

N° D'ordre
Rép. N°2012/736

Contrat de représentant de commerce – qualification de contrat indépendant – art.4, al.2, L.3/7/1978 – renversement de la présomption par l'employeur – application de la clause d'essai dans le contrat de travail subséquent – réouverture des débats pour établir le décompte des sommes dues.

COUR DU TRAVAIL DE LIEGE SECTION DE LIEGE

ARRET

Audience publique du 27 avril 2012

R.G. : 2011 /AL/ 476

8° Chambre

EN CAUSE :

**T.W. SERVICE S.P.R.L., inscrite à la BCE sous le n° 0454.692.646,
dont le siège est établi à 3980 TESSENDERLO, Diesterstraat, 164, boîte 4,**

APPELANTE,

ayant comparu par Maître Stéphane ROBIDA, qui se substitue à Maître Jacques CELIS, avocat à 3290 DIEST, F. Allenstraat,4.

CONTRE :

Madame Noëlie B G.

INTIMEE,

ayant comparu par Maître Sabine CORNELIS, avocat à 4020 LIEGE, rue des Fories, 2.

INDICATIONS DE PROCEDURE.

Vu en forme régulière les pièces du dossier de la procédure à la clôture des débats le 23 mars 2012, notamment :

- le jugement attaqué, rendu contradictoirement entre parties le 23 juin 2011 par le Tribunal du travail de Liège, 12^e chambre (R.G. : 394.576);
- la requête formant appel de ce jugement, reçue au greffe de la Cour le 6 septembre 2011 et notifiée à l'intimée le même jour par pli judiciaire ;
- le dossier de la procédure du Tribunal du travail de Liège, reçu au greffe de la Cour le 7 septembre 2011;
- les conclusions d'appel de l'intimée reçues au greffe de la Cour le 23 décembre 2011 et celles de l'appelante y reçues le 1^{er} février 2012;
- l'ordonnance de fixation prise sur base de l'article 747 du Code judiciaire le 15 novembre 2011 et notifiée par plis simples aux parties et à leur conseil le lendemain;
- les dossiers de l'appelante reçu au greffe le 1^{er} février 2012 déposé à l'audience du 23 mars 2012 et celui de l'intimée déposé à l'audience du 23 mars 2012;

Entendu les conseils des parties en leurs explications à cette même audience.

MOTIVATION.

L'arrêt est fondé sur les motifs suivants :

1. QUANT A LA RECEVABILITE DE L'APPEL.

Il ne résulte d'aucune pièce ni élément du dossier de procédure que le jugement dont appel ait été signifié.

L'appel, introduit dans les formes et délai, est recevable.

2. LES FAITS.

Madame B. G., ci-après l'intimée, a, dans un premier temps, conclu avec la S.P.R.L. T.W. services, ci-après la société, un contrat de représentant de commerce indépendant le 9 juillet 2009 en vue de conclure des contrats relatifs au placement de distributeurs de boissons.

Aux termes de ce contrat, il était convenu que :

- *« le représentant indépendant se verra octroyer une commission de 5% sur chaque vente complètement réalisée de la gamme de distributeurs automatiques de TW Services SPRL.*
- *A partir de la cinquième vente complètement réalisée le représentant indépendant se verra octroyer une commission de 10% sur les ventes suivantes complètement réalisées.*
- *Pour qu'une vente soit considérée comme complètement réalisée il est entendu que : tous les produits vendus par le représentant indépendant doivent être complètement installés chez le client et intégralement payé par celui-ci.*
- *Le représentant indépendant doit exiger et employer strictement et uniquement les tarifs décidés par TW Service SPRL. »*

Les parties ont mis fin à ce contrat et un contrat de travail de représentant de commerce a été signé le 17 août 2009.

Ce contrat a pris cours le même jour et comportait une clause d'essai de 6 mois.

L'article 27 du contrat règle le paiement des commissions en ces termes :

« les rémunérations du représentant sont calculées en fonction des factures mensuelles payées hors TVA par les clients qu'il aura apportés.

La commission s'élève à 5% des montants facturés et payés par le client.

En moyenne, la commission ne sera en aucun cas inférieure aux minima garantis par les conventions collectives découlant de la commission paritaire n°218 pour les représentants de commerce. En d'autres termes, elle ne peut être inférieure au barème légal.

Au cas où la commission engrangée pendant le mois devait se situer en deça du minimum garanti, un montant supplémentaire serait versé, sans préjudice pour la société de son droit à récupérer ce montant subséquent. Le décompte définitif est déterminé chaque année en fonction du salaire, lequel est à son tour calculé sur une moyenne de 12 mois. »

Le 2 novembre 2009, la société a mis fin au contrat moyennant une indemnité de rupture de 7 jours.

Le courrier est rédigé en ces termes :

« Madame B.,

Par la présente, je vous informe que le contrat de travail conclu entre nous avec une clause conventionnelle d'essai sera rompu, décision qui prendra effet à partir du 30/10/2009.

Nous référons à notre conversation personnelle du jeudi 29/10/2009, où vous avez été mise au courant de la rupture de contrat avec indemnité de rupture.

L'indemnité de rupture de sept jours civils dû, vous sera versée lors du prochain calcul de salaires.

Ladite indemnité est assujettie aux retenues légales en matière de sécurité sociale et de précompte professionnel. »

Le congé a été notifié par huissier de justice le 2 novembre 2009.

3. L'ACTION ORIGINALE.

L'intimée a introduit une action devant le Tribunal du travail afin d'obtenir la condamnation de la société au paiement des montants suivants :

- 9.775 euros à titre d'arriérés de rémunération, sous déduction des sommes déjà versées et des retenues sociales et fiscales,
- 1 euro provisionnel à titre de régularisation du pécule de vacances,
- 8.915 euros à titre d'indemnité compensatoire de préavis, sous déduction des retenues fiscales et sociales,
- 2.500 à titre d'indemnité du chef de licenciement abusif.

4. LE JUGEMENT DU TRIBUNAL DU TRAVAIL.

Par jugement du 23 juin 2011, le Tribunal du travail de Liège a

- déclaré la demande de l'intimée recevable et partiellement fondée,
- condamné la société à payer :

- 9.230 euros bruts à titre de commissions sous déduction des rémunérations déjà versées et déduction faite des cotisations sociales et fiscales et aux intérêts au taux légal sur le montant brut à partir des dates d'exigibilité,
- une indemnité complémentaire de préavis de 8.059,71 euros bruts à titre provisionnel, déduction faite des cotisations sociales et fiscales, les intérêts au taux légal étant dus sur le montant brut à partir du 2 novembre 2009. Le surplus de la demande a été réservé,
- déclaré la demande d'indemnité pour licenciement abusif non fondée,
- ordonné une réouverture des débats afin de permettre aux parties de calculer le montant des pécules de vacances ainsi que le solde de l'indemnité complémentaire de préavis,
- réservé les dépens.

5. L'APPEL.

5.1. La société a interjeté appel contre ce jugement aux motifs que c'est à tort que le premier juge a condamné la société à payer à l'intimée une indemnité compensatoire de préavis de 3 mois et a octroyé à l'intimée une commission pour tous les bons de commande qu'elle a apportés pendant la période où elle a travaillé pour elle alors

- qu'à partir du 9 juillet 2009 jusqu'au 16 août 2009 les parties étaient liées par un contrat de représentant indépendant.

A cet égard, la société souligne :

- que les parties ont clairement eu l'intention commune de conclure une convention pour représentant indépendant,
 - que l'intimée devait régler son inscription à l'O.N.S.S. et la T.V.A.,
 - que l'intimée n'était que rémunérée par commission au départ, sans avoir droit à un salaire minimum garanti,
 - qu'elle pouvait librement choisir son horaire,
 - qu'elle n'a jamais reçu des instructions obligatoires concernant les magasins à visiter,
 - que l'intimée elle-même devait supporter les frais qu'elle faisait,
 - que rien n'était convenu concernant l'usage de GSM, de la voiture ou de la déposition des journaliers d'activités.
- qu'à partir du 17 août 2009 bien que liés par un contrat de représentant de commerce salarié, tous les bons de commande ont été annulés presque immédiatement après leur signature de sorte que la société n'a pas eu le temps pour faire des réserves.
- A cet égard, la société souligne :
- qu'il s'agit en particulier des bons de commandes suivants sur lesquels l'intimée a marqué les mots « annulé » ou « refusé » :
 - 14834 du 17/8/2009 10.900 euros,
 - 15703 du 20/8/2009 10.900 euros,
 - 14833 du 20/8/2009 10.900 euros,
 - 14839 du 16/9/2009 10.900 euros ;
 - que ces bons de commande ne peuvent donner droit à aucune commission.

La société relève ensuite:

- à titre principal :
que l'intimée n'a commencé à travailler comme subordonnée que le 17 août 2009, date du contrat de travail de représentant de commerce et que ce contrat prévoit que pendant la période d'essai le contrat peut être résilié moyennant un préavis de 7 jours et que ce préavis a été payé et qu'en conséquence la société n'est redevable d'aucun montant,
- à titre subsidiaire :
que le salaire mensuel doit être recalculé conformément aux dispositions contractuelles.

La société demande à la Cour de :

- déclarer l'appel recevable et fondé,
- réformer le jugement entrepris,
- déclarer la demande originaire non fondée,
- condamner l'intimée aux dépens des deux instances.

6. FONDEMENT.

6.1. Contrat de représentant de commerce – présomption (article 4, alinéa 2 de la loi du 3 juillet 1978).

6.1.1.Principes.

Disposition légale.

L'article 4, alinéa 2 de la loi du 3 juillet 1978 dispose que :

« nonobstant toute stipulation expresse du contrat ou en son silence, le contrat conclu entre commettant et intermédiaire, quelle qu'en soit la dénomination, est réputé jusqu'à preuve du contraire un contrat de travail de représentant de commerce. »

Eu égard à cette présomption légale, la partie qui soutient que le contrat suivant lequel elle intervient comme intermédiaire est un contrat de travail, ne doit pas le démontrer.

C'est l'autre partie qui, en cas de contestation, doit apporter la preuve d'une collaboration entre indépendants.¹

La jurisprudence de la Cour de cassation n'est pas très claire sur le plan de l'administration de la preuve contraire dans le chef du commettant.

Selon un arrêt² du 22 mai 2000, le juge déduit légalement la preuve contraire de la présomption légale que le représentant de commerce est lié par un contrat de travail de représentant de commerce, de l'intention commune réelle des parties de conclure une convention d'agent commercial autonome.

¹ Cass., 17 mai 2004, Chron. D.S., 2005, 72 et R.W., 2004-2005, 625 ; voir aussi C. Trav. Liège, 26 mars 1981, R.D.S., 1981, 312 et C. Trav. Liège, 22 décembre 1994, J.T.T., 1995, 96 ; C. Trav. Anvers, 11 février 2004, Chron. D.S., 2004, 475.

² Cass., 22 mai 2000, Larquier Cass. N°1032, J.T.T., p. 423 avec concl. Min. publ., Bull. n°312 avec concl. Min. publ.

Cet arrêt est dans la même ligne que celui rendu le 16 mars 1981³ dans lequel la Cour avait jugé que la preuve contraire pouvait être déduite de l'intention commune réelle des parties de conclure une convention de représentation commerciale indépendante.

Alors que selon un arrêt⁴ du 17 mai 2004, la preuve contraire ne résulte pas de la simple intention commune des parties de conclure un contrat de représentant indépendant ni du fait que les parties n'ont pas considéré qu'elles étaient liées par un contrat de travail pendant toute la période de l'engagement.

La position de la Cour de cassation semble, dès lors, avoir évolué dans le sens que la preuve contraire nécessite la démonstration de circonstances factuelles excluant le lien de subordination et incompatibles avec l'existence d'un contrat de travail.

6.1.2. En l'espèce.

Il résulte de l'examen des pièces que l'intention des parties le 9 juillet 2009 était de conclure un contrat d'indépendant.

Les modalités d'exécution sont celles d'un contrat de représentant de commerce indépendant.

Ainsi, il n'existe :

- aucune obligation de rentrer des rapports d'activité,
- aucune directive d'exécution si ce n'est la visite clientèle du commettant,
- aucun programme de vente,
- aucune obligation d'assister à des réunions ni de justifier son emploi du temps,
- aucune interdiction de prendre des vacances à la convenance du représentant, ni de travailler pour d'autres commettants.

Le représentant doit s'affilier à une caisse d'assurances sociales pour indépendants. Il est rémunéré exclusivement par commissions et doit supporter seul tous ses frais.

La Cour considère qu'en l'espèce le contrat d'indépendant a été de tellement courte durée qu'il est impossible dans le chef de la société de prouver plus amplement l'incompatibilité avec l'existence d'un contrat de travail.

Cela est d'autant plus vrai que les circonstances factuelles sont de nature à exclure le lien de subordination.

Le seul point, sur lequel les parties sont contraires, concerne l'obligation dans le chef de l'intimée de transmettre des rapports d'activités journaliers.

A cet égard, la Cour relève que cette obligation ne résulte d'aucune pièce et les documents déposés par l'intimée (p.2 du dossier de l'intimée), en raison de leur caractère unilatéral et de l'absence de preuve quant à la date de communication de ces rapports, ne sont pas de nature à prouver l'existence de cette obligation durant la période du 9 juillet au 16 août 2009.

L'élément déterminant dans l'appréciation de la Cour est le fait que le 17 août 2009, les parties ont décidé de modifier le cadre contractuel de leurs relations de travail.

³ Cass., 16 mars 1981, Pas., 1981, I, 761.

⁴ Cass., 17 mai 2004, Chron. D.S., 2005, 72 et R.W., 2004-2005, 625 ; C. Trav. Bruxelles, 21 octobre 2008, J.T.T., 2009, 136.

Le fait de décider d'inscrire à partir de cette date leurs relations dans un cadre de contrat de représentant salarié implique nécessairement qu'avant cette date, elles s'inscrivaient dans un cadre de contrat de représentant indépendant.

La Cour considère que les parties ont été initialement liées par un contrat de représentant indépendant et que les commissions ont été payées en exécution des termes du contrat signé le 9 juillet 2009.

Les dispositions de la loi du 3 juillet 1978 en matière de paiement des commissions ne trouvent pas à s'appliquer.

Aucun montant n'est dû par la société à l'intimée pour cette période.

Le jugement entrepris doit être réformé sur ce point.

6.2. Le contrat de représentant salarié.

6.2.1. L'indemnité de préavis.

La clause d'essai est valable puisque le contrat de travail a été signé à la date de son entrée en vigueur le 17 août 2009.

Le contrat a été rompu pendant la période d'essai. La société est redevable à l'intimée d'une indemnité compensatoire de préavis de 7 jours.

Le jugement entrepris doit être réformé sur ce point.

La société doit calculer le montant de cette indemnité par référence au salaire mensuel de base tel que précisé ci-dessous.

Ce montant doit être correctement calculé.

Il convient de déduire de ce montant celui qui a déjà été versé par la société.

La cour ordonne une réouverture des débats pour permettre aux parties d'établir le calcul.

6.2.2. La rémunération et les commissions.

A. Principes.

L'article 89 de la loi sur les contrats de travail dispose que :

« la rémunération du représentant de commerce consiste soit en un traitement fixe, soit en des commissions, soit en partie en un traitement fixe et en partie en des commissions. »

L'article 90 de cette loi dispose que :

« la commission est due sur tout ordre accepté par l'employeur, même s'il n'est pas suivi d'exécution, sauf en cas d'inexécution par la faute du représentant de commerce.

Tout ordre est présumé accepté, sauf refus ou réserves formulées par écrit par l'employeur à son représentant de commerce dans un délai fixé par le contrat. A défaut de fixation, ce délai est d'un mois à partir de la transmission de l'ordre. »

Il a été jugé par la cour du travail de Liège⁵ que lorsque l'application des conditions contractuelles relatives à la fixation de la rémunération du représentant de commerce est inférieure au barème minimum garanti par C.C.T., l'employeur doit payer une rémunération complémentaire.

⁵ C. Trav. Liège, 1^{er} février 1995, J.T.T., 1996, 99.

L'article 89 de la loi sur les contrats de travail prévoit la règle générale selon laquelle la commission est due sur tout ordre accepté par l'employeur, même s'il n'est pas suivi d'exécution, sauf en cas d'inexécution par la faute du représentant de commerce.

Lorsque l'employeur a accepté l'ordre, la commission est due même si l'inexécution est la conséquence de la force majeure.⁶

De même, lorsque l'exécution d'ordres acceptés dépend de l'accomplissement d'une condition, en l'espèce l'obtention d'un prêt par le client, la commission est due lorsqu'il n'appert pas que le refus du prêt est à reprocher au représentant de commerce.⁷

A défaut de clause de du croire, l'employeur n'a pas le droit de retenir la commission sur un ordre accepté mais non payé. Le silence du travailleur pendant l'exécution du contrat de travail n'implique pas un abandon du droit à la commission.⁸

La disposition d'un contrat de travail qui fait dépendre l'existence ou l'exigibilité du droit du représentant de commerce à la commission de la condition d'exécution de la commande⁹ ou de paiement par le client selon les conditions du bon de commande¹⁰ est nulle.

Tout ordre est présumé accepté sauf refus ou réserves formulées par écrit par l'employeur à son représentant de commerce dans un délai fixé par le contrat. Ce délai doit être un terme fixe et certain.¹¹

A défaut de fixation, ce délai est d'un mois à partir de la transmission de l'ordre.

B. En l'espèce.

La société est, en application des principes énoncés, redevable de commissions sur toutes les commandes transmises par l'intimée.

Cependant, il convient de constater que les bons de commandes transmis durant la période de travail comportent pratiquement tous la mention « sous réserve d'acceptation » ou « annulé ».

Ces éléments de fait sont de nature à faire douter du sérieux de la collaboration dans la mesure où pratiquement aucun ordre accepté dans le sens défini ci-dessus ne figure au dossier.

Il appartient cependant à la société de prouver que les ordres ont été :

- soit transmis avant acceptation définitive par le client,
- soit annulé à l'initiative de l'intimé.

En dehors de ces deux cas de figure, vu l'absence de contestation écrite, la société doit payer la commission.

Il convient dès lors de se référer à la rémunération fixée contractuellement convenue, soit la rémunération de représentant de commerce prévue dans le cadre de la C.P. 218.

⁶ C. Trav. Liège, 27 avril 1983, J.T.T., 1983, 296.

⁷ C. Trav. Anvers, 18 novembre 1991, Chron. D.S., 1995, 134.

⁸ C. Trav. Liège, 21 novembre 1991, J.T.T., 1992, 366.

⁹ Trib. Trav. Bruxelles, 7 septembre 1989, Jur. Trav. Bruxelles, 1989, 403.

¹⁰ C. Trav. Liège, 23 avril 1987, J.T.T., 1988, 66.

¹¹ Cass. 7 janvier 1991, J.T. T., 1991, 70.

La Cour invite la société à faire effectuer par sa caisse sociale :

1. le calcul des montants dus pour la période du 17 août au 31 octobre 2009 sur cette base soit 2 mois et demi du salaire fixe contractuellement prévu (C.P. 218).

Outre ce salaire, l'intimée peut prétendre au paiement des commissions sur les ordres acceptés pour cette période c'est-à-dire :

- définitivement acceptés par le client,
- non annulés à sa propre initiative.

2. le calcul du montant du préavis par référence au salaire mensuel de base s'établissant comme suit :
[montant fixe mensuel (C.P. 218) + moyenne mensuelle des commissions] x 13, 95 + avantage en nature (voiture de société évaluée à 300 euros et GSM à 10 euros)
3. le pécule de sortie doit être également calculé par référence à la rémunération ainsi déterminée.

DISPOSITIF.

PAR CES MOTIFS,

LA COUR,

Vu les dispositions de la loi du 15 juin 1935 sur l'emploi des langues en matière judiciaire et notamment son article 24 dont le respect a été assuré,

après en avoir délibéré et statuant publiquement et contradictoirement,

RECOIT l'appel,

le déclare fondé,

réforme le jugement entrepris,

édicte par voie de dispositions nouvelles,

dit pour droit que les parties ont été liées par un contrat de représentant de commerce indépendant du 9 juillet au 16 août 2009 et qu'aucune somme n'est due pour cette période,

condamne la société à payer une indemnité compensatoire de préavis de 7 jours, avant dire droit pour le surplus,

ordonne, conformément à l'article 775 du code judiciaire, une réouverture des débats afin de permettre aux parties d'établir les décomptes conformément aux principes énoncés,

fixe la date limite pour les échanges des observations entre parties et leur dépôt au greffe de la Cour, conformément à l'article 775 du Code judiciaire,

- au 1^{er} août 2012 pour les conclusions de la société appelante,
- au 28 septembre 2012 pour les conclusions de l'intimée,
- au 15 octobre 2012 pour les éventuelles conclusions en répliques de la société appelante,
- au 31 octobre 2012 pour les éventuelles conclusions en répliques de l'intimée,

fixe date à cette fin à l'audience publique de la 8ème chambre du vendredi 9 novembre 2012 à 16 heures pour 20 minutes en la salle C.061 du rez-de-chaussée de l'extension sud du palais de justice sise place Saint-Lambert, 30 à 4000 LIEGE,

**réserve à statuer pour le surplus,
réserve les dépens.**

Ainsi arrêté et signé avant la prononciation par la 8^e Chambre de la Cour du travail de Liège, section de Liège, composée de Madame, Messieurs

Nicole COLLAER, Conseiller faisant fonction de Président,
Jean-Louis DEHOSSAY, Conseiller social au titre d'employeur,
Robert BAWIN, Conseiller social au titre d'employé,
qui ont participé aux débats de la cause,
assistés de Sandrine THOMAS, greffier,
lesquels signent ci-dessous :

le Greffier,

les Conseillers sociaux,

le Président,

et prononcé en langue française à l'audience publique de la même chambre, en l'annexe du Palais de Justice de Liège, sise rue Saint-Gilles, 90 c à 4000 LIEGE le **VINGT-SEPT AVRIL DEUX MILLE DOUZE**,
par Madame Nicole COLLAER, Président de la chambre,
assistée de Madame Sandrine THOMAS, Greffier, qui signent ci-dessous :

le Greffier,

le Président,