

## **Cour de cassation de Belgique**

### **Arrêt**

N° S.05.0052.F

**A. A.-M.,**

demanderesse en cassation,

représentée par Maître Michel Mahieu, avocat à la Cour de cassation, dont le cabinet est établi à Bruxelles, avenue Louise, 523, où il est fait élection de domicile,

**contre**

**FORTIS BANQUE**, société anonyme dont le siège social est établi à Bruxelles, Montagne du Parc, 3,

défenderesse en cassation,

représentée par Maître Huguette Geinger, avocat à la Cour de cassation, dont le cabinet est établi à Bruxelles, rue des Quatre Bras, 6, où il est fait élection de domicile.

### **I. La procédure devant la Cour**

Le pourvoi en cassation est dirigé contre l'arrêt rendu le 19 octobre 2004 par la cour du travail de Bruxelles.

Le président Christian Storck a fait rapport.

L'avocat général Jean-Marie Genicot a conclu.

### **II. Le moyen de cassation**

La demanderesse présente un moyen libellé dans les termes suivants :

#### ***Dispositions légales violées***

*- articles 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, tels qu'ils étaient en vigueur, le premier, avant sa modification par l'arrêté royal du 28 avril 1999 et par l'arrêté royal du 10 juin 2001, le troisième, avant sa modification par l'arrêté royal du 10 juin 2001 ;*

*- pour autant que de besoin, 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, tel qu'il a été modifié par l'arrêté royal du 10 juillet 1973.*

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

*L'arrêt reçoit l'appel, le dit non fondé, confirme le jugement entrepris en toutes ses dispositions, condamne [la demanderesse] aux dépens d'appel et déclare en conséquence non fondée la demande tendant au paiement du solde de pécule de vacances pour les années 1997 à 2000.*

*Il justifie cette décision par tous ses motifs réputés ici intégralement reproduits et en particulier par la considération, en substance, que*

*« L'article 39 de l'arrêté royal du 30 mars 1967, en vigueur à l'époque, prévoit que les employés dont la rémunération est totalement ou partiellement 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 ;*

*L'article 41 de cet arrêté royal énumère les journées d'interruption de travail qui, pour le calcul du montant du pécule de vacances, sont 'assimilées à des jours de travail effectif' ;*

*Parmi les dix-sept cas énumérés, figurent les journées d'interruption de travail résultant*

*'1° d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle donnant lieu à réparation ;*

*2° d'un accident ou d'une maladie non visés au 1° ;*

*3° d'un repos d'accouchement' ;*

*Les jours de vacances ne figurent pas dans l'énumération limitative ;*

*L'article 42 dispose que 'les journées d'interruption de travail énumérées à l'article 41 ne sont pas considérées, pour le calcul du montant du pécule de vacances, comme des journées assimilées mais comme des journées de travail effectif lorsque l'employeur est tenu de les déclarer comme telles pour le calcul du montant des cotisations sociales' [...] ; la cour [du travail] partage le point de vue des premiers juges et de la [défenderesse] ; en effet, les*

*jours de vacances sont à l'évidence des jours d'interruption de travail. L'article 41 énonce de façon limitative les jours d'interruption de travail qui, pour le calcul du montant du pécule de vacances, sont 'assimilés à des jours de travail effectif', jours pour lesquels une rémunération fictive est prise en considération. L'article 42 précise que, pour le calcul du montant du pécule de vacances, les jours d'interruption de travail visés à l'article 41 ne sont pas traités comme des jours assimilés mais comme des jours de travail effectif lorsque l'employeur est tenu de les déclarer comme telles pour le calcul du montant des cotisations de sécurité sociale. En effet, dès lors qu'une rémunération a été versée, il n'y a pas lieu de recourir à une rémunération fictive. L'article 42 s'applique notamment pour les jours de maladie visés à l'article 41, 2°, lorsqu'ils sont couverts par le salaire garanti. L'article 42 dispose clairement que deux conditions doivent être cumulativement remplies pour qu'un jour d'interruption de travail soit considéré, pour le calcul du montant du pécule de vacances, comme un jour de travail effectif : a) le jour d'interruption de travail doit figurer sur la liste énumérée à l'article 41 ; b) l'employeur doit être tenu de déclarer ce jour pour le calcul des cotisations sociales. Or, l'article 41 de l'arrêté royal du 30 mars 1967 ne vise pas les jours de vacances : l'une des conditions prévues par l'article 42 pour qu'elles soient considérées comme des jours de travail effectif fait défaut. En conséquence, bien que le pécule de vacances soit considéré comme de la rémunération pour le calcul des cotisations de sécurité sociale, les jours de vacances pour lesquels le pécule a été payé ne peuvent pas être considérés comme des jours de travail effectif pour le calcul du pécule de vacances sur la rémunération variable. La prise en considération de ces jours d'interruption de travail pour le calcul du pécule de vacances ne repose sur aucune base légale ou réglementaire [...] ;*

*Dans son arrêt du 15 janvier 1996, [...] la Cour de cassation a décidé que le simple pécule de vacances de l'année précédente doit être pris en compte pour le calcul du simple et du double pécule de vacances de l'employé dont la rémunération est (partiellement) variable. Elle a estimé 'qu'il ressort de l'article 42 de l'arrêté royal du 30 mars 1967 que les jours d'interruption de travail ne sont pas considérés, pour le calcul du montant du pécule de*

*vacances, comme des journées assimilées mais comme des journées de travail effectif lorsque l'employeur est tenu de les déclarer comme telles pour le calcul du montant des cotisations de sécurité sociale ; que c'est la raison pour laquelle l'article 41 de ce même arrêté n'assimile pas les journées de vacances à des journées de travail effectif et que le pécule y afférent constitue une rémunération réellement gagnée pour l'application de l'article 39' [...] ;*

*La cour du travail considère que le texte des articles 41 et 42 de l'arrêté royal du 30 mars 1967 est clair et ne doit pas être interprété. Elle considère également que l'interprétation que la Cour de cassation donne de ces articles est en contradiction avec le texte de l'article 42. En effet, cet article n'énonce pas une règle générale ; il ne prévoit pas que 'les journées d'interruption de travail' - en général - ne sont pas considérées pour le calcul du montant du pécule de vacances comme des journées assimilées mais comme des journées de travail effectif dès lors que l'employeur est tenu de les déclarer comme telles pour le calcul des cotisations de sécurité sociale. Il dispose clairement que ce ne sont que les journées d'interruption de travail énumérées à l'article 41 qui bénéficient de ce traitement lorsque l'employeur est tenu de les déclarer comme journées de travail effectif pour le calcul des cotisations de sécurité sociale. Il doit être constaté que la Cour de cassation ne tient pas compte d'une partie de la disposition de l'article 42, savoir les mots 'énumérées à l'article 41', pour expliquer la raison pour laquelle précisément les jours de vacances ne sont pas visés par l'article 41. De plus, l'interprétation que la Cour de cassation donne des articles 41 et 42 a pour effet que le simple pécule de vacances sur la rémunération variable payé au cours d'une année sera, après cette année, pris en compte pour le calcul des péculs de vacances de plusieurs années consécutives et ce, même si le travailleur ne perçoit plus de rémunération variable [...]. La cour [du travail] ne constate pas que telle est la volonté du législateur [...] ;*

*La Cour [de cassation] ne considère pas, comme le soutient [la demanderesse], que les termes 'rémunérations brutes gagnées' contenus dans l'article 39 de l'arrêté royal du 30 mars 1967 sont à 'entendre au sens de l'article 19, § 1<sup>er</sup>, de l'arrêté royal du 28 novembre 1969', c'est-à-dire la rémunération à prendre en considération pour le calcul des cotisations de sécurité sociale [...], et que 'la seule référence à l'article 19, § 1<sup>er</sup>, de l'arrêté*

*royal du 28 novembre 1969 suffit donc à considérer que le simple pécule de vacances payé durant l'année précédente sur les rémunérations variables doit être pris en considération dans la base de calcul du simple et du double pécule de vacances' [...]. En effet [...], aucune disposition des lois et règlements sur les vacances annuelles ne renvoie, pour le calcul du pécule de vacances des employés, à la notion de rémunération visée par les lois et règlements concernant la sécurité sociale. Le fait que l'arrêté royal du 18 février 2003 précise expressément que 'la partie de la rémunération ne servant pas de base au calcul des cotisations de sécurité sociale visées à l'article 38, §§ 2 et 3, de la loi du 29 juin 1981 [...] n'est pas prise en compte pour le calcul du montant du pécule de vacances' témoigne de l'inexactitude de l'affirmation de [la demanderesse] selon laquelle la notion de rémunération brute gagnée contenue à l'article 39 de l'arrêté royal du 30 mars 1967 est à entendre au sens de l'article 19, § 1<sup>er</sup>, de l'arrêté royal du 28 novembre 1969 et que la seule référence à cet article 19, § 1<sup>er</sup>, suffit [...]. La Cour de cassation, à de multiples reprises, a décidé que le terme 'rémunération' visé par les articles 38, 39 et 46 de l'arrêté royal du 30 mars 1967 s'entend de tous les avantages en argent ou évaluables en argent alloués par l'employeur en contrepartie du travail fourni en exécution du contrat de travail [...]. La Cour de cassation a également, pour le calcul des pécules de vacances, mis sur le même pied les dispositions des articles 38, 39 et 46 [...]. Par ailleurs, elle a décidé, au sujet de l'article 46, qu'il ne résulte pas du fait que l'indemnité de congé est prise en considération pour le calcul des cotisations de sécurité sociale que l'employeur doit payer à l'employé un pécule de vacances sur cette indemnité [...]; la notion de rémunération retenue dans cet arrêt est expressément celle de 'contrepartie du travail fourni' [...]. La Cour de cassation, dans son arrêt du 15 janvier 1996, ne se prononce pas, d'après la cour du travail, sur la notion de rémunération à prendre en considération au sens de l'article 39 de l'arrêté royal du 30 mars 1967 : si elle fait référence à l'article 19, § 1<sup>er</sup>, de l'arrêté royal du 28 novembre 1969, c'est pour constater qu'en vertu de cet article, 'la partie du pécule de vacances correspondant à la rémunération normale afférente aux jours de vacances constitue une rémunération pour la sécurité sociale et est prise en considération pour le calcul des cotisations de sécurité sociale' ;*

*La Cour de cassation fait référence à cet article parce que l'article 42 de l'arrêté royal du 30 mars 1967 utilise les termes 'pour le calcul du montant des cotisations de sécurité sociale'. Comme le relève la [défenderesse], si la Cour de cassation 'avait estimé que, pour le calcul des pécules de vacances, la rémunération de base était celle de l'article 19, § 1<sup>er</sup>, elle n'aurait pas dû invoquer l'article 42' [...] ; à suivre la thèse de [la demanderesse], on ne voit pas d'ailleurs quelles seraient l'utilité ou la portée de l'article 42 puisque, selon cette thèse, la notion de rémunération visée à l'article 39 renvoie d'office à la notion de rémunération à prendre en considération pour le calcul des cotisations de sécurité sociale. Dès lors que le pécule de vacances ne constitue pas la contrepartie du travail presté, étant octroyé pour des jours de vacances, il ne rentre pas dans la notion de rémunération brute au sens de l'article 39. Il ne peut, en outre et en aucun cas, être considéré comme 'la rémunération brute gagnée pour chacun des douze mois précédant le mois au cours duquel les vacances sont prises' visée par cet article : le simple pécule de vacances a sans doute été payé au cours de ces douze mois mais il a été gagné au cours de l'exercice de vacances, c'est-à-dire pendant l'année de vacances dans le courant de laquelle ce simple pécule a été payé ;*

*Pour chacun et l'ensemble des motifs invoqués ci-dessus, la cour [du travail] considère que la demande de [la demanderesse] est non fondée ».*

### **Griefs**

*L'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 dispose que la partie du pécule de vacances qui correspond à la rémunération normale des jours de vacances est considérée comme rémunération pour le calcul des cotisations de sécurité sociale.*

*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, tel qu'il était en vigueur à l'époque, dispose que 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, les dispositions des alinéas précédents du même article sont applicables pour la partie variable, sous réserve d'autres décisions prises sous forme de convention collective.*

*L'article 41 de l'arrêté royal du 30 mars 1967 prévoit une liste de journées d'interruption de travail qui, pour le calcul du montant du pécule de vacances, sont assimilées aux jours de travail effectif normal. Les jours de vacances n'y sont pas repris.*

*L'article 42 de l'arrêté royal du 30 mars 1967, tel qu'il était en vigueur à l'époque, dispose que les journées d'interruption de travail énumérées à l'article 41 ne sont pas considérées, pour le calcul du montant du pécule de vacances, comme des journées assimilées mais comme des journées de travail effectif lorsque l'employeur est tenu de les déclarer comme telles pour le calcul du montant des cotisations de sécurité sociale.*

*Le champ d'application de l'article 42 est donc limité aux journées d'interruption de travail énumérées à l'article 41, lesquelles ne doivent remplir que la seule condition précitée pour être considérées comme des journées de travail effectif. Les journées de vacances ne peuvent être considérées comme visées par cet article 42, qui constitue une application spécifique du principe selon lequel doivent être considérées comme des journées de travail effectif, les journées d'interruption de travail que l'employeur est tenu de déclarer comme telles pour le calcul du montant des cotisations sociales. L'article 42 de l'arrêté royal du 30 mars 1967 constitue ainsi une exception à l'article 41 du même arrêté.*

*N'étant pas reprises dans la liste de l'article 41 de l'arrêté royal du 30 mars 1967, les journées de vacances ne peuvent donc être considérées comme*

*des journées d'interruption de travail qui sont assimilées à des journées de travail effectif pour le calcul du montant du pécule de vacances.*

*En vue de l'application de l'article 39 de l'arrêté royal du 30 mars 1967, et conformément à l'article 19, § 1<sup>er</sup>, alinéa 1<sup>er</sup>, de l'arrêté royal du 28 novembre 1969, ces journées de vacances doivent donc être considérées comme une rémunération réelle et non comme une rémunération fictive pour des journées assimilées.*

*L'arrêt considère que, « bien que le pécule de vacances soit considéré comme de la rémunération pour le calcul des cotisations de sécurité sociale, les journées de vacances pour lesquelles le pécule a été payé ne peuvent pas être considérées comme des journées de travail effectif pour le calcul du pécule de vacances sur la rémunération variable ».*

*Par conséquent, en décidant que le pécule de vacances n'entre pas dans la notion de rémunération brute prévue à l'article 39 de l'arrêté royal du 30 mars 1967, et qu'il ne peut donc en être tenu compte pour déterminer le simple et le double pécule de vacances, l'arrêt viole cette disposition réglementaire et, pour autant que de besoin, l'article 19, § 1<sup>er</sup>, alinéa 1<sup>er</sup>, de l'arrêté royal du 28 novembre 1969.*

*L'arrêt considère que le texte de l'article 42 de l'arrêté royal du 30 mars 1967 est clair et que cet article dispose que deux conditions doivent être cumulativement remplies pour qu'une journée d'interruption de travail soit considérée comme une journée de travail effectif, savoir qu'elle figure sur la liste énumérée à l'article 41 et que l'employeur soit tenu de déclarer cette journée pour le calcul des cotisations sociales. L'arrêt en déduit que ce ne sont que les journées d'interruption de travail énumérées à l'article 41 qui sont considérées, pour le calcul du pécule de vacances, comme des journées de travail effectif et non comme des journées assimilées, dès lors que l'employeur est tenu de les déclarer comme telles pour le calcul des cotisations de sécurité sociale.*

*Il en résulte qu'en considérant que l'article 42 de l'arrêté royal du 30 mars 1967 détermine de façon limitative les cas où des journées d'interruption de travail doivent être considérées comme des journées de travail effectif et en exclut les journées de vacances, l'arrêt donne de cette disposition réglementaire, en combinaison avec l'article 41 du même arrêté royal, une interprétation inexacte, et qu'en les appliquant selon l'interprétation qu'il leur donne, il les viole et qu'il viole, pour autant que de besoin, l'article 19, § 1<sup>er</sup>, alinéa 1<sup>er</sup>, de l'arrêté royal du 28 novembre 1969.*

### **III. La décision de la Cour**

**Sur la fin de non-recevoir opposée au moyen par la défenderesse et déduite de ce qu'il n'indique pas comme violé l'article 9, alinéa 2, des lois coordonnées du 28 juin 1971 relatives aux vacances annuelles des travailleurs salariés, sans lequel les dispositions de l'arrêté royal du 30 mars 1967 déterminant les modalités d'exécution des lois relatives aux vacances annuelles des travailleurs salariés dont il invoque la violation n'auraient pas de fondement légal :**

Le moyen fait grief à l'arrêt de ne pas considérer le simple pécule de vacances de l'année précédente comme une rémunération brute au sens de l'article 39 de l'arrêté royal du 30 mars 1967.

La violation de cette seule disposition suffirait, si le moyen était fondé, à entraîner la cassation.

La fin de non-recevoir ne peut être accueillie.

#### **Sur le fondement du moyen :**

En vertu de l'article 39 de l'arrêté royal du 30 mars 1967, le pécule de vacances de l'employé dont la rémunération est variable est calculé sur la

rémunération brute gagnée au cours des douze mois qui précèdent celui au cours duquel les vacances sont prises, augmentée 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 cet arrêté prévoit les cas où des journées d'interruption de travail sont, pour le calcul du montant du pécule de vacances, assimilées à des journées de travail effectif, l'article 42 dispose que les journées d'interruption de travail énumérées à l'article 41 ne sont, pour ce calcul, pas considérées comme des journées assimilées mais comme des journées de travail effectif lorsque l'employeur est tenu de les déclarer comme telles pour le calcul du montant des cotisations de sécurité sociale.

Il suit de ces dispositions que l'assimilation de journées d'interruption de travail à des journées de travail effectif pour le calcul du montant du pécule de vacances n'a de sens que si ces journées d'interruption de travail ne donnent pas lieu à une rémunération soumise au prélèvement de cotisations de sécurité sociale.

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 prévoit que la partie du pécule de vacances qui correspond à la rémunération normale des jours de vacances est prise en considération pour le calcul des cotisations de sécurité sociale.

Il s'ensuit que, bien que des journées de vacances soient des journées d'interruption de travail et qu'elles ne soient pas assimilées par l'article 41 de l'arrêté royal du 30 mars 1967 à des journées de travail effectif, le simple pécule de vacances relatif à ces journées doit, pour l'application de l'article 39 du même arrêté, être considéré comme une rémunération effectivement gagnée et non comme la rémunération fictive de journées assimilées.

En excluant du calcul du simple et du double pécule de vacances de la demanderesse, employée dont la rémunération est variable, le simple pécule de vacances qu'elle a gagné au cours des douze mois précédant celui où elle a pris ses vacances, l'arrêt viole l'article 39 de l'arrêté royal du 30 mars 1967.

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 Mons.

Ainsi jugé par la Cour de cassation, troisième chambre, à Bruxelles, où siégeaient le président Christian Storck, les conseillers Daniel Plas, Sylviane Velu, Martine Regout et Alain Simon, et prononcé en audience publique du vingt-neuf juin deux mille neuf par le président Christian Storck, en présence de l'avocat général Jean-Marie Genicot, avec l'assistance du greffier Jacqueline Pigeolet.

J. Pigeolet

A. Simon

M. Regout

S. Velu

D. Plas

C. Storck