Exempt - appel en matière de droit du travail.

Audience publique du vingt-quatre mai deux mille sept.

Numéro 31243 du rôle

Présents:

Edmond GERARD, président de chambre,
Eliane EICHER, premier conseiller,
Charles NEU, conseiller,
Isabelle HIPPERT, greffier.

E n t r e :

la société coopérative à responsabilité limitée de droit belge X.), établie et ayant son siège social à Bruxelles, représentée au Grand-Duché de Luxembourg par son mandataire général, Monsieur **G.)** , demeurant à **L- (…)**

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Guy ENGEL de Luxembourg du 19 avril 2006,

comparant par Maître Alex KRIEPS, avocat à la Cour à Luxembourg,

e t :

F.) , employé privé, demeurant à **L- (…)** ,

intimé aux fins du susdit exploit ENGEL,

comparant par Maître Albert RODESCH, avocat à la Cour à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL:

Vu l'ordonnance de clôture de l'instruction du 8 mars 2007.

Ouï le magistrat de la mise en état en son rapport oral à l'audience.

Par requête déposée le 14 juin 2002, **F.)** a fait convoquer devant le tribunal du travail de Luxembourg la société coopérative **X.)** pour lui réclamer le montant de 20.157,66 € à titre d'arriérés de salaire pour la période de mai 1999 à avril 2002. Il demanda encore la condamnation au montant de 1.500 € à titre de dommages-intérêts pour préjudice moral ainsi que la somme de 600 € à titre d'indemnité de procédure.

F.) exposa qu'il était au service de la partie défenderesse à partir du 2 mai 1990 en qualité de producteur d'assurances. Sa rémunération consistait dans un système de commissions réglementé par le contrat de travail. Son employeur lui redevrait actuellement un solde de rémunération car il aurait pris des chiffres inexacts pour calculer l'indemnité redue pour les périodes de congé légal et des périodes de maladie.

Conformément à l'article 14 de la loi du 22 avril 1966 portant réglementation uniforme du congé annuel payé des salariés du secteur privé, son employeur aurait dû prendre la moyenne des trois derniers mois de la rémunération globale effectivement perçue.

La partie défenderesse résista à la demande en faisant valoir que la rémunération du demandeur consistait en une partie fixe (commission d'encaissement et commission de gestion) ne faisant pas l'objet de variations prononcées et d'autre part une partie variable (commission de production ou d'acquisition). Pendant les périodes d'absence du demandeur, la partie fixe du salaire aurait toujours été payée et l'employeur aurait en outre versé une indemnité compensatoire de production calculée selon une formule définie. Cette indemnité compensatoire serait d'ailleurs prévue par l'article 14 de la loi précitée de 1966.

La société défenderesse contesta le mode de calcul préconisé par le requérant. Il ne faudrait pas prendre en considération la totalité du revenu pour le calcul de l'indemnité pendant les périodes de congé et de maladie puisque dans cette hypothèse, l'employeur aurait payé doublement la partie fixe du salaire, une première fois en tant que partie fixe et une seconde fois en tant que moyenne des douze mois précédents.

Par jugement rendu contradictoirement le 21 février 2003, le tribunal du travail a reçu la demande et nommé expert Maître Cathy ARENDT avec la mission « - de concilier les parties si faire se peut, sinon - de vérifier pour la période de mai 1999 à avril 2002 inclus, si les rémunérations des jours de congé pris ont été

correctement calculées et payées sur base du salaire journalier moyen des douze mois précédant le mois de l'entrée en jouissance du congé de récréation et en prenant en considération la rémunération brute telle qu'elle résulte des fiches de salaire, rectifiées le cas échéant à partir du mois de mai 1999, à l'exception des avantages non périodiques tels que gratifications et primes de bilan,
- de procéder sur la base des données ainsi acquises à un recalcul des rémunérations en question, de dresser le décompte entre parties et de consigner ses constatations et conclusions dans un rapport écrit et motivé. »

Suite au dépôt du rapport d'expertise, le tribunal a, par jugement du 3 mars 2006, entériné le rapport d'expertise, et condamné la société coopérative **X.)** à payer à **F.)** la somme de 12.387,96 € du chef d'indemnité compensatoire pour jours de congé légaux non pris pendant les années 1999 à 2002, cette somme avec les intérêts légaux à partir du 14 juin 2002, jour de la demande en justice, jusqu'à solde.

Le même jugement a ordonné l'exécution provisoire quant à cette condamnation, débouté **F.)** de sa demande en paiement de dommages-intérêts pour préjudice moral et condamné la société coopérative **X.)** à payer à **F.)** un montant de 600 € à titre d'indemnité de procédure.

Par exploit d'huissier du 19 avril 2006, la compagnie d'assurances **X.)** a régulièrement interjeté appel contre les jugements des 21 février 2003 et 3 mars 2006.

Elle demande à la Cour de les réformer et de débouter l'intimé de ses demandes.

L'intimé demande la confirmation des jugements attaqués.

I. Appel contre le jugement du 21 février 2003

Le jugement en question contient, quant au calcul de l'indemnité payée au cours du congé légal, la motivation suivante :
« La législation sur le droit du travail relève de l'ordre public national et les parties ne sauraient y déroger que dans un sens plus favorable au salarié. Il y a dès lors lieu à application du texte législatif en question, l'employeur étant en aveu de ne pas avoir pris en considération la totalité de la rémunération du demandeur pour le recalcul de ladite indemnité.
La rémunération du demandeur consistant exclusivement dans les diverses commissions et les parties n'ayant prévu qu'un minimum garanti du salaire, il y a lieu d'appliquer l'alinéa 2 de l'article 14, la période de référence étant alors de 12 mois.

Par les termes « salaire, rémunération, appointements », il y a lieu d'entendre la rétribution globale de l'employé, comprenant, en dehors du taux en numéraire, les autres avantages et rétribution accessoires éventuels, tels que notamment les gratifications, tantièmes, remises, primes, logements gratuits et autres valeurs quelconques de même nature (article 29 de la loi du 12 novembre 1971 portant réforme du règlement légal de louage de service des employés privés).
Comme l'assimilation des commissions à un salaire ne se discute plus (Cour d'appel, 29 mai 1997, n° 19119 du rôle, affaire BATINVEST IMMOBILIERE c/ MELCHIOR), le salaire total brut tel qu'il ressort des fiches de salaire devait être pris en considération pour le calcul de l'indemnité de congé, à l'exception toutefois des avantages non périodiques tels que les gratifications et les primes.
Le tribunal ne disposant pas actuellement de tous les éléments pour trancher définitivement l'affaire, il échet de recourir à l'avis d'un expert dont la mission est plus amplement décrite dans le dispositif du présent jugement. »

Le même jugement a décidé qu'il n'y avait pas lieu à recalcul du salaire payé pendant les absences pour cause de maladie et il a nommé un expert avec la mission de calculer la rémunération des seuls jours de congé pris.

Force est de constater que ni l'acte d'appel ni les conclusions subséquentes de la société appelante ne contiennent la moindre critique relative soit à la motivation, soit au dispositif du jugement en question.

L'appel contre le jugement du 21 février 2003 est dès lors à déclarer non fondé.

II. Appel contre le jugement du 3 mars 2006

Tous les moyens de la partie appelante visent ce dernier jugement et essentiellement le résultat de l'expertise ordonnée.

A l'appui de son recours, la société appelante reproche au jugement attaqué d'avoir entériné le rapport d'expertise qui contiendrait des erreurs de calcul et ne tiendrait pas compte de l'indemnité compensatoire de congé déjà payée au salarié.

Cette indemnité ne serait pas à ajouter à la rémunération brute dont elle ferait déjà partie intégrante.

L'appelante rappelle que la rémunération de ses salariés commerciaux est composée d'une partie fixe et d'une partie variable ; que la partie fixe, appelée « commission de gestion » est destinée à rémunérer le salarié pour les actes à accomplir dans le cadre du suivi administratif des contrats existants ; qu'en cas de congé d'un salarié commercial, l'appelante a toujours maintenu la partie fixe de la rémunération mensuelle, sans aucune déduction pour les jours de travail non

prestés, ceci à l'identique de ce qui est pratiqué pour les salariés administratifs ; que la partie variable, composée de « commissions de production » et de « surcommissions », est destinée à rémunérer le salarié en fonction de la nouvelle production réalisée ; que pour ce qui concerne cette partie variable de la rémunération du salarié commercial, l'indemnité compensatoire de congé doit être calculée sur base de la moyenne de la seule partie variable de la rémunération des douze mois précédant immédiatement l'entrée en jouissance du congé, ceci conformément à l'article 14 de la loi du 22 avril 1966 ; qu'en ne suivant pas ce principe de calcul, l'expert a erronément incorporé deux fois l'indemnité de congé pour ce qui concerne la partie fixe de la rémunération mensuelle brute du salarié.

L'intimé considère le rapport d'expertise comme clair, détaillé et correct.

Il expose que l'expert s'est simplement référé à l'article 14 de la loi du 22 avril 1966 portant réglementation uniforme du congé annuel payé des salariés qui dispose : « Pour chaque jour de congé le salarié a droit à une indemnité égale au salaire journalier moyen des trois mois précédant immédiatement l'entrée en jouissance du congé. Le salaire journalier moyen est établi à partir de la rémunération mensuelle brute du salarié. Il est obtenu en divisant la rémunération mensuelle brute, y compris les accessoires, par cent soixante treize heures.
(…) Pour les salariés dont la rémunération est fixée en pourcentage au chiffre d'affaires ou sujette à des variations prononcées, la moyenne de la rémunération des douze mois précédents servira de base au calcul de l'indemnité de congé. »

Il explique que cette mesure de calcul pondéré peut entraîner que l'indemnité de congé soit supérieure au salaire du mois.

Il fait valoir que le mode de calcul préconisé par la partie appelante aurait comme conséquence que la rémunération du salarié irait en diminuant au fur et à mesure de la prise effective de ses vacances.

La partie appelante rappelle que l'indemnité de congé est seulement à calculer sur base de la part variable du salaire ; que dans le cas contraire, un salarié toucherait plus de salaire quand il est en congé que quand il travaille, ce qui se heurterait à tout principe de droit.

Quant aux avantages non périodiques, la société appelante expose que chaque fiche de salaire du salarié commercial est documentée par une grille renseignant le détail des éléments constituant le salaire mensuel brut ; que le montant figurant dans la colonne « prime 2 » de la grille constitue une prime unique et non périodique ; que l'article 14, alinéa 3 de la loi du 22 avril 1966 précitée stipule que pour le calcul de l'indemnité « il n'est pas tenu compte des avantages non périodiques, notamment des gratifications et primes de bilan » ; que

l'expert a donc à tort pris en considération la colonne « prime 2 » pour le calcul de la moyenne de rémunération des douze mois précédents.

D'après elle, il suffit de se référer aux fiches de salaire et au tableau récapitulatif des salaires pour vérifier que ces primes n'étaient payées qu'à deux ou à quatre fois par an au maximum ; qu'il ne s'agit dès lors nullement d'avantages périodiques mais bel et bien d'avantages non périodiques et exceptionnels n'ayant aucun caractère de généralité ou de constance ; qu'il s'agit notamment de primes de participation à un concours de production, de primes de productivité (payées si l'entreprise réalise un certain bénéfice ou chiffre d'affaire) et de primes de recrutement (les primes payées à un agent en cas de recrutement d'une personne proposée par lui).

Selon l'intimé, la partie appelante n'est pas à même d'indiquer le motif du versement de cette prime alors qu'il appartient pourtant à l'employeur de fournir à son salarié des fiches de salaire suffisamment claires et détaillées pour permettre un tel contrôle ; qu'il convient partant de prendre en considération les montants alloués au titre de la « prime 2 ».

L'intimé conteste les documents justificatifs versés par la partie appelante en affirmant qu'il s'agit de tableaux réalisés unilatéralement par elle et qui n'ont jamais été soumis à l'approbation des salariés.

La Cour constate que dans la partie de son rapport visant « Les faits » et « L'exécution de la mission », l'expert, avant de procéder aux calculs proprement dits, a exposé en détail les principes selon lesquels il entendait procéder, conformément tant à la mission que lui avait confiée le tribunal qu'à l'accord des parties quant à l'exécution de cette mission.

Ainsi, l'expert précise qu'il ne tiendra pas compte des avantages non périodiques comme gratifications et primes de bilan (ou autres primes exceptionnellement payées), ni du treizième mois.

L'appelante se borne à citer un exemple théorique d'un salarié administratif qui, outre le maintien de son salaire, n'a pas droit à une deuxième indemnité compensatrice calculée sur le nombre de jours de congé pris au cours de la période concernée, pour conclure que le même principe doit s'appliquer aux salariés commerciaux.

La critique de l'intimé en rapport avec le caractère non concluant des tableaux de rémunération versés par la société appelante est pertinente dans ce sens que non seulement ils sont unilatéraux mais qu'ils ne permettent pas, de même que les arguments de l'appelante qui s'y rapportent, de vérifier si et dans quelle mesure, les primes litigieuses auraient été incluses dans les calculs de l'expert.

A défaut de toute critique détaillée des calculs de l'expert, se rapportant de manière précise à la présente espèce et montrant l'incidence des erreurs prétendument commises par l'expert, dans l'exécution de sa mission fixée de manière définitive par le jugement du 21 février 2003, et cela aussi bien quant à la prise en considération de la partie fixe de la rémunération que quant à celle des avantages non périodiques, il échet de faire droit aux conclusions de l'intimé et de confirmer le jugement attaqué qui a entériné le rapport d'expert.

Quant aux indemnités de procédure

La société appelante demande d'être déchargée de l'indemnité de procédure mise à sa charge en première instance.

Elle sollicite une indemnité de procédure de 1.000 € pour l'instance d'appel.

L'intimé demande une indemnité de procédure de 1.500 €.

La demande de l'intimé est justifiée à concurrence du montant de 500 € pour chacune des deux instances, montant qu'il serait en effet inéquitable de laisser à sa charge alors qu'il a dû charger un avocat de la défense de ses intérêts justifiés.

La demande de décharge de l'appelante pour la première instance est partant partiellement fondée et le jugement attaqué est à réformer dans ce sens.

La demande de l'appelante concernant l'instance d'appel n'est pas fondée ; la partie déboutée de son recours et devant assumer les dépens ne saurait en effet bénéficier des dispositions de l'article 240 du nouveau code de procédure civile.

PAR CES MOTIFS :

la Cour d'appel, troisième chambre, siégeant en matière de droit du travail, statuant contradictoirement, sur le rapport oral du magistrat de la mise en état,

reçoit l'appel,

le déclare non fondé en ce qui concerne le jugement du 21 février 2003,

confirme le jugement du 21 février 2003,

quant au jugement du 3 mars 2006, le déclare fondé uniquement en ce qui concerne le quantum de l'indemnité de procédure,

réformant :

réduit l'indemnité de procédure redue par la société coopérative **X.)** à **F.)** à 500 €,

confirme le jugement attaqué pour le surplus,

rejette la demande de la société coopérative **X.)** basée sur l'article 240 du nouveau code de procédure civile pour l'instance d'appel,

condamne la société coopérative **X.)** à payer à **F.)** une indemnité de procédure de 500 € pour l'instance d'appel,

condamne la société coopérative **X.)** à tous les frais et dépens de l'instance.