

# **Cour de cassation de Belgique**

## **Arrêt**

N° S.11.0122.N

**OFFICE NATIONAL DE SÉCURITÉ SOCIALE,**

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

**contre**

**BEKAERT COORDINATIECENTRUM, s.a.,**

Me Willy van Eeckhoutte, avocat à la Cour de cassation.

### **I. LA PROCÉDURE DEVANT LA COUR**

Le pourvoi en cassation est dirigé contre l'arrêt rendu le 22 octobre 2010 par la cour du travail de Gand, section de Bruges.

L'avocat général Henri Vanderlinden a déposé des conclusions le 16 septembre 2013.

Le conseiller Koen Mestdagh a fait rapport.

L'avocat général Henri Vanderlinden a conclu.

## II. LE MOYEN DE CASSATION

Le demandeur présente un moyen libellé dans les termes suivants :

### *Dispositions légales violées*

- *article 14, §§ 1<sup>er</sup> et 2, de la loi du 27 juin 1969 révisant l'arrêté-loi du 28 décembre 1944 concernant la sécurité sociale des travailleurs ;*
- *article 23, alinéas 1<sup>er</sup> et 2, de la loi du 29 juin 1981 établissant les principes généraux de la sécurité sociale des travailleurs salariés ;*
- *articles 38, 39, 41 et 42 de l'arrêté royal du 30 mars 1967 déterminant les modalités générales d'exécution des lois relatives aux vacances annuelles des travailleurs salariés, l'article 39, tant dans la version antérieure que dans la version postérieure à sa modification par l'arrêté royal du 12 mars 2003, l'article 41, tant dans la version antérieure que dans la version postérieure à sa modification par les arrêtés royaux des 10 juin 2001, 22 juin 2004 et 16 février 2006, mais dans la version antérieure à sa modification par la loi du 27 décembre 2006, l'article 42, tant dans la version antérieure que dans la version postérieure à sa modification par l'arrêté royal du 10 juin 2001 mais dans la version antérieure à sa modification par la loi du 27 décembre 2006 ;*
- *article 9 des lois relatives aux vacances annuelles des travailleurs salariés, coordonnées le 28 juin 1971 ;*
- *article 19, § 1<sup>er</sup>, alinéa 1<sup>er</sup>, de l'arrêté royal du 28 novembre 1969 pris en exécution de la loi du 27 juin 1969 révisant l'arrêté-loi du 28 décembre 1944 concernant la sécurité sociale des travailleurs ;*
- *article 2 de la loi du 12 avril 1965 concernant la protection de la rémunération des travailleurs.*

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

*L'arrêt attaqué déboute le demandeur de son appel et confirme le jugement du tribunal du travail qui déboute le demandeur de sa demande.*

*L'arrêt attaqué décide qu'aucune disposition de la loi du 28 juin 1971 ne permet de considérer qu'une somme déterminée constitue une rémunération effective ou fictive à prendre en compte pour le pécule de vacances, par le seul motif qu'elle donne lieu à la perception de cotisations de sécurité sociale, de sorte que, pour le calcul du pécule de vacances simple et double afférent à la rémunération variable, il n'y a pas lieu de prendre en compte le pécule de vacances simple de l'exercice précédent afférent à la rémunération variable :*

*« 5.2.1. L'article 38 de l'arrêté royal du 30 mars 1967 déterminant les modalités générales d'exécution des lois relatives aux vacances annuelles des travailleurs salariés dispose que l'employeur paie à l'employé qui prend ses vacances 'la rémunération normale afférente aux jours de vacances'.*

*En vertu de l'article 39, alinéa 1<sup>er</sup>, du même arrêté royal, les employés dont la rémunération est totalement variable ont droit, par journée de vacances, à un pécule égal à 'la moyenne quotidienne des rémunérations brutes gagnées pour chacun des douze mois qui précèdent le mois au cours duquel les vacances sont prises (...) augmentées éventuellement d'une rémunération fictive pour les journées d'interruption de travail assimilées à des journées de travail effectif'. Pour les employés dont la rémunération n'est que partiellement variable, la disposition précitée est uniquement applicable à la partie variable.*

*Il n'est pas contesté que les primes payées par (la défenderesse) à 37 travailleurs constituent 'une rémunération variable' et qu'en conséquence, il y a lieu d'appliquer l'article 39 de l'arrêté royal du 30 mars 1967. Il est également établi qu'au cours de chaque exercice, (la défenderesse) a pris ces primes en compte pour le pécule de vacances simple. La question se posant est de savoir si, l'exercice suivant, ce pécule de vacances simple fait partie de la rémunération variable à prendre en compte pour le pécule de vacances simple, ce qui, suivant le premier juge, n'est admissible que si ce pécule de vacances*

*fait partie, soit 'des rémunérations brutes gagnées pour chacun des douze mois (qui précèdent) le mois au cours duquel les vacances sont prises', soit 'd'une rémunération fictive pour les journées d'interruption de travail assimilées à des journées de travail effectif'.*

*5.2.2. La cour du travail se rallie au premier juge en ce qu'il y a lieu d'entendre par le terme de 'rémunération brute' – et de salaire brut – la rémunération au sens du droit du travail, à savoir la rémunération payée en contrepartie d'une prestation de travail effectuée en exécution d'un contrat de travail, sous la réserve que, conformément à l'article 38bis de l'arrêté royal du 30 mars 1967, cette rémunération ne peut être prise en compte pour le calcul du pécule de vacances que si elle est soumise aux retenues sociales ordinaires. C'est également la notion de rémunération adoptée par la Cour de cassation.*

*Le pécule de vacances simple ne constitue pas la contrepartie d'une prestation de travail effectuée en exécution d'un contrat de travail. En conséquence, il ne fait pas partie de la 'rémunération brute' au sens de l'article 39, alinéa 1<sup>er</sup>, de l'arrêté royal du 30 mars 1967.*

*5.2.3. Le premier juge considère que le pécule de vacances simple ne peut davantage être considéré comme une 'rémunération fictive pour les journées d'interruption de travail assimilées à des journées de travail effectif'.*

*L'article 41 de l'arrêté royal du 30 mars 1967 énumère les 'journées d'interruption de travail qui sont assimilées à des journées de travail effectif'. Les périodes de suspension pour 'vacances annuelles' n'y figurent pas. En conséquence, aucune rémunération fictive ne peut être prise en compte pour ces périodes. Ainsi, le pécule de vacances simple sur la base duquel les cotisations sont réclamées en l'espèce ne relève pas de l'article 39, alinéa 1<sup>er</sup>, de l'arrêté royal du 30 mars 1967.*

*(Le demandeur) ne peut invoquer l'article 42 de l'arrêté royal à l'appui de sa thèse. Cette disposition concerne uniquement les journées d'interruption de travail énumérées à l'article 41 et, ainsi qu'il a été relevé précédemment, les jours de vacances n'en font pas partie.*

*La demande ne porte pas sur le pécule de vacances visé à l'article 46 de l'arrêté royal.*

*Aucune disposition de la loi du 28 juin 1971 ne permet de considérer qu'une somme déterminée constitue une rémunération effective ou fictive à prendre en compte pour le pécule de vacances par le seul motif qu'elle donne lieu à la perception de cotisations de sécurité sociale.*

*5.2.4. Ainsi, la cour du travail se rallie à la décision du premier juge, qui est par ailleurs également admise par la doctrine ».*

### **Griefs**

*1. Conformément à l'article 38 de l'arrêté royal du 30 mars 1967, l'employeur paie à l'employé dont la rémunération est fixe qui prend ses vacances, la rémunération normale afférente aux jours de vacances et, par mois de service presté ou assimilé à du travail effectif au cours de l'exercice de vacances, un supplément calculé en fonction de la rémunération brute du mois au cours duquel les vacances prennent cours.*

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

*En vertu de l'article 39, alinéa 5, du même arrêté royal, pour les employés dont la rémunération n'est que partiellement variable, les dispositions de l'article 38 sont applicables à la partie fixe de la rémunération alors que les dispositions des alinéas précédents de l'article 39 sont applicables au calcul du pécule de vacances afférent à la partie variable de la rémunération.*

*2. L'article 41 de l'arrêté royal énumère les journées d'interruption de travail qui sont assimilées à des journées de travail effectif pour le calcul du pécule de vacances afférent à la rémunération variable.*

*En vertu de l'article 42 du même arrêté royal, pour le calcul du pécule de vacances afférent à la rémunération variable, les journées d'interruption de travail énumérées à l'article 41 ne sont pas traitées comme des journées assimilées mais comme des journées de travail effectif, lorsque l'employeur est tenu de déclarer celles-ci comme telles pour le calcul des cotisations de sécurité sociale.*

*Il suit de ces dispositions que, pour le calcul du pécule de vacances afférent à la rémunération variable, l'assimilation des journées d'interruption de travail à des journées de travail effectif n'a de sens que si ces journées d'interruption de travail ne donnent pas lieu au paiement d'une rémunération soumise aux retenues sociales.*

*L'application de la règle de l'article 42 de l'arrêté royal n'est pas limitée aux journées d'interruption de travail énumérées à l'article 41 mais s'étend à toutes les journées d'interruption de travail que l'employeur est obligé de déclarer comme telles pour le calcul des cotisations de sécurité sociale.*

*Dans le contexte de l'article 42 de l'arrêté royal, le terme de « rémunération brute » visé à l'article 39 porte sur tous les avantages accordés par l'employeur au travailleur pour les journées d'interruption de travail qui sont soumis aux retenues sociales.*

*3. Conformément à l'article 19, § 1<sup>er</sup>, alinéa 1<sup>er</sup>, de l'arrêté royal du 28 novembre 1969, par dérogation à l'article 2, alinéa 3, 1<sup>o</sup>, de la loi du 12 avril 1965, la partie du pécule de vacances qui correspond à la rémunération normale des jours de vacances est considérée comme une rémunération au regard de la sécurité sociale et est prise en compte pour le calcul des cotisations de sécurité sociale.*

*Bien que les jours de vacances constituent des journées d'interruption de travail et ne soient pas assimilés à des journées de travail effectif en application de l'article 41 de l'arrêté royal du 30 mars 1967, l'obligation de déclarer le pécule de vacances simple pour le calcul des cotisations de sécurité sociale a pour effet que, pour l'application de l'article 39 du même arrêté royal, il y a lieu de considérer le pécule de vacances simple afférent à ces*

*journées de travail comme une rémunération effective et non comme une rémunération fictive pour journées assimilées.*

*Ainsi, pour le calcul du pécule de vacances simple et double d'un employé dont la rémunération est variable, le pécule de vacances simple de l'exercice précédent est pris en compte dans la mesure où ces jours de vacances ont donné lieu au paiement d'une rémunération soumise aux retenues sociales.*

*L'arrêt attaqué, qui décide que le demandeur ne peut invoquer l'article 42 de l'arrêté royal du 30 mars 1967 à l'appui de sa demande tendant au paiement des cotisations de sécurité sociale calculées sur le pécule de vacances simple afférent à la rémunération variable de l'exercice précédent, n'est pas légalement justifié.*

*4. Contrairement à ce que l'arrêt attaqué considère, pour l'application de l'article 39 de l'arrêté royal du 30 mars 1967, le pécule de vacances simple afférent à la rémunération variable constitue la contrepartie de prestations de travail effectuées en exécution d'un contrat de travail dans la mesure où ce pécule de vacances a été gagné au cours de la période de référence de douze mois précédant le mois au cours duquel les vacances sont prises et est proportionnel au travail antérieurement presté.*

*Dans la mesure où, en vertu de l'article 42 de l'arrêté royal du 30 mars 1967, la « rémunération brute » visée à l'article 39 du même arrêté royal porte sur toutes les rémunérations soumises aux retenues sociales, pour l'application de l'article 39, il y a lieu de considérer le pécule de vacances simple en tout cas - même s'il ne constitue pas la contrepartie de prestations de travail - comme une rémunération effective à prendre en compte pour le pécule de vacances par le seul motif qu'il est soumis aux retenues sociales.*

*5. Il s'ensuit que l'arrêt attaqué n'a pas légalement décidé que le pécule de vacances simple ne fait pas partie de la « rémunération brute » visée à l'article 39, alinéa 1<sup>er</sup>, de l'arrêté royal du 30 mars 1967 au motif qu'il ne constitue pas la contrepartie de prestations de travail effectuées en exécution d'un contrat de travail (violation des dispositions légales citées en tête du moyen, plus spécialement de l'article 39, alinéa 1<sup>er</sup>, de l'arrêté royal du*

*30 mars 1967 déterminant les modalités générales d'exécution des lois relatives aux vacances annuelles des travailleurs salariés), qu'il ne décide pas davantage légalement qu'aucune disposition de la loi du 28 juin 1971 ne permet de considérer qu'une somme déterminée constitue une rémunération effective ou fictive à prendre en compte pour le pécule de vacances par le seul motif qu'elle donne lieu à la perception de cotisations de sécurité sociale (violation de toutes les dispositions légales citées en tête du moyen, plus spécialement des articles 41 et 42 de l'arrêté royal du 30 mars 1967 déterminant les modalités générales d'exécution des lois relatives aux vacances annuelles des travailleurs salariés) et qu'en conséquence, il n'écarte pas légalement le pécule de vacances simple afférent à la rémunération variable de l'exercice précédent de la base de calcul du pécule de vacances simple et double afférent à la rémunération variable et ne déboute pas légalement le demandeur de sa demande tendant au paiement des cotisations de sécurité sociale calculées sur ce pécule de vacances simple (violation des articles 14, §§ 1<sup>er</sup> et 2, de la loi du 27 juin 1969 révisant l'arrêté-loi du 28 décembre 1944 concernant la sécurité sociale des travailleurs, 23, alinéas 1<sup>er</sup> et 2, de la loi du 29 juin 1981 établissant les principes généraux de la sécurité sociale des travailleurs salariés, 38, 39, 41, 42 de l'arrêté royal du 30 mars 1967 déterminant les modalités générales d'exécution des lois relatives aux vacances annuelles des travailleurs salariés, 9 des lois relatives aux vacances annuelles des travailleurs salariés, coordonnées le 28 juin 1971, 19, § 1<sup>er</sup>, alinéa 1<sup>er</sup>, de l'arrêté royal du 28 novembre 1969 pris en exécution de la loi du 27 juin 1969 révisant l'arrêté-loi du 28 décembre 1944 concernant la sécurité sociale des travailleurs et 2 de la loi du 12 avril 1965 concernant la protection de la rémunération des travailleurs).*

### **III. LA DÉCISION DE LA COUR**

1. En vertu de l'article 39 de l'arrêté royal du 30 mars 1967 déterminant les modalités générales d'exécution des lois relatives aux vacances annuelles des travailleurs salariés, le pécule de vacances des employés dont la

rémunération est variable est calculé en fonction des rémunérations brutes gagnées pour les douze mois qui précèdent le mois au cours duquel les vacances sont prises, augmentées éventuellement d'une rémunération fictive pour les journées d'interruption de travail assimilées à des journées de travail effectif.

Alors que l'article 41 de l'arrêté royal du 30 mars 1967 énumère les journées d'interruption de travail qui sont assimilées à des journées de travail effectif pour le calcul du pécule de vacances, l'article 42 du même arrêté royal prévoit que, pour le calcul du pécule de vacances afférent à la rémunération variable, les journées d'interruption de travail énumérées à l'article 41 ne sont pas considérées comme des journées assimilées mais comme des journées de travail effectif, lorsque l'employeur a l'obligation de déclarer celles-ci comme telles pour le calcul des cotisations de sécurité sociale.

2. Il suit de ces dispositions que, pour le calcul du pécule de vacances, l'assimilation des journées d'interruption de travail à des journées de travail effectif n'a de sens que si ces journées d'interruption de travail ne donnent pas lieu au paiement d'une rémunération soumise aux retenues sociales.

3. En vertu de l'article 19, § 1<sup>er</sup>, de l'arrêté royal du 28 novembre 1969 pris en exécution de la loi du 27 juin 1969 révisant l'arrêté-loi du 28 décembre 1944 concernant la sécurité sociale des travailleurs, la partie du pécule de vacances qui correspond à la rémunération normale des jours de vacances est considérée comme rémunération au regard de la sécurité sociale et est prise en compte pour le calcul des cotisations de sécurité sociale.

4. Il s'ensuit que, bien que les jours de vacances constituent des journées d'interruption de travail et qu'en vertu de l'article 41 de l'arrêté royal du 30 mars 1967, ils ne soient pas assimilés à des journées de travail effectif, pour l'application de l'article 39 du même arrêté royal, il y a lieu de considérer le pécule de vacances simple afférent à ces jours comme une rémunération effective et non comme une rémunération fictive pour journées assimilées.

5. En décidant que, pour les employés dont la rémunération est variable, le pécule de vacances simple ne fait pas partie de la rémunération brute au sens de l'article 39, alinéa 1<sup>er</sup>, de l'arrêté royal du 30 mars 1967 au motif qu'il ne

constitue pas la contrepartie d'une prestation de travail effectuée en exécution d'un contrat de travail et qu'aucune disposition de la loi du 28 juin 1971 ne permet de considérer qu'une somme déterminée constitue une rémunération effective ou fictive à prendre en compte pour le pécule de vacances, l'arrêt viole l'article 39 de l'arrêté royal du 30 mars 1967 déterminant les modalités générales d'exécution des lois relatives aux vacances annuelles des travailleurs salariés.

Le moyen est fondé.

**Par ces motifs,**

La Cour

Casse l'arrêt attaqué ;

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

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

Renvoie la cause devant la cour du travail de Bruxelles.

Ainsi jugé par la Cour de cassation, troisième chambre, à Bruxelles, où siégeaient le président Christian Storck, les conseillers Koen Mestdagh, Alain Simon, Mireille Delange et Antoine Lievens, et prononcé en audience publique du sept octobre deux mille treize par le président Christian Storck, en présence de l'avocat général Henri Vanderlinden, avec l'assistance du greffier Johan Pafenols.

Traduction établie sous le contrôle du conseiller Mireille Delange et transcrite avec l'assistance du greffier Lutgarde Body.

Le greffier,

Le conseiller,