

# **Cour de cassation de Belgique**

## **Arrêt**

N° S.07.0085.N

**OFFICE NATIONAL DE SECURITE SOCIALE,**

Me Antoine De Bruyn, avocat à la Cour de cassation,

**contre**

**SWISS LIFE BELGIUM**, société anonyme.

### **I. La procédure devant la Cour**

Le pourvoi en cassation est dirigé contre l'arrêt rendu le 27 février 2003 par la cour du travail de Bruxelles.

Le président de section Robert Boes a fait rapport.

L'avocat général Ria Mortier a conclu.

## II. Le moyen de cassation

Le demandeur présente un moyen dans sa requête.

### *Dispositions légales violées*

- *articles 1<sup>er</sup>, § 1<sup>er</sup>, alinéa 1<sup>er</sup>, 5, 14 et 23 de la loi du 27 juin 1969 révisant l'arrêté-loi du 28 décembre 1944 concernant la sécurité sociale des travailleurs ;*

- *articles 2, § 1<sup>er</sup>, alinéa 1<sup>er</sup>, 23, alinéas 1<sup>er</sup> et 2, 38, § 1<sup>er</sup>, et 39 de la loi du 29 juin 1981 établissant les principes généraux de la sécurité sociale des travailleurs salariés, l'article 39 dans la version antérieure à sa modification par la loi du 26 mars 1999 ;*

- *article 2, alinéa 3, de la loi du 12 avril 1965 concernant la protection de la rémunération des travailleurs, dans la version antérieure à sa modification par la loi du 22 mai 2001 ;*

- *article 1<sup>er</sup> des lois relatives aux vacances annuelles des travailleurs salariés, coordonnées par l'arrêté royal du 28 juin 1971, dans la version antérieure à sa modification par la loi du 24 décembre 2002 ;*

- *article 19, § 1<sup>er</sup>, de l'arrêté royal du 28 novembre 1969 pris en exécution de la loi du 27 juin 1969 révisant l'arrêté-loi du 28 décembre 1944 concernant la sécurité sociale des travailleurs, dans la version postérieure à sa modification par l'arrêté royal du 30 mars 1982 et antérieure à sa modification par l'arrêté royal du 27 janvier 1997 ;*

- *articles 1<sup>er</sup> et 39 de l'arrêté royal du 30 mars 1967 déterminant les modalités générales d'exécution des lois relatives aux vacances annuelles des travailleurs salariés, l'article 39 dans la version antérieure à l'insertion de l'alinéa 6 par les arrêtés royaux des 1<sup>er</sup> mars et 28 avril 1999 ;*

- *articles 1<sup>er</sup> et 2 de l'arrêté royal du 1<sup>er</sup> mars 1999 modifiant l'arrêté royal du 30 mars 1967 déterminant les modalités générales d'exécution des lois relatives aux vacances annuelles des travailleurs salariés ;*

- *articles 1<sup>er</sup> et 2 de l'arrêté royal du 28 avril 1999 modifiant l'arrêté royal du 30 mars 1967 déterminant les modalités générales d'exécution des lois relatives aux vacances annuelles des travailleurs salariés.*

### ***Décisions et motifs critiqués***

*L'arrêt attaqué dit l'appel du demandeur non fondé et confirme le jugement par lequel le tribunal du travail a décidé que le pécule de vacances n'est pas dû sur les primes variables octroyées annuellement par la défenderesse à certains employés du service interne, de sorte que le demandeur ne peut réclamer de cotisations de sécurité sociale sur un pécule de vacances qui n'est pas dû.*

*La décision déboutant le demandeur de sa demande est fondée sur les considérations suivantes :*

*« L'article 39, alinéa 1<sup>er</sup>, de l'arrêté royal du 30 mars 1967 déterminant les modalités générales d'exécution des lois relatives aux vacances annuelles des travailleurs salariés dispose que les employés dont la rémunération est totalement variable (commissions, primes, pourcentages, remises, etc.) ont droit, par journée de vacances, à un pécule égal à la moyenne quotidienne des rémunérations brutes gagnées pour chacun des douze mois qui précèdent le mois au cours duquel les vacances sont prises ou, le cas échéant, pour la partie de ces douze mois au cours de laquelle ils ont été en service, augmentées éventuellement d'une rémunération fictive pour les journées d'interruption de travail assimilées à des jours de travail effectif normal.*

*Par arrêt du 22 septembre 1980, la Cour de cassation a décidé que, pour le calcul du pécule de vacances, la prime de fin d'année ne peut être considérée comme une rémunération variable au seul motif que son montant varie chaque année (Cass., 22 septembre 1980, R.W., 1980-1981, 1665).*

*Par arrêt du 1<sup>er</sup> juin 1987, la Cour de cassation a décidé que la participation aux bénéfices fixée en pourcentage et octroyée à l'employé à titre de contreprestation pour le travail effectué constitue une rémunération variable au sens de l'article 39 de l'arrêté royal du 30 mars 1967, cette participation fût-elle payée une fois par an.*

*L'arrêté royal du 1<sup>er</sup> mars 1999 (Moniteur belge, 12 mai 1999) a inséré un alinéa concernant les primes variables dont l'octroi est lié à l'évaluation des prestations de l'employé, au résultat de l'entreprise ou d'une section de celle-ci*

*ou à tout autre critère rendant leur paiement incertain et variable. Cet arrêté royal a été abrogé tacitement avec effet rétroactif par l'arrêté royal du 28 avril 1999 (Moniteur belge, 12 mai 1999) aux termes duquel 'sont également considérées comme rémunération variable, au sens de l'alinéa 1<sup>er</sup>, les primes variables dont l'octroi est lié à l'évaluation des prestations de l'employé, à sa productivité, au résultat de l'entreprise ou d'une section de celle-ci ou à tout critère rendant le paiement incertain et variable, quelle que soit la périodicité ou l'époque du paiement de ces primes'.*

*L'article 2 de l'arrêté royal précité dispose que l'arrêté royal produit ses effets à partir du 1<sup>er</sup> décembre 1998.*

*Le préambule énonce que :*

*'Vu l'urgence, motivée par le fait que compte tenu des divergences de la jurisprudence sur le point de savoir si les pécules de vacances étaient dus en cours d'exécution de contrat sur les gratifications payées annuellement ou en fin d'exercice, tels que bonus ou primes de mérite, et en raison d'un manque de précision de la législation en la matière, certaines confusions ont pu surgir dans le passé ; qu'il convient de clarifier la situation pour l'avenir ; que l'article 1<sup>er</sup> du présent arrêté royal ne vise pas à remettre en cause le passé ; que le présent arrêté royal fait suite à l'avis n°1259 exprimé par les partenaires sociaux au sein du Conseil national du travail ; qu'il y a lieu dès lors de préciser que la notion de rémunération variable au sens de l'article 39 de l'arrêté royal du 30 mars 1967 s'entendra dorénavant dans le sens précisé à l'article 1<sup>er</sup> du présent arrêté royal'.*

*La cour (du travail) considère qu'eu égard à la mention expresse dans l'arrêté royal de la date d'entrée en vigueur de l'arrêté royal et à la mention dans son préambule du sens à donner 'dorénavant' à la notion de rémunération variable, le but de l'arrêté royal était d'inclure les primes variables dont la périodicité excède le mois octroyées à un employé dont la rémunération est fixe dans le calcul du pécule de vacances à partir du 1<sup>er</sup> décembre 1998 seulement et que les arrêtés royaux des 1<sup>er</sup> mars et 28 avril 1999 ne sont pas interprétatifs »(...).*

## **Griefs**

1. *Par dérogation à l'article 2, alinéa 3, 1<sup>o</sup>, de la loi du 12 avril 1965 concernant la protection de la rémunération des travailleurs, la partie du pécule de vacances qui correspond à la rémunération normale des jours de vacances est considérée comme rémunération, pour le calcul des cotisations de sécurité sociale (voir article 19, § 1<sup>er</sup>, de l'arrêté royal du 28 novembre 1969).*

*Une retenue égale au total des taux de cotisations des travailleurs salariés fixés à l'article 38, § 2, est opérée sur la partie du pécule de vacances légal qui ne correspond pas à la rémunération normale pour les jours de vacances, à l'exception du double pécule de vacances légal à partir du troisième jour de la quatrième semaine de vacances (article 39, § 1<sup>er</sup>, de la loi du 29 juin 1981).*

*Le demandeur est chargé de percevoir les cotisations de sécurité sociale dues sur le pécule de vacances auquel le travailleur peut prétendre (article 5 de la loi du 27 juin 1969).*

2. *Conformément à l'article 39, alinéa 1<sup>er</sup>, de l'arrêté royal du 30 mars 1967, les employés dont la rémunération est totalement variable (commissions, primes, pourcentages, remises, etc.) ont droit, par journée de vacances, à un pécule égal à la moyenne quotidienne des rémunérations brutes gagnées pour chacun des douze mois qui précèdent le mois au cours duquel les vacances sont prises, augmentées éventuellement d'une rémunération fictive pour les journées d'interruption de travail assimilées à des jours de travail effectif normal.*

*En vertu de l'article 39, alinéa 5, du même arrêté royal, pour les employés dont la rémunération n'est que partiellement variable, les dispositions de l'article 38 sont applicables pour la partie fixe et les dispositions des alinéas précédents de l'article 39 sont applicables pour la partie variable, sous réserve d'autres décisions prises sous forme de convention collective.*

3. *Il y a « rémunération variable » au sens de l'article 39, alinéa 1<sup>er</sup>, de l'arrêté royal du 30 mars 1967 lorsque l'octroi fait à titre de rémunération,*

*c'est-à-dire à titre de contreprestation pour le travail contractuellement convenu, est lié à des critères qui rendent le paiement incertain et variable.*

*La rémunération n'est pas une rémunération variable lorsque l'avantage rémunératoire est certain et que seul son montant est variable.*

*4. En l'espèce, certains employés du service interne ont perçu annuellement des primes (dites primes de mérite) en fonction de leurs prestations. Ces primes ont été octroyées et calculées sur la base d'un système d'évaluation élaboré par la défenderesse (...).*

*Ainsi, non seulement l'octroi mais aussi le calcul de ces primes étaient liés à des critères qui rendaient leur paiement incertain et variable.*

*En conséquence, les primes octroyées par la défenderesse à ses travailleurs doivent être considérées comme des rémunérations variables au sens de l'article 39, alinéa 1<sup>er</sup>, de l'arrêté royal du 30 mars 1967, sur lesquelles est dû un pécule de vacances.*

*5. L'arrêté royal du 1<sup>er</sup> mars 1999, tel qu'il a été remplacé par l'arrêté royal du 28 avril 1999, a ajouté à l'article 39 précité un sixième alinéa qui précise que les primes variables dont l'octroi est lié à l'évaluation des prestations de l'employé, à sa productivité, au résultat de l'entreprise ou d'une section de celle-ci ou à tout critère rendant le paiement incertain et variable, quelle que soit la périodicité ou l'époque (du paiement) de ces primes, sont également considérées comme des rémunérations variables au sens de l'article 39, alinéa 1<sup>er</sup>. Cet arrêté royal est entré en vigueur le 1<sup>er</sup> décembre 1998.*

*L'arrêté royal du 28 avril 1999 relève en son préambule qu'il convient de clarifier la situation « pour l'avenir », que l'arrêté royal « ne vise pas à remettre en cause le passé » et que « la notion de rémunération variable au sens de l'article 39 de l'arrêté royal du 30 mars 1967 s'entendra dorénavant dans le sens précisé à l'article 1<sup>er</sup> de l'arrêté royal ».*

*Il ne peut être déduit de cet exposé que les commissions ou les primes annuellement octroyées ne généraient pas de pécule de vacances avant le 1<sup>er</sup> décembre 1998. En effet, le seul but de l'arrêté royal du 28 avril 1999 était d'écartier tout doute pour l'avenir en relevant expressément que la périodicité*

*des primes était sans incidence. En d'autres termes, les arrêtés royaux des 1<sup>er</sup> mars 1999 et 28 avril 1999 ne portent pas atteinte à la définition de la rémunération variable anciennement admise.*

*Ainsi, sous la réserve des conditions précitées (voir point 3), les primes et commissions payées annuellement avant le 1<sup>er</sup> décembre 1998 peuvent également être considérées comme des rémunérations variables au sens de l'article 39, alinéa 1<sup>er</sup>, de l'arrêté royal du 30 juin 1967.*

*En conséquence, la décision de la cour du travail « qu'eu égard à la mention expresse dans l'arrêté royal (du 28 avril 1999) de la date d'entrée en vigueur de (cet) arrêté royal et à la mention dans son préambule du sens à donner 'dorénavant' à la notion de rémunération variable, le but de l'arrêté royal était d'inclure les primes variables dont la périodicité excède le mois octroyées à un employé dont la rémunération est fixe dans le calcul du pécule de vacances à partir du 1<sup>er</sup> décembre 1998 seulement et que les arrêtés royaux des 1<sup>er</sup> mars et 28 avril 1999 ne sont pas interprétatifs » n'est pas légalement justifiée.*

*6. Il s'ensuit que l'arrêt attaqué n'a pu décider légalement par ces motifs que la défenderesse n'était pas tenue de payer le pécule de vacances portant sur les primes octroyées annuellement à certains employés du service interne de l'année 1995 à l'année 1997 incluse, sans examiner si les conditions requises pour considérer ces primes comme des rémunérations variables au sens de l'ancienne version de l'article 39, alinéa 1<sup>er</sup>, de l'arrêté royal du 30 mars 1967 n'étaient pas remplies (violation des articles 1<sup>er</sup> des lois relatives aux vacances annuelles des travailleurs salariés, coordonnées par l'arrêté royal du 28 juin 1971, 1<sup>er</sup>, 39 de l'arrêté royal du 30 mars 1967 déterminant les modalités générales d'exécution des lois relatives aux vacances annuelles des travailleurs salariés ( l'article 39 dans la version antérieure à l'insertion de l'alinéa 6 par les arrêtés royaux des 1<sup>er</sup> mars et 28 avril 1999), 1<sup>er</sup>, 2 des arrêtés royaux des 1<sup>er</sup> mars et 28 avril 1999, et 2, alinéa 3, de la loi du 12 avril 1965 concernant la protection de la rémunération des travailleurs).*

*Dans la mesure où les primes octroyées répondent à la définition de « rémunérations variables » au sens de l'article 39, alinéa 1<sup>er</sup>, de l'arrêté royal*

*du 30 mars 1967 (voir point 4), l'arrêt attaqué ne débout pas légalement le demandeur de sa demande tendant au paiement des cotisations de sécurité sociale (violation des articles 1<sup>er</sup>, § 1<sup>er</sup>, alinéa 1<sup>er</sup>, 5, 14, 23 de la loi du 27 juin 1969 révisant l'arrêté-loi du 28 décembre 1944 concernant la sécurité sociale des travailleurs, 2, § 1<sup>er</sup>, alinéa 1<sup>er</sup>, 23, alinéas 1<sup>er</sup> et 2, 38, § 1<sup>er</sup>, 39 de la loi du 29 juin 1981 établissant les principes généraux de la sécurité sociale des travailleurs salariés, 19, § 1<sup>er</sup>, de l'arrêté royal du 28 novembre 1969 pris en exécution de la loi du 27 juin 1969 révisant l'arrêté-loi du 28 décembre 1944 concernant la sécurité sociale des travailleurs, 39 de l'arrêté royal du 30 mars 1967 déterminant les modalités générales d'exécution des lois relatives aux vacances annuelles des travailleurs salariés, dans la version antérieure à l'insertion de l'alinéa 6 par les arrêtés royaux des 1<sup>er</sup> mars et 28 avril 1999, et 2, alinéa 3, de la loi du 12 avril 1965 concernant la protection de la rémunération des travailleurs).*

### **III. La décision de la Cour**

1. En vertu de l'article 39, alinéa 1<sup>er</sup>, de l'arrêté royal du 30 mars 1967 déterminant les modalités générales d'exécution des lois relatives aux vacances annuelles des travailleurs salariés, les employés dont la rémunération est totalement variable ont droit, par journée de vacances, à un pécule égal à la moyenne quotidienne des rémunérations brutes gagnées pour chacun des douze mois qui précèdent le mois au cours duquel les vacances sont prises, augmentées éventuellement d'une rémunération fictive pour les journées d'interruption de travail assimilées à des jours de travail effectif normal.

En vertu de l'article 39, alinéa 5, du même arrêté royal, pour les employés dont la rémunération n'est que partiellement variable, les dispositions de l'article 38 sont applicables pour la partie fixe et les dispositions des alinéas précédents de l'article 39 sont applicables pour la partie variable, sous réserve d'autres dispositions prévues par convention collective.

2. L'arrêté royal du 1<sup>er</sup> mars 1999, tel qu'il a été modifié par l'arrêté royal du 28 avril 1999, a ajouté à l'article 39 précité un sixième alinéa qui

précise que les primes variables dont l'octroi est lié à l'évaluation des prestations de l'employé, à sa productivité, au résultat de l'entreprise ou d'une section de celle-ci ou à tout critère rendant le paiement incertain et variable, quelle que soit la périodicité ou l'époque du paiement de ces primes, sont également considérées comme des rémunérations variables au sens de l'article 39, alinéa 1<sup>er</sup>.

Cet arrêté royal est entré en vigueur le 1<sup>er</sup> décembre 1998.

3. L'arrêté royal du 28 avril 1999 relève en son préambule qu'il convient de clarifier la situation « pour l'avenir », que l'arrêté royal « ne vise pas à remettre en cause le passé » et que « la notion de rémunération variable au sens de l'article 39 de l'arrêté royal du 30 mars 1967 s'entendra dorénavant dans le sens précisé à l'article 1<sup>er</sup> de l'arrêté royal ».

Il ne peut être déduit de cet exposé que les commissions ou les primes annuellement octroyées ne généraient pas de pécule de vacances avant le 1<sup>er</sup> décembre 1998. En effet, le seul but de l'arrêté royal du 28 avril 1999 était d'écarter tout doute pour l'avenir en relevant expressément que la périodicité des primes était sans incidence.

Ainsi, sous la réserve de certaines conditions, les primes et commissions payées annuellement avant le 1<sup>er</sup> décembre 1998 peuvent également être considérées comme des rémunérations variables au sens de l'article 39, alinéa 1<sup>er</sup>, de l'arrêté royal du 30 juin 1967.

4. Pour l'application de l'article 39 de l'arrêté royal du 30 juin 1967, la rémunération est considérée comme variable lorsque l'octroi fait à titre de rémunération, c'est-à-dire à titre de contreprestation du travail contractuellement convenu, est lié à des critères qui rendent le paiement incertain et variable.

La rémunération n'est pas une rémunération variable lorsque l'avantage rémunérateur est certain et que seul son montant est variable.

5. L'arrêt considère que, pour le calcul du pécule de vacances octroyé à un employé dont la rémunération est fixe, la notion de « rémunération variable » au sens précité n'est applicable aux primes variables dont la

périodicité excède le mois qu'à partir du 1<sup>er</sup> décembre 1998 et que les arrêtés royaux des 1<sup>er</sup> mars et 28 avril 1999 ne sont pas interprétatifs.

Par ces motifs, il décide que la défenderesse n'était pas tenue de payer le pécule de vacances portant sur les primes octroyées annuellement de l'année 1995 à l'année 1997 incluse à certains employés du service interne et qu'en conséquence, elle n'était pas tenue de payer les cotisations de sécurité sociale portant sur ce pécule de vacances.

Ainsi, l'arrêt viole les dispositions légales dont la violation est invoquée au moyen.

Le moyen est fondé.

**Par ces motifs,**

La Cour

Casse l'arrêt attaqué en tant qu'il statue sur les cotisations de sécurité sociale portant sur le pécule de vacances calculé sur les primes octroyées de l'année 1995 à l'année 1997 incluse et sur les dépens ;

Ordonne que mention du présent arrêt sera faite en marge de l'arrêt partiellement cassé ;

Réserve les dépens pour qu'il soit statué sur ceux-ci par le juge du fond ;

Renvoie la cause, ainsi limitée, devant la cour du travail de Gand.

Ainsi jugé par la Cour de cassation, troisième chambre, à Bruxelles, où siégeaient le président de section Robert Boes, les conseillers Eric Dirix, Beatrijs Deconinck, Alain Smetryns et Koen Mestdagh, et prononcé en audience publique du onze février deux mille huit par le président de section Robert Boes, en présence de l'avocat général Ria Mortier, avec l'assistance du greffier Philippe Van Geem.

11 FEVRIER 2008

S.07.0085.N/11

Traduction établie sous le contrôle du président  
Christian Storck et transcrite avec l'assistance du  
greffier Jacqueline Pigeolet.

Le greffier,

Le président,