



N° d'ordre

Expédition

Numéro du répertoire 2024 /
R.G. Trib. Trav. 20/648/A
Date du prononcé 13 juin 2024
Numéro du rôle 2023/AN/9
En cause de : C/

Délivrée à Pour la partie
le € JGR

Cour du travail de Liège

Division Namur

CHAMBRE 6-B

Arrêt

DROIT DU TRAVAIL - contrats de travail-employé
Arrêt contradictoire

Contrat de travail – représentant de commerce – usage impropre et abusif du régime de chômage temporaire pour force majeure « coronavirus » – acte équipollent à rupture – indemnité de préavis – indemnité d'éviction – licenciement manifestement déraisonnable

EN CAUSE :

partie appelante au principal, intimée sur incident, ci-après la SA ou l'employeur comparaisant par Maître W. S., avocate à 5000 NAMUR

CONTRE :

partie intimée au principal, appelante sur incident, ci-après Monsieur S. ou le travailleur comparaisant en personne, assisté de son conseil Maître A. T., avocate à 1170 BRUXELLES

•
• •

INDICATIONS DE PROCÉDURE

Vu en forme régulière les pièces du dossier de la procédure à la clôture des débats le 11 avril 2024, et notamment :

- le jugement attaqué, rendu contradictoirement entre parties le 14 novembre 2022 par le tribunal du travail de Liège, division Namur, 2^e chambre (R.G. n° 20/648/A), ainsi que le dossier constitué par cette juridiction ;
- la requête formant appel de ce jugement, remise au greffe de la cour du travail de Liège, division Namur, le 24 janvier 2023 et notifiée à la partie intimée par pli judiciaire le 26 janvier 2023 invitant les parties à comparaître à l'audience publique du 21 février 2023 ;
- l'ordonnance rendue le 21 février 2023, sur pied de l'article 747 du Code judiciaire, fixant les plaidoiries à l'audience publique du 13 février 2024 ;
- l'avis rectificatif adressé aux parties le 2 janvier 2024 reportant l'examen de la cause à l'audience du 11 avril 2024 ;
- les conclusions, et les conclusions additionnelles et de synthèse de la partie intimée, remises au greffe de la cour respectivement les 21 avril et 21 septembre 2023 ;
- les conclusions principales, et les conclusions de synthèse de la partie appelante, remises au greffe de la cour respectivement les 22 juin et 6 novembre 2023 ;

- le dossier de pièces déposé par la partie appelante au greffe de la cour le 26 janvier 2024 ;
- le dossier de pièces déposé par la partie intimée au greffe de la cour le 9 avril 2024 ;
- la clé USB déposée par la partie intimée au greffe de la cour le 10 avril 2024 ;

Les conseils des parties ont plaidé lors de l'audience publique du 11 avril 2024 et la cause a été prise en délibéré immédiatement.

I. LES ANTÉCÉDENTS DU LITIGE

Par une requête introductive d'instance du 15 septembre 2020, Monsieur S. a sollicité, outre l'exécution provisoire du jugement à intervenir nonobstant tout recours, sans caution ni cantonnement, la condamnation de la SA :

- à titre principal :
 - au paiement de la somme brute de 4 081,64 € à titre d'arriérés de rémunération pour les mois de mars et avril 2020 ;
 - au paiement de la somme nette de 132,57 € au titre des chèques-repas non délivrés aux mois de mars et avril 2020 ;
 - au paiement de la somme brute de 83 579,53 € à titre d'indemnité de préavis ;
 - au paiement de la somme brute de 36 217,80 € à titre d'indemnité d'éviction ;
 - au paiement de la somme de 23 680,86 € à titre d'indemnité pour licenciement manifestement déraisonnable ;
 - au paiement de la somme brute de 3 987,12 € au titre des commissions dues pour la période allant du 1er janvier au 13 mai 2020 ;
 - au paiement de la somme brute de 611,62 € au titre de pécules sur ces commissions ;
 - au paiement de la somme brute de 159,48 € au titre de la rémunération des jours fériés sur ces commissions ;
 - au paiement de la somme provisionnelle de 1 € au titre de commissions dues pour la période allant du 14 mai au 14 août 2020, de pécules de vacances sur ces commissions, et de rémunération des jours fériés sur ces commissions ;
 - au paiement des intérêts légaux et judiciaires sur les montants qui précèdent, jusqu'à complet paiement ;
- à titre subsidiaire :
 - au paiement de la somme brute de 4 081,64 € à titre d'arriérés de rémunération pour les mois de mars et avril 2020 ;
 - au paiement de la somme nette de 132,57 € au titre des chèques-repas non délivrés aux mois de mars et avril 2020 ;

- au paiement de la somme brute de 83 579,53 € à titre de dommages et intérêts équivalents à l'indemnité de préavis, à la suite du motif grave qu'il invoque ;
- au paiement de la somme brute de 36 217,80 € à titre d'indemnité d'éviction ;
- au paiement de la somme de 15 000 € à titre de dommages et intérêts en réparation du préjudice subi du fait de l'attitude fautive de l'employeur durant la période du confinement et ayant conduit à son incapacité de travail ;
- au paiement de la somme brute de 3 987,12 € au titre des commissions dues pour la période allant du 1^{er} janvier au 13 mai 2020 ;
- au paiement de la somme brute de 611,62 € au titre de pécules sur ces commissions ;
- au paiement de la somme brute de 159,48 € au titre de la rémunération des jours fériés sur ces commissions ;
- au paiement de la somme provisionnelle de 1 € au titre de commissions dues pour la période allant du 14 mai au 14 août 2020, de pécules de vacances sur ces commissions, et de rémunération des jours fériés sur ces commissions ;
- au paiement des intérêts légaux et judiciaires sur les montants qui précèdent, jusqu'à complet paiement ;
- en toute hypothèse :
 - à lui délivrer les documents sociaux prescrits ;
 - aux dépens, en ce compris l'indemnité de procédure fixée à la somme de 6 000 €.

Aux termes de ses dernières conclusions d'instance, Monsieur S. a sollicité, outre l'exécution provisoire du jugement à intervenir nonobstant tout recours, sans caution ni cantonnement, la condamnation de la SA :

- à titre principal :
 - au paiement de la somme brute de 4 081,64 € à titre d'arriérés de rémunération pour les mois de mars et avril 2020 ;
 - au paiement de la somme nette de 132,57 € au titre des chèques-repas non délivrés aux mois de mars et avril 2020 ;
 - au paiement de la somme brute de 83 522,09 € à titre d'indemnité de préavis ;
 - au paiement de la somme brute de 36 192,91 € à titre d'indemnité d'éviction ;
 - au paiement de la somme de 23 664,59 € à titre d'indemnité pour licenciement manifestement déraisonnable ;
 - au paiement de la somme brute de 3 987,12 € au titre des commissions dues pour la période allant du 1^{er} janvier au 13 mai 2020 ;
 - au paiement de la somme brute de 624,78 € au titre de pécules sur ces commissions ;

- au paiement de la somme brute de 159,48 € au titre de la rémunération des jours fériés sur ces commissions ;
- au paiement de la somme brute de 5 447,46 € au titre de commissions dues pour la période allant du 14 mai au 14 août 2020 ;
- au paiement de la somme brute de 854,46 € au titre de pécules de vacances sur ces commissions ;
- au paiement de la somme brute de 217,90 € au titre de rémunération des jours fériés sur ces commissions ;
- au paiement des intérêts légaux et judiciaires sur les montants qui précèdent, jusqu'à complet paiement ;
- à titre subsidiaire :
 - au paiement de la somme brute de 4 081,64 € à titre d'arriérés de rémunération pour les mois de mars et avril 2020 ;
 - au paiement de la somme nette de 132,57 € au titre des chèques-repas non délivrés aux mois de mars et avril 2020 ;
 - au paiement de la somme brute de 83 522,09 € à titre d'indemnité de préavis ;
 - au paiement de la somme brute de 36 192,91 € à titre d'indemnité d'éviction ;
 - au paiement de la somme de 15 000 € à titre de dommages et intérêts en réparation du préjudice subi du fait de l'attitude fautive de l'employeur durant la période du confinement et ayant conduit à son incapacité de travail ;
 - au paiement de la somme brute de 3 987,12 € au titre des commissions dues pour la période allant du 1^{er} janvier au 13 mai 2020 ;
 - au paiement de la somme brute de 624,78 € au titre de pécules sur ces commissions ;
 - au paiement de la somme brute de 159,48 € au titre de la rémunération des jours fériés sur ces commissions ;
 - au paiement de la somme brute de 5 447,46 € au titre de commissions dues pour la période allant du 14 mai au 14 août 2020 ;
 - au paiement de la somme brute de 854,46 € au titre de pécules de vacances sur ces commissions ;
 - au paiement de la somme brute de 217,90 € au titre de rémunération des jours fériés sur ces commissions ;
 - au paiement des intérêts légaux et judiciaires sur les montants qui précèdent, jusqu'à complet paiement ;
- en toute hypothèse :
 - à lui délivrer les documents sociaux prescrits ;
 - aux dépens, en ce compris l'indemnité de procédure fixée à la somme de 6 500 €.

La SA, qui a introduit une demande reconventionnelle par ses conclusions du 4 mai 2021, a pour sa part demandé aux termes de ses dernières conclusions d'instance :

- à titre principal :
 - quant à la demande principale que soit dite satisfactoire son offre de verser à Monsieur S. les sommes brutes de :
 - 282,76 € correspondant aux heures de travail réellement prestées au cours des mois de mars et avril 2020 ;
 - 3 987,12 € correspondant aux commissions dues pour la période de janvier 2020 au 13 mai 2020 ;
 - 624,78 € à titre de pécule de vacances sur ces commissions et 159,48 € pour les arriérés sur les jours fériés afférents aux commissions ;
 - 5 447,46 € correspondant aux commissions pour les factures établies du 14 mai 2020 au 14 août 2020 ;
 - 854,48 € à titre de pécule de vacances sur ces commissions et 217,90 € pour les arriérés sur les jours fériés afférents aux commissions ;
 - quant à sa demande reconventionnelle, la condamnation de Monsieur S. au paiement d'une indemnité de démission égale à 13 semaines de rémunération, soit à la somme brute de 17 957,13 €, à majorer des intérêts de retard au taux légal, moratoires puis judiciaires, à compter du 13 mai 2020 ;
 - en tout état de cause, la condamnation de Monsieur S. aux entiers dépens de l'instance, en ce compris l'indemnité de procédure fixée à 6 500 € ;
- à titre subsidiaire :
 - quant à la demande principale que soit dite satisfactoire son offre de verser à Monsieur S. la somme brute de 2 116,41 € à titre de rémunération et 68,74 € à titre de chèques-repas pour les 14 jours du mois d'avril 2020 au cours desquels il a effectué des prestations ;
 - quant à sa demande reconventionnelle, la condamnation de Monsieur S. au paiement d'une indemnité de démission égale à 13 semaines de rémunération, soit la somme brute de 17 957,13 €, à majorer des intérêts de retard au taux légal, moratoires puis judiciaires, à compter du 13 mai 2020 ;
 - en tout état de cause, la condamnation de Monsieur S. aux entiers dépens de l'instance, en ce compris l'indemnité de procédure fixée à 6 500 € ;
- à titre infiniment subsidiaire :
 - que soit dite satisfactoire son offre l'offre de verser 3 semaines à titre d'indemnité de protection pour licenciement manifestement déraisonnable, soit la somme brute de 4 143,95 € ;
 - que ne soit pas prononcée l'exécution provisoire ;
- à titre infiniment subsidiaire, d'être autorisée à cantonner les sommes auxquelles elle serait condamnée à la Caisse des dépôts et consignations ;

À l'audience publique du 10 octobre 2022, il a été acté à la feuille d'audience que les questions relatives aux commissions ont été réglées de commun accord par les parties, de sorte que les chefs de demandes afférents à celles-ci sont devenus sans objet.

Par jugement du 14 novembre 2022, le tribunal du travail a considéré en substance que :

- la retranscription des deux conversations téléphoniques des 26 mars 2020 et 22 avril 2020 doit être admise à partir du moment où la SA ne conteste pas réellement la fiabilité de la preuve récoltée et a eu tout le loisir de faire valoir ses arguments à propos de ces enregistrements ;
- il est établi que l'employeur a donné des instructions à Monsieur S. pour travailler effectivement à son profit, sur le temps où il bénéficiait du chômage économique pour force majeure, soit en contrepartie d'autre chose que la rémunération prévue par le contrat de travail ;
- la modification est importante puisqu'il ne percevait que des allocations de chômage plafonnées à maximum 70 % de sa rémunération, qui est un élément essentiel du contrat de travail ;
- confronté à un manquement grave de l'employeur, Monsieur S. a adressé à celui-ci une mise en demeure de régulariser la situation, et puisqu'il n'était manifestement plus possible pour lui d'être rémunéré selon son contrat de travail pour l'entièreté des heures prestées, dont le décompte allait être plus ou moins impossible à réaliser, il a fait une juste application de la notion d'acte équipollent à rupture dans son courrier de congé du 13 mai 2020 ;
- la pratique mise en place est susceptible de constituer une infraction au Code pénal social ;
- s'agissant des arriérés de rémunération pour la période allant du 18 mars 2020 au 23 avril 2020, rien ne permet de remettre en cause le travail à temps plein de Monsieur S. du 18 au 24 mars puisque c'est à cette date qu'on lui demande de se déclarer en qualité de demandeur d'emploi avec effet rétroactif, et il rapporte copie de toute une série de courriels qui témoignent d'une réelle activité dans son chef, alors que l'employeur a mis en place un système qu'il est impossible de contrôler précisément, de sorte qu'il est cohérent de le condamner à concurrence du salaire et du temps de travail prévu dans le contrat de travail, les allocations de chômage perçues durant la période litigieuse devant être restituées ;
- à défaut d'accord entre les parties sur la rémunération annuelle de Monsieur S., le montant proposé par l'employeur sera repris à titre provisionnel, dans l'attente d'un débat contradictoire précis sur le montant de la rémunération ;
- l'acte équipollent à rupture étant reconnu imputable à l'employeur, la SA est redevable d'une indemnité compensatoire de préavis équivalente à 9 mois et 21 semaines, ainsi qu'en application de l'article 101 de la loi du 3 juillet 1978, Monsieur S. étant un représentant de commerce dont le contrat de travail prévoit une clause de non-concurrence alors que son ancienneté est supérieure à 15 années, d'une indemnité d'éviction équivalente à 6 mois de rémunération ;

- le système contestable mis en place par l'employeur étant dû à des circonstances économiques qui pesaient effectivement sur l'entreprise, la rupture du contrat de travail est en lien causal direct avec celles-ci de sorte que la demande d'une indemnité pour licenciement manifestement déraisonnable n'est pas fondée ;
- Monsieur S. ne détaillant pas la substance d'un préjudice concret et le lien causal entre son incapacité de travail et la faute de l'employeur restant du domaine du possible, il échoue dans sa charge probatoire de sorte qu'il ne sera pas fait droit à sa demande subsidiaire de dommages et intérêts ;
- Monsieur S. triomphe pour bonne part dans ses chefs de demande et c'est l'attitude de la SA qui a rendu la demande en justice inéluctable, de sorte qu'elle est condamnée à l'entièreté des dépens ;
- Aucune raison objective ne justifie de déroger à l'exécution provisoire et à la faculté de cantonner.

Le tribunal a dès lors :

- dit les demandes recevables et partiellement fondées ;
- condamné la SA à payer à Monsieur S. les sommes de :
 - 4 081,64 € brut, à titre d'arriérés de rémunération pour le mois de mars et avril 2022 [lire 2020] (soit 10 jours de rémunération en mars, et 17 jours de rémunération en avril), outre les chèques repas pour un montant de 132,57 € net (27 jours x 4,91 €), à majorer des intérêts au taux légal depuis chaque échéance de paiement des salaires, jusqu'au jour du paiement effectif total ;
 - 82 871,23 € provisionnels à majorer des intérêts au taux légal depuis le 13 mai 2020 jusqu'au jour du paiement effectif total, à titre d'indemnité compensatoire de préavis ;
 - 35 910,76 € provisionnels à majorer des intérêts au taux légal depuis la date du 13 mai 2020 jusqu'au jour du paiement effectif total, à titre d'indemnité d'éviction ;
- condamné la SA à délivrer les documents sociaux relatifs à ces condamnations ;
- déclaré le reste des demandes non fondées ;
- invité le greffe à transmettre copie de sa décision à l'Auditeur du travail de Liège pour prise de connaissance et afin d'y réserver les suites éventuelles qu'il décidera ;
- confirmé pour autant que de besoin l'exécution provisoire dudit jugement, et autorisé la SA à cantonner le montant des condamnations à la Caisse et dépôts et consignations dans le mois suivant la signification dudit jugement, si appel est interjeté ;
- condamné la SA au paiement de l'intégralité des dépens, dont les siens, et ceux de Monsieur S., liquidés à un montant de 6 500 € à titre d'indemnité de procédure, outre le montant de 22 € au bénéfice du fonds cofinçant l'aide juridique de 2^e ligne.

Il s'agit du jugement attaqué.

Par son appel, la SA sollicite :

- qu'il soit dit pour droit que l'acte équipollent à rupture constaté par courrier du 13 mai 2020 n'est pas valable et que Monsieur S. a démissionné ;
- que les demandes originaires de Monsieur S. soient dites non fondées ;
- que sa demande reconventionnelle originaire soit dite recevable et fondée et en conséquence :
 - la condamnation de Monsieur S. à lui verser une indemnité de démission égale à 13 semaines de rémunération, soit la somme brute de 17 957,13 € à majorer des intérêts de retard au taux légal, moratoires puis judiciaires, à compter du 13 mai 2020 ;
 - la condamnation de Monsieur S. aux entiers dépens de l'instance, en ce compris les indemnités de procédure fixées à 7 500 € par instance.

Monsieur S., qui a formé appel incident par ses conclusions du 21 avril 2023, demande pour sa part :

- à titre principal, la réformation du jugement *a quo* en ce qu'il a fixé à titre provisionnel les condamnations de la SA sur base de la rémunération en cours fixée par elle et faisant ce que le premier juge eut dû faire, la condamnation de celle-ci au paiement des montants de :
 - 83 522,09 € brut, à titre d'indemnité de préavis ;
 - 36 192,91 € brut, à titre d'indemnité d'éviction ;
 - les intérêts légaux et judiciaires depuis le 13 mai 2020 et jusqu'à complet paiement ;
- à titre subsidiaire, la condamnation de la SA au paiement de :
 - 83 522,09 € brut, à titre de dommages-intérêts équivalents à l'indemnité de préavis, à la suite du motif grave invoqué le 13 mai 2020 ;
 - 36 192,91 € brut, à titre d'indemnité d'éviction ;
 - les intérêts légaux et judiciaires depuis le 13 mai 2020 et jusqu'à complet paiement ;
- en toute hypothèse, la réformation du jugement *a quo* en ce qu'il a rejeté sa demande relative au caractère manifestement déraisonnable de son licenciement et, faisant ce que le premier juge eut dû faire, la condamnation de la SA au paiement d'une indemnité pour licenciement manifestement déraisonnable équivalente à 17 semaines, soit 23 664,59 € brut, à majorer des intérêts légaux et judiciaires ;
- la condamnation de la SA au paiement des dépens d'appel, soit l'indemnité de procédure liquidée à 7 500 €.

II. LA RECEVABILITÉ DES APPELS

Il ne ressort d'aucun élément du dossier que le jugement dont appel aurait été signifié, de sorte que l'appel, régulier en la forme, est recevable.

Il en va de même de l'appel incident.

III. LES FAITS

Monsieur S. a été occupé par la SA en qualité de représentant de commerce à temps plein à partir du 1^{er} mars 2005 dans le cadre d'un contrat de travail de représentant de commerce à durée indéterminée comportant une clause de non-concurrence établi le 16 février 2005.

À ce titre, il est chargé de la vente des produits auprès de magasins de jardinage et de bricolage dans le secteur suivant : Flandre orientale, Flandre occidentale, Brabant flamand, Limbourg, Anvers.

En date du 24 mars 2020, la SA adresse aux membres de son personnel le message suivant :

« Afin d'obtenir du chômage temporaire lors de cette période de confinement, nous vous invitons à remplir le formulaire dont vous trouverez copie avec votre fiche de salaire soit sur le site internet de votre organisation syndicale, soit le site internet de la CAPAC.

Pour rappel, la période de confinement a débuté le 18/03/2020. Merci d'indiquer cette date sur votre document de l'ONEM. »

Le 26 mars 2020, Monsieur S. a un entretien téléphonique avec l'administrateur délégué de la SA, dont le contenu selon l'enregistrement produit aux débats est le suivant :

« - [...] je viens d'avoir un courrier aujourd'hui [...]

- Oui, dis-moi.

-Ben, on est en chômage technique ou quelque chose comme ça, ou... ?

-Chômage économique pour force majeure.

Oui, je vois qu'on aurait pu nous dire ça à l'avance, hein ? Je vois le 18/3 et on est le 26/3 aujourd'hui.

-Mais... je ne sais pas. Tu ne regardes pas la télévision, toi ?

-Oui, écoute.

-Oui, mais de toute façon, tu peux remplir ça même la semaine prochaine, ça n'a pas d'importance. Parce qu'ils ont tellement de demandes de mises au chômage qu'ils sont débordés de toute façon. Donc, quand tu as le temps, ce n'est pas sur un jour, tu vois ?

-Ben, écoute, je vais remplir. Je viens d'avoir la lettre, je vais remplir maintenant. Je ne vais pas attendre. Je vais mettre le 24/3.

-Non, non, tu mets le 18, sinon moi je dois payer du 18 jusqu'ici. Il faut vous mettre sur le chômage à partir du jour où le gouvernement a décidé que tout était fermé. C'est à partir du 18. Ce n'est pas maintenant, c'est le 18.

-Ben, moi j'ai travaillé ici, non ? Je ne peux pas dire que...

-Oui, mais si tu as travaillé, tu dois faire comme les autres. Compte tes heures, tu me diras combien d'heures tu as faites et on récupérera ça après, quand tout sera fini.

-Ça va, OK.

-Tu comprends. Comme ça, on fait avec les autres. Stéphane aussi est venu chipoter ici un peu. Ingrid vient de temps en temps. Ils marquent leurs heures. Je ne sais pas faire autrement parce que je ne peux pas vous mettre au chômage, vous retirer puis vous remettre, vous retirer... ce n'est pas possible.

-Non, non, on est d'accord, mais... je te dirai.

-On trouve un système simple, quoi, tu vois ?

-Parce que moi ici, j'ai fait des trucs pour..., j'ai fait des commandes, bon OK, ça ne part pas parce que... OK, ça va, pas de problème.

-Tu notes tes heures, moi je te fais confiance et on régularisera ça après, hein ? Ça va ? Il ne faut pas compliquer ce qui est déjà compliqué, tu comprends ?

-Pour le reste du travail à faire, parce que, étant donné qu'on va maintenant en chômage technique, on compte les heures qu'on fait alors, qu'on preste... ?

-Voilà, c'est ça. Quand Georges vous envoie... Georges vous a sûrement demandé des choses, vous comptez plus ou moins vos heures, vous les marquez et on fera les comptes, on s'arrangera après, ça va ?

-Tout ce qui est... parce que ça devient difficile parce que... tout ce qui est bonus, etc., sur les facturations ? Ça, ça suit par après ou comment est-ce qu'on va faire ?

-Sur les facturations de quoi, tu veux savoir ? Je ne comprends pas.

-Ben, les commissions.

Ah, les commissions, oui, ça va suivre ça, ça va suivre. [...]

Le 27 mars 2020, Monsieur S. adresse le courriel suivant à la SA :

« *Donnant suite au contact téléphonique avec [l'administrateur délégué de la SA] du 26.03.2020 concernant le courrier avec référence : chômage temporaire en date du 24.03.2020 (reçu le 26.03.2020).*

Comme convenu avec [l'administrateur-délégué de la SA], me demandant de te transmettre les heures supplémentaires en télétravail prestées pendant la période de confinement débutant le 18.03.2020 jusqu'au 26.03.2020 (date de réception).

18-19-20-23-24-25-26 mars : 47 heures.

Après le 26.03.2020 et pendant la période de confinement, je communiquerai si nécessaire les heures de prestations supplémentaires, comme convenu avec l'administrateur délégué de [la SA]. »

Le 3 avril 2020, Monsieur S. reçoit sa fiche de paie du mois de mars 2020 qui fait mention de 12 jours de travail (du 1^{er} au 17 mars 2020) et de 10 jours de chômage temporaire pour force majeure (du 18 au 31 mars 2020).

Monsieur S. sera en outre déclaré par la SA en chômage temporaire pour force majeure COVID du 1^{er} au 23 avril 2020 inclus.

Entretemps, le 22 avril 2020, Monsieur S. a un nouvel entretien téléphonique avec l'administrateur délégué de la SA, dont le contenu selon l'enregistrement produit aux débats est le suivant :

« [...]

- Dis, Ingrid me dit là, parce que je lui disais : tiens, elle me dit si tu inscris tes heures, tu peux passer à Jean et on t'inscrit. Allez, il y a moyen de t'inscrire alors comme actif, comme j'entends là.

-Éric, je vais t'expliquer quelque chose. Je pense que tu n'as encore rien compris du tout ce qu'on a expliqué. Georges m'a aussi téléphoné pour me dire qu'il t'avait téléphoné. Il m'a dit : je pense qu'Éric, il ne comprend rien de ce qu'on lui explique. Écoute, je vais te répéter ce que je t'ai déjà dit. Tu es sur le chômage. OK ? Vous êtes tous sur le chômage. OK ? Donc, si tu es chez toi et que tu es payé par le gouvernement, profite-en pour travailler pour [la SA] parce que c'est le gouvernement qui paie quand tu es chez toi. OK ? Excuse-moi. Si tu dois... Comment ?

-C'est toi qui gagnes à ce moment-là.

-Ce n'est pas une question que c'est moi qui gagne. Comment est-ce que tu veux que je fasse, à la fin du mois, pour vous payer vos salaires si on ne fait rien ou on travaille à 15 % de la capacité ? Tu comprends ça ou tu ne comprends pas ?

-Oui, je comprends. Maintenant...

-Attends, laisse-moi terminer. Si tu dois aller visiter tes clients, tu vas sortir de chez toi avec ta voiture pour aller à gauche, à droite, ou je ne sais pas où tu dois aller, ça c'est tout à fait différent. Tu le signales et on te compte. Tu t'organises pour sortir une journée complète ou une semaine complète, ça n'a pas d'importance. C'est toi qui sais, c'est toi qui gères. C'est comme avec Frédéric, c'est la même chose. Je lui ai expliqué. Il a bien compris. Donc, tu indiques que tu es sorti, que tu as été faire ton travail de représentant. Maintenant, si tu es à la maison, tu dois me faire profiter que tu gagnes de l'argent du gouvernement sans rien faire pour rester chez toi pour faire ton travail de chez [la SA]. J'espère que tu comprends ça. Maintenant, si tu ne veux pas faire ça, il n'y a aucun problème, tu me dis : écoute, je ne suis pas d'accord de faire ça, parce que je ne peux pas travailler pour le gouvernement et pour [la SA] en même temps, comme tu me l'as dit aujourd'hui. Si tu ne veux pas le faire, tu ne le fais pas. Il n'y a pas de problème. Comme ça, je le sais. Je vais m'arranger autrement alors. Mais par contre, si vous avez des clients qui ont des paiements à faire, qui ne font pas leurs paiements, tu as toute une liste de commandes en cours qu'on pourrait livrer, dont tu ne t'occupes pas, ce n'est pas normal, Éric.

-Je suis en train de regarder justement ça.

-Écoute-moi, laisse-moi terminer, si on était dans une situation normale, je comprends très bien que si tu travailles, il faut que je te paie, c'est juste. Le gouvernement a mis cette procédure en place, pourquoi ? C'est pour aider les entreprises, ce n'est pas pour aider les gens qui restent chez eux à la maison. Ils n'en ont rien à fiche, hein ? Eux, ce qu'ils veulent, c'est que les entreprises ne tombent pas en faillite, c'est ça qu'ils veulent, eux. Tu comprends ? Parce que si les entreprises vont en faillite, et bien, tout le monde va se trouver sur le chômage, pas même du chômage partiel, du chômage définitif. Et ça, ça ne les intéresse pas évidemment. Est-ce que tu comprends ça ? Maintenant, si tu ne veux pas travailler chez toi, quand tu es au chômage pour [la SA], il n'y a aucun problème, tu es clair avec moi, tu me dis : écoute, je ne veux rien faire quand je suis chez moi sur le chômage. Et alors, il n'y a pas de problème, on laisse tout comme ça en plan. Il n'y a pas de problème. C'est comme ça, je m'en fous. Tu comprends ?

-Je suis intégré dans mon travail. Tu sais que je suis pour mon travail. Tu sais que j'aime faire mon travail.

-Mais alors, fais ton travail et ne me téléphone pas 3 fois par semaine pour me demander de t'expliquer. Je t'ai expliqué. Est-ce que tu comprends ce que je viens de t'expliquer ou tu ne comprends pas ?

-Je suis payé par l'État maintenant tu m'as dit les commissions, qu'est-ce qui en vient ? Parce que moi, je veux bien noter des commandes...

-Écoute, si tu fais tes commandes, ben évidemment, tu vas avoir tes commissions. Maintenant, si je vois que tu ne travailles pas... Écoute, écoute, je suis clair avec toi, si je vois que tu ne fais rien et que tu ne suis même pas tes commandes, que tu ne suis pas tes clients par téléphone et par mail, mets-toi une chose dans ta tête : tes commissions, tu peux te brosser, tu ne les auras pas, hein, ça c'est clair hein ! Ça va ? Il faut que tu t'occupes de tes clients, c'est ton travail. Ce n'est pas le mien. Tu comprends. Ce n'est pas le travail d'Ingrid non plus. Il y a des paiements à recevoir, il y a des commandes qui peuvent être livrées. Occupe-t'en. C'est facile, tu prends ton téléphone, tu envoies des mails. S'il faut que tu te déplaces, tu te déplaces, tu le signales. Il n'y a aucun problème, on est ouvert à tout. Le chômage partiel, c'est fait pour ça. C'est pour pouvoir déclarer les gens quand il y a du travail et les laisser chez eux quand il n'y en a pas. Tu comprends ?

[...]

-Moi, je veux bien, je suis en train d'encoder des commandes. Je n'ai pas de problème avec ça, d'accord. J'ai eu le tableau d'Ingrid pour voir ce qui peut être livré donc je contacte mes clients pour voir ce qu'on peut livrer, parce que je suis dévoué pour mon job et je te comprends d'un côté que c'est un peu dur de l'autre côté parce que tu n'as pas beaucoup de rentrées et pas beaucoup de sorties matérielles, hein ? Donc, je te comprends là tout à fait, mais, voilà quoi. Il faut un peu expliquer la situation et tu as dit aussi, voilà vous inscrivez vos heures. J'inscris mes heures pour moi savoir ce que j'ai presté. Je peux te dire, hier j'ai presté 8 heures de travail, par exemple, derrière mon ordinateur, d'accord ?

-Ça, tu peux les écrire, si tu veux. Mais ça, c'est le gouvernement qui te les paie. Tu es au chômage. Chez toi, tu es au chômage. Est-ce que tu comprends ça ?

-Ça normalement, c'est du téléworking...

-Tu ne touches que 70 % de ton salaire, je suis d'accord, mais tu vas quand même, si tu travailles, si tu fais livrer des commandes, si tu fais rentrer des paiements, tu vas toucher tes comm. » Je veux dire, il y a une compensation. Maintenant, si tu restes assis chez toi à faire ton jardin, comme tu dis, tu vas planter tes choux, à recevoir 70 % de ton salaire pour ne rien faire, c'est ton choix. Maintenant, si tu dis : écoute, je suis sur le chômage parce qu'il n'y a pas moyen de faire autrement, mais je m'occupe de mes clients, je les relance, je relance les paiements, j'essaie que [la SA] reçoive un peu d'argent, il est évident que tu vas recevoir tes comm' là-dessus. Maintenant, si tu restes assis chez toi à planter tes choux, évidemment, tes commissions, tu ne les auras pas, ça c'est clair. Tu comprends ?

[...] »

À partir du 24 avril 2020, Monsieur S. est en incapacité de travail.

Le 30 avril 2024, l'administrateur délégué de la SA adresse à Monsieur S. le courriel suivant, en réponse au courriel de ce dernier du 27 mars 2020 :

« [...] J'aurais aimé avoir un détail du travail que tu as presté en télétravail pour la période en rubrique, mais comme nous n'avons plus eu l'occasion de nous voir ni de nous parler depuis le début de ce mois et qu'ensuite tu es malheureusement tombé malade.

Je ne comprends pas très bien comment il est possible que tu aies travaillé chez toi à la maison presque 7 heures par jour durant 7 jours, c'est impossible.

Pourrais-tu me donner une explication à ce sujet ? Le travail que nous t'avons demandé d'effectuer doit représenter environ 1 heure par jour pas plus, donc sache que je ne suis pas d'accord. [...] »

Par courrier de son conseil du 6 mai 2020, Monsieur S. écrit à l'administrateur délégué de la SA que :

« [...] en raison du mécanisme organisé et mis en œuvre par vos soins, Monsieur S. a vu sa rémunération, élément essentiel de son contrat de travail, unilatéralement, indûment et substantiellement réduite.

Dès lors, la présente vaut mise en demeure de la [SA] de régulariser la situation.

Sans régularisation sous huitaine, Monsieur S. se réserve le droit de tirer toutes les conséquences juridiques du non-paiement de sa rémunération et de toutes les circonstances qui l'entourent. »

Le conseil de la SA y répondra par un courrier en date du 11 mai 2020 où il est notamment indiqué que :

« [...] la Société reconnaît être redevable à Monsieur S. des heures réellement prestées par ce dernier au cours du mois de mars et au cours du mois d'avril 2020. Elle entend donc procéder dans les plus brefs délais à la régularisation de ces heures, c'est-à-dire à leur déclaration et à leur paiement à concurrence du salaire normal de Monsieur S. (il ne s'agit pas d'heures supplémentaires), comme suit.

- Pour le mois de mars 2020, Monsieur S. a été mis en chômage temporaire pour force majeure (motif coronavirus) entre le 18 mars 2020 et le 31 mars 2020.

Étant donné que Monsieur S. n'a pu, matériellement et raisonnablement, effectuer que quelques heures de travail au total au cours de cette période, étant en télétravail et se limitant en conséquence à faire le suivi de quelques emails, la Société entend rassembler ces heures sur des journées complètes (un travailleur ne pouvant pas être mis en chômage temporaire pour force majeure pour une demi-journée, mais uniquement pour des journées complètes). Sur les 10 jours "prestés" entre le 18 mars et le 31 mars 2020 par Monsieur S., la Société entend donc régulariser 16 heures de travail (soit un peu plus d'une heure et demie de travail par jour), ce qui équivaut à 2 journées de travail complètes (de 8 heures). Pour les 8 autres jours, et à défaut pour Monsieur S. d'apporter la preuve de prestations supplémentaires, la Société considère que ce dernier a été régulièrement mis en chômage temporaire pour force majeure et aucune régularisation ne sera donc opérée.

- En ce qui concerne le mois d'avril 2020, la Société entend également régulariser les quelques heures de travail effectivement prestées par Monsieur S. entre le 1^{er} avril et le 23 avril 2020 inclus (càd jusqu'à ce qu'il tombe en incapacité de travail), soit sur une période de 17 jours "prestés". Sur base du même raisonnement que ce qui précède, et sur base d'une estimation raisonnable, la Société entend régulariser 24 heures, ce qui équivaut à 3 journées de travail complètes (de 8 heures). Pour les 14 autres jours, Monsieur S. a été régulièrement placé en chômage temporaire pour force majeure et aucune régularisation ne sera donc opérée. [...]

Par courrier recommandé adressé à la SA le 13 mai 2020, Monsieur S. a constaté un acte équipollent à rupture dans le chef de son employeur, en ces termes :

« [...] c'est indûment que j'ai été déclaré en chômage temporaire pour force majeure. En effet, depuis le 18 mars 2020 et jusqu'au début de mon incapacité de travail du 24 avril 2020, j'ai fourni chaque jour des prestations de travail, selon mon horaire normal de travail, et ce à votre demande.

Le 6 mai 2020, mes conseils ont mis en demeure la société de régulariser la situation, rappelant que j'avais presté tous les jours depuis le 18 mars 2020 (et jusqu'au 24 avril 2020) et que vos demandes de travailler durant les périodes déclarées comme du chômage temporaire pour force majeure étaient inappropriées.

[...] votre conseil a annoncé “régulariser” la situation dénoncée dans la mise en demeure de mes conseils en payant ma rémunération à hauteur de 2 jours complémentaires pour mars 2020 et de 3 jours pour avril 2020.

Or, cette “régularisation” n’en est pas une.

En application de l’article 20, 3° de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail et des articles 3 et 3bis de la loi du 12 avril 1965 concernant la protection de la rémunération des travailleurs, sous réserve des dispositions de l’article 23 qui ne sont pas applicables en l’espèce, la société m’est redevable de la rémunération convenue, et non de la rémunération des heures qu’elle considèrerait - unilatéralement de surcroît - comme réellement prestées. Je suis un travailleur salarié, et non un travailleur indépendant.

D’autre part, contrairement à ce que vous évaluez unilatéralement, j’ai bien travaillé normalement durant les mois de mars et avril 2020, bien qu’étant en télétravail. Et c’est à votre demande expresse que j’ai continué à travailler. Vous me l’avez explicitement demandé durant nos conversations téléphoniques des 26 mars et 22 avril 2020. Nous avons également eu des échanges de courriels réguliers, dans lesquels vous me demandiez de procéder à certaines tâches, démontrant mes prestations au cours de cette période.

En tout état de cause, les journées de chômage temporaire doivent correspondre à des journées entières non travaillées. Il n’est pas loisible à l’employeur de faire travailler ses travailleurs, même quelques heures par jour, puis de regrouper ces heures pour reconstituer, artificiellement et a posteriori, des journées complètes de travail.

En conséquence, il faut constater qu’outre le fait que vous m’avez contraint à participer au système frauduleux que vous avez mis en place, visant à faire payer (seulement une partie de) ma rémunération par l’assurance chômage, vous m’avez privé, unilatéralement et indûment, d’une partie importante de ma rémunération. En effet, pour la période courant du 18 mars au 23 avril 2020, je n’ai pas perçu ma rémunération normale, mais seulement des allocations de chômage, calculées sur base de 70 % de ma rémunération plafonnée. N’étant pas sans travail, je n’avais pas droit à ces allocations de chômage. Leur débiton est indue et j’en aviserai l’ONEM. J’en ai bénéficié uniquement en raison de vos déclarations frauduleuses auprès de l’ONEM.

En outre, vous avez clairement menacé de ne pas payer mes commissions si je ne fournissais pas de prestations durant le chômage temporaire.

La “régularisation” proposée par la lettre de votre conseil du 11 mai 2020 n’enlève rien au constat de l’atteinte à mon droit à la rémunération convenue.

La rémunération est un élément essentiel du contrat de travail.

La Cour de cassation considère maintenant de longue date que :

“en matière de contrat de travail, une modification unilatérale qui porte sur des éléments essentiels de contrat équivaut à la rupture du contrat ; l’arrêt qui constate l’existence de pareille modification n’a pas à vérifier si son auteur

avait l'intention de rompre le contrat" (Cass., 17 mars 1986, J.T.T., 1986, p. 502).

Dès lors, face au constat de la modification unilatérale d'un des éléments essentiels de mon contrat de travail, je suis contraint de constater la rupture, par la société, de ce dernier, à ce jour. [...] »

IV. LE FONDEMENT DE L'APPEL

1. La position de l'employeur

La SA fait valoir en substance que :

- s'agissant des arriérés de rémunération pour les mois de mars et avril 2020, au cours de ladite période, les prestations de Monsieur S., effectuées de sa propre initiative, se limitaient à l'envoi de quelques courriels par jour ;
- à défaut de pouvoir vérifier le temps de travail réellement consacré à l'envoi desdits courriels, elle a accepté de régulariser 1 heure de travail par journée au cours de laquelle Monsieur S. démontre avoir envoyé au moins un courriel et de les regrouper sur des journées de travail complètes ;
- s'agissant de l'acte équipollent à rupture, il n'y a pas eu de modification unilatérale et importante de la rémunération de Monsieur S. :
 - si une modification devait être retenue, elle n'est pas unilatérale, mais due à des circonstances extérieures, en l'espèce un cas de force majeure consistant en les mesures gouvernementales de confinement imposées dans le cadre de la crise sanitaire, entraînant de manière temporaire l'arrêt total de ses activités commerciales, qui l'a contrainte à recourir au chômage temporaire pour force majeure et à trouver des solutions pour assurer la pérennité de l'entreprise ;
 - la modification n'était pas certaine/définitive, puisqu'elle a informé Monsieur S. par courrier du 11 mai 2020 de sa volonté de régulariser les heures réclamées qu'elle estimait dues, tout en indiquant qu'elle était susceptible de régulariser le surplus des heures pour autant que Monsieur S. puisse en démontrer la réalité ;
- il n'est pas non plus question en l'espèce d'un manquement à son obligation de payer la rémunération convenue témoignant de sa volonté de ne plus exécuter le contrat et partant d'y mettre fin, puisqu'elle s'est engagée à payer l'incontestablement dû et n'a donc pas fermé la porte à une régularisation supplémentaire, la discussion étant en cours ;
- Monsieur S. a constaté prématurément et donc à tort un acte équipollent à rupture le 13 mai 2020 ;
- il lui est dès lors redevable d'une indemnité compensatoire de préavis de démission équivalente à 13 semaines de rémunération ;
- s'agissant de la démission pour motif grave invoquée à titre subsidiaire par Monsieur S., il n'est pas justifiable de procéder par un même acte à deux modes de rupture du

- contrat, le constat d'acte équipollent à rupture devant être considéré comme exclusif de tout autre mode de rupture ;
- le fait que Monsieur S. ait, durant sa mise en chômage temporaire pour force majeure – motif coronavirus – continué à faire du suivi administratif en envoyant quelques courriels par jour ne constitue pas une faute à ce point grave qu'elle rompe la relation de confiance entre parties qui étaient alors encore en discussions et justifie la rupture immédiate et définitive de la relation de travail ;
 - la démission pour motif grave de Monsieur S. étant non fondée, il est l'auteur de la rupture irrégulière de son contrat de travail et lui est redevable d'une indemnité de démission équivalente à 13 semaines de rémunération ;
 - Monsieur S. ayant irrégulièrement rompu le contrat de travail en constatant – à tort – l'existence d'un acte équipollent à rupture (et subsidiairement, l'existence d'un motif grave justifiant une démission pour ce motif), les conditions d'octroi de l'indemnité d'éviction ne sont pas remplies ;
 - elle conteste avoir posé un acte équipollent à rupture ; partant, il ne peut être question d'un licenciement manifestement déraisonnable ;
 - à titre subsidiaire, la CCT 109 s'applique uniquement aux licenciements de travailleurs ;
 - à titre infiniment subsidiaire, s'il fallait considérer que Monsieur S. a été « licencié », encore faudrait-il constater qu'il l'a été en raison du contexte économique et donc des nécessités de fonctionnement de l'entreprise qui a été contrainte, en raison de la crise sanitaire et de la fermeture des commerces non essentiels, de déclarer l'ensemble de ses travailleurs en chômage temporaire pour force majeure ;
 - à titre encore plus subsidiaire, elle conteste avoir mis en place un système frauduleux et considère qu'il convient de limiter l'indemnité à laquelle elle serait condamnée de ce chef à 3 semaines de rémunération.

2. La position de Monsieur S.

Monsieur S. fait valoir en substance que :

- il démontre l'existence de travail durant ses heures normales travail au cours du mois de mars 2020 et en avril jusqu'au 23 avril 2020 inclus par une série de courriels, des extraits du journal d'appel de son GSM professionnel, et le relevé des factures émises envers ses clients, alors que l'employeur n'a payé que la rémunération afférente à 12 jours et a indûment déclaré le surplus comme du chômage temporaire pour force majeure ;
- la prétendue baisse d'activité de la SA n'est nullement prouvée et n'est pas pertinente pour déterminer son droit au paiement de sa rémunération ; elle est en outre contredite par la conversation téléphonique du 22 avril 2020 ;
- entre le 18 et le 26 mars, il n'était même pas informé de la volonté de son employeur de le déclarer en chômage temporaire, et celui-ci ne rapporte aucune preuve de ce qu'il lui aurait demandé de cesser de travailler ou même de travailler de manière réduite ;

- la volonté de la SA était de bénéficier indûment du régime de chômage temporaire mis en place par le gouvernement au début du confinement, son inscription au chômage temporaire pour force majeure coronavirus étant totalement décorrélée de son activité réelle ;
- le temps de travail se définit comme le temps au cours duquel le travailleur est à disposition de l'employeur, et l'intensité du travail fourni n'est pas pertinente ;
- la réalité du travail fourni au cours de la période litigieuse étant incontestable, la SA ne pouvait pas, unilatéralement, refuser de payer la rémunération convenue puis, suite à son interpellation, décider unilatéralement de ne payer la rémunération convenue que partiellement, sur base d'une évaluation abstraite de son temps de travail : ce faisant, la SA, dans un contexte de fraude sociale, a enfreint l'une de ses obligations essentielles en modifiant unilatéralement un élément essentiel de son contrat de travail, à savoir sa rémunération, justifiant totalement le constat d'acte équipollent à rupture fait par lui le 13 mai 2020 ;
- la SA lui est dès lors redevable d'une indemnité compensatoire de préavis équivalente à 9 mois et 21 semaines de rémunération eu égard à son ancienneté ;
- si le comportement de la SA ne devait pas s'analyser en un acte équipollent à rupture, il devrait à tout le moins s'analyser en un motif grave qu'il invoque à l'encontre de l'employeur, celui-ci l'ayant contraint, en le menaçant de ne pas lui payer de commissions, à participer à un système frauduleux, et l'ayant également privé indûment et unilatéralement d'une part importante de sa rémunération ;
- il a valablement notifié la rupture de son contrat de travail pour motif grave par sa lettre recommandée du 13 mai 2020 et n'est donc redevable d'aucune indemnité, alors que la SA lui est redevable du montant de l'indemnité de préavis qui lui aurait été payé en cas de licenciement ou de dommages et intérêts équivalents ;
- la SA lui est redevable, en application de l'article 101 de la loi du 3 juillet 1978, d'une indemnité d'éviction équivalente à 6 mois de rémunération ;
- son licenciement, constaté le 13 mai 2020, est manifestement déraisonnable, son seul motif étant le comportement fautif et frauduleux adopté par l'employeur, outre qu'il n'aurait jamais été décidé par un employeur normal et raisonnable ;
- le degré de gravité du comportement adopté par la SA, qui l'a notamment menacé de le priver de ses commissions s'il refusait de participer à son système frauduleux, impose que l'indemnité soit fixée à 17 semaines de rémunération.

3. La décision de la cour du travail

a) Quant aux arriérés de rémunération pour les mois de mars et avril 2020

En droit du travail, la rémunération est la contrepartie du travail effectué par le travailleur.

Le fait que le droit à la rémunération naît de l'exécution du travail en vertu d'un contrat de travail a pour conséquence que, sauf dispositions légales ou conventionnelles dérogoires,

le travailleur ne peut prétendre à une rémunération durant la période où, même par le fait de l'employeur, il n'exécute pas de travail¹.

Cependant, si l'employeur a fautivement manqué à son obligation de fournir du travail, le travailleur peut prétendre à un dédommagement. Il peut demander la réparation de son préjudice en nature, par la condamnation de l'employeur à lui payer la rémunération dont il a été privé².

En l'espèce, Monsieur S. affirme que nonobstant sa mise en chômage temporaire COVID par son employeur, il a continué à effectuer son travail pour celui-ci, sans en être rémunéré.

À l'estime de la cour de céans, Monsieur S., dont le travail en tant que représentant de commerce consiste à inciter la clientèle à passer des ordres, en apporte la preuve par les éléments suivants :

- le fait, pour ce qui concerne spécifiquement la période du 18 au 24 mars 2020, que ce n'est qu'à l'issue de cette période, en date du 24 mars 2020, que l'employeur a demandé à l'ensemble des membres de son personnel de se déclarer en chômage économique pour force majeure COVID ;
- le volumineux dossier de pièces qu'il produit attestant de l'envoi de nombreux courriels à sa clientèle, de même que de nombreuses conversations téléphoniques avec celle-ci durant la période litigieuse, ce à quoi s'ajoute la preuve d'une facturation à l'égard de cette dernière ;
- l'enregistrement de la conversation téléphonique qu'il a eue en date du 22 avril 2020 avec l'administrateur délégué de la SA, dont il ressort incontestablement que ce dernier entendait bien, nonobstant la mise en chômage temporaire de Monsieur S., que celui-ci continue à effectuer en télétravail, diverses de ses tâches habituelles (suivi par téléphone et par courriel de la clientèle et des paiements de celle-ci, livraison de commandes...) relevant de ses activités normales, sous la menace à défaut de ne pas lui payer ses commissions.

Monsieur S. ayant été occupé pour compte de la SA du 18 mars au 23 avril 2020 est fondé à réclamer à celle-ci la rémunération afférente à cette période.

Le jugement dont appel sera confirmé à cet égard.

b) Quant à l'acte équipollent à rupture

Textes et principes

¹ Cass., 24 décembre 1979, *J.T.T.*, 1981, 52 ; Cass., 16 mars 1992, *J.T.T.*, 1992, 128 ; Cass., 26 avril 1993, *J.T.T.*, 1993, 260.

² Cour trav. Bruxelles, 9 avril 2018, R.G. n° 2017/AB/220, www.terralaboris.be.

Le contrat de travail se distingue d'autres contrats par le lien de subordination : le travailleur exécute un travail sous l'autorité de son employeur. Cette caractéristique implique que l'employeur a le droit d'apporter unilatéralement certaines modifications au contrat. Si une modification de commun accord d'un contrat de travail survenue sans vice de consentement est régulière et licite, une modification unilatérale du contrat ne l'est pas toujours.

La Cour de cassation a posé de manière claire le principe que l'employeur n'a pas *stricto sensu* le droit de modifier unilatéralement le contrat de travail. Suivant la Cour, l'article 1134 du Code civil, considéré en soi, contient l'interdiction pour l'employeur de modifier ou de révoquer unilatéralement les conditions de travail convenues, sauf s'il en est disposé autrement. Ni l'autorité qui caractérise le contrat de travail ni le fait que celui-ci s'exécute sur une longue période ne constituent à eux seuls une base au *ius variandi*³. Dans un arrêt du 13 octobre 1997, la Cour de cassation se réfère non seulement à l'article 1134 du Code civil, mais aussi à l'article 20, 1° de la loi relative aux contrats de travail, et décide qu'il doit être déduit de ces dispositions que l'employeur ne peut pas modifier unilatéralement ou révoquer une condition convenue, sans faillir à ses obligations contractuelles. La Cour ajoute qu'il est indifférent à cet égard que la modification soit peu importante ou porte sur un élément accessoire du contrat⁴.

Cela ne signifie toutefois pas qu'un employeur ne peut jamais procéder à des modifications unilatérales du contrat de travail. Tout d'abord, dans les arrêts mentionnés ci-dessus, la Cour de cassation ne se prononce que sur les conditions de travail qui ont été convenues. Pour tout ce qui n'a pas été convenu, l'interdiction de modification unilatérale n'existe donc pas.

D'autre part, la Cour de cassation précise que les parties elles-mêmes peuvent en convenir autrement. En d'autres termes, un droit de modification peut être prévu contractuellement.

De cet exposé, il se dégage que l'employeur dispose, dans certaines limites, du droit de modifier unilatéralement le contrat de travail (*ius variandi*). Si ces limites sont dépassées, on se trouve en principe en présence d'une modification d'un élément essentiel du contrat de travail, sorte de licenciement tacite qui équivaut à une rupture irrégulière du contrat.

En effet, lorsqu'une partie à un contrat de travail impose à l'autre partie un contrat qui diffère considérablement du contrat existant, ce dernier prend fin de manière irrégulière en raison d'un acte équipollent à rupture.

³ Cass., 20 décembre 1993, *Chron. D.S.*, 1994, 105, note H. FUNCK et J. DEGRAUWE ; Cass., 23 juin 1997, *R.W.*, 1997-1998, 1372, note J.R.R. et *J.T.T.*, 1997, 333, note C. WANTIEZ.

⁴ Cass., 13 octobre 1997, *R.W.*, 1998-1999, 502 ; dans le même sens après renvoi: C. trav. Liège, 16 février 1998, *J.T.T.*, 1998, 432 ; C. trav. Bruxelles, 22 mai 2002, *Chron. D.S.*, 2003, 182 ; Trib. trav. Bruxelles (réf.), 22 février 1999, *J.T.T.*, 1999, 281 ; Trib. trav. Bruxelles (réf.), 11 mai 2006, *J.T.T.*, 2006, 380.

La cour de céans rappelle que le mode de rupture irrégulière du contrat de travail qu'est l'acte équipollent à rupture peut prendre deux formes : une inexécution dans l'intention de mettre fin au contrat de travail d'une part, et la modification unilatérale d'un élément essentiel du contrat de travail d'autre part.

Par opposition à l'exécution fautive, une modification unilatérale importante d'un élément essentiel du contrat de travail ne nécessite pas la volonté de rompre de la partie qui introduit la modification⁵. La modification rompt par elle-même le contrat existant.

La notion de modification unilatérale conduisant à la rupture irrégulière du contrat de travail implique en premier lieu et de toute évidence que l'on ait affaire à une véritable modification du contrat de travail, ce qui est une question de fait⁶.

Pour que la modification unilatérale d'un élément essentiel du contrat de travail puisse conduire à la rupture du contrat, il faut encore qu'il s'agisse d'une modification effective, ou du moins d'une décision définitive⁷. Une simple déclaration d'intention ne suffit pas. La modification doit être certaine et exécutée effectivement⁸.

La Cour de cassation a en outre précisé qu'une modification unilatérale importante même temporaire d'un élément essentiel du contrat de travail constituait un acte équipollent à rupture⁹.

Il est admis que seules les modifications importantes d'un élément essentiel du contrat de travail constituent une rupture irrégulière et immédiate de contrat¹⁰.

Le critère pour évaluer si un élément essentiel du contrat de travail a été modifié de manière substantielle est la mesure dans laquelle cet élément a été modifié, en particulier la question de savoir si l'élément en question a été modifié à un point tel qu'il ne peut plus être considéré que le contrat initial sera encore exécuté après cette modification¹¹.

⁵ Cass., 27 juin 1988, *J.T.T.*, 1988, 492 ; Cass., 23 juin 1997, *R.W.*, 1997-1998, 1372, note J.R.R. et *J.T.T.*, 1997, 333, note C. WANTIEZ ; voy. aussi : Cass., 17 mars 1986, *J.T.T.*, 1986, 502 ; Cass., 10 février 1992, *Pas.*, 1992, I, 508.

⁶ C. trav. Bruxelles, 3 mai 1984, *R.D.S.*, 1984, 286.

⁷ Cass., 13 septembre 1972, *Arr. cass.*, 1973, 55 ; Cass., 17 décembre 1979, *Pas.*, 1980, I, 475.

⁸ C. trav., Anvers, 26 octobre 1994, *R.W.*, 1995-1996, 369.

⁹ Cass., 22 mars 1982, *J.T.*, 1983, 100 ; Cass., 17 mars 1986, *Chron. D.S.*, 1986, 201 et *J.T.T.*, 1986, 502, note DE KEYSER ; Cass., 30 novembre 1998, *J.T.T.*, 1999, 150 et *Chron. D.S.*, 2000, 8.

¹⁰ Cass., 15 juin 1979, *Arr. cass.*, 1978-1979, 544 ; Cass., 1er décembre 1980, *J.T.T.*, 1981, 204 ; Cass., 7 février 1983, *Chron. D.S.*, 1983, 171, note W. VEROUGSTRAETE ; Cass., 27 juin 1988, *Arr. Cass.*, 1987-88, 1423 ; Cass., 23 décembre 1996, *Arr. Cass.*, 1996, 1247 ; Cass., 4 février 2002, *J.T.T.*, 2002, 121, note C. WANTIEZ ; Cass., 11 octobre 2010, *Pas.*, 2010, 2557.

¹¹ Cass., 6 septembre 2021, S.20.0013.N, *R.W.*, 2022-23, 265, note I. VAN PUYVELDE, *R.A.B.G.*, 2022, 300, note I. VANDEN POEL et *Chron. D.S.*, 2022, 130, note E. PENNETREAU, *Chron. D.S.*, 2022, 126.

La doctrine et la jurisprudence s'entendent – de longue date¹² – pour considérer la rémunération, la fonction ou le lieu de travail comme des éléments essentiels, et non accessoires du contrat de travail¹³, qui ne peuvent dès lors pas être modifiés unilatéralement par l'employeur.

La partie qui apporte unilatéralement une modification importante à la rémunération convenue rompt par conséquent le contrat de travail de manière irrégulière¹⁴.

La Cour de cassation a décidé que l'intérêt des parties par rapport à la modification ou au maintien des conditions de travail n'est pas pertinent lorsqu'il s'agit d'apprécier si une modification d'un élément essentiel du contrat de travail constitue ou non une modification significative¹⁵.

Enfin, si la modification unilatérale importante d'un élément essentiel du contrat de travail peut être considérée comme un licenciement¹⁶ qui entraîne la rupture immédiate du contrat de travail¹⁷, on parle aussi de rupture irrégulière du contrat de travail lorsqu'une partie reproche à tort à l'autre partie un acte équipollent à rupture et en conclut que le contrat de travail est rompu par cette partie.

La Cour de cassation a en effet estimé qu'il pouvait être légitimement déduit du fait qu'une partie reproche à l'autre partie d'avoir rompu le contrat de travail, alors que cette dernière ne l'a pas fait explicitement (pour motif grave ou moyennant un préavis ou le paiement d'une indemnité de congé) et qu'il n'apparaît pas qu'elle ait posé un acte équipollent à rupture (en posant un acte équivalant à une rupture du contrat de travail), que la première partie a rompu le contrat de travail en imputant erronément cette rupture à l'autre partie¹⁸.

¹² en ce sens : T. CLAEYS et R. SWENNEN, « Les modifications unilatérales des conditions de travail », *J.T.T.*, 1974, p.49 ; B. PATERNOSTRE, « Qu'est-ce que la rupture tacite ou acte équipollent à rupture ? », *Orientations*, 1984, p.206.

¹³ Fr.-X. HORION, « Des conditions de travail immuables ? », in *La loi du 3 juillet 1978 30 ans après ... vue sous un angle différent*, Larcier, 2008, p. 118 ; V. VANNES, « La clause de mutation », in *Clauses spéciales du contrat de travail. Utilité, validité, sanction*, Actes du Colloque organisé à Louvain-La-Neuve le 30 avril 2003 par la Conférence du Jeune Barreau de Nivelles (Dir. V. Vannes), Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 78 et 82.

¹⁴ Cass., 23 décembre 1996, *J.T.T.*, 1997, 145 et *R.W.*, 1997-1998, 150, note M. DE VOS ; voy. aussi : C. trav. Mons, 7 avril 1976, *Bull. F.E.B.*, 1977, 1647 ; C. trav. Liège, 22 décembre 1977, *J.L.*, 1978, 218

¹⁵ Cass., 6 septembre 2021, S.20.0013.N, *R.W.*, 2022-23, 265, note I. VAN PUYVELDE, *R.A.B.G.*, 2022, 300, note I. VANDEN POEL et *Chron. D.S.*, 2022, 130, note E. PENNETREAU, *Chron. D.S.*, 2022, 126.

¹⁶ Cass., 7 mai 2007, *J.T.T.*, 2007, 336, note C. WANTIEZ.

¹⁷ Cass., 29 septembre 1976, *J.T.T.*, 1977, 69 ; Cass., 27 avril 1977, *J.T.T.*, 1978, 107 ; Cass., 22 mars 1982, *Pas.*, 1982, I, 860 ; Cass., 7 janvier et 10 janvier 1985, *Arr. cass.*, 1984-1985, n° 264 et 282 ; Cass., 16 septembre 2013, *J.T.T.*, 2013, 433.

¹⁸ Cass., 15 juin 1981, *Arr. Cass.*, 1980-81, 1182.

La jurisprudence des juges du fond va elle aussi dans ce sens : la partie qui reproche à tort la rupture du contrat à l'autre partie rompt elle-même le contrat de manière irrégulière¹⁹.

Application

Il résulte des éléments exposés ci-dessus que durant la période litigieuse, l'administrateur délégué de la SA a imposé à Monsieur S. de continuer à effectuer son travail de représentant de commerce tout en percevant non plus sa rémunération normale, mais des allocations de chômage temporaire équivalentes à 70 % de son salaire.

Il s'agit là d'une modification importante à un élément essentiel du contrat de travail.

À l'estime de la cour de céans, cette modification était unilatérale, la force majeure invoquée par l'employeur ne pouvant ici être retenue.

Pour rappel, en vertu de l'article 44 de l'arrêté royal du 25 novembre 1991 portant réglementation du chômage, « *pour pouvoir bénéficier d'allocations, le chômeur doit être privé de travail et de rémunération par suite de circonstances indépendantes de sa volonté.* »

L'article 27 du même texte définit le chômeur temporaire comme étant « *le chômeur lié par un contrat de travail dont l'exécution est temporairement, soit totalement, soit partiellement suspendue* ».

L'exécution d'un contrat de travail peut être suspendue en raison de divers événements (incapacité de travail, congé de maternité, vacances annuelles, congé parental, etc.), en cas de manque de travail résultant de causes économiques²⁰, ainsi qu'en raison d'une force majeure, l'article 26, alinéa 1^{er} de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail disposant que « *les événements de force majeure n'entraînent pas la rupture du contrat lorsqu'ils ne font que suspendre momentanément l'exécution du contrat* ».

La force majeure se présente ou se définit comme un événement soudain, imprévisible, indépendant de la volonté de l'employeur et du travailleur (aucune faute ne pouvant leur

¹⁹ C. trav. Bruxelles, 10 janvier 1989, *Chron. D.S.*, 1992, 80 ; C. trav. Gand, 18 février 1991, *R.D.S.*, 1991, 353 ; C. trav. Bruxelles, 21 juin 1991, *Jur. trav. Brux.*, 1991, 312 ; C. trav. Anvers, 14 octobre 1993, *J.T.T.*, 1994, 213 ; C. trav. Bruxelles, 5 octobre 1998, *Chron. D.S.*, 2001, 470 ; C. trav. Bruxelles, 11 juin 1997, *J.T.T.*, 1998, 13 ; C. trav. Liège, 7 novembre 2006, *Chron. D.S.*, 2008, 58 ; C. trav. Bruxelles, 12 novembre 2013, *J.T.T.*, 2014, 124 ; Trib. trav. Bruxelles, 24 octobre 1998, *J.T.T.*, 1989, 135 ; Trib. trav. Nivelles, 25 octobre 1995, *J.L.M.B.*, 1996, 556 ; Trib. trav. Bruxelles, 3 septembre 1999, *J.T.T.*, 1999, 467 ; Trib. Trav. Liège, 3 juin 2004, *Chron. D.S.* 2005, 470 ; Trib. trav. Namur, 21 avril 2008, *R.R.D.*, 2008, 109 ; Trib. trav. Bruxelles, 7 mai 2012, *J.T.T.*, 2012, 316 ; voy. ég.: C. trav. Mons, 18 janvier 1996, *Bull. F.E.B.*, 1997/11, 108 ; C. trav. Anvers (sect. Hasselt), 4 février 1997, *R.W.*, 1997-1998, 50 ; C. trav. Gand (sect. Bruges), 15 septembre 1997, *J.T.T.*, 1998, 174 ; Trib. trav. Bruxelles, 13 février 1996, *Chron. D.S.*, 1997, 250.

²⁰ Article 30quinquies de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail.

être imputée), événement qui rend la poursuite de l'exécution du contrat momentanément et totalement impossible.

Rentre dans cette définition les décisions de fermeture par secteur ou partie de secteur décidées par les autorités, telles que celles intervenues durant la crise sanitaire.

Dans une telle hypothèse, l'employeur peut, moyennant certaines conditions, placer en régime de chômage temporaire les travailleurs qu'il ne lui est momentanément plus possible d'occuper, et les travailleurs concernés pourront alors bénéficier, en principe, d'allocations de chômage.

C'est à celui qui invoque l'événement de force majeure qu'il appartiendra d'en prouver l'existence par toutes voies de droit.

En cas de contestation, il appartient à la juridiction du travail d'apprécier souverainement l'existence ou non d'un cas de force majeure entraînant la suspension de l'exécution du contrat.

À la suite de la crise sanitaire provoquée par le coronavirus Covid-19 et des fermetures obligatoires ordonnées par les mesures d'urgence prises par le gouvernement, et pour répondre à l'explosion du chômage temporaire, l'ONEM a décidé à partir du 13 mars 2020 et pour la durée des mesures sanitaires imposées par les autorités publiques, d'assouplir l'application du chômage temporaire pour cause de force majeure.

Le caractère exceptionnel de la situation liée à la crise du coronavirus a incité l'ONEM à adopter une application souple de la notion de chômage temporaire pour force majeure : toutes les situations de chômage temporaire liées au coronavirus ont été automatiquement considérées comme du chômage temporaire pour force majeure, même s'il était encore possible de travailler certains jours ou de faire travailler une partie du personnel.

Il n'en demeure pas moins que la notion de chômage temporaire force majeure Coronavirus reste intrinsèquement liée à l'impossibilité temporaire pour l'employeur de faire exécuter le travail convenu et habituellement exécuté. Il ne peut dès lors en être question que si l'employeur est confronté à une impossibilité, irrémédiable et indemne de toute faute, des prestations de travail des travailleurs concernés.

Il a ainsi été jugé qu'il n'y a pas de force majeure Coronavirus lorsque le télétravail est possible, ce qui est le cas lorsque la fonction exercée consiste essentiellement à répondre aux demandes de clients ou à contacter ceux-ci par courriel, téléphone et/ou internet ainsi qu'à encoder diverses informations, toutes activités que les moyens technologiques actuels permettent d'effectuer depuis son domicile²¹.

²¹ En ce sens, Trib. trav. Liège (div. Liège), 13 janvier 2023, R.G. n° 22/603/A, www.terralaboris.be.

Or, force est de constater que, sur instruction et sous la menace de la perte de son droit aux commissions, Monsieur S. a été contraint par son employeur d'exécuter son travail de représentant de commerce depuis son domicile, bien que déclaré en chômage temporaire force majeure Coronavirus.

Il ne peut dès lors être question ici de force majeure, la SA ayant fait un usage impropre et abusif dudit régime de chômage temporaire pour force majeure Coronavirus en ce qui concerne Monsieur S.

Cette modification était effective, ainsi qu'il résulte clairement de l'enregistrement de la conversation téléphonique intervenue le 22 avril 2020 entre Monsieur S. et l'administrateur délégué de la SA, et de la réponse du conseil de la SA du 11 mai 2020 (à la suite de la mise en demeure du conseil de Monsieur S. du 6 mai 2020), par laquelle celui-ci ne s'est vu proposer qu'une régularisation partielle (5 journées de travail) pour toute la période litigieuse, sur laquelle il était invité à se prononcer pour le 13 mai 2020.

C'est dès lors à bon droit que Monsieur S. a constaté en date du 13 mai 2020 la rupture de son contrat de travail à la suite d'un acte équipollent à rupture de son employeur, la cour ayant par ailleurs déjà indiqué ci-dessus qu'une modification unilatérale importante d'un élément essentiel du contrat de travail rompt par elle-même le contrat existant et ne nécessite pas la volonté de rompre de la partie qui introduit la modification²².

Le jugement dont appel sera confirmé à cet égard.

c) Quant à l'indemnité de préavis

La rupture irrégulière d'un contrat de travail à durée indéterminée entraîne la déduction d'une indemnité. On la qualifie d'indemnité compensatoire de préavis, parce qu'elle remplace le délai de préavis qui aurait dû être pris en considération lors de la rupture régulière (sans motif grave) de ce type de contrat.

En vertu de l'article 39, § 1^{er} de la loi relative aux contrats de travail, la partie qui résilie un contrat de travail à durée indéterminée sans motif grave ou sans respecter le délai de préavis fixé à l'article 37/2 de la loi relative aux contrats de travail, est tenue de payer à l'autre partie une indemnité égale à la rémunération en cours correspondant :

- soit à la durée du délai de préavis ;
- soit à la partie de ce délai restant à courir.

²² Cass., 27 juin 1988, *J.T.T.*, 1988, 492 ; Cass., 23 juin 1997, *R.W.*, 1997-1998, 1372, note J.R.R. et *J.T.T.*, 1997, 333, note C. WANTIEZ ; voy. aussi : Cass., 17 mars 1986, *J.T.T.*, 1986, 502 ; Cass., 10 février 1992, *Pas.*, 1992, I, 508.

En l'espèce, il n'est pas contesté que compte tenu de son ancienneté, Monsieur S. peut prétendre en vertu des dispositions applicables en la matière à un préavis de 9 mois et 21 semaines.

Il y a en revanche désaccord entre les parties en ce qui concerne le montant de la rémunération annuelle devant servir de base au calcul de l'indemnité de congé, et ce en raison d'une évaluation distincte portant sur deux postes :

- les commissions : si les parties sont d'accord sur le chiffre de 5 687,12 € pour la période de janvier à juin 2020, elles s'opposent en ce qui concerne le montant des commissions pour la période de juin à décembre 2019. À cet égard, la cour de céans considère comme seul élément probant produit aux débats le compte individuel de Monsieur S., en vertu duquel le montant de 8 739,28 € sera retenu, ce qui donne un montant global de 14 426,40 €.
- la mise à disposition d'un téléphone mobile et d'un abonnement téléphonique que Monsieur S. évalue à 30 € par mois, et la SA à 27 € par mois. À cet égard, la cour de céans note que l'ONSS²³ admet les montants de 36 € par an pour la mise à disposition d'un téléphone mobile et 48 € par an pour la mise à disposition d'un abonnement téléphonique, soit un total de 84 € par an ou 7 € par mois, et validera dès lors le chiffre proposé par l'employeur.

La rémunération annuelle brute de Monsieur S. s'établit par conséquent comme suit :

Rémunération de base	3 325,78 € x 12,92	42 969,07 €
Prime de fin d'année		4 565,46 €
Commissions		14 426,40 €
Pécule sur commissions	14 426,40 € x 15,67 %	2 260,61 €
Jours fériés sur commissions	14 426,40 € x 10/300 x 1,2	577,06 €
Voiture et carte essence	450 € x 12	5 400,00 €
GSM et abonnement	27 € x 12	324,00 €
Abonnement internet	15 € x 12	180,00 €
Chèques-repas	4,91 € x 231	1 134,21 €
Prime annuelle sectorielle		263,02 €
Écochèques		250,00 €
Total		72 349,83 €

L'indemnité de préavis à laquelle Monsieur S. peut prétendre s'élève dès lors à la somme brute de : $(72\,349,83\,€ \times 9/12) + (72\,349,83\,€ \times 21/52) = 83\,480,57\,€$.

d) Quant à l'indemnité d'éviction

²³

https://www.socialsecurity.be/employer/instructions/dmfa/fr/latest/instructions/salary/particularcases/advantages_in_kind.html.

Textes et principes

Le contrat de travail de représentant de commerce est le contrat par lequel un travailleur, le représentant de commerce, s'engage contre rémunération à prospecter et à visiter une clientèle en vue de la négociation ou la conclusion d'affaires, hormis les assurances, sous l'autorité, pour le compte et au nom d'un ou de plusieurs commettants²⁴.

Quant à l'indemnité d'éviction, il s'agit d'une indemnité spéciale due à certaines conditions au représentant de commerce qui a apporté une clientèle, en vertu de l'article 101 de la loi relative aux contrats de travail.

La Cour de cassation qualifie cette indemnité de dédommagement d'un préjudice spécifique causé par une perte de clientèle²⁵.

Pour avoir droit à une indemnité d'éviction, le représentant de commerce doit tout d'abord avoir apporté une clientèle.

En principe, le représentant de commerce doit apporter la preuve de l'apport de clientèle²⁶, mais l'existence d'une clause de non-concurrence créée en faveur du représentant de commerce une présomption d'apport de clientèle ; l'employeur peut faire la preuve contraire, le cas échéant²⁷.

L'apport de clientèle ne vise pas uniquement la nouvelle clientèle, mais également l'extension de la clientèle existante²⁸, voire le maintien de la clientèle existante²⁹.

Pour qu'il y ait apport de clientèle, il ne faut pas que la clientèle ait été découverte par le représentant de commerce. La circonstance qu'il a bénéficié de la publicité faite par l'employeur et de listes de clients mises à sa disposition est sans influence³⁰.

²⁴ Art. 4, al. 1^{er}, de la loi relative aux contrats de travail

²⁵ Cass., 6 février 1970, *Pas.*, 1970, I, 492.

²⁶ C. trav. Bruxelles, 15 mars 2013, *Chron. D.S.*, 2014, 299 ; Trib. trav. Anvers, 20 octobre 1980, *R.W.*, 1980-1981, 1731 ; Trib. trav. Gand, 10 novembre 2011, *T.G.R.*, 2012, 153.

²⁷ Art. 105 de la loi relative aux contrats de travail.

²⁸ C. trav. Liège, 23 février 1982, *J.T.T.*, 1985, 172 ; C. trav. Liège, 16 février 1994, *Orientations*, 1995, 197, note G. HELIN ; C. trav. Bruxelles, 17 janvier 1996, *J.T.T.*, 1996, 327 ; C. trav. Liège, 17 janvier 2002, *J.T.T.*, 2002, 340 ; C. trav. Bruxelles, 18 février 1998, *J.T.T.*, 1998, 42 ; Trib. trav. Bruxelles, 22 décembre 1970, *J.T.T.*, 1972, 14, note R.C. GOFFIN ; comp. : C. trav. Bruxelles, 21 novembre 2014, *J.T.T.*, 2015, 44.

²⁹ C. trav. Mons, 11 octobre 1993, *Orientations*, 1995, 197, note G. HELIN ; contra : C. trav. Bruxelles, 2 novembre 2010, *J.T.T.*, 2011, 101.

³⁰ C. trav. Liège, 19 décembre 1991, *J.T.T.*, 1992, 107 ; C. trav. Bruxelles, 17 janvier 1996, *J.T.T.*, 1996, 327 ; C. trav. Bruxelles, 15 mai 1996, *J.T.T.*, 1997, 192 ; C. trav. Bruxelles, 9 octobre 1996, *Orientations*, 1998, 1 (note G. HELIN) ; C. trav. Bruxelles, 18 février 1998, *J.T.T.*, 1998, 422 ; C. trav. Liège, 11 mai 1998, *J.T.T.*, 1998, 418 ; Trib. trav. Huy, 18 juin 1999, *Chron. D.S.*, 2002, 340, note M. FALLON.

La clientèle apportée ne doit pas être considérable³¹. Il faut toutefois qu'un certain nombre de clients soit apporté³² et il ne suffit pas qu'il y ait quelques rares clients pour que l'on considère qu'il y a apport de clientèle³³.

L'existence d'un apport de clientèle doit être jugée de manière raisonnable et *in concreto*, en tenant compte par exemple de la nature des biens vendus et de leur prix³⁴.

La constatation de l'apport de clientèle doit avoir lieu sur toute la période durant laquelle le travailleur a travaillé comme représentant de commerce³⁵.

En vertu de l'article 88 de la loi du 3 juillet 1978, peut seul invoquer le bénéfice des dispositions relatives aux représentants de commerce l'employé qui exerce sa mission de nature commerciale de manière constante et à titre principal³⁶.

Par ailleurs, pour qu'une indemnité d'éviction soit due, il doit avoir été mis fin au contrat de travail, soit par le fait de l'employeur sans motif grave, soit par le représentant de commerce pour motif grave.

L'indemnité d'éviction n'est en outre due qu'après une occupation d'un an.

Enfin, lorsque l'employeur établit qu'il ne résulte de la rupture du contrat aucun préjudice pour le représentant de commerce, l'indemnité d'éviction n'est pas due.

L'indemnité d'éviction est égale à la rémunération de 3 mois pour le représentant de commerce occupé chez le même employeur pendant une période de 1 à 5 ans. Elle est augmentée de la rémunération de 1 mois dès le début de chaque période supplémentaire de 5 ans de service chez le même employeur. Pour déterminer l'ancienneté, il faut prendre en considération la date de la fin du contrat et non pas la date à laquelle le préavis prend cours³⁷. C'est le nombre d'années de service en tant que représentant de commerce qu'il faut prendre en compte³⁸.

L'indemnité d'éviction porte intérêt de plein droit à partir de la date de la cessation du contrat.

³¹ Cass., 24 mars 1986, *Chron. D.S.*, 1986, 237.

³² C. trav. Gand, 24 mars 1975, *R.D.S.*, 1975, 171 ; C. trav. Bruxelles, 2 février 1977, *J.T.T.*, 1977, 158 ; C. trav. Bruxelles, 12 juillet 1979, *Bull. F.E.B.*, 1980, 597 ; C. trav. Bruxelles, 13 février 1980, *J.T.T.*, 1980, 141.

³³ C. trav. Bruxelles, 12 janvier 1982, *J.T.T.*, 1982, 301 ; C. trav. Bruxelles, 9 octobre 1996, *Orientations*, 1998, 1 (note G. HELIN) ; voy. aussi : C. trav. Liège, 13 février 2003, *J.L.M.B.*, 2003, 1440 ; Trib. trav. Tongres, 18 septembre 1990, *J.T.T.*, 1991, 167 ; Trib. trav. Gand, 10 novembre 2011, *T.G.R.*, 2012, 153.

³⁴ C. trav. Liège, 11 mai 1998, *J.T.T.*, 1998, 418 ; C. trav. Anvers, 18 février 1997, *J.T.T.*, 1998, 421.

³⁵ Cass., 29 septembre 1986, *J.T.T.*, 1986, 449.

³⁶ Cass., 18 avril 1988, *J.T.T.*, 1988, 439 ; M. JAMOULLE, *Le contrat de travail*, t. I, Liège, 1982, 255 ; V. VANNES, « Le statut des représentants de commerce. Chronique de jurisprudence 1980-90 », *Or.*, 1991, 68.

³⁷ C. trav. Bruxelles, 26 février 1975, *R.D.S.*, 1975, 384.

³⁸ C. trav. Bruxelles, 10 avril 1974, *J.T.T.*, 1974, 233.

Application

En l'espèce, Monsieur S. est représentant de commerce, peut se réclamer d'une présomption d'apport de clientèle (par ailleurs non contesté) compte tenu de la présence d'une clause de non-concurrence au niveau de son contrat de travail, et son ancienneté est supérieure à 15 ans, de sorte qu'il peut prétendre à une indemnité d'éviction d'un montant brut de 36 174,91 € (72 349,83 € x 6/12).

e) Quant au licenciement manifestement déraisonnable

Les principes

Le licenciement manifestement déraisonnable s'entend selon l'article 8 de la CCT n° 109 comme « *le licenciement d'un travailleur engagé pour une durée indéterminée, qui se base sur des motifs qui n'ont aucun lien avec l'aptitude ou la conduite du travailleur ou qui ne sont pas fondés sur les nécessités du fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service, et qui n'aurait jamais été décidé par un employeur normal et raisonnable.* »

Il est précisé à cet égard dans le préambule de la CCT n° 109 que la convention vise « *à baliser les contours du droit de licencier de l'employeur, dont la jurisprudence admet déjà aujourd'hui qu'il n'est, comme tout droit, pas absolu* » et que « *Nonobstant le droit de l'employeur de décider des intérêts de son entreprise, ce droit ne peut pas être exercé de manière imprudente et disproportionnée* ».

Le commentaire de l'article 8 par les partenaires sociaux livre encore l'éclairage suivant :

« Le contrôle du caractère déraisonnable du licenciement ne porte pas sur les circonstances du licenciement. Il porte sur la question de savoir si les motifs ont ou non un lien avec l'aptitude ou la conduite du travailleur ou s'ils sont fondés sur les nécessités du fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service et si la décision n'aurait jamais été prise par un employeur normal et raisonnable.

En outre, l'exercice du droit de licencier de l'employeur est contrôlé à la lumière de ce que serait l'exercice de ce droit par un employeur normal et raisonnable. Il s'agit d'une compétence d'appréciation à la marge, étant donné que l'employeur est, dans une large mesure, libre de décider de ce qui est raisonnable : il faut respecter les différentes alternatives de gestion qu'un employeur normal et raisonnable pourrait envisager.

Il s'agit donc d'un contrôle marginal. Seul le caractère manifestement déraisonnable du licenciement peut être contrôlé, et non l'opportunité de la gestion de l'employeur (c'est-à-dire son choix entre les différentes alternatives de gestion raisonnables dont il dispose). L'ajout du mot "manifestement" à la notion de "déraisonnable" vise précisément à souligner la liberté d'action de l'employeur et le contrôle à la marge. Ce dernier élément

est également dicté par l'impossibilité pratique de contrôler la gestion de l'employeur autrement qu'à la marge. »

La doctrine enseigne qu'il faut donc non seulement que le licenciement repose sur l'aptitude du travailleur, sur sa conduite ou sur les nécessités du fonctionnement de l'entreprise, mais encore qu'un employeur normal et raisonnable eût lui aussi opté pour le licenciement dans les mêmes circonstances. En d'autres termes, le licenciement, fondé sur l'un des trois motifs admissibles, sera considéré comme déraisonnable si un employeur prudent et diligent, placé dans les mêmes circonstances, n'aurait pas procédé au licenciement, ces deux conditions étant cumulatives. Il ne suffit donc pas d'un motif qui soit simplement lié à l'aptitude ou à la conduite du travailleur, ou aux nécessités de fonctionnement de l'entreprise : encore faut-il que ce motif soit raisonnable ou légitime. On se trouve ainsi face à un contrôle de proportionnalité entre le motif et la rupture du contrat de travail³⁹.

En cas de licenciement « *manifestement déraisonnable* », l'article 9 de la CCT n° 109 prévoit que l'employeur est redevable d'une indemnité de minimum 3 semaines de rémunération et de maximum 17 semaines de rémunération. Selon le commentaire de l'article 9, « *le montant de l'indemnisation dépend de la gradation du caractère manifestement déraisonnable du licenciement.* »

À cet égard, la doctrine⁴⁰ propose que :

- Toute faute intentionnelle, tout acte de représailles, toute mauvaise foi contractuelle devraient en principe donner lieu à la sanction maximale de 17 semaines. Il devrait en aller de même chaque fois que le motif réel du congé vise à contrecarrer un droit du travailleur ;
- Toute légèreté blâmable, toute négligence, tout comportement inadéquat, mais dénué de volonté de nuire, devraient donner lieu à la sanction minimale de trois semaines. Il en irait de même lorsque n'apparaît à l'examen, aucun motif inavouable de licenciement ou encore, lorsque le motif allégué est crédible, mais dénué de preuves suffisantes ;
- Cette estimation de base pourrait être, le cas échéant, diminuée ou majorée selon, notamment, les antécédents du travailleur lorsqu'est en cause son attitude.

Il a par ailleurs été jugé, et la cour de céans se rallie à cette jurisprudence, que la CCT n° 109 est applicable en cas d'acte équipollent à rupture commis par l'employeur⁴¹, puisque ce comportement équivaut à un licenciement⁴².

³⁹ S. Gilson et F. Lambinet, « *Fifteen shades of CCT 109, les 15 degrés du manifestement déraisonnable* », in *Droit du travail tous azimuts*, C.U.P, 9 décembre 2016, pp.349 et ss.

⁴⁰ S. Gilson et F. Lambinet, « *Fifteen shades of CCT 109, les 15 degrés du manifestement déraisonnable* », op. cit., p. 370.

⁴¹ C. trav. Bruxelles, 7 janvier 2021, *J.L.M.B.*, 2021, 1343.

⁴² W. VAN EECKHOUTTE, « *Een kennelijk redelijker ontslagrecht. De rechten van de werknemer i.v.m. de motive- ring van zijn ontslag* », *R.D.S.*, 2015/4, pp. 653 et s., nos 59, 70 et 103.

Application

Lorsqu'un travailleur invoque devant le juge que son licenciement est manifestement déraisonnable, 4 éléments seront contrôlés par le juge :

- Les motifs ont-ils ou non un lien avec l'aptitude ou la conduite du travailleur ou sont-ils fondés sur les nécessités du fonctionnement de l'entreprise (contrôle de légalité) ;
- Ces motifs sont-ils avérés (contrôle de réalité) ;
- Ces motifs constituent-ils bien la cause réelle du licenciement (contrôle de causalité) ;
- En outre, l'exercice du droit de licencier de l'employeur est contrôlé à la lumière de ce que serait l'exercice de ce droit par un employeur normal et raisonnable (contrôle de proportionnalité).

En l'espèce, l'acte qui équivaut à un licenciement est la modification unilatérale et importante de la rémunération de Monsieur S. au détriment de celui-ci.

Cette modification, qui n'a pas de lien avec l'aptitude ou la conduite de Monsieur S., est expliquée en termes de conclusions par l'employeur par le contexte économique – concrètement la crise sanitaire et la fermeture des commerces non essentiels qui a durement impacté son chiffre d'affaires – et donc les nécessités de fonctionnement de la société.

Le premier juge, à raison, a constaté que la pratique mise en place par l'employeur était susceptible de constituer une infraction au Code pénal social, et la cour de céans a également relevé ci-dessus que la SA s'était rendue coupable d'un usage impropre et abusif du régime de chômage temporaire pour force majeure Coronavirus.

En conséquence, force est de constater qu'un tel comportement n'aurait jamais été décidé par un employeur normal et raisonnable, et la gravité de ce manquement justifie que l'indemnité due par la SA à Monsieur S. soit fixée à la sanction maximale de 17 semaines, soit la somme de 23 652,83 € (72 349,83 € x 17/52).

L'appel incident est dès lors fondé.

f) Quant aux documents sociaux

Cette demande étant le corollaire de celles auxquelles il a été fait droit ci-dessus, l'employeur sera condamné à délivrer à Monsieur S. les documents sociaux ainsi qu'il sera précisé au dispositif du présent arrêt.

g) Quant aux dépens

Aux termes de l'article 1017 du Code judiciaire, tout jugement définitif prononce, même d'office, la condamnation aux dépens contre la partie qui a succombé, à moins que des lois particulières n'en disposent autrement et sans préjudice de l'accord des parties que, le cas échéant, le juge décrète.

En sa qualité de partie succombante, la SA sera donc condamnée aux dépens⁴³ d'appel ainsi qu'il sera précisé au dispositif du présent arrêt.

PAR CES MOTIFS,

LA COUR,

Après en avoir délibéré et statuant publiquement et contradictoirement ;

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 ;

Déclare l'appel principal recevable et non fondé, et l'appel incident recevable et fondé ;

Confirme le jugement dont appel en ce qu'il a condamné la SA à payer à Monsieur S. la somme brute de 4 081,64 € à titre d'arriérés de rémunération pour les mois de mars et avril 2020 (soit 10 jours de rémunération en mars, et 17 jours de rémunération en avril), outre les chèques repas pour un montant net de 132,57 € (27 jours x 4,91 €), à majorer des intérêts au taux légal depuis chaque échéance de paiement des salaires, jusqu'au jour du paiement effectif total ;

Réformant le jugement entrepris et/ou statuant par voie d'évocation, condamne la SA à payer à Monsieur S. les sommes brutes de :

- 83 480,57 € à titre d'indemnité compensatoire de préavis, à majorer des intérêts légaux et judiciaires à partir du 13 mai 2020 ;
- 36 174,91 € à titre d'indemnité d'éviction, à majorer des intérêts légaux et judiciaires à partir du 13 mai 2020 ;
- 23 652,83 € à titre d'indemnité pour licenciement manifestement déraisonnable, à majorer des intérêts légaux et judiciaires ;

Condamne la SA à délivrer à Monsieur S. les documents sociaux relatifs à ces condamnations ;

⁴³ article 1017, al.1 du Code judiciaire.

Délaisse à la SA ses propres dépens d'appel et condamne celle-ci aux dépens d'appel de Monsieur S., liquidés à la somme de 7 500 € à titre d'indemnité de procédure, ainsi qu'à la somme de 24 € à titre de contribution destinée au fonds budgétaire relatif à l'aide juridique de deuxième ligne.

Ainsi arrêté et signé avant la prononciation par :

Monsieur C. D., conseiller faisant fonction de président,
Monsieur P. P., conseiller social au titre d'employeur,
Monsieur J. G., conseiller social au titre d'employé, qui est dans l'impossibilité de signer le présent arrêt au délibéré duquel il a participé (article 785 du Code judiciaire)
Assistés de Monsieur D. D., greffier

Le greffier,

Le conseiller social,

Le conseiller ff. président,

et prononcé, en langue française à l'audience publique de la chambre 6-B de la cour du travail de Liège, division Namur, place du Palais de Justice 5 à 5000 Namur, le **jeudi 13 juin 2024**, par :

Monsieur C. D., conseiller faisant fonction de président,
Monsieur D. D., greffier,

Le greffier,

Le conseiller faisant fonction de président.