

Arrêt prononcé le 3 mars 2009

Par la 2^{ème} chambre

R.G. 20203

N° de nomenclature nationale : II B – III B.D et III B.E. – III H

Base légale : Directive 93/104/CE – Article 19 alinéa 2 de la loi du 16/03/1971

Référence éventuelle à une autre législation :

Parties : S.A. W. C/ F.J.

Concerne :

Contrat de travail d'ouvrier – Rémunération – Garde dormante dans le secteur des maisons de repos et de soins – Distinction entre durée du travail et rémunération de la période de garde – Notion de durée de travail examinée au regard de la directive 93/104/CE telle qu'interprétée par la CJCE – Etendue et limites des effets de cette directive sur le droit belge – Interprétation conforme de l'article 19, alinéa 2 de la loi du 16 mars 1971

Sommaire :

Analysant la directive 93/104/CE, la Cour de Justice des Communautés Européennes a estimé qu'il convenait d'opérer une distinction entre, d'une part, la réglementation sur le temps de travail, objet de la directive, et, d'autre part, la rémunération afférente aux prestations accomplies dans le cadre d'une « garde dormante » étant entendu, toutefois, que le temps de garde constitue intégralement du temps de travail lorsque le travailleur exerce sa garde sur le lieu de travail.

Néanmoins, tout le temps de travail ainsi défini ne doit pas nécessairement être rétribué comme du temps de travail.

En effet, l'enseignement issu des arrêts DELLAS et VOREL permet d'affirmer qu'il n'est pas interdit à un Etat membre de prévoir dans sa législation une rémunération différenciée prenant, ainsi, en compte différemment les périodes au cours desquelles le « travailleur dormant » effectue réellement des prestations et celles durant lesquelles aucun travail effectif n'est accompli.

Il s'impose, dès lors, de vérifier si le droit national n'a pas déterminé un mode particulier de rémunération des prestations accomplies au sein d'un service de garde dormante.

Il n'existe aucun texte légal au sein de la législation nationale qui modalise la rémunération des prestations effectuées la nuit au sein des maisons de retraite par le personnel accomplissant des prestations « à la demande ».

Il n'existe pas davantage dans le secteur des maisons de repos de convention collective de travail adoptée au sein de la CP 305.02 qui déterminerait de façon claire, précise et univoque la notion de « garde dormante » en établissant un mode spécifique de rémunération pour les travailleurs affectés à ce service.

Le contrat de travail avenant entre parties évaluant forfaitairement la durée hebdomadaire de travail à 21 heures rémunérées n'a aucun fondement légal.

En faisant travailler Monsieur F.J. à raison de 42 heures par semaine en moyenne et en ne comptabilisant que 21 heures, la S.A. W. a violé tant la loi du 16 mars 1971 sur le travail que la loi du 12 avril 1965 dont l'irrespect est sanctionné pénalement.

Le dommage subi par Monsieur F.J. consiste dans la perte du salaire correspondant aux heures non comptabilisées lesquelles font partie des heures de garde effectivement prestées ou non, dès que Monsieur F.J. était à la disposition de son employeur au sens prévu par l'article 19 alinéa 2 de la loi du 16 mars 1971 pendant toute la durée de ses prestations de nuit, le temps de garde devant être considéré intégralement comme du temps de travail.

COUR DU TRAVAIL DE MONS

ARRET

AUDIENCE PUBLIQUE EXTRAORDINAIRE DU 3 MARS 2009

R.G. 20.203

2^{ème} Chambre

Contrat de travail d'ouvrier – Rémunération – Garde dormante dans le secteur des maisons de repos et de soins – Distinction entre durée du travail et rémunération de la période de garde – Notion de durée de travail examinée au regard de la directive 93/104/CE telle qu'interprétée par la CJCE – Etendue et limites des effets de cette directive sur le droit belge – Interprétation conforme de l'article 19, alinéa 2 de la loi du 16 mars 1971

Article 578, 1^o du Code judiciaire

Arrêt contradictoire, définitif.

EN CAUSE DE :

La S.A. W

Appelante, comparaissant par son conseil, Maître Gilson, avocat à Namur ;

CONTRE :

F.J.,

Intimé, représenté par Madame Marredda, déléguée syndicale, porteuse de procuration ;

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

Revu les antécédents de la procédure et notamment :

- l'acte d'appel établi en requête réceptionnée au greffe de la Cour le 5 mai 2006 et visant à réformation d'un jugement contradictoire rendu le 13 mars 2006 par le tribunal du travail de Mons, section de Mons ;
- l'arrêt rendu le 3 mars 2008 par la Cour de céans qui :
 - a déclaré l'appel recevable ;
 - avant de statuer quant à son fondement (et, partant, également sur l'exception de prescription soulevée par la SA W. qui a un rapport direct avec le fondement de la demande originaire), ordonna la réouverture des débats aux fins de permettre aux parties de débattre de la validité de la clause figurant à l'article 5 du contrat de travail, du respect de la limite maximale hebdomadaire de 48 heures fixée par la directive 93/104/CE ainsi que du respect ou non de la durée maximale

de travail prévue par le droit communautaire et de l'existence de l'article 4 de la CCT sectorielle du 18 décembre 1995 ;

Vu les conclusions de synthèse après réouverture des débats de Monsieur F.J. déposées au greffe de la Cour le 24 décembre 2008 ;

Vu les secondes observations de synthèse sur réouverture des débats de la S.A. W. déposées au greffe de la Cour le 30 décembre 2008 ;

Vu les dossier des parties ;

Entendu les parties, par leurs conseil et représentant, en leurs dires et moyens à l'audience publique du 5 janvier 2009 ;

I. Quant aux faits de la cause, aux rétroactes de la procédure et aux moyens des parties.

La Cour de céans se réfère quant à ce aux développements assurés au terme de son arrêt prononcé le 3 mars 2008 qu'elle tient pour intégralement reproduits.

II. Rappel de l'objet et de la cause de la demande.

Pour rappel, la demande de Monsieur F.J. a pour objet l'octroi de dommages et intérêts pour non-paiement de la rémunération et ce en violation de l'article 46 de la loi du 12/4/1965 sur la protection de la rémunération.

Monsieur F.J. est entré au service de la SA I. (dont l'appelante a repris les droits et obligations), en date du 18/9/1997, dans le cadre d'un contrat de travail d'ouvrier conclu à durée indéterminée (affecté d'une clause d'essai de 14 jours) pour y exercer les fonctions de « veilleur de nuit – aide sanitaire et travaux ménagers ».

L'article 5 du contrat de travail prévoyait, en outre, que « l'employeur et le travailleur fixent forfaitairement, vu la charge du travail, la durée hebdomadaire du travail durant ce temps de présence à 21 heures par semaines rémunérées conformément à l'article 6 ».

La S.A. W. estime que le temps de travail convenu a été fixé à 42 heures c'est-à-dire 6 heures par nuit.

Monsieur F.J. a presté, du 18 au 25/9/1997, tous les jours de 19h30 à 07h30, soit 84 heures (7x12 heures) mais n'a été rémunéré qu'à concurrence de 42 heures (2 semaines x 21 heures) au motif qu'engagé dans le cadre d'un système de « garde dormante » le temps pendant lequel il n'a effectué aucune prestation, bien que présent sur le lieu de travail, ne constitue pas du temps de travail pour lequel une rémunération doit être payée.

Monsieur F.J. estime qu'en vertu de l'article 19 de la loi du 16/3/1971 sur le travail, le temps de présence effective sur le lieu de travail doit être entièrement rémunéré dans la mesure où il s'agit de temps dont il ne pouvait disposer librement.

La S.A. W. fait valoir que Monsieur F.J. paraît fonder sa demande sur les dispositions de la loi

du 16 mars 1971 et indique que Monsieur F.J. identifie le dommage subi dont il demande réparation comme « la perte du salaire des heures qui n'ont pas été comptabilisées » réclamant « des dommages et intérêts équivalant aux arriérés de rémunération ».

La S.A. W. estime que la demande de Monsieur F.J. n'a donc pas pour objet de réparer un éventuel préjudice subi suite à la violation de la loi du 10 mars 1971 sur le travail en ce qu'elle détermine la durée maximale du travail hebdomadaire et journalier et en ce qu'elle réglemente le travail de nuit.

Selon la S.A. W., « la question à résoudre par la Cour est celle de savoir quelles heures de travail doivent être prises en compte pour le calcul de la rémunération due à Monsieur F.J. et non de savoir si les durées maximales de travail prescrites par la directive 93/104/CE et par la loi du 16 mars 1971 ont été respectées.

Il est vrai qu'en principe, conformément, à l'objet originaire de la demande formulée par Monsieur F.J., c'est la disposition générale de l'article 42 de la loi du 12 avril 1965 qui doit être invoquée par Monsieur F.J. pour fonder sa demande de condamnation de l'appelante dont il est prétendu qu'elle serait en défaut de payer la rémunération au sens donné à ce terme par l'article 2 de ladite loi et ce quelle que soit l'obligation de payer.

Il va, toutefois, sans dire que dans la mesure où la Cour de Cassation au terme de son arrêt de principe prononcé le 14 avril 2005 (J.T. 2005, p. 659) a consacré explicitement la conception factuelle de la cause de la demande, le juge se voit, désormais confier la mission de trancher le litige conformément aux règles de droit qui lui apparaissent applicables en relevant d'office si nécessaire les moyens de droit dont l'application est imposée par l'édifice des faits lui soumis par les parties.

Il est incontestable que dès lors que le travailleur se fonde sur une infraction c'est-à-dire qu'il invoque, dans l'édifice des faits soumis au juge, l'inexécution d'une obligation pénalement sanctionnée et fait reposer tout ou partie de sa demande sur cette inexécution, c'est au juge qu'il appartient, comme l'écrit J- Fr. VAN DROOGHENBROECK de « doter la prétention de la qualification juridique adéquate pourvu qu'il s'en tienne au résultat factuel revendiqué par le demandeur » (J.Fr. VAN DROOGHENBROECK « Le juge, les parties, le fait et le droit » in Actualités en droit judiciaire, C.U.P., 12/2005, vol. 38, p. 172).

En d'autres termes, si dans l'édifice des faits invoqués par le travailleur à l'appui de sa demande de condamnation (cause de la demande), le juge relève l'existence d'une autre infraction et constate que la demande de condamnation se fonde, également, sur celle-ci, il devra veiller à déterminer l'habillage juridique adéquat eu égard aux faits et infractions allégués.

Dès lors, l'examen de la problématique liée au respect ou non de la loi du 16 mars 1971 et de la directive européenne 93/104/CE présente un intérêt évident et ce même s'il est vrai que ni la loi du 16 mars 1971 ni la directive 93/104/CE n'ont pour objet de déterminer la rémunération due en contre partie du travail presté.

III. Questions soulevées par l'arrêt de réouverture des débats du 3 mars 2008

Au terme de son arrêt prononcé le 3 mars 2008, La Cour de céans a posé aux parties diverses questions formulées comme suit :

- a) était-il permis aux parties de déterminer dans le contrat le temps pendant lequel Monsieur F.J. était à la disposition de la S.A. W. ?

b) l'horaire de travail convenu entre les parties n'aboutit-il pas au dépassement de la durée maximale de travail fixée par le droit communautaire à 48 heures par semaine ?

c) quelle est la portée concrète de l'article 4 de la CCT du 18 décembre 1995 conclue au sein de la commission paritaire 305.02 prévoyant l'octroi aux travailleurs de nuit d'un supplément de 20% sur la rémunération réelle et ce proportionnellement à la durée des prestations de travail irrégulières effectivement fournies ?

DISCUSSION – EN DROIT

La Cour de céans estime indispensable d'entamer sa réflexion par une analyse approfondie des normes applicables au litige avant de procéder à l'examen du fondement de l'exception de prescription de la demande originaire soulevée par la S.A. W..

1. Fondement de l'appel

1.1. La notion de durée du travail en droit belge et en droit européen

Au terme de l'article 19 alinéa 2 de la loi du 16 mars 1971 sur le travail, on entend par durée du travail le temps pendant lequel le personnel est à la disposition de l'employeur.

L'alinéa 3 de cette disposition prévoit, cependant, qu'à la demande de la Commission paritaire compétente, le Roi peut déterminer le temps pendant lequel le personnel est à la disposition de l'employeur en ce qui concerne :

1. les entreprises de transport,
2. les travailleurs occupés à des travaux de transport,
3. les travailleurs occupés à des travaux essentiellement intermittents.

Aucun arrêté royal n'a été pris en exécution de l'article 19, alinéa 2, 3° de la loi du 16 mars 1971 sur le travail en ce qui concerne les gardes de nuit assurées dans les entreprises ressortissant à la sous-commission paritaire des services de santé dans le cadre des homes pour personnes âgées (C.P. 305.02).

Au terme d'un arrêt rendu le 9 septembre 2003 en cause J. (aff. C.151/02), la Cour de Justice des Communautés Européennes (C.J.C.E.), répondant à quatre questions préjudicielles relatives à l'interprétation de la directive 93/104/CE du Conseil du 23 novembre 1993 (aujourd'hui, la norme actuellement en vigueur est la directive 2003/88/CE du 4 novembre 2003 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail) a considéré que « la dite directive devait être interprétée en ce sens qu'il convenait de considérer un service de garde (« Bereitschaftsdienst ») qu'un médecin effectuait selon le régime de la présence physique dans l'hôpital comme constituant dans son intégralité du temps de travail au sens de cette directive alors même que l'intéressé était autorisé à se reposer sur son lieu de travail pendant les périodes où ses services n'étaient pas sollicités en sorte que celle-ci s'opposait à la réglementation d'un Etat membre qui qualifierait de temps de repos les périodes d'inactivité du travailleur dans le cadre d'un tel service de garde »

La Cour s'est prononcée dans le même sens au terme d'un arrêt subséquent rendu le 1^{er} décembre 2005 (aff. C. 14/04 – D.) mais a, toutefois, entendu préciser que « la dite directive se bornait à réglementer certains aspects de l'aménagement du temps de travail en sorte qu'en principe elle ne trouvait pas à s'appliquer à la rémunération des travailleurs » (voir arrêt D., point 38).

La même réserve a été énoncée par la CJCE au terme de l'arrêt V. prononcé le 11 janvier 2007 (aff. C. 437/05, J.T.T., 2007, p.197) et de l'arrêt A. prononcé le 13 septembre 2007 (aff.

C.307/05), ces deux arrêts ayant, toutefois, analysé de manière plus approfondie l'incidence du régime protectionnel institué par les directives 93/104 et 2003/88 sur le niveau des rémunérations perçues par les travailleurs concernés.

La CJCE a, en effet, considéré que « les directives 93/104 et 2003/88 ne s'opposent pas à l'application par un Etat membre d'une réglementation qui, aux fins de la rémunération du travailleur et s'agissant du service de garde effectué par celui-ci sur son lieu de travail, prend en compte de manière différente les périodes au cours desquelles les prestations de travail sont réellement effectuées et celles durant lesquelles aucun travail effectif n'est accompli pour autant qu'un tel régime assure intégralement l'effet utile des droits conférés aux travailleurs par les dites directives en vue de la protection efficace de la santé et de la sécurité de ces derniers ».

L'enseignement de la Cour de justice relatif à la problématique des « gardes dormantes » peut être résumé comme suit :

1. le temps de garde avec présence physique sur les lieux du travail est, dans son intégralité, du temps de travail au regard du droit communautaire de telle sorte qu'une réglementation d'un Etat membre qui qualifierait «de temps de repos les périodes d'activité du travailleur dans le cadre d'un tel service de garde dormante serait en conflit avec la directive si cette qualification aboutit au dépassement de la durée maximale du travail prévu par le droit communautaire à savoir 48 heures par semaine (C.J.C.E., 09/09/1993, arrêt J., point 71).
2. l'article 15 de la directive 93/104 permet expressément l'application ou l'introduction de dispositions nationales plus favorables à la protection de la sécurité et de la santé des travailleurs. Lorsqu'un Etat membre recourt à cette faculté, le respect des règles énoncées par cette directive doit être vérifié par rapport aux seules limites fixées par celle-ci, à l'exclusion des dispositions nationales plus protectrices des travailleurs (CJCE, 01/12/05, arrêt D., point 52).
3. Les heures de présence du travailleur dans l'établissement de son employeur pendant les services de garde, qui comprennent des périodes d'inactivité, ne peuvent pas être prises en compte partiellement, sur base de coefficients de nature forfaitaire, dès lors que ces heures de présence doivent être comptabilisées intégralement en tant qu'heures de travail pour la détermination des durées maximales de travail (arrêt D., cité, point 57).
4. Les directives 93/104/CE et 2003/88/CE s'opposent à la réglementation d'un Etat membre en vertu de laquelle les services de garde dormante qu'un travailleur accomplit selon le régime de la présence physique sur le lieu même du travail mais au cours desquels il n'exerce aucune activité réelle ne sont pas considérés comme constituant dans leur intégralité du temps de travail. Par contre, elles ne s'opposent pas à l'application par un Etat membre d'une réglementation qui, aux fins de la rémunération du travailleur et s'agissant du service de garde effectué par celui-ci sur son lieu de travail, prend en compte de manière différente les périodes au cours desquelles des prestations de travail sont réellement effectuées et celles durant lesquelles aucun travail effectif n'est accompli, pour autant qu'un tel régime assure intégralement l'effet utile des droits conférés aux travailleurs par les dites directives en vue de la protection efficace de la santé et de la sécurité de ces derniers (arrêt V., 11/01/2007, dispositif).

1.2. Les effets de la directive sur le droit belge

Avant d'envisager les répercussions en droit belge de la directive 93/104/CE telle qu'interprétée par la Cour de justice, il s'impose d'analyser la question de l'effet direct de la norme communautaire.

Dans l'affaire L. (106/77 – Rec. 1978, p.629), la Cour de justice a fourni une définition remarquable de l'applicabilité directe : « L'applicabilité directe signifie que les règles du droit communautaire doivent déployer la plénitude de leurs effets d'une manière uniforme dans tous

les Etats membres, à partir de leur entrée en vigueur et pendant toute la durée de leur validité. Ainsi, ces dispositions sont une source immédiate de droits et d'obligations pour tous ceux qu'elles concernent, qu'il s'agisse des Etats membres ou de particuliers qui sont parties à des rapports juridiques relevant du droit communautaire. Cet effet concerne, également, tout juge qui saisi dans le cadre de sa compétence a, en tant qu'organe d'un tel Etat membre, pour mission de protéger les droits conférés aux particuliers par le droit communautaire ».

a) Critères de l'applicabilité directe

Le caractère inconditionnel et précis de la disposition en cause est, au terme de l'évolution de la jurisprudence de la Cour, devenu le seul caractère de l'effet direct. Il n'est pas exigé que la disposition confère, de surcroît, des droits subjectifs aux particuliers (cette circonstance pourra, toutefois, être prise en compte par le juge national en vertu des règles de son droit interne pour vérifier l'intérêt à agir du particulier mais il s'agit d'une question étrangère à celle de savoir si la norme de droit communautaire en cause peut être invoquée devant le juge national).

Les critères de l'applicabilité directe sont les suivants (voir à cet effet : S. VAN RAEPENBUSCH, Droit institutionnel de l'Union et des Communautés européennes, DE BOECK Université, 1996, p.321) :

- la règle doit être claire et précise ;
- la règle doit être complète et juridiquement parfaite c'est-à-dire qu'elle ne doit être subordonnée dans son exécution ou dans ses effets à l'intervention d'aucun acte, soit des institutions communautaires, soit des Etats membres ;
- la règle doit, enfin, être inconditionnelle. Cette exigence peut recouvrir purement et simplement la précédente tout comme elle peut aussi signifier que la règle ne doit être assujettie à aucun terme ni contenir aucune réserve.

La conséquence de l'effet direct est de permettre au citoyen européen d'invoquer des dispositions directement applicables de droit communautaire à l'encontre de toute disposition de droit interne qui serait contraire. Il appartient, alors, au juge national de mettre en œuvre le droit communautaire ayant un effet direct en écartant, le cas échéant, le droit national contraire ou incompatible.

b) Portée de l'applicabilité directe en fonction des catégories de normes communautaires

La portée pratique du principe de l'effet direct varie en fonction des différentes catégories de normes communautaires (traités constitutifs, règlements, décisions adressées à des particuliers et directives et décisions adressées aux Etats).

Dans les hypothèses où une directive ou une décision est correctement mise en œuvre, ses effets atteignent les particuliers par l'intermédiaire des mesures d'application prises par chaque Etat membre concerné.

En revanche, la problématique de l'effet direct se pose lorsqu'un Etat membre ne l'a pas correctement exécutée et que, partant, un particulier a intérêt à invoquer directement à son profit le contenu de la directive non ou incorrectement exécutée.

Les dispositions précises et inconditionnelles d'une directive peuvent être invoquées par les particuliers à l'encontre non seulement de l'Etat défaillant (qui est le destinataire de l'acte) mais, également, des organismes ou entités soumis à son autorité ou à son contrôle (voyez aff. C. 221/88, B., Rec. 1990, p.I-495 ; aff. 103/88, C., Rec. 1989, p.1839).

A la différence des règlements et de certaines dispositions de traité, les directives et décisions ne peuvent pas produire d'effet direct horizontal c'est-à-dire qu'elles ne sont jamais opposables, en tant que telles, aux justiciables qui ne peuvent, donc, jamais, par leur effet, être obligés à l'égard de l'Etat ou à l'égard d'autres juridictions : leur caractère contraignant n'existe qu'à l'égard de tout Etat membre destinataire (voyez aff. 152/84, M., Rec. 1986, p.723 ; aff. C. 91/92, F. D., Rec.1994, p.I-3347).

Cependant, si elle exclut l'effet horizontal d'une directive non transposée, la Cour a, néanmoins, jugé dans son arrêt MARLEASING du 13 novembre 1990 (C.106/89, Rec. P.I-4135, point 8) que, conformément au devoir de coopération loyale des Etats membres vis-à-vis de la Communauté, énoncé à l'article 5 du traité CEE, les juridictions nationales, lorsqu'elles interprètent toute disposition de droit national sont tenues « de le faire dans toute la mesure du possible à la lumière du texte et de la finalité de la directive (même non transposés) pour atteindre le résultat visé par celle-ci et se conformer ainsi à l'article 189 du traité » (point 26) (voyez aussi l'arrêt du 16/12/1993, M., C.334/92, Rec., p. I-6911, point 10).

F. KEFER et J. CLESSE considèrent, tous deux, sur base de cet enseignement que « même dans les litiges opposant les particuliers, le juge national a le devoir d'interpréter son droit national de manière à ce qu'il soit conforme à la directive et à faire tout ce qui relève de sa compétence, en écartant, le cas échéant, et si le droit national le permet, la norme interne en conflit avec la norme européenne pour empêcher en l'occurrence le dépassement de la durée maximale hebdomadaire de travail fixée à 48 heures par la directive » (F. KEFER et J. CLESSE, « Le temps de garde inactif, entre le temps de travail et le temps de repos », in Annales de la Faculté de droit de Liège, 2006, p. 163).

Il appartient, dès lors, à la Cour de céans de vérifier si l'article 19 alinéa 2 de la loi du 16 mars 1971 est conforme à la directive 93/104/CE étant entendu, toutefois, que la jurisprudence de la CJCE a été développé exclusivement dans le contexte de l'appréciation de la durée du travail en imposant des seuils aux plafonds maxima (durée du travail limitée à 48 heures par semaine) dans le but exclusif d'assurer la protection de la sécurité et de la santé des travailleurs.

En effet, la directive 93/104/CE a pour seul objectif d'établir des prescriptions minimales destinées à améliorer les conditions de vie et de travail des travailleurs de l'Union mais non à livrer une définition de la durée du temps de travail aux fins de déterminer l'étendue exacte de la rémunération due au travailleur.

1.3. Vérification de la conformité de l'article 19 alinéa 2 de la loi du 16 mars 1971

L'article 19 alinéa 2 de la loi du 16 mars 1971 impose de considérer comme temps de travail le temps pendant lequel le travailleur est à la disposition de l'employeur sans qu'il soit permis de distinguer selon que des prestations sont effectivement accomplies ou non ; en effet, seul un arrêté royal peut déterminer de façon particulière et pour certaines branches d'activité le temps pendant lequel le personnel est à la disposition de l'employeur.

La question se pose, dès lors, de savoir s'il était permis aux parties de déterminer dans le contrat le temps pendant lequel Monsieur F.J. était à la disposition de la S.A. W.

En effet, dès lors que sur base de l'interprétation donnée par la jurisprudence de la CJCE à la directive 93/104/CE il n'est plus permis à une législation nationale de qualifier de temps de repos les périodes d'inactivité d'un travailleur dans le cadre d'une garde dormante sur le lieu de travail, la Cour de céans s'interroge sur la possibilité juridique offerte aux parties d'évaluer forfaitairement au sein du contrat de travail (qui occupe un rang hiérarchiquement inférieur à la loi dans l'ensemble des sources du droit) le temps de travail à 21 heures par semaine

(correspondant à sa « mise à disposition »).

Selon l'article 5 du contrat avenant entre parties, la durée du travail est fixée forfaitairement à 21 heures par semaine alors que Monsieur F.J. devait être présent au sein des établissements de l'appelante du lundi au vendredi de 19h30 à 7h30, une semaine sur deux, c'est-à-dire en moyenne 42 heures par semaine.

Selon la S.A. W., cette disposition du contrat est parfaitement valable car elle concerne uniquement la rémunération du travail presté qui n'est pas visée par la directive européenne 93/104/CE et la loi du 16 mars 1971.

Quand bien même faudrait-il considérer que l'objet de cette clause serait, entre autres, rémunératoire, la Cour de céans, à l'instar de Monsieur F.J., estime toutefois qu'elle ne peut produire aucun effet entre parties car elle fait lier la rémunération due à la période de mise à disposition de l'employeur fixée à 21 heures par semaine.

F. KEFER et J. CLESSE relèvent que « la notion de disponibilité est difficile à cerner avec précision. Selon les travaux préparatoires de la loi, « le sens à donner aux mots « durée du travail » est le suivant : le travailleur est considéré comme effectuant un travail lorsqu'il est aux ordres de l'employeur, c'est-à-dire lorsqu'il met son activité à la disposition de ce dernier. Est donc exclu du temps de travail le temps de présence dont le travailleur peut disposer librement sans avoir à attendre un appel imprévu dont la possibilité continuelle le maintiendrait sans interruption à la disposition de l'employeur ou sans avoir à exercer une besogne accessoire (par exemple : la surveillance).

Le législateur a abandonné la définition de ce concept au pouvoir judiciaire et la Cour de Cassation y voit une notion relevant de l'appréciation souveraine du juge du fond (F. KEFER et J. CLESSE « Le temps de garde inactif, entre le temps de travail et le temps de repos » rev. Fac. De Liège, 2006, 1-2, p. 157).

L'article 19, alinéa 2, de la loi du 16 mars 1971 impose de considérer comme temps de travail le temps pendant lequel le travailleur est à la disposition de l'employeur, en ce compris le temps consacré à la surveillance, sans qu'il soit permis de distinguer selon que des prestations sont effectivement accomplies ou non.

Selon cette disposition, seul un arrêté royal peut donner, pour certaines branches d'activité, une définition spécifique du temps pendant lequel le travailleur est à la disposition de l'employeur.

Or, à l'instar de Monsieur F.J., la Cour de céans relève qu'à l'heure actuelle aucun arrêté royal n'a été adopté.

La loi du 16 mars 1971 est d'ordre public.

Les parties au contrat ne pouvaient déroger à cette loi en fixant conventionnellement ce qu'elles considéraient comme temps de travail ouvrant le droit au paiement d'une rémunération.

L'article 5 du contrat de travail, contraire à une norme hiérarchiquement supérieure ne peut produire aucun effet utile (voyez C.T. Liège, 23/06/2008, J.T.T. 2008, p. 385).

1.4. Quant au respect de la limite maximale hebdomadaire de 48 heures fixée par la directive 93/104/CE

Afin d'apprécier le respect de la limite maximale hebdomadaire de 48 heures fixée par la directive 93/104/CE, il convient, comme l'observe à raison la S.A. W., de préciser la notion de « semaine ».

A défaut de précision apportée par la directive elle-même quant à ce, il s'impose de se référer au droit belge qui dispose que la « notion de semaine doit se comprendre dans le sens de série de sept jours consécutifs commençant le lundi » (L. BALLARIN et B. LANTIN, « Durée du travail (Partie II, Livre III, Titre II, Chapitre I) in guide Social permanent – Droit du travail – commentaires, Kluwer, feuillets mobiles, n° 40 et réf. cit.).

La semaine correspond donc au cycle de 7 jours commençant le lundi pour se terminer le dimanche (J.C. HEIRMAN et O. RIJCKAERT « La flexibilité » Kluwer, Etudes pratiques de droit social, 2001, p. 10).

En l'espèce l'horaire de travail de Monsieur F.J. s'établissait comme suit :

- du jeudi 18 septembre 1997 à 19h30 au dimanche 21 septembre 1997 à minuit (semaine 1) soit 40h30' ;
- du lundi 22 septembre à minuit au jeudi 25 septembre 1997 à 7h30 (semaine 2) soit 43h30' ;

Monsieur F.J. devait donc prêter 84 heures par semaine, une semaine sur deux, soit 42 heures en moyenne de telle sorte qu'il doit être conclu que les dispositions communautaires ont été respectées.

D'autre part, Monsieur F.J. précise que la durée hebdomadaire moyenne déterminée en droit belge pour ce secteur a été dépassée.

Il en va de même, selon Monsieur F.J., des limites quotidiennes fixées par la directive 93/104/CE.

Même s'il est vrai que cette problématique du dépassement de la limite journalière de la durée du travail n'a pas fait l'objet explicitement de l'arrêt de réouverture des débats, la Cour de céans estime, néanmoins, que les observations formulées par Monsieur F.J. doivent pouvoir être rencontrées par la Cour de céans dès lors qu'elles ne constituent pas une nouvelle demande formulée par Monsieur F.J. mais, au contraire, un moyen supplémentaire à incorporer dans la cause de la demande soumise à la Cour de céans.

En effet, Monsieur F.J. ne tire aucun argument supplémentaire de l'infraction alléguée par ses soins et dont se serait rendue coupable la S.A. W. (violation de l'article 53 de la loi du 16 mars 1971).

La situation se serait présentée différemment si Monsieur F.J. avait introduit une demande nouvelle après l'arrêt de réouverture des débats laquelle aurait dû être déclarée irrecevable (Cass., 29/06/1995, Pas. I, p. 713) (voyez aussi les développements assurés au sein du chapitre II).

Selon l'article 8 de la directive 93/104/CE, le temps de travail des travailleurs de nuit ne peut dépasser 8 heures en moyenne par période de 24 heures.

De même, l'article 19 alinéa 1 de la loi du 16 mars 1971 prévoit que la durée du travail ne peut excéder 8 heures par jour.

Par application des dispositions de l'article 19, alinéa 2 et sur base de l'enseignement issu de la jurisprudence de la Cour de Justice (voyez les développements évoqués supra selon lesquels le temps de garde est intégralement du temps de travail lorsque le travailleur exerce sa garde sur le lieu du travail) toutes les heures durant lesquelles le travailleur est à la disposition de son employeur doivent être prises en compte pour le calcul de ces 8 heures.

Selon l'horaire détaillé au sein du chapitre 5 du contrat de travail avenant entre parties, Monsieur F.J. devait prêter 12 heures par nuit sans disposer de la moindre heure de pause.

Les deux attestations produites par la S.A. W., émanant l'une de sa directrice Madame L., l'autre d'une secrétaire Madame R., établies toutes deux le 5 mars 2007 et prétendant qu'en 1997 (soit dix ans plus tôt !) « les deux veilleurs de nuit disposaient chacun d'une heure de pose durant laquelle ils n'étaient nullement à disposition de l'employeur » ne sont évidemment pas susceptibles de remettre en cause l'affirmation de Monsieur F.J. selon laquelle il ne disposait pas d'une heure de pause par nuit de travail.

Les attestations produites à l'appui de sa thèse par la S.A. W. constituent des présomptions de l'homme au sens de l'article 1153 du Code civil, leur force probante étant laissée à l'appréciation de la Cour à la condition, toutefois, qu'elle ne les écarte pas par principe à l'instar de ce que décide la Cour de cassation en matière de preuve testimoniale (Cass., 18/03/1991, Pas., p. 663 ; Cass., 5/12/1994, Pas., I, p. 1053).

La cour de céans entend écarter ces attestations des débats au seul motif que si la S.A. W. avait réellement entendu permettre à Monsieur F.J. de disposer d'une heure de pause par nuit de travail, il paraît certain que cette latitude aurait été expressément mentionnée au sein du contrat de travail.

Les attestations litigieuses sont produites aux débats 10 ans après les faits pour les seuls besoins de la cause.

Au demeurant, la pièce 6 du dossier de la S.A. W. détaillant le planning des tâches du veilleur de nuit ne fait nullement mention de l'existence d'une heure de pause par nuit pour chaque veilleur de nuit.

Il appert de ces développements que la S.A. W. n'a pas respecté la loi du 16 mars 1971 réglementant le travail de nuit.

Il n'y a, en effet, pas lieu à cet effet d'avoir égard aux dispositions de l'arrêté royal du 14 avril 1988 relatif à la durée du travail dans les établissements dispensant des soins de santé, de prophylaxie ou d'hygiène ni au régime dérogatoire institué par les articles 20, 20bis, 22 à 26 de la loi du 16 mars 1971 comme le soutient la S.A. W..

En effet, l'article 2 de l'arrêté royal du 14 avril 1988 prévoit effectivement que « les limites de la durée du travail fixées par les articles 19 et 20 de la loi du 16 mars 1971 sur le travail ou par la CCT applicable aux entreprises visées à l'article 1^{er} peuvent être dépassées à condition que la durée hebdomadaire de travail, calculée sur une période d'un trimestre maximum, ne dépasse pas en moyenne la durée de travail fixée par la loi ou la CCT ».

Cet arrêté royal est inapplicable en l'espèce dès lors qu'il est impossible de procéder au calcul de la durée hebdomadaire de travail sur base d'une période de référence digne de ce nom, la très courte période de travail de Monsieur F.J. empêchant de disposer d'une base de comparaison autorisant un calcul moyen de la durée du travail.

Le seul calcul praticable est celui opéré sur base de la durée hebdomadaire de travail s'élevant pour la première semaine à 40 heures 30' et pour la seconde à 43 heures 30', soit une durée moyenne hebdomadaire fixée à 42 heures ce qui excède en tout état de cause les 38 heures hebdomadaires prévues par CCT du 18 décembre 1995.

Enfin, comme précisé supra, s'il est vrai que les articles 20, 20bis, 22 à 26 de la loi du 16 mars 1971 prévoient la possibilité de déroger aux limites journalières et hebdomadaires fixées par les

articles 19 et 20 de la loi du 16 mars 1971, force est, toutefois, de constater que le cas d'espèce soumis à la cour ne relève pas d'une des situations visées par les articles 20, 20bis, 22 à 26 de la loi du 16 mars 1971.

Il s'impose, dès lors, de s'en référer au principe général tel qu'énoncé par l'article 19 alinéa 1 de la loi du 16 mars 1971 et par l'article 8 de la directive 93/104/CE à savoir que la durée du travail ne pouvait excéder 8 heures par nuit de travail.

La Cour de céans relève, ainsi, que la SA W. ne s'est pas conformée à la loi du 16 mars 1971 sur le travail dont le non-respect est sanctionné pénalement.

1.5. Portée de l'article 4 de la C.C.T. du 18 décembre 1995

Comme la Cour a eu l'occasion de le développer supra en procédant à une analyse de la directive 93/104/CE telle qu'interprétée par la Cour de Justice, il convient d'opérer une distinction entre, d'une part, la réglementation sur le temps de travail, objet de la directive, et, d'autre part, la rémunération afférente aux prestations accomplies dans le cadre d'une « garde dormante » étant entendu, toutefois, que le temps de garde constitue intégralement du temps de travail lorsque le travailleur exerce sa garde sur le lieu de travail.

Néanmoins, tout le temps de travail ainsi défini ne doit pas nécessairement être rétribué comme du temps de travail effectif.

En effet, l'enseignement issu des arrêts DELLAS. et VOREL. permet d'affirmer qu'il n'est pas interdit à un Etat membre de prévoir dans sa législation une rémunération différenciée prenant, ainsi, en compte différemment les périodes au cours desquelles le « travailleur dormant » effectue réellement des prestations et celles durant lesquelles aucun travail effectif n'est accompli.

Il s'impose, dès lors, de vérifier si le droit national n'a pas déterminé un mode particulier de rémunération des prestations accomplies au sein d'un service de garde dormante.

Il n'existe aucun texte légal au sein de la législation nationale qui modalise la rémunération des prestations effectuées la nuit au sein des maisons de retraite par le personnel accomplissant des prestations « à la demande ».

Il n'existe pas davantage dans le secteur des maisons de repos de convention collective de travail adoptée au sein de la CP 305.02 qui déterminerait de façon claire, précise et univoque la notion de « garde dormante » en établissant un mode spécifique de rémunération pour les travailleurs affectés à ce service.

La Cour avait, toutefois, relevé l'existence d'une CCT conclue le 18 décembre 1995 au sein de la CP 305.02 qui avait prévu, en son article 4, l'octroi aux travailleurs de nuit d'un supplément de 20 % sur la rémunération réelle et ce proportionnellement à la durée des prestations de travail irrégulières effectivement fournies.

La Cour de céans a invité les parties à examiner la portée de cet article sur base de l'interrogation suivante : ne signifie-t-il pas à contrario que les prestations de nuit « non effectivement fournies » seraient rémunérées sans sursalaire de telle sorte que cette CCT constituerait la base normative applicable à la rémunération différenciée des prestations de travail réellement fournies et à celles durant lesquelles aucun travail effectif n'est accompli ?

La S.A. W. estime qu'en lieu et place d'une interprétation « a contrario » de cette disposition, on pourrait également envisager une interprétation « a pari » en ce sens que, comme le sursalaire

de 20 %, la rémunération normale n'est due que pour les prestations « effectivement fournies ».

En effet, souligne la S.A. W., comme cela a été décidé par la Cour du travail de Bruxelles (C.T. Bruxelles, 21/03/1988, Chr. D.Soc., 1989, p. 46) sur la base d'une disposition tout à fait similaire, il ressort d'un tel texte que, dans le cas de la garde dormante, la présence sur le lieu du travail n'est plus considérée comme équivalente à un temps où le travailleur est à la disposition de l'employeur et qu'il incombe à la partie qui prétend à des heures supplémentaires ou à des compléments de salaire de prouver que des prestations ont été réellement fournies.

Ainsi, estime la S.A. W., pour donner un effet utile à l'article 4 de la CCT du 18 décembre 1995 il convient de considérer que cet article vise à n'octroyer le sursalaire que pour certaines heures en cas de garde dormante.

Monsieur F.J. estime, quant à lui, que cette CCT ne concerne aucunement les « gardes dormantes » pour les raisons suivantes :

1. Elle ne donne aucune définition des « prestations effectivement fournies ». Dans aucun des articles, il n'est fait allusion aux gardes dormantes.
2. Prévoir un mode de rémunération pour certaines heures de travail impliquerait de donner une définition particulière de la durée du travail.
Or en application de l'article 19 alinéa 3 de la loi du 16 mars 1971, une telle définition ne peut être donnée que par arrêté royal et pas par CCT.
3. L'objectif des partenaires sociaux n'était certainement pas de n'octroyer le sursalaire que pour certaines heures en cas de « garde dormante ».
Il s'agit d'une autre question qui est visée par l'article 4 de la CCT : pour les travailleurs de nuit, le sursalaire n'est dû que pour les nuits travaillées ce qui signifie que lorsqu'un travailleur est en congé ou en incapacité de travail alors qu'il devait travailler la nuit, aucun sursalaire ne sera dû pour cette journée de congé ou de maladie.
4. Même si la Cour considérait que l'article 4 de cette CCT peut être appliqué aux gardes dormantes, seul le paiement du sursalaire pour toutes les heures de nuit pourrait être remis en cause mais certainement pas le paiement de la rémunération « horaire de base » comme le prétend, à tort, l'appelante.

A l'instar de la Cour du travail de Liège (C.T. Liège, 23/06/2008, J.T.T. 2008, p. 385) et de la position soutenue par Monsieur F.J., la Cour de céans, estime que la CCT du 18 décembre 1995 (rendue obligatoire par l'arrêté royal du 07/05/1996 – M.B., 21/06/1996) conclue au sein de la sous-commission paritaire 305.02 n'a pas déterminé un mode particulier de rémunération des prestations accomplies au sein d'un service de garde dormante.

En effet, les seules dispositions de cette CCT portent sur le sursalaire dû pour les prestations de nuit et non sur la rémunération (ou l'absence de rémunération) des heures de garde dites « dormantes », aucune clause ne modalisant la rémunération normale due pour les prestations effectuées la nuit au sein des maisons de retraite par le personnel accomplissant ces prestations « à la demande ».

Il va, sans dire, que si les partenaires sociaux avaient voulu déterminer un mode particulier de rémunération des prestations accomplies au sein d'un service de garde dormante, ils auraient explicitement évoqué la problématique de la rémunération normale due pour les travailleur prestant au sein d'un service de « garde dormante » et ne se seraient pas limités à régler le paiement du sursalaire pour les prestations irrégulières.

1.6. Conclusions

L'article 5 du contrat avenant entre parties évaluant forfaitairement la durée hebdomadaire de

travail à 21 heures rémunérées n'a aucun fondement légal.

En faisant travailler Monsieur F.J. à raison de 42 heures par semaine en moyenne et en ne comptabilisant que 21 heures, la S.A. W. a violé tant la loi du 16 mars 1971 sur le travail que la loi du 12 avril 1965 dont l'irrespect est sanctionné pénalement (articles 53 de la loi du 16 mars 1971 et 42 de la loi du 12 avril 1965).

1.7. Quant à l'élément moral de l'infraction

La S.A. W. fait valoir que ces infractions ne lui sont pas imputables.

Elle aurait commis, selon elle, une erreur dont elle n'est pas responsable et qui serait due aux controverses doctrinales et jurisprudentielles relatives à la problématique des « gardes dormantes ».

Elle estime, ainsi, pouvoir invoquer une erreur invincible qui constitue une cause de non-imputabilité.

Le non paiement par un employeur de la rémunération due à son salarié (ou plutôt comme en l'espèce l'absence de congé compensatoire normalement rémunéré ou rémunéré sous forme de « sursalaires ») constitue non seulement un manquement aux obligations dont il est titulaire en tant que cocontractant mais aussi une infraction pénale.

Si certaines incriminations de droit pénal social visent des rémunérations spécifiques (à titre d'exemple les sursalaires visés à l'article 53, 3° de la loi du 16/3/1971 sur le travail), elles sont toutefois chapeautées par la disposition générale de l'article 42 de la loi du 12/4/1965 qui punit l'employeur, ses préposés ou mandataires en défaut de payer la rémunération au sens donné à ce terme par l'article 2 de ladite loi et ce quelle que soit la source de l'obligation de payer.

La Cour de cassation a, en effet, jugé que le non paiement de la rémunération due aux intervalles réguliers prévus par l'article 9 de la loi du 12/4/1965 impliquait qu'il n'y avait pas eu de paiement aux époques fixées, ce non paiement étant punissable en vertu de l'article 42, 1° de cette loi (Cass., 17/6/1996, J.T.T., 1996, p. 331, note C. Wantiez).

En application des règles de droit commun, Monsieur F.J. disposait d'une double voie : il pouvait réclamer l'exécution forcée de l'obligation contractuelle violée par l'appelante (ses préposés ou mandataires) ou solliciter la réparation du dommage que lui a causé l'infraction dont il a été victime (article 3 du Titre Préliminaire du Code d'Instruction criminelle).

En l'espèce, Monsieur F.J. a entendu échapper à la prescription annale prévue par l'article 15 de la loi du 3 juillet 1978 (en effet, la cessation des relations contractuelles est intervenue le 25 septembre 1997 alors que la citation introductive d'instance a été signifiée le 9 novembre 1998, soit plus d'une année après la rupture du contrat de travail) en fondant, à bon droit, sa demande sur l'existence d'une infraction déduite du non-paiement par l'appelante de la rémunération à laquelle il était en droit de prétendre.

A cet effet, Monsieur F.J. a la charge de prouver tous les éléments constitutifs de celle-ci tant l'élément matériel (à savoir le non-respect de dispositions sanctionnées pénalement ce que Monsieur F.J. est parvenu à démontrer) que s'il y a lieu l'élément moral, mais, également, l'imputabilité de l'infraction aux préposés et/ou mandataires de l'appelante par l'entremise desquels l'appelante a commis les infraction alléguées en démontrant l'inexistence des moyens de non-imputabilité soulevés par l'appelante.

- La responsabilité pénale en droit social n'est souvent subordonnée qu'à deux conditions : la transgression matérielle et l'imputabilité, les délits en cette matière étant généralement des délits réglementaires ne requérant aucun élément moral particulier sauf exceptions. Ainsi, le non paiement de la rémunération due est constitutif d'infraction par le seul fait de la transgression de la prescription légale, abstraction faite de l'intention de l'auteur ou de sa bonne foi.

Toutefois, si dans le cas des infractions " réglementaires " l'infraction peut être déclarée établie, constituée par le seul accomplissement de l'acte matériel, indépendamment de toute faute ou intention, la responsabilité de l'auteur de l'acte ne peut être retenue que si le juge constate, en outre, que l'acte peut lui être imputé. Toute infraction, qu'elle soit ou non réglementaire, doit être le résultat de l'activité libre et consciente de son auteur.

A moins que la loi n'en dispose autrement, il ne doit pas être démontré, en outre, que l'auteur de l'infraction réglementaire avait l'intention de nuire ou même qu'il devait savoir que l'acte posé était réprimé pénalement.

Lorsqu'une action en justice est fondée sur une infraction à la loi pénale, c'est au demandeur à l'action qu'incombe la preuve de l'imputabilité de cette infraction au défendeur ou de l'inexistence de la cause de justification alléguée par ce dernier, pour autant que cette allégation ne soit pas dépourvue de tout élément permettant de lui accorder crédit (Cass. 23 janvier 1981, Pas. 1981, 550 ; Cass. 11 février 1991, J.T.T. 1991, 298).

En cette hypothèse, le demandeur est placé dans la même situation qu'en matière répressive où le prévenu n'a aucune preuve à fournir et où il appartient à la partie publique ou à la partie civile d'établir l'inexactitude des allégations du prévenu si celles-ci ne sont pas dénuées de tout élément de nature à leur donner crédit (voyez note 2 signée E.L. sous Cass., 10/12/1981, Pas., 1982, I, p.496)

En l'espèce, il n'est pas certain, comme l'observe à bon droit le premier juge, que la S.A. W. ait pris connaissance de l'avis de la Fédération des maisons de repos privées concernant la rémunération des gardes dormantes puisque cet avis précède dans le temps la constitution de la S.A. I. aux droits de laquelle la S.A. W. a succédé.

Cependant, il appert des conclusions même de la S.A. W. que cette dernière connaissait parfaitement les tenants et aboutissants de la question puisqu'elle reconnaît avoir échangé du courrier à ce sujet avec l'auditorat du travail de Mons en date du 30 août 1995 soit avant l'engagement de Monsieur F.J. (voyez conclusions additionnelles et de synthèse de la S.A. W. devant le premier juge – p. 8).

La S.A. W. a donc décidé en parfaite connaissance de cause de ne pas rémunérer Monsieur F.J. pour une partie de ses prestations de travail.

La S.A. W. a évalué les risques liés à son choix de telle sorte qu'elle doit en supporter les conséquences au même titre qu'un employeur licenciant un de ses travailleurs pour un motif grave supporte le risque de voir la modalité de ce congé être déclarée irrégulière par le Tribunal dans l'hypothèse où il déciderait que n'est (ne sont) pas établie (s) la ou les faute(s) grave(s) constitutive(s) de motif grave.

La circonstance selon laquelle la problématique de la rémunération des « gardes dormantes » a été controversée en doctrine et en jurisprudence ne peut en aucune façon être considérée comme constitutive d'erreur invincible faisant disparaître l'infraction dans le chef de la S.A. W..

La S.A. W. a posé volontairement l'acte délictueux et a continué à adopter pareil comportement durant une période largement postérieure aux faits litigieux comme l'attestent les documents

produits par Monsieur F.J. (les pièces 16 et 17 du dossier de Monsieur F.J. démontrent qu'à la fin de l'année 2005, elle rémunérait encore les veilleurs de nuit à raison de six heures par nuit alors qu'ils en prestaient douze !).

L'élément moral de l'infraction est présent de telle sorte que l'infraction invoquée par Monsieur F.J. est sans conteste imputable aux préposés et/ou mandataires de la S.A. W. par l'entremise desquels la S.A. W. a commis les infractions alléguées et démontrées par Monsieur F.J..

1.8. Le dommage subi par Monsieur F.J.

Le dommage subi par Monsieur F.J. consiste dans la perte du salaire correspondant aux heures non comptabilisées lesquelles font partie des heures de garde effectivement prestées ou non, Monsieur F.J. n'ayant même pas pu disposer d'une heure de pause par nuit.

En effet, cette heure n'est prévue ni par le contrat ni par le planning du travail de nuit produit par l'appelante lequel constitue un document établi unilatéralement par une des parties au litige et qui ne peut bien sûr servir de document probatoire pour soutenir sa thèse (il en va de même évidemment du minutage des gardes dormantes dressé unilatéralement par l'appelante – pièce 12 de son dossier).

En outre, l'appelante ne produit aux débats aucune fiche de pointage sur laquelle cette heure de pause apparaîtrait.

La Cour de céans estime, dès lors, que pendant toute la durée de ses prestations (soit 12 heures par nuit) Monsieur F.J. devait se trouver dans les locaux de la S.A. W. et se tenir prêt à répondre aux appels des pensionnaires ou de son employeur.

Monsieur F.J. était, partant, à la disposition de l'employeur au sens prévu par l'article 19 alinéa 2 de la loi du 16 mars 1971 pendant toute la durée de ses prestations de nuit, le temps de garde devant être considéré intégralement comme du temps de travail (voyez les développements jurisprudentiels assurés par la Cour de Justice et évoqués supra). Monsieur F.J. a presté 84 heures et n'a été rémunéré qu'à concurrence de 42 heures.

Dans la mesure où le supplément de nuit est dû uniquement pour les heures comprises entre 20 heures et 6 heures, le montant auquel peut prétendre Monsieur F.J. doit être réduit à la somme de 349 € selon le décompte suivant (voyez la CCT du 26 janvier 1993 fixant les conditions de travail et de rémunération au sein des entreprises dépendant de la Commission paritaire 305.02 rendue obligatoire par l'arrêté royal du 30 mars 1994).

- salaire horaire : 296,16 FB
- supplément pour travail de nuit : 59,23 FB (296,16 X 20 %)
- salaire dû pour une nuit de 12 heures : 10 heures X (296,16 FB + 59,23 FB) + 2 heures X 296,16 = 4.146 FB
- salaire dû pour 7 nuits : 29.022 FB
- montant versé par l'appelante : 14.927 FB
- dommages et intérêts équivalant au solde restant dû : 14.095 FB = 349 € (en lieu et place de la somme postulée de 370 €).

La requête d'appel de la S.A. W. est fondée dans cette seule mesure.

1.9. Les dépens

Tenant compte de l'arrêt prononcé le 18 décembre 2008 par la Cour Constitutionnelle qui a rejeté les recours en annulation totale ou partielle de la loi du 21 avril 2007 relative à la répétibilité des honoraires et des frais d'avocat, la mandataire de Monsieur F.J. a déclaré, à

l'audience, renoncer à son argumentation portant sur la violation par cette législation des principes d'égalité et de non-discrimination consacrés par les articles 10 et 11 de la Constitution.

La mandataire de Monsieur F.J. s'est limitée à solliciter la condamnation de l'appelante aux frais de citation exposés par ses soins, soit 86 €, montant auquel a été condamnée l'appelante par le premier juge.

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 ;

Déclare la requête d'appel recevable et partiellement fondée dans la mesure ci-après :

- Condamne la S.A. W. à payer à Monsieur F.J. la somme de 349 € (en lieu et place de 370 €) à titre de dommages et intérêts suite au dommage subi par Monsieur F.J. consistant dans le non-paiement de la rémunération à laquelle il était en droit de prétendre à majorer des intérêts judiciaires à dater de la citation introductive d'instance jusqu'à parfait paiement (application de l'article 1146 du Code civil : les dommages et intérêts ne sont dus que lorsque le débiteur est en demeure de remplir son obligation) ;

Réforme le jugement dont appel dans cette seule mesure et le confirme pour le surplus en ce compris en tant qu'il condamne la S.A. W. aux frais de citation exposés par Monsieur F.J. ;

Ainsi jugé et prononcé, en langue française, à l'audience publique extraordinaire du 3 mars 2009 par le Président de la 2^{ème} Chambre de la Cour du travail de Mons, composée de :

Monsieur X. VLIEGHE, Conseiller, président la Chambre,
Madame M. DISCEPOLI, Conseiller social au titre d'employeur,
Monsieur A. WINS, Conseiller social au titre de travailleur ouvrier,
Monsieur S. BARME, Greffier,

qui en ont préalablement signé la minute.