# Cour du Travail: Arrêt du 23 juin 2008 (Liège (Namur)). RG 8471/07

* Date : 23-06-2008
* Langue : Français
* Section : Jurisprudence
* Source : Justel F-20080623-8
* Numéro de rôle : 8471/07

+ Droit du travail - Contrat de travail - Prescription - Contrat rompu par force majeure - Date de prise de cours du délai - Objet de la demande - Rémunération - Infraction - Examen prioritaire de la prescription extra-contractuelle - Loi du 3/7/1978, art. 15 et Titre prél. du CIC, art. 26 ; Qualification - Ouvrier ou employé - Personne assurant seule la garde de nuit dans un home pour personnes âgées - Employée - Loi du 3/7/1978, art. 3 ; Rémunération - Garde dormante sur les lieux de travail - Plage horaire durant laquelle le travailleur est à la disposition de l'employeur - Limitation des heures rémunérées à un forfait - Convention individuelle illégale - Convention collective inexistante dans le secteur - Calcul de la rémunération - Loi du 19/3/1971, art.19 ; Directive 1993/104/CEE (devenue 2003/88/CE) du 23/11/1993, art.3

COUR DU TRAVAIL DE LIEGE

Section de NAMUR

Audience publique du 23 juin 2008

R.G. n° 8.471/2007 13ème Chambre

EN CAUSE DE :

La S.A. ANAIS

appelante, comparaissant par Me Delphine Bero qui remplace Me Hugues Hiernaux, avocats.

CONTRE :

Madame Véronique G.

intimée, comparaissant par Me Philippe Versailles qui remplace Me André-Marie Servais, avocats.

·

· ·

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.

- Le 7 mai 2001, Mme G., ci-après l'intimée, est engagée par la S.A. ANAIS, ci-après l'appelante, en qualité d'ouvrière polyvalente pour effectuer diverses tâches (aide aux toilettes des résidents, entretiens divers, réponse aux appels) dans le cadre d'un horaire de jour.

- Le 5 mars 2002, son contrat devient un contrat portant sur trente heures par semaine mais de nuit : 7 jours de travail de 8h45 (de rémunération) suivis de 7 jours de repos.

- Le contrat prévoit une présence sur place de 19h à 8h30 (puis de 20h30 à 7h30 à dater du 1er juillet 2002). La mission consiste à mettre les pensionnaires au lit pour 21 heures et ensuite à répondre aux éventuels appels ainsi qu'assurer deux rondes et à assurer le petit-déjeuner à partir de 7h du matin.

- L'intimée tombe en incapacité de travail en janvier 2003.

- A la suite d'un examen médical réalisé le 9 février 2004, le médecin du travail recommande à l'employeur de muter définitivement l'intimée tout en faisant les recommandations suivantes : interdiction de ports de charges lourdes, d'exposition au stress et d'exercice d'un travail à horaires variables. L'appelante en est informée le 13 février 2004.

- La veille, l'appelante a déjà transmis à l'intimée une proposition d'accord sur une rupture du contrat en date du 13 février actant l'impossibilité de poursuivre le contrat après recherche d'un reclassement au sein de l'entreprise et impossibilité d'en trouver un qui répondrait aux recommandations du médecin du travail.

- Par C.4 délivré le 20 février 2004, l'appelante acte que le contrat a pris fin le 13 février 2004 pour cas de force majeure.

3. La demande.

 Par citation du 11 février 2005, l'actuelle intimée entend obtenir la condamnation de l'appelante à payer une somme de 6.259,93 euro portant sur des arriérés de salaire en sa qualité d'aide-soignante.

4. Le jugement.

 Le tribunal dit la demande recevable, le contrat ayant pris fin le 13 février 2004, date de la constatation de la force majeure et la citation ayant été lancée le 11 février 2005.

 Il examine ensuite les fonctions attribuées à l'intimée depuis le 5 mars 2002 et leur donne la nature d'un contrat de travail d'employé.

 Enfin, sur la base de l'article 19 de la loi du 16 mars 1971 sur le travail et de la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes, il dit pour droit que l'intimée avait droit à une rémunération pour toutes les heures prestées (14h30 par semaine de travail du 5 mars 2002 au 30 juin 2002 et 11 heures du 1er juillet 2002 au 27 janvier 2003). Une réouverture des débats est ordonnée pour chiffrer les arriérés en ce compris pour la période postérieure au 27 janvier 2003.

5. L'appel.

 L'appelante relève appel au motif que l'action est prescrite, que la qualification du contrat est celle d'un contrat de travail d'ouvrier et que la durée des prestations effective seule doit être retenue.

6. Fondement.

6.1. La prescription de l'action.

Les textes

 Selon l'article 15 de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail, « Les actions naissant du contrat sont prescrites un an après la cessation de celui-ci ou cinq ans après le fait qui a donné naissance à l'action, sans que ce dernier délai puisse excéder un an après la cessation du contrat ».

 L'article 26 du titre préliminaire du Code de procédure pénale énonce quant à lui que : « L'action civile résultant d'une infraction se prescrit selon les règles du Code civil ou des lois particulières qui sont applicables à l'action en dommages et intérêts. Toutefois, celle-ci ne peut se prescrire avant l'action publique ».

 Le délai de prescription d'une action en réparation d'un dommage fondé sur une responsabilité extra-contractuelle est de cinq ans (Code civil, art. 2262bis, §1er, al.2).

En droit

 Les actions fondées sur la responsabilité contractuelle doivent être intentées dans le délai d'un an dont question à l'article 15 de la loi tandis que les actions fondées sur la responsabilité extra-contractuelle doivent l'être dans le délai de cinq ans visé conjointement par les articles 26 et 2262bis susvisés. L'article 15 ne constitue pas une loi particulière au sens de l'article 26 dès lors que les fondements sont distincts.

 L'article 26 est applicable à l'action civile fondée sur des faits qui font apparaître une infraction même si ces faits constituent, en même temps, un manquement de l'employeur à ses obligations contractuelles et si l'objet de l'action en exécution de cet engagement contractuel consiste en la réparation du dommage causé .

 Dès lors et quels que soient l'objet de la demande et son fondement juridique, « le juge doit d'abord faire application des délais de prescription ex delicto lorsqu'il résulte des faits développés devant lui que l'action du travailleur trouve son origine dans un délit commis par l'employeur. Il importe peu que ce délit soit également le non-respect d'une obligation contractuelle » .

En l'espèce

 Le contrat a été rompu pour force majeure le 13 février 2004 (cf. C.4).

 L'action a bien été entamée dans le délai d'un an à dater de la rupture.

 La force majeure médicale n'a en effet pu être constatée qu'à l'issue, d'une part, de l'avis médical et ensuite, d'autre part, de l'examen de la possibilité pour l'appelante de fournir à l'intimée un travail adapté : c'est donc à ce moment que la force majeure est établie permettant de constater la rupture du contrat sans préavis. Or, ainsi qu'il résulte du fax envoyé par l'appelante à l'intimée le 12 février 2004, la rupture du contrat est fixée par l'appelante elle-même à la date du 13 février au vu tant de l'avis médical que de la vaine recherche d'un travail adapté.

 Si l'état d'incapacité de travail ne doit pas être constaté pour entraîner la rupture du contrat du fait qu'en elle-même, l'incapacité emporte l'impossibilité définitive de poursuivre le contrat et donc la rupture du contrat, c'est cependant à la condition que l'employeur n'ait pas expressément admis que le contrat n'était pas rompu (par exemple par le maintien du travailleur sur la liste du personnel ou la remise d'un C.4 comportant une date précise de rupture) mais aussi que l'incapacité de travail soit devenue définitive, ce qui est de l'essence même de la force majeure, et que l'employeur ne puisse offrir au travailleur un reclassement professionnel adapté.

 Or, l'appelante n'a constaté la rupture que le 13 février 2004 après avoir constaté l'impossibilité de reclassement au vu des recommandations du médecin du travail.

 L'action a donc été diligentée dans le délai d'un an en ce qui concerne tant la requalification que les arriérés de rémunération.

 Par contre, la première réclamation portant sur le non-paiement complet du salaire garanti est formulée en appel. En effet, tant la citation (intervenue à la limite de la prescription) que les conclusions déposées en instance ne portent que sur les arriérés relatifs à la période d'occupation effective prenant donc fin au début de l'incapacité de travail.

 La demande nouvelle portant sur l'octroi du salaire garanti (ou plus précisément sur la différence entre le salaire garanti versé à un ouvrier et celui dû à un employé) est donc prescrite sur le fondement de l'article 15 de la loi.

 Par ailleurs, l'objet de la demande porte essentiellement sur des arriérés de rémunération réclamés par l'intimée au motif qu'elle est en droit de percevoir une rémunération pour toutes les heures de garde calculées sur la base d'une occupation correspondant à ce nombre d'heures.

 Le non-paiement de la rémunération constitue une infraction à la loi du 12 avril 1965 concernant la protection de la rémunération des travailleurs alors que le non-paiement du salaire garanti ne constitue pas une infraction puisque cette rémunération garantie n'est due que sur la base de l'article 70 de la loi du 3 juillet 1978. Le salaire garanti n'est en effet pas une rémunération au sens de l'article 2 de la loi du 12 avril 1965.

 Il importe peu que la qualification donnée à la demande soit de nature contractuelle ou non lorsque les faits à l'origine de l'action sont constitutifs d'infraction.

 Dès lors, c'est l'article 26 du titre préliminaire du Code de procédure pénale qui devrait s'appliquer et non l'article 15 de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail.

 Le chef de demande portant sur la requalification du contrat de travail d'ouvrier en contrat de travail d'employé n'est lui pas fondé sur une infraction mais il est un préalable à l'examen du fondement de la demande portant sur les arriérés.

 Cependant, la prescription ne peut, in casu, être fondée sur l'existence d'une infraction. En effet, compte tenu de la difficulté d'interprétation de la norme (cf. infra), il ne peut y avoir infraction imputable à l'appelante qui a du reste vu le dossier pénal ouvert en 1998 pour des faits identiques classé le 11 mars 2003 au vu de ses explications.

 Comme l'action a été diligentée dans le délai d'un an visé à l'article 15 de la loi, l'action n'est pas prescrite hormis pour le salaire garanti réclamé en degré d'appel, seul chef de demande qui est atteint par la prescription.

6.2. La qualification du contrat.

En droit.

 C'est au regard de la fonction exercée réellement par le travailleur que sa qualification doit être déterminée.

 Il faut rechercher l'essentiel de sa fonction, c'est-à-dire la raison pour laquelle le travailleur a été engagé ou ce qui constitue l'essence de son travail même si ce n'est pas à cette tâche qu'il consacre la majorité de son temps .

 La qualification donnée par les parties à leur convention prime sauf erreur, fraude ou analyse des éléments de la convention ou de son exécution contredisant cette qualification .

 Les contremaîtres et chefs d'atelier ont des fonctions mixtes qui alternent exécution de tâches à prédominance intellectuelle avec d'autres à prédominance manuelle. Il ne faut pas départager les parties en fonction du fait qu'une fonction prend, légèrement ou non, le pas sur l'autre. Ce qui importe, c'est ce qui constitue l'essence du travail accompli.

 Ouvriers et employés ont des responsabilités en telle sorte que ce n'est pas ce critère qui peut intervenir pour les départager .

 Ainsi, un chef d'atelier dans un garage a été considéré comme ouvrier même s'il était chargé de s'occuper de la répartition du travail et d'exercer un contrôle sur la qualité du travail, tout en s'occupant de recevoir les clients. C'est en effet son potentiel technique qui était ainsi mis en valeur . Si par contre, il n'a sauf exception pas exercé d'activité manuelle, il a alors été considéré comme employé . La limite est donc ténue car même en ce cas, c'est sa qualification technique qui justifie l'exercice de la fonction .

 Doit être qualifié de contrat de travail d'employé et non d'ouvrier le contrat par lequel une personne est chargée la nuit non de veiller sur le bâtiment mais d'assurer une présence auprès des personnes âgées et de leur procurer une aide comme une aide-soignante le fait dans la journée .

 Il a été jugé dans le même sens que la fonction qui consiste à « assurer, seule, la gestion d'une maison de repos la nuit est une fonction à responsabilité qui lui confère un caractère à dominante intellectuelle, la préposée devant pouvoir faire face à des situations imprévues, voire dramatiques, qui requièrent une capacité d'analyse correcte de la situation et des réactions réfléchies et ordonnées, les tâches essentiellement manuelles apparaissant secondaires (quel que soit le temps y consacré) par rapport à la mission essentielle consistant à veiller au cours de chaque nuit à la santé et à la sécurité des résidents » .

 Par contre, une aide sanitaire occupée de jour est une ouvrière et non une employée .

 Il faut apprécier le type d'activité exercée : une personne qui porte assistance et donne des soins aux personnes âgées exerce une activité de type intellectuel plus que manuel .

 Le juge n'est pas tenu par la qualification donnée par les parties . Il peut donc s'en écarter.

 Un contrat qualifié d'employé peut être requalifié en contrat d'ouvrier . Ce qu'il faut dans ce cas vérifier c'est si les parties (voire même les partenaires sociaux dans le cadre d'une convention collective de travail) ne se sont pas entendues pour accorder un statut d'employé afin d'accorder au travailleur un statut considéré comme plus favorable. Dans ce cas, et même si les fonctions ne correspondent pas à l'accomplissement de tâches intellectuelles, il y a lieu de s'en tenir à la volonté clairement manifestée des parties.

En l'espèce.

 Il résulte des explications données que l'intimée a exercé seule l'activité de surveillance du home pendant la nuit.

 Après avoir aidé à la mise au lit des personnes âgées, l'intimée restait seule pour assurer l'aide et l'assistance tout en ayant la possibilité de faire appel à une infirmière de garde, non présente sur place mais joignable aisément, ainsi qu'à la propriétaire du home, également infirmière.

 Certes, le temps consacré aux activités diverses matérielles demandées l'est majoritairement à des occupations de type manuel (aide au coucher, préparation des petits-déjeuners, rondes) mais l'essentiel de la fonction est d'assurer une présence auprès des personnes âgées et de réagir adéquatement aux problèmes qui se posent quotidiennement.

 Dès lors, la qualification de contrat de travail d'employé reconnue par le premier juge doit être confirmée.

 Il faut surabondamment relever que cette problématique n'a aucune incidence sur le litige dès lors que l'intimée ne revendique curieusement pas les barèmes applicables au personnel sous contrat d'emploi et qu'elle a vu sa demande de salaire garanti écartée pour cause de prescription.

6.3. La durée du travail.

6.3.1. Les textes.

 L'article 19 de la loi du 16 mars 1971 sur le travail édicte que :

« La durée du travail des travailleurs ne peut excéder huit heures par jour, ni quarante heures par semaine.

On entend par durée du travail le travail pendant lequel le personnel est à la disposition de l'employeur.

A 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 :

3° les travailleurs occupés à des travaux essentiellement intermittents ».

 L'article 2 de la directive 93/104/CE du Conseil, du 23 novembre 1993 (telle qu'applicable à l'époque et devenue après codification la directive 2003/88/CE du 4 novembre 2003), concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail énonce que :

« Aux fins de la présente directive, on entend par :

1) ‘temps de travail' : toute période durant laquelle le travailleur est au travail, à la disposition de l'employeur et dans l'exercice de son activité ou de ses fonctions, conformément aux législations et/ou pratiques nationales ;

2) ‘période de repos' : toute période qui n'est pas du temps de travail ;

[...] ».

 Les quelques dispositions suivantes de la directive précisent quant à elles que :

Article 3

« Les États membres prennent les mesures nécessaires pour que tout travailleur bénéficie, au cours de chaque période de vingt-quatre heures, d'une période minimale de repos de onze heures consécutives ».

Article 6

« Les États membres prennent les mesures nécessaires pour que, en fonction des impératifs de protection de la sécurité et de la santé des travailleurs :

[...]

2) la durée moyenne de travail pour chaque période de sept jours n'excède pas quarante-huit heures, y compris les heures supplémentaires ».

Article 17

[...]

« 2. Il peut être dérogé par voie législative, réglementaire et administrative ou par voie de conventions collectives ou d'accords conclus entre partenaires sociaux, à condition que des périodes équivalentes de repos compensateur soient accordées aux travailleurs concernés ou que, dans des cas exceptionnels dans lesquels l'octroi de telles périodes équivalentes de repos compensateur n'est pas possible pour des raisons objectives, une protection appropriée soit accordée aux travailleurs concernés :

2.1. aux articles 3, 4, 5, 8 et 16 :

[...]

b) pour les activités de garde, de surveillance et de permanence caractérisées par la nécessité d'assurer la protection des biens et des personnes, notamment lorsqu'il s'agit de gardiens ou de concierges ou d'entreprises de gardiennage ».

6.3.2. Leur interprétation.

Le droit interne.

 Seul le temps durant lequel le travailleur est à la disposition de l'employeur est concerné : le temps de pause est exclu dès lors que durant cette période le travailleur peut disposer à sa guise de son temps. Cela ne concerne cependant que le temps de présence dans l'entreprise durant lequel le travailleur ne doit pas répondre à un appel imprévu dont la possibilité le maintiendrait sans interruption à la disposition de l'employeur ou durant lequel il ne doit pas effectuer une activité accessoire. Le temps consacré à la surveillance est donc inclus dans le temps de travail .

 La disposition de 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 ; selon la disposition du même article 19, seul un arrêté royal peut déterminer de façon particulière et pour certaines branches d'activité seulement en quoi consiste le temps pendant lequel le travailleur est à la disposition de l'employeur.

 En conséquence il n'est pas permis aux parties de déterminer par un contrat individuel en quoi consiste le temps où le travailleur est à la disposition de l'employeur . Par contre, une convention collective rendue obligatoire par arrêté royal remplit les conditions légales ; en entérinant la convention collective par arrêté royal, le Roi autorise en effet la dérogation visée à l'article 19 de la loi.

 La conformité de la législation belge au droit européen sera examinée ci-après.

Le droit européen.

 La directive 93/104/CE est relative à l'aménagement du temps de travail. Elle établit les prescriptions minimales de sécurité et de santé en matière d'aménagement du temps de travail, qui s'appliquent aux périodes minimales de repos journalier et hebdomadaire, de congé annuel, aux pauses, à la durée maximale hebdomadaire de travail, ainsi qu'à certains aspects du travail de nuit, du travail posté et du rythme de travail.

 Elle ne traite pas du mode de rémunération des heures considérées comme étant des heures de travail.

 L'article 17 de la directive n'autorise de dérogation que pour certaines des dispositions énumérées parmi lesquelles ne figure pas l'article 2.

 Par arrêt du 9 septembre 2003, la Cour de Justice des Communautés européennes a décidé que :

« 1) La directive 93/104/CE du Conseil, du 23 novembre 1993, concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail, doit être interprétée en ce sens qu'il convient de considérer un service de garde ("Bereitschaftsdienst") qu'un médecin effectue 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 est autorisé à se reposer sur son lieu de travail pendant les périodes où ses services ne sont pas sollicités, en sorte que celle-ci s'oppose à la réglementation d'un État membre qui qualifie de temps de repos les périodes d'inactivité du travailleur dans le cadre d'un tel service de garde.

2) La directive 93/104 doit également être interprétée en ce sens que :

- dans des circonstances telles que celles au principal, elle s'oppose à la réglementation d'un État membre qui, s'agissant du service de garde effectué selon le régime de la présence physique dans l'hôpital, a pour effet de permettre, le cas échéant au moyen d'une convention collective ou d'un accord d'entreprise fondé sur une telle convention, une compensation des seules périodes de garde pendant lesquelles le travailleur a effectivement accompli une activité professionnelle ;

- pour pouvoir relever des dispositions dérogatoires énoncées à l'article 17, paragraphe 2, point 2.1, sous c), i), de cette directive, une réduction de la période de repos journalier de 11 heures consécutives par l'accomplissement d'un service de garde qui s'ajoute au temps de travail normal est subordonnée à la condition que des périodes équivalentes de repos compensateur soient accordées aux travailleurs concernés à des moments qui succèdent immédiatement aux périodes de travail correspondantes ;

- en outre, une telle réduction de la période de repos journalier ne saurait en aucun cas aboutir à un dépassement de la durée maximale hebdomadaire de travail prévue à l'article 6 de ladite directive ».

 Par arrêt du 1er décembre 2005, la même Cour a décidé que :

« La directive 93/104/CE du Conseil, du 23 novembre 1993, concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail, doit être interprétée en ce sens qu'elle s'oppose à la réglementation d'un État membre qui, s'agissant des services de garde que les travailleurs de certains établissements sociaux et médico-sociaux accomplissent selon le régime de la présence physique sur le lieu même de travail, prévoit, pour les besoins du décompte du temps de travail effectif, un système d'équivalence tel que celui en cause au principal, lorsque le respect de l'intégralité des prescriptions minimales édictées par cette directive en vue de protéger de manière efficace la sécurité et la santé des travailleurs n'est pas assuré.

Dans l'hypothèse où le droit national fixe, notamment pour la durée maximale hebdomadaire de travail, un plafond plus favorable aux travailleurs, les seuils ou plafonds pertinents pour vérifier l'observation des règles protectrices prévues par ladite directive sont exclusivement ceux énoncés par cette dernière ».

 Enfin, par arrêt du 11 janvier 2007 , elle ajoute :

« La directive 93/104/CE du Conseil, du 23 novembre 1993, concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail, telle que modifiée par la directive 2000/34/CE du Parlement européen et du Conseil, du 22 juin 2000, ainsi que la directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil, du 4 novembre 2003, concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail, doivent être interprétées en ce sens que :

- elles s'opposent à la réglementation d'un État membre en vertu de laquelle les services de garde qu'un médecin accomplit selon le régime de la présence physique sur le lieu même de travail, mais au cours desquels il n'exerce aucune activité réelle, ne sont pas considérés comme constituant dans leur intégralité du "temps de travail" au sens desdites directives ;

- elles ne s'opposent pas à l'application par un État 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 lesdites directives en vue de la protection efficace de la santé et de la sécurité de ces derniers ».

 Il faut donc opérer une nette 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 effectives ou non effectives relatives au temps de garde.

 Le temps de garde est intégralement du temps de travail lorsque le travailleur exerce sa garde sur le lieu de travail.

 Par contre, tout le temps de travail ainsi défini ne doit pas nécessairement être rétribué comme du temps de travail effectif. Il faut à cet égard se référer à la législation nationale .

La conformité du droit interne au droit européen.

 L'article 19 de la loi du 16 mars 1971 sur le travail ne peut prévoir de dérogation à la durée du travail lorsque le temps de garde se passe sur le lieu de travail. L'article 19, al.3 est contraire à la directive européenne susvisée en ce qu'il prévoit des dérogations par arrêté royal. Aucune dérogation ne peut être admise en ce qui concerne le temps de travail .

 Par contre, le mode de rémunération du temps de travail peut varier en fonction de l'activité exercée .

 Une convention individuelle ne peut cependant pas déroger à une convention collective rendue obligatoire sans contrevenir à l'article 51 de la loi du 5 décembre 1968 sur les conventions collectives de travail et les commissions paritaires.

 Dès lors que la personne qui exerce une garde de nuit est rétribuée sur la base de la rémunération minimale due conformément à une convention collective, seule une convention collective (ou une norme supérieure) peut prévoir une dérogation permettant de ne pas rétribuer de manière égale le temps de travail effectif et le temps passé sur le lieu de travail sans que le travailleur ait dû effectuer des prestations.

 Il incombe aux commissions paritaires de conclure des conventions collectives intégrant cette donnée .

6.3.3. Leur application en l'espèce.

 La disposition contractuelle qui évalue à 8h45 le temps de travail pour une nuit alors que le temps pendant lequel l'intimée était à la disposition de l'appelante était largement supérieur (14h30 du 5 mars 2002 au 30 juin 2002 et 11h ensuite) est illégale.

 La sous-commission paritaire n°305-02 pour les établissements et les services de santé compétente notamment pour le personnel des maisons de repos pour personnes âgées n'a pas édicté de règles en la matière. Les seules dispositions portent sur le sursalaire pour prestation de nuit et non sur la rémunération (ou l'absence de rémunération) des heures de garde dites dormantes .

 Dans ces conditions, l'intimée est en droit de prétendre à une rémunération portant sur les heures de garde, effectivement prestées ou non.

 Etant seule occupée, il n'est pas crédible que l'intimée ait eu la possibilité de prendre des pauses ou du temps de repos sans devoir assumer la mission et donc être disponible vis-à-vis des résidents.

 L'intimée a été rétribuée pour 8h45 par nuit au lieu de 14h30 ou de 11h. La différence est donc, selon les périodes, de 4h45 et de 2h15. Or, l'intimée revendique une rémunération sur des prestations complémentaires de 5h30 puis de 2h25 ou 2h30 selon le cas.

 Il conviendrait que les parties s'expliquent et que l'appelante établisse le décompte des sommes dues au titre d'arriérés de rémunération.

 Une réouverture des débats s'impose à cet effet.

Indications de procédure

 Vu les pièces du dossier de la procédure et notamment le jugement contradictoirement rendu le 23 avril 2007 par la 2ème chambre du tribunal du travail de Namur (R.G. n°124.975),

 Vu l'appel formé par requête déposée au greffe de la Cour du travail le 5 octobre 2007 et régulièrement notifiée à la partie adverse le 8 octobre 2007,

 Vu l'ordonnance rendue le 27 décembre 2007 sur la base de l'article 747 du Code judiciaire aménageant les délais pour conclure et fixant la date de plaidoiries au 26 mai 2008,

 Vu les conclusions principales et de synthèse déposées par l'appelante au greffe respectivement les 28 février et 28 avril 2008,

 Vu les conclusions principales et de synthèse de l'intimée reçues au greffe respectivement les 23 janvier et 25 mars 2008,

 Vu les dossiers déposés par l'appelante le 26 mai et par l'intimée le 15 mai 2008,

 Entendu les parties en l'exposé de leurs moyens à l'audience du 26 mai 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 l'appel et la demande nouvelle,

 dit la demande nouvelle (salaire garanti) prescrite,

 pour le surplus, déclare l'appel non fondé,

 liquide les dépens d'instance revenant à l'intimée à 100,23 euro (citation) et 218,64 euro (indemnité de procédure sans complément pour réouverture des débats) soit à 318,87 euro ,

 condamne l'appelante aux dépens d'instance liquidés jusqu'ores à 318,87 euro en ce qui concerne l'intimée,

 pour le surplus, ordonne la réouverture des débats afin que les parties précisent pour la période d'occupation effective le montant des arriérés dus à l'intimée,

 fixe à cet effet date au mardi 10 février 2009 à 14 h 30 pour une demi-heure 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 de l'appelante pour le 15 octobre 2008,

- les conclusions sur réouverture de l'intimée pour le 26 novembre 2008,

- les conclusions en réplique et de synthèse sur réouverture de l'appelante pour le 19 décembre 2008,

 réserve à statuer sur le surplus, dépens d'appel y compris.

 Ainsi arrêté par

M. Michel DUMONT, Président,

M. Thierry TOUSSAINT, Conseiller social au titre d'employeur,

M. Daniel PIGNEUR, Conseiller social au titre d'employeur,

M. Francy CAREME, Conseiller social au titre d'employé,

Mme Marianne BERNARD, Conseiller social au titre d'ouvrier,

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-TROIS JUIN DEUX MILLE HUIT par le Président et le Greffier.

Le Greffier adj. ppal. Le Président

M. F. ALEXIS M. M. DUMONT