

Contrat de travail – représentant de commerce – commissions directes (art. 90,91 et 92) – indirectes – exclusivité (art. 93) – application de la prescription *ex delicto* en matière de commissions – preuve de l'unité d'intention non établie – prescription de 5 ans à partir du dernier fait infractionnel – réouverture des débats pour production de pièces comptables et probantes.

COUR DU TRAVAIL DE LIEGE SECTION DE LIEGE

ARRET

Audience publique du 25 novembre 2011

R.G. : 2011/AL/36

8^e Chambre

EN CAUSE :

**UNIVERSAL TRUCKS NAMUR S.A., inscrite à la BCE sous le n°
0421.086.304,
dont le siège est établi à 5081 BOVESSE, chaussée de Bruxelles, 4.**

APPELANTE,

ayant comparu par Maître Ariane FRY, qui se substitue à Maître Bart ADRIAENS,
avocat à 8500 KORTRIJK, Brugsesteenweg, 255/101.

CONTRE :

Monsieur Alain D

INTIME,

ayant comparu par Maître Jean-Philippe BRUYERE, avocat à 4020 LIEGE, rue des
Pitteurs, 41.

INDICATIONS DE PROCEDURE.

Vu en forme régulière les pièces du dossier de la procédure à la clôture des débats le 14 octobre 2011, notamment :

- le jugement attaqué, rendu contradictoirement entre parties le 11 octobre 2010 par le Tribunal du travail de Huy, 5^e chambre (R.G. : 09/542/A);
- la requête formant appel de ce jugement, reçue au greffe de la Cour le 24 janvier 2011 et notifiée à l'intimé le même jour par pli judiciaire ;
- le dossier de la procédure du Tribunal du travail de Huy, reçu au greffe de la Cour le 26 janvier 2011;
- les conclusions d'appel de l'intimé reçues au greffe de la Cour les 18 mars, 24 juin et 30 septembre 2011 et celles de l'appelante y reçues les 12 mai et 26 août 2011;
- l'ordonnance de fixation prise sur base de l'article 747 du Code judiciaire le 1^{er} mars 2011 et notifiée par plis simples aux parties et à leur conseil le 4 mars 2011;
- le dossier de l'appelante reçu au greffe de la Cour le 26 août 2011 et celui de l'intimé, reçu au greffe de la Cour le 30 septembre 2011.

Entendu les conseils des parties en leurs explications à l'audience du 14 octobre 2011.

MOTIVATION.

L'arrêt est fondé sur les motifs suivants :

1. QUANT A LA RECEVABILITE DE L'APPEL.

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

L'appel, introduit dans les formes et délai, est recevable.

2. LES FAITS.

Le 22 octobre 1993, Monsieur D., ci-après l'appelant, est entré au service de la S.A. UNIVERSAL TRUCKS NAMUR en qualité de délégué commercial.
Aucun contrat de travail n'a été signé.

Le dossier comprend :

1. une promesse d'engagement le 18 octobre 1993 :

« suite à nos divers entretiens, nous vous confirmons notre intention de vous engager au sein de notre société en qualité de délégué commercial, à partir d'une date à convenir.

Votre rémunération sera de 55.000 BEF brut et fixe par mois, indexée, plus une commission sur chiffre d'affaires DAF (sans superstructure) que vous réaliserez et ce, à condition que vous observiez la règle suivante de marge bénéficiaire brute :

- *bénéfice égal à 6,5% du chiffre d'affaires : 1%,*

- *si bénéfice inférieur, avec accord préalable de la direction : 10% sur bénéfice restant,*
- *si bénéfice supérieur à 8,5% du chiffre d'affaires : 2%.*

Les commissions seront payables après livraison et paiement des véhicules et, en cas de reprises, après réalisation de celles-ci.

Dans un premier temps, l'utilisation de votre voiture personnelle sera couverte par une indemnisation kilométrique forfaitaire de 7 BEF avec un kilométrage minimum de 4.500 km/mois garanti.

Vos frais téléphoniques vous seront remboursés à concurrence de 90%.

Participation au système d'assurance groupe et salaire garanti en cas de maladie suivant stage et réglementation de ladite assurance.

La région à travailler sera celle située au sud du sillon Sambre et Meuse et dans les limites attribuées par DAF BELGIE mais peut être modifiée sans préavis.

Outre la vente, votre travail consiste également à l'aide aux livraisons de véhicule, essais, assistance expositions, show, etc.

Vous travaillerez uniquement pour UNIVERSAL TRUCKS NAMUR S.A. et vous vous engagez à tenir le secret professionnel, informations sur les clients, conditions de vente, méthodes de travail et votre rémunération vis-à-vis du personnel DAF.

Nous vous demandons de bien vouloir signer le double de la présente pour accord. »

2. une lettre datée du 23.10.1993 :

« suite à notre lettre du 18.10.1993, nous vous confirmons votre engagement en qualité de délégué commercial à partir du 22.10.1993. »

3. une lettre datée du 10.11.1993 :

« en complément de nos courriers des 18 et 23.10.1993 relatifs à votre engagement en qualité de délégué commercial au sein de notre entreprise, il est convenu expressément et de commun accord que cet engagement est assorti d'une période d'essai de six mois prenant cours le 22.10.1993.

Le présent avenant fait partie intégrante de ce même contrat.

Nous vous demandons de bien vouloir signer le double de la présente pour acceptation. »

4. un document non daté et intitulé « avenant à votre contrat du 18.10.1993 » :

« depuis janvier 1996, votre secteur de prospection et de vente ne se limite plus au sillon Sambre et Meuse mais bien à l'entièreté du secteur attribué par notre importateur, soit Namur et Huy 2.

L'entièreté du secteur vous restera attribuée pour autant que notre pénétration de vente sur l'entièreté du secteur se maintienne à un niveau supérieur à la moyenne nationale enregistrée par DAF TRUCKS Belgique.

Dans le cas où le pourcentage de pénétration varierait à la baisse de façon conséquente dans une partie ou sur l'entièreté du secteur, un réajustement du secteur pourrait avoir lieu. »

Le 29 août 2008, l'appelant a démissionné.
Le contrat de travail a pris fin le 31 décembre 2008.

Le 3 novembre 2008, son conseil a écrit à la S.A.UNIVERSAL TRUCKS NAMUR en ces termes :

« je suis le conseil de monsieur Alain D., lequel me charge de la récupération des commissions impayées depuis de nombreuses années dans le cadre de son contrat de représentant de commerce à votre service.

Les rétroactes peuvent être synthétisés come suit :

- monsieur D. a été engagé par votre entreprise en qualité de représentant le 18.10.1993 avec prise de cours le 22.10.*
- affecté initialement à la région située sous le sillon Sambre et Meuse, Monsieur D. s'est vu confier, en janvier 1996, l'entièreté du secteur attribué par votre importateur, soit Namur et Huy 2.*
- Depuis cette époque, Monsieur D. est donc seul représentant dans son secteur. Cette exclusivité est consacrée par un avenant au contrat du 18.10.1993.*
- Nonobstant cette exclusivité et la présomption irréfragable de la loi selon laquelle toute vente intervenue dans son secteur constitue le résultat de son travail et de ses démarches, jamais il n'a été commissionné sur la totalité du chiffre d'affaires.*
- A de très nombreuses reprises, il a abordé cette problématique, en vain.*
- Lassé, il a décidé de vous remettre sa démission le 29.08 dernier. Le préavis convenu expirera le 31.12 prochain.*

Sans attendre, il souhaite aborder la question des commissions à l'origine de ce départ.

Il m'indique que vous attendez son décompte. Je ne pense toutefois pas que vous soyez réellement conscient de l'ampleur du problème.

Le total des sommes dues à la suite du non-paiement volontaire de commissions depuis 1996 est en effet considérable d'autant que les intérêts de retard sont dus de plein droit depuis les différentes dates d'échéance et que cette rémunération éludée entraîne également la nécessité d'une régularisation des pécules de vacances.

Je souhaiterais connaître à bref délai vos intentions de règlement quant à ces différentes sommes.

Dans la perspective d'un accord à l'amiable, Monsieur D. serait disposé à ne pas réclamer l'intégralité des commissions éludées depuis 1996.

Dans un tel esprit, il pourrait ainsi accepter de limiter sa réclamation aux années 2002 et suivantes.

A concurrence d'une commission moyenne de 750 euros l'unité et de 146 ventes non commissionnées, l'on aboutit à une somme de 109.500 euros bruts, à majorer donc des pécules de vacances et des intérêts de retard.

Il faut bien évidemment tenir compte également des commissions directes qui, nonobstant les ordres rentrés, n'ont toujours pas été commissionnées.

Je vous renvoie par ailleurs à l'article 92 de la loi du 3 juillet 1978 qui prévoit qu'à l'issue de son contrat, le représentant de commerce a droit à la commission sur les

ordres donnés par la clientèle pendant une période de 3 mois suivant la cessation du contrat lorsque ceux-ci résultent du contact direct qu'il a établi avec le client. Je ne vous adresse pas la présente par recommandé mais ne doute pas que vous y donnerez suite prochainement. Elle intervient sous toutes réserves et sans reconnaissance préjudiciable aucune. »

Le conseil de la S.A.UNIVERSAL TRUCKS NAMUR a répondu le 29.01.2009, en ces termes :

« 1.

A la lecture de votre courrier, nous constatons que vous réclamez, au nom de votre client, le paiement d'un montant nettement arrondi de 109.500 euros bruts à titre d'arriérés de commissions depuis 2002.

Monsieur D. estime, à l'appui de cette demande, pouvoir se prévaloir d'une présomption d'exclusivité.

Or, comme vous le savez, l'exclusivité ne se présume pas.

Le seul élément apporté par Monsieur D. à l'appui de l'exclusivité dont il se prévaut, est un avenant (non détaillé et non produit en annexe) à son contrat de travail qui consacrerait cette exclusivité.

Notre cliente ne dispose cependant pas d'un tel avenant. Notre cliente n'a jamais signé un avenant qui accorderait une exclusivité à Monsieur D.

Contrairement à ce que prétend Monsieur D., celui-ci ne bénéficiait ni d'une exclusivité (aucun secteur ne lui était attribué en exclusivité), ni moins encore d'une exclusivité consacrée par un avenant à son contrat de travail.

En effet, d'autres vendeurs et intermédiaires (e. a. le directeur de UT NAMUR, monsieur P. R.) étaient également actifs dans le secteur de Monsieur D.

De plus, il convient de mettre en exergue qu'avant l'engagement de monsieur D. et même historiquement, le directeur de la concession vendait toujours dans tout le secteur concerné. Donc forcément, il n'y avait pas d'exclusivité.

Notre cliente ne peut dès lors pas comprendre pourquoi Monsieur D. soutient actuellement soudainement qu'il aurait, au cours de son occupation, bénéficié d'une exclusivité.

Contrairement à ce que suggère Monsieur D., cette question n'a jamais été abordée auparavant. En effet, ce n'est qu'à la réception de votre courrier recommandé que notre cliente a, pour la première fois, pris connaissance des exigences de Monsieur D.

De plus, Monsieur D. n'apporte pas le moindre élément de preuve permettant de justifier l'exclusivité dont il se prévaut et la redevabilité des commissions réclamées. Confrontée à cette mise en demeure qui lui a été envoyée par son travailleur, par le biais de son avocat, après une collaboration de 15 ans, notre cliente – qui souhaite honorer ses obligations en tant qu'employeur – n'a eu d'autre choix que d'en prendre acte et d'en faire examiner le bien-fondé par ses avocats.

Monsieur D. est apparemment également conscient du non-fondement et de la prescription de ses exigences, vu qu'il renonce volontairement à toute commission à partir de 1996 jusqu'à 2002.

Au vu de ce qui précède, Monsieur D. ne peut réclamer des arriérés de commissions sur base d'une prétendue exclusivité, à défaut de toute exclusivité.

Si Monsieur DE. maintient sa position à cet égard, il lui appartiendra de porter l'affaire devant le tribunal compétent.

2.

Par contre, notre cliente ne conteste pas que Monsieur D. pourrait, conformément à l'article 92 de la loi du 3 juillet 1978, avoir droit à la commission pour 'les ordres donnés par la clientèle pendant (...) une période de trois mois suivant la cessation du contrat, lorsqu'il prouve qu'au cours de l'exécution de son contrat, il a établi avec le client un contrat direct qui a été suivi par des faits ayant conduit à l'acceptation des ordres en cause'.

Notre cliente ne manquera dès lors pas d'examiner le droit éventuel aux commissions sur base de cet article.

Nous nous informons également auprès de notre cliente au sujet des commissions reprises sur les derniers décomptes qui n'auraient pas été payées.

3.

Vu que la présente constitue une réponse officielle aux courriers que vous avez adressés directement à notre cliente, celle-ci revêt un caractère officiel.

Par ailleurs, la présente vous est adressée sous réserve de tous droits et sans aucune reconnaissance préjudiciable. »

3. L'ACTION ORIGINALE.

L'intimé a introduit une action, par voie de requête, devant le Tribunal du travail de Huy afin d'entendre condamnée la société :

- à titre principal, à lui payer les arriérés de commissions directes et indirectes dus depuis le 1^{er} janvier 1996 ainsi que le pécule de vacances y afférents, sommes qui devront être majorées des intérêts de retard au taux légal depuis les différentes dates d'exigibilité ;
- à titre subsidiaire, s'il devait être considéré qu'une partie de ces arriérés sont frappés de la prescription, l'octroi de dommages et intérêts équivalents, compte tenu de ce que le non paiement de la rémunération et des pécules de vacances constitue une infraction pénale.

4. LE JUGEMENT DU TRIBUNAL DU TRAVAIL.

Par jugement du 11 octobre 2010, le Tribunal du travail de Huy a

- dit l'action recevable,
- avant dire droit, ordonné une réouverture des débats afin que la société produise toutes les pièces comptables et pièces probantes utiles pour chiffrer les ventes réalisées et les commissions directes et indirectes déjà versées à l'intimé.

5. L'APPEL.

La société a interjeté appel contre ce jugement aux motifs que

- **premièrement**, une partie de la demande doit être jugée irrecevable pour cause de prescription.

A cet égard, la société relève que

- toutes les commissions (directes et/ou indirectes) devenues exigibles avant le 29/05/2004 sont prescrites en application des règles de la prescription annale (article 15 de la loi sur les contrats de travail) ;
 - les règles de la prescription quinquennale ne trouvent pas à s'appliquer vu l'absence d'imputabilité morale des infractions reprochées (le non-paiement des commissions directes et indirectes) ;
 - subsidiairement, même à considérer les infractions reprochées imputables moralement à la société, aucune unité d'intention ne relie ces différentes infractions ; il n'est donc pas question de « délit continué » ;
- **deuxièmement**, indépendamment de la question de la prescription et de la recevabilité de la demande, la société invoque ensuite la théorie de la « *rechtsverwerking* ». Elle estime que les conditions d'application de cette théorie sont remplies ;
 - **troisièmement**, à titre subsidiaire, la société conteste le fondement même des commissions directes et indirectes et pécules de vacances prétendument dus. A cet égard, la société relève que:
 - toutes les commissions directes dues à l'appelant lui ont été payées.
 - s'agissant des commissions indirectes réclamées par l'appelant, aucune exclusivité ne lui a été accordée.

6. FONDEMENT.

6.1. Droit aux commissions directes et indirectes dans le chef d'un représentant de commerce.

6.1.1. Les commissions directes.

A. Principes.

1) Pendant l'exécution du contrat de travail.

L'article 90 (LCT) énonce que : « *pendant l'exécution du contrat de travail, la commission est due sur tout ordre accepté par l'employeur, même s'il n'est pas suivi d'exécution, sauf en cas d'inexécution par la faute du représentant de commerce.* »

2) Pendant la période de suspension ou après la cessation du contrat.

L'article 91 (LCT) énonce que : « *sans préjudice du droit à la rémunération garantie, le représentant de commerce a droit à la commission sur les ordres qu'il a apportés, même lorsque ceux-ci ne sont acceptés que pendant la suspension ou après la cessation du contrat.* »

L'article 92 (LCT) énonce que : « *sans préjudice de la règle qui précède, le représentant de commerce a droit à la commission sur les ordres donnés par la clientèle pendant toute la durée de la suspension ou pendant une période de 3 mois suivant la cessation du contrat, lorsqu'il prouve qu'au cours de l'exécution de son contrat, il a établi avec le client un contact direct qui a été suivi par des faits ayant conduit à l'acceptation des ordres en cause.* »

Lorsque l'employeur a accepté l'ordre, la commission est due même si l'inexécution est la conséquence de la force majeure.¹

De même, lorsque l'inexécution d'ordres acceptés dépend de l'accomplissement d'une condition, en l'espèce l'obtention d'un prêt par le client, la commission est due lorsqu'il n'appert pas que le refus du prêt est à reprocher au représentant de commerce.²

La disposition d'un contrat de travail qui fait dépendre l'existence ou l'exigibilité du droit du représentant de commerce à la commission, de la condition d'exécution de la commande³ ou du paiement par le client selon les conditions du bon de commande⁴ est nulle.

Tout ordre est présumé accepté, sauf refus ou réserves formulées par écrit par l'employeur à son représentant de commerce dans un bref délai fixé par le contrat. Ce délai doit être un terme fixe et certain.⁵

A défaut de fixation, ce délai est d'un mois à partir de la transmission de l'ordre.

B. En l'espèce.

Comme le premier juge, la Cour considère qu'il convient de faire droit à la demande de vérification de paiement des commissions (pendant et après l'exécution du contrat) auxquelles l'intimé peut prétendre.

En effet, contrairement à ce qu'elle soutient, la société n'a pas le droit de se retrancher derrière l'application stricte de l'article 1315 du Code civil.

Contrairement à ses affirmations, il ne résulte d'aucune pièce qu'un décompte de commissions ait été remis par elle pendant la période d'exécution ou à l'issue de cette période.

A juste titre, le premier juge relève que la pièce 11 du dossier de la société comporte :

- une retranscription manuscrite de 35 pages qui couvre la période de janvier 1994 à mai 2008, ce qui accrédite la thèse selon laquelle il n'existait pas de relevés mensuels,
- une transcription dactylographiée de 7 pages qui couvre, mois par mois, la période de juin 2008 à décembre 2008.

Ces relevés unilatéraux, non accompagnés de pièces probantes, ne permettent aucune vérification sérieuse.

De plus, la société reconnaît, en termes de conclusions d'appel, ne pas avoir payé les commissions sur l'ensemble des ventes BRISBANE parce que l'ensemble de ces ventes n'aurait pas été exécuté en raison d'un financement non octroyé au client.

La Cour relève d'emblée qu'il s'agit là d'un motif non imputable au représentant de commerce.

Pour la vente BRISBANE, l'intimé peut donc prétendre au paiement des commissions sur l'ensemble des ventes.

¹ C. Trav. Liège, 27 avril 1983, J.T.T., 1983, 296.

² C. Trav. Anvers, 18 novembre 1991, Chron. D.S., 1995, 134.

³ Trib. Trav. Bruxelles, 7 septembre 1989, Jur trav. Brux., 1989, 403.

⁴ C. Trav. Liège, 23 avril 1987, J.T.T., 1988, 66.

⁵ Cass., 7 janvier 1991, J.T.T., 1991, 70, note.

La société appelante étant une société anonyme, des pièces comptables doivent être produites pour permettre de vérifier :

- le chiffre total des ventes qu'elle a réalisées ainsi que celui des ventes réalisées par l'intimé ;
- les commissions directes versées à l'intimé.

Les bons de commande et les bons de livraison doivent être exhibés, si nécessaire. Aucune condamnation provisionnelle n'est réclamée par l'intimé.

6.1.2. Les commissions indirectes.

A. Principes.

La matière est réglée par l'article 93 LCT.

- Notion d'exclusivité.

Un représentant de commerce dispose de l'exclusivité lorsqu'il est chargé de visiter seul une clientèle ou un secteur déterminé par le contrat.

Le fait que l'employeur se réserve certains clients n'enlève pas au secteur sa nature exclusive.⁶

La clause contractuelle qui réserve l'exclusivité de clientèle pour un secteur géographique déterminé « sauf en ce qui concerne certains clients attachés directement à la société » ne peut pas être appliquée lorsque les noms de ces clients n'ont jamais été communiqués. Par conséquent, le représentant a droit aux commissions pour les ordres des clients de son secteur.⁷

Commission pendant l'exécution du contrat.

Le représentant de commerce qui bénéficie de l'exclusivité a droit, pendant l'exécution de son contrat à la commission sur les affaires que l'employeur conclut avec cette clientèle ou dans ce secteur sans l'intervention du représentant de commerce.

Commission pendant la suspension ou après la cessation du contrat.

Le représentant de commerce qui dispose de l'exclusivité a également droit à cette commission sur les affaires conclues pendant la suspension ou après la cessation du contrat, pour autant que l'ordre ait été passé au cours de l'exécution du contrat.

- Preuve de l'exclusivité.

Le représentant de commerce qui revendique el paiement de commissions indirectes doit rapporter la preuve de ce qu'il bénéficie effectivement d'une exclusivité.

Un écrit n'est pas exigé. Si le contrat de travail ne prévoit pas expressément l'exclusivité, le représentant peut établir par toutes voies de droit que son employeur lui a accordé de manière effective une exclusivité. A défaut, le droit aux commissions indirectes ne peut être présumé.

⁶ C Trav. Bruxelles, 11 janvier 1980, J.T.T., 1980, 154.

⁷ C Trav. Bruxelles, 7 mars 2001, J.T.T., 2001, 207.

B. En l'espèce.

Il résulte de l'ensemble des éléments factuels que l'intimé bénéficiait d'une exclusivité sur son secteur.

A cet égard, il convient de s'en référer à l'historique de la carrière de l'intimé.

Cet historique n'est pas contesté par la société.

L'intimé a été engagé en octobre 1993.

A l'époque, un seul délégué commercial était actif, soit Monsieur P., lequel a quitté la société quelques semaines après l'engagement de l'intimé et a été remplacé par Monsieur M., lequel a quitté à son tour la société en 1995.

De 1994 à fin décembre 1995, un sieur V. a également travaillé au service de la société en qualité de représentant de commerce.

Durant cette période pendant laquelle plusieurs délégués commerciaux étaient occupés par la société, l'intimé admet que les ventes et commissions étaient partagées entre eux en fonction de deux secteurs existants.

Il précise qu'à l'époque, lorsqu'un client s'adressait à la direction pour une vente directe, soit le dossier était redirigé vers le titulaire du secteur, soit le directeur, Monsieur R., réalisait la vente et le titulaire du secteur bénéficiait d'une commission.

A la suite du départ de Monsieur V., il a été alors convenu qu'il n'y aurait pas de réengagement d'un second représentant et que l'intimé resterait seul vendeur.

C'est à ce moment précis que l'accord a été signé, soit en janvier 1996.

Cet avenant, préparé par Monsieur R. était libellé comme suit :

« depuis janvier 1996, votre secteur de prospection et de vente ne se limite plus au sillon Sambre et Meuse mais bien à l'entièreté du secteur attribué par notre importateur, soit Namur et Huy 2.

L'entièreté du secteur vous restera attribuée pour autant que notre pénétration de vente sur l'entièreté du secteur se maintienne à un niveau supérieur à la moyenne nationale enregistrée par DAF TRUCKS Belgique. »

Cet avenant prévoit donc bien l'affectation de l'intimé, seul représentant de commerce de la société, à tout le secteur de prospection et de vente antérieurement réservé à deux représentants, ce qui correspond incontestablement à la notion d'exclusivité sur ce secteur devenu unique.

Et au terme du même avenant, l'employeur se réservait la possibilité, si l'intimé n'était pas suffisamment performant, de revoir la situation (cfr « *l'entièreté du secteur vous restera attribué pour autant que notre pénétration de vente sur l'entièreté du secteur se maintienne à la moyenne nationale.* »)

C'est donc bien l'employeur, auteur de l'avenant, qui évoque une attribution de l'« *entièreté du secteur* ».

Comme le premier juge, la Cour considère qu'attribuer l'entièreté d'un secteur à son seul représentant de commerce et conditionner le maintien de cette situation à la pénétration de vente dans le secteur n'est compatible qu'avec l'existence d'une exclusivité.

Avec l'établissement et la signature de cet avenant, c'est bien la société qui prenait un engagement, soit l'octroi d'un secteur plus important qu'auparavant à son seul représentant de commerce.

La coexistence avec d'autres représentants ne concerne manifestement que la période antérieure à la signature de cet avenant.

Aucun client « direction » n'a été déterminé dans l'avenant par la société en sorte que l'intimé avait le droit de percevoir des commissions indirectes sur les ventes réalisées par son directeur, Monsieur R., lequel ne prospectait, ni visitait la clientèle.

Il ne peut être admis qu'un représentant de commerce soit tributaire du bon vouloir de son employeur dans de telles circonstances.

Conclusion.

L'intimé pouvait prétendre au paiement de commissions

- directes, lesquelles n'ont pas toutes été payées (à défaut de pièces probantes, une vérification s'impose),
- indirectes puisqu'il bénéficiait d'une exclusivité depuis 1996, sans réserve de clients « direction » dans l'avenant non daté, signé en janvier 1996.

6.2. La renonciation.

La société invoque la théorie de la rechtsverwerking.

6.2.1. Principes.

Cette théorie trouve son fondement dans le principe de l'exécution de bonne foi des conventions consacrée par l'article 1134, alinéa 3 du Code civil.

La doctrine et la jurisprudence⁸ ont précisé qu'il était question de « rechtsverwerking » lorsque :

1/ le titulaire d'un droit, de par sa propre attitude, perd le bénéfice d'un droit subjectif futur, entièrement ou en partie, ou à tout le moins lorsque la possibilité d'exercer ce droit lui est retirée, car l'exercice objectif de ce droit est incompatible avec l'attitude que le titulaire a adopté avant de l'exercer ;

2/ l'attitude adoptée par le titulaire concerné a fait naître une croyance légitime dans le chef du débiteur de ce droit qu'il ne sera pas exercé ;

La théorie de la rechtsverwerking nécessite donc la réunion de 2 éléments : d'une part, une attitude objectivement incompatible avec l'exercice du droit dont il est question et d'autre part, une croyance légitime dans le chef du débiteur de ce droit qu'il ne sera pas exercé.

Cette théorie a connu un certain succès aux alentours des années 1990 mais semble actuellement abandonnée par la jurisprudence et la doctrine.

⁸ S. STIJNS, la rechtsverwerking : fin d'une attente (dé)raisonnable ?, J.T., 1990, p. 686 et nombreuses références citées.

Déjà en 1991, la Cour du travail de Liège⁹ refusait d'appliquer cette théorie dans le cadre d'une renonciation à des commissions dans le chef d'un représentant de commerce en jugeant que :

« il n'existe pas de principe général de droit selon lequel un droit subjectif se trouve éteint ou ne peut plus être invoqué au seul motif que son titulaire aurait adopté un comportement objectivement inconciliable avec ce droit » de sorte qu'un employeur ne peut se prévaloir d'une renonciation d'un représentant de commerce « à son droit aux commissions retenues, au seul motif que celui-ci n'aurait pas exigé paiement de celles-ci avant qu'il ait pris l'initiative de la rupture des relations contractuelles. »

6.2.2. En l'espèce.

S'il est vrai que l'intimé ne produit à son dossier aucune protestation écrite relativement au paiement des commissions, cette absence d'écrit est également le fait de l'employeur, lequel ne produit aucun décompte accepté et signé par l'intimé. Dans ces conditions, la Cour ne peut que constater qu'il n'existe aucun fait positif posé en toute connaissance de cause par l'intimé de nature à induire une renonciation au paiement des commissions directes ou indirectes.

A cet égard, il convient encore de souligner que l'existence du lien de subordination et la crainte d'être licencié pouvaient parfaitement expliquer cette absence de protestation officielle jusqu'à la veille de la rupture du contrat de travail. La Cour, comme le premier juge, considère que l'intimé n'a pas renoncé à son droit au paiement des commissions directes et indirectes.

6.3. La prescription ex contractu – ex delicto.

6.3.1. Principes.

A. Dispositions légales applicables.

L'article 15 de la loi du 3 juillet 1978 dispose que :

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 d'instruction criminelle dispose 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.

La disposition du Code civil applicable à défaut de loi particulière est l'article 2262 bis, § 1^{er}, qui dispose :

Toutes les actions personnelles sont prescrites par dix ans.

Par dérogation à l'alinéa 1^{er}, toute action en réparation d'un dommage fondée sur une responsabilité extra-contractuelle se prescrit par cinq ans à partir du jour qui suit celui où la personne lésée a eu connaissance du dommage ou de son aggravation et de l'identité de la personne responsable.

Les actions visées à l'alinéa 2 se prescrivent en tout cas par vingt ans à partir du jour qui suit celui où s'est produit le fait qui a provoqué le dommage.

⁹ C. Trav. Liège, 21 novembre 1991, J.T.T., 1992, p. 366.

Il en résulte que l'action civile qui trouve sa source dans un délit :

- ne se prescrit pas avant l'action publique, par application de l'article 26 du Titre préliminaire du Code d'instruction criminelle.
- se prescrit par 5 ans, éventuellement prolongés en cas d'interruption de la prescription pénale.

Il convient d'examiner si les conditions sont réunies pour que l'action civile naissant d'un délit, qui trouve également sa source dans un manquement contractuel de la part de l'employeur, peut bénéficier du délai de prescription quinquennal alors qu'en vertu de l'article 15 de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail, le délai de prescription est, en matière contractuelle, d'un an après la cessation du contrat ou de cinq ans après le fait qui a donné naissance à l'action, sans pouvoir excéder un an après la fin du contrat.

B. Interprétation.

- Conception factuelle de l'objet de la demande.

Le non-respect de très nombreuses obligations contractuelles incombant à l'employeur constitue des infractions pénales.

Désormais, la Cour de cassation, tant pour ce qui concerne l'objet de la demande que sa cause, fait prévaloir la conception factuelle par opposition à la conception juridique.

Le délai de prescription *ex delicto* doit, dès lors, être appliqué si les faits invoqués sont constitutifs d'une infraction dans le chef de l'employeur.

Le premier arrêt en ce sens a été prononcé le 14 avril 2005. Cette jurisprudence a été réaffirmée le 23 octobre 2006 et est confirmée par deux arrêts rendus le 22 janvier 2007.

La portée de l'arrêt prononcé par la Cour de cassation le 22 janvier 2007¹⁰ peut être résumée comme suit :

1. quel que soit l'objet de la demande et son fondement juridique, le juge doit désormais 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.
2. le non-paiement de tout ou partie de la rémunération constitue une infraction continuée, avec pour conséquence que le délai de prescription prend fin lors de la commission du dernier fait délictueux.
3. la réparation du préjudice subi implique le paiement au travailleur de la rémunération nette dont il a été privé.
4. dès lors que le juge condamne l'employeur à des dommages et intérêts, les intérêts sur ces montants prennent cours à la date du prononcé de la décision allouant lesdits dommages et intérêts.¹¹

Cette position est encore confirmée par l'arrêt¹² du 7 avril 2008.

- La notion d'infraction continuée et la position de la Cour de cassation.

¹⁰ R.G. n° S.04.0088N et S.04.0169N

¹¹ F. LAGASSE et M. PALUMBO, Action civile naissant d'un délit, délai de prescription et Cour de cassation, J.T.T., 20/12/2007, p. 473 et svt.

¹² C. Cass., 7 avril 2008, J.T.T., 2008, p. 285.

Est continuée l'infraction composée d'une série continue d'infractions instantanées, qui procèdent de la même intention infractionnelle. Sa prescription ne prend cours qu'après la dernière infraction instantanée¹³.

L'entrée en vigueur, le 31 juillet 1994, du nouvel article 65 du Code pénal a amené certains auteurs à considérer que la notion de délit continué avait vécu.

Ces auteurs développent le raisonnement suivant :

- l'infraction continuée constitue une fiction juridique ;
- la nouvelle disposition légale prévoit des règles particulières pour la détermination de la peine lorsque plusieurs infractions identiques, constituant les unes avec les autres la manifestation successive et continue de la même intention délictueuse ;
- les autres conséquences de la fiction du fait unique doivent, logiquement, disparaître pour les manquements commis à partir du 31 juillet 1994.

La conséquence en serait que, chaque fois qu'une infraction instantanée (comme le non-paiement de rémunération) est commise, le délai de prescription afférent à cette infraction prend cours le jour où elle a été commise et non plus à la date à laquelle la dernière infraction résultant de la même intention délictueuse a été commise.¹⁴

Cette position est actuellement rejetée par la Cour de cassation¹⁵.

La notion de délit continué conserve son actualité. La conséquence en est que lorsque plusieurs infractions instantanées, commises sans solution de continuité et résultant de la même intention délictueuse sont commises, le délai de prescription de l'action (civile comme pénale) prendra cours à la date de la commission du dernier fait infractionnel.

Dès lors, l'action fondée sur l'infraction collective ou continuée commence à courir à partir du moment où l'infraction est commise à savoir à partir du dernier fait punissable.¹⁶

En droit du travail, l'infraction est en toute hypothèse consommée lorsque le contrat de travail a pris fin, de sorte que le délai de prescription commence à courir à partir de ce moment.¹⁷

Le non paiement de la rémunération est une infraction instantanée.¹⁸

¹³ F. KEFER et J. CLESSE, La prescription extinctive en droit du travail, dans Les prescriptions et les délais... pp. 119 et s., spécialement p.162 et la jurisprudence citée.

¹⁴ J. CLESSE, La prescription de l'action civile en droit du travail, J.T.T., 1998, pp. 49 et suivantes, spécialement p. 52 ; J. CLESSE et F. KEFER, La prescription extinctive en droit du travail, J.T.T., 2001, pp. 201 et suivantes ; F. KEFER, « La disparition de l'absorption », J.L.M.B., 1995, pp. 835 et s. ; F. KEFER, Le concours d'infraction en droit pénal social, CUP, Le droit pénal social et les contrats de travail spéciaux, Bruxelles, De Boeck & Larquier, 1997, 237, 285 ; F. KEFER, la prescription de l'action délictueuse en droit du travail après la loi du 10 juin 1998, R.D.S., 1999, pp. 231 et s. ; F. KEFER et J. CLESSE, La prescription extinctive en droit du travail, dans Les prescriptions et les délais... pp. 119 et s.,

¹⁵ Cass., 22 janvier 2007, voir référence sub 2.

¹⁶ Cass., 12 février 2007, J.T.T., 2007, 213 ; C. Trav. Liège, 9 mai 1996, J.T.T., 1996, 502 ; trib. Trav. Charleroi, 13 décembre 1999, Chron. D. S., 2000, 300.

¹⁷ Cass., 26 octobre 1970, Arr. cass., 1971, 182 ; R.W., 1971-1972, 756 ; C. Trav. Bruxelles, 27 avril 1976, R.D.S., 1977, 446 ; trib. Trav. Bruxelles, 21 avril 1975, J.T.T., 1976, 36 ; Trib. Trav. Mons, 10 juillet 1975, J.T.T., 1976, 168.

¹⁸ C. Trav. Liège (sect. Namur), 27 février 2003, J.T.T., 2003, 230 ; C. Trav. Liège, 8 octobre 2003, J.T.T. 2004, 316.

Par sa répétition, ce fait devient toutefois une infraction continuée lorsqu'il participe d'une unité d'intention. Le juge apprécie souverainement si différentes infractions commises sont liées par une même intention délictueuse.¹⁹

L'unité d'intention ne peut pas se déduire de la simple succession ininterrompue d'infractions.²⁰

Le caractère continué de l'infraction est en totale contradiction avec le caractère d'une infraction réglementaire, excluant tout élément moral : il apparaît en effet difficilement compatible de soutenir l'existence d'un dessein criminel unique et persistant tout en affirmant qu'il n'est pas nécessaire de prouver l'existence d'un tel dessein.

La simple répétition de la même infraction n'est qu'un élément matériel qui n'établit pas, par lui-même, la poursuite d'un but unique. Il faut mettre à jour le mobile mais l'ignorance exclut l'infraction continuée.²¹

« Il convient d'insister sur la nécessité pour le juge de vérifier l'existence de cette intention unique. La simple répétition d'une même infraction n'est pas nécessairement la preuve de la poursuite d'un but unique. Certaines décisions déduisent l'intention délictueuse de la seule succession de faits sans interruption pendant une période plus ou moins longue. D'autres, en revanche, comme la Cour du travail de Gand considèrent que l'unité d'intention ne résulte pas de la simple preuve d'une omission constante, cette omission n'étant que l'élément matériel de l'infraction. Si c'est à la suite d'une erreur matérielle que le salaire a été calculé sur une base insuffisante par l'employeur ou son secrétariat social, l'abstention répétée de payer la rémunération due n'est pas une infraction collective. Elle ne constitue qu'un concours matériel. Aussi ne pouvons-nous approuver les décisions – nombreuses – suivant lesquelles le comportement de l'employeur qui ne paie pas de manière persistante, permanente ou répétée, une partie de la rémunération révèle une unité d'intention, que cette attitude résulte d'une négligence, d'une mauvaise volonté, d'un manque d'organisation, d'une ignorance ou de toute autre cause qui n'excuse pas pénalement ni n'enlève au fait son caractère punissable. »²²

- L'élément intentionnel de l'infraction

La majorité des infractions de droit pénal social dont l'élément matériel est une omission, par exemple avoir omis de payer la rémunération aux échéances prévues, ont été érigées par le législateur en infraction sans préciser quel est l'élément intentionnel qui la caractérise.

Ainsi, les infractions à la loi sur la protection de la rémunération sont des infractions dites réglementaires.

Aucune intention dolosive spéciale n'est exigée.²³

Les arrêts des cours du travail vont dans le même sens.²⁴

¹⁹ Cass., 4 décembre 1989, J.T.T., 1990, 5 ; C. Trav. Liège, 18 mars 1992, J.T.T., 1992, 466 ; C. Trav. Mons, 16 avril 1991, J.T.T., 1991, 468 ; C. Trav. Bruxelles, 27 janvier 1992, Chron. D. S., 1992, 421 ; C. Trav. Liège, 19 mars 2001, J.T.T., 2002, 98 ; Trib. Trav. Charleroi, 13 décembre 1999, Chron. D. S., 2000, 300.

²⁰ C. Trav. Mons, 26 juin 2007, J.T.T., 2008, 146.

²¹ C. Trav. Liège, 16 octobre 2000, R.G. n° 26.913/98.

²² F. KEFER, Les concours d'infractions en droit pénal social in le droit pénal social et les contrats de travail spéciaux, C.U.P., LARCIER, 1997, pp. 264 à 265.

²³ Cass., 4 février 1981, Rev. Dr. Pén. Crim., 1981, p. 605 ; Cass., 24 avril 1983, Pas., I, p. 958 ; Cass., 12 mai 1987, Pas., I, p. 1056.

Au pénal, la Cour d'appel de Liège a fait de même.²⁵

Selon la jurisprudence, « *les infractions sont établies par la seule contestation matérielle des faits réprimés par la loi.* »²⁶

L'élément moral de l'infraction se situe dans le fait que l'employeur a agi librement, sans contrainte et sans que son consentement ait été vicié par l'erreur invincible, l'état de nécessité ou la force majeure.²⁷

Il résulte de ces considérations que la juridiction devant laquelle la cause est plaidée doit suivre le même raisonnement qu'une juridiction correctionnelle et examiner si, en l'espèce, une infraction a été commise, c'est-à-dire si tant l'élément matériel (le non-respect factuel d'une disposition légale, réglementaire ou résultant d'une convention collective ou individuelle) que l'élément intentionnel de cette infraction sont présents. Si l'employeur excipe avec vraisemblance de l'existence d'une cause de justification (par ex. erreur invincible) et si le travailleur ne démontre pas que cette dernière n'existe pas, il y aura lieu de faire application des règles de prescription de l'article 15 de la loi du 3 juillet 1978 et non de celles gouvernant la prescription quinquennale afférente à l'action civile naissant d'un délit.

Le non paiement de la rémunération (article 9 de la loi du 12 avril 1965 sur la protection de la rémunération) est constitutif d'infraction (article 42 de la loi précitée).

L'article 9 de cette loi impose à l'employeur de payer la rémunération de l'employé au moins une fois tous les mois. Si une partie de cette rémunération n'a pas été payée, il y a infraction sanctionnée par l'article 42 de la même loi. « *Et dès lors que le non paiement de la rémunération est un délit, l'origine de la rémunération est sans intérêt : il suffit qu'il s'agisse de rémunération.* »²⁸

6.3.2. En l'espèce.

L'intimé peut prétendre au paiement de commissions directes et indirectes.

La mesure d'instruction ordonnée doit permettre de vérifier les montants de ces commissions et, le cas échéant, de déterminer le montant dont la société reste redevable à l'intimé.

S'agissant de rémunération, le non-paiement des commissions est sanctionné pénalement (articles 9, 11 et 42 de la loi du 12 avril 1965 sur la protection de la rémunération).

La cour considère que l'intimé établit à suffisance que tant l'élément matériel que l'élément intentionnel sont réunis.

L'élément matériel résulte du seul fait de ne pas avoir payé la rémunération convenue.

La preuve de cet élément est rapportée dès qu'il est prouvé que l'employeur n'a pas versé la rémunération convenue.

Il s'agit d'une infraction matérielle.

²⁴ C. Trav. Bruxelles, 18 janvier 1980, J.T.T., 1982, p. 36, obs. WANTIEZ ; ²⁴ C. Trav. Bruxelles, 19 décembre 1984, J.T.T., 1985, p. 49 ; C. Trav. Mons, 26 juin 2007, J.T.T., 2008, p. 146 ;

²⁵ Liège, 11 février 1971, J.T.T., 1971, p. 173 ; 19 juin 1981, Rev. Rég. Dr., 1981, p. 383.

²⁶ Cass., 6 novembre 1985, Pas., 1986, I, 261 ; Cass., 3 octobre 1994, J.T., 1995, p. 25 ; Bruxelles, 4 janvier 1995, J.T., 1995, p. 54.

²⁷ R. LEGROS, Le droit pénal dans l'entreprise, J.T.T., 1977, p. 168 et s., en particulier n°17 et 18.

²⁸ Note C. WANTIEZ sous Cass., 17 juin 1996, J.T.T., 1996, p. 331 ; v. également R.W. 1996-1997, p. 851, note DE VOS.

Il est indifférent de déterminer si l'employeur a agi volontairement ou par erreur ou même de bonne foi.

L'élément moral de l'infraction se situe dans le fait que le consentement de l'employeur n'a pas été vicié par une erreur invincible, un état de nécessité ou un cas de force majeure.

C'est à tort que la société invoque que l'intimé n'a pas émis de revendications pendant l'exécution du contrat de travail et qu'aucune exclusivité ne lui était accordée.

La société devait savoir que l'intimé bénéficiait d'une exclusivité dans son secteur et ne peut se prévaloir de ses propres erreurs pour se libérer de ses obligations.

La société n'invoque, en outre, aucun élément externe qui aurait induit une erreur invincible de nature à lui rendre l'infraction non imputable.

La bonne foi dont se prévaut la société est irrelevante également.

La Cour considère que les éléments constitutifs sont bien établis en l'espèce et l'action publique se prescrit, dès lors, par 5 ans.

Pour ce qui concerne l'unité d'intention, s'il est vrai que la société a persisté dans sa manière de payer les commissions à l'intimé de 1996 à 2008, la Cour estime ne pouvoir déduire de cette seule circonstance une intention unique dans son chef.

La simple succession ininterrompue d'infractions n'établit pas, par elle-même, l'unité d'intention.

La société allègue de sa bonne foi et l'intimé ne prouve pas que la persistance de la situation résulte d'une intention bien affirmée de ne pas respecter la loi.

A cet égard, il convient de tenir compte du fait que la société puisse ignorer l'existence de l'obligation de payer certaines commissions, notamment les commissions indirectes en raison de l'absence d'accord d'exclusivité établi par écrit et de l'absence de réclamation par l'intimé durant l'exécution du contrat.

En conséquence, les éléments produits par l'intimé ne permettent pas de conclure à l'unité d'intention délictueuse.

Le contrat a pris fin le 31 décembre 2008.

Tous les arriérés de commissions et/ou pécules de vacances exigibles avant le 31 décembre 2003 sont prescrits en application de la prescription *ex delicto* qui ne permet que de remonter 5 années en arrière à partir de l'accomplissement du dernier fait infractionnel.

6.4. Le montant des commissions.

Les parties sont totalement en désaccord sur le montant des ventes non commissionnées ainsi que sur le montant de la commission.

La Cour statuera après l'exécution de la mesure d'instruction.

Actuellement, aucun montant provisionnel ne doit être payé par la société à l'intimé.

DISPOSITIF.

PAR CES MOTIFS,

LA COUR,

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,

après en avoir délibéré et statuant publiquement et contradictoirement,

**déclare l'appel recevable et partiellement fondé,
édicte par voie de dispositions nouvelles,
dit la demande non fondée pour cause de prescription en ce qu'elle porte sur les arriérés de commissions directes, indirectes et pécules de vacances devenus exigibles antérieurement au 31 décembre 2003,
pour le surplus, confirme le jugement entrepris,
jugeant par évocation,
ordonne, en application de l'article 775 du Code judiciaire, la réouverture des débats pour permettre à**

- **la société appelante de**
 - **produire toutes les pièces comptables et toutes pièces probantes utiles, telles que bons de commande et bons de livraison, de manière à établir :**
 - **le chiffre total des ventes réalisées par la société appelante, celui des ventes réalisées par l'intimé, d'un côté et par Monsieur R., de l'autre, à partir du 31 décembre 2003,**
 - **les commissions directes et indirectes versées à l'intimé à partir de cette même date,**
 - **procéder à un examen complet et détaillé du listing dressé par l'intimé des commissions indirectes qui lui reviendraient à partir du 31 décembre 2003,**
 - **déterminer la part éventuelle de l'incontestablement dû,**
 - **déterminer l'éventuelle incidence d'une majoration des commissions directes à partir du 1^{er} janvier 2001,**
- **à l'intimé de**
 - **procéder à toutes vérifications utiles,**
 - **faire valoir ses observations et, au besoin, solliciter la communication d'autres pièces utiles,**

fixe la date limite pour les échanges des observations entre parties et leur dépôt au greffe de la Cour, conformément à l'article 775 du Code judiciaire, :

- **au 1^{er} mars 2012 pour les conclusions de la partie intimée**
- **au 16 avril 2012 pour les conclusions de la partie appelante,**
- **au 7 mai 2012 pour les éventuelles conclusions de synthèse de la partie intimée,**

fixe date à cette fin à l'audience publique de la 8^{ème} chambre du vendredi 25 mai 2012 à 15 heures 45 pour 45 minutes en l'extension sud du Palais de Justice de Liège, salle C.061 au rez-de-chaussée, sise place Saint-Lambert, 30 à 4000 LIEGE,

**réserve à statuer pour le surplus,
réserve les dépens.**

Ainsi arrêté et signé avant la prononciation par la 8^e Chambre de la Cour du travail de Liège, section de Liège, composée de Madame, Messieurs

Nicole COLLAER, Conseiller faisant fonction de Président,
Jacques MABILLE, Conseiller social au titre d'employeur,
Jean-Pierre RENSONNET, Conseiller social au titre d'employé,
qui ont participé aux débats de la cause,
assistés de Sandrine THOMAS, greffier,
lesquels signent ci-dessous :

le greffier,

les conseillers sociaux,

le Président,

et prononcé en langue française à l'audience publique de la même chambre, en l'annexe du Palais de Justice de Liège, sise rue Saint-Gilles, 90 c à 4000 LIEGE le **VINGT-CINQ NOVEMBRE DEUX MILLE ONZE** par Madame Nicole COLLAER, Président de la chambre, assistée de Madame Sandrine THOMAS, Greffier, qui signent ci-dessous :

le Greffier,

le Président,