

Numéro du rôle : 6728
Arrêt n° 50/2019 du 4 avril 2019

ARRÊT

En cause : la question préjudicielle relative à l'article 22ter 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 79 de la loi-programme (I) du 29 mars 2012, posée par le Tribunal du travail francophone de Bruxelles.

La Cour constitutionnelle,

composée des présidents F. Daoût et A. Alen, et des juges J.-P. Snappe, E. Derycke, T. Giet, R. Leysen et M. Pâques, assistée du greffier F. Meersschaut, présidée par le président F. Daoût,

après en avoir délibéré, rend l'arrêt suivant :

*

* *

I. *Objet de la question préjudicielle et procédure*

Par jugement du 13 septembre 2017 en cause de l'Office national de sécurité sociale contre la SPRL «Hercule», dont l'expédition est parvenue au greffe de la Cour le 26 septembre 2017, le Tribunal du travail francophone de Bruxelles a posé la question préjudicielle suivante :

« L'article 22ter, alinéa 2 de la loi du 27 juin 1969 révisant l'arrêté-loi du 28 décembre 1944 concernant la sécurité sociale des travailleurs viole-t-il les articles 10 et 11 de la Constitution, combinés ou non avec l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, avec l'article 14, § 7, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et avec le principe général de droit ' *non bis in idem* ',

si la régularisation d'office des cotisations des travailleurs à temps partiel sur une base d'occupation à temps plein en application de la présomption instituée à l'article 22ter, alinéa 2 précité est considérée comme un mode particulier de réparation ou de remboursement de nature civile, destiné, dans l'intérêt du financement de la sécurité sociale, à mettre fin à une situation contraire à la loi, ou comme une peine au sens de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et de l'article 14, § 7, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques,

alors que, d'une part, cette régularisation d'office peut être imposée en sus soit d'une amende administrative infligée en application de l'article 151, alinéa 1er, 4° du Code pénal social applicables en cas d'infraction à certaines lois sociales ?

et, que, d'autre part, l'article 22ter, alinéa 2 de la loi du 27 juin 1969 ne prévoit pas la possibilité de suspendre ou d'assortir d'un sursis complet ou partiel, la régularisation d'office des cotisations qu'elle prévoit alors que l'employeur qui pour les mêmes faits est poursuivi devant le tribunal correctionnel, peut bénéficier de la loi du 29 juin 1964 concernant la suspension, le sursis et la probation, traitant ainsi de manière différente des catégories de personnes qui se trouvent dans des situations comparables ? ».

Des mémoires et mémoires en réponse ont été introduits par :

- la SPRL «Hercule», assistée et représentée par Me F. Vancrombreucq, avocat au barreau de Bruxelles;
- le Conseil des ministres, assisté et représenté par Me V. Pertry, avocat au barreau de Bruxelles.

Par ordonnance du 19 décembre 2018, la Cour, après avoir entendu les juges-rapporteurs M. Pâques et E. Derycke, a décidé que l'affaire était en état, qu'aucune audience ne serait tenue, à moins qu'une partie n'ait demandé, dans le délai de sept jours suivant la réception de la notification de cette ordonnance, à être entendue, et qu'en l'absence d'une telle demande, les débats seraient clos le 16 janvier 2019 et l'affaire mise en délibéré.

Aucune demande d'audience n'ayant été introduite, l'affaire a été mise en délibéré le 16 janvier 2019.

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*

L'inspection sociale du SPF Sécurité sociale effectue un contrôle le 29 mai 2015 au siège social de la partie défenderesse devant le juge *a quo* et constate l'occupation de quatre travailleurs déclarés à temps partiel en horaire variable, pour lesquels aucun horaire de travail n'a pu être produit.

Le 8 juin 2015, l'inspection sociale dresse un procès-verbal constatant plusieurs infractions, d'une part, à l'article 159, alinéa 1er, de la loi-programme du 22 décembre 1989, d'autre part, à l'article 159, alinéa 2, de la même loi. Un rapport d'enquête est établi à l'attention de la partie demanderesse devant le juge *a quo* le 15 avril 2016. Le 24 mai de la même année, la partie demanderesse adresse une lettre à la partie défenderesse concernant la régularisation.

À la suite du contrôle social, l'inspection sociale régularise les prestations des quatre travailleurs sur la base d'un temps plein en application de l'article 22ter de la loi du 27 juin 1969 révisant l'arrêté-loi du 28 décembre 1944 concernant la sécurité sociale des travailleurs (ci-après : la loi du 27 juin 1969). En conséquence, l'Office national de sécurité sociale (ci-après : ONSS) exige le paiement des cotisations dues sur la différence entre les rémunérations déclarées et les rémunérations calculées sur la base d'une occupation à temps plein.

Le 20 juillet 2016, une amende administrative d'un montant de 1 200 euros est infligée à la partie défenderesse devant le juge *a quo*. À la suite du non-paiement, par la partie défenderesse devant le juge *a quo*, des cotisations dues en raison de la régularisation, l'ONSS introduit une procédure devant le Tribunal du travail de Bruxelles, le 26 septembre 2016. Celui-ci constate que les conditions d'application de l'article 22ter de la loi du 27 juin 1969 précité étaient réunies et que l'ONSS pouvait dès lors procéder à la régularisation des cotisations sur la base d'une rémunération pour une occupation à temps plein.

D'après la partie défenderesse devant le juge *a quo*, la mesure prévue à l'article 22ter de la loi du 27 juin 1969 est une sanction et revêt un caractère pénal au sens de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme en raison de son caractère astronomique, de sorte que les garanties prévues par cette disposition doivent s'appliquer. Elle invoque également le fait qu'elle a déjà subi une sanction administrative en raison des mêmes faits, de sorte que le principe général de droit *non bis in idem* trouverait également à s'appliquer. C'est dans ce sens qu'elle suggère qu'une question préjudicielle soit posée à la Cour.

III. *En droit*

- A -

A.1.1. Après avoir exposé le contexte historique de l'article 22ter en cause, le Conseil des ministres souligne que le but de la présomption qu'il contient n'est pas de faire payer des cotisations sur la base d'une occupation à temps plein si l'employeur occupait en réalité des travailleurs à temps partiel. L'employeur peut, en effet, prouver cette occupation à temps partiel.

Par un arrêt du 3 février 2003, la Cour de cassation a précisé l'étendue de la preuve qui doit être apportée par l'employeur : pourvu que celui-ci prouve que les travailleurs ne sont pas occupés à temps plein, la présomption d'occupation à temps plein ne jouera pas. De plus, comme la Cour de cassation l'a jugé par un arrêt du 20 octobre 2008, la présomption d'occupation à temps plein ne vaut que pour les périodes antérieures au contrôle qui ne sont pas prescrites et pour lesquelles l'employeur n'a pas affiché d'horaire. Quant à la période postérieure au contrôle, elle n'est jamais régularisée sur la base d'une occupation à temps plein.

Le Conseil des ministres souligne encore que la présomption d'occupation à temps plein peut être renversée par toute voie de droit. Il est renvoyé à la jurisprudence des tribunaux du travail pour illustrer la latitude du juge dans cette matière lors de l'examen de l'occupation ou non à temps plein. Le but de la présomption est donc d'appliquer les cotisations réellement dues et non de sanctionner les employeurs.

A.1.2. En ce qui concerne la réponse à la question préjudicielle, le Conseil des ministres soutient que la disposition en cause n'a pas un caractère pénal. En effet, elle n'est pas qualifiée de sanction pénale en droit interne et n'a ni un caractère préventif ni un caractère répressif. Elle a seulement pour but de réparer les dommages d'un comportement illégitime en permettant le recouvrement des cotisations sociales éludées.

Le Conseil des ministres renvoie à la jurisprudence qui confirmerait l'absence du caractère répressif ou dissuasif de la disposition en cause.

D'après le Conseil des ministres, le degré de gravité de la mesure que risque de subir l'employeur en conséquence de la présomption ainsi que la régularisation d'office qu'elle peut engendrer sont en parfaite proportion avec les dommages causés : il ne s'agit pas de payer un montant supplémentaire sans commune mesure avec le préjudice subi par le régime de la sécurité sociale des travailleurs salariés. Il n'y a pas lieu de parler d'une majoration des montants dus, hormis la majoration qui est due sur toute cotisation sociale payée tardivement. Le montant de la régularisation est le seul résultat de la différence entre les cotisations qui auraient dû être payées sur la base d'un travail à temps plein et les cotisations éventuellement déjà payées.

Le Conseil des ministres ajoute que les majorations et intérêts dont l'employeur doit s'acquitter en cas de cotisations sociales payées tardivement peuvent être évités si l'employeur s'acquitte spontanément des sommes dues avant de recevoir un avis de régularisation. Il s'écoule, en effet, en général un trimestre entre l'inspection qui constate l'infraction et la régularisation, ce qui laisse le temps à l'employeur de régulariser sa situation sans majoration ni intérêts. En outre, même en cas de retard dans le paiement des cotisations, il est possible de demander à l'ONSS de renoncer aux intérêts et majorations de cotisations aux conditions de l'article 55 de l'arrêté royal du 28 novembre 1969 pris en exécution de la loi du 27 juin 1969 révisant l'arrêté-loi du 28 décembre 1944 concernant la sécurité sociale des travailleurs. L'employeur peut également toujours convenir d'un plan de paiement.

A.1.3. Le Conseil des ministres examine dans un deuxième temps la jurisprudence de la Cour quant au caractère pénal de cotisations similaires à celles de la disposition en cause. Il soutient que la mesure prévue par l'article 22^{ter} de la loi du 27 juin 1969 peut être comparée à la sanction de la condamnation d'office anciennement prévue à l'article 35, § 1er, alinéa 3, de la loi du 27 juin 1969 à propos duquel la Cour a jugé, par son arrêt n° 92/2000 du 13 juillet 2000, qu'elle avait pour seul objet de réparer le préjudice subi par l'ONSS.

Le Conseil des ministres compare également la disposition en cause avec la cotisation forfaitaire due par les employeurs qui n'ont pas affilié les travailleurs qu'ils occupent à une assurance accidents du travail en vertu de l'article 59^{quater} de la loi du 10 avril 1971 sur les accidents du travail. Par son arrêt n° 146/2015 du 22 octobre 2015, la Cour a jugé que cette cotisation n'avait pas un caractère pénal. Par ses arrêts n°s 28/2012 du 1er mars 2012 et 112/2012 du 20 septembre 2012, la Cour a également jugé que la cotisation due en cas d'absence de déclaration DIMONA n'était pas une sanction pénale.

Le Conseil des ministres précise toutefois que la disposition en cause diffère des deux mesures exposées en ce qu'elle est calculée non sur une base forfaitaire mais sur une base d'occupation à temps plein, sauf preuve contraire de l'employeur « pour coller au plus près à la réalité ». Elle est donc d'autant moins susceptible d'être qualifiée de sanction pénale.

D'après le Conseil des ministres, la mesure en cause n'est par contre pas comparable à la sanction anciennement prévue à l'article 35, § 1er, alinéa 5, de la loi du 27 juin 1969. Dans plusieurs arrêts, la Cour a jugé que la mesure instaurée par la disposition précitée avait un caractère répressif prédominant. Ce point de vue a été confirmé par l'avocat général Damien Vandermeersch dans son avis précédant l'arrêt de la Cour de cassation du 27 septembre 2006.

Le Conseil des ministres relève encore que la Cour a qualifié d'indemnitaires les majorations et intérêts fixés en cas de retard de paiement des cotisations sociales, par son arrêt n° 9/2003, du 22 janvier 2003.

La disposition en cause ne pourrait non plus être comparée avec la sanction prévue à l'article 30bis, § 3, alinéa 3, de la loi du 27 juin 1969 tel qu'il était applicable jusqu'au 1er janvier 1999. Ainsi que la Cour l'a jugé par son arrêt n° 86/2007, du 20 juin 2007, cette disposition n'a pas pour but de réparer un dommage causé à l'ONSS mais a un caractère répressif prédominant.

D'après le Conseil des ministres, il ressort clairement de ce qui précède que dans l'appréciation du caractère pénal ou non d'une mesure, il convient d'analyser si la sanction répare un dommage concret ou si elle dépasse l'indemnisation du préjudice réellement subi et a par conséquent un caractère sanctionnateur.

A.1.4. En ce qui concerne le principe *non bis in idem* et la suspension du prononcé, le Conseil des ministres conclut que les garanties qu'offrent les articles 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et 14, paragraphe 7, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (« dont, entre autres, l'application du principe *non bis in idem* et la possibilité d'obtenir une suspension, un sursis ou une probation de la sanction pénale ») ne trouvent pas à s'appliquer en l'espèce dès lors que la disposition en cause constitue une mesure civile qui ne peut toutefois pas être qualifiée de sanction civile car elle se contente de réparer le dommage subi par le non-paiement des cotisations dues.

A.2.1. La partie défenderesse devant le juge *a quo* souligne que « le point central de la question posée à la Cour réside dans la qualification pénale ou civile de la disposition en cause et des garanties qui pourraient lui être appliquées en fonction de sa qualification ».

Après avoir rappelé les critères d'applicabilité du volet pénal de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme dégagés de l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme *Engel et autres c. Pays-Bas* aux §§ 82 et 83, la partie demanderesse devant le juge *a quo* relève que l'article 6 a été jugé applicable aux procédures relatives aux majorations d'impôt et aux pénalités fiscales.

En l'espèce, l'impact économique de la sanction de régularisation d'office des cotisations sociales sur la base d'une occupation à temps plein en vertu de la disposition en cause serait extrêmement grave pour l'employeur, lequel peut se voir réclamer des arriérés de cotisations sociales s'élevant parfois jusqu'au triple du montant des cotisations déjà payées, et ce pour toute la période d'occupation du travailleur. La période de régularisation des cotisations doit toutefois être limitée aux trois dernières années d'occupation dès lors que les créances de l'ONSS à charge des employeurs assujettis à la loi du 27 juin 1969 se prescrivent par trois ans.

Les travaux préparatoires de la disposition en cause n'éclaireraient pas les justiciables sur la nature civile ou pénale de la mesure. La jurisprudence, assez pauvre en la matière, n'aurait, elle non plus, pas clairement tranché la question.

A.2.2. D'après la partie défenderesse devant le juge *a quo*, la cotisation de solidarité prévue à l'article 22quater de la loi du 27 juin 1969 serait fondamentalement différente de la cotisation de régularisation prévue à l'article 22ter de la même loi, du fait que la cotisation de solidarité est limitée dans le temps ainsi que dans son ampleur (triple des cotisations de base, sur le revenu minimum mensuel moyen, avec possibilité de réduction et même d'annulation en cas d'impossibilité d'occupation à temps plein).

Si la Cour a dit pour droit, dans ses arrêts n^{os} 28/2012 et 112/2012, que la cotisation de solidarité prévue à l'article 22^{quater} précité n'avait pas une fonction répressive car elle s'explique par le souci du législateur de réparer un dommage évalué forfaitairement, cette solution aurait été mise en cause par la doctrine. En tout état de cause, la cotisation de régularisation prévue par l'article 22^{ter} serait plus sévère que la cotisation de solidarité prévue à l'article 22^{quater} qui est limitée à un trimestre.

A.2.3. Il est soutenu que l'importance de cette régularisation, totalement indépendante de toute contrepartie de main-d'œuvre, ne pourrait être qualifiée de simple mode particulier de réparation du dommage de l'ONSS dans l'intérêt du financement de la sécurité sociale et donc de simple sanction de nature civile. Le caractère réfragable de la présomption ne changerait rien au caractère disproportionné de la mesure dès lors qu'il est le plus souvent difficile voire impossible pour l'employeur de prouver qu'il était dans l'impossibilité d'engager les travailleurs à temps plein. Il est encore souligné que la sanction de régularisation est aussi appliquée en sus du montant de l'amende administrative du SPF Emploi, ce qui constituerait une double peine pour la partie défenderesse devant le juge *a quo*.

A.2.4. À propos du sursis à l'exécution des sanctions prévues par la législation en matière de sécurité sociale, la partie défenderesse devant le juge *a quo* renvoie à l'arrêt de la Cour n^o 112/2014 du 17 juillet 2014. Il y est relevé que ni l'article 22^{ter} de la loi du 27 juin 1969 ni une autre disposition de la loi ne prévoit un quelconque pouvoir dans le chef de l'ONSS d'accorder un sursis, qu'il soit partiel ou total, dans l'hypothèse où l'ONSS impose à un employeur une régularisation d'office de cotisations en vertu de l'article 22^{ter}. Le législateur n'aurait justifié cette carence ni dans les travaux préparatoires ni dans aucun autre texte. Cette absence de mesure de sursis ne serait pas légalement justifiée et pourrait par ailleurs créer des effets disproportionnés dans le chef des employeurs qui se voient infliger une régularisation d'office. Un employeur qui serait poursuivi devant une juridiction pénale pour les mêmes faits se verrait appliquer toutes les garanties prévues par la loi du 29 juin 1964 concernant la suspension, le sursis et la probation.

A.3.1. Le Conseil des ministres répond qu'il entend mettre l'accent sur le caractère réfragable de la présomption contenue dans la disposition en cause. Il rappelle, comme il l'a fait dans son mémoire, qu'il existe de nombreux modes de preuve permettant à un employeur de prouver qu'un travailleur n'est pas employé à temps plein. Il rappelle que c'est précisément pour permettre de renverser la présomption d'occupation à temps plein que la disposition en cause a été modifiée par la loi-programme (I) du 29 mars 2012.

A.3.2. Le Conseil des ministres cite quelques arrêts représentatifs qui témoigneraient que la preuve de l'absence d'occupation à temps plein peut bien être apportée dans la pratique.

A.3.3. Le Conseil des ministres rappelle que, faisant partie de la loi du 27 juin 1969, la disposition en cause n'a aucune visée pénale. Elle poursuit, en effet, un but tout à fait différent du but poursuivi par la sanction prévue par le Code pénal social : il s'agit de s'assurer que les cotisations dues sont effectivement perçues.

A.3.4. D'après le Conseil des ministres, les exemples tirés de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme ne sont pas pertinents en l'espèce en raison de l'absence de caractère pénal de la disposition en cause, au contraire des exemples cités.

De même, les travaux préparatoires cités par la partie défenderesse devant le juge *a quo* et également cités par le Conseil des ministres dans son mémoire confirmeraient qu'il s'agit d'assurer un meilleur contrôle des prestations réellement effectuées par les travailleurs à temps partiel. Ils ne feraient aucune mention d'une quelconque visée punitive. Le fait que des arriérés de cotisations pourraient parfois s'élever jusqu'au triple des cotisations déjà payées témoignerait tout au plus de la fraude massive que l'employeur pratiquait jusqu'ici.

A.3.5. Le Conseil des ministres souligne encore que la jurisprudence serait unanime pour considérer que la disposition en cause n'a pas un caractère pénal.

A.3.6. Quant à la jurisprudence de la Cour citée par la partie défenderesse devant le juge *a quo*, le Conseil des ministres insiste sur le fait que « la disposition en cause diffère de l'article 22^{quater} [de la loi du 27 juin 1969] en ce qu'elle est calculée non pas sur une base forfaitaire mais sur la base d'une occupation à temps plein, sauf preuve contraire de l'employeur, pour coller au plus près de la réalité ».

Quant à la distinction établie par la partie défenderesse devant le juge *a quo* entre la disposition en cause et l'article 22^{quater} précité dans la mesure où celui-ci prévoit une mesure limitée dans le temps et par son ampleur, le Conseil des ministres répond que l'article 22^{ter} est également limité à la période pendant laquelle l'affichage des horaires à temps partiel n'a pas eu lieu et ne s'adresse qu'aux travailleurs à temps partiel pour lesquels l'employeur n'a pas affiché l'horaire de travail.

Le Conseil des ministres insiste également sur le fait que le but de la disposition en cause est similaire à celui de l'article 22^{quater}, à savoir instaurer des présomptions lorsqu'il est difficile d'établir la réalité des prestations des travailleurs.

A.3.7. Enfin, le Conseil des ministres cite un arrêt récent de la Cour de cassation, prononcé le 11 décembre 2017, à propos de l'article 30^{bis}, § 5, alinéa 1er, de la loi du 27 juin 1969 dans lequel la Cour a jugé que la majoration prévue par cette disposition ne constituait pas une peine mais une indemnité forfaitaire de réparation prévue dans l'intérêt général en raison de l'atteinte portée au financement de la sécurité sociale. D'après le Conseil des ministres, à plus forte raison, la disposition en cause, qui se contente d'exiger le paiement des cotisations éludées, ne pourrait être considérée comme une sanction pénale.

A.3.8. En ce qui concerne le principe *non bis in idem* et la suspension du prononcé, le Conseil des ministres renvoie aux arguments qu'il a développés dans son mémoire.

A.4.1. La partie défenderesse devant le juge *a quo* réplique que la disposition en cause a pour effet de traiter de manière plus défavorable les employeurs qui occupent des travailleurs à temps partiel par rapport à ceux qui occupent des travailleurs à temps plein, en ce que les premiers sont soumis au respect d'obligations en matière de publicité et d'affichage des horaires de leurs travailleurs plus strictes que pour les seconds. À son estime, il ne faudrait pas perdre de vue que la disposition en cause a pour fondement premier de sanctionner le défaut d'affichage et de publicité des horaires des travailleurs à temps partiel alors que dans son application, la mesure en cause crée une suspicion de travail au noir qui n'est pas rapportée dans le cas d'espèce.

A.4.2. En ce qui concerne la nature pénale de la mesure en cause, la partie défenderesse devant le juge *a quo* précise que si elle peut tenter de renverser la présomption d'occupation à temps plein, dans l'hypothèse où elle n'y arriverait pas pour la simple raison qu'il lui est en réalité demandé d'apporter une preuve négative, elle serait contrainte de payer des cotisations sociales sur la base d'une occupation fictive à temps plein sans avoir égard au temps de travail réellement accompli par ses travailleurs à temps partiel. La justification avancée par le Conseil des ministres selon laquelle la mesure en cause viserait uniquement à recouvrer des cotisations sociales éludées en collant au plus près à la réalité ne résisterait pas à l'analyse, de sorte que la mesure en cause ne serait pas une mesure indemnitaire.

A.4.3. D'après la partie défenderesse devant le juge *a quo*, la disposition en cause serait étrangère à la condamnation d'office prévue anciennement par l'article 35, § 1er, alinéa 3, puisque dans ce dernier cas, il s'agit de condamner l'employeur qui a omis de verser les cotisations sociales dues dans le délai prescrit et dont l'établissement a été réalisé sur la base de prestations déclarées et selon les formes et les délais légaux, alors que la disposition en cause viserait à condamner l'employeur à payer des cotisations sur la base d'une occupation fictive à temps plein.

La disposition en cause n'aurait pas non plus une nature forfaitaire à l'instar de la cotisation forfaitaire pour non-affiliation des travailleurs à une assurance accidents du travail telle qu'elle est instituée par l'article 59^{quater} de la loi du 10 avril 1971, cette dernière étant plafonnée à 10 % des montants dus et intérêts. Or, la disposition en cause ne limite en rien le montant de la régularisation des cotisations qu'elle instaure puisqu'elle crée une présomption d'occupation à temps plein.

A.4.4. La partie défenderesse devant le juge *a quo* insiste encore sur le fait que la mesure en cause lui est imposée sans aucune contrepartie de main-d'œuvre. Elle s'en réfère, pour le reste, aux termes de son mémoire.

- B -

B.1.1. La question préjudicielle porte sur l'article 22ter, alinéa 2, de la loi du 27 juin 1969 révisant l'arrêté-loi du 28 décembre 1944 concernant la sécurité sociale des travailleurs (ci-après : la loi du 27 juin 1969), qui dispose :

« A défaut de publicité des horaires de travail à temps partiel visée aux articles 157 à 159 de la loi-programme [du 22 décembre 1989], les travailleurs à temps partiel sont présumés, sauf preuve du contraire, avoir effectué leurs prestations dans le cadre d'un contrat de travail en qualité de travailleur à temps plein ».

B.1.2. Tels qu'ils s'appliquent aux faits du litige devant le juge *a quo*, les articles 157 à 159 de la loi-programme du 22 décembre 1989, auxquels renvoie l'article 22ter, alinéa 2, précité, disposent :

« Art. 157. Une copie du contrat de travail du travailleur à temps partiel, constaté par écrit conformément à l'article 11bis de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail, ou d'un extrait de ce contrat de travail contenant les horaires de travail et portant l'identité du travailleur à temps partiel auquel ils s'appliquent ainsi que sa signature et celle de l'employeur, doit être conservée à l'endroit où le règlement de travail peut être consulté en application de l'article 15 de la loi du 8 avril 1965 instituant les règlements de travail. Le Roi peut prévoir d'autres modalités équivalentes.

Art. 158. Lorsque le régime de travail du travailleur à temps partiel est organisé selon un cycle dont les horaires de travail ont été repris dans le règlement de travail et qui s'étend sur plus d'une semaine, il doit pouvoir être déterminé à tout moment quand commence le cycle.

Par cycle, il faut entendre une succession d'horaires journaliers de travail dans un ordre fixe déterminé dans le règlement de travail.

A défaut, l'employeur est tenu de se conformer aux obligations prévues à l'article 159.

Art. 159. Lorsque l'horaire de travail est variable, au sens de l'article 11*bis*, alinéa 3, de la loi du 3 juillet 1978 précitée, les horaires journaliers de travail doivent être portés à la connaissance des travailleurs par l'affichage d'un avis conforme au prescrit de l'alinéa 2, daté par l'employeur, ses mandataires ou préposés, dans les locaux de l'entreprise à l'endroit visé à l'article 15, alinéa 4, de la loi du 8 avril 1965 précitée, au moins cinq jours à l'avance, ou selon les modalités prévues par la convention collective de travail ou par le règlement de travail.

Un avis, daté par l'employeur, ses mandataires ou préposés doit être affiché dans les locaux de l'entreprise avant le commencement de la journée de travail à l'endroit visé à l'article 15, alinéa 4, de la loi du 8 avril 1965 précité. Cet avis doit déterminer individuellement l'horaire de travail de chaque travailleur à temps partiel. Il doit être conservé pendant une période d'un an à dater du jour où l'horaire qu'il contient cesse d'être en vigueur. Le Roi peut prévoir une autre modalité équivalente.

Le délai de cinq jours ouvrables prévu à l'alinéa 1er peut être modifié par une convention collective de travail conclue au sein d'une commission paritaire et rendue obligatoire par arrêté royal ».

B.2.1. La Cour est interrogée sur la compatibilité avec les articles 10 et 11 de la Constitution, combinés ou non avec l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, avec l'article 14, paragraphe 7, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et avec le principe général « *non bis in idem* », de l'article 22*ter*, alinéa 2, de la loi du 27 juin 1969 en ce que la régularisation d'office des cotisations des travailleurs à temps partiel sur une base d'occupation à temps plein en application de la présomption instituée par la disposition en cause peut être imposée en sus de l'amende administrative infligée conformément à l'article 151, alinéa 1er, 4°, du Code pénal social applicable en cas d'infraction à certaines lois sociales.

L'article 151, alinéa 1er, 4°, du Code pénal social dispose :

« Est puni d'une sanction de niveau 3, l'employeur, son préposé ou son mandataire qui, en contravention à la loi-programme du 22 décembre 1989 :

[...]

4° n'a pas affiché un avis, daté par l'employeur, son préposé ou son mandataire, déterminant individuellement l'horaire de travail de chaque travailleur à temps partiel, dans les locaux de l'entreprise, à l'endroit où le règlement de travail peut être consulté, avant le commencement de la journée de travail ou selon les modalités prescrites par le Roi; ».

Aux termes de l'article 101 du même Code, la sanction de niveau 3 est constituée soit d'une amende pénale de 100 à 1 000 euros, soit d'une amende administrative de 50 à 500 euros.

B.2.2. La Cour est également interrogée sur la circonstance que l'article 22^{ter}, alinéa 2, en cause ne prévoit pas la possibilité pour le juge de suspendre ou d'assortir d'un sursis complet ou partiel la régularisation d'office qu'il prévoit alors que l'employeur poursuivi pour les mêmes faits devant le tribunal correctionnel peut bénéficier de la loi du 29 juin 1964 concernant la suspension, le sursis et la probation.

B.3.1. En vertu du principe général de droit *non bis in idem*, nul ne peut être poursuivi ou puni une seconde fois en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné par un jugement définitif « conformément à la loi et à la procédure pénale de chaque pays ». Ce principe est également garanti par l'article 4 du Septième Protocole à la Convention européenne des droits de l'homme, entré en vigueur à l'égard de la Belgique le 1er juillet 2012.

B.3.2. Selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, le principe *non bis in idem* interdit « de poursuivre ou de juger une personne pour une seconde ' infraction ' pour autant que celle-ci a pour origine des faits identiques ou des faits qui sont en substance les mêmes » (CEDH, grande chambre, 10 février 2009, *Zolotoukhine c. Russie*, § 82).

Afin de déterminer si le principe *non bis in idem* peut s'appliquer, il doit être établi que la mesure en cause est de nature pénale (voy. CEDH, grande chambre, 15 novembre 2016, *A et B c. Norvège*, §§ 101-134; 31 mai 2011, *Kurdov et Ivanov c. Bulgarie*, §§ 35-46, grande chambre, 10 février 2009, *Zolotoukhine c. Russie*, §§ 52-57, 70-84).

B.3.3. En vertu de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, une mesure constitue une sanction pénale au sens de l'article 6, paragraphe 1, de la Convention européenne des droits de l'homme si elle a un caractère pénal selon sa qualification en droit interne ou s'il ressort de la nature de l'infraction, à savoir la portée générale et le caractère préventif et répressif de la sanction, qu'il s'agit d'une sanction pénale ou encore s'il ressort de la nature et de la sévérité de la sanction subie par l'intéressé qu'elle a un caractère punitif et

donc dissuasif (CEDH, grande chambre, 15 novembre 2016, *A et B c. Norvège*, §§ 105-107; grande chambre, 10 février 2009, *Zolotoukhine c. Russie*, § 53; grande chambre, 23 novembre 2006, *Jussila c. Finlande*, §§ 30-31). Cette Cour utilise les mêmes critères pour l'application de l'article 4 du Septième Protocole à la Convention précitée (CEDH, grande chambre, 15 novembre 2016, *A et B c. Norvège*, § 107). Cet article a une portée analogue à celle de l'article 14, paragraphe 7, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

B.4.1. L'article 22^{ter} en cause a été introduit dans la loi du 27 juin 1969 par l'article 181 de la loi-programme du 22 décembre 1989 afin de mieux contrôler les prestations réellement effectuées par les travailleurs à temps partiel pour prévenir et lutter contre le travail au noir et les abus en matière d'allocations de chômage.

L'exposé des motifs de la loi-programme précise :

« Les travailleurs à temps partiel ont une durée de travail qui est par nature plus réduite que celles des travailleurs à temps plein.

Ils ont donc, plus encore que ces derniers, la possibilité de prester des heures de travail au-delà de la durée de travail convenue à l'origine avec leur employeur.

Ces heures complémentaires sont très difficiles à identifier, de sorte que, à défaut de moyens de contrôle efficace (tel le pointage des travailleurs), le risque est réel que la rémunération payée pour ces prestations ne fasse pas l'objet du paiement de cotisations de sécurité sociale et de prélèvements fiscaux.

En outre, la plupart de ces travailleurs à temps partiel bénéficient d'allocations de chômage complémentaires, une partie de ces allocations est perçue abusivement, car cumulée avec des prestations de travail.

Les présentes dispositions entendent mettre fin à ces pratiques en rendant possible une meilleure connaissance des prestations réellement effectuées par les travailleurs à temps partiel.

[...]

L'article 170 tend à renverser la charge de la preuve des prestations effectuées par le travailleur à temps partiel. Lorsque les parties ont librement convenu de certaines prestations, elles sont présumées s'y être tenues, sauf si elles peuvent apporter la preuve du contraire.

Si elles n'ont respecté aucune des obligations qui leur incombent, en vertu des articles 156 à 158, quant à la détermination de la durée des prestations, elles seront présumées, jusqu'à preuve du contraire, avoir conclu un contrat de travail à temps plein.

L'article 171 énumère les infractions aux dispositions des sections 1 et 2 et en fixe la sanction.

À noter que l'infraction prévue au premier alinéa, 4^o, b, ne vise que le remplissage insuffisant du document.

L'alinéa 2, qui a trait exclusivement aux infractions aux dispositions de la section 2 ajoute à la sanction pénale prévue, la sanction civile du paiement d'une indemnité forfaitaire à l'office national de sécurité sociale.

Cette disposition spécifique à la répression du travail au noir, dont la volonté manifeste de ne pas respecter les dispositions relatives au contrôle des prestations des travailleurs à temps partiel constitue un indice sérieux, figure déjà à l'article 11*bis* de l'arrêté royal n^o 5 du 23 décembre 1978 relatif à la tenue des documents sociaux » (*Doc. parl.*, Chambre, 1989-1990, n^o 975/1, pp. 59-61).

B.4.2. La dernière modification de l'article 22*ter* en cause a été introduite par l'article 79 de la loi-programme (I) du 29 mars 2012 en vue de consacrer le caractère réfragable de la présomption qu'il contient.

B.5.1. Ni l'emplacement de l'article 22*ter* en cause dans le chapitre IV de la loi du 27 juin 1969, consacré à la perception et au recouvrement des cotisations de sécurité sociale, ni les travaux préparatoires de la loi-programme qui en est à l'origine ainsi que ceux des diverses modifications intervenues à sa suite ne qualifient la mesure de sanction pénale.

B.5.2. L'employeur qui ne respecte pas les obligations prescrites par les articles 157 à 159 de la loi-programme du 22 décembre 1989 est condamné à payer les cotisations dues sur la différence entre les rémunérations déclarées et celles qui sont calculées sur la base d'une occupation à temps plein du travailleur concerné.

Par application de l'article 42 de la loi du 27 juin 1969, qui prévoit que les créances de l'Office national de sécurité sociale à charge des employeurs assujettis à cette loi se prescrivent par trois ans à partir de la date de leur exigibilité, la période de régularisation d'office des cotisations sociales est limitée aux trois dernières années d'occupation des travailleurs concernés.

Si, comme le relève la partie demanderesse devant le juge *a quo*, la régularisation d'office de ces cotisations peut avoir un impact économique important pour l'employeur qui peut aller jusqu'au triple des cotisations déjà prélevées, cela s'explique par la différence entre les cotisations qui ont effectivement été versées par ledit employeur en raison de l'occupation prétendument à temps partiel des travailleurs concernés et les cotisations qui auraient dû être versées en raison de l'occupation de ces travailleurs à temps plein, présumée par l'effet de la disposition en cause.

B.5.3. En raison du caractère réfragable de cette présomption, l'employeur dispose toujours de la possibilité de prouver, par toute voie de droit, que le ou les travailleurs concernés sont occupés à temps partiel. Si une telle preuve est rapportée, il n'est pas tenu au paiement de cotisations supplémentaires. Comme il ressort de l'arrêt de cassation du 3 février 2003 (S.02.0081.N), cette preuve n'implique pas de prouver l'étendue des prestations réellement accomplies dans le cadre d'un contrat de travail à temps partiel.

B.6. Compte tenu de ces éléments, la régularisation d'office des cotisations dues n'a pas une fonction répressive (dans ce sens : Cass., 5 juin 2001, P.99.1501.N), mais constitue une mesure qui doit être qualifiée de sanction de nature essentiellement civile, dans l'intérêt du financement de la sécurité sociale, destinée à mettre fin à une situation contraire à la loi, de sorte qu'elle n'entre pas dans le champ d'application de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme.

B.7. Dès lors que la disposition en cause instaure une mesure de nature essentiellement civile, dans l'intérêt du financement de la sécurité sociale, le principe *non bis in idem* ne peut s'y appliquer.

B.8.1. Les mesures prévues par la loi du 29 juin 1964 concernant la suspension, le sursis et la probation sont étroitement liées aux sanctions pénales. Il s'agit de « permettre au juge de mettre l'auteur d'une infraction à l'épreuve pendant un certain temps, à la suite duquel, si son comportement est satisfaisant, aucune condamnation n'est prononcée, ni aucune peine d'emprisonnement subie » (*Ann.*, Sénat, 1963-1964, n° 5, séance du 26 novembre 1963,

p. 80). Ces mesures ont été instaurées dans le but d'éliminer ou d'atténuer les effets infamants qui s'attachent à une condamnation pénale.

B.8.2. Dès lors que la mesure en cause a une nature essentiellement civile, l'impossibilité pour le tribunal du travail d'appliquer une mesure comme la suspension ou le sursis, qui est étroitement liée à la nature pénale de la sanction qu'elle accompagne, est raisonnablement justifiée.

B.9. La question préjudicielle appelle une réponse négative.

Par ces motifs,

la Cour

dit pour droit :

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 ne viole pas les articles 10 et 11 de la Constitution, combinés ou non avec l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, avec l'article 14, paragraphe 7, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et avec le principe général de droit *non bis in idem*.

Ainsi rendu en langue française et en langue néerlandaise, conformément à l'article 65 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle, le 4 avril 2019.

Le greffier,

Le président,

F. Meersschaut

F. Daoût