

Rep.N°.

2008/706

COUR DU TRAVAIL DE BRUXELLES

ARRET

AUDIENCE PUBLIQUE DU 25 MARS 2009.

4^{ème} chambre

Contrat de travail employé
Contradictoire
Réouverture des débats : 30 septembre 2009 à 14h15'

En cause de:

S.A. MEWAF INTERNATIONAL SALES, dont le siège
social est établi à 2800 Mechelen, Jubellaan, 74 ;

Appelante au principal, intimée sur incident, représentée par
Maître Van Houcke loco Maître T. Messiaen, avocat ;

Contre:

V Oliver, domicilié à

Intimé au principal, appelant sur incident, représenté par
Maître J. Van Drooghenbroeck, avocat ;

★

★

★

La Cour, après en avoir délibéré, prononce l'arrêt suivant :

Vu la législation applicable et notamment :

- le Code judiciaire,
- la loi du 15 juin 1935 sur l'emploi des langues en matière judiciaire,

I. Le jugement

1. Monsieur V a saisi le tribunal du travail de Nivelles, section de Wavre, d'une demande de condamnation de la S.A. MEWAF INTERNATIONAL SALES (ci-après la société) au paiement de :

- la somme de 39.229,62 Euros bruts à titre d'indemnité compensatoire de préavis ;
- la somme de 15.676,85 Euros bruts à titre d'indemnité d'éviction.
- les intérêts légaux et judiciaires sur les montants bruts.

2. Par jugement du 18 décembre 2007, la première chambre du tribunal du travail de Nivelles, section de Wavre, a condamné la société au paiement :

- d'une indemnité compensatoire de préavis égale à 27.461,80 Euros bruts ;
- d'une indemnité d'éviction de 13.730,90 Euros bruts ;
- des intérêts légaux et judiciaires depuis le 29 novembre 2005 sur les montants bruts.

Le tribunal a également condamné la société aux dépens liquidés à 150, 32 Euros pour les frais de citation et à 107,09 Euros à titre d'indemnité de procédure.

3. Il ne résulte pas du dossier que le jugement a été signifié.

II. L'appel et la procédure devant la Cour

4. La société a fait appel du jugement par une requête reçue au greffe le 11 mars 2008.

5. Les délais de procédure ont été fixés, de l'accord des parties, par une ordonnance du 2 avril 2008.

Des conclusions ont été déposées pour Monsieur V le 16 juin 2008, le 15 octobre 2008 et le 12 janvier 2009.

Des conclusions ont été déposées pour la société, le 1^{er} septembre 2008 et le 1^{er} décembre 2008.

6. La société demande à la Cour de déclarer son appel recevable et fondé et en conséquence de déclarer la demande originaire non fondée et de condamner Monsieur V aux dépens des deux instances

7. Les conseils des parties ont été entendus à l'audience du 25 février 2009. L'affaire a été prise en délibéré à cette audience.

III. Faits et antécédents

8. Monsieur V est entré au service de la société LABONORM, le 23 mars 1998 en qualité de délégué commercial. Les activités de la société LABONORM ont été cédées à la société HERMANT qui est ultérieurement devenue la société MEWAF INTERNATIONAL SALES.

9. Monsieur V a été licencié pour motif grave, le 29 novembre 2005.

Les motifs suivants lui ont été notifiés, le 1^{er} décembre 2005 :

« En date du 25 novembre 2005, Madame C, l'administration et sales support, a quitté à 16 heures le bureau show room de Malines. A ce moment, tout le matériel du bureau fonctionnait parfaitement. Quand Madame C est revenue le lundi 28 novembre 2005 à 8 h au bureau, la machine à copier ainsi que l'imprimante se trouvaient en état d'alarme ; pour le surplus, il y avait sur l'imprimante des empreintes digitales sales et noires et elle ne se trouvait pas à son endroit normal.

Madame C a surtout essayé de faire fonctionner la machine à copier et elle s'est aperçue suite à cela que quelque chose de fautif s'était déroulé en copiant certains documents car il y avait encore une feuille qui se trouvait dans la machine à copier. Quand elle a su récupérer la feuille, il s'est avéré qu'il s'agissait d'une invitation de la jeune Chambre Economique de Wavre & des 6 Vallées, organisation dont vous êtes le président (voir document en annexe). L'imprimante ne parvenait pas à redémarrer, elle était dans l'état d'alarme.

Puisque vous étiez le dernier au bureau ce vendredi et puisque Madame C avait trouvé la feuille émanant de votre organisation dans la machine à copie, Madame C vous a téléphoné immédiatement afin de vous confronter à cette situation. Elle a également posé la question de savoir ce qui s'était passé avec l'imprimante. Vous avez nié avoir fait quoi que ce soit sous prétexte que tout fonctionnait parfaitement quand vous avez quitté ce vendredi le show room.

Madame C a téléphoné au responsable de Labonorm, Madame W à 8h15 pour communiquer ce qu'elle avait constaté. Madame W vous a téléphoné et vous a confronté avec les faits précités.

Après insistance de sa part, vous avez finalement reconnu les faits notamment d'avoir fait des copies d'une part pour la jeune Chambre Economique de Wavre & des 6 vallées et d'avoir fait usage de l'imprimante pour le carton pour la jeune Chambre Economique de Wavre & des 6 vallées. Pour le surplus vous avez reconnu que l'imprimante était bloquée et que vous avez essayé d'y remédier. Tout ceci signifie que vous avez abusé du matériel du travail.

Nous ne pouvons admettre une telle attitude de votre part d'autant que cet abus n'est pas un fait unique.

- *Déjà en date du 13 novembre 2001 on a dû vous informer que vous « deviez vous conformer aux directives qui prescrivent une stricte scission entre les activités privées et les activités professionnelles et que nous n'acceptons nullement d'abuser le matériel qui est la propriété de l'entreprise, et ce suite à la constatation que vous avez abondamment fait usage du hardware ainsi que du matériel de l'entreprise et de la liberté dont vous disposez en votre qualité de représentant ;*
- *également lors de l'entretien d'évaluation du 29 octobre 2005 tenu suite aux chiffres de vente minimaux réalisés par vous jusqu'en octobre 2005, vous avez à nouveau été averti par madame W. que l'on ne pouvait pas tolérer que vous travailliez pendant les heures de travail pour la jeune Chambre Economique de Wavre & des 6 vallées. L'on vous a averti incontestablement et clairement que vous aviez trop peu de commandes et que vous faisiez beaucoup de fautes lors des commandes, pour autant qu'il y en ait, et que vous deviez consacrer votre temps de travail exclusivement à votre travail ;*
- *Egalement à l'égard de votre attitude non-commerciale, vous avez déjà été avisé par recommandé du 3 novembre 2004 (client Gloxo Smith Kline), une telle attitude ayant déjà fait l'objet d'un entretien d'évaluation en date du 26 février 2004 ;*

Comme il résulte de l'entretien précité, vous n'avez pas tenu compte des avertissements qui vous ont été donnés lors de l'évaluation temporaire du 29 octobre 2005, ni des antécédents écrits et oraux.

Pour le surplus, il s'est avéré lors de la remise du l'ordinateur portable qui vous était confié, que vous en avez fait un usage intensif/fréquent pour rédiger des documents privés. Ces documents privés consistent en divers directories, subdirectories et divers downloads, en totalité à peu près 3948 files et 322 fichiers pour un total de 1.076 GB là où le contrat stipule qu'il est interdit d'utiliser l'ordinateur à des fins privées. Il est également interdit de mettre le software lui-même sur l'ordinateur portable.

Tout ceci revient à dire que vous avez obstinément et continuellement refusé de suivre les instructions de votre instructeur hiérarchique et que vous avez abusé de façon continue, comme constaté par nous le 25 novembre, du matériel de travail qui avait été mis à disposition par votre employeur. Ceci a perturbé notre confiance à votre égard de telle façon que nous excluons totalement et immédiatement toute coopération.... » (lettre d'énonciation des motifs graves du 1er décembre 2005, traduction non contestée)

9. Monsieur V a contesté les motifs de son licenciement par lettre de son conseil du 18 janvier 2006. En l'absence de solution amiable la procédure a été introduite par une citation signifiée, le 10 avril 2006.

IV. Discussion

§ 1. Le licenciement pour motif grave

10. Les faits reprochés ne constituent pas un motif grave. Il y a lieu de confirmer le jugement sur ce point.

11. Le fait d'avoir utilisé la photocopieuse et l'imprimante à des fins privées peut constituer une faute. Un employé doit en principe s'abstenir d'utiliser le matériel de son employeur à d'autres fins que des fins professionnelles.

Cependant, sauf circonstances particulières, une telle faute ne présente en elle-même aucun caractère de gravité. Une utilisation modérée de la photocopieuse et du matériel informatique à des fins privées est, en effet, généralement tolérée.

12. En l'espèce, les circonstances ne permettent pas de donner à l'utilisation privée du matériel un caractère de gravité.

Cette utilisation est intervenue après la fin des heures normales de travail. Il résulte en effet de la lettre d'énunciation des motifs graves que la photocopieuse a été utilisée après le départ à 16 heures de Madame C

De même, il n'est pas contesté que Monsieur V a utilisé son propre papier (avec l'entête de la « *Jeune Chambre Economique de Wavre et des 6 Vallées* »).

L'utilisation du matériel à des fins privées ne peut être considérée comme habituelle pour la seule raison qu'en 2001, la société avait envoyé un avertissement relatif à l'utilisation, pendant les heures de travail, du matériel à des fins privées.

Cet avertissement est de plus de 4 ans antérieurs à l'incident du 25 novembre 2005.

Par ailleurs, il concernait une utilisation du matériel pendant les heures de travail alors qu'en l'espèce, ce qui est en cause c'est l'utilisation du matériel après les heures normales de travail.

13. Il n'est pas démontré que lors de l'entretien d'évaluation d'octobre 2005, l'attention de Monsieur V avait été spécialement attirée sur l'utilisation du matériel à des fins privées.

Il semble d'après l'attestation déposée par la société (pièce 13 de son dossier) qu'il fut question, lors de cet entretien, des activités privées de Monsieur V pendant les heures normales de travail. Or, en l'espèce, ce qui est reproché, c'est principalement l'utilisation du matériel de l'entreprise en-dehors des heures normales de travail.

Par ailleurs, l'attitude peu commerciale, ou à tout le moins, peu dynamique constatée en 2004 à l'égard du client Glaxo Smith Kline (voir courrier du 3 novembre 2004) ne suffit pas à donner un degré de gravité aux faits survenus le 25 novembre 2005. Ces faits sont en effet de nature trop éloignée.

14. Les circonstances que la société offre de rapporter par témoins ne sont pas pertinentes.

Ainsi, par exemple, la question de savoir si Monsieur V a utilisé non seulement la photocopieuse mais aussi l'imprimante, n'est pas déterminante.

Même en cas d'utilisation de l'imprimante, la faute resterait en elle-même dénuée de toute gravité.

De même, puisqu'il n'est pas allégué que lors de l'entretien d'évaluation d'octobre 2005, il fut question de l'utilisation du matériel de l'entreprise en-dehors des heures normales de travail, cet entretien n'est pas susceptible de modifier l'appréciation de la gravité des faits.

§ 2. Conséquences

Indemnité compensatoire de préavis

15. En l'absence de motif grave, Monsieur V a droit à une indemnité compensatoire de préavis. Il réclame une indemnité de 10 mois calculée sur une rémunération annuelle de 47.075,55 Euros. La société demande que l'indemnité soit calculée sur base d'un préavis de 6 mois. En ce qui concerne la rémunération annuelle, la société ne formule pas d'observation sur le montant retenu par le premier juge (soit 41.192,70 Euros).

Rémunération de base

16. En ce qui concerne la rémunération à prendre en compte pour le calcul de l'indemnité compensatoire de préavis, le premier juge a retenu un montant de 41.192,70 Euros soit : $2.754,47 \times 13,92 + (\text{un avantage voiture de } 237,54 \text{ Euros} \times 12)$.

Monsieur V demande à la Cour de fixer la rémunération annuelle à 47.075,55 Euros, soit :

- rémunération mensuelle brute : $2.754,47 \times 13,92 = 38.342,22$ Euros
- usage privé de la voiture (peugeot 307) $(15.000 \text{ Km} \times 0,45) = 6.750,00$ Euros
- prime sur la qualité pour l'année 2004 1.983,33 Euros

La société s'en tient au montant retenu par la tribunal.

La contestation porte donc sur deux points : la valeur de l'avantage voiture et l'inclusion de la « *prime de qualité* ».

17. En ce qui concerne l'évaluation de l'usage privé de la voiture, Monsieur V fait à juste titre observer que les parties ne sont pas liées par le montant qui a été déclaré fiscalement (en ce sens, Cass. 4 janvier 1993, Pas. 1993, I, p. 1).

En règle, il faut se référer « *aux frais réels que le travailleur devrait supporter pour disposer d'un avantage équivalent* » (voir Cass. 26 septembre 2005, S. 0404176.N).

Monsieur V évalue ses déplacements privés à l'équivalent de 15.000 kilomètres par an ; il n'est pas établi toutefois que Monsieur V parcourait à titre privé un nombre aussi élevé de kilomètres.

En l'absence d'autres éléments, l'avantage, tel qu'évalué par le premier juge (soit 350 Euros par mois moins la retenue de 112,46 Euros), doit être confirmé.

18. En l'espèce, il ne semble pas y avoir de contestation quant au fait qu'une rémunération variable (« *prime de qualité* ») a effectivement été payée au début de l'année 2005.

Pour déterminer le montant de la rémunération variable en cours à la date du licenciement, la Cour ne doit pas nécessairement s'en tenir au montant qui a été accordé au cours des 12 derniers mois (voir Cass. 24 octobre 2005, J.T.T. 2006, p. 183 et obs. D. Votquenne¹), ni à ce qui sera payé pour l'année du licenciement (voir Cass. 9 mai 1994, J.T.T. 1995, p. 9).

Les parties ne se sont pas expliquées sur le montant des « *primes de qualité* » qui auraient été accordées pour d'autres années.

En l'état actuel du dossier, la Cour n'est pas en mesure de se prononcer sur l'inclusion dans la rémunération de base d'une rémunération variable.

Une réouverture des débats s'impose donc sur ce point. Les parties veilleront à éclairer la Cour sur les primes versées pour les années précédentes.

19. La rémunération peut, à titre provisionnel, être fixée à 41.192,70 Euros soit

- rémunération mensuelle : 2.754,47 x 13,92 =	38.342,22
- avantage voiture de 237,54 Euros x 12 =	2.850,48

¹ Voir aussi C. Wantiez, « Dix arrêts de la Cour de cassation qui comptent en droit du travail », in Les 30 ans de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail, ed. J.B. de Bruxelles, 2008, p.109 : « si le juge décide de prendre en considération une moyenne de rémunération payée dans une période plus éloignée, il devrait dire pourquoi – nonobstant cet éloignement – elle reste une rémunération en cours ».

Durée du préavis convenable

20. L'article 82, § 2 et § 3 de la loi du 3 juillet 1978 précise :

« § 2. Lorsque la rémunération annuelle ne dépasse pas 26.418 EUR (montant en vigueur en 2004), le délai de préavis à observer par l'employeur est d'au moins trois mois pour les employés engagés depuis moins de cinq ans.

Ce délai est augmenté de trois mois dès le commencement de chaque nouvelle période de cinq ans de service chez le même employeur.(...)

§ 3. Lorsque la rémunération annuelle excède 26.418 EUR (montant en vigueur en 2004), les délais de préavis à observer par l'employeur et par l'employé sont fixés soit par convention conclue au plus tôt au moment ou le congé est donné, soit par le juge.

Si le congé est donné par l'employeur, le délai de préavis ne peut être inférieur aux délais fixés au § 2, alinéas 1er et 2. (...) ».

21. La durée du préavis convenable doit être déterminée « eu égard à la possibilité existant pour l'employé de trouver rapidement un emploi adéquat et convenable, compte tenu de son ancienneté, de son âge, de ses fonctions et de sa rémunération, en fonction des éléments propres à la cause » (cfr notamment, Cass. 2 décembre 2002, www.juridat.be, S. 020060N ; Cass. 4 février 1991, Pas. 1991, p. 536 ; Cass. 3 février 1986, J.T.T. 1987, p. 58 ; Cass. 17 septembre 1975, Pas. 1976, I, p. 76).

Dans la détermination du préavis convenable, le juge doit prendre en compte les circonstances existant au moment de la notification du congé dans la mesure où ces circonstances influencent la chance existant, pour l'employé, de trouver un emploi équivalent (Cass. 3 février 2003, J.T.T., 2003, p. 262 ; Cass. 6 novembre 1989, J.T.T. 1989, p. 482 et obs. C.W.).

Il n'y a pas lieu d'avoir égard aux manquements du travailleur (voir en ce sens, C.T. Anvers, 15 juin 2005, Chron. D. S., 2007, p. 167 ; C.T. Liège, 16 septembre 2005, Chron. D. S., 2007, p. 186 ; C.T. Bruxelles, 2 octobre 2007, J.T.T. 2008, p. 66 ; C.T. Bruxelles, 17 avril 2007, J.T.T. 2007, p. 436 ; C.T. Bruxelles, 8 mars 2006, J.T.T. 2007, p. 47 ; C.T. Bruxelles, 11 janvier 2006, J.T.T. 2006, p. 216).

En effet, les manquements n'influencent pas positivement les chances de reclassement.

22. A la date du licenciement, Monsieur V. était âgé de 39 ans, il avait une ancienneté de 7 ans et demi et une rémunération de 41.192,70 Euros au moins.

Compte tenu de ces éléments, la durée du préavis retenue par le premier juge doit être confirmée.

23. La Cour retient donc une indemnité compensatoire fixée à titre provisionnel à $(41.192,70 \times 8/12) = 27.461,80$ Euros.

Indemnité d'éviction

25. Selon l'article 101 de la loi du 3 juillet 1978, « *lorsqu'il est mis fin au contrat, soit par le fait de l'employeur sans motif grave, ... une indemnité d'éviction est due au représentant de commerce qui a apporté une clientèle, à moins que l'employeur n'établisse qu'il ne résulte de la rupture du contrat aucun préjudice pour le représentant de commerce.*
Cette indemnité n'est due qu'après une occupation d'un an. (...) ».

Selon l'article 105 de la loi du 3 juillet 1978, « *la clause de non-concurrence créée en faveur du représentant de commerce une présomption d'avoir apporté une clientèle; l'employeur peut faire la preuve contraire le cas échéant ».*

L'indemnité d'éviction comprend non seulement la rémunération en cours, mais aussi les avantages acquis en vertu du contrat (article 101, dernier alinéa)

26. En l'espèce, Monsieur V exerçait une fonction de représentant de commerce. Il a été licencié sans motif grave alors que son ancienneté était supérieure à 1 an. Son contrat de travail prévoyait une clause de non concurrence de sorte que l'apport de clientèle est présumé.

Les conditions d'octroi de l'indemnité d'éviction sont donc en principe remplies. La société peut toutefois prouver l'absence d'apport de clientèle, ce qu'en l'espèce elle ne tente pas de faire, ou encore l'absence de préjudice du fait du licenciement.

27. La société soutient que Monsieur V n'a pas subi de préjudice.

Il peut ne pas y avoir de préjudice lorsque le travailleur poursuit une activité le mettant en mesure de conserver sa clientèle (voir Cass. 10 mars 2003, sur juridat.be; Cass. 14 novembre 1994, S.940016.F ; C.T. Liège (sect. Namur), 24 juin 2008, RG n° 8447/07 ; C.T. Bruxelles, 13 juin 2000, RG n° 35.668) ou lorsqu'il n'a pas l'intention d'utiliser cette clientèle après la fin des relations contractuelles (Cass. 20 mars 2000, RG n° 990142.N).

C'est donc à juste titre que le premier juge a rappelé que « l'absence de préjudice ne peut être admise que s'il est établi que le représentant a conservé après le licenciement la clientèle apportée ou s'il a abandonné la valorisation de celle-ci ».

En l'espèce,

- il n'est pas discuté que Monsieur V a retrouvé un emploi dans un autre secteur d'activité de sorte qu'il n'a pas été en mesure de conserver sa clientèle ;

- il n'est, par ailleurs, pas démontré qu'il ait eu la volonté de ne plus utiliser sa clientèle après la fin des relations contractuelles.

L'absence de préjudice n'est pas démontrée.

28. Il y a lieu de confirmer le droit à l'indemnité d'éviction. Le montant accordé par le premier juge doit être confirmé à titre provisionnel. Le montant définitif sera fixé après qu'il ait été statué sur l'inclusion éventuelle dans la base de calcul, d'une rémunération variable (« *prime de qualité* »).

Intérêts légaux

29. La condamnation prévue par le présent arrêt concerne des rémunérations au sens de l'article 2 de la loi du 12 avril 1965, dont le droit au paiement est né après le 1^{er} juillet 2005.

Pour les sommes dont le droit au paiement est né à partir du 1^{er} juillet 2005, l'article 10 de la loi du 12 avril 1965 tel que modifié par l'article 82 de la loi du 26 juin 2002, prévoit le calcul des intérêts sur le montant brut (voir en ce sens, l'arrêté royal du 3 juillet 2005 et l'article 69 de la loi portant des dispositions diverses (I) du 8 juin 2008).

La société évoque la possibilité d'une discrimination injustifiée entre, d'une part un débiteur ordinaire, et d'autre part l'employeur qui sur la partie de la rémunération correspondant aux retenues sociales et fiscales serait susceptible de devoir payer des intérêts à la fois au travailleur et à l'ONSS et au fisc.

La société ne démontre pas toutefois que s'agissant d'un retard découlant d'une procédure judiciaire, des intérêts sont susceptibles de lui être réclamés par l'ONSS ou par le fisc avant la déclaration concomitante à l'attribution ou au paiement du montant net des indemnités.

Le risque de devoir payer des intérêts deux fois sur une même base et pour une même période, est en l'espèce inexistant.

Ainsi envisagé, l'article 10 de la loi du 12 avril 1965 tel que modifié par l'article 82 de la loi du 26 juin 2002 ne crée manifestement aucune discrimination susceptible de contrevenir aux articles 10 et 11 de la Constitution.

Il y a lieu de confirmer le calcul sur le montant brut des indemnités. La Cour constitutionnelle a, du reste, répondu négativement à la question posée à ce sujet par l'arrêt de la Cour du travail de Gand du 27 juin 2008 (voir arrêt n° 48/2009 du 11 mars 2009).

**Par ces motifs,
La Cour du Travail,**

Statuant après avoir entendu les deux parties ;

Reçoit l'appel principal et l'appel incident ;

Déclare l'appel de la société non fondé ;

Déclare l'appel incident de Monsieur V dès à présent non fondé
en ce qui concerne :

- la durée du préavis à prendre en compte pour le calcul de l'indemnité compensatoire de préavis ;
- l'avantage voiture à prendre en compte pour le calcul de l'indemnité compensatoire de préavis et l'indemnité d'éviction ;

Réserve à statuer sur le surplus de l'appel incident ;

Sous cette réserve, confirme le jugement ainsi que la condamnation de la société à payer :

- une indemnité compensatoire de préavis égale à 27.461,80 Euros bruts ;
- une indemnité d'éviction de 13.730,90 Euros bruts ;
- les intérêts légaux et judiciaires depuis le 29 novembre 2005 sur les montants bruts.

Fixe la réouverture des débats à l'audience publique du **30 septembre 2009 à 14h15'** pour une durée de **10 minutes**, de la quatrième chambre de la Cour du Travail siégeant place Poelaert 3 à 1000 Bruxelles ;

Dit que les parties sont invitées à communiquer et à déposer leurs pièces complémentaires et leurs observations écrites, dans les délais suivants :

- Monsieur V pour le 27 mai 2009, au plus tard ;
- La société pour le 4 septembre 2009 au plus tard ;

Réserve les dépens.

Ainsi arrêté par :

J.F. NEVEN, Conseiller président la chambre

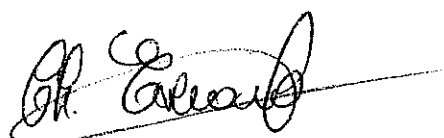
J. DE GANSEMAN, Conseiller social au titre d'employeur

G. OSTACHKOV, Conseiller social au titre d'employé

Assistés de Ch. EVERARD Greffier


G. OSTACHKOV


J. DE GANSEMAN

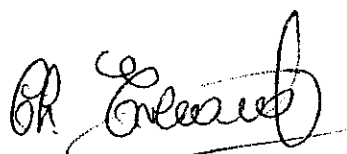

Ch. EVERARD


J.F. NEVEN

et prononcé à l'audience publique de la 4^e chambre de la Cour du travail de Bruxelles, le vingt-cinq mars deux mille neuf, où étaient présents :

J.F. NEVEN, Conseiller président la chambre

Ch. EVERARD, Greffier


Ch. EVERARD


J.F. NEVEN