparables, les pompiers professionnels bénéficient d'un sursalaire alors que les pompiers volontaires en sont privés.

En effet, les prestations de nuit, de week-end et de jours fériés engendrent les mêmes désagréments sur la vie familiale et sociale pour les pompiers volontaires et leurs collègues professionnels.

Par ailleurs, la VILLE DE N. dispose d'un statut pécuniaire qui contient les règles applicables en matière de traitement pour les membres du personnel communal, notamment, pour les pompiers professionnels.

Nonobstant toute stipulation contraire, ce statut pécuniaire doit s'appliquer aux membres du corps des pompiers volontaires de la VILLE DE N..

En effet, les pompiers volontaires sont des agents statutaires conformément à la jurisprudence du Conseil d'Etat (C. E., arrêt n°2008.256 du 20/10/2010 ; C. E., arrêt n°185.650 du 12/08/2008, Rev. Dr. Communal, 2009, liv. 4, p. 54 ; C. E. arrêt n° 214.390 du 01/07/2011).

A partir du moment où le pompier volontaire est statutaire et que l'autorité administrative qui l'occupe est la VILLE DE N., il ne peut être que membre du personnel de cette dernière lorsqu'il n'est pas lié à la ville par un contrat de travail : il rentre, partant, dans le champ d'application du statut pécuniaire de la VILLE DE N. et l'exclusion visée par l'article 7 de ce statut ne peut lui être appliquée.

Ce point litigieux a, du reste, été tranché définitivement par la Cour du travail de Bruxelles aux termes de son arrêt du 06/08/2013 de telle sorte qu'il doit être tenu pour acquis que :

1. entre le 1^{er} septembre 1997 (date à laquelle il a été nommé en qualité de pompier volontaire stagiaire pour devenir ensuite pompier volontaire effectif à partir du 1^{er} janvier 2003) et le 30 novembre 2006, Monsieur S.P. était statutaire ;
2. entre le 1^{er} novembre 2006 (date de son engagement pour remplacer un pompier professionnel) et le 9 janvier 2009 (date de la fin de période de préavis de licenciement), Monsieur S.P. a presté dans le cadre d'un contrat de travail ;
3. depuis le 10 janvier 2009 (fin de la suspension de son engagement de sapeur-pompier volontaire), Monsieur S.P. est statutaire.

L'article 54 du statut pécuniaire de la VILLE DE N. prévoit que « les agents bénéficient d'une allocation pour prestations nocturnes ou dominicales (...) »

L'article 56 précise que « le montant de l'allocation est de :

- Pour les heures de prestations dominicales : 1/1976^{ème} du traitement annuel, majoré, les cas échéant de l'allocation pour exercice de fonctions supérieures, par heures de prestations,
- Pour les prestations nocturnes : 25% du taux horaire calculé sur base de la rémunération globale annuelle brute ».

Partant, Monsieur S.P. a droit au supplément de majoration de 25% pour toute prestation de nuit, dominicale ou de jours fériés au barème D. 5 pour la période postérieure au 01/12/2003 (voyez à ce sujet les développements assurés par la cour de céans sur la problématique de la prescription – Chapitre II. 1. b) et à l'exclusion de la période durant laquelle Monsieur S.P. a été engagé dans le cadre d'un contrat de travail.

Enfin, il va de soi que Monsieur S.P. ne pourra cumuler, pour une même période de prestations, et l'indemnisation de sa garde et l'indemnisation d'une éventuelle intervention.

Dans le cadre de l'établissement du décompte des arriérés dus, Monsieur S.P. devra, donc, tenir compte de l'imputation des sommes déjà perçues pour ses interventions sous peine de recevoir un double paiement pour certaines heures.

ii. **3. Quant à la rémunération du temps de garde à domicile appelé « astreinte »**

II. **3. a) Exposé du problème et position des parties**

Dans le cadre de leur mission, les sapeurs-pompiers effectuent des heures de garde « extra muros » appelée « astreinte » ou « stand-by ».

Ce système est décrit comme suit par l'officier chef de service (pièce 11 dossier de Monsieur S.P.) :

NOTE DE SERVICE N°2002/03

En vue de favoriser une meilleure compréhension de la nature des prestations fournies par les membres du service, les présences en caserne pour des périodes planifiées de 8 heures seront dorénavant qualifiées de garde tandis que les stand-by au domicile seront qualifiés d'astreintes.

Il est rappelé que le personnel d'astreinte doit prendre toutes les mesures nécessaires en vue de pouvoir rester joignable et qu'une fois appelé, ce personnel doit rejoindre la caserne dans les plus brefs délais. Cette dernière obligation implique une présence dans un rayon raisonnable autour de la caserne.

Les absences pour l'une ou l'autre raison ne peuvent être envisagées que pour faire face à un cas de force majeure. Le planning d'astreinte est établi avec un préavis suffisant pour que chacun puisse s'organiser en ce sens.

Ces dispositions sont applicables au personnel professionnel intégré au rôle d'astreinte. Si des membres du personnel professionnel s'estiment dans l'incapacité de satisfaire à ces contraintes, ils m'en feront part et seront retirés de l'effectif professionnel participant au rôle d'astreinte.

J'attire l'attention sur les conséquences disciplinaires et éventuellement pénales que pourrait constituer une absence non justifiée lors du rappel du personnel d'astreinte.

*Cpt DE.....
Officier chef de service*

Croisé avec le règlement organique de la VILLE DE N. (article 9) on y constate que ce bref délai pour rejoindre le départ-feu ne peut excéder 8 minutes.

Concrètement, dans ces 8 minutes, le pompier volontaire doit :

- revêtir son équipement ;
- rejoindre la caserne ;
- prendre place dans le véhicule pour le départ-feu.

Monsieur S.P. soutient que devoir être prêt au départ-feu dans les 8 minutes de l'appel signifie être disponible pour son employeur.

Il ajoute que faire fi du respect de cette obligation était passible de sanctions disciplinaires voire pénales.

Monsieur S.P. estime, ainsi, que les heures de travail sous régime « d'astreinte » prestées à partir du 01/12/2003 (hormis la période du 01/11/2006 au 09/01/2009) doivent être payées ou indemnisées.

La position de la VILLE DE N. peut être résumée comme suit :

La VILLE DE N. n'attribue pas de rémunération pour la garde à domicile. Si durant cette garde, le pompier est rappelé, il sera alors payé pour cette intervention.

Dans l'analyse de cette demande, il faut distinguer la qualification de temps de travail au sens de la directive 2003/88 et le temps de travail pour l'octroi d'une rémunération.

En ce qui concerne le temps de travail au sens de la directive 2003/88, il doit s'interpréter au regard du droit européen. Et, toujours selon cette directive, le calcul du temps de travail donne droit à des repos compensatoires.

En ce qui concerne le temps de travail rémunérable, le droit européen n'est pas la base relevante pour fonder une demande en paiement d'arriérés de rémunération.

En l'espèce, il faut constater que la demande vise au paiement d'arriérée rémunération. Il convient, donc, d'analyser la notion de temps de travail donnant lieu à rémunération au regard des notions de droit interne à savoir la contrepartie du travail fourni. Dans le cadre des gardes à domicile, en-dehors des interventions, le pompier volontaire ne fournit pas de travail, il n'y a donc pas de temps de travail.

S'il fallait considérer, quod non, que le temps de travail donnant lieu à rémunération doit s'interpréter conformément à la directive 2003/88 et aux critères développés par la jurisprudence de la Cour notamment dans son arrêt MATZAK, encore faudrait-il constater qu'il convient d'analyser in concreto l'existence d'une contrainte à ce point importante qu'elle implique que le pompier volontaire, lorsqu'il est en garde, ne peut vaquer à ses occupations personnelles. Or, la VILLE DE N. prétend démontrer, d'une part, que la note de service qui impose un rappel dans les 8 minutes n'était pas respectée dans les faits et que ce non-respect n'était d'ailleurs pas sanctionné.

La VILLE DE N. soutient rapporter, également, la preuve selon laquelle dans les faits, le volontariat était de mise et qu'il n'y avait pas de contrainte.

Compte tenu de ces éléments, le temps de garde à domicile ne peut être considéré comme du temps de travail donnant lieu à rémunération.

Enfin, si la Cour devait estimer que les gardes à domicile constituaient du temps de travail, il faudrait alors octroyer non pas de la rémunération mais des repos compensatoires à Monsieur S.P. et ce dans les conditions d'octroi du repos compensatoire à savoir lorsqu'il y a un dépassement de la moyenne hebdomadaire.

Or, cette demande n'a jamais été formulée en sorte qu'à l'heure actuelle, toute demande formulée à ce stade serait prescrite, conclut la VILLE DE N..

II. 3. b) Position de la cour de céans

Au risque de se répéter (voyez chapitre II. 1. b), la cour de céans rappelle que saisie d'un litige semblable à celui soumis à la cour de céans, la Cour du travail de Bruxelles a, par arrêt du 14/09/2015 (RG 2012/AB/592) posé quatre questions préjudicielles à la Cour de justice de l'Union Européenne :

- 1) « l'article 17, § 3, c), iii), de la Directive 2003/88 du 4 novembre 2003 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail doit-il être interprété comme autorisant les Etats membres à exclure certaines catégories de sapeurs-pompiers recrutés par les services publics d'incendie, de l'ensemble des dispositions assurant la transposition de cette directive, en ce compris celle qui définit les temps de travail et les périodes de repos ?
- 2) dans la mesure où la Directive 2003/88 du 4 novembre 2003 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail, ne prévoit que des normes minimales, doit-elle être interprétée comme ne faisant pas obstacle à ce que le législateur national maintienne ou adopte une définition moins restrictive du temps de travail ?
- 3) tenant compte de l'article 153, § 5 du TFUE et des objectifs de la Directive 2003/88 du 4 novembre 2003 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail, l'article 2 de cette Directive, en ce qu'il définit les principales notions utilisées par celle-ci et, notamment, celles de temps de travail et de périodes de repos, doit-il être interprété comme n'étant pas applicable à la notion de temps de travail devant permettre de déterminer les rémunérations dues en cas de garde à domicile ?
- 4) la Directive 2003/88 du 4 novembre 2003 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail, fait-elle obstacle à ce que le temps de garde à domicile soit considéré comme du temps de travail lorsque, bien que la garde soit exécutée au domicile du travailleur, les contraintes pesant sur ce dernier pendant la garde (comme l'obligation de répondre aux appels de l'employeur dans un délai de 8 minutes), restreignent très significativement les possibilités d'autres activités ? »

La première question préjudicielle était justifiée par la circonstance selon laquelle le législateur belge a, en 2009, exclu du champ d'application de la loi du 14 décembre 2000 les pompiers volontaires.

L'article 186 de la loi portant des dispositions diverses du 30 décembre 2009, dispose en effet que :

« L'article 3 de la loi du 14 décembre 2000 fixant certains aspects de l'aménagement du temps de travail dans le secteur public, est interprété en ce sens que le volontaire des services publics d'incendie et de zone de secours tels que prévus par la loi du 15 mai 2007 relative à la sécurité civile et le volontaire des unités opérationnelles de la protection civile, ne tombe pas sous la définition de travailleur »

Aux termes d'un arrêt prononcé le 09/07/2013 (arrêt n°107/2013), la Cour Constitutionnelle a conclu que l'article 186 de la loi du 30/12/2009 portant des dispositions diverses qui interprète l'article 3 de la loi du 14/12/2000 ne crée pas de discrimination incompatible avec les articles 10 et 11 de la Constitution à l'encontre des seuls pompiers volontaires en ce qu'il exclut lesdits volontaires des services publics d'incendie de la notion de travailleur au regard des dispositions en matière du temps de travail (...).

La cour de céans a développé les raisons qui l'ont conduite à considérer que l'article 186 de la loi du 30/12/2009 portant des dispositions diverses ne pourrait pas être appliquée en raison de la primauté du droit européen et à préciser que la loi du 14/12/2000 (qui transpose la directive 2003/88/CE laquelle a remplacé la directive 93/104/CE à partir du 02/08/2004) s'appliquerait aux pompiers volontaires (voyez les longs développements assurés au sein du chapitre II. 1. b) relatif à la notion de temps de travail auquel la cour de céans renvoie les parties).

A. Le temps de garde à domicile constitue du temps de travail au sens de la loi du 14/12/2000 et de la directive 2003/88/CE qui a remplacé avec effet au 02/08/2004 la directive 93/104/CE

L'article 2, 1° de la directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail définit le temps de travail comme « toute période durant laquelle le travailleur est au travail, à la disposition de l'employeur et dans l'exercice de son activité ou de ses fonctions, conformément aux législations et/ou pratiques nationales ».

La définition « européenne » du temps de travail suppose ainsi la réunion de trois éléments constitutifs :

- être au travail,
- être à la disposition de son employeur
- être dans l'exercice de son activité ou de ses fonctions.

La loi du 14 décembre 2000 « fixant certains aspects de l'aménagement du temps de travail dans le secteur public » (qui s'applique aux communes) définit le temps de travail comme « *le temps pendant lequel le travailleur est à la disposition de l'employeur* » (article 8).

Cette définition est identique à celle de la loi du 16 mars 1971 « sur le travail », applicable au secteur privé.

S'il n'est pas contesté, au regard de la jurisprudence européenne, qu'il n'y a temps de travail au sens de la directive que « lorsque le travailleur est contraint d'être physiquement présent au lieu déterminé par l'employeur et de s'y tenir à la disposition de ce dernier pour pouvoir immédiatement fournir les prestations appropriées en cas de besoin (CJUE, arrêt du 11/01/2007, VOREL, C-437/05, point 28, CJUE ; arrêt du 04/03/2011, GRIGORE, C-258/10, points 53 et 63), il n'en demeure, toutefois, pas moins qu'aucune réponse n'avait jamais été donnée à la question suivante : le temps de garde en dehors des locaux de l'entreprise constitue-t-il du temps de travail lorsque les contraintes pesant sur le travailleur sont telles qu'il ne peut pas vaquer aux occupations qu'il souhaite ?

La Cour de justice a apporté, par son arrêt du 21/02/2018, une réponse à cette question :

« 63. (...) l'obligation de rester physiquement présent au lieu déterminé par l'employeur ainsi que la contrainte découlant, d'un point de vue géographique et temporel, de la nécessité de rejoindre le lieu de travail dans un délai de 8 minutes, sont de nature à limiter de manière objective les possibilités qu'un travailleur se trouvant dans la condition de M. Matzak a pour se consacrer à ses intérêts personnels et sociaux.

64. Au regard de telles contraintes, la situation de M. Matzak se distingue de celle d'un travailleur qui doit, durant son service de garde, simplement être à la disposition de son employeur afin que ce dernier puisse le joindre.

65. Dans ces conditions, il convient d'interpréter la notion de « temps de travail », prévue à l'article 2 de la directive 2003/88, dans le sens qu'elle s'applique à une situation dans laquelle un travailleur se trouve contraint de passer la période de garde à son domicile, de s'y tenir à la disposition de son employeur et de pouvoir rejoindre son lieu de travail dans un délai de 8 minutes.

66. Il découle de tout ce qui précède qu'il y a lieu de répondre à la quatrième question que l'article 2 de la directive 2003/88 doit être interprété en ce sens que le temps de garde qu'un travailleur passe à domicile avec l'obligation de répondre aux appels de son employeur dans un délai de 8 minutes, restreignant très significativement les possibilités d'avoir d'autres activités, doit être considéré comme « temps de travail » ».

Le critère retenu par la Cour réside donc dans les contraintes géographiques et temporelles imposées au travailleur, qui sont de nature à restreindre « très significativement les possibilités d'avoir d'autres activités ». La qualification de temps de travail doit donc faire l'objet d'une appréciation *in concreto*, compte tenu des contraintes imposées au travailleur de garde à son domicile.

Il résulte de ce qui précède et de l'enseignement de l'arrêt MATZAK de la Cour de justice, qu'il convient désormais de distinguer :

- Le temps de garde selon le régime de présence physique sur le lieu de travail lequel constitue du « temps de travail », compte tenu des contraintes pesant sur le travailleur d'être physiquement présent au lieu déterminé par l'employeur (le lieu de travail) et de s'y tenir à la disposition de ce dernier pour pouvoir immédiatement fournir les prestations appropriées si besoin ;
- Le temps de garde selon le système d'astreinte où le travailleur ne doit pas être physiquement présent à un endroit désigné par l'employeur mais doit simplement rester joignable lequel n'est qualifié de « temps de travail » que pour ce qui concerne le temps lié à la prestation effective de services, et ce, dans la mesure où le travailleur peut gérer son temps avec moins de contraintes et se consacrer à ses propres intérêts ;
- Le temps de garde où le travailleur doit être physiquement présent à un endroit désigné par l'employeur situé en dehors du lieu de travail (ce qui peut résulter du délai d'intervention imposé), rester joignable et pouvoir rejoindre son lieu de travail à bref délai est qualifié de « temps de travail », en raison des contraintes géographiques et temporelles pesant sur le travailleur qui limitent ses possibilités de vaquer à ses occupations.

En l'espèce, il n'est, au demeurant, pas contesté que le pompier volontaire qui effectue une garde à domicile doit « être domicilié et résidé dans la commune de N. ou en un endroit quelconque tel que le délai nécessaire pour rejoindre la caserne de N. n'excède pas 8 minutes maximum » (article 9 du Règlement organique).

Le non-respect de cette obligation est, selon la note de service 2002/03 de l'officier chef de corps (le capitaine DE.....) susceptible d'entraîner des sanctions disciplinaires et des poursuites pénales.

Dès lors qu'il se voit imposer des règles de rappel très contraignantes (intervention dans un très bref délai, proximité géographique imposée, caractère obligatoire du respect de l'astreinte sous peine de sanctions disciplinaires et de poursuites pénales), les périodes d'astreinte doivent être considérées comme du temps de travail.

Il ne peut, en effet, être sérieusement contesté que la liberté de mouvement du pompier est fortement entravée par ces contraintes affectant sa vie privée dès lors qu' :

- Il ne peut pas consommer de boissons alcoolisées à son domicile sous peine de ne pas pouvoir prendre le volant ;
- Il ne peut pas assurer seul la garde d'enfants à son domicile sous peine de devoir les abandonner au pied levé pour répondre à un appel ;
- Il ne peut pas davantage entreprendre des travaux de rénovation ou de réparation à son domicile qui ne pourraient souffrir d'interruption et qui exigeraient d'être, ainsi, menés à leur terme sans discontinuer.

La VILLE DE N. fait grand cas de la liberté offerte en pratique aux pompiers volontaires d'échanger entre eux leurs services de garde à domicile voire de limiter les créneaux horaires de leurs temps de garde à domicile et cite, à cet effet, divers exemples concrets de cette latitude qui aurait été pratiquée par certains membres du corps de pompiers volontaires.

Cette problématique est totalement hors débat : s'il peut être admis que certains pompiers volontaires, dont Monsieur S.P., ont usé de cette faculté leur offerte à l'une ou l'autre occasion, il n'en demeure pas moins que dans les limites de cette disponibilité horaire qu'il entendait respecter, le pompier volontaire est demeuré disponible pour son employeur.

Par ailleurs, si la VILLE DE N. entend épingle la question de l'effectivité réelle de la disponibilité et semble vouloir indiquer que l'appel au départ-feu ne constituait qu'une invitation et non un ordre de telle sorte que le pompier volontaire était libre de se présenter ou non dans les meilleurs délais, il n'en demeure pas moins que la VILLE DE N. échoue dans la charge de la preuve de ses allégations lesquelles signifieraient que « le premier départ » répondrait à son ordre de mission avec une équipe incomplète.

Cela signifie, donc, clairement que Monsieur S.P. s'est bien conformé aux ordres de l'autorité en se rendant effectivement dans un délai de 8 minutes maximum à la caserne pour rejoindre l'équipe d'intervention.

La VILLE DE N. est tellement attachée au respect par les pompiers volontaires de leur obligation de se conformer impérativement à l'ordre de répondre aux appels dans un délai de 8 minutes qu'elle s'est vue contrainte de rédiger, le 08/06/2011, une note de service (pièce IV. 27 de son dossier) rappelant le contenu des notes antérieures (2000/22 et 2002/03) pour dénoncer le comportement de certains pompiers volontaires qui n'étaient pas joignables durant leur rôle d'astreinte ou qui ne rejoignaient pas la caserne dans les plus brefs délais.

Monsieur S.P., lui-même, s'est vu notifier le 06/06/2012, une « demande de justification » pour n'avoir pas répondu à 7 appels lui adressés durant la période d'astreinte qui s'est étendue du 05/05/2012 à partir de 6 heures du matin jusqu'au 06/05/2012 à 6 heures du matin (pièce IV. 28 dossier de la VILLE DE N.).

C'est dire l'importance que la VILLE DE N. entendait attacher aux obligations de disponibilité totale imposée aux pompiers volontaires pour assurer le fonctionnement optimal du service, l'officier chef de service DE..... ayant listé de manière limitative les situations « d'indisponibilité justifiée » pour prêter une « astreinte » (maladie, force majeure résultant d'une maladie ou d'un accident survenu à une des personnes habitant sous le même toit de l'agent, décès du conjoint et indisponibilité pour convenances personnelles ou professionnelles limitée à 12 heures par an) (note de service 2010/6 du 11/03/2010 – pièce IV. 25 dossier de la VILLE DE N.).

Ainsi, dans les faits, la contrainte vantée par Monsieur S.P. était effectivement présente de sorte que, durant ce temps de garde à domicile, il devait se tenir à la disposition de son employeur et répondre aux appels lui adressé en se rendant à la caserne dans le délai de 8 minutes sous peine de sanctions disciplinaires et de poursuites pénales (voyez note de service 2002/03 – pièce IV. 23 dossier de la VILLE DE N.).

Il tombe sous le sens qu'il doit être présumé que Monsieur S.P. a respecté les obligations lui imposées ou a justifié dûment ses périodes d'indisponibilité dès lors que la VILLE DE N. ne produit pas la preuve de l'engagement de sanctions disciplinaires à son encontre voire de poursuites pénales.

La contrainte imposée par la VILLE DE N., durant le temps de garde à domicile de Monsieur S.P., qui entraînait une restriction significative des possibilités d'exercer d'autres activités (comme évoqué supra) entraîne la conséquence selon laquelle le temps passé en garde à domicile constitue du temps de travail au sens de l'article 2 de la directive 2003/88/CE et de la loi du 14/12/2000 (applicable aux pompiers volontaires – voyez développements supra) qui en assure sa transposition.

B. Le temps de garde à domicile constitue une prestation

Constituant du temps de travail puisque le pompier demeure à la disposition de son employeur pour pouvoir fournir immédiatement les prestations sollicitées de sa part, il ne peut être sérieusement contesté que la garde à domicile de Monsieur S.P. répond à la notion de « prestations » : si les heures de garde à domicile constituent du temps de travail, elles sont nécessairement des « prestations ».

C. Le temps de garde à domicile doit être rémunéré à 100%

Il y a lieu de rappeler, à cet égard, que la directive 2003/88 ne règle pas la question de la rémunération des travailleurs, cet aspect échappant, en vertu de l'article 153, §5, TFUE, à la compétence de l'Union (§49 de l'arrêt de la CJUE du 21/02/2018).

La Cour précise ce qui suit : « (...) si les Etats membres sont habilités à fixer la rémunération des travailleurs tombant dans le champ d'application de la directive 2003/88 en fonction de la définition des notions de « temps de travail » et de « période de repos », figurant à l'article 2 de cette directive, ils ne sont pas contraints de le faire.

Ainsi, les Etats membres peuvent prévoir dans leur droit national, que la rémunération d'un travailleur en « temps de travail » diverge de celle d'un travailleur « en période de repos » et cela même au point de n'accorder aucune rémunération durant ce dernier type de période » (§§ 50 et 51 de l'arrêt).

Lorsqu'elle fixe les conditions de travail et de rémunération du personnel, l'autorité communale est toutefois tenue de respecter le principe d'égalité et de non-discrimination tel qu'il résulte des articles 10 et 11 de la Constitution.

Les principes de l'égalité devant la loi et de la non-discrimination dérivent des articles 10, 11 et 11bis de la Constitution :

« Les principes de l'égalité et de la non-discrimination n'excluent pas qu'une différence de traitement soit établie entre certaines catégories de personnes pour autant que le critère de différenciation soit susceptible de justification objective et raisonnable.

L'existence d'une telle justification doit s'apprécier en tenant compte du but et des effets de la mesure critiquée ainsi que de la nature des principes en cause ; le principe de l'égalité est violé lorsqu'il est établi qu'il n'existe pas de rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens utilisés et le but visé » (jurisprudence constante de la Cour constitutionnelle : voy. not. C. Const., n°23/89 du 13/10/1989 ; dans la jurisprudence de la Cour de cassation, voy. Cass., 5/10/1990, Pas., 1991, I, p.123 ; Cass., 28/6/2001, F.000024.F, www.juridat.be; Cass., 25/06/2007, S.05.0094.N., www.juridat.be; Cass., 20/10/2008, S.08.0008.N, www.juridat.be) ».

Le principe d'égalité s'oppose ainsi à ce que des catégories de personnes se trouvant dans des situations qui, au regard de la mesure considérée, sont comparables, soient traitées de manière différente sans qu'apparaisse une justification objective et raisonnable.

A cet égard et pour rappel si nécessaire, la Cour constitutionnelle a jugé que « *dès lors que les pompiers volontaires et les pompiers professionnels accomplissent des missions semblables dans un même corps, ils constituent des catégories comparables* » (Cour const., arrêt n° 103/2013 du 09/07/2013, B.5.2. ; voir aussi arrêt n° 144/2011 du 22/09/2011).

Ainsi, pour être admises, les différences de traitement doivent être objectivement et raisonnablement justifiées, en tenant compte du but et des effets de la mesure critiquée ainsi que de la nature des principes en cause.

Or, à l'instar de la cour du travail de Bruxelles, aux termes de son arrêt du 14/09/2015 (RG n° 2012/AB/592), la cour de céans n'aperçoit pas en quoi le caractère volontaire des fonctions assumées par Monsieur S.P. serait de nature à justifier que pour des prestations exercées de manière identique au sein d'un même corps (il n'est, en effet, pas contesté, à cet égard, que les pompiers volontaires sont soumis aux mêmes prestations que celles imposées aux pompiers professionnels), la rémunération soit fixée à des taux différents selon qu'elle soit allouée à un pompier volontaire ou à un pompier professionnel.

Si la directive sur le temps de travail ne s'oppose pas à ce que des heures de garde soient, le cas échéant, rémunérées à un taux inférieur à celui en vigueur pour des prestations ordinaires, elle n'est, toutefois, pas de nature à justifier des différences de rémunération entre catégories comparables de travailleurs pour des prestations similaires.

Les gardes à domicile étant constitutives de « prestations », elles donnent droit à une rémunération à 100% sur base de l'article 39, 1° du Règlement organique de la VILLE DE N. (avant sa modification en 2010).

Cet article institue un barème de salaire minimum : le salaire horaire minimal doit être de 1/1976^{ème} de la rémunération annuelle brute. Sachant qu'il y a 1976 heures théoriques dans une année, la rémunération minimale sera 100% du salaire horaire

Aucun argument ne saurait être invoqué pour refuser l'application de cette disposition réglementaire.

Certes, le contenu de cet article 39 est la transposition de la règle déposée au sein de l'AR du 03/06/1999 mais le vice de forme dénoncé par la Cour de cassation dont est affecté cet arrêté royal ne porte pas atteinte au Règlement organique de la VILLE DE N. dont l'article 39, 1° crée un droit subjectif à la rémunération à 100% pour Monsieur S.P..

En conséquence, la demande tendant au paiement d'arriérés de rémunération pour les heures d'« astreinte » apparaît fondée avec les mêmes limitations (prescription pour la période antérieure au 01/12/2003 et exclusion de la période durant laquelle Monsieur S.P. a exercé, dans la cadre d'un contrat de travail, des fonctions de pompier professionnel).

Il s'impose, dès lors, de réformer le jugement dont appel en ce qu'il a, à tort, « constaté qu'aucune base légale ne permettait à Monsieur S.P. de prétendre à un sursalaire pour ce temps de travail ».

L'appel incident de Monsieur S.P. est fondé quant à ce.

II. 4. Quant au paiement de la « prime de feu »

L'arrêt de la Cour du travail de Bruxelles a confirmé le jugement dont appel qui avait dit pour droit que Monsieur S.P. était en droit de prétendre à la « prime de feu » conformément à l'article 39, 8° du Règlement organique de la VILLE DE N., à partir du 22/12/2005, date à laquelle il avait obtenu son brevet de caporal mais à l'exclusion de la période s'étendant du 01/11/2006 au 09/01/2009 au cours de laquelle il a été occupé dans les liens d'un contrat de travail avec la VILLE DE N..

La cour de céans n'ignore évidemment pas l'enseignement dispensé par la Cour de Cassation selon lequel « lorsque la Cour renvoie la cause dans une mesure limitée elle entend, par là, que le dispositif non attaqué ou non annulé de la décision attaquée ne peut plus être remis en question devant le juge de renvoi » (Cass., 13/02/2006, Pas., I, p. 359).

La cour de céans constate, toutefois, que la cour du travail de Bruxelles n'a pas vidé complètement sa saisine sur ce chef de demande puisqu'elle n'a pas chiffré la hauteur des arriérés dus du chef de « prime de feu » de telle sorte que l'exception d'incompétence de la cour de céans soulevée par la VILLE DE N. pour lui interdire de se ressaisir de cette contestation est dépourvue de fondement.

En effet, dès lors que la cour du travail de Bruxelles n'a pas tranché définitivement ce chef de demande puisqu'elle s'est bornée à reconnaître le droit subjectif dans le chef de Monsieur S.P. à prétendre au bénéfice de la « prime de feu » prévu par l'article 39, 8° du Règlement organique de la VILLE DE N. à partir du 22/12/2005 (à l'exclusion, toutefois, de la période au cours de laquelle il a été occupé sous contrat de travail) en ordonnant la réouverture des débats pour en déterminer la hauteur, il appartient à la cour de céans, en sa qualité de cour de renvoi de poursuivre la mission dévolue à la cour du travail de Bruxelles, en vidant complètement sa saisine portant sur ce dispositif non censurée par la Cour de cassation. Comme la précise la Cour de cassation aux termes de son arrêt du 13/02/2006 évoqué supra « la compétence du juge de renvoi s'étend à tout ce qui tombait sous la compétence du juge dessaisi ».

Force est de constater qu'à ce stade du débat judiciaire, la VILLE DE N. n'a pas développé le moindre argument de nature à contester la hauteur du montant dû à titre de « prime de feu » (même à titre subsidiaire), soit la somme de 5.000€ réclamée par Monsieur S.P. aux termes de ses conclusions additionnelles et de synthèse d'appel après cassation.

Il y a, dès lors, lieu de trancher définitivement ce chef de demande dont la cour du travail de Bruxelles a reconnu le bien-fondé dans son principe avec les limitations temporelles qu'elle a fixées en arrêtant à la somme de 5.000€ le montant de la « prime de feu » due par la VILLE DE N. à Monsieur S.P., somme à majorer des intérêts judiciaires dus depuis le 12/11/2008 jusqu'à parfait paiement.

III. QUANT AUX DECOMPTES A EFFECTUER ET AU FONDEMENT DE LA DEMANDE DE DESIGNATION D'UN EXPERT FORMULEE PAR MONSIEUR S.P.

Monsieur S.P. dénonce l'absence de coopération de la VILLE DE N. dans l'établissement des décomptes d'arriérés de rémunération qui lui sont dus.

Il estime qu'il s'impose de désigner un expert « pour contrôler l'exactitude et la complétude des données qui lui seront sans doute fournies dans un état qu'il est impossible de prévoir » : cet expert sera chargé d'établir les décomptes d'arriérés aux entiers frais de la VILLE DE N. puisque celle-ci a été reconnue débitrice, fait valoir Monsieur S.P..

La VILLE DE N. s'oppose, quant à elle, à la désignation d'un expert judiciaire dans la mesure où elle dispose de toutes les pièces nécessaires, le cas échéant, à la détermination des montants qui seraient dus.

La cour de céans estime qu'à ce stade du débat judiciaire, la demande de désignation d'un expert formulée par Monsieur S.P. est largement prématurée.

En effet, à l'audience de plaidoiries, le conseil de la VILLE DE N. a précisé que son dossier de pièces contenait le fichier EXCEL reprenant les prestations fournies par Monsieur S.P., les documents d'astreinte ainsi que les fiches de rémunération et qu'elle était, partant, en mesure de fournir les calculs nécessaires à l'établissement des droits éventuels de Monsieur S.P..

Lors de cette même audience, le conseil de Monsieur S.P. a déclaré qu'il n'avait pas reçu en communication les pièces évoquées par le conseil de la VILLE DE N..

Partant de ce constat, la cour de céans estime indispensable, avant d'envisager, le cas échéant, le recours à une mesure d'expertise, que la VILLE DE N. communique à Monsieur S.P. l'ensemble des pièces nécessaires permettant de calculer la hauteur des arriérés de rémunération dus à Monsieur S.P. portant sur ses heures de casernement, sur ses prestations de nuit, de week-end et de jours fériés ainsi que sur ses gardes à domicile.

La transmission de ces pièces permettra à Monsieur S.P. d'apprécier, avec l'assistance éventuelle d'un expert comptable, la pertinence des données chiffrées fournies par la VILLE DE N. aux fins de déterminer la hauteur des arriérés de rémunérations dus.

Pour pouvoir calculer les arriérés de rémunération dus à Monsieur S.P., il y aura lieu de déterminer le nombre d'heures de travail prestées par ses soins (garde en casernement, prestations de nuit, de week-end et de jours fériés) ainsi que les heures d'astreinte à domicile.

Ces heures devront être rémunérées par, au minimum, 1/1976^{ème} de la rémunération annuelle brute allouée aux pompiers professionnels sur base du barème D5.

Il conviendra de tenir compte de la prescription pour les demandes antérieures au 01/12/2003 ainsi que de l'exclusion de la période durant laquelle Monsieur S.P. a assuré des prestations sous couvert d'un contrat de travail (du 01/11/2006 au 09/01/2009).

Enfin, il s'imposera d'avoir égard, dans le cadre du calcul opéré pour les heures de garde au sein de la caserne, de la somme forfaitaire allouée pour ce temps de garde (80% de la rémunération de base attribuée à un pompier professionnel) ainsi que de la rémunération de deux heures pour toute heure commencée en cas d'intervention effectuée sans oublier la majoration allouée en cas de « départ-feu », la nuit, le week-end ou durant les jours fériés.

Il y a lieu de réserver à statuer sur la détermination des arriérés de rémunération dus par la VILLE DE N. à Monsieur S.P.

PAR CES MOTIFS,

La cour du travail,

Statuant contradictoirement,

Vu la loi du 15 juin 1935 sur l'emploi des langues en matière judiciaire, notamment l'article 24 ;

Statuant en sa qualité de cour de renvoi après l'arrêt de la Cour de Cassation du 18/03/2015 sur les chefs de demande de Monsieur S.P. portant sur l'indemnisation due pour les heures de casernement, sur les sursalaires dus pour les prestations de nuit, de week-end et de jours fériés ainsi que sur la rémunération due pour les heures de garde à domicile dites « d'astreinte »,

I. Dit pour droit que :

- 1) Monsieur S.P. est en droit de prétendre au paiement de 100% des heures de casernement (appel principal de la VILLE DE N. non fondé) ;
- 2) Monsieur S.P. est en droit de prétendre aux sursalaires dus pour les heures de prestations de nuit, le week-end et de jours fériés (appel principal de la VILLE DE N. non fondé) ;

Confirme le jugement dont appel sur ces deux chefs de demande et en ce qu'il a déclaré ces deux chefs de demandes ci-dessus prescrits pour la période antérieure au 01/12/2003 et non fondés pour la période au cours de laquelle Monsieur S.P. a exercé les fonctions de sapeur-pompier professionnel dans le cadre d'un contrat de travail (du 01/11/2006 au 09/01/2009) (appel incident de Monsieur S.P. non fondé sur l'absence de délit continué ainsi que sur la neutralisation de la période au cours de laquelle il a été occupé en qualité de pompier professionnel sous contrat de travail) ;

- II. Dit pour droit que Monsieur S.P. est en droit de prétendre aux arriérés de rémunération dus pour ses heures de garde à domicile dites « d'astreinte » ;**

Réforme le jugement dont appel en ce qu'il a débouté Monsieur S.P. de sa demande en paiement des heures dites « d'astreinte » et, statuant à nouveau sur cette demande, la cour déclare fondée avec les mêmes limitations que ci-dessus (appel incident de Monsieur S.P. fondé sur sa demande de rémunération des heures « d'astreinte ») ;

- III. Prenant acte du dispositif de l'arrêt de la cour du travail de Bruxelles du 06/08/2013 non censuré par la Cour de Cassation relatif au chef de demande relatif à la « prime de feu » déclaré fondé par le tribunal du travail de N. et confirmé par la cour du travail de Bruxelles , aux termes de son arrêt du 06/08/2013, condamne la VILLE DE N. à verser à Monsieur S.P. la somme de 5.000€ dus de ce chef à majorer des intérêts judiciaires depuis le 12/11/2008 jusqu'à parfait paiement ;

Dit pour droit que l'exception d'incompétence de la cour de céans soulevée par la VILLE DE N. pour lui interdire de connaître des suites à réserver à la position de principe arrêtée par la cour du travail de Bruxelles est dépourvue de fondement ;

- IV. Condamne la VILLE DE N. à produire aux débats (et à communiquer à Monsieur S.P.) en application de l'article 877 du Code judiciaire :

les fiches de rémunération afférentes à l'ensemble des sommes qui ont été versées à Monsieur S.P. en tant que pompier volontaire à compter du 01/12/2003 à l'exclusion de la période au cours de laquelle il a été occupé dans les liens d'un contrat de travail ;

le relevé de l'ensemble des prestations assurées par Monsieur S.P. (interventions effectuées de jour, de nuit, de week-end, de jours fériés, garde en caserne et à domicile) accomplies par Monsieur S.P. en qualité de pompier volontaire à compter du 01/12/2003 à l'exclusion de la période au cours de laquelle il a été occupé dans les liens d'un contrat de travail ;

Par ailleurs, invite la VILLE DE N. à établir son propre décompte d'arriérés de rémunération dus en fonction des observations émises par la cour de céans au sein du chapitre III du présent arrêt portant, notamment, sur le barème à appliquer par référence à la rémunération annuelle applicable à un pompier professionnel ainsi que sur la prise en compte de la somme forfaitaire allouée pour les heures de garde en caserne et de la rémunération de deux heures pour toute heure commencée en cas d'intervention effectuée sous oublier de tenir compte de la majoration accordée en cas d'intervention effectuée la nuit, les week-end et les jours fériés pour éviter tout double paiement ;

Dit pour droit que cette production de pièces se fera par dépôt au greffe de leur copie (avec communication à Monsieur S.P.) dans les 5 mois du prononcé de l'arrêt pour permettre à Monsieur S.P. d'en prendre connaissance et de faire valoir toutes ses observations utiles avant la refixation de la cause devant la 1^{ère} chambre à l'initiative de la partie la plus diligente ;

Réserve à statuer sur la détermination définitive des montants dus par la VILLE DE N. à Monsieur S.P. ainsi que sur l'opportunité de désigner ultérieurement, le cas échéant, un expert comptable ;

Réserve à statuer sur les dépens et renvoie la cause ainsi limitée au rôle particulier de la 1^{ère} chambre ;

Ainsi jugé par la 1^{ère} chambre de la Cour du travail de Mons, composée de :

Xavier VLIEGHE, président,
Jacques DELROISSE, conseiller social au titre d'employeur,
Raymond AUBRY, conseiller social suppléant au titre de travailleur employé,

Assistés de :
Chantal STEENHAUT, greffier,

qui en ont préalablement signé la minute.

et prononcé en langue française, à l'audience publique du 20 décembre 2019 par Xavier VLIEGHE, président, avec l'assistance de Chantal STEENHAUT, greffier.