

Droit de la sécurité sociale des travailleurs salariés – Employeur – Fonds de commerce détenu en copropriété par deux conjoints – Citation en garantie de l'un contre l'autre – Employeur – Préposé chargé de la gestion du personnel – Responsabilité – Cotisations de régularisation – Décision – Motivation – Travailleurs à temps partiel et à horaire variable – Présomption d'occupation à temps plein – Preuve contraire – Période concernée – Preuve de l'absence d'affichage – Présomption applicable exclusivement pour la période au cours de laquelle l'absence d'affichage a été ou pu être constaté – Conservation des horaires – Loi du 27/6/1969, art.22ter ; Loi du 29/7/1991, art.3 ; Loi-programme du 22/12/1989, art. 159

COUR DU TRAVAIL DE LIEGE

Section de NAMUR

Audience publique du 20 mars 2008

R.G. n° 7.455/2003

13^{ème} Chambre

EN CAUSE DE :

Madame Santina C.

appelante, comparaissant par Me José Mausen qui remplace Me Jean-Luc Dessy, avocats.

CONTRE :

**L'OFFICE NATIONAL DE SECURITE SOCIALE, en abrégé O.N.S.S.,
établissement public**

intimé, comparaissant par Me Robert Joly, avocat.

R.G. n° 8.415/2007

ET EN CAUSE DE :

Madame Santina C.

appelante, comparaissant par Me José Mausen qui remplace Me Jean-Luc Dessy, avocats.

CONTRE :

**1. L'OFFICE NATIONAL DE SECURITE SOCIALE, en abrégé O.N.S.S.,
établissement public**

1^{er} intimé, comparaissant par Me Robert Joly, avocat.

2. Monsieur B.

second intimé, comparaissant par Me Dolorès Devahive qui remplace Me Martin Verschure, avocats.

MOTIVATION

L'arrêt est fondé sur les motifs suivants :

1. Quant à la recevabilité des appels.

Il ne résulte d'aucune pièce ni élément du dossier que les jugements dont appel auraient été signifiés.

Les appels, réguliers en la forme, sont recevables.

Il y a lieu de joindre les causes.

2. Les faits.

- Mme C., ci-après l'appelante, exerce une activité professionnelle en tant que salariée à temps plein.
- Elle est l'épouse de M. B, ci-après le 2^d intimé, qui travaillait dans un établissement situé à Namur en qualité de garçon de café.
- Les époux achètent le fonds de commerce et l'appelante en devient l'exploitante officielle à dater du 1^{er} janvier 1992. Elle s'en occupe en soirée et le week-end.
- Le personnel est géré par le 2^d intimé qui conclut les contrats, donne les ordres, etc. Il passe également les commandes.
- Les époux se séparent mais le 2^d intimé continue à travailler dans l'établissement.
- Le divorce intervient le 19 mai 1999 mais la liquidation de la communauté tarde en telle sorte que l'exploitation se poursuit sous la responsabilité de l'appelante (cf. *infra* sous 6.2.).
- Lors d'un contrôle effectué le 14 janvier 2000, il est relevé que trois travailleurs occupés à temps partiel et à horaire variable le sont sans que leurs horaires de travail soient affichés. Lors de son audition qui n'a lieu que le 20 décembre 2000, l'appelante déclare qu'à l'époque où elle était plus présente, elle veillait à ce que cette obligation soit respectée et reporte sur son ex-conjoint le manquement constaté.
- Le 9 février 2000, l'Auditeur du travail invite l'inspection sociale à procéder à une enquête portant sur un travailleur à temps partiel. L'inspection constate que l'occupation déclarée de l'intégralité du personnel ne suffit pas à justifier l'ouverture de l'établissement aux horaires mentionnés (107 heures par semaine pour le café et 82 heures pour le restaurant). Ce constat est effectué sur la base de la situation du mois de janvier 2000 sans nouveau constat de manquement à l'obligation d'affichage.
- Le 1^{er} janvier 2001, le 2^d intimé est expulsé du logement qu'il occupait sur les lieux de son activité.
- A la suite de la liquidation de la communauté, le 2^d intimé reprend l'établissement le 1^{er} janvier 2002.
- Le 13 mai 2002, l'Inspection conclut à la nécessité de régulariser la situation sur la base d'un temps plein pour tous les travailleurs qui ont été occupés et demande l'autorisation de l'Auditeur du travail.
- L'O.N.S.S. informe le 14 juin 2002 l'actuelle appelante de la régularisation opérée sur la base du rapport dressé par l'Inspection sociale. L'appelante réagit par courrier daté du 20 juin (fax du 21 juin).
- Le 21 juin 2002, l'O.N.S.S. informe l'appelante qu'en accord avec l'Auditorat du travail, il régularise les prestations du personnel sur le fondement de l'article 22^{ter} de loi (disposition citée *in extenso*), que cette décision ouvre un droit de recours devant le tribunal et que l'absence de paiement va engendrer une action en recouvrement par citation devant le tribunal du travail.

3. Les demandes.

Par citation du 23 juillet 2002, l'O.N.S.S. entend obtenir la condamnation de l'actuelle appelante à payer une somme de 6.172,05 € pour les cotisations dues pour le 2^e trimestre 1997 et 1^{er} trimestre 1998 pour rectifier les réductions bas salaire accordées.

Par citation du 4 octobre 2002, l'O.N.S.S. entend obtenir la condamnation de l'appelante à payer une somme de 22.724,70 € portant sur la période allant du 3^e trimestre 1997 au 4^e trimestre 1998, plus les vacances annuelles 1998 (1^{er} trimestre 1999, code 132) ainsi que les vacances annuelles 2001 (1^{er} trimestre 2002, code 112). Il s'agit de rectifications (code 121 et 132).

Par citation du 23 décembre 2002, l'O.N.S.S. entend obtenir la condamnation de l'appelante à payer une somme de 66.119,38 € pour les cotisations du 1^{er} trimestre 1997, pour les vacances annuelles 1997 (1^{er} trimestre 1998, code 132) et pour toute la période allant du 1^{er} trimestre 1999 au 3^e trimestre 2001, plus les vacances 2001 (1^{er} trimestre 2002, code 132).

Par citation du 9 février 2004, l'appelante entend voir déclarer son ex-conjoint seul employeur et, à titre subsidiaire, l'entendre condamner à la garantir de la condamnation qui serait portée à sa charge. Elle le considère comme seul responsable de la gestion et du défaut de publicité des horaires.

4. Le jugement.

Les dossiers vont être traités séparément par le tribunal.

Un premier jugement va intervenir le 11 juin 2003 dans le dernier dossier introduit par l'O.N.S.S. Il s'agit d'un jugement contradictoire sans aucune observation de l'appelante qui relève tout aussitôt appel.

Le second jugement joint les causes encore pendantes devant le tribunal.

Celui-ci considère que les avis rectificatifs sont suffisamment motivés, que l'appelante a seule la qualité d'employeur, qu'elle ne renverse pas la présomption, que les chiffres réclamés par l'O.N.S.S. sont exacts et que l'action en garantie n'est pas fondée, l'ex-époux n'étant pas l'employeur. En sa qualité de préposé à la gestion journalière, il ne peut être contraint au paiement des cotisations. Si l'action doit être comprise comme étant une action en paiement de dommages et intérêts, le tribunal relève que la rectification a pour base deux manquements dont un (l'absence des contrats à temps partiel sur le lieu d'activité) est imputable à la seule appelante et dont l'autre (le défaut d'affichage) relève

également de sa responsabilité en l'absence de preuve d'un mandat donné à son ex-conjoint.

5. Les appels.

L'appelante relève appel au motif que les comptes sont contestés et que seul son ex-époux exploitait l'établissement. A tout le moins, doit-il être considéré comme co-employeur. En outre, elle rapporte la preuve d'une occupation inférieure à un temps plein. Enfin, elle invoque la violation des droits de la défense du fait que la régularisation intervient tardivement.

6. Fondement.

6.1. La motivation des actes administratifs et la validité de la décision prise par l'O.N.S.S.

L'appelante conteste la validité de la décision prise par l'O.N.S.S. le 21 juin 2002.

6.1.1. La motivation de la décision d'assujettissement prise par l'O.N.S.S. : en droit.

Il incombe à l'O.N.S.S. de décider de l'assujettissement à la sécurité sociale des travailleurs salariés s'il arrive à la conclusion que le travailleur concerné est occupé dans les liens d'un contrat de travail ou de rectifier les déclarations introduites si l'O.N.S.S. considère qu'elles sont inexactes. Cette décision est prise par l'Office seul¹ sans recours judiciaire préalable. Il s'agit d'une décision administrative qui doit être motivée puisqu'il s'agit d'un acte juridique de portée individuelle émanant d'une autorité administrative et qui entraîne des effets juridiques à l'égard d'une personne (l'employeur et son ou ses travailleurs) : l'assujettissement à la sécurité sociale des travailleurs salariés² ou notamment l'assujettissement dans le cadre de contrats de travail à temps plein au lieu de contrats à temps partiel.

De même, la décision de retrait³ ou de refus d'assujettissement

¹ Cass., 7 décembre 1998, *Chron.D.S.*, 1999, p. 320 et 2001, p.164 et *J.T.T.*, 1999, p.77.

² Cour trav. Liège, 9^e ch., 7 juin 2005, R.G. n°30.838/02 : la décision doit seulement être adéquatement motivée en portant à la connaissance de l'autre partie les considérations de fait et de droit à l'appui de l'assujettissement ; cela ne signifie pas que la décision doit être judicieusement motivée et juridiquement inattaquable. Dans le même sens, Cour trav. Liège, sect. Namur, 13^e ch., 7 décembre 2004, *J.L.M.B.*, 2006, p.1244.

³ Cour trav. Mons, 25 janvier 2002, *J.L.M.B.*, 2003, p.255 ; Cour trav. Mons, 6^{ème} ch., 10 mai 2002, R.G. n°16.213.

emporte la perte d'un droit sans que l'O.N.S.S., à l'origine de la décision, n'ait à entamer une procédure quelconque (contrainte ou action judiciaire). La décision de refus ou de retrait d'assujettissement doit donc *a fortiori* être motivée puisqu'elle emporte en elle-même des effets juridiques immédiats et de caractère exécutoire.

Par contre, l'avis rectificatif est dépourvu d'effets juridiques immédiats et de caractère exécutoire. L'O.N.S.S. doit, pour recouvrer les sommes dues soit avoir recours à la contrainte, soit poursuivre en récupération des cotisations dues. De ce fait, l'avis rectificatif n'est pas un acte administratif au sens de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs⁴. Il en va de même de l'envoi d'un extrait de compte⁵. Il s'agit, dans les deux hypothèses, de la mise en œuvre de la décision d'assujettissement.

L'existence de la dette n'est pas liée à la régularité ou même à l'existence de la notification d'un avis rectificatif mais à la question de savoir si le personnel a été occupé ou non sous contrat de travail⁶ ou s'il a été régulièrement déclaré.

Ce n'est pas parce que l'envoi par pli recommandé d'un courrier précédant l'avis rectificatif constitue un acte interruptif de prescription qu'il s'agit pour autant d'un acte administratif. Il s'agit tout au plus d'une mise en demeure faisant suite à la décision d'assujettissement antérieure, même si le courrier n'y fait pas référence expresse, mise en demeure qui, en vertu de l'article 42, al.3, 2° de la loi du 27 juin 1969 a pour seul effet d'interrompre la prescription au même titre notamment que la citation.

A supposer même que la décision ne réponde pas aux conditions de motivation édictées par la loi du 29 juillet 1991, force est de constater qu'après avoir annulé l'acte, il incomberait au juge de connaître du litige posé devant lui, à savoir une demande de condamnation à payer des cotisations sociales et non de donner effet à un acte administratif⁷.

La décision d'assujettissement ou de désassujettissement comme une décision rectificative modifiant notamment la déclaration de travailleurs à temps partiel, fût-elle nulle, ne rend pas sans objet la demande adressée au juge qui doit qualifier les relations de travail et décider ou non de l'assujettissement à la sécurité sociale des travailleurs

⁴ Cass., 18 décembre 2000, *Chron.D.S.*, 2001, p.192, *J.T.T.*, 2001, p.181 et *Bull.*, 2000, p.1975 ; Cour trav. Liège, 4^e ch., 27 juillet 1999, R.G. n°24.268/96 ; Cour trav. Liège, 2^e ch., 2 novembre 1999, R.G. n°24.517/96 ; Cour trav. Liège, 4^e ch., 4 mai 2001, R.G. n°28.986/00 ; Cour trav. Liège, 27 mars 2002, *J.L.M.B.*, 2003, p.262.

⁵ Cour trav. Bruxelles, 8^e ch., 29 mai 1997, R.G. n°32.560.

⁶ Cour trav. Liège, 27 mars 2002, *J.L.M.B.*, 2003, p.262 et *Chron.D.S.*, 2003, p.547 statuant sur réouverture suite à l'arrêt du 26 septembre 2001, *J.T.T.*, 2003, p.217.

⁷ Cass., 27 octobre 2003, *J.T.T.*, 2004, p.68, *Chron.D.S.*, 2003, p.540 et 2004, p.509 ; Voir aussi S. GILSON, « A propos des décisions et citations de l'O.N.S.S. : 'Exception obscuri libelli', motivation formelle des actes administratifs et contentieux de pleine juridiction », note sous Cour trav. Bruxelles, 24 décembre 2003, *Chron.D.S.*, 2004, p.511.

salariés⁸ ou dire si les travailleurs doivent ou non être assujettis dans le cadre d'un contrat à temps partiel ou à temps plein.

Une décision administrative doit être motivée de manière formelle ce qui implique d'indiquer adéquatement dans la décision les considérations de droit et de fait qui servent de fondement⁹.

Il n'est pas question dans la loi d'une obligation de motivation « proportionnelle à l'importance de la décision » comme si les décisions portant sur un enjeu peu important devaient être moins adéquatement motivées que les autres¹⁰. Toutes les décisions doivent être adéquatement, c'est-à-dire raisonnablement¹¹, motivées¹².

Cependant, il ne s'indique pas de donner un développement rentrant dans le détail : il suffit que le destinataire de la décision comprenne le sens de celle-ci et sache pourquoi l'administration a statué dans un sens plutôt que dans un autre¹³. C'est la raison pour laquelle il peut être référence à des éléments connus du destinataire¹⁴ sans les reprendre dans l'acte. La décision ne doit pas être aussi complète que des conclusions déposées au fond ou qu'un acte juridictionnel¹⁵.

Quant aux références légales, il convient de distinguer selon qu'il s'agit d'une compétence liée ou discrétionnaire. Dans le premier cas, la simple référence suffit¹⁶. Elle sera par contre insuffisante dans le second cas. Les considérations de droit qui doivent figurer dans l'acte doivent raisonnablement ne s'entendre que comme l'indication de la législation en vertu de laquelle l'autorité agit¹⁷.

6.1.2. La motivation de la décision d'assujettissement prise par l'O.N.S.S. : en l'espèce.

L'appelante soutient que la décision reçue ne lui permettait pas de connaître les éléments de droit et de fait qui l'a motivée.

La décision fait référence expresse à l'article 22^{ter} de la loi du

⁸ D. HAUTIER, « Qualification des actes de l'O.N.S.S. », in *Le lien de subordination*, actes du colloque de Tournai du 19 mars 2004, Kluwer, 2004, p.121, spéc. pp. 132-133 ; Cour trav. Liège, 7 décembre 2004, *J.L.M.B.*, 2006, p.1244.

⁹ Loi du 29 juillet 1991, art.2 et 3.

¹⁰ Voir à cet égard les critiques justifiées de Ph. BOUVIER in « La motivation des actes administratifs », *Rev. rég. dr.*, 1994, p.165, spéc. p.175.

¹¹ Cass., 3 février 2000, *Bull.*, p.285.

¹² Cour trav. Liège, sect. Namur, 13^e ch., 8 janvier 2008, R.G. n°8.101/06.

¹³ L'objectif poursuivi est de rendre la décision compréhensible pour son destinataire : D. LAGASSE, « La loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs – Incidence en droit social », *Orient.*, 1993, n°3, p.68.

¹⁴ Appel Mons, 16 janvier 1997, *Rev. rég. dr.*, 1997, p.350.

¹⁵ M. LEROY, « La nature, l'étendue et les sanctions de l'obligation de motiver » in *Journées d'études sur la motivation formelle des actes administratifs*, F.U.N.D.P., 8 mai 1992.

¹⁶ Cass., 14 avril 2003, *J.T.T.*, 2004, p.208.

¹⁷ M. LEROY, o.c.

27 juin 1969 qu'elle cite *in extenso*. Elle fait aussi référence expresse à la régularisation ordonnée par l'auditeur du travail à la suite de l'enquête pénale au cours de laquelle l'appelante a été entendue.

Elle est donc régulièrement motivée.

Au surplus, une motivation insuffisante n'aurait pas d'incidence sur la recevabilité de la demande.

6.2. La qualité d'employeur.

La doctrine enseigne que « La subordination juridique implique un pouvoir de direction accordé à l'employeur ; corrélativement, elle suppose que le travailleur soit tenu d'obéir aux ordres et aux instructions qui émanent directement ou indirectement de son contractant »¹⁸.

Le pouvoir patronal de direction est double : à savoir déterminer la prestation de travail et en organiser l'exécution, cette dernière branche constituant l'essence même du lien de subordination. La subordination présente, dans le chef du travailleur, un caractère *intuitu personae* alors que l'autorité patronale peut, elle, être déléguée et ne présente donc pas ce caractère personnel.

La qualité d'employeur implique l'existence du pouvoir de direction dans son chef mais cette autorité peut être déléguée. Dès lors, l'employeur n'est pas celui qui donne des ordres en lieu et place de la personne qui dispose de l'autorité patronale mais bien cette personne elle-même.

L'employeur lorsqu'il s'agit d'une personne physique est donc la personne qui se présente, aux yeux des tiers, officiellement comme le propriétaire (unique ou non) du fonds de commerce : titulaire du registre de commerce, inscription auprès de l'O.N.S.S. et à la T.V.A., etc.

En l'espèce, l'appelante, et elle seule, a signé les contrats du personnel (même si son ex-époux engageait), est titulaire du registre de commerce et est renseignée à l'O.N.S.S. comme étant l'employeur. Elle a donc seule cette qualité même si elle a délégué tout ou partie de ses pouvoirs à son ex-conjoint.

L'O.N.S.S. ne doit par conséquent agir que contre elle qui seule est redevable des cotisations.

L'appelante est responsable vis-à-vis de l'O.N.S.S. des erreurs ou manquements commis par la personne à laquelle elle a délégué ses pouvoirs, fût-il copropriétaire indivis du fonds de commerce.

¹⁸ M. JAMOULLE, Seize leçons sur le droit du travail, Fac. dr. Liège, 1994, p.112. Egalement, V.VANNES, Questions approfondies du droit du travail, P.U.B., 1994, p.48.

6.3. La faute reprochée au 2^d intimé et ses conséquences sur sa mise à la cause.

Lorsqu'il est entendu le 14 janvier 2000 au début de l'enquête, le 2^d intimé déclare :

« Je fais la présente déclaration en qualité d'époux de Mme C. [l'appelante] qui est l'exploitante de l'établissement. Je suis aidant indépendant. Mon épouse exploite l'établissement en personne physique. Je suis divorcé de mon épouse. [...] Je suis entièrement bénévole. [...] Je ne suis pas mandaté pour faire une déclaration au nom de mon ex-épouse. Je suis occupé tous les jours de la semaine, y compris les samedis et dimanches. Je n'ai pas de rémunération, je reçois un logement que je pense occuper gratuitement. Je prends l'argent qui m'est nécessaire pour vivre dans la caisse de l'établissement. Mme C. travaille aux A.G. à Bruxelles. Elle n'est jamais là de la journée. C'est moi qui dirige le personnel présent dans l'établissement. Je vous montre le registre du personnel et autres documents (souligné par Nous). Vu que c'est Mme C. qui est la responsable principale, je préfère que vous vous adressiez à elle [...]. Je ne puis vous montrer les contrats de travail à temps partiel de MM. [...] occupés selon un horaire variable. Les horaires ne font jamais l'objet d'un affichage (souligné par Nous) ».

L'appelante est entendue le 20 décembre 2000 et déclare :

« Je suis l'exploitante de l'établissement [...]. En ce qui concerne le personnel, M.B. [le 2^d intimé] était supposé me représenter auprès du personnel. En réalité, M. B. vient quand il le juge opportun. Depuis le début, M. B. a engagé le personnel, pris avec eux les arrangements, passé les commandes. Comme je suis salariée à temps plein, je ne viens que le soir et les week-ends pour légaliser les engagements pris par lui. C'est donc M.B. qui décide des horaires à prester par le personnel et doit se charger de leur affichage. Il est exact que MM. [les trois ouvriers] étaient occupés à temps partiel et selon un horaire variable. Il est exact que les contrats se trouvaient à mon domicile que je dois considérer comme mon siège social. Je suis bien informée que les horaires doivent être affichés et à l'époque où j'étais plus présente, je les établissais moi-même (souligné par Nous). M. B., préposé à la gestion du personnel, devait le faire lui-même ».

Une barmaid licenciée écrit le 28 mai 2001 à l'appelante :
« Vous dites que M. B. [le 2^d intimé] est votre associé : je ne le conteste pas. mais au regard du droit, vous seule avez la qualité d'employeur. [...]. Certes, il est vrai que M.B. se présente comme le propriétaire de l'établissement en tant qu'associé avec vous. Toutefois lorsqu'il s'agit de gestion sociale du personnel, il ne tient plus le même langage et il vous charge de toutes les responsabilités ».

Le rapport de l'Inspection fait dire au 2^d intimé que « les

horaires n'ont jamais été affichés ». C'est là une interprétation toute personnelle d'une déclaration sur laquelle la Cour va revenir (sous 6.4.2.2.).

L'infraction constatée, qui consiste à ne pas avoir affiché les horaires et qui de ce fait va entraîner la déduction de cotisations sociales calculées sur la base d'un temps plein, est à charge de l'employeur, de son préposé ou de son mandataire conformément à l'article 35, §1^{er}, 1° de la loi du 27 juin 1969 et au manquement fondé sur l'article 22^{ter}.

L'employeur peut déléguer à un mandataire la charge de veiller à l'affichage. Il reste responsable à l'égard de l'O.N.S.S. en cas de manquement mais le préposé ou le mandataire pourrait se voir poursuivre pénalement si le manquement leur est imputable.

Le tribunal a estimé que le 2^d intimé n'avait pas commis de faute parce que l'appelante n'établissait pas qu'elle avait délégué cette charge sur lui.

La Cour ne partage pas cette analyse.

En effet, le 2^d intimé était bien chargé de la gestion du personnel (ce qu'il admet : « C'est moi qui dirige le personnel présent dans l'établissement. ») et sa présence quotidienne et continue (cf. sa déclaration) dans l'établissement joint au fait qu'il était le patron aux yeux du personnel le confirme.

Il devait donc veiller, d'autant qu'il était associé à parts égales avec son ex-épouse, à ce que les horaires de travail soient affichés. Certes, l'appelante devait veiller à ce qu'il le fasse et le cas échéant, lui en fasse la remarque mais la responsabilité repose principalement sur le 2^d intimé dont ce devait être la mission dans le partage des tâches entre les propriétaires indivis. L'action en garantie est fondée à concurrence des trois quarts à sa charge.

Afficher les horaires ne requiert pas d'instructions de la part de l'employeur : il suffit que le responsable du personnel y veille. C'est d'autant plus incontestable que lors de modification de dernière minute, seul le préposé présent sur place peut y veiller.

Relevons que la présence des contrats de travail au domicile de l'appelante n'a pas de conséquence sur l'objet de la demande de l'O.N.S.S. : seule importe pour l'Office l'affichage des horaires dès lors qu'il ne s'agit pas d'horaire fixe mais variable. La lecture des contrats aurait pu permettre de les classer parmi les contrats à horaire fixe mais il n'est pas contesté que ce n'était pas le cas.

6.4. L'occupation à temps partiel et à horaire variable et le défaut

d'affichage.**6.4.1. Le droit.****Les textes.**

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

La loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail prévoit en son article 11^{bis} que le contrat de travail à temps partiel doit être conclu par écrit individuellement et mentionner le régime de travail à temps partiel et l'horaire convenus. Cependant, l'horaire peut être variable.

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

L'article 157 prévoit tout d'abord qu'une copie du contrat visé à l'article 11^{bis} susvisé doit être conservé à l'endroit où le contrôle peut avoir lieu.

L'article 158 organise la manière dont peut être contrôlée la durée du travail d'un travailleur à temps partiel à horaire fixe mais qui travaille selon un cycle variable. Si les prescriptions visées (prévision de ces cycles dans le règlement de travail) ne sont pas respectées, l'employeur doit alors respecter celles de l'article 159.

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

Les conséquences du non-respect des obligations qui pèsent sur l'employeur : portée de la présomption et preuve contraire requise.

L'article 22^{ter} susvisé concerne donc tout autant les travailleurs à temps partiel à horaire variable que ceux dont les horaires ne sont pas variables¹⁹. Pour celui qui travaille avec un nombre d'heures de travail fixe mais à horaire variable, l'employeur doit pouvoir montrer le contrat de travail écrit (art. 157) faute de quoi, le cycle doit être déterminable (art. 158) car à défaut, l'employeur est lié par les dispositions de l'article 159 applicable aux travailleurs à temps partiel et à horaire variable²⁰.

La nature exacte de la présomption n'est pas discutée : il s'agit bien d'une présomption réfragable²¹.

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

Le défaut d'affichage de l'horaire entraîne pour conséquence que le travailleur à temps partiel et à horaire variable est présumé avoir été occupé à temps plein.

La présente chambre de la Cour a jugé que la preuve attendue de l'employeur pour contrer la présomption ne consiste pas à établir que le travailleur respectait un horaire fixe mais qu'il accomplissait un horaire de travail à temps partiel (et non à temps plein) correspondant au nombre d'heures déclarées et que l'employeur ne peut donc se contenter d'établir que le travailleur prestait à temps partiel et non à temps plein mais qu'il doit établir le nombre d'heures de travail effectuées. Si ce nombre correspond au nombre déclaré, il n'y aura pas régularisation tandis que si le nombre d'heures est supérieur, il y aura régularisation à hauteur du nombre exact d'heures de travail prestées. Si l'employeur reste en défaut d'établir de façon suffisamment probante le nombre d'heures de travail effectué, il faut en déduire qu'il n'apporte pas la preuve contraire²² et que dès lors, la présomption d'occupation à temps plein s'applique intégralement même si les éléments du dossier permettent de conclure à une occupation à temps partiel mais dans le cadre d'un nombre d'heures imprécis.

La Cour de cassation ne partage pas cette interprétation.

Pour la Cour, la preuve contraire « consiste à prouver que les travailleurs à temps partiel n'ont pas travaillé à temps plein dans le cadre d'un contrat de travail à temps plein et non à prouver l'importance des prestations effectives dans le cadre d'un contrat à temps partiel »²³.

Dès lors, la juridiction saisie – et la présente chambre de la

¹⁹ Cour trav. Liège, 15^e ch., 22 septembre 2005, R.G. n°31.580/03.

²⁰ Cour trav. Liège, sect. Namur, 13^e ch., 25 avril 2006, R.G. n°7.442/03.

²¹ Cf. Cass., 18 février 2002, *J.T.T.*, 2002, p.368 et p.370.

²² En ce sens : Cour trav. Liège, sect. Namur, 13^e ch., 2 avril 2001, R.G. n°6.488/99 et 24 juin 2003, R.G. n°7.208/2002.

²³ Cass., 3 février 2003, *J.T.T.*, 2004, p.311 et *Chron.D.S.*, 2003, p.538.

Cour s'est ralliée à l'interprétation donnée par la Cour de cassation – doit, travailleur par travailleur, vérifier si sur la base des informations dont elle dispose ou peut disposer à la suite de mesures d'instruction, le travailleur concerné a ou non travaillé dans le cadre d'un contrat de travail à temps partiel ou à temps plein²⁴.

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

6.4.2. En l'espèce.

6.4.2.1. Le renversement de la présomption.

Seuls les deux travailleurs occupés à temps partiel le jour même du contrôle ont été entendus.

Aucun des deux ne déclare travailler à temps plein. Le premier nouvellement engagé à raison de 32 heures par semaine (ce qu'il confirme) est en chômage, et n'a du reste pas biffé sa carte de contrôle, tandis que le second ne précise pas s'il travaille à temps partiel ou non.

Par contre, les services d'inspection établissent clairement qu'avec les horaires de travail des trois salariés et de la barmaid occupés au moment du contrôle, l'établissement qui gère un café et un restaurant ne peut couvrir les heures d'ouverture annoncées.

Sur la base d'un tableau établi en fonction de l'occupation des deux garçons, du cuisinier et de la barmaid occupés au cours du mois de janvier 2000, le service d'inspection constate en effet qu'il est impossible d'ouvrir l'établissement durant la plage horaire annoncée. Certes, le 2^d intimé était aussi occupé mais il ne peut à lui seul combler les vides tant en cuisine qu'en salle.

En sus, l'ancienne barmaid, occupée du 12 novembre 1999 (soit après le divorce) jusqu'au 26 mai 2001, fait état d'une occupation hebdomadaire de l'ordre de 60 heures !

Sans prendre position sur le nombre d'heures exacts prestés par les uns et par les autres, une occupation à temps plein paraît beaucoup plus vraisemblable. La présomption n'est en tout cas pas renversée pour les constatations opérées le jour du contrôle.

L'offre de preuve proposée par l'appelante est imprécise et doit être rejetée en ce qu'elle tend à voir établir que les travailleurs n'étaient pas occupés à temps plein sans plus et que dès l'abord, cette preuve n'apparaît pas crédible.

²⁴ Cour trav. Liège, sect. Namur, 13^e ch., 26 avril 2005, R.G. n°7.627/2004; Cour trav. Liège, sect. Namur, 13^e ch., 25 avril 2006, R.G. n°7.442/03 et Cour trav. Liège, sect. Namur, 13^e ch., 27 juin 2006, R.G. n°7.805/05.

6.4.2.2. La période concernée par la régularisation et la violation invoquée des droits de la défense.

L'O.N.S.S. considère sur la base de ses constatations que tous les membres du personnel occupés par l'appelante entre 1997 et 2001 l'ont été à temps plein.

Ce faisant, l'O.N.S.S. part du tableau comparatif établi par l'Inspection en fonction des heures d'ouverture et de l'occupation des deux garçons, du cuisinier et de la barmaid au service de l'appelante au cours du mois de janvier 2000 pour extrapoler sur toute la période non prescrite, antérieure et postérieure au contrôle.

De la sorte, il ne tient compte ni des déclarations de l'appelante qui soutient avoir affiché les horaires à l'époque où elle se chargeait de la gestion, ni de la durée de conservation des documents affichés.

Certes, l'appelante n'a pas donné de précision sur la période durant laquelle elle aurait affiché elle-même les horaires des travailleurs à temps partiel mais l'Inspection n'a pas non plus posé de question lors de l'audition de l'appelante, se contentant de mentionner ultérieurement dans le rapport « sans précision de date ». Aucune vérification quelconque n'a eu lieu notamment auprès des personnes qui ont été occupées de 1997 à 2001.

Par ailleurs, la déclaration du 2^d intimé selon laquelle « les horaires ne font jamais l'objet d'un affichage » ne peut être interprétée comme signifiant que « les horaires n'ont jamais été affichés » selon les déductions de l'Inspecteur.

L'article 159 de la loi-programme du 22 décembre 1989 précise que les horaires affichés doivent être conservés pendant une période d'un an.

Il peut donc être affirmé qu'en 1999, les horaires n'ont pas été affichés puisque le contrôle du 14 janvier 2000 n'a pas permis de prendre connaissance sur place de l'affichage des horaires de l'année antérieure. Or, les feuilles d'affichage des horaires devaient être conservées dans l'établissement en vue d'un contrôle et le 2^d intimé aurait pu les produire.

Pour la période antérieure à l'année 1999, le doute subsiste. Aucun tableau comparatif n'a été dressé pour vérifier si l'établissement pouvait fonctionner avec le personnel déclaré et surtout il n'est pas certain que les affichages n'aient pas eu lieu et donc que la présomption soit applicable.

Les affirmations de l'appelante ne sont pas moins crédibles que celles du 2^d intimé qui n'a par ailleurs pas déclaré que les affichages n'avaient jamais eu lieu mais que les horaires ne font (au présent) jamais

l'objet d'affichage.

Dans ces conditions, il est hasardeux de remonter aux années 1997 et 1998 sur la base d'une présomption qui ne peut être fondée que sur l'absence d'affichage.

Qu'en est-il pour la période suivant le contrôle de janvier 2000 ?

A la demande de l'Auditorat, un contrôle a eu lieu en juin 2003 alors que le 2^d intimé avait repris le fonds de commerce : à ce moment, tout était en ordre. Il ne semble pas y en avoir eu en 2000 (après le contrôle de janvier) ni en 2001.

Aucun constat n'a donc eu lieu en telle sorte que l'appelante ne peut se voir opposer une présomption d'occupation à temps plein.

Il faut dès lors en déduire que la demande de l'O.N.S.S. n'est fondée que pour les cotisations de l'année 1999 et de la période allant du 1^{er} janvier au 14 janvier 2000.

Une réouverture des débats s'impose afin que le calcul des sommes dues soit effectué.

Enfin, les droits de la défense de l'appelante n'ont pas été négligés par le fait qu'elle n'a été entendue que près d'un an après le contrôle. Elle a en effet immédiatement reçu notification du procès-verbal et n'a pas réagi. Il est établi que le procès-verbal lui a été transmis, comme indiqué, dans le délai de 14 jours (cf. preuve de l'envoi par recommandé du 24 janvier 2000, pièce figurant dans le dossier pénal).

INDICATIONS DE PROCÉDURE

Vu les pièces du dossier de la procédure et notamment les jugements contradictoirement rendus les 11 juin 2003 et 10 mai 2007 par les 1^{ère} et 6^{ème} chambre du tribunal du travail de Namur (R.G. n°117.145, 115.731 et 116.370),

Vu l'appel formé par requête déposée au greffe de la Cour du travail le 8 octobre 2003 et régulièrement notifiée à la partie adverse le lendemain,

Vu l'appel formé par requête reçue au greffe de la Cour du travail le 25 juin 2007 et régulièrement notifiée à la partie adverse le jour même,

Vu l'ordonnance rendue le 6 novembre 2007 sur la base de l'article 747 du Code judiciaire aménageant les délais pour conclure et fixant la date de plaidoiries au 4 mars 2008,

Vu le dossier de l'auditorat du travail de Namur reçu au greffe le 2 juillet 2007, dossier contenant une copie du dossier pénal,

Vu les conclusions déposées par l'appelante au greffe le 21 janvier 2008,

Vu les conclusions principales et de synthèse déposées par le 1^{er} intimé au greffe respectivement les 6 décembre 2007 et 4 février 2008,

Vu les conclusions du 2^d intimé reçues au greffe le 5 décembre 2007,

Vu les dossiers déposés par l'appelante le 4 mars 2008 et par le 1^{er} intimé le 4 février 2008,

Entendu les parties en l'exposé de leurs moyens à l'audience du 4 mars 2008.

DISPOSITIF

PAR CES MOTIFS,

LA COUR,

après en avoir délibéré,

statuant publiquement et contradictoirement,

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

reçoit les appels,

joint les causes,

déclare les appels partiellement fondés,

réforme pour partie les jugements dont appel,

dit pour droit que le personnel occupé au cours de la période allant du 1^{er} janvier 1999 au 14 janvier 2000 l'a été dans le cadre d'une occupation à temps plein, l'appelante n'apportant pas la preuve contraire,

dit pour droit que la demande n'est fondée ni pour la période antérieure au 1^{er} janvier 1999 ni pour la période postérieure au 14 janvier 2000 en l'absence de présomption,

dit pour droit que l'action en garantie dirigée par l'appelante contre le 2^d intimé est fondée à concurrence des trois quarts des sommes réclamées à l'appelante par l'O.N.S.S. et dont le décompte doit encore

être établi,

pour le surplus, ordonne la réouverture des débats afin que l'O.N.S.S. établisse le décompte des cotisations dues pour la période allant du 1^{er} janvier 1999 au 14 janvier 2000 sur la base d'une occupation à temps plein des travailleurs occupés,

fixe à cet effet date au **mardi 4 novembre 2008 à 16 heures 15** au local ordinaire des audiences de la Cour du travail de Liège, section de Namur, rez-de-chaussée, Place du Palais de Justice, 5 à 5000 NAMUR,

invite les parties à s'échanger et à remettre au greffe de la Cour leurs dossiers et observations écrites sur ces questions selon les modalités suivantes (Code judiciaire, art. 775 nouveau) :

- les conclusions sur réouverture du 1^{er} intimé pour le 9 mai 2008,
- les conclusions sur réouverture du 2^d intimé pour le 6 juin 2008,
- les conclusions sur réouverture de l'appelante pour le 18 juillet 2008,
- les conclusions de synthèse sur réouverture du 1^{er} intimé pour le 5 septembre 2008,
- les conclusions de synthèse sur réouverture du 2^d intimé pour le 3 octobre 2008,

réserve à statuer sur le surplus, dépens y compris.

Ainsi arrêté par

M. Michel DUMONT, Président,
M. Daniel PIGNEUR, Conseiller social au titre d'employeur,
Mme Ghislaine HENNEUSE, Conseiller social au titre d'employé,
qui ont assisté aux débats de la cause,
assistés lors de la signature de M. Frédéric ALEXIS, Greffier-adjoint principal, qui signent ci-dessous

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

Le Greffier

Le Président

M. F. ALEXIS

M. M. DUMONT