TRIBUNAL DU TRAVAIL DE CHARLEROI

Section de Charleroi

JUGEMENT

prononcé en audience publique de la **cinquième** Chambre

En cause de : **L'OFFICE NATIONAL DE SECURITE SOCIALE,** établissement public, institué par l'arrêté-loi du 28 décembre 1944 révisé par la loi du 27 juin 1969 dont le siège est sis à 1060 BRUXELLES, Place Victor Horta, 11, inscrit à la Banque Carrefour des Entreprises sous le n°206.731.645,

partie demanderesse représentée par Maître Frèrejean, Avocat loco Maître P.Valentin, Avocat à 7141 Mont-Sainte-Aldegonde, rue de Namur, 73 ;

Contre : **La S.A. AGESIMMO – IMMOBILIERE BIMAT,**
Dont le siège social est sis à 6120 Ham-Sur-Heure-Nalinnes (Ham-Sur-Heure), Allée de la Charmille, 42, inscrite à la Banque Carrefour des Entreprises sous le n°0432.292.277,

partie défenderesse, comparaissant par Maître Bruno, Avocat loco Maître J-C.Derzelle, Avocat à 6180 Courcelles, rue Antoine Carnière, 137.

Le Tribunal, après avoir délibéré de la cause, rend ce jour le jugement suivant :

Vu la loi du 15 juin 1935 sur l'emploi des langues en matière judiciaire et ses modifications dont il a été fait application ;

Vu le dossier de la procédure et notamment :

- La citation introductive d'instance signifiée par exploit du 21.04.2008 de l'Huissier de Justice suppléant Marc Lambert remplaçant Maître Bernard De Coster de résidence à Charleroi (Mont-Sur-Marchienne),
- les conclusions de la partie défenderesse déposées à l'audience du 2 octobre 2008, ses conclusions additionnelles et de synthèse déposées à l'audience du 5 mars 2009,
- les conclusions de la partie demanderesse déposées au greffe le 6 janvier 2009,
- les dossiers de pièces des parties demanderesse et défenderesse déposés à l'audience du 1er octobre 2009.

Entendu les conseils des parties en leurs explications données à l'audience publique du 1.10.2009.

*
* *

I. OBJET DE L'ACTION

La citation a pour objet d'entendre condamner la partie défenderesse au paiement de la somme de 7193,59 €, à titre de cotisations sociales, majorations et intérêts, due selon extrait de compte arrêté au 18.02.2008, outre les intérêts légaux sur les cotisations, soit sur 5.283,85 €, depuis le 19.02.2008 jusqu'à parfait paiement et les dépens.

Il s'agit d'une régularisation de cotisations pour les 3ème et 4ème trimestres de l'année 2003 et pour les 1er, 2ème et 3ème trimestres de l'année 2004 (code 121).

II. RECEVABILITE

La demande est recevable et a été introduite dans les formes et délais légaux.

III. LES FAITS

Le rapport sur enquête du 8.08.2007 déposé par l'ONSS (sa pièce 5) révèle les éléments suivants :

La défenderesse est une agence immobilière.

Madame M y a travaillé en qualité d'employée du 1.04.2003 au 21.07.2003 dans le cadre d'un contrat PFI (plan formation insertion) puis dans le cadre d'un contrat de travail ordinaire du 22.07.2003 au 8.07.2004, date de son licenciement (pièce 2 de la défenderesse).

Les rémunérations ont été déclarées à l'ONSS conformément aux comptes individuels.

Les cotisations sociales ont été calculées et payées sur cette base à l'ONSS.

Un litige oppose Mme M à son ancien employeur devant la 3ème chambre du Tribunal du Travail de Charleroi, concernant, semble t'il, des commissions sur les ventes réalisées.

A cette occasion, une convention établie le 8.08.2003 entre Mme M et la SA AGESIMMO a été évoquée, ainsi libellée (pièce 3 de l'ONSS) :

« ***Il a été convenu ce qui suit*** :
En plus de son fixe légal, Mme M. percevra de la S.A AGESIMMO, une commission de 10% sur toutes les affaires rentrées ou réalisées par elle et cela après conclusion définitive du dossier (soit à la signature des actes notariés ou au paiement de la commission à l'agence). Cette commission sera payée sous forme de frais de déplacement. ».

Une enquête a été menée par l'inspection sociale à la demande de Monsieur l'Auditeur du Travail.

Les parties à la convention ont été entendues les 29.03.2007, 26.06.2007 et 12.07.2007 (pièces 7, 10, 11 de l'ONSS).

L'ONSS a décidé de régulariser les cotisations sociales payées par la SA AGESIMMO pour Mme M et de les calculer également sur base des commissions perçues. Une formule de régularisation F33 a été établie le 17.08.2007 (pièce 2 de l'ONSS).

Un recommandé en ce sens a été adressé à la SA AGESIMMO le 10.10.2007, un supplément de cotisations de 5283,85 €, objet du litige, lui étant réclamé (pièce 13 de l'ONSS).

IV. DISCUSSION

A. Prescription

La défenderesse soulève la prescription de l'action, compte tenu de la modification du délai de prescription qui serait d'application immédiate.

L'article 42 de la loi du 27.06.1969 concernant la sécurité sociale des travailleurs disposait que les créances de l'ONSS à charge des employeurs assujettis se prescrivent par 5 ans.

L'article 33 de la loi du 3.07.2005, en vigueur à partir du 1.01.2009, a réduit le délai à 3 ans.

« *Lorsque, en matière civile, une loi, même d'ordre public, établit pour la prescription d'une action un délai plus court que celui qui était fixé par la législation antérieure, ce nouveau délai, si le droit à l'action est né avant l'entrée en vigueur de la loi nouvelle, ne commence à courir, au plus tôt, qu'à partir de cette entrée en vigueur, sans toutefois faire obstacle à la prescription déjà acquise conformément à l'ancienne règle et sauf volonté contraire du législateur.* » (Cass.13/03/1989, RG 6516, juridat; Cass. 24/01/1997, RG C960068N, juridat).

C'est évidemment au moment de la citation introductive d'instance et non aujourd'hui qu'il faut se placer pour apprécier si l'action était prescrite, puisque l'interruption de la prescription par une citation se prolonge jusqu'à la clôture de l'instance (Cass.11.01.1957, Pas. p.523 ; Cass.24.01.1964, Pas. p.552).

La citation date du 21.04.2008, le délai de prescription était donc à ce moment de 5 ans.

Pour les cotisations les plus anciennes (3ème trimestre 2003), le délai de prescription à pris cours le 1er novembre 2003, les cotisations devant être payées au plus tard le dernier jour du mois qui suit le trimestre (art. 34 in fine de l'arrêté royal d'exécution du 28.11.1969).

Il a par ailleurs été interrompu par la mise en demeure du 10.10.2007.

L'action introduite par citation du 21.04.2008 n'est donc prescrite pour aucun des trimestres dont les cotisations sont réclamées.

B. Sur le fond

1) Position de la défenderesse

La défenderesse conteste la demande, d'une part, en ce qu'elle porte sur le 3ème trimestre 2004.

Selon elle, Mme M ayant été licenciée le 8.07.2004, elle n'a donc plus effectué de ventes et n'a donc pu obtenir de commissions sur ventes.

Elle affirme, d'autre part, qu'elle a toujours contesté devoir ces commissions qui n'ont pas été payées à l'employée, celle-ci n'ayant jamais fourni de justificatifs crédibles.

Elle soutient que les paiements ont été appelés par erreur « commissions », alors qu'il s'agissait de remboursements de frais sur lesquels aucune cotisation n'est due.

Subsidiairement, elle demande que la base de calcul des cotisations soit réduite aux frais qui ne sont pas justifiés par le poste « frais de route » détaillé sans sa lettre à l'ONSS du 13.04.2007 et, plus subsidiairement encore, elle sollicite de pouvoir apporter la preuve d'un fait.

2) La base de calcul des cotisations sociales, en droit

Selon l'article 14 de la loi du 27.06.1969, les cotisations sont calculées sur base de la rémunération du travailleur, telle que déterminée par l'article 2 de la loi du 12.04.1965 sur la protection de la rémunération.

L'article 2 de la loi du 12.04.1965 entend par rémunération, 1° le salaire en espèce auquel le travailleur a droit à charge de l'employeur en raison de son engagement, 2° le pourboire ou service auquel le travailleur a droit en raison de son engagement ou en vertu de l'usage, 3° les avantages évaluables en argent auxquels le travailleur a droit à charge de l'employeur en raison de son engagement.

Les commissions ou autres formes de salaire variable sont payées en contrepartie d'un travail et sont donc de la rémunération. (JF FUNCK, Droit de la sécurité sociale, Larcier 2006, p.155 et 176 ; Cass. 11.09.1995, Larcier Cass. 1995, p. 1066)

L'article 19 § 2 de l'arrêté royal d'exécution du 28.11.1969 énumère les sommes qui ne sont pas considérées comme de la rémunération, notamment divers remboursement de frais (déplacements, repas, cadeaux, etc..., art.19 § 2, 4° à 21°).

« « *Une somme liée à des frais est ou n'est pas un avantage acquis en vertu du contrat de travail selon qu'elle ne représente pas ou qu'elle représente le paiement de frais réels supplémentaires liés à l'occupation du travailleur* » (Av. Gén. J. Leclercq, concl. sous Cass.15.01.2001, JTT 2001, p161). *De manière générale, lorsque le montant payé au travailleur dépasse les frais qu'il expose réellement, il s'agit alors d'une rémunération. Par contre, un montant forfaitaire de frais est admissible, pour autant qu'il soit raisonnable, c'est-à-dire justifiable.* » (JF FUNCK, op.cit. p.158)

« *Les cotisations sont dues si la rémunération est elle-même exigible. La Cour de Cassation en a déduit que la naissance de cette créance ne dépendait donc pas du paiement effectif de la rémunération* » (JF FUNCK, p.155 et 161, se référant à Cass.18.11.2002, Chr.dr.s. 2003, p.66).

3) <u>En l'espèce</u>

L'ONSS a dans un premier temps enrôlé à charge de la SA AGESIMMO des cotisations sociales déclarées par le secrétariat social de l'employeur et calculées sur base du salaire fixe tel qu'il apparaît sur les comptes individuels (pièces 4 et 6).

Ces comptes individuels (pièces 6) portent également des montants payés à Mme M sous le libellé « divers net », non soumis à cotisation.

Par la suite, la convention conclue entre Mme M a été portée à la connaissance de l'ONSS.

Au vu la rédaction parfaitement claire de celle-ci, laissant apparaître que Mme M avait bénéficié de commissions sur les ventes et que celles-ci avait été versées sous forme de frais, donc non soumis à cotisations, une enquête a été diligentée.

Mme M est en litige contre son employeur au sujet de ces commissions mais ce dernier n'a pas voulu s'en expliquer lors de son audition par l'inspection sociale le 29.03.2007.

L'employeur, M.F , a en revanche confirmé que des commissions de 10 % étaient versées à Mme M sous forme de frais divers (pièce 7 ONSS) :

« *Toutefois, concernant les frais octroyés mensuellement à cette personne, et mentionnés sur les comptes individuels du GROUPE S sous le code 441, je vous confirme qu'il s'agit bien des commissions de 10% sur les affaires rentrées ou réalisées par elle chaque mois. Conformément à la convention écrite que je vous remets, ces*

commissions étaient payées sous forme de frais de déplacement, libellées aux comptes individuels dans rubrique « remboursement de frais divers ». Ce système a été mis au point en accord avec Madame M et son syndicat CGSLB de Charleroi. Sa volonté étant de ne pas payer de précompte professionnel. Il va de soit que le montant de frais mensuel couvrait également des frais de déplacement, de téléphone, ou autres. Vous m'informez que les commissions qui viennent en plus de la rémunération mensuelle, sont aussi de la rémunération passible de cotisations sociales. ».

Par la suite, éclairé par son consultant social selon lequel les 10% dont question dans la convention ne sont pas des commissions mais un montant maximum de remboursement de frais, M.F a affirmé, lors d'une audition du 12.07.2007, que les frais octroyés à Mme M étaient justifiés et il s'est opposé à la régularisation des cotisations sociales. Dans un courrier du 13.04.2007, il détaille en quoi consistait ces frais : indemnités de repas, frais de cadeaux et de restaurant, frais de route. (pièces 8, 9 et 11 de l'ONSS).

Mme M entendue le 26.06.2007 (pièce 10) le contredit formellement, affirmant :

« *Je vous confirme qu'il s'agissait d'une commission calculée à raison de 10 % des affaires rentrées ou réalisées par moi. Cette convention partait de la volonté de mon employeur de ne pas payer de charges sociales sur ces montants. Comme je voulais une trace de ce paiement, nous avons conclu la convention précitée* ».

(...)

« *Je conteste formellement ces justifications, il n'a jamais été question de remboursement de frais quelconques : je n'allais jamais au restaurant avec les clients, ni n'offrais de cadeaux, j'avais un carnet de bons d'essence pour la pompe TEXACO à Marcinelle. Les repas étaient à ma charge – En fait, le remboursement de mes frais aurait dû venir en plus de mes rémunérations et de mes 10% de commissions. Or, ça n'a pas été le cas. J'avais aussi mes frais de GSM et d'entretien de voiture à ma charge. A aucun moment, je n'ai dû produire de justificatif pour ces frais, ni n'ai reçu de fiche de commissions pour mes contributions* ».

L'ONSS doit assumer la preuve des éléments de base de calcul des cotisations. « *En cas de contestation sur le caractère rémunératoire des sommes payées, il appartient à l'organisme chargé de percevoir les cotisations d'établir que lesdites sommes ne constituent pas le remboursement des frais que doit supporter l'employeur* » (Cass. 14.01.2002, JTT 2002, p.105 ; JF Leclercq et D. De Roy, « Les ressources de la jurisprudence de la Cour de Cassation dans l'approche des missions de l'ONSS », JTT 2005, p.428)

Au vu de la convention non équivoque, de la première déclaration de M.F et de celle de Mme M , l'ONSS apporte cette preuve et a, à juste titre, procédé à la régularisation des cotisations sociales sur base des sommes versées à Mme M sous le libellé « divers net ».

La défenderesse n'apporte pas la preuve contraire, n'ayant jamais fourni la moindre pièce de nature à justifier l'existence de frais exposés par Mme M

Sa contestation, qui va à l'encontre de la convention établie par elle-même « in tempore non suspecto », n'est nullement étayée par des éléments concrets démontrant qu'il s'agissait non de commissions mais bien de frais réels.

Par ailleurs, les suppléments de cotisations ont été calculés sur base de sommes manifestement payées ou dues à Mme M puisque figurant sur les comptes individuels.

La défenderesse, qui ne fournit aucune explication sur le litige l'opposant à Mme M , n'apporte pas le moindre élément de nature à établir que ces sommes n'auraient pas été payées, ni même qu'elles n'auraient pas été exigibles, condition suffisante pour que les cotisations sociales soient dues.

Il n'y a pas lieu à faire droit à la demande d'apport de preuve formulée par la défenderesse.

Les éléments du dossier suffisent en effet à emporter la conviction du Tribunal. En outre, le fait coté à preuve est ancien et aurait pu depuis longtemps être établi par pièces.

La demande est fondée en son principe.

4) Vérification des montants réclamés

En ce qui concerne le 3ème trimestre 2004, au début duquel Mme M a été licenciée (le 8 juillet), on observera sur le tableau de régularisation et le F33 que des rémunérations sont prises en compte pour le seul mois de juillet et que le montant ajouté est négatif (-230 €), de sorte que la base de calcul des cotisations est revue à la baisse.

Les rémunérations brutes passent en effet de 10.050,27 € à 9820,27 € (pièces 2 et 4 et compte individuel, pièce 6)

Le montant des cotisations réclamées pour ce 3ème trimestre 2004 est pourtant de 1284,59 € (pièce 13 et extrait de compte).

Le recommandé adressé à Mme M le 10.10.2007 (pièce 14) mentionne que ses rémunérations sont passés pour ce trimestre de 7048,75 € à 9820,27 €, soit un supplément de rémunération de 2771,52 €, ce qui explique ces cotisations.

Le détail des calculs des cotisations n'est pas produit.

L'examen du compte individuel du 3ème trimestre 2004 (pièce 6) montre d'où vient cette contradiction : le « brut total » (10.050,27 €) est différent du « brut base ONSS » (7048,75 €), ce qui n'est pas le cas pour les autres trimestres.

En juillet 2004, Mme M a en effet perçu une série de sommes (indemnité de rupture, pécules de vacances, etc...) dont certaines ne sont pas soumises à cotisations.

Il convient que l'ONSS s'explique sur la différence des montants pris en considération sur le F33 et sur la lettre adressée à Mme M et sur le montant de cotisations réclamé au vu de la révision à la baisse des rémunérations.

La réouverture des débats est ordonnée à cet effet.

Pour le surplus, le Tribunal ne relève pas d'autre anomalie dans les montants réclamés.

La demande est d'ores et déjà fondée à concurrence de **5483,81** €, soit les cotisations (3999,26 €), majorations et intérêts complémentaires afférents aux 3ème et 4ème trimestres de l'année 2003 et aux 1er et 2ème trimestres de l'année 2004.

PAR CES MOTIFS,

LE TRIBUNAL DU TRAVAIL,

Statuant contradictoirement,

Reçoit la demande, la dit d'ores et déjà partiellement fondée,

Condamne la partie défenderesse à payer à la partie demanderesse

- la somme de **5483,81 €,** à titre de cotisations, majorations et intérêts complémentaires relatifs aux 3ème et 4ème trimestres de l'année 2003 et aux 1er et 2ème trimestres de l'année 2004. ,

- les intérêts de retard au taux légal sur la somme de **3999,26** €, ceux-ci étant à calculer à dater du **19.02.2008** jusqu'à parfait paiement,

Avant dire droit sur les cotisations, majorations et intérêts complémentaires afférents au **3ème trimestre de l'année 2004**, ordonne la **réouverture des débats** afin que la partie demanderesse s'explique sur la différence des rémunérations mentionnées sur le F33 et sur la lettre du 10.10.2007 adressée à Mme M ainsi que sur le montant de cotisations réclamé au vu de la révision à la baisse des rémunérations selon le F33.

En application de l'article 775 nouveau du Code Judiciaire, le demandeur est invité à remettre ses observations et pièces sur ces points au greffe et à les communiquer à la défenderesse, pour le **14 janvier 2010** au plus tard,

Les observations et pièces de la défenderesse devront être déposées au greffe et communiquées au demandeur, pour le **1er avril 2010** au plus tard,

Les parties seront entendues sur ces points à l'audience publique du **20 mai 2010** à **14 heures**, la durée des débats étant fixée à 15 minutes.

Les parties et leur conseil seront avertis par le greffe, conformément au prescrit de l'article 775 du Code judiciaire ;

Réserve à statuer sur le surplus et quant au surplus de frais et dépens de l'instance.

Ainsi rendu et signé par la **cinquième chambre** du Tribunal du travail de Charleroi, section de Charleroi, composée de :

Mme DE PRETER,	Juge au Tribunal du travail, Présidant la cinquième chambre,
Mr RENARD,	Juge social suppléant au titre d'employeur,
M. VERSCHUEREN,	Juge social au titre de travailleur salarié,
M. CARLU,	Greffier .

CARLU VERSCHUEREN RENARD DE PRETER

Et prononcé en audience publique du **5 novembre 2009** de la **cinquième chambre** du Tribunal du travail de Charleroi, section de Charleroi, par Mme DE PRETER, Juge au Tribunal du Travail, président de chambre, assisté de Mr CARLU, Greffier.

Le Greffier, La Présidente,

P.CARLU, C. DE PRETER