

+ Droit de la sécurité sociale des travailleurs salariés – Assujettissement – Travailleur à temps partiel à horaire variable ou à horaire non précisé dans le contrat – Absence d’affichage des horaires – Présomption d’occupation à temps plein – 1. Impossibilité matérielle – Mission des services d’inspection – Pouvoir du juge – Heures d’ouverture du restaurant – Occupation d’une serveuse - 2. Preuve contraire – Portée – Présomption réfragable – 3. Compatibilité avec l’accord-cadre sur le travail à temps partiel – Discrimination entre travailleurs à temps plein et à temps partiel – Loi du 27/6/1969, art.22ter ; Code civil, art. 1352 ; Loi du 3/7/1978, art. 11bis ; Loi-programme du 22/12/1989, art.157 et s. ; Accord-cadre annexé à la Directive 97/81/CE du 15/12/1997

COUR DU TRAVAIL DE LIEGE

Section de NAMUR

Audience publique du 28 février 2012

R.G. n° 2011/AN/56

13^{ème} Chambre

Réf. Trib. trav. Namur, 6e ch., R.G. n°09/1360/A
Réf ONSS : 1270416-75

EN CAUSE DE :

Monsieur Jean-François D

appelant, comparaissant par Me Eric Dohet, avocat.

CONTRE :

**L’OFFICE NATIONAL DE SECURITE SOCIALE, en abrégé O.N.S.S.,
établissement public dont le siège est sis à 1060 BRUXELLES, Place
Victor Horta, 11, inscrit à la B.C.E. sous le n°0206.731.645**

intimé, comparaissant par Me Luc-Pierre Maréchal, avocat.

•

•

•

MOTIVATION

L'arrêt est fondé sur les motifs suivants :

1. Quant à la recevabilité de l'appel.

Il ne résulte d'aucune pièce ni élément du dossier que le jugement dont appel aurait été signifié.

L'appel, régulier en la forme, est recevable.

2. Les faits.

- M. P, ci-après l'appelant, exerce une activité professionnelle en tant que restaurateur.
- Le 22 septembre 2004, il engage une serveuse à temps-partiel, Mme P. Le contrat de travail prévoit des prestations de 19 heures par semaine selon un horaire non précisé. Le contrat mentionne seulement qu'il n'y a pas de prestation les lundis et mardis.
- L'appelant affirme que l'horaire de cette serveuse porte sur les jours d'ouverture du restaurant sur le temps de midi (du mercredi au dimanche de 11 h. à 14 h.) et le samedi soir (de 20 à 24 h.), soit à raison de 19 heures par semaine (et non 17 comme mentionné au départ par erreur dans la citation).
- Le 11 avril 2008, le Service d'inspection de l'O.N.S.S. procède à une visite sur place. Du procès-verbal d'audition, il ressortit que la serveuse était présente en salle lorsque les inspecteurs se sont présentés (à 14 h. 40) pour le quitter à 15 h. 02.
- Le procès-verbal d'audition de l'appelant mentionne que l'appelant produit le contrat de travail à temps partiel qui fait état de 19 heures de travail par semaine. Il est également relevé que les horaires sont affichés pour la période allant du 7 au 13 avril et prévoient des prestations de 11 à 14 h. du mercredi au dimanche ainsi que des prestations le samedi de 19 à 24 h. L'établissement ouvre à midi (jusque 13 h. 45) et de 19 h. à 20 h. 45. Les clients entrent à partir de midi ou de 19 h. et l'établissement ferme quand les derniers partent. Il est aussi indiqué que le jour du contrôle, les derniers clients étaient les parents de Mme P., ce qui explique qu'elle s'est attardée. Il n'est pas fait état de règlement de travail incomplet, ni de modification à y apporter notamment pour y mentionner les horaires de travail.
- Le 5 décembre 2008, le Service procède à une seconde visite à 14 h. 02 ! L'examen des pièces déposées permet de constater que :
 - L'horaire de travail n'était pas affiché ;
 - Le règlement de travail n'était pas enregistré et les mentions

relatives aux horaires de travail des travailleurs occupés à temps partiel ne figuraient pas dans l'exemplaire présenté ;

- La serveuse était occupée au travail en salle à 14 h. 02 et est partie à 14 h. 30.
- Selon le service d'inspection, le restaurant est ouvert du mercredi au dimanche de 12 h. à 13 h. 45 et de 19 h. à 20 h. 45 et la serveuse n'a pas d'autre emploi. Il est ajouté que « Aucun autre élément ne nous permet de contrôler l'effectivité de son occupation potentielle à temps partiel ».
- L'appelant a déclaré lors de son audition du 5 décembre 2008 que sa serveuse occupée à raison de 19 heures par semaine est bien présente et que son contrat n'a pas changé depuis la visite précédente. Il déclare que les horaires sont affichés quinze jours à l'avance mais pas le jour du contrôle et qu'il n'y a pas de feuille de dérogation. Le règlement de travail ne comporte pas les horaires des travailleurs à temps partiel (l'Inspection des lois sociales lui a retourné le règlement pour compléter ces mentions mais il n'y a pas donné suite).
- Le 23 mars 2009, l'O.N.S.S. informe l'appelant que les déclarations trimestrielles seront rectifiées du 1^{er} trimestre 2006 au 3^e trimestre 2008.
- Le 16 avril 2009, l'O.N.S.S. notifie à l'actuel appelant une décision ainsi libellée, après rappel des dispositions légales appliquées :
« Or, notre service d'inspection a constaté, le 11 avril 2008 et une seconde fois le 5 décembre 2008, que Mme P., que vous occupez depuis le 22 septembre 2004, était au travail en-dehors de ses plages horaires de travail à temps partiel. Notre contrôleur social a également constaté que vous n'aviez pas procédé à l'affichage des horaires de travail de Mme P. et que votre règlement de travail n'était pas enregistré au SPF Emploi, Travail et Concertation sociale. En outre, notre service d'inspection n'ayant pas constaté d'impossibilité matérielle de prestations à temps plein, Mme P. est donc présumée avoir effectué ses prestations dans le cadre d'un contrat de travail à temps plein. Cette présomption est irréfragable. En conséquence, nos services ont calculé les cotisations [...] ».
- Le site internet de « resto.be » (extrait au dossier de l'O.N.S.S.) mentionne que le restaurant est ouvert tous les jours sauf le lundi soir et le mardi.

3. Les demandes.

Par citation du 8 juin 2009, l'actuel appelant conteste la décision prise le 16 avril 2009 par laquelle l'O.N.S.S. régularise la déclaration relative à la serveuse en la considérant comme ayant été occupée à temps plein.

Par citation du 18 août 2009, l'O.N.S.S. entend obtenir la condamnation de l'appelant à payer une somme de 22.102,78 € représentant les cotisations (18.006,73 €), les majorations (1.800,63 €) et les intérêts se rapportant à cette régularisation.

4. Le jugement.

Le tribunal fait droit à la demande de condamnation de l'appelant et rejette le recours que celui-ci a introduit contre la décision d'assujettissement de son employée à temps plein. Il estime que l'appelant ne renverse pas la présomption en établissant qu'il était impossible d'occuper la serveuse à temps plein.

5. L'appel.

L'appelant relève appel au motif que la décision a été prise après deux contrôles dont le premier a abouti à un constat par suite de la présence des parents de la serveuse dans son établissement et que s'il n'a pas respecté les prescriptions (affichage et autre), c'est dû à son inexpérience. La sanction lui paraît disproportionnée alors qu'il paie dans les temps toutes ses cotisations et n'a pas d'autre dette que celle faisant l'objet de la demande.

6. Fondement.

6.1. Les textes.

L'article 22^{ter} de la loi du 27 juin 1969, tel qu'en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2005, édicte que « *Sauf dans les cas d'impossibilité matérielle d'effectuer les prestations de travail à temps plein, cas constatés par les services d'inspection, les travailleurs à temps partiel sont 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 leur travail effectif normal conformément aux horaires de travail normaux des travailleurs concernés qui ont fait l'objet de mesures de publicité visées aux articles 157 à 159 de cette même loi.* A défaut de publicité des horaires de travail normaux des travailleurs concernés, les travailleurs à temps partiel seront présumés, sauf dans les cas d'impossibilité matérielle d'effectuer les prestations de travail à temps plein, cas constatés par les services d'inspection, avoir effectué leurs prestations dans le cadre d'un contrat de travail en qualité de travailleur 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 11bis susvisé doit être conservée 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 ».

Selon les articles 160 et suivants :

Article 160

« L'employeur qui occupe des travailleurs à temps partiel est tenu de disposer d'un document dans lequel doivent être consignées toutes les dérogations aux horaires de travail visés aux articles 157 à 159 ».

Article 161

« Chaque fois qu'il est dérogé aux horaires de travail visés aux articles 157 à 159, il faut indiquer dans ce document en face du nom du travailleur et de la date du jour :

- a) si les prestations commencent après ou se terminent avant l'heure prévue dans l'horaire de travail, l'heure du début et de fin du travail; ces mentions doivent être indiquées au moment du début des prestations dans le premier cas et de la fin des prestations dans le second cas ;*
- b) en cas de prestations effectuées en dehors des horaires visés aux articles 157 à 159, le début de ces prestations, leur fin et les intervalles de repos ; ces mentions doivent être indiquées respectivement au moment où commence ces prestations, au moment où elles se terminent et au début et à la fin de chaque intervalle de repos ».*

Article 165

« Par dérogation à l'article 160, l'employeur qui occupe des travailleurs à temps partiel et qui dispose d'un registre approprié où sont enregistrés l'heure exacte à laquelle le travailleur commence le travail et celle à laquelle il le termine ainsi que le début et la fin des intervalles de repos n'est pas tenu de disposer du document visé à l'article 160.

Les données enregistrées dans ce registre doivent l'être au moment

même du commencement ou de la fin de la journée de travail et des intervalles de repos ».

Article 166

« Les documents doivent se trouver en un endroit facilement accessible afin que les fonctionnaires et agents chargés de la surveillance de l'exécution de la présente section puissent en prendre connaissance à tout moment ».

L'article 1^{er} de l'arrêté royal du 8 mars 1990 précise les mentions que doit comporter le document visé à l'article 160 de la loi-programme.

6.2. Leur interprétation.

L'article 22^{ter} susvisé tel que modifié par la loi-programme du 27 décembre 2004 concerne donc les travailleurs à temps partiel tout autant lorsque leurs horaires sont variables que lorsque leurs horaires ne sont pas variables¹. 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 variable².

En ce qui concerne les cotisations dues à l'O.N.S.S., l'article 22^{ter} crée une présomption d'occupation à temps plein qui est différente de celle dont question à l'article 171 de la loi-programme lequel énonce : *« 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 et 165 ou d'utilisation des appareils visés à l'article 164, avoir effectué leurs prestations conformément aux horaires qui ont fait l'objet des mesures de publicité visées aux articles 157 à 159. A défaut de publicité des horaires, prévue dans les articles 157 à 159, les travailleurs sont présumés avoir effectué leurs prestations à temps plein ».*

Le législateur s'est expliqué sur les objectifs poursuivis comme suit :

« En décembre 1989, le législateur de la loi-programme a instauré une présomption «réfragable» d'assujettissement à temps plein pour les travailleurs à temps partiel lorsque les formalités en matière de documents sociaux n'ont pas été respectées.

L'évolution récente de la jurisprudence a toutefois conduit à réduire à néant l'objectif poursuivi par le législateur.

Lorsque l'employeur ne respecte pas les obligations en matière de publicité des horaires des travailleurs à temps partiel, certaines juridictions estiment en effet, que si cet employeur apporte un début de preuve de

¹ Cour trav. Liège, 15^e ch., 22 septembre 2005, R.G. n°31.580/03.

² Cour trav. Liège, sect. Namur, 13^e ch., 25 avril 2006, R.G. n°7.442/03.

l'occupation à temps partiel, c'est à l'inspection de démontrer la réalité du temps plein. Ceci rend le travail des services d'inspection impossible. La modification proposée vise donc à rendre la présomption irréfragable. L'objectif poursuivi par le législateur sera à nouveau rencontré et la perception correcte des cotisations dues assurée »³.

et

« En ce qui concerne les dispositions relatives aux travailleurs à temps partiel, le collaborateur du ministre rappelle qu'il y a eu un récent changement de jurisprudence suite à l'arrêt de la Cour de cassation rendu le 3 février 2003 sur base duquel les tribunaux du travail ont estimé que, dès lors que l'employeur apporte un début de preuve concernant la réalité du temps partiel effectué par son travailleur, c'est à l'inspection sociale de démontrer la réalité du temps partiel. Ceci est impossible à atteindre par les services d'inspection sociale. Tout le monde est forcé de constater que le « gentleman's agreement » de 1996 consistant en le maintien d'une présomption réfragable n'est plus possible. Les partenaires sociaux ont été, au moins de façon indirecte, consultés, notamment au sein du comité de gestion de l'O.N.S.S. Ils n'ont pas eu de réaction »⁴.

La présomption en vigueur en matière de cotisations sociales depuis le 1^{er} janvier 2005 est, nonobstant ce qui a été affirmé lors des travaux préparatoires (cf. ci-dessus), réfragable.

Il a en effet été considéré, notamment par la Cour de céans que, contrairement à celle qui était en vigueur auparavant⁵, la présomption ne peut plus être renversée que par l'apport de la preuve que le personnel ne peut matériellement pas travailler à temps plein⁶. Dans cette interprétation, le caractère réfragable de la présomption est limité.

Par contre, en se fondant sur l'article 1352, al.2 du Code civil, la Cour de cassation⁷ a quant à elle considéré que « [La disposition de l'article 22^{ter}, alinéa 2], qui ne détermine pas la nature de la présomption, peut uniquement être interprétée en ce sens que la présomption suivant laquelle, à défaut de publicité des horaires de travail normaux, les travailleurs à temps partiel sont présumés avoir effectué leurs prestations à temps plein, n'est pas applicable lorsque les services de l'inspection sociale constatent l'impossibilité matérielle d'effectuer les prestations à temps plein. L'article 22^{ter}, alinéa 2, n'indiquant pas que la présomption est irréfragable et la loi n'annulant aucun acte ou n'interdisant aucune action sur la base de cette présomption légale, celle-ci doit être considérée comme réfragable, quels que soient les termes de l'exposé des motifs du projet de loi qui ne sauraient conférer à cette disposition légale une portée qui n'est pas conforme au texte même de la loi ».

Il faut donc en regard de cette double interprétation, d'une part,

³ Doc. Parl., Chambre, rapport, Doc. 51, n°1437/025, p.15 et Sénat, Doc. S.3.966/3.

⁴ Doc. Parl., *op.cit.*, p.73.

⁵ Cf. Cass., 18 février 2002, *J.T.T.*, 2002, p.368 et p.370.

⁶ Cf. Cour trav. Liège, sect. Namur, 13^e ch., 21 décembre 2010, R.G. n°2010/AN/17.

⁷ Cass., 7 février 2011, *J.T.T.*, 2012, p.24 et Cour Const., 17 novembre 2011, n°178/2011.

examiner s'il existe une impossibilité matérielle d'effectuer les prestations à temps plein auquel cas la présomption ne peut être invoquée - et en ce cas, la charge de la preuve repose sur l'O.N.S.S. - et, d'autre part, vérifier si l'employeur parvient à renverser la présomption d'occupation à temps plein.

L'impossibilité matérielle d'effectuer les prestations de travail à temps plein doit être constatée par les services d'inspection mais le juge dispose à cet égard d'un pouvoir de contrôle. Il doit pouvoir apprécier si l'administration a usé de son pouvoir à bon escient. Le Service d'inspection ne dispose pas d'un pouvoir discrétionnaire pour décider de l'impossibilité matérielle⁸.

En ce qui concerne les travailleurs à temps partiel dont les horaires sont affichés mais qui travaillent en-dehors de leurs horaires et pour lesquels les inscriptions dans le registre (ou document similaire) ne sont pas régulières, le législateur a édicté une présomption d'exercice d'un travail au cours des périodes de travail faisant l'objet de l'affichage. C'est à ce niveau que se situe la sanction imposée à l'employeur fautif, sanction qui en réalité n'existe que si le nombre d'heures prestées n'atteint pas le nombre d'heures ayant l'objet d'un affichage.

Le défaut d'affichage de l'horaire entraîne par contre pour conséquence que le travailleur à temps partiel et à horaire variable est présumé avoir été occupé à temps plein et les cotisations sociales sont dues sur cette base conformément à l'article 22^{ter}, alinéa 2.

La preuve contraire que l'employeur doit apporter « 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 »⁹.

Dès lors, la juridiction 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 plein¹⁰.

En revanche, le non-respect des dispositions prévues aux articles 160 et 165 qui concernent les instruments de contrôle de l'occupation à temps partiel via le registre de dérogations n'entraîne pas les mêmes conséquences que l'absence d'affichage de l'horaire¹¹ puisque le manquement entraîne pour conséquence que le travailleur concerné sera présumé avoir travaillé conformément aux horaires affichés.

⁸ Cf. Cour trav. Liège, sect. Namur, 13^e ch., 21 décembre 2010, R.G. n°2010/AN/17.

⁹ Cass., 3 février 2003, *J.T.T.*, 2004, p.311 et *Chron.D.S.*, 2003, p.538.

¹⁰ 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.

¹¹ Cass., 14 janvier 2008, *J.T.T.*, 2008, p.242 et *Chron.D.S.*, 2008, p.407.

La présomption de l'article 22^{ter} est applicable non seulement pour les faits constatés le jour du contrôle mais également pour la période antérieure¹². Il a cependant été jugé que si l'employeur soutient qu'il a veillé précédemment à l'affichage des horaires de travail, la présomption ne peut pas rétroagir au-delà du délai d'un an durant lequel les horaires doivent être conservés et que par ailleurs, la présomption n'est pas applicable à la période qui suit le contrôle en l'absence de nouveau constat¹³.

Relevons que la version de l'article 22^{ter} applicable avant sa modification par la loi-programme du 27 décembre 2004 a fait l'objet d'une question préjudicielle posée à la Cour de Justice de l'Union européenne par la Cour du travail d'Anvers (section de Hasselt) à propos de sa conformité avec l'accord cadre sur le travail à temps partiel.

L'ordonnance rendue par la C.J.U.E. le 7 avril 2011 statue comme suit :

« La clause 4 de l'accord-cadre sur le travail à temps partiel annexé à la directive 97/81/CE du Conseil, du 15 décembre 1997, concernant l'accord-cadre sur le travail à temps partiel conclu par l'UNICE, le CEEP et la CES, doit être interprétée en ce sens qu'elle ne s'oppose pas à une réglementation nationale qui met à la charge des employeurs des obligations de conservation et de publicité des contrats et des horaires des travailleurs à temps partiel s'il est établi que cette réglementation ne conduit pas à traiter ces derniers de manière moins favorable que les travailleurs à temps plein qui se trouvent dans une situation comparable ou, si une telle différence de traitement existe, s'il est établi qu'elle est justifiée par des raisons objectives et ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs ainsi poursuivis.

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

Dans l'hypothèse où la juridiction de renvoi parviendrait à la conclusion selon laquelle la réglementation nationale en cause au principal est incompatible avec la clause 4 de l'accord-cadre sur le travail à temps partiel annexé à la directive 97/81, il y aurait lieu d'interpréter la clause 5, point 1, de celui-ci en ce sens qu'elle s'oppose également à une telle réglementation ».

C'est ainsi qu'une troisième question doit être abordée si la Cour devait considérer que la présomption doit s'appliquer.

¹² Cass., 16 février 2009, R.G. n°S.2008.0132.N et 20 octobre 2008, *Chron.D.S.*, 2009, p.558 et *J.T.T.*, 2009, p.21.

¹³ Cour trav. Liège, sect. Namur, 20 mars 2008, *Chron.D.S.*, 2009, p.518.

6.3. Leur application en l'espèce.

6.3.1. La demande de surséance.

La surséance ne s'indique nullement, comme le demande l'O.N.S.S., dans l'attente de l'arrêt que la Cour du travail d'Anvers doit rendre à la suite de la réponse donnée par la C.J.U.E. à la question qu'elle lui a posée.

La Cour de céans devra éventuellement se positionner sur cette question elle-même.

6.3.2. L'impossibilité matérielle.

Le Service d'inspection s'est fondé pour écarter l'impossibilité matérielle sur le fait que le restaurant est ouvert du mercredi au dimanche de 12 à 13 h. 45 et de 19 h. à 20 h. 45 et sur le fait non contesté que la serveuse n'a pas d'autre emploi. Le procès-verbal ajoute que « Aucun autre élément ne nous permet de contrôler l'effectivité de son occupation potentielle à temps partiel ».

La Cour doit bien constater dès l'abord une contradiction entre le constat (tiré apparemment d'un site internet qui n'est pas un site propre du restaurant mais une information générale figurant sur « resto.be ») et les déclarations de l'appelant qui soutient dès sa première audition que les heures d'ouverture vont du mercredi au dimanche de midi jusque 13 h. 45 ainsi que le samedi de 19 h. à 20 h. 45.

Le Service n'a pas pris la peine de vérifier et, par exemple, de prendre note des horaires affichés à l'entrée du restaurant, ou d'interroger la serveuse à ce propos.

Ce n'est pas une mention sur un site non personnalisé qui peut emporter la conviction que l'horaire y mentionné est exact alors que cet horaire est contesté et l'a été depuis le premier contrôle.

Il n'est pas contesté que Mme P. ne travaille qu'en salle et pas en cuisine.

L'horaire d'ouverture auquel il faut se tenir (5 jours par semaine sur le temps de midi et une seule soirée par semaine) rend matériellement impossible l'activité à temps plein dans un restaurant de cette taille. A supposer même que l'activité déborde quelques fois des 19 heures prévues dans le contrat, il n'est pas crédible qu'elle puisse aboutir à un temps plein.

A cet égard, il ne peut être tenu compte, comme l'a fait le premier juge, de la possibilité théorique d'organiser des banquets ou d'autres activités complémentaires (ce que l'O.N.S.S. n'a jamais soutenu)

alors que rien ne permet de penser que l'appelant exerce effectivement une activité autre que celle de restaurateur. En prévoyant l'occupation de la serveuse de 11 h. à 14 h. (et de 19 à 24 h. le samedi soir), la plage horaire doit, dans l'ensemble en fonction de la clientèle et des saisons, correspondre à celle qui peut être requise dans un restaurant de petite importance et englober, parfois largement, le temps nécessaire pour débarrasser et dresser les tables.

Quoiqu'il en soit, une occupation à temps plein est rigoureusement impossible. Certes, si le restaurant avait été ouvert midi et soir à raison de 5 ou 6 jours par semaine, la situation aurait été toute autre mais cet élément de fait n'est pas établi.

Il faut ajouter surabondamment que les horaires avaient été affichés avant le premier contrôle ainsi que le procès-verbal le mentionne expressément et que celui en vigueur à la date dudit contrôle l'était en bonne et due forme ; seul un dépassement avait été constaté (justifié par le fait que ce sont les parents de la serveuse qui étaient encore présents à cette heure tardive), dépassement qui ne peut fonder la mise en œuvre de la présomption d'occupation à temps plein depuis l'entrée en service de Mme P.

Par conséquent, la présomption ne pouvait être invoquée pour la période précédant ce contrôle alors que les prescriptions légales avaient alors été respectées par le fait même de l'affichage de l'horaire. Par ailleurs, si l'affichage n'a pas eu lieu le jour du second contrôle (ou plus exactement pour toute la semaine en cours), il faut bien constater que le service d'inspection n'a pas demandé ce qu'il en avait été depuis le contrôle précédent ni veillé à se faire produire lesdits horaires qui devaient pourtant être conservés et tenus à la disposition des services d'inspection.

6.3.3. Le renversement de la présomption.

Du fait que l'impossibilité a été constatée, la charge de la preuve repose sur l'O.N.S.S., lequel n'apporte aucun élément probant et serait bien en peine de le faire puisque la Cour a considéré que l'occupation à temps plein était matériellement impossible.

6.3.4. La conformité de l'article 22ter avec l'accord cadre sur le travail à temps partiel.

La question de la conformité de l'article 22ter avec les dispositions de la directive 97/81/CE du 15 décembre 1997 ne peut avoir d'incidence sur le litige soumis à la Cour.

L'appel est fondé.

INDICATIONS DE PROCÉDURE

Vu les pièces du dossier de la procédure et notamment le jugement contradictoirement rendu le 23 décembre 2010 par la 6^{ème} chambre du tribunal du travail de Namur (R.G. n°09/1360/A et 09/1846/A),

Vu l'appel formé par requête déposée au greffe de la Cour du travail le 1^{er} avril 2011 et régulièrement notifiée à la partie adverse le jour même,

Vu l'ordonnance rendue le 17 mai 2011 sur la base de l'article 747 du Code judiciaire aménageant les délais pour conclure et fixant la date de plaidoiries au 24 janvier 2012,

Vu le dossier de l'auditorat du travail de Dinant, dossier contenant le dossier administratif, figurant dans le dossier de procédure du tribunal,

Vu les conclusions de l'appelant reçues au greffe le 24 août 2011,

Vu les conclusions principales et de synthèse de l'intimé reçues au greffe respectivement les 29 (et 30) juin et 13 septembre 2011,

Vu les dossiers déposés par les parties à l'audience du 24 janvier 2012 à laquelle elles ont été entendues en l'exposé de leurs moyens,

Vu les dossiers complémentaires déposés par l'appelant et l'intimé les 6 février 2012 et 31 janvier 2012, à la suite de la demande expresse de la Cour lors de l'audience du 24 janvier 2012.

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 l'appel,

le déclare fondé,

réforme le jugement dont appel en toutes ses dispositions, en ce compris quant aux dépens,

dit le recours fondé et annule la décision administrative dont recours,

dit la demande introduite par l'O.N.S.S. non fondée et en déboute l'O.N.S.S.,

liquide les indemnités de procédure revenant en instance et en appel à l'appelant à 2.000 et 2.400 €,

condamne l'intimé aux dépens d'instance et d'appel liquidés jusqu'ores à 4.400 € en ce qui concerne l'appelant.

Ainsi arrêté par

M. Michel DUMONT, Président,
M. Thierry TOUSSAINT, Conseiller social au titre d'employeur,
M. Jacques WILLOT, Conseiller social au titre d'employé,
qui ont assisté aux débats de la cause,
assistés lors de la signature de M. Frédéric ALEXIS, Greffier,
qui signent ci-dessous

Le Greffier

Les Conseillers sociaux

Le Président

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-HUIT FEVRIER DEUX MILLE DOUZE** par le Président et le Greffier.

Le Greffier

Le Président

M. Frédéric ALEXIS

M. Michel DUMONT