

Numéro du rôle : 5036
Arrêt n° 178/2011 du 17 novembre 2011

A R R E T

---

*En cause* : les questions préjudicielles relatives à l'article 22<sup>ter</sup> de la loi du 27 juin 1969 révisant l'arrêté-loi du 28 décembre 1944 concernant la sécurité sociale des travailleurs, tel qu'il a été remplacé par l'article 8 de la loi-programme du 27 décembre 2004, posées par le Tribunal du travail de Huy.

La Cour constitutionnelle,

composée des présidents R. Henneuse et M. Bossuyt, et des juges E. De Groot, A. Alen, J.-P. Moerman, J. Spreutels et T. Merckx-Van Goey, assistée du greffier P.-Y. Dutilleux, présidée par le président R. Henneuse,

après en avoir délibéré, rend l'arrêt suivant :

\*

\* \*

## I. *Objet des questions préjudicielles et procédure*

Par jugement du 1er octobre 2010 en cause de Monique Moreau contre l'Office national de sécurité sociale, dont l'expédition est parvenue au greffe de la Cour le 7 octobre 2010, le Tribunal du travail de Huy a posé les questions préjudicielles suivantes :

« 1) L'article 22<sup>ter</sup> de la loi du 27 juin 1969 [révisant l'arrêté-loi du 28 décembre 1944 concernant la sécurité sociale des travailleurs], modifié par la loi-programme du 27 décembre 2004, viole-t-il les articles 10 et 11 de la Constitution, en ce que l'instauration d'une présomption irréfragable, d'une manière générale et absolue, de travail à temps plein conduit à traiter de manière identique deux catégories d'employeurs fondamentalement différentes, à savoir, d'une part, les employeurs qui se sont acquittés des cotisations de sécurité sociale sur les heures effectivement prestées, mais ont omis de respecter les dispositions applicables en matière de mention et de publicité des horaires de travail, et, d'autre part, les employeurs qui, sciemment, omettent de respecter ces dispositions afin de payer des cotisations de sécurité sociale sur un nombre d'heures inférieur au nombre d'heures réellement prestées ?

2) L'article 22<sup>ter</sup> de la loi du 27 juin 1969, modifié par la loi-programme du 27 décembre 2004, viole-t-il les articles 10 et 11 de la Constitution, lus conjointement avec les articles 6 et 13 de la Convention européenne des droits de l'homme, en ce qu'ils privent l'employeur n'ayant pas respecté les mesures relatives aux mentions et à la publicité des horaires à temps partiel de toute possibilité de rapporter la preuve du nombre d'heures réellement presté, et en ce qu'il laisse le soin aux seuls services de l'inspection sociale de constater l'existence éventuelle d'une incapacité matérielle de prestation à temps plein, sans que l'employeur n'ait la possibilité de s'expliquer à cet égard ?

3) Dans l'interprétation suivant laquelle il s'agit d'une sanction civile, l'article 22<sup>ter</sup> de la loi du 27 juin 1969, modifié par la loi-programme du 27 décembre 2004, viole-t-il les articles 10 et 11 de la Constitution, en ce qu'il instaure une présomption telle que l'employeur en défaut d'avoir respecté les mentions et mesures de publicité des horaires de travail à temps partiel, ne peut jamais renverser cette présomption, même s'il est en mesure d'établir une impossibilité matérielle ou économique que les prestations de travail aient pu être effectuées à temps plein par ses travailleurs en cause ?

4) Dans l'interprétation suivant laquelle il s'agit d'une sanction à caractère pénal au sens des articles 6 et 13 de la Convention européenne des droits de l'homme, l'article 22<sup>ter</sup> de la loi du 27 juin 1969, modifié par la loi-programme du 27 décembre 2004, viole-t-il les articles 10 et 11 de la Constitution, en ce qu'il instaure une présomption telle que l'employeur en défaut d'avoir respecté les mentions et mesures de publicité des horaires de travail à temps partiel, ne peut jamais renverser cette présomption, même s'il est en mesure d'établir une impossibilité matérielle ou économique que les prestations de travail aient pu être effectuées à temps plein par ses travailleurs en cause, et en ce que le tribunal du travail ne dispose d'aucun pouvoir de modulation de la sanction, lorsque l'employeur apporte néanmoins une telle preuve ? ».

Des mémoires ont été introduits par :

- Monique Moreau, demeurant à 4280 Hannut, rue Gustave Detière 6;
- le Conseil des ministres.

Monique Moreau a introduit un mémoire en réponse.

Par ordonnance du 14 septembre 2011, la Cour a déclaré l'affaire en état et fixé l'audience au 29 septembre 2011 après avoir invité les parties à faire connaître à la Cour, dans un mémoire complémentaire à introduire le 26 septembre 2011 au plus tard et dont elles feraient parvenir une copie à l'autre partie dans le même délai, leurs éventuelles observations à propos de l'arrêt de la Cour de cassation du 7 février 2011 dans l'affaire n° S.10.0056.N.

Monique Moreau et le Conseil des ministres ont introduit des mémoires complémentaires.

A l'audience publique du 29 septembre 2011 :

- ont comparu :
  - . Me W. Saint-Remy, avocat au barreau de Namur, *loco* Me J.-L. Dessy, avocat au barreau de Huy, pour Monique Moreau;
  - . Me V. Pertry, avocat au barreau de Bruxelles, pour le Conseil des ministres;
- les juges-rapporteurs J.-P. Moerman et A. Alen ont fait rapport;
- les avocats précités ont été entendus;
- l'affaire a été mise en délibéré.

Les dispositions de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle relatives à la procédure et à l'emploi des langues ont été appliquées.

## II. *Les faits et la procédure antérieure*

Lors d'un contrôle effectué le 12 novembre 2007 dans les locaux de l'entreprise de Monique Moreau, un inspecteur social constate que cette dernière n'y a pas affiché d'avis conforme à l'article 159 de la loi-programme du 22 décembre 1989 mentionnant, entre autres, l'horaire variable de travail de chacun des deux travailleurs qu'elle emploie en exécution d'un contrat de travail à temps partiel. En outre, il ne constate pas qu'il est matériellement impossible pour ces travailleurs d'y effectuer des prestations de travail à temps plein.

Sur la base de ces éléments, l'Office national de sécurité sociale considère, en application de l'article 22<sup>ter</sup> de la loi du 27 juin 1969 « révisant l'arrêté-loi du 28 décembre 1944 concernant la sécurité sociale des travailleurs », que les deux travailleurs précités sont présumés avoir effectué leurs prestations dans le cadre d'un contrat de travail à temps plein. Le 29 janvier 2008, il décide, par conséquent, d'établir d'office le montant de cotisations de sécurité sociale sur la base de la différence entre les rémunérations effectivement déclarées par Monique Moreau pour ses travailleurs et les rémunérations relatives à une occupation à temps plein de ceux-ci.

Saisi d'un recours contre cette décision, le Tribunal du travail de Huy estime que la sanction instaurée par l'article 22<sup>ter</sup> de la loi du 27 juin 1969 est très lourde et s'apparente à celle qui est prévue par la version antérieure de l'article 30<sup>bis</sup>, § 3, alinéa 3, de la même loi, qui a été jugée inconstitutionnelle par l'arrêt de la Cour n° 86/2007. Il décide, dès lors, de poser à celle-ci les questions préjudicielles reproduites ci-dessus.

### III. *En droit*

- A -

*Quant à la position adoptée par les parties dans leurs mémoire et mémoire en réponse*

*En ce qui concerne la première question préjudicielle*

A.1.1. Monique Moreau considère que la première question appelle une réponse positive.

A.1.2. Elle expose, en premier lieu, que les deux catégories d'employeurs décrites par la question sont dans des situations fondamentalement différentes tant en ce qui concerne la perception des cotisations de sécurité sociale qu'en ce qui concerne l'intention frauduleuse de l'employeur, l'avantage financier qu'il retire de l'absence de publicité des horaires de travail, et la sanction qui le frappe.

La requérante devant le juge *a quo* observe, en effet, que l'employeur qui a payé à l'Office national de sécurité sociale (ONSS) les cotisations relatives aux heures réellement prestées par son travailleur mais qui, de bonne foi, n'a pas respecté les règles de publicité des horaires de travail n'est animé d'aucune intention frauduleuse, ne retire aucun avantage financier de son omission généralement liée à sa méconnaissance de la loi, mais s'expose à une véritable sanction consistant à devoir payer des cotisations de sécurité sociale correspondant à des heures de travail inexistantes, alors que son omission n'a causé aucun préjudice à l'ONSS.

Elle soutient que, par contre, l'employeur qui s'est sciemment gardé de publier les horaires de travail de son travailleur, afin de cacher l'absence de paiement de cotisations sociales sur certaines heures de travail et d'empêcher tout contrôle des heures de travail réellement prestées, agit avec une intention frauduleuse et retire un avantage financier non négligeable de son comportement. Elle note que les cotisations de sécurité sociale dont le paiement peut lui être réclamé sur la base de la présomption instaurée par la disposition en cause, et afin de réparer un préjudice réel de l'ONSS, ne constituent, pour cet employeur, une sanction que dans la mesure où elles correspondent à des heures de travail qui n'ont pas été réellement prestées, de sorte que ce paiement ne sera même pas subi comme une sanction lorsqu'il portera sur une somme équivalente au montant des cotisations effectivement dues compte tenu des heures de travail réellement prestées.

A.1.3. Monique Moreau expose ensuite que l'identité de traitement visée par la question préjudicielle est disproportionnée par rapport à l'objectif poursuivi par le législateur.

Elle remarque, à cet égard, que, lors de l'adoption de la version initiale de l'article 22<sup>ter</sup> de la loi du 27 juin 1969 « révisant l'arrêté-loi du 28 décembre 1944 concernant la sécurité sociale des travailleurs », le législateur estimait que l'instauration d'une présomption réfragable de travail à temps plein suffisait pour lutter contre le travail au noir. Elle soutient que la modification de cette disposition par la loi-programme du 27 décembre 2004 répondait à un autre objectif : contrecarrer les effets d'un arrêt de la Cour de cassation du 3 février 2003 - qui permettait le renversement de la présomption par la simple preuve d'une heure d'inactivité du travailleur présumé être engagé dans le cadre d'un contrat de travail à temps plein - afin de faciliter le contrôle des inspecteurs sociaux.

Monique Moreau considère qu'il existe des mesures moins radicales que l'instauration d'une présomption irréfragable. Elle estime qu'il suffirait d'exiger de l'employeur souhaitant renverser la présomption qu'il apporte la preuve que le travailleur n'a pas presté chaque heure qu'il est présumé avoir prestée, ou qu'il était matériellement impossible d'occuper ce travailleur à temps plein.

La partie demanderesse devant le juge *a quo* fait aussi référence à l'arrêt de la Cour n° 40/98 jugeant disproportionnée la présomption irréfragable instaurée par l'article 171 de la loi-programme du 22 décembre 1989.

Elle relève, en outre, que la non-application de la présomption contestée dans le cas où l'inspecteur social constate qu'il est impossible d'occuper le travailleur à temps plein ne permet pas de rendre la mesure proportionnée à l'objectif poursuivi, parce que cette limitation du champ d'application de la mesure en cause ne permet pas à tout employeur de bonne foi d'échapper au paiement de cotisations sociales qui ne sont pas dues.

Monique Moreau relève, enfin, que, lorsque, en application de l'article 9 de la loi du 16 novembre 1972 « concernant l'inspection du travail », l'inspecteur social se contente de donner à l'employeur de bonne foi qui n'a pas respecté les règles de publicité des horaires de travail un avertissement ou de lui laisser un délai pour se mettre en ordre, il ne peut pour autant empêcher la régularisation de l'ONSS en application de la disposition en cause. Elle considère, au surplus, que même si l'inspecteur social avait ce pouvoir, la présomption irréfragable instaurée par cette disposition n'en serait pas moins discriminatoire, compte tenu du fait que l'inspecteur pourrait agir de façon arbitraire et refuser cette faveur à l'employeur de bonne foi.

A.2.1. Selon le Conseil des ministres, la première question préjudicielle appelle une réponse négative.

A.2.2. Il considère, à titre principal, que les deux catégories d'employeurs décrites par la question ne sont pas essentiellement différentes, compte tenu du but poursuivi par la disposition en cause. Il remarque que ces deux catégories d'employeurs ont en commun de ne pas avoir respecté les règles de publicité des horaires de travail, sans être en mesure de démontrer l'impossibilité matérielle d'une occupation à temps plein des travailleurs concernés.

Citant l'arrêt n° 40/98, il observe que la Cour est déjà parvenue au même constat à propos de la présomption irréfragable instaurée par l'article 171 de la loi-programme du 22 décembre 1989.

A.2.3. A titre subsidiaire, le Conseil des ministres estime que l'identité de traitement des deux catégories d'employeurs précitées n'est pas manifestement disproportionnée.

Il souligne, à cet égard, que la marge d'appréciation du législateur est d'autant plus large que la disposition en cause est une mesure de politique économique et sociale qui s'inscrit dans le cadre du financement de la sécurité sociale et de la lutte contre le travail au noir.

Il soutient, en outre, que l'inspecteur social peut éviter à l'employeur de bonne foi l'application de la disposition en cause, en décidant, en vertu de l'article 9 de la loi du 16 novembre 1972, de ne pas dresser un procès-verbal relatif au non-respect des règles de publicité des horaires de travail.

*En ce qui concerne la seconde question préjudicielle*

A.3.1. Monique Moreau considère que la seconde question appelle une réponse positive.

Elle estime que l'automatisme de la sanction prévue par la disposition en cause porte atteinte à la présomption d'innocence garantie par l'article 6.2 de la Convention européenne des droits de l'homme.

A.3.2. La demanderesse devant le juge *a quo* observe, en premier lieu, que si l'inspecteur social estime qu'il n'est pas matériellement impossible pour le travailleur concerné d'effectuer des prestations de travail à temps plein, l'employeur ne peut contester cette position, ce qui est incompatible avec l'article 9 de la loi du 16 novembre 1972 - aux termes duquel le procès-verbal de l'inspecteur fait foi jusqu'à preuve du contraire - et heurte le principe fondamental des droits de la défense.

Elle précise que la disposition en cause n'oblige pas l'inspecteur social à entendre l'employeur sur cette question, ou à tenir compte de ses observations. Citant un arrêt de la Cour du travail d'Anvers du 10 septembre 2010, elle soutient aussi que l'inspecteur social défend les intérêts de l'ONSS.

Monique Moreau affirme ensuite que, en réservant à l'inspecteur social le pouvoir de constater la possibilité matérielle pour le travailleur concerné d'effectuer des prestations de travail à temps plein, la disposition litigieuse interdit la remise en cause de ce constat, tant par l'employeur que par le juge. Elle affirme que l'employeur ne pourrait alléguer l'impossibilité matérielle des prestations de travail à temps plein que lorsque, sur le sujet, le rapport de l'inspecteur social ne contient aucune indication ou ne repose sur aucune véritable constatation.

A.3.3. Monique Moreau rappelle, en second lieu, que l'employeur pourrait être autorisé à renverser la présomption instaurée par la disposition en cause à la condition qu'il prouve les heures réellement prestées par le travailleur concerné et le fait que celui-ci n'a pu effectuer d'autres prestations à son profit. Citant un jugement du Tribunal du travail de Charleroi du 5 novembre 2009, un arrêt de la Cour du travail de Liège du 24 juin 2003 et un arrêt de la Cour du travail de Mons du 2 décembre 2004, elle considère qu'une telle règle permettrait aussi de lutter efficacement contre le travail au noir.

A.3.4. Monique Moreau expose, en troisième lieu, que l'instauration d'une présomption irréfragable d'occupation du travailleur à temps plein est disproportionnée par rapport à l'objectif poursuivi par la disposition en cause, à savoir faciliter la mission des inspecteurs sociaux en contrecarrant les effets d'une jurisprudence autorisant l'employeur à renverser la présomption réfragable par la simple démonstration que le travailleur concerné n'était pas occupé à temps plein.

Elle estime que cette présomption irréfragable permet de sanctionner très sévèrement un employeur qui a payé les cotisations de sécurité sociale dues, mais qui a simplement omis d'afficher les horaires de travail ou qui n'est pas en mesure de les produire lors de la visite de l'inspecteur social. Elle souligne que, si les règles de publicité des horaires de travail ne sont en tant que telles pas difficiles à respecter, il n'en reste pas moins que, en pratique, les entreprises de petite taille ignorent souvent leur existence. Elle soutient que, même lorsque ces règles sont connues, il peut arriver à l'employeur de ne pas être en mesure de respecter correctement l'ensemble des nombreuses obligations administratives, financières, sociales et fiscales qui pèsent sur lui, sans qu'une négligence doive être interprétée comme la preuve d'une intention frauduleuse.

Monique Moreau rappelle aussi que l'employeur ne peut, pour éviter l'application de la présomption irréfragable, démontrer à l'inspecteur social ou au juge que le travailleur concerné ne pouvait pas matériellement effectuer des prestations à temps plein.

Elle conclut en observant que la lutte contre le travail au noir et contre la perception abusive d'allocations de chômage doit tenir compte de la présomption d'innocence, du droit d'être entendu par un juge indépendant et impartial, du droit à un recours effectif et du principe de l'égalité des armes.

A.4.1. Selon le Conseil des ministres, si la seconde question préjudicielle appelle une réponse, celle-ci doit être négative.

A.4.2. Le Conseil des ministres expose, en premier lieu, que la disposition en cause n'empêche pas l'employeur de s'expliquer sur l'impossibilité matérielle du travailleur concerné d'effectuer des prestations à temps plein.

Il remarque, d'abord, que l'inspecteur social qui constate une infraction aux règles de publicité des horaires de travail d'un travailleur à temps partiel est tenu de vérifier d'emblée s'il est possible que celui-ci puisse être occupé à temps plein. Il devrait, à cette fin, se renseigner auprès de l'employeur et de ce travailleur, et l'employeur pourrait, par exemple, tirer argument des heures d'ouverture de son entreprise, du règlement de travail ou de l'aménagement des locaux. Le Conseil des ministres fait aussi référence aux travaux préparatoires de la disposition en cause, qui évoquent la « faculté d'appréciation » de l'inspecteur et l'« échange avec l'employeur ».

Le Conseil des ministres soutient ensuite que l'employeur peut, en outre, contester le constat de l'inspecteur relatif à la possibilité matérielle d'occupation à temps plein dans le cadre du recours qu'il est libre d'introduire contre la décision de régularisation de l'ONSS adoptée sur la base de l'article 22<sup>ter</sup> de la loi du 27 juin 1969. Il fait, à cet égard, référence à un arrêt de la Cour du travail d'Anvers du 10 septembre 2010.

Le Conseil des ministres en conclut que la différence de traitement dénoncée par la question préjudicielle ne peut provenir que d'une violation ou d'une mauvaise application de la disposition en cause, ce qui ne relève pas de la compétence de la Cour. Il estime, dès lors, que la question n'appelle pas de réponse, ajoutant, à titre subsidiaire, que la disposition en cause ne porte pas atteinte aux droits de la défense de l'employeur et est compatible avec les articles 6 et 13 de la Convention européenne des droits de l'homme.

A.4.3.1. En ce qui concerne la prétendue impossibilité pour l'employeur de prouver le nombre d'heures réellement prestées par le travailleur occupé en vertu d'un contrat de travail à temps partiel, le Conseil des ministres allègue, à titre principal, que la question n'appelle pas de réponse.

Il souligne, à cet égard, que l'employeur peut, sur ce point aussi, faire valoir ses arguments, tant lors de la visite de l'inspecteur social que devant le juge éventuellement saisi d'un recours contre la décision de régularisation de l'ONSS. Il estime, par conséquent, que la différence de traitement visée par la question préjudicielle ne peut découler que d'une mauvaise application de la disposition en cause.

Le Conseil des ministres observe, du reste, que seule la preuve du fait que le travailleur concerné n'a pas presté d'autres heures que celles qui découlent de son contrat de travail à temps partiel - et qui ont donné lieu au paiement de cotisations de sécurité sociale - serait de nature à renverser la présomption de travail au noir.

A.4.3.2. A titre subsidiaire, le Conseil des ministres démontre que la disposition en cause est compatible avec les articles 10 et 11 de la Constitution, lus en combinaison avec les articles 6 et 13 de la Convention européenne des droits de l'homme. Il estime que la présomption instaurée par cette disposition respecte la présomption d'innocence parce qu'elle est raisonnablement proportionnée à l'objectif légitime poursuivi, eu égard à la gravité de l'enjeu et au fait qu'elle préserve les droits de la défense.

Le Conseil des ministres expose, d'abord, que la disposition en cause s'inscrit dans le cadre d'une politique de contrôle des prestations à horaire variable de travailleurs occupés en exécution d'un contrat de travail à temps partiel, en vue de prévenir le travail au noir et la perception frauduleuse d'allocations de chômage et d'assurer la correcte perception des cotisations de sécurité sociale. Il souligne que la présomption de travail à temps plein des travailleurs concernés sanctionne le défaut d'affichage des horaires de travail parce que celui-ci empêche le contrôle des inspecteurs sociaux. Le Conseil des ministres rappelle que le législateur a supprimé le caractère réfragable de cette présomption en raison du fait que, selon les cours et tribunaux, il suffisait que l'employeur apporte un début de preuve d'une absence de travail à temps plein dans le chef des travailleurs concernés pour que cette présomption soit renversée, ce qui, dans de nombreux cas, rendait inutile le contrôle des inspecteurs sociaux en la matière. Citant l'arrêt de la Cour n° 40/98, il soutient aussi que le choix d'une présomption irréfragable est raisonnable.

Le Conseil des ministres considère, ensuite, que même si la mesure en cause est perçue comme une atteinte aux droits de la défense de l'employeur, elle est proportionnée au but légitime poursuivi par le législateur. A ce sujet, il insiste, en premier lieu, sur le fait que l'employeur peut aisément éviter les inconvénients liés à l'application de la présomption litigieuse en respectant les règles de publicité des horaires de travail. Il souligne, en second lieu, que, s'il n'a pas affiché ces horaires, l'employeur peut aussi démontrer l'impossibilité matérielle d'occuper le travailleur concerné à temps plein. Il rappelle, en troisième lieu, que l'instauration d'une présomption irréfragable était nécessaire, compte tenu de la souplesse de la jurisprudence précitée. Le Conseil des ministres observe, en quatrième lieu, que l'éventuelle sévérité de cette présomption se justifie par le souci de protéger l'ordre public économique et social, la solidarité inhérente au système de sécurité sociale, ainsi que les intérêts des employeurs et des entrepreneurs entre lesquels doit exister une loyale concurrence.

Le Conseil des ministres remarque, enfin, que la présomption ne réduit pas à néant les droits de la défense de l'employeur, puisqu'elle n'est pas absolue. Il rappelle, à cet égard, que celui-ci reste libre de démontrer, tant à l'inspecteur social qu'au juge éventuellement saisi, que des prestations à temps plein sont matériellement impossibles.

*En ce qui concerne la troisième question préjudicielle*

A.5.1. Monique Moreau considère que la troisième question appelle une réponse positive.

Elle estime que cette question invite la Cour à se prononcer sur la constitutionnalité du traitement identique de deux catégories d'employeurs qui n'ont pas respecté les règles de publicité des horaires de travail : d'une part, ceux qui sont en mesure d'établir qu'il était matériellement ou économiquement impossible que le travailleur concerné effectue des prestations à temps plein et, d'autre part, ceux qui ne sont pas en mesure d'établir cela.

A.5.2. Tout en renvoyant aux observations qu'elle a formulées à propos de la seconde question préjudicielle, Monique Moreau souligne que, même si on admet que le juge éventuellement saisi peut examiner la question de l'impossibilité matérielle d'une occupation du travailleur à temps plein, il ne pourrait remettre en cause le constat dressé par l'inspecteur social à ce sujet. Elle ajoute que, de surcroît, cela porte atteinte au droit de l'employeur d'introduire un recours de pleine juridiction.

Elle relève, enfin, que, loin d'avoir pour seul objet la correcte perception des cotisations de sécurité sociale, la disposition en cause s'analyse aussi comme une sanction pour l'employeur qui, compte tenu de la présomption instaurée, peut être contraint de payer des cotisations de sécurité sociale ne correspondant pas à des heures de travail qui ont été réellement prestées à son profit et qui ne parvient pas à démontrer qu'il lui était impossible d'occuper le travailleur concerné à temps plein.

A.6.1. A titre principal, le Conseil des ministres rétorque que, faute de préciser quelles sont les catégories de personnes dont la situation doit être comparée, la troisième question préjudicielle est irrecevable.

A.6.2. A titre subsidiaire, le Conseil des ministres examine la question comprise comme invitant la Cour à statuer sur la constitutionnalité d'une identité de traitement concernant deux catégories d'employeurs qui n'ont pas respecté les règles de publicité des horaires de travail.

Il considère, d'abord, qu'elle n'appelle pas de réponse parce qu'elle repose sur une interprétation erronée de la loi. Il rappelle que, tant lors du contrôle par l'inspecteur social que devant le juge éventuellement saisi, l'employeur est toujours en mesure de démontrer l'impossibilité matérielle d'occuper le travailleur concerné à temps plein.

Le Conseil des ministres soutient ensuite que l'application de la présomption instaurée par la disposition en cause à l'employeur qui est en mesure de faire une telle démonstration ne pourrait être due qu'à une mauvaise application de la loi ou au caractère insuffisamment convaincant de cette démonstration. Il estime que, dans ces circonstances, la question préjudicielle appelle une réponse négative.

Il ajoute, au surplus, que la disposition en cause ne peut être qualifiée de sanction puisque les cotisations de sécurité sociale dont le paiement est réclamé sur cette base ne constituent rien d'autre que la réparation du dommage causé par l'employeur à l'ONSS.

*En ce qui concerne la quatrième question préjudicielle*

A.7.1. Monique Moreau considère que la quatrième question appelle aussi une réponse positive.

A.7.2. Elle expose que la présomption irréfragable instaurée par la disposition en cause est une peine au sens de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme.

Elle note, à cet égard, que la mesure contestée n'a pas pour but de réparer les dommages causés par un comportement illicite, puisque le non-respect des règles de publicité des horaires de travail ne cause en soi aucun

préjudice à l'ONSS. Elle déduit des travaux préparatoires de la disposition en cause que cette mesure répond à un objectif répressif, à savoir la lutte contre le travail au noir. Elle remarque aussi que la présomption instaurée concerne l'employeur de bonne foi qui a payé les cotisations de sécurité sociale dues et que la lourdeur de la sanction témoigne essentiellement de la volonté d'inciter l'employeur à respecter les règles de publicité des horaires de travail. Elle considère que, à la différence de l'hypothèse visée par l'article 35, § 1er, alinéa 3, de la loi du 27 juin 1969, l'employeur peut, en exécution de la disposition en cause, être contraint de payer des cotisations de sécurité sociale qui n'ont jamais été dues.

Monique Moreau souligne l'extrême gravité et le caractère disproportionné de la sanction, puisque l'absence de publication des horaires de travail ne porte préjudice à l'ONSS que lorsqu'elle vise à dissimuler le non-paiement de cotisations de sécurité sociale sur certaines heures de travail.

A.7.3. Monique Moreau soutient que le caractère irréfragable de la présomption instaurée par la disposition en cause porte gravement atteinte à la présomption d'innocence de l'employeur, parce que ce dernier est fictivement et automatiquement considéré comme un fraudeur.

Elle dénonce également une atteinte à l'égalité des armes, liée au fait que l'employeur ne peut contester les constatations de l'inspecteur social.

Monique Moreau allègue, enfin, qu'en n'accordant pas à l'employeur le bénéfice d'éventuelles circonstances atténuantes ou de mesures de suspension ou de sursis, la disposition en cause viole les articles 10 et 11 de la Constitution. Elle précise que cette disposition introduit, à cet égard, une différence de traitement entre, d'une part, l'employeur auquel l'ONSS réclame le paiement de cotisations de sécurité sociale dans le cadre d'une procédure civile, en application de l'article 22ter de la loi du 27 juin 1969, et, d'autre part, l'employeur poursuivi pénalement, en exécution de l'article 35 de la même loi, en raison d'un défaut de paiement de cotisations du même type.

A.8.1. A titre principal, le Conseil des ministres rétorque que la question préjudicielle n'appelle pas de réponse, puisque la mesure en cause n'est pas une peine au sens des articles 6 et 13 de la Convention européenne des droits de l'homme.

Il observe, à cet égard, que la loi ne qualifie pas cette mesure de sanction, puisque la disposition en cause ne fait pas partie des sections de la loi du 27 juin 1969 relatives aux sanctions civiles et aux sanctions pénales. Il soutient aussi que, dépourvue de toute dimension répressive, la mesure en cause tend à réparer le dommage causé à l'ONSS. Il affirme, enfin, que la gravité des inconvénients résultant, pour l'employeur, de l'application de la disposition en cause est proportionnée au préjudice subi par l'ONSS, puisque la régularisation décidée par ce dernier s'analyse comme un calcul d'arriéré.

Le Conseil des ministres estime que la disposition en cause peut être comparée à la mesure prévue par l'article 35, § 1er, alinéa 3, de la loi du 27 juin 1969, que la Cour a, par son arrêt n° 92/2000, refusé de qualifier de peine. Il expose qu'elle ne peut, par contre, être comparée à la mesure prévue par l'article 30bis, § 3, alinéa 3, et à celle qui est prévue par l'article 35, § 1er, alinéa 5, de la même loi, dont la Cour a, par ses arrêts n° 98/99, 92/2000, 80/2001 et 86/2007, souligné le caractère répressif prédominant. Il fait aussi référence à l'arrêt n° 9/2003 par lequel la Cour juge que les majorations et intérêts liées à des retards de paiement ont un caractère indemnitaire.

Enfin, il tire argument d'un arrêt de la Cour du travail d'Anvers du 14 mars 2007 jugeant que la version antérieure de l'article 22ter de la loi du 27 juin 1969 n'est pas une peine et faisant lui-même référence à un arrêt de la Cour de cassation du 5 juin 2001 relatif au caractère non pénal de la mesure prévue par l'article 171 de la loi-programme du 22 décembre 1989.

A.8.2. A titre subsidiaire, le Conseil des ministres estime que la question préjudicielle appelle une réponse négative.

Il rappelle, en premier lieu, que l'employeur peut toujours contester la réunion des conditions d'application de la présomption irréfragable tant devant l'inspecteur social que devant le juge éventuellement saisi.

Renvoyant à l'arrêt de la Cour n° 125/2003, le Conseil des ministres observe, en second lieu, que l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme n'exige pas que le juge, saisi d'un recours contre une sanction administrative, ait le pouvoir d'adapter la hauteur d'une sanction lorsque l'administration n'a pas ce pouvoir d'adaptation. Il remarque, à ce sujet, que quand il procède à une régularisation sur la base de la présomption instaurée par la disposition en cause, l'ONSS ne peut librement fixer le montant des cotisations de sécurité sociale dues par l'employeur qui fait l'objet de cette régularisation. Le Conseil des ministres ajoute que, en cas d'impossibilité matérielle d'effectuer des prestations de travail à temps plein, le juge ne peut accepter une demande de régularisation de l'ONSS fondée sur la disposition en cause, même si elle porte sur un montant inférieur à la différence entre la valeur des cotisations de sécurité sociale effectivement payées pour le travailleur à temps partiel et la valeur des cotisations se rapportant à des prestations à temps plein.

*Quant à la position adoptée par les parties dans leur mémoire complémentaire*

A.9. Monique Moreau estime que l'arrêt de la Cour de cassation du 7 février 2011 n'a pas d'incidence sur la réponse à donner aux questions préjudicielles.

Elle soutient, d'une part, que l'interprétation de la disposition en cause donnée par la Cour de cassation ne lie pas les juridictions amenées à appliquer cette disposition et, d'autre part, que la grande majorité de celles-ci considèrent que la présomption instaurée par cette disposition est réfragable.

A.10.1. Le Conseil des ministres estime que l'arrêt de la Cour de cassation du 7 février 2011 confirme sa propre position.

Il déduit de cet arrêt que la présomption instaurée par la disposition en cause est réfragable puisque, tant lors de la visite de l'inspecteur social que devant le juge éventuellement saisi d'un recours contre la décision de régularisation de l'ONSS, l'employeur peut prouver l'impossibilité matérielle pour ses travailleurs d'effectuer des prestations de travail à temps plein.

Il précise aussi que cet arrêt de la Cour de cassation ne soutient pas pour autant la position adoptée par celle-ci dans l'arrêt du 3 février 2003 visé en A.1.3.

A.10.2. Le Conseil des ministres considère que l'arrêt de la Cour de cassation du 7 février 2011 souligne que les questions préjudicielles reposent sur une interprétation erronée de la disposition en cause.

Il soutient, à titre principal, qu'il n'y a plus lieu de répondre à ces questions, et propose à la Cour de demander au juge *a quo* si une réponse à ces questions reste indispensable pour statuer.

A titre subsidiaire, le Conseil des ministres estime que les questions appellent une réponse négative.

*- B -*

B.1. L'article 22<sup>ter</sup> de la loi du 27 juin 1969 « révisant l'arrêté-loi du 28 décembre 1944 concernant la sécurité sociale des travailleurs », inséré par l'article 181 de la loi-programme du 22 décembre 1989, et remplacé par l'article 8 de la loi-programme du 27 décembre 2004, dispose :

« Sauf dans les cas d'impossibilité matérielle d'effectuer les prestations de travail à temps plein, cas constatés par les services d'inspection, les travailleurs à temps partiel sont présumés, à défaut d'inscription dans les documents visés aux articles 160, 162, 163 et 165 de

la loi programme du 22 décembre 1989 ou d'utilisation des appareils visés à l'article 164 de la même loi, avoir effectué leur travail effectif normal conformément aux horaires de travail normaux des travailleurs concernés qui ont fait l'objet de mesures de publicité visées aux articles 157 à 159 de cette même loi.

A défaut de publicité des horaires de travail normaux des travailleurs concernés, les travailleurs à temps partiel seront présumés, sauf dans les cas d'impossibilité matérielle d'effectuer les prestations de travail à temps plein, cas constatés par les services d'inspection, avoir effectué leurs prestations dans le cadre d'un contrat de travail en qualité de travailleur à temps plein ».

Cette disposition fait partie de la section 1 (« Déclaration et paiement ») du chapitre IV (« Perception et recouvrement des cotisations ») de la loi du 27 juin 1969.

B.2. Il ressort des motifs de la décision de renvoi et du libellé des questions préjudicielles que la Cour est interrogée sur la compatibilité de l'article 22<sup>ter</sup>, alinéa 2, de la loi du 27 juin 1969 avec les articles 10 et 11 de la Constitution, lus isolément ou en combinaison avec les articles 6.1 et 13 de la Convention européenne des droits de l'homme, en ce que la présomption instaurée par la disposition en cause serait irréfragable.

B.3. L'article 6.1 de la Convention européenne des droits de l'homme dispose :

« Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. Le jugement doit être rendu publiquement, mais l'accès de la salle d'audience peut être interdit à la presse et au public pendant la totalité ou une partie du procès dans l'intérêt de la moralité, de l'ordre public ou de la sécurité nationale dans une société démocratique, lorsque les intérêts des mineurs ou la protection de la vie privée des parties au procès l'exigent, ou dans la mesure jugée strictement nécessaire par le tribunal, lorsque dans des circonstances spéciales la publicité serait de nature à porter atteinte aux intérêts de la justice ».

L'article 13 de la Convention européenne des droits de l'homme dispose :

« Toute personne dont les droits et libertés reconnus dans la présente Convention ont été violés, a droit à l'octroi d'un recours effectif devant une instance nationale, alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles ».

B.4. L'adoption de l'article 8 de la loi-programme du 27 décembre 2004 avait pour but de remplacer une « présomption réfragable » par une « présomption irréfragable à charge pour [l'inspecteur du travail] de s'assurer du fait que le travailleur contrôlé n'était pas dans l'incapacité matérielle d'effectuer des prestations à temps plein » (*Doc. parl.*, Chambre, 2004-2005, n° 1437/1, p. 23).

Ce remplacement était justifié comme suit :

« L'article 22<sup>ter</sup> de la loi du 27 juin 1969 révisant l'arrêté-loi du 28 décembre 1944 concernant la sécurité sociale des travailleurs prévoit une présomption réfragable d'assujettissement à temps plein des travailleurs à temps partiels pour lesquels les formalités en matière de documents sociaux n'ont pas été respectées.

La jurisprudence récente de la Cour de cassation (notamment un arrêt du 3 février 2003) considère que la preuve contraire de la présomption établie par l'article 22<sup>ter</sup> de la loi précitée du 27 juin 1969 suivant laquelle les travailleurs ont effectué leurs prestations dans le cadre d'un contrat de travail à temps plein doit être apportée par l'employeur et consiste à prouver que les travailleurs à temps partiel n'ont pas effectué de prestations à temps plein dans le cadre d'un contrat de travail à temps plein. L'employeur ne doit pas prouver l'étendue des prestations réellement effectuées dans le cadre d'un contrat de travail à temps partiel.

Sur cette base certaines [c]ours estiment que dès lors que l'employeur apporte un début de preuve concernant la réalité du temps partiel effectué par son travailleur, c'est à l'inspection [du travail] de démontrer la réalité du temps partiel [lire : plein] notamment en interrogeant toutes les personnes présentes et en effectuant plusieurs visites sur place afin de constater la réalité des faits. Pareille exigence revient à mettre à néant l'ensemble des constatations faites par les services [de l'inspection du travail] à l'occasion de contrôles ponctuels destinés à mettre à jour le travail au noir » (*ibid.*).

Il s'agissait aussi de « répondre aux nouvelles situations déviantes observées par les services d'inspection ou [par] les institutions de recouvrement des cotisations des employeurs » (*Doc. parl.*, Chambre, 2004-2005, n° 1437/25, pp. 71-72) afin d'assurer « la perception correcte des cotisations » (*ibid.*, p. 15).

La disposition en cause était, en outre, présentée comme un moyen d'éviter la paralysie de l'inspection du travail tout en excluant l'application de la présomption irréfragable instaurée lorsque cette inspection constate « qu'un travail à temps plein ou à plus longue durée de travail à temps partiel est matériellement impossible » (*Doc. parl.*, Chambre, 2004-2005, n° 1437/25, p. 72).

B.5. La disposition en cause constitue, par la présomption qu'elle instaure, une mesure conforme à l'objectif qu'elle poursuit. Son caractère irréfragable a pu être jugé nécessaire pour garantir, comme l'indiquent les travaux préparatoires, la correcte perception des cotisations de sécurité sociale, notamment dans le cadre de la lutte contre le travail au noir.

Toutefois, la présomption a, en ce qu'elle est irréfragable, un caractère général et absolu qui est disproportionné à l'égard de l'employeur concerné puisqu'elle le prive du droit de démontrer que le montant des cotisations de sécurité sociale qu'il a versées correspond aux prestations de travail effectivement effectuées par le travailleur qu'il emploie en exécution d'un contrat de travail à temps partiel.

La mesure en cause présente, par conséquent, un caractère disproportionné.

B.6. En ce que la disposition en cause instaure une présomption irréfragable, les questions préjudicielles appellent une réponse positive.

B.7. La Cour constate cependant que cette disposition peut être interprétée autrement.

B.8.1. L'article 1352 du Code civil dispose :

« La présomption légale dispense de toute preuve celui au profit duquel elle existe.

Nulle preuve n'est admise contre la présomption de la loi, lorsque, sur le fondement de cette présomption, elle annule certains actes ou dénie l'action en justice, à moins qu'elle n'ait réservé la preuve contraire, et sauf ce qui sera dit sur le serment et l'aveu judiciaires ».

B.8.2. La présomption instaurée par la disposition en cause n'est pas applicable lorsque l'inspecteur social constate qu'il est matériellement impossible pour les travailleurs concernés d'effectuer des prestations de travail à temps plein.

Cette disposition n'indique pas que cette présomption est irréfragable. De plus, elle n'annule aucun acte et n'interdit aucune action en justice sur la base de cette présomption légale.

Celle-ci n'est donc pas irréfragable (voir Cass., 7 février 2011, S.10.0056.N).

B.9. Si la disposition en cause est interprétée de cette façon, les questions préjudicielles appellent une réponse négative.

Par ces motifs,

la Cour

dit pour droit :

- Interprété comme instaurant une présomption irréfragable, l'article 22*ter*, alinéa 2, de la loi du 27 juin 1969 « révisant l'arrêté-loi du 28 décembre 1944 concernant la sécurité sociale des travailleurs », remplacé par l'article 8 de la loi-programme du 27 décembre 2004, viole les articles 10 et 11 de la Constitution, lus isolément ou en combinaison avec les articles 6 et 13 de la Convention européenne des droits de l'homme.

- Interprété comme instaurant une présomption réfragable, la même disposition ne viole pas les articles 10 et 11 de la Constitution, lus isolément ou en combinaison avec les articles 6 et 13 de la Convention européenne des droits de l'homme.

Ainsi prononcé en langue française et en langue néerlandaise, conformément à l'article 65 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle, à l'audience publique du 17 novembre 2011.

Le greffier,

Le président,

P.-Y. Dutilleux

R. Henneuse