



Expédition

| |
|--|
| Numéro du répertoire 2019 / |
| Date du prononcé 6 novembre 2019 |
| Numéro du rôle 2016/AB/1075 |
| Décision dont appel 13/14098/A |

| |
|------------|
| Délivrée à |
| le |
| € |
| JGR |

Cour du travail de Bruxelles

quatrième chambre

Arrêt

DROIT DU TRAVAIL - contrats de travail-employé
Arrêt contradictoire
Interlocutoire
Réouverture des Débats

La S.A. CENTRE EUROPEEN D'EVOLUTION ECONOMIQUE, en abrégé CEDEC, inscrite auprès de la Banque Carrefour des entreprises sous le n°0400.421.839 et dont le siège social est établi à 1180 BRUXELLES, Rue Egide Van Ophem 40a, partie appelante au principale et intimée sur incident, représentée par Maître Claude WANTIEZ, avocat à 1150 BRUXELLES,

contre

Monsieur G _____ L _____, domicilié à

partie intimée au principale et appelante , représentée par Maître Jean-Jacques PECKEL, avocat à 1150 BRUXELLES,

★

★ ★

Vu l'appel interjeté par la sa Cedec contre le jugement contradictoire prononcé le 30 octobre 2015 par la 1ère chambre du Tribunal du travail francophone de Bruxelles (R.G. n°13/14098/A), en cause d'entre parties, appel formé par requête déposée au greffe de la Cour du travail le 25 novembre 2016;

Vu l'ordonnance du 8 février 2017 fixant les délais de conclusions et fixant la cause pour plaidoiries ;

Vu les conclusions déposées par la sa Cedec ;

Vu les conclusions déposées par Monsieur L _____ ;

Vu les dossiers des parties ;

Entendu les parties à l'audience publique du 2 octobre 2019 ;

La cause a été prise en délibéré lors de la même audience.

Il a été fait application de l'article 24 de la loi du 15 juin 1935 concernant l'emploi des langues en matière judiciaire.

I. RECEVABILITE DES APPELS.

L'appel a été interjeté dans les formes et délais légaux. Il ne résulte pas des pièces déposées que la signification du jugement a eu lieu, en manière telle que le délai d'appel n'a pas couru.

L'appel est partant recevable. Il en va de même pour l'appel incident.

II. LE JUGEMENT DONT APPEL.

Par jugement du 30 octobre 2015, le Tribunal du travail francophone de Bruxelles a décidé ce qui suit :

« « Déclare la demande de Monsieur G L fondée en son principe en ce qui concerne les chefs de demande relatif aux arriérés de double pécule de vacances sur salaire fixe, arriérés de rémunération de jours fériés et arriérés de primes de fin d'année ;

Dit pour droit que les temps de déplacement constituent du temps de travail pour les motifs et dans les limites mieux précisés sous les points 73 à 84 du présent jugement ;

Déclare en conséquence la demande de Monsieur G L partiellement fondée en son principe en ce qui concerne le chef de demande relatif aux heures supplémentaires dans la mesure mieux précisée aux points 91 et 93 du présent jugement ;

Ordonne la réouverture des débats et fixe la cause à l'audience publique de la 1^{ère} chambre du vendredi 20.1.2017 à 9h30 (salle 0.4), pour une durée de 60 minutes, afin de permettre :

- aux parties d'exposer, relativement à tous les chefs de demande, leur position sur le moyen de la prescription, en ce compris le point de départ du délai de prescription ;*

- aux parties de vérifier contradictoirement le décompte des primes de fin d'année dues conformément aux considérants et motifs du présent jugement et, à cette fin, à la partie*

demanderesse de déposer au greffe et de communiquer à la partie défenderesse un décompte détaillé et justifié, avec renvoi systématique aux pièces justificatives (c'est-à-dire notamment les feuilles de rémunération), de ces primes de fin d'année ;

• à la partie demanderesse de déposer au greffe et de communiquer à la partie défenderesse un décompte détaillé et justifié au mois le mois, avec renvoi systématique aux pièces justificatives (c'est-à-dire notamment les relevés de frais, de prestations et factures déjà déposés), des heures supplémentaires prestées au-delà des limites applicables qui doivent être rémunérées conformément aux motifs mieux précisés supra dans le présent jugement et un calcul du montant réclamé à ce titre et aux parties de vérifier ce décompte ;

*Fixe en application de l'article 775 du Code judiciaire, les délais suivants :
(...)*

Réserve à statuer pour le surplus;

Réserve les dépens ».

III. L'OBJET DES APPELS ET DES DEMANDES EN APPEL.

L'appel au principal formé par la sa Cedec a pour objet de:

-à titre principal, réformer le jugement du 30 octobre 2015 et rejeter les demandes de monsieur L .

-subsidiairement, rejeter les demandes relatives aux arriérés de primes de fin d'année et de rémunération des temps de déplacement.

-condamner monsieur L aux dépens liquidés à la somme de 7.700 € à titre d'indemnité de procédure d'appel.

L'appel incident et les demandes en appel de monsieur L ont pour objet de:

- réformer le jugement entrepris en ce qu'il n'a pas comptabilisé comme temps de travail le temps de déplacement effectué les dimanches et jours fériés par monsieur L de son domicile vers le premier client et inversement.

-En conséquence, condamner la sa Cedec au paiement de

- 599,63 € à titre d'arriérés de double pécule de vacances sur salaire fixe.
- 5.452,40 € à titre d'arriérés de rémunération variable sur jours fériés.

- 33.990,44 € à titre d'arriérés de primes de fin d'année.
- A titre principal: 369.788,78 € à titre de sursalaire pour prestations d'heures supplémentaires.
- A titre subsidiaire: 337.901,92 € à titre de sursalaire pour prestations d'heures supplémentaires
- A titre plus subsidiaire encore: 230.108,51 € à titre de rémunération relative aux prestations effectuées en-dehors de l'horaire normal de travail.

-condamner la sa Cedec au paiement des intérêts légaux et judiciaires et des dépens des deux instances, en ce compris les indemnités de procédure.

IV. EXPOSE DES FAITS

La société Cedec est une société de conseil en gestion et organisation des petites et moyennes entreprises.

En date du 23 septembre 2004, un contrat de travail est conclu entre la société Cedec et monsieur L au terme duquel il est engagé à durée indéterminée par la société à partir du 18 octobre 2004 en qualité de « *Conseil en Organisation* ».

Selon les précisions non contestées données par monsieur L , sa fonction consistait à exécuter la mission d'« audit » de l'entreprise cliente, cette mission ayant fait l'objet d'une convention vendue en amont par un « économiste » de la société Cedec, qui précisait les points sur lesquels il fallait agir pour améliorer le fonctionnement et la rentabilité de ladite entreprise cliente.

L'article 2 du contrat de travail définit la fonction de « *Conseil en Organisation* » comme suit:

« Article 2.1.

Le conseil a pour mission de réaliser conformément aux directives reçues et dans les temps prévus à cet effet, les projets décrits dans la « convention » relative à l'exécution des travaux de rationalisation.

La mise en application effective de ces projets constitue un des critères essentiels de la qualité de son travail.

Elle implique, notamment l'exercice de missions de contrôle qui peuvent être exercées en dehors des heures normales d'activité de l'entreprise cliente.

D'autre part, dans l'exercice de ces fonctions, et uniquement pour l'exécution des travaux de rationalisation tels que prévus dans la Convention passée avec le client, le Conseil représente Cedec auprès du client.

La fonction du Conseil est donc un poste de responsabilité et de confiance. »

L'article 2.2. stipule ce qui suit :

« Les obligations impératives du conseil consistent à :

- 1. Accomplir toutes ses prestations au sein de l'entreprise cliente et en collaboration avec le chef d'entreprise.*
 - 2. Téléphoner au bureau les lundi, mercredi et vendredi de chaque semaine afin de rendre compte de son activité et des desiderata du client ainsi qu'en cas de difficulté susceptible de compromettre la bonne exécution de sa mission.*
 - 3. Appliquer tant vis-à-vis des clients que vis-à-vis de son employeur, les directives contenues dans les méthodologies.*
 - 4. Obtenir le paiement des honoraires se rapportant aux prestations.*
 - 5. A adresser au Cedec, sous pli cacheté toute lettre de clôture obtenue chez un client. Toute copie et utilisation de ce document par le Conseil est strictement interdite.*
 - 6. Se munir, d'une somme suffisante pour couvrir les frais nécessaires à son déplacement et à son séjour. Les frais accidentels ou imprévus ne peuvent être couverts que par encaissement d'un chèque auprès d'une banque ou paiement par carte de crédit. Si cela s'avérait impossible, l'employeur devra être immédiatement avisé par téléphone et s'occupera seul de l'aide à apporter au Conseil, ce qui exclut tout recours à des tiers,*
 - 7. Réaliser une prestation qui, sauf cas spécial et autorisation de l'employeur, ne peut dépasser 45 heures par semaine ni 10 heures par jour.*
 - 8. Transmettre au siège tout document devant être envoyé à un client.*
- intitulé « les obligations impératives du conseil ».*

L'article 4 du contrat de travail spécifie les montants, conditions et/ou modalités de calcul de la rémunération, composée d'une rémunération fixe et d'une rémunération variable liée au chiffre d'affaires hors tva. Des primes sont par ailleurs prévues à l'article 4.4. L'article 5 détaille le système d'indemnisation des frais de voyage, de séjour et de repas.

Par courrier du 19 mai 2006, la société Cedec a informé monsieur L qu'il se voyait confier la fonction d'« *Assistant Technique* » à partir du 22 mai 2006.

Selon les précisions non contestées données par monsieur L , sa fonction consistait à vérifier auprès du client la bonne compréhension et la mise en place des stratégies et conseils prodigués par le conseil en organisation au cours de la phase précédente.

Les conditions d'exercice et de rémunération de cette nouvelle fonction sont décrites dans un document intitulé « *Annexe à notre lettre du 19 mai 2006* », qui vaut avenant au contrat de travail du 23 septembre 2004.

La fonction est définie comme suit à l'article 1 de l'Annexe:

« 1. Définition de la fonction

1.1. L'Assistant Technique a pour mission d'assurer, conformément aux directives reçues, le suivi technique et la mission d'assistance décrite dans la convention relative à l'exécution des travaux de rationalisation.

Le suivi technique consiste en:

- vérifier la mise en application des recommandations, outils et décisions résultant de la mission du Conseil chez le client et assister le client pour qu'il poursuive, reprenne ou approfondisse cette mise en application ;

-valoriser l'intervention de Cedec auprès du client et obtenir sa satisfaction concrétisée par l'octroi de sa référence et par une lettre de clôture de la collaboration favorable;

-conseiller le client et développer avec lui une réflexion stratégique de nature à l'intéresser et à créer avec lui une relation fidélysée et durable. Cette fidélisation se concrétisera par la signature d'une ou plusieurs extensions et/ou la vente d'un diagnostic-performances.

Dans l'exercice de cette fonction, l'employé représente Cedec auprès du client.

Dans certaines circonstances, l'employé peut être invité par la Direction de Cedec à exécuter des prestations de Conseil dans le cadre de sa fonction d'Assistant Technique.

1.2. Les obligations impératives de l'Assistant Technique consistent à:

1.2.1. Accomplir toutes ses prestations au sein de l'entreprise cliente et en collaboration avec le chef d'entreprise.

1.2.2. Téléphoner au bureau chaque jour de chaque semaine afin de rendre compte de son activité et des desiderata du client ainsi qu'en cas de difficulté susceptible de compromettre la bonne exécution de sa mission.

1.2.3. Appliquer tant vis-à-vis des clients que vis-à-vis de son employeur, les directives contenues dans les méthodologies.

1.2.4. Obtenir éventuellement le paiement des honoraires en retard se rapportant aux prestations.

1.2.5. Se munir, d'une somme suffisante pour couvrir les frais nécessaires à son déplacement et à son séjour. Les frais accidentels ou imprévus ne peuvent être couverts, que par l'encaissement d'un chèque auprès d'une banque. Si cela s'avérait impossible, Cedec devra être immédiatement avisé par téléphone et s'occupera seul de l'aide à apporter à l'Assistant Technique, ce qui exclut tout recours à des tiers ».

L'article 2 de l'Annexe spécifie les montants, conditions et/ou modalités de calcul de la rémunération, composée d'une rémunération fixe et d'une rémunération variable liée à l'activité. Il prévoit également un système de commissions liées aux ventes d'extensions et de primes.

L'article 3 de l'Annexe détaille le système d'indemnisation des frais de séjour et renvoie à l'article 5 du contrat de travail initial.

Par courrier du 7 novembre 2011, la société Cedec a informé monsieur L qu'il accédait à partir du 7 novembre 2011 à la fonction d'« *Attaché de Direction Générale* dont le rôle tel que précisé est : « *de visiter les clients Go et Nogo de Cedec et de leur vendre une poursuite de collaboration par l'intermédiaire d'une étude analytique formalisée par un contrat Diagnostic-Performances.*

Un avenant a été conclu au contrat de travail initial du 18 octobre 2004 qui précise encore quant au contenu de la fonction à l'article 2bis:

« 1. L'Attaché de Direction Générale a pour mission de vendre une étude analytique aux Chefs d'entreprises clientes.

La vente de cette étude, qui doit être expressément avalisée par la Direction, est concrétisée par la signature par le responsable juridique de l'entreprise, d'un document appelé : Diagnostic Performances et par la détermination d'un jour et d'une heure pour le début de cette étude.

Lorsque l'Employé a fait signer, par un client, une autorisation d'analyse, il doit

a) communiquer téléphoniquement au bureau le jour même de la signature, les renseignements exacts quant au contrat conclu;

b) expédier au bureau le jour même de la signature, l'autorisation d'analyse ainsi que les informations destinées au bureau d'Etudes, celles-ci en double exemplaire,

Si l'Attaché de Direction Générale adresse à la Direction une autorisation d'analyse dont le texte est mutilé ou altéré, l'Employeur se réserve le droit d'annuler cette analyse.

2. L'Employé, dans l'exercice de sa mission, ne peut réaliser de contrats que dans les entreprises dont l'importance au point de vue chiffre d'affaires et nombre de personnes employées, est déterminée par l'Employeur (article 10 bis du contrat de travail).

3. L'Employé doit envoyer quotidiennement les rapports d'interviews.

De plus, l'Employé a l'obligation de se mettre en rapport téléphonique chaque jour pendant les heures de bureau avec sa Direction à Bruxelles.

Il s'engage à adresser au bureau et ce, au plus tard le samedi de chaque demi-période, sa feuille de relevé de frais accompagnée des justificatifs.

4. L'Employé s'engage à effectuer, une prestation de 38 heures/semaine, partagées entre le matin et l'après-midi. L'éventuel trajet initial ou de retour au domicile ou à l'hôtel, n'entrant pas dans ce temps qui doit être consacré à l'activité professionnelle proprement dite. [...]

L'article 10bis de l'Avenant spécifie les montants, conditions et/ou modalités de calcul de la rémunération, composée d'une rémunération fixe et d'une rémunération variable, elle-même constituée de bonus, extra-bonus et commissions.

L'article 11bis de l'Avenant détaille le système d'indemnisation des frais de déplacements et de séjour.

Par courrier du 27 août 2012, monsieur L a notifié sa démission à la société Cedec en ces termes :

*« Par la présente, je vous confirme notre entretien de ce lundi 27 courant au cours duquel je vous ai informé de mon intention de quitter l'entreprise.
Le préavis prendra effet le 1er septembre 2012.
Je mets donc un terme à notre contrat de travail, et vous propose une période de préavis d'une durée de trois mois, soumis à discussion. Le délai sera convenu entre nous avant la fin de ce mois par convention pour que la prise d'effet du 1er septembre soit maintenue et respectée.*

Par courrier du 30 août 2012, la société Cedec a accusé réception de la lettre de démission remise le 27 août 2012.

En date du 26 octobre 2012, les parties ont conclu une «*Convention bilatérale* », stipulant ce qui suit :

*« Compte tenu du contrat de travail conclu entre Cedec et Monsieur G L en date du 23 septembre 2004, et des annexes à ce contrat de travail.
Compte tenu de la lettre de renoncement présentée par Monsieur G L en date du 27 août 2012.
Compte tenu que Monsieur G L a exprimé le souhait de ne pas prester l'entièreté de son préavis légal.
Il a été convenu ce qui suit:*

Article 1

*A la date du 29 octobre 2012, Cedec dispense Monsieur G L de la prestation de son préavis tel que stipulé dans l'article 1 du contrat de travail.
La part de préavis non prestée ne donnera lieu à aucune rémunération ni indemnité.*

Article 2

Les commissions encore à percevoir par Monsieur G L à la date du 29 octobre 2012 seront payées au fur et à mesure de leur encaissement.

Article 3

La présente convention constitue en outre une renonciation de chaque partie à se prévaloir de toute erreur de droit ou de fait et toute omission concernant l'existence et l'étendue de ses droits ».

Monsieur L a adressé par la suite plusieurs mails à la société Cedec en vue d'obtenir la régularisation de certains montants ou avantages (calcul du pécule de vacances de sortie, pécules de vacances sur rémunérations fixe et variable, éco-chèques, paiement d'arriérés de primes de fin d'année, jours fériés sur rémunération variable, régularisation des commissions, ...). Selon les précisions qu'il donne, certaines de ses demandes ont été satisfaites. Ainsi, la société Cedec lui a payé la somme de 164,99 € à titre régularisation du double pécule de vacances sur la rémunération fixe de 2012.

En date du 25 octobre 2013, monsieur L a assigné la société Cedec devant le Tribunal du travail de Bruxelles.

V. DISCUSSION.

1. La convention du 26 octobre 2012.

Les principes

La transaction est un contrat synallagmatique entre des parties qui se font mutuellement des concessions en vue de terminer ou de prévenir un litige, sans pour autant que l'une d'elles reconnaisse le bien-fondé des prétentions de l'autre (Cass.,31 octobre 2005,R.G. S.05.0007.F,www.juridat.be).

Aux termes de l'article 2048 du Code civil, les transactions se renferment dans leur objet: la renonciation qui y est faite à tous droits, actions et prétentions, ne s'entend que de ce qui est relative au différend qui y a donné lieu.

L'article 2049 du Code civil dispose que les transactions ne règlent que les différends qui s'y trouvent compris, soit que les parties aient manifesté leur intention par des expressions spéciales ou générales, soit que l'on reconnaisse cette intention par une suite nécessaire de ce qui est exprimé.

Ainsi que l'a rappelé à de nombreuses reprises la Cour de Cassation, il existe « *un principe général du droit suivant lequel la renonciation à un droit ne se présume pas et ne peut se déduire que de faits non susceptibles d'une autre interprétation* » (voir notamment Cass.,15 avril 2016,R.G. n° C.14.0460.F, Cass.,16 octobre 2015,C.14.0387.F; Cass.,24 juin 2013,R.G. n° S.11.0116.F, www.juridat.be). La Cour de Cassation ajoute parfois à ses attendus que la renonciation à un droit est de stricte interprétation (Cass.,22 juin 2015,R.G. n° S.14.0014.F, www.juridat.be).

La renonciation à un droit de nature impérative est valable lorsque cette renonciation intervient après la naissance du droit (C.T. Bruxelles,4 décembre 2012,J.T.T.,2013,p. 180).

La règle de base en matière d'interprétation des conventions est énoncée à l'article 1156 du Code civil :

« On doit dans les conventions rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes ».

La Cour de Cassation l'a rappelé à plusieurs reprises :

« Le juge apprécie souverainement la portée d'une convention en tenant compte de l'intention commune des parties » (Cass.,20 novembre 2009,R.G. C.08.0507.F, www.juridat.be ; Cass.,11 mars 2002,R.G. S.00.0169-S.00.0170.F,www.juridat.be).

Ce principe fondamental doit se combiner avec d'autres principes comme par exemple le respect de la foi dû aux actes écrits, la prééminence de la preuve écrite et le principe de la convention-loi (voir en ce sens P. Van Ommeslaghe, Droit des Obligations, Tome premier,2010,pp. 593 et 594 ; P. Wery, Droit des obligations, Volume 1,pp. 398 et 399).

Pour déterminer la commune intention des parties, le juge se fondera sur les éléments intrinsèques ou extrinsèques à l'acte à interpréter (Cass.,27 novembre 2015,R.G. n° C.14.0389.F,www.juridat.be ; Cass.,3 janvier 1997,R.G n° C.940225N,www.juridat.be). La manière dont les parties ont exécuté une convention est un élément extrinsèque dont le juge peut tenir compte (Cass.,10 novembre 1988,Pas.,1989,I,p. 259 ; Cass.,12 juin 1986,Pas.,1986,I,p. 1254).

La doctrine insiste sur l'importance de l'exécution de la convention:

« Cet élément est particulièrement important pour un double motif :

-d'une part, il s'agit d'un élément d'appréciation convaincant de la manière dont toutes les parties ont dû comprendre la portée de la convention au moins pendant le temps de cette exécution ;

-d'autre part, parce que l'exécution donnée par les parties à une convention peut constituer un aveu, parfois qualifié de « aveu en action » et que l'aveu peut l'emporter sur une preuve écrite sans que soit méconnu la portée de la prééminence de la preuve écrite consacré par l'article 1341 du Code civil, ce qui donne par conséquent au juge une plus grande liberté dans l'exercice de ce pouvoir d'interprétation » (P. Van Ommeslaghe, Droit des Obligations,Tome premier,2010,p. 597).

L'article 1162 du Code civil qui dispose que *« dans le doute, la convention s'interprète contre celui qui a stipulé, et en faveur de celui qui a contracté l'obligation »* n'est applicable que *« si le juge est dans l'impossibilité de déterminer le sens et la portée de la convention par des éléments intrinsèques ou extrinsèques à l'acte qui lui sont soumis »* (voir en ce sens Cass.,17

octobre 1988,Pas.,1989,I,p. 158 ; Cass.,4 décembre 1986,Pas.,1987,I,p.420 ; Cass.,23 juin 1983,Pas.,1983,I,p. 1196).

Application

La société Cedec soutient que la convention du 26 octobre 2012 contient une renonciation des parties à ce qui pouvait leur être dû à quelque titre que ce soit et fait dès lors échec aux différentes demandes de monsieur L . Monsieur L conteste une telle interprétation.

La Cour partage l'interprétation donnée par un arrêt cité par la société Cedec selon laquelle un contrat de transaction ne doit pas nécessairement contenir expressément les concessions des parties (C.T. Bruxelles,28 octobre 2008,J.T.T.,2009,p. 138). Mais encore faut-il pouvoir constater que ces concessions réciproques ont bien existé, ce que l'arrêt du 28 octobre 2008 a pu constater.

La convention du 26 octobre 2012 n'est pas une transaction au sens des articles 2044 et suivants du Code civil à défaut pour la société Cedec d'établir l'existence de concessions réciproques. La clause de renonciation contenue à l'article 3 ne peut suffire à démontrer que monsieur L a fait des concessions et à transformer ladite convention en une transaction qui contiendrait une renonciation à l'ensemble des droits que les parties tiraient de l'existence d'un contrat de travail entre eux.

Pour bien comprendre la portée de la clause de renonciation que contient cette convention, il convient de rechercher la volonté réelle des parties, en vérifiant notamment dans quelle cadre celle-ci a été conclue.

En réalité, cette convention intervient après que monsieur L ait notifié son préavis de démission par lettre du 27 août 2012 en précisant dans celle-ci que le délai de préavis serait convenu entre lui et la société Cedec.

Le préambule de cette convention confirme que celle-ci répond au souhait de monsieur L de ne pas prester l'entièreté de son préavis légal.

La société Cedec a répondu positivement à cette demande. C'est ainsi que l'article 1 stipule qu'à la date du 29 octobre 2012, elle dispense monsieur L de la prestation de son préavis.

L'article 2 ne fait que rappeler l'obligation contractuelle de la société Cedec de payer les commissions encore à percevoir par monsieur L à la date du 29 octobre 2012 et ne contient aucune concession réciproque des parties. C'est ainsi que l'article 10bis c) relative aux commissions et primes stipule le droit à une commission par heure prestée facturée et encaissée par l'employeur. L'Annexe à la lettre du 19 mai 2006 prévoyait déjà en son article

2.3 que les commissions liées aux ventes d'extension étaient dues en cas d'heure vendue et encaissée et l'article 2.55 de ladite Annexe mentionnait que les primes n'étaient payées qu'après encaissement par la société Cedec des montants des factures. Cette condition liée à l'encaissement préalable des montants des factures par la société Cedec était renseignée également dans le contrat de travail du 23 septembre 2004 à l'article 4.3 et 4.4.

La clause de renonciation contenue dans l'article 3 de la convention du 26 octobre 2012 ne peut se comprendre que dans le contexte bien précis et limité de l'accord intervenu en manière telle que les erreurs de fait et de droit et les omissions auxquelles il est renoncé ne visent que l'existence et l'étendue des droits qui ont fait l'objet de la convention et non l'ensemble des droits que les parties auraient du fait de l'occupation au travail de monsieur L depuis le 18 octobre 2004. C'est ainsi qu'en exécution de cette clause, la société Cedec n'aurait par exemple pas pu réclamer à monsieur L le paiement d'une indemnité compensatoire de préavis et que monsieur L n'aurait pas pu réclamer des commissions à une date antérieure à celle de l'encaissement des factures par la société Cedec si par hypothèse, ces parties avaient disposé de tels droits, ce qui n'est ni invoqué ni établi. Mais cette hypothèse n'étant pas rencontrée, la clause ne contient pas une concession de monsieur L .

L'utilisation du terme "en outre" ne permet pas de contredire cette interprétation.

C'est ainsi que la société Cedec a compris cette clause puisqu'elle a accepté quelques jours après la signature de la convention du 26 octobre 2012 de faire droit à certaines revendications salariales de monsieur L sans lui opposer qu'il avait renoncé à ses droits.

En conclusion, la clause de renonciation contenue dans l'article 3 de la convention du 26 octobre 2012 ne fait pas obstacle aux demandes formulées par monsieur L

2. La prescription des demandes.

Les principes.

1° Les délais de prescription et le point de départ de la prescription.

La prescription ex contractu est régie par l'article 15 de la loi du 3 juillet 1978 qui dispose :

« 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 ».

Les principes en matière de prescription ex delictu s'établissent comme suit :

L'article 26 du titre préliminaire du Code de procédure pénale dispose :

« 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 Cour de Cassation a par plusieurs arrêts décidé que *« l'article 26 de la loi du 17 avril 1878 est applicable à toute action civile qui est fondée sur des faits faisant apparaître l'existence d'une infraction, même si ces faits constituent aussi un manquement contractuel de l'employeur et que l'objet de l'action consiste en l'exécution de cette obligation contractuelle, à titre de réparation du dommage subi »* (Cass.,23 octobre 2006,J.T.T.,2007,p.227 ; Cass.,22 janvier 2007,J.T.T.,2007,p. 289 ; Cass.,22 janvier 2007,J.T.T.,2007,p.481, note F. Lagasse et M. Palumbo, pp. 473-480 ; voir aussi Cass.,14 janvier 2008,J.T.T.,2008,p. 302, obs. F. Lagasse et M. Palumbo). Dans pareil cas, le juge doit lui-même vérifier, dans le respect des droits de la défense, si la prescription visé par l'article 26 du titre préliminaire du Code de procédure pénale est applicable (Cass.,20 avril 2009,R.G. n° S080015N,www.juridat.be).

L'article 2262bis du Code civil dispose par ailleurs en ses alinéas 2 et 3:

« 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 »

Ce délai de 5 ans correspond également au délai de prescription de l'action publique fondée sur un délit, laquelle infraction est définie par l'article 1er du Code pénal comme l'infraction que la loi punit d'une peine correctionnelle. L'article 25 du Code pénal prévoit que la durée de l'emprisonnement correctionnel est en principe de 8 jours à un mois. En vertu de l'article 38, l'amende applicable à une personne physique pour crime et délits est de 26 € au moins. L'article 41bis prévoit une règle de conversion de l'amende applicable à une personne morale en matière correctionnelle et criminelle et en matière de police.

Le non-paiement de la rémunération par l'employeur, ses préposés ou son mandataire constituait une infraction pénale sanctionnée d'une peine correctionnelle par l'article 42,1° de la loi du 12 avril 1965 jusqu'à l'entrée en vigueur du Code pénal social le 1^{er} juillet 2011 (voir l'article 111 de la loi du 6 juin 2010 publiée au moniteur belge du 1^{er} juillet 2010). Le non-paiement de la rémunération due implique en effet qu'il n'y ait pas de paiement aux époques fixées et constitue dès lors bien une violation de l'article 9 de la loi du 12 avril 1965 sanctionnée pénalement par l'article 42,1° de la loi du 12 avril 1965 (Cass.,17 juin 1996,Bull.,p. 644 ;C.T. Bruxelles,16 janvier 2007,Chr.D.S.,2008,p. 171 ; dans le même sens, C.T. Bruxelles, 19 mars 2009,J.T.T.,2009,p. 284 et suiv.). L'article 162 alinéa 1 du Code pénal

social punit désormais d'une sanction de niveau 2, c'est-à-dire d'une peine correctionnelle l'employeur, son préposé ou son mandataire qui n'a pas payé la rémunération du travailleur ou ne l'a pas payée à la date à laquelle elle est exigible. En effet, en vertu de l'article 101 alinéa 3 du Code pénal social, la sanction de niveau 2 est constituée soit d'une amende pénale de 50 à 500 euros, soit d'une amende administrative de 25 à 250 euros.

De même, le non-respect par l'employeur, ses préposés ou mandataires d'une convention collective de travail rendue obligatoire par le Roi constituait une infraction pénale sanctionnée d'une peine correctionnelle par l'article 56 de la loi du 5 décembre 1968 sur les conventions collectives de travail et les commissions paritaires jusqu'à l'entrée en vigueur du Code pénal social. Cela n'est toutefois plus le cas depuis l'entrée en vigueur du Code pénal social. L'article 189 du Code pénal social punit en effet désormais d'une sanction de niveau 1 l'employeur qui, en contravention à la loi du 5 décembre 1968 sur les conventions collectives de travail et les commissions paritaires, a commis une infraction à une convention collective de travail rendue obligatoire qui n'est pas déjà sanctionnée par un autre article du présent Code. Or, selon l'article 101 alinéa 3 du Code pénal social, la sanction de niveau 1 est constituée uniquement d'une amende administrative de 10 à 100 euros (avant application des décimes additionnels). Cette amende est multipliée par le nombre de travailleurs concernés. Il n'en reste pas moins que le non-paiement d'une prime de fin d'année correspond au non-paiement de la rémunération et est à ce titre une infraction pénale sanctionnée d'une peine correctionnelle. Il en va de même du non-paiement de la rémunération des jours fériés.

Le non-paiement du pécule de vacances dans les délais prescrits était jusqu'à l'entrée en vigueur du Code pénal social le 1^{er} juillet 2011 érigé en infraction pénale par l'article 54,2° de la loi du 28 juin 1971 sur les vacances annuelles, qui sanctionnait une telle infraction d'une amende de 26 € à 500 €. L'article 162 alinéa 2,3° du Code pénal social punit désormais d'une sanction de niveau 2 le non-paiement du pécule de vacances dans les délais prescrits. Or, en vertu de l'article 101 alinéa 3 du Code pénal social, la sanction de niveau 2 est constituée soit d'une amende pénale de 50 à 500 euros, soit d'une amende administrative de 25 à 250 euros.

Par ailleurs, s'agissant du point de départ du délai de prescription, l'infraction de défaut de paiement de la rémunération est en principe une infraction instantanée (voir Cass., 22 juin 2015, R.G. n° S.15.0003.F, www.juridat.be ; Cass., 21 décembre 1992, Larcier Cass., 1992, n° 1217 ; voir aussi en matière de non-paiement du pécule de vacances Cass., 12 février 2007, J.T.T., 2007, p. 214). La prescription prend dès lors en principe cours dès la commission de l'infraction.

L'action en paiement de dommages et intérêts fondée par exemple sur l'infraction de non-paiement de la rémunération ou de non-paiement des pécules de vacances peut dès lors être formée dans les 5 années qui suivent la commission du délit non seulement par application de l'article 2262bis mais aussi par application de l'article 26 du titre préliminaire du Code de procédure pénale, étant entendu que l'action civile ne peut se prescrire avant

l'action publique et profite dès lors des causes d'interruption ou de suspension de la prescription pénale.

La Cour de Cassation admet toutefois la théorie du délit collectif, appelée aussi infraction continuée :

« Toutefois, lorsque les infractions instantanées sont reliées entre elles par une unité d'intention, elles constituent ensemble une infraction continuée (appelée également délit collectif). Dans ce cas, la prescription de l'action publique prend cours à partir du dernier fait commis qui procède de la même intention » (Cass., 2 février 2004, R.W., 2004-2005, p.1463).

« Si plusieurs faits délictueux sont l'exécution successive d'une même résolution criminelle et ne constituent ainsi qu'une seule infraction, celle-ci n'est entièrement consommée et la prescription de l'action publique ne prend cours, à l'égard de l'ensemble des faits, qu'à partir du dernier de ceux-ci, pourvu qu'aucun d'entre eux ne soit séparé du suivant par un temps plus long que le délai de prescription applicable, sauf interruption ou suspension de la prescription » (Cass., 7 avril 2008, J.T.T., 2008, p. 285 ; Cass., 12 février 2007, J.T.T., 2007, p.214).

La notion d'unité d'intention délictueuse est définie comme suit par la Cour de Cassation :

« Plusieurs infractions imputées à un prévenu procèdent d'une seule et même intention délictueuse lorsqu'elles sont liées entre elles par la poursuite d'un but unique et par sa réalisation, et constituent dans cette acception, un seul fait, à savoir un comportement complexe » (Cass., 19 avril 1983, Pas., 1983, I, p.916-925 ; Cass., 8 mai 1979, Pas., 1979, I, p. 1056-1057). *« L'unité d'intention délictueuse peut être admise tant pour les infractions qui requièrent une intention frauduleuse que pour les infractions qui requièrent d'avoir sciemment contrevenu à des dispositions légales »* (Cass., 13 novembre 2007, P.07.1092.N, www.juridat.be; Cass., 9 mars 2005, P.04.1591.F ; Cass., 15 décembre 1999, P.99.1188.F, www.juridat.be).

La charge de prouver l'unité d'intention repose sur le demandeur (C.T. Mons, 26 juin 2007, J.T.T., 2008, p. 147).

Selon la jurisprudence constante de la Cour de Cassation, *« le juge apprécie en fait et de manière souveraine si différentes infractions soumises à son examen constituent la manifestation successive et continue de la même intention délictueuse »* (Cass., 25 février 2016, R.G. n° C.13.0098.N ; Cass., 22 juin 2015, R.G. n° P.16.0982.F ; Cass., 10 février 2010, P.09.1281.F, www.juridat.be ; voir aussi Cass., 27 mars 1984, Pas., 1984, I, p.875-881 ; Cass., 15 avril 1980, Pas., 1980, I, p. 1006-1011 ; Cass., 8 mai 1979, Pas., 1979, I, p. 1051-1054 ; Cass., 3 février 1976, Pas., 1976, I, p. 623-625 ; Cass., 24 février 1975, Pas., 1975, I, p. 644-646 ; Cass., 2 décembre 1974, Pas., 1975, I, p. 354_355). Cette appréciation du juge du fond n'empêche toutefois pas la Cour de Cassation *« de vérifier si, des faits qu'il a constatés, le juge a pu légalement déduire l'existence ou l'absence de cette unité d'intention »* (Cass., 23 juin 2010, P.10.0794.F, www.juridat.be).

La Cour rejoint Fabienne Kefer et Jacques Clesse lorsqu'ils écrivent que « *la répétition de la même infraction n'établit pas par lui-même la poursuite d'un but unique. Certes, la réitération du même fait peut révéler une pratique systématique, c'est-à-dire articulée sur un but unique, par exemple ne pas respecter le droit social. Mais encore faut-il mettre à jour ce mobile* » (F. Kefer et J. Clesse, *La prescription extinctive en droit du travail*, J.T.T., 2001, p.206).

La Cour du Travail de Bruxelles a déjà eu l'occasion de décider que « *pour apprécier s'il y a délit collectif ou délit continué, le juge doit vérifier si la réitération continue d'un même fait procède ou non d'une seule et même intention délictueuse articulée sur un même but, en l'occurrence, le non-respect du droit social; lorsque la violation répétée d'une obligation s'avère être la conséquence d'une ignorance de l'existence de celle-ci, il n'y a pas d'infraction continuée* » (C.T. Bruxelles, 10 octobre 2006, J.T.T., 2007, p.147).

De même un arrêt de la Cour du travail de Mons met également en évidence qu'avant de conclure à l'existence d'un délit continué, il convient de vérifier le but unique poursuivi par l'employeur : « *En l'espèce, la Cour de céans considère que l'intimée qui a, délibérément et en poursuivant un même objectif à savoir celui de réaliser des économies, omis de verser pendant toute la période d'exécution des relations de travail la rémunération due à Monsieur S., a commis un délit continué* » (C.T. Mons, 18 janvier 2010, R.G. n° 2007/AM/20768, www.juridat.be).

Plus récemment la Cour du travail de Liège a considéré que dans le cas dont elle était saisie, la seule répétition du défaut de paiement de pécules de vacances était insuffisante à établir l'unité d'intention dont procéderaient les différentes absences de paiement (C.T. Liège, 13 octobre 2014, Droit pénal de l'entreprise, 2016/1, p. 83).

2° L'élément moral de l'infraction et la cause de justification.

Pour que la prescription ex delictu puisse être appliquée à une action du travailleur contre son employeur en paiement d'arriérés de rémunération, encore lui appartient-il d'établir que l'infraction est établie (ce qui requiert de démontrer l'élément matériel et moral de l'infraction) et que celle-ci est imputable à l'employeur, ce qui impose de démontrer l'inexactitude des causes de justification invoquées de manière crédible par l'employeur.

Si l'interprétation de la Cour de Cassation partagée par la Cour de céans est que l'élément moral de l'infraction de non-paiement de la rémunération peut en principe se déduire du simple fait matériel commis, il n'en reste pas moins qu'il appartient de vérifier dans chaque cas si l'infraction est bien imputable à l'employeur :

“Il résulte du silence des articles 9 et 42 de la loi du 12 avril 1965 concernant la protection de la rémunération des travailleurs, 56, alinéa 1er, 1°, de la loi du 5 décembre 1968 sur les conventions collectives de travail et les commissions paritaires et 54, 2°, des lois relatives aux

vacances annuelles des travailleurs salariés, coordonnées le 28 juin 1971, quant à l'élément moral des actes déclarés punissables par ces dispositions que l'élément moral de ces délits peut consister notamment en une négligence. L'existence de cet élément moral peut être déduite du simple fait matériel commis et de la constatation que ce fait est imputable au prévenu, étant entendu que l'auteur est mis hors de cause si un cas de force majeure, une erreur invincible ou une autre cause d'excuse sont établis, à tout le moins, ne sont pas dénués de crédibilité. La circonstance que l'élément moral consistant en une négligence peut en principe être déduit du fait matériel commis et que l'employeur ne conteste pas expressément l'existence de l'élément moral du délit ou n'invoque pas lui-même l'existence d'un cas de force majeure, d'une erreur invincible ou d'une autre cause d'excuse, ne fait pas obstacle à ce que le juge constate que cet élément moral est inexistant et que le travailleur n'en apporte pas la preuve”(Cass.,24 février 2014,R.G. n°S.13.0031.N,terralaboris.be).

L'erreur de droit n'est invincible et ne constitue une cause de justification que pour autant qu'elle soit de nature telle que toute personne raisonnable et prudente, placée dans les mêmes circonstances de fait et de droit, l'eût commise (Cass.,13 mai 2015,R.G. n° P.13.1755.F, www.juridat.be ; Cass., 7 juin 2016, R.G. n° P. 15.0135.N, www.juridat.be). La bonne foi de l'auteur de l'infraction ne suffit pas à établir l'erreur invincible (Cass.,15 mars 1994,R.G. n° 6557,www.juridat.be). La bonne foi constitue toutefois une cause exclusive de culpabilité lorsque l'infraction exige un dol spécial (Cass.,24 mars 1998,R.G. n° P.961683N, www.juridat.be).

La simple constatation que le prévenu a été mal conseillé, même par une personne qualifiée, ne suffit pas en soi pour conclure à l'erreur de droit invincible, mais le juge pénal décide en fait, sur la base des éléments de la cause, si pareil avis a induit le prévenu dans un état d'erreur invincible, sous réserve du contrôle qu'exerce la Cour sur la notion d'erreur invincible (Cass. (2e ch.),1^{er} octobre 2002, RG P.01.1006.N,,www.juridat.be : En l'espèce, la Cour de Cassation a considéré que le fait que le prévenu ait recueilli au préalable l'avis juridique de “personnes qualifiées”, notamment trois avocats ayant une autorité incontestable et une longue expérience d'avocats, ne suffisait pas à retenir une situation d'erreur invincible).

Application.

La citation introductive d'instance devant le Tribunal du travail a été signifiée le 25 octobre 2013 moins d'un an après la fin du contrat de travail.

Les demandes pour la période allant du 25 octobre 2008 à la fin des relations contractuelles ne sont dès lors pas prescrites au regard de l'article 15 de la loi du 3 juillet 1978.

Monsieur L invoque en réalité exclusivement la règle de l'article 26 du titre préliminaire du code de procédure pénale en faisant valoir pour ses différents chefs de

demandes que si la société Cedec a commis des infractions (dont il admet le caractère instantané), le point de départ du délai de prescription court à partir du dernier fait punissable au motif que les infractions commises sont reliées entre elles par une unité d'intention.

Si la Cour conclut effectivement à la réunion des éléments matériels et moraux des infractions reprochées, celles-ci constituent des infractions instantanées en manière telle que le délai de prescription de l'action civile fondée sur de telles infractions n'est que de 5 ans.

Seule la reconnaissance d'un délit continué permet d'échapper à la prescription en l'espèce des demandes antérieures au 25 octobre 2008, ce qui nécessite de prouver l'existence d'une unité d'intention délictueuse reliant les infractions entre elles.

La Cour ne trouve pas dans les conclusions de monsieur L des éléments qui justifient l'unité d'intention reliant les infractions entre elles et l'instruction faite à l'audience n'a pas permis de clarifier ce point. Dans un cas récent proche de l'espèce dans lequel un travailleur réclamait également à la société Cedec des arriérés de rémunération liés au non-respect du temps de travail comprenant les trajets de son domicile au client et inversement, la Cour du travail de Bruxelles a estimé l'unité d'intention délictueuse non démontrée (C.T. Bruxelles, 4^{ème} chambre, 23 octobre 2019, R.G. n° 2015/AB/1134).

Il se justifie dès lors d'ordonner la réouverture des débats pour permettre à monsieur L d'expliquer les éléments qui selon lui feraient preuve d'une unité d'intention et d'établir deux décomptes (l'un réclamant des sommes pour toute la période et l'autre ne réclamant des sommes que pour la seule période commençant au 25 octobre 2008).

3. Examen du fondement des demandes.

3.1. Les arriérés de double pécule de vacances sur salaire fixe.

Monsieur L réclame la somme de 599,63 € à titre d'arriérés de double pécule de vacances sur salaire fixe.

Il ne détaille pas ce chef de demande dans ses conclusions et la société Cedec ne conclut pas sur ce chef de demande qui ne paraît pas contesté. En effet, mis à part le moyen lié à la clause de renonciation pour faire échec aux différentes demandes, auquel la Cour n'a pas fait droit, la société Cedec ne sollicite subsidiairement dans le dispositif de ses conclusions que de débouter monsieur L des arriérés de primes de fin d'année et des temps de déplacement.

Le jugement dont appel mentionne ce qui suit s'agissant de ce chef de demande :

« Monsieur L demande la régularisation de l'assiette de calcul du double pécule de vacances, pour les années 2005 à 2011 (2012 ayant été régularisé), en tenant compte de la rémunération fixe d'un mois telle que prévue par l'article 38,2° de l'arrêté royal du 30 mars 1967 relatif aux vacances annuelles, et non celle de quatre semaines telle que retenue par la Société. Il réclame la différence entre les doubles pécules de vacances payés et ceux auxquels il estime voir droit.

La Société se réfère à justice. Elle ne conteste pas le droit de monsieur L aux doubles pécules de vacances calculés sur la rémunération ainsi régularisée. Elle ne critique pas le décompte de la somme réclamée.

Sur la base des éléments et pièces auxquels le Tribunal peut avoir égard, il apparaît que monsieur L fait une application correcte de la réglementation applicable.

Ce chef de demande est fondé dans son principe. Il reste à déterminer si la demande est, en tout ou en partie, prescrite ».

En l'absence d'une quelconque contestation, la Cour arrive au même constat que le Tribunal dont elle partage l'analyse et estime la demande fondée en son principe.

Il convient toutefois d'ordonner la réouverture des débats pour permettre à monsieur L de répondre à la question posée en rapport avec l'unité d'intention qui détermine le point de départ du délai de prescription et le cas échéant la période pour laquelle des sommes lui sont dues.

3.2. Les arriérés de rémunération des jours fériés.

Monsieur L réclame la somme de 5.452,40 € à titre d'arriérés de rémunération des jours fériés.

Il ne détaille pas ce chef de demande dans ses conclusions et la société Cedec ne conclut pas sur ce chef de demande qui ne paraît pas contesté. En effet, mis à part le moyen lié à la clause de renonciation pour faire échec aux différentes demandes, auquel la Cour n'a pas fait droit, la société Cedec ne sollicite subsidiairement dans le dispositif de ses conclusions que de débouter monsieur L des arriérés de primes de fin d'année et des temps de déplacement.

Le jugement dont appel mentionne ce qui suit s'agissant de ce chef de demande :

« Monsieur L réclame la régularisation de la rémunération des jours fériés, pour les années 2006 à 2011, en tenant compte de la totalité (et non d'une partie seulement) de la rémunération variable que la Société lui a payée. Il réclame la différence entre la rémunération des jours fériés payée et celle à laquelle il estime avoir droit.

La Société se réfère à justice quant à ce chef de demande, à hauteur d'un solde (reconnu) dû qu'elle chiffre à 4.198,56 €. Elle ne conteste pas le droit de monsieur L à la rémunération des jours fériés calculée sur la rémunération variable payée. Elle ne critique pas le mode de calcul de la somme réclamée.

La rémunération des jours fériés doit être calculée sur la rémunération prévue par l'article 8 de l'arrêté royal du 18 avril 1974 déterminant les modalités générales d'exécution de la loi du 4 janvier 1974 relative aux jours fériés.

Sur la base des éléments et pièces auxquels le Tribunal peut avoir égard, il apparaît que monsieur L fait une application correcte de la réglementation applicable. Son décompte est justifié sur la base des fiches de paie produites aux débats.

Ce chef de demande est fondé dans son principe. Il reste à déterminer si la demande, est, en tout ou en partie, prescrite ».

En l'absence d'une quelconque contestation, la Cour arrive au même constat que le Tribunal dont elle partage l'analyse et estime la demande fondée en son principe.

Il convient toutefois d'ordonner la réouverture des débats pour permettre à monsieur L de répondre à la question posée en rapport avec l'unité d'intention qui détermine le point de départ du délai de prescription et le cas échéant la période pour laquelle des sommes lui sont dues.

3.3. Les arriérés de primes de fin d'année.

Monsieur L fait valoir qu'il a droit à des arriérés de primes de fin d'année sur base de l'article 5 de la convention collective de travail du 29 mai 1989 prise au sein de la commission paritaire 218 et que ce droit n'est pas limité aux seuls employés « barémisés ».

La société Cedec fait valoir que le chapitre 3 de la convention collective de travail du 29 mai 1989 qui comprend le droit à la prime de fin d'année ne s'applique qu'aux employés barémisés et renvoie pour en convaincre à des arrêts de la Cour de cassation rendus à propos du même chapitre des précédentes conventions collectives de travail conclues au sein de la même commission paritaire. Elle conteste à titre subsidiaire les montants réclamés.

L'article 1^{er} de la convention collective de travail du 29 mai 1989, qui fait partie du chapitre I sur le champ d'application, dispose :

« La présente convention collective de travail s'applique aux employeurs et employés des entreprises relevant de la compétence de la Commission paritaire nationale auxiliaire pour employés.

On entend par « employés » les employés et les employées ».

Ladite convention collective de travail ne restreint dès lors pas son champ d'application à certaines catégories d'employés.

Le chapitre II est relatif à la classification professionnelle et décrit 4 catégories au sein desquelles sont rangées différentes fonctions. L'article 3 §1^{er} précise que *« les fonctions ou activités citées dans chaque catégorie le sont à titre exemplatif. Les fonctions ou activités non énumérées sont classées par analogie aux exemples cités ».*

Le chapitre III concerne les appointements.

L'article 5 alinéa 1^{er} qui fait partie de ce chapitre III dispose ainsi :

« Pour autant que les conditions énoncées ci-après soient remplies une prime annuelle est payée aux employés ».

A aucun moment cet article 5 ne pose comme condition d'octroi le fait d'appartenir à l'une des catégories ou d'être repris dans les fonctions énumérées au chapitre II. Limiter le droit à la prime aux seuls employés barémisés reviendrait à ajouter à la disposition une condition qu'elle ne contient pas (voir dans le même sens C.T. Anvers, 25 octobre 2004, J.T.T., 005, p. 147 et suiv.).

En conclusion, les employés ont droit à une prime de fin d'année sur base de l'article 5 de la convention collective de travail du 29 mai 1989, indépendamment de la question de savoir s'ils appartiennent à l'une des catégories professionnelles énoncées au chapitre II.

La société Cedec invoque que monsieur L n'a de toute manière pas droit à une prime de fin d'année dès lorsqu'il a reçu un avantage équivalent, ce que conteste monsieur L .

L'article 5 de la convention collective de travail précitée stipule en effet que *« les dispositions ci-dessus ne s'appliquent pas :*

-aux entreprises accordant dans le courant de l'année, un avantage au moins équivalent, quelle que soit la dénomination, soit sous forme de prime conventionnelle, soit à titre de libéralité.

-aux entreprises réglant à leur niveau par convention, les rémunérations et autres conditions de travail des employés, pour autant que les avantages consentis par cette convention soient

globalement au moins équivalents aux avantages prévus par la présente convention collective de travail ».

Conformément aux dispositions de l'article 5 de la convention collective du 29 mai 1989, les primes de fin d'année sont égales à l'appointement mensuel payé aux employés. Il y a dès lors lieu de prendre en compte la rémunération fixe et la rémunération variable.

Il n'existe pas de raison de considérer que la rémunération variable payée pourrait constituer un avantage équivalent au sens de la convention collective et remplacer la prime de fin d'année puisque celle-ci est calculée sur cette rémunération variable.

L'examen des feuilles de rémunération révèle que divers montants sont payés à monsieur L en plus de la rémunération fixe sous le verbo « rémunération variable » ou « prime non contractuelle » ou bonus salarial ». Ces montants dont une bonne partie font expressément référence au client concerné, correspondent en réalité aux différents primes, bonus et commissions prévus par ses différents contrats de travail en lien avec ses résultats commerciaux obtenus auprès des clients et constituent de la rémunération variable.

Il n'existe dès lors pas de raison de considérer qu'il s'agirait là d'avantages équivalents au sens de l'article 5 de la convention collective de travail qui remplaceraient la prime de fin d'année due en vertu de cette convention.

Il en va différemment des sommes versées certaines années au mois de janvier sous le verbo « gratifications » et que l'on retrouve mentionnées dans des feuilles de rémunération spécifiques identifiées par l'année concernée suivie du nombre 260.

Il ressort des feuilles de rémunération « 260 » retrouvées dans le dossier de monsieur L que ces gratifications se sont élevées à 3.834,25 € en 2006, 3.621,10 en 2007, 4.304,60 € en 2009 et à 4.076,80 € en 2010.

La Cour considère que ces sommes, dont il n'est pas démontré qu'elles sont prévues par le contrat de travail de monsieur L et sont liés à ses résultats, constituent des avantages équivalents au sens de l'article 5 de la convention collective de travail du 29 juin 1989. Elles doivent dès lors venir en déduction des primes de fin d'année réclamées.

L'article 5 de la convention collective de travail du 29 mai 1989 dispose que :

« Ont droit à une prime de fin d'année calculée au prorata des prestations de l'exercice en cours, les employés qui, au cours de l'exercice, démissionnent et ce pour autant qu'ils puissent justifier une ancienneté d'au moins 5 ans dans l'entreprise ».

Monsieur L disposant d'une ancienneté de plus de 5 ans dans l'entreprise au moment où il a démissionné, il a bien droit à une prime de fin d'année pour l'année 2012 au prorata de ses prestations.

La société Cedec fait encore valoir que la prime de fin d'année ne pourrait excéder le montant maximal de la 4^{ème} catégorie du barème, soit 2.488,36 €.

En réalité, la convention collective ne fixe des limites à prendre en compte pour le calcul de la prime de fin d'année que pour les seuls représentants de commerce, qualité que monsieur L n'a eu qu'à partir du 7 novembre 2011 et dont il a tenu compte pour le calcul de sa prime de fin d'année 2012.

La société Cedec ne justifie dès lors pas la raison pour laquelle il faudrait limiter le montant des primes de fin d'année réclamées.

Les critiques formulées par la société Cedec à l'encontre du décompte des arriérés de primes de fin d'année réclamés par monsieur L ne sont pas fondées.

La rémunération prise en compte par monsieur L pour le calcul de sa prime de fin d'année (calcul effectué à la page 11 et 12 de ses conclusions) est effectué en tenant compte de la rémunération hebdomadaire fixe ramenée à un montant mensuel sur base d'une multiplication par 52/12 et de sa rémunération variable obtenue en additionnant les montants repris sur ses différentes feuilles de rémunération émises sur une année divisée par 12 pour obtenir une moyenne mensuelle. Ce mode de calcul est correct.

En conclusion, monsieur L a droit à des arriérés des primes de fin d'année, dont il y a de déduire les sommes précitées reprises dans les feuilles de rémunération « 260 ».

Il convient toutefois d'ordonner la réouverture des débats pour permettre à monsieur L de répondre à la question posée en rapport avec l'unité d'intention qui détermine le point de départ du délai de prescription et le cas échéant la période pour laquelle des sommes lui sont dues et de recalculer les primes de fin d'année réclamées en ayant déduit les gratifications précitées renseignées dans les feuilles de rémunération « 260 ».

3.4. Les arriérés de rémunération liés aux prestations d'heures supplémentaire en-dehors de l'horaire normale de travail.

Monsieur L prétend avoir effectué des heures supplémentaires au-delà des limites normales de la durée du travail prévue par la loi du 16 mars 1971 sur le travail. Pour ce faire, il estime qu'il convient d'ajouter aux heures prestées chez le client, les heures consacrées aux déplacements entre son domicile et le client, entre le client et son domicile ou d'un client à un autre.

La société Cedec fait valoir que monsieur L n'était pas soumis à la loi du 16 mars 1971 sur le travail, soit parce qu'il était investi d'un poste de confiance (ce qu'il déduit du fait qu'il pouvait dans l'exercice de ses fonctions de conseil en organisation et d'assistant technique engager la société Cedec vis-à-vis des tiers et bénéficiait d'une autonomie dans la manière d'exécuter ses prestations) soit parce qu'il était représentant de commerce lorsqu'il a travaillé en qualité d'attaché de direction générale. Elle estime pour le surplus que les temps de déplacement du domicile au client ou entre les clients ne constituent pas du temps de travail.

3.4.1. L'application de la durée du travail fixée par la loi du 16 mars 1971 sur le travail

Les principes.

La section 2 du chapitre III de la loi du 16 mars 1971 sur le travail précise les limites légales de la durée du travail applicables aux travailleurs, en général.

L'article 3, § 3, de la loi du 16 mars 1971 dispose :

*« Les dispositions du Chapitre III, sections 2, 4 à 7 ne sont pas applicables en outre :
1° aux travailleurs désignés par le Roi comme investis d'un poste de direction ou de confiance;
[...]
3° aux représentants de commerce ».*

Un arrêté royal du 10 février 1965 a désigné les personnes investies d'un poste de direction ou de confiance, dans les secteurs privés de l'économie nationale, pour l'application de la loi sur la durée du travail.

L'article 2 donne la liste des personnes considérées comme investies d'un poste de direction ou de confiance. Le point I s'applique à tous les secteurs tandis que les points II à VII s'appliquent à des secteurs spécifiques.

La liste donnée par le point I s'établit comme suit :

*« 1. les directeurs, les sous-directeurs, les capitaines de navigation maritime, ainsi que les personnes exerçant une autorité effective et ayant la responsabilité de l'ensemble ou d'une subdivision importante de l'entreprise;
2. les secrétaires particuliers ainsi qu'un sténodactylographe attaché au service de l'employeur, du directeur, du sous-directeur ou du capitaine de navigation maritime;
3. les personnes pouvant, sous leur responsabilité, engager l'entreprise vis-à-vis des tiers;
4. les gérants qu'ils aient ou non du personnel sous leur autorité;
5. les ingénieurs et les membres du personnel technique, dans la mesure où leur présence personnelle est nécessaire à la sécurité des travailleurs et à la sécurité de fonctionnement de*

l'entreprise;

- 6. les personnes chargées de missions de contrôle ou d'inspection qui doivent être exercées, en tout ou en partie, en dehors des heures normales de travail;*
- 7. les contremaîtres en chef et les conducteurs de travaux, pour autant qu'ils soient assimilables aux contremaîtres en chef;*
- 8. les chefs de fabrication et les chefs d'atelier exerçant une autorité effective ou assumant une responsabilité;*
- 9. les chefs magasiniers d'entreprises industrielles ou commerciales, pour autant qu'ils soient comptables de l'inventaire, et qu'ils aient des membres du personnel sous leur autorité directe et permanente;*
- 10. les chefs d'écurie;*
- 11. les chefs machinistes, les chefs mécaniciens, les chefs chauffeurs, les contremaîtres électriciens, les chefs monteurs, les chefs de la mécanographie et les chefs de garage, pour autant que ces fonctions comportent une autorité sur et une surveillance couvrant un ensemble de personnes et de machines;*
- 12. les chefs des services de réparation ou d'entretien, les chefs des services de chargement, de déchargement, de dédouanement et de traction, les chefs réceptionnaires, les chefs des services de gazogène assurant le fonctionnement et la réparation des gazogènes.*
- 13. les commis de rivière occupés dans les ports de mer;*
- 14. les concierges dans une entreprise commerciale ou industrielle;*
- 15. les docteurs en médecine vétérinaire ».*

Même si cette liste n'a pas été actualisée à l'évolution des métiers dans les entreprises et qu'il faut dès lors pouvoir tenir compte d'une certaine évolution et ne pas s'arrêter sensu strictu aux seules fonctions énoncées dans l'arrêté royal, il n'en reste pas moins que l'interprétation de la notion de personnel de direction ou de confiance doit être restrictive dès lors qu'elle constitue un régime dérogatoire à l'application d'une loi d'ordre public.

L'interprétation de l'arrêté royal du 10 février 1965 devra se faire dans le respect de la directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail dont l'article 17 autorise les Etats membres à déroger notamment à la durée maximale hebdomadaire de travail « *lorsque la durée du temps de travail, en raison des caractéristiques particulières de l'activité exercée, n'est pas mesurée et/ou prédéterminée ou peut être déterminée par les travailleurs eux-mêmes, et notamment lorsqu'il s'agit :*

- a) de cadres dirigeants ou d'autres personnes ayant un pouvoir de décision autonome ;*
- b) de main d'œuvre familiale, ou*
- c) de travailleurs dans le domaine liturgique des églises et des communautés religieuses ».*

La Cour de Cassation a considéré qu'un poste de confiance au sens de l'article 3,§3,1° de la loi sur le travail et de l'article 2 de l'arrêté royal du 10 février 1965 n'implique pas que la fonction considérée comporte un pouvoir de décision autonome (Cass.,29 mars 2010,R.G. n° S.09.0034.N,J.T.T.,2011,p. 333).

Elle a de même jugé que la notion d'heures normales de travail de l'article 2,1,6° de l'arrêté royal du 10 février 1965 concerne les heures de travail que les autres travailleurs de l'entreprise concernée prestent ordinairement et non les heures normales de bureau des entreprises en général (Cass.,10 novembre 2014,R.G. S.12.0114.N,www.juridat.be).

Application.

Aucune des fonctions exercées par monsieur L ne se retrouve énoncée dans la liste donnée par l'article 2 de l'arrêté royal du 10 février 1965.

Il convient néanmoins de vérifier si au-delà de la manière dont sa fonction était dénommée, il ne peut pas être considéré de par ses responsabilités ou par le contenu de sa fonction comme personne de direction ou de confiance. Le fait que son premier contrat de travail ait renseigné que la fonction de conseil en organisation était un poste de direction et de confiance est indifférent.

Il n'est ni invoqué ni démontré que monsieur L faisait partie du personnel de direction, disposait d'un pouvoir d'autorité hiérarchique effectif au sein de l'entreprise, avait la responsabilité de l'ensemble ou d'une subdivision importante de l'entreprise ni davantage qu'il disposait d'un pouvoir de décision autonome.

La société Cedec ne démontre pas que monsieur L pouvait sous sa responsabilité, engager l'entreprise vis-à-vis des tiers, ce qui doit viser des décisions d'une relative importance.

L'objet de son travail en tant que conseiller en organisation ou en tant qu'assistant technique a été décrit dans l'exposé des faits. Le conseiller en organisation conseille l'entreprise cliente quant aux méthodes d'organisation et de fonctionnement à adopter pour améliorer sa rentabilité. Il doit pour ce faire respecter des directives émanant de la société Cedec et décrites dans la convention relative à l'exécution des travaux de rationalisation. L'assistant technique assume un suivi technique et une mission d'assistance telle que prévue dans cette même convention relative à l'exécution de travaux de rationalisation. Le travail de monsieur L était par ailleurs strictement encadré par des directives contenues dans des méthodologies auxquelles renvoie l'article 2.2.3. de son contrat de travail comme conseiller en organisation et l'article 1.2.3. de l'Annexe à la lettre du 19 mai 2006 lui confiant la fonction d'assistant technique. L'obligation lui était par ailleurs faite de téléphoner au bureau les lundi, mercredi et vendredi de chaque semaine dans le cadre de sa fonction de

certain aspects de l'aménagement du temps de travail afin d'assurer la protection de la sécurité et de la santé des travailleurs, de telle sorte que, en principe, elle ne trouve pas à s'appliquer à la rémunération des travailleurs (arrêt du 26 juillet 2017, Hälvä e.a., C-175/16, EU:C:2017:617, point 25 ainsi que jurisprudence citée)".

L'article 2 de cette directive définit :

-le temps de travail comme : « *toute période durant laquelle le travailleur est au travail, à la disposition de l'employeur et dans l'exercice de son activité ou de ses fonctions, conformément aux législations et/ou pratiques nationales* ».

-la période de repos comme : « *toute période qui n'est pas du temps de travail* ».

La directive ne prévoit pas de catégorie intermédiaire entre les périodes de travail et celles de repos (voir, en ce sens, arrêt Dellas e.a., C14/04, EU:C:2005:728, point 43, ainsi que ordonnances Vorel, C437/05, EU:C:2007:23, point 25, et Grigore, C258/10, EU:C:2011:122, point 43).

L'article 19 de la loi du 16 mars 1971 sur le travail définit la durée du travail comme « *le temps pendant lequel le personnel est à la disposition de l'employeur* ».

Le législateur n'a pas défini la notion de « *être à la disposition de l'employeur* » mais l'article 19 a autorisé le Roi, à la demande de la commission paritaire compétente, de déterminer le temps pendant lequel le personnel est à la disposition de l'employeur, en ce qui concerne les entreprises de transport, les travailleurs occupés à des travaux de transport et les travailleurs occupés à des travaux essentiellement intermittents.

Les parties ne peuvent déroger à la loi du 16 mars 1971 sur le travail en fixant conventionnellement ce qu'elles considèrent comme temps de travail (voir dans le même sens C.T. Bruxelles, 6 avril 2016, J.T.T., 2016, p. 363 ; C. trav. Liège, 25 février 2004, J.L.M.B., 2005/8, p. 345 à 351 ; C.T. Liège, 19 décembre 2007, R.G. n° 33/378/05, inédit).

Lors des travaux parlementaires, interrogé sur cette notion de « *être à la disposition de l'employeur* » reprise à l'article 19 en projet, le Ministre a précisé que « *le projet ne modifie pas la portée des dispositions légales existantes. La jurisprudence reste valable : elle opère une distinction entre les déplacements du domicile au lieu de travail (temps non compris dans le temps de travail) et les déplacements d'un lieu de travail à un autre (temps compris dans le temps de travail)* » (Sénat, 1970-1971, Projet de loi sur le travail, Rapport fait au nom de la Commission de l'emploi, du travail et de la prévoyance sociale par M. Bury, 272, p. 8).

Par dispositions légales existantes, il peut notamment être fait référence à la loi du 15 juillet 1964 sur la durée du travail dans les secteurs publics et privés de l'économie nationale, pour laquelle il fut précisé lors des travaux parlementaires que « *le travailleur est considéré comme effectuant un travail lorsqu'il est aux ordres de l'employeur, c'est-à-dire lorsqu'il met*

son activité à la disposition de ce dernier (Rapport de la commission du Sénat et Doc. Parl. 1963-1964,n°287,p. 19).

La jurisprudence ancienne, à laquelle le Ministre faisait référence, s'est maintenue.

Ainsi, les déplacements du domicile au travail et vice-versa ne sont en principe pas du temps de travail (C.T. Anvers,3 octobre 1985,J.T.T.,1986,p. 165).

Par contre, les déplacements effectués par un travailleur qui, dans le cours de son travail, est envoyé en mission par exemple en vue d'un dépannage, constituent du temps de travail ; le travailleur, qui effectue ce déplacement sur ordre de la société, se trouve à la disposition de l'employeur jusqu'à la fin de la mission et donc jusqu'à son retour (T.T. Bruxelles,12 novembre 1990,Jur.D.S. Bruxelles-Louvain-Nivelles,1991,p. 108). Il en va de même des déplacements du siège de l'entreprise au chantier (C.T. Liège,10 janvier 2010, J.L.M.B., 2010, p. 1448, note F. Kefer).

S'agissant des déplacements du travailleur de son domicile au client, la jurisprudence n'est pas unanime. Une partie plutôt majoritaire de la jurisprudence y voit du temps de travail (C.T. Liège,18 novembre 2008,R.G. n° 8506/07,www.juridat ; C.T. Bruxelles,20 novembre 2007, J.T.T., 2008,p. 229 ; C.T. Bruxelles,22 novembre 1996,R.G. n° 31.466). Une décision de jurisprudence a toutefois décidé en sens contraire s'agissant des déplacements effectués par un travailleur essentiellement vers des clients situés à l'étranger (C.T. Bruxelles,26 septembre 2006,R.G. n° 46.646,inédit). L'arrêt en question a insisté sur le fait qu'il ne fallait pas confondre le temps pendant lequel le travailleur est à la disposition de l'employeur et le temps pendant lequel, il n'a pas l'entière et libre disposition de son temps, sous peine de considérer comme du temps de travail le temps de déplacement du domicile au travail.

En présence d'une jurisprudence belge divisée, l'arrêt rendu par la Cour de justice de l'Union européenne en date du 10 septembre 2015 (C-266/14,Federacion de Servicios Privados del sindicato Comisiones obreras c. Tyco Inegrated Security SL et csrts), a tout son intérêt pour permettre de dégager des critères s'appliquant de manière uniforme dans les différents Etats membres afin de déterminer ce qui est du temps de travail au sens de la directive précitée.

La Cour de justice a ainsi décidé que *« l'article 2, point 1, de la directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil, du 4 novembre 2003, concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail, doit être interprété en ce sens que, dans des circonstances telles que celles en cause au principal, dans lesquelles les travailleurs n'ont pas de lieu de travail fixe ou habituel, constitue du « temps de travail », au sens de cette disposition, le temps de déplacement que ces travailleurs consacrent aux déplacements quotidiens entre leur domicile et les sites du premier et du dernier clients désignés par leur employeur ».*

Il sied de relever que comme l'a utilement rappelé la Cour de justice dans cet arrêt, « *l'article 2 de la même directive ne figure pas parmi les dispositions de celle-ci auxquelles il est permis de déroger (voir ordonnance Grigore, C258/10, EU:C:2011:122, point 45)* ».

Il est utile de reproduire certains attendus de cet arrêt relatifs à l'examen des trois éléments constitutifs de la notion de temps de travail au sens de l'article 2, point 1, de la directive.

1° Le travailleur doit être dans l'exercice de ses activités ou de ses fonctions.

La Cour de justice a estimé que tel était le cas en l'espèce étant donné que « *les déplacements des travailleurs, qui occupent un emploi tel que celui en cause au principal, pour se rendre chez les clients désignés par leur employeur sont l'instrument nécessaire à l'exécution des prestations techniques de ces travailleurs chez ces clients* ».

2° le travailleur doit être à la disposition de l'employeur pendant ce temps.

La Cour de justice a précisé que « *pour qu'un travailleur puisse être considéré comme étant à la disposition de son employeur, ce travailleur doit être placé dans une situation dans laquelle il est obligé, juridiquement, d'obéir aux instructions de son employeur et d'exercer son activité pour celui-ci* », tout en précisant: « *En revanche, il ressort de la jurisprudence de la Cour que la possibilité pour les travailleurs de gérer leur temps sans contraintes majeures et de se consacrer à leurs propres intérêts est un élément de nature à manifester que la période de temps considérée ne constitue pas du temps de travail au sens de la directive 2003/88 (voir, en ce sens, arrêt Simap, C303/98, EU:C:2000:528, point 50)* ».

Elle a considéré que dans le cas d'espèce, « *pendant ces déplacements les travailleurs sont soumis auxdites instructions de leur employeur qui peut changer l'ordre des clients ou annuler ou ajouter un rendez-vous* », ajoutant « *en tout état de cause, il convient de relever que, pendant la durée nécessaire de déplacement, laquelle est le plus souvent incompressible, lesdits travailleurs n'ont pas la possibilité de disposer librement de leur temps et de se consacrer à leurs propres intérêts, de telle sorte que, partant, ils sont à la disposition de leurs employeurs* ».

3° Le travailleur doit être au travail au cours de la période considérée.

La Cour de justice a relevé que: « *ainsi qu'il ressort du point 34 du présent arrêt, si un travailleur qui n'a plus de lieu de travail fixe exerce ses fonctions au cours du déplacement qu'il effectue vers ou depuis un client, ce travailleur doit également être considéré comme étant au travail durant ce trajet* », ajoutant que « *dès lors que les déplacements sont consubstantiels à la qualité de travailleur n'ayant pas de lieu de travail fixe ou habituel, le lieu de travail de tels travailleurs ne peut pas être réduit aux lieux d'intervention physique de ces travailleurs chez les clients de leur employeur* ».

Elle a ensuite conclu que *“lorsque des travailleurs se trouvant dans des circonstances telles que celles en cause au principal utilisent un véhicule de fonction pour se rendre depuis leur domicile chez un client désigné par leur employeur ou pour retourner à leur domicile depuis le site d’un tel client et pour se rendre du site d’un client à un autre pendant leur journée de travail, ces travailleurs doivent, lors de ces déplacements, être considérés comme étant « au travail », au sens de l’article 2, point 1, de la même directive”*.

La Cour du travail de Liège a fait application de cette jurisprudence Tyco et a ainsi considéré que les déplacements entre le domicile des travailleurs et les chantiers/locaux de clients constituaient du temps de travail (C.T. Liège, 14 septembre 2017, R.G. n° 2016/AL/161 et 2016/AL/163, www.juridat.be). La Cour du travail d’Anvers a également fait récemment application de cette jurisprudence (C.T. Anvers, 17 avril 2018, R.G. n° 2017/AA/141 accessible sur law.kuleuven.be/arbeidsrecht/nieuwsbrieven/nieuwsbrief2018/nieuwsbrief2018-5).

Application

La Cour estime que les principes issus de la directive 2003/88/C.E du Parlement européen et du Conseil du 4.11.2003, concernant certains aspects de l’aménagement du temps de travail, tel qu’interprétée par la Cour de justice de l’Union européenne, sont pertinents pour juger si dans le cas d’espèce le temps consacré par monsieur L pour se rendre de son domicile auprès du client et du client à son domicile constitue du temps du travail et s’il en va de même du temps passé à l’hôtel.

Comme l’a rappelé la Cour de justice dans son arrêt Tyco (point 26), *« seule une interprétation autonome est de nature à assurer à ladite directive sa pleine efficacité ainsi qu’une application uniforme desdites notions dans l’ensemble des Etats membres (voir arrêt Dellas e.a., C_14/04, EU :C :2005 :728, points 44 et 45, ainsi que ordonnances Vorel, C-437/05, EU :2007 :23, point 26, et Grigore, C-258/10, EU :C :2011 :122, point 44) »*.

Quand bien-même, comme l’a rappelé la Cour de justice dans son arrêt Tyco précité, *“cette directive se borne à réglementer certains aspects de l’aménagement du temps de travail afin d’assurer la protection de la sécurité et de la santé des travailleurs, de telle sorte que, en principe, elle ne trouve pas à s’appliquer à la rémunération des travailleurs”*, elle a ajouté que *« le mode de rémunération des travailleurs dans une situation telle que celle en cause au principal relève, non pas de ladite directive, mais des dispositions pertinentes du droit national »*.

Cela veut simplement dire que le droit national est en droit de rémunérer différemment le temps de travail tel que défini en vertu de cette directive et par exemple prévoir des barèmes différents pour les heures de travail effectif et pour les heures de trajets, même s’il s’agit du temps de travail.

La Cour ne peut suivre la société Cedec lorsqu'elle fait valoir que le temps de travail servant à déterminer la rémunération due à monsieur L ne peut être déterminé par l'application des normes de droit européen ni par l'interprétation qu'en a donné la Cour de justice de l'Union européenne.

Il convient à présent de vérifier si les trois critères du temps de travail sont présents, en tenant compte des circonstances suivantes non contestées:

-les fonctions exercées par monsieur L auprès des clients étaient exécutées en France à raison d'un pourcentage compris entre 66% (selon monsieur L) et 80 % (selon la société Cedec) et le reste était partagé entre la Belgique et le Grand-Duché de Luxembourg. Le programme était établi par sa hiérarchie. Certains clients étant situés à plusieurs centaines de kilomètres en France, il quittait fréquemment son domicile pour se rendre chez le client le lundi vers 4 ou 5 heures du matin ou le dimanche en milieu d'après-midi, quitte pour les plus longs trajets à se rendre à l'hôtel le dimanche soir et à poursuivre la route lundi matin pour accomplir le reste de la distance le séparant du client.

-Lorsqu'il était conseiller en organisation, il passait généralement toute la semaine chez le client et quand un nouveau dossier lui était confié, il devait venir le chercher le samedi matin au siège de la société Cedec où il avait un entretien avec son directeur qui lui faisait une synthèse du contenu dudit dossier. Lorsqu'il était assistant technique, il passait les 4 premiers jours de la semaine en déplacement, étant entendu que le vendredi était réservé au travail administratif au siège de la société Cedec.

-il devait établir des notes de frais renseignant quotidiennement l'heure de départ du domicile et l'heure d'arrivée auprès du client ou à l'hôtel, l'heure de départ depuis un client et l'heure d'arrivée chez l'autre client ou à l'hôtel, le nom des clients concernés, le nombre de kilomètres parcourus et les frais à rembourser.

-la société Cedec considérait que la ponctualité vis-vis des clients était une obligation essentielle de ses employés.

1° Les déplacements effectués entre le domicile et le client et d'un client à un autre.

Les trois éléments de la définition du temps de travail donnée par l'article 2 de la directive sont bien réunis :

- a) Les déplacements de monsieur L pour se rendre auprès des clients désignés par la société Cedec sont bien l'instrument nécessaire à l'exécution sur place des prestations qu'il était tenu de fournir dans le cadre des missions confiés par la société Cedec. Il était donc bien dans l'exercice de ses activités ou fonctions pendant ces déplacements.
- b) Pendant la durée nécessaire de ces déplacements pour arriver à l'heure de rendez-vous auprès du client fixé par la société Cedec conformément aux instructions données à

monsieur L , déplacements qu'il était tenu de mentionner dans un relevé de frais, en mentionnant tant l'heure de départ que l'heure d'arrivée et le nombre de kilomètres parcourus (alors que l'indication du nombre de kilomètres aurait suffi s'il s'agissait uniquement de déterminer le montant des frais à rembourser par kilomètre effectué), il n'avait pas la possibilité de disposer librement de son temps et de se consacrer à ses propres intérêts. Il était donc bien à disposition de la société Cedec pendant ces déplacements.

c) Le travail de monsieur L notamment en tant que conseiller en organisation et en tant qu'assistant technique ayant pour essence même de se rendre chez le client afin d'y réaliser les missions confiées par la société Cedec, il doit être considéré comme étant au travail durant ce trajet.

Contrairement aux premiers juges, la Cour n'estime pas qu'il faille distinguer selon que les déplacements étaient effectués du lundi au vendredi ou le week-end et jours fériés. Les clients situés en France auprès desquels il devait se rendre le lundi étaient en général fort éloignés du domicile de monsieur L situé à Strombeek-Bever (il existe ainsi dans les relevés de frais de nombreux exemples de déplacements effectués le dimanche sur une distance comprise entre 400 et 700 km pour arriver à l'hôtel situé à proximité du client avec lequel un rendez-vous était fixé le lendemain souvent en début de matinée). Sauf à partir de son domicile en début ou en milieu de nuit, au vu de l'état du trafic et du risque de ne pas pouvoir arriver à temps au rendez-vous fixé avec le client et compte tenu de la nécessité d'être ponctuel, il était souvent requis que monsieur L quitte son domicile la veille du rendez-vous pour se rendre à l'hôtel réservé par la société Cedec et situé à proximité de l'entreprise cliente. Le fait que ses notes de frais renseignaient également les temps de départ et d'arrivée même lorsque le départ avait lieu un dimanche illustrent bien que ces déplacements effectués durant les week-ends et jours fériés n'étaient pas justifiés par des convenances personnelles. Par ailleurs que les déplacements soient effectués le dimanche ou le lundi, ils répondent bien aux trois critères précités pour qu'il soit question de temps de travail.

En conséquence, la Cour considère que le temps consacré aux différents déplacements effectués par monsieur L pour se rendre de son domicile auprès des clients ou auprès de l'hôtel ainsi que le temps de déplacements pour ensuite rentrer à son domicile constituait du temps de travail, et ce peu importe que ces déplacements aient été effectués du lundi au vendredi, durant les week-ends ou les jours fériés. Il en va de même des déplacements effectués par monsieur L pour se rendre d'un client à un autre. Par contre n'est pas du temps de travail le temps consacré par monsieur Lecompte pour se rendre de son domicile au siège de l'entreprise par exemple le samedi.

La société Cedec fait référence dans ses conclusions à la situation des économistes (qui n'est pas une fonction remplie par monsieur L) en insistant sur le fait que le temps de déplacement domicile-client n'a jamais été considéré comme du temps de travail. La Cour ne retrouve pas dans le contrat de travail de monsieur L en tant que conseil en organisation ou dans l'Annexe pour ses prestations en qualité d'assistant technique de clause

considérant que le temps de déplacement n'est pas du temps de travail. A supposer même qu'une telle clause existerait, cela ne changerait rien en l'espèce dès lors qu'une convention individuelle ne peut déroger à la notion de temps/durée de travail. Le seul fait que la Cour de justice de l'Union européenne ait pointé dans son arrêt Tyco que dans les circonstances de l'espèce, l'employeur Tyco avait admis avant la suppression des bureaux régionaux que le temps mis par les techniciens pour se rendre du bureau régional au siège du client et inversement était du temps de travail et que la nature de ces déplacements n'a pas changé depuis la suppression des bureaux régionaux, ne permet pas de modifier la portée de cet arrêt et d'exclure son application à la situation d'un travailleur au motif que le contrat ne considérerait pas comme du temps de travail ces temps de déplacements.

L'arrêt rendu par la Cour de Cassation le 10 mars 2014 en matière de service de garde et cité par la société Cedec (Cass.,10 mars 2014,S.13.0029,www.juridat.be) n'est pas pertinent en l'espèce pour contredire les développements qui précèdent. L'arrêt rendu par la Cour de Justice a en tout cas clairement mis en évidence que le temps de travail n'imposait pas nécessairement une présence physique sur le lieu de travail pour qu'il soit question de temps de travail (S. De Groof, Arbeidstijd in het Arbeidsrecht. Een juridisch onderzoek naar work-life balance, Die Keure, 2017,p. 108).

N'est pas davantage pertinent l'arrêt rendu par la Cour de cassation en date du 31 janvier 2013 (Cass.,31 janvier 2013,J.L.M.B.,2013,p. 1657) invoqué par la société Cedec qui concerne le droit fiscal et dont il ne peut être tiré aucun enseignement pour circonscrire la notion de temps de travail.

L'absence de réclamation de monsieur L durant son occupation au travail pour la société Cedec ne le prive pas de son droit à revendiquer des arriérés de salaires et/ou dommages et intérêts pour les heures supplémentaires qu'il prétend avoir accomplies.

2° Le temps de séjour à l'hôtel.

Il ne résulte d'aucun élément que monsieur L était à la disposition de la société Cedec pendant le temps passé à l'hôtel et qu'il ne pouvait disposer librement de son temps et se consacrer à ses propres intérêts.

Il n'y a dès lors pas lieu de comptabiliser le temps de séjour à l'hôtel comme du temps de travail, ce que monsieur L ne paraît pas avoir fait dans ses décomptes.

3° Les heures prestées auprès des clients.

Les heures prestées par monsieur L auprès des clients constituent assurément du temps de travail.

Il est indifférent à cet égard que dans le cadre d'un accord entre la société Cedec et son client, certaines prestations effectuées par monsieur L dans le cadre de ses missions confiées par la société Cedec aient été renseignées aux clients comme « prestations gratuites » non facturées aux clients.

4° Les règles à suivre pour le calcul des sursalaires

Conformément aux dispositions de l'article 19 alinéa 1^{er} de la loi sur le travail, « *La durée du travail des travailleurs ne peut excéder huit heures par jour ni 40 heures par semaine* ».

En vertu de l'article 28 §1^{er} de cette loi, « *Les limites maxima de la durée du travail fixées par les dispositions de la présente section ou en vertu de celles-ci peuvent être réduites en vertu d'une convention collective de travail rendue obligatoire* ».

L'article 29 de la loi du 16 mars 1971 dispose :

« § 1er. Le travail supplémentaire est rémunéré à un montant qui dépasse de 50 p.c. au moins celui de la rémunération ordinaire. Cette majoration est portée à 100 p.c. lorsque le travail supplémentaire est effectué un dimanche ou pendant les jours de repos accordés en vertu de la législation sur les jours fériés.

§ 2. Est à considérer comme travail supplémentaire, pour l'application du présent article, tout travail effectué au-delà de 9 heures par jour ou de 40 heures par semaine, ou des limites inférieures fixées conformément à l'article 28 ».

Au sein de la commission paritaire 218 à laquelle ressortit la société Cedec, la convention collective de travail du 29 mai 1989 concernant les conditions de travail et de rémunération a fixé la durée hebdomadaire moyenne de travail à 38 heures.

En conséquence, pour la période antérieure au 7 novembre 2011 toutes les heures prestées au-delà de la 38^{ème} heure par semaine ou tout travail effectué au-delà de la limite de 9 heures donnent droit à un sursalaire de 50% ou de 100%. Le jugement dont appel doit dès lors être réformé en tant qu'il considère que le sursalaire est dû seulement à partir de la 41ème heure.

5° L'établissement des décomptes.

La société Cedec ne conteste pas les décomptes établis par monsieur Lecompte pour le calcul de ses arriérés de rémunérations, lesquels ont été déterminés sur base de relevés transmis en leur temps à la direction et dont certains étaient contresignés par le client.

La Cour en prend bonne note.

La Cour ne retrouve cependant pas dans le fichier pdf de 13 pages (non numérotées), adressé au greffe de la Cour le 1^{er} octobre 2019 et remplaçant et annulant celui contenu dans la farde déjà déposé au greffe et censé correspondre au document de synthèse, l'ensemble des données de calculs repris aux pages 29 et 32 des conclusions déposées par monsieur L .

Ainsi à titre d'exemples :

° Il est fait référence à la fin de la page 29 et au début de la page 30 à des décomptes des heures supplémentaires prestées en déplacement domicile / client et client / domicile hors dimanches et jours fériés. Les conclusions donnent un détail de ces heures en expliquant qu'ils sont le résultat de la différence entre les montants de la colonne « heures trajets professionnels » et de la colonne « heures trajets inter-clients » que l'on retrouve en page 3 du document de synthèse. Si les montants donnés pour l'année 2012 correspondent +- à ce résultat ($607,5 - 182,75 = 424,75$ par rapport à 424,5 repris dans les conclusions), le résultat de cette différence donne des montants fort différents et inférieurs à ceux repris dans les conclusions pour les autres années (soit 2006 à 2011).

° Il est fait référence à la fin de la page 31 et au début de la page 32 aux heures supplémentaires prestées chez le client. Les conclusions donnent un détail de ces heures de 2004 à 2012 en expliquant qu'il faut se reporter aux pages 7 à 13 qui reprennent des documents de synthèse annuels sous l'intitulé heures supplémentaires. Or dans le document de synthèse (adressé au greffe le 1^{er} octobre 2019), il n'y a aucun document de synthèse annuel pour les années 2004 et 2005 et l'année 2006 indique un chiffre de 0 sous l'intitulé « heures supplémentaires » alors que les conclusions renseignent 122,4 heures pour cette année-là.

° L'addition des montants de 149.266,08 €, 19.725,50 € et 121.404,52 € (qui sont les montants réclamés à titre principal et mentionnés aux pages 30 et 31 des conclusions de monsieur L) donne un total de 290.396,1 € qui diffère du total renseigné dans le récapitulatif général indiqué à la page 3 du document de synthèse.

Par ailleurs, monsieur L a calculé des sursalaires pour l'ensemble de la période d'occupation au travail, sans s'arrêter au 7 novembre 2011 alors qu'il n'est ni contesté ni contestable qu'il est exclu du champ d'application des dispositions du chapitre III, sections 2, 4 à 7 de la loi du 16 mars 1971 pour la période de travail débutant au 7 novembre 2011.

Monsieur L fait valoir qu'il a droit à tout le moins à la rémunération ordinaire des heures prestées au-delà de 38 heures par semaine pour cette période en faisant référence à l'article 20,3° de la loi du 3 juillet 1978 sur les contrats de travail qui prévoit l'obligation de payer la rémunération convenue mais n'en tient pas compte dans ses calculs. Il renvoie notamment à un arrêt de la Cour du travail de Liège du 24 juin 2008 (R.G. n° 7977/05, inédit) et à d'autres sources jurisprudentielles et doctrinales citées en note infrapaginale 43 de cet arrêt.

La Cour de céans est d'accord avec les principes rappelés dans cet arrêt selon lesquels un membre du personnel de direction et de confiance a droit à la rémunération au taux ordinaire s'il peut se fonder sur une autre source de droit que la loi du 16 mars 1971 et notamment sur le contrat de travail, sur l'usage ou l'équité. Ledit arrêt cite ainsi le cas d'une personne investie d'un poste de direction ou de confiance dont le montant de la rémunération avait été jugé modeste. Toutefois dans le cas dont il était saisi, la Cour du travail de Liège a considéré que le travailleur occupant un poste de direction ou de confiance n'avait pas droit à être rémunéré pour les heures supplémentaires prestées au vu de la hauteur de sa rémunération qui englobait la prestation d'heures supplémentaires.

Le cas de monsieur L , qui n'était pas investi d'un poste de direction ou de confiance mais avait la qualité de représentant de commerce pour la période d'occupation au travail à partir du 7 novembre 2011, a ceci de particulier que si son contrat de travail d'attaché à la direction générale renseigne effectivement une durée hebdomadaire de 38 heures par semaine, ce travail est rémunéré non uniquement par un salaire fixe de 520 € brut par semaine mais également par un salaire variable composé de bonus, extra-bonus et commissions. En d'autres termes, au plus il travaillait, au plus il était susceptible d'engranger des bonus, extra-bonus et commissions.

La Cour estime utile que dans le cadre de la réouverture des débats déjà ordonnée pour d'autres motifs, les parties puissent débattre de la question de savoir si cette rémunération était censée englober ou non la prestation d'heures supplémentaires.

En tout état de cause et à supposer même que monsieur L puisse prétendre à la rémunération ordinaire des prestations supplémentaires, question que la Cour devra encore trancher, il appartiendra à monsieur L d'effectuer un calcul distinct pour la période débutant au 7 novembre 2011 sans réclamer de sursalaires.

PAR CES MOTIFS,

LA COUR DU TRAVAIL,

Statuant après un débat contradictoire;

Déclare l'appel recevable ;

Déclare l'appel incident recevable et fondé en tant qu'il vise à réformer le jugement en ce qu'il a décidé que le temps mis par monsieur L pour se rendre de son domicile au siège des clients les dimanches et jour fériés n'était pas du temps de travail à rémunérer comme tel ;

Dit pour droit que les temps de déplacement de monsieur L pour se rendre de son domicile auprès des clients (en ce compris celui pour se rendre à l'hôtel) et pour ensuite revenir à son domicile et ou à l'hôtel constituent du temps de travail, et ce sans distinguer selon que le déplacement a été effectué du lundi au vendredi, le week-end ou un jour férié ;

Déclare fondées en leur principe les demandes liées aux arriérés de double pécule de vacances sur salaire fixe, aux arriérés de rémunération variable sur jours fériés, aux arriérés de primes de fin d'année et aux arriérés de rémunération liées aux prestations effectuées en-dehors de l'horaire normal de travail ;

Ordonne la réouverture des débats à la date du **28 octobre 2020 à 13h00** pour **60** minutes de plaidoirie afin de permettre à monsieur L :

1° de préciser l'unité d'intention reliant les infractions entre elles et d'établir deux décomptes, l'un réclamant des sommes pour toute la période et l'autre ne réclamant des sommes que pour la seule période commençant au 25 octobre 2008 ;

2° de recalculer les arriérés de primes de fin d'année réclamés en déduisant les gratifications versées telles que reprises dans les feuilles de rémunération « 260 » ;

3° de justifier les calculs de ses arriérés de rémunération opérés dans ses conclusions en répondant aux questions posées par la Cour sur ce point ;

4° de débattre de la question posée en rapport avec les arriérés de rémunération réclamés pour la période débutant au 7 novembre 2011 et d'établir un nouveau décompte pour cette période sans réclamation de sursalaires.

et permettre à la société Cedec de débattre des questions posées et nouveaux éléments à apporter par monsieur L .

Fixe pour ce faire les délais de conclusions dans lesquels les parties remettront à la Cour leurs conclusions et nouvelles pièces éventuelles et se les communiqueront entre elles :

- la partie intimée enverra ses conclusions et nouvelles pièces à la partie appelante et les remettra au greffe au plus tard le **31 janvier 2020**;
- la partie appelante enverra ses conclusions et nouvelles pièces à la partie intimée et les remettra au greffe au plus tard le **13 mars 2020** ;
- la partie intimée enverra ses conclusions additionnelles et de synthèse et nouvelles pièces à la partie appelante et les remettra au greffe au plus tard le **30 avril 2020**;
- la partie appelante enverra ses conclusions additionnelles et de synthèse et nouvelles pièces à la partie intimée et les remettra au greffe au plus tard le **12 juin 2020** ;
- la partie intimée enverra ses conclusions de synthèse et nouvelles pièces à la partie appelante et les remettra au greffe au plus tard le **31 juillet 2020** ;

Réserve à statuer sur les dépens ;



