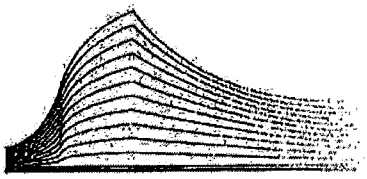
Copie
Délivrée à: tribunal du travail francophone de Bruxelles



Expédition

Numéro du répertoire **2018 / 1455**	Délivrée à le € JGR
Date du prononcé **23 mai 2018**	
Numéro du rôle **2017/AB/373**	
Décision dont appel **16/745/A et 16/3472/A**	

Cour du travail de Bruxelles

huitième chambre

Arrêt

COVER 01-00001159231-0001-0013-01-01-1

SECURITE SOCIALE DES TRAVAILLEURS SALARIES - ONSS - Cot. sec. soc.
Arrêt contradictoire
Réouverture des débats : 24 octobre 2018

DYLONA SPRL, dont le siège social est établi à 1080 BRUXELLES, Boulevard Edmond Machtens 126,
partie appelante,
représentée par Maître WILMET M. loco Maître LETELLIER Vincent, avocat à 1060 BRUXELLES,

contre

OFFICE NATIONAL DE SECURITE SOCIALE (ONSS), dont les bureaux sont établis à 1060 BRUXELLES, Place Victor Horta, 11,
partie intimée,
représentée par Maître REMACLE loco Maître THIRY Eric, avocat à 1180 BRUXELLES,

★

★ ★

La cour du travail, après en avoir délibéré, rend l'arrêt suivant :

Vu la loi du 15 juin 1935 sur l'emploi des langues en matière judiciaire,

Vu la loi du 10 octobre 1967, contenant le Code judiciaire, modifiée à plusieurs reprises,

Vu le jugement du 15 mars 2017,

Vu la requête d'appel reçue au greffe le 20 avril 2017,

Vu l'ordonnance actant les délais de conclusions et fixant la date de l'audience,

Vu les conclusions déposées pour l'ONSS, le 7 août 2017 et pour la société, le 2 novembre 2017,

Vu les conclusions additionnelles déposées pour l'ONSS, le 29 décembre 2017 et pour la société, le 2 mars 2018,

Vu les conclusions de synthèse déposées pour l'ONSS, le 3 avril 2018,

Entendu les conseils des parties à l'audience du 25 avril 2018.

* * *

I. FAITS ET ANTECEDENTS

1. La société exploite un salon de massage sous l'enseigne WEBSTAR à MOLENBEEK. Un contrôle a eu lieu le 18 mai 2015.

Madame B , gérante, Madame N , employée, et deux travailleuses (masseuses) ont été entendues.

2. Le 2 octobre 2015, l'ONSS a procédé à la déclaration d'office d'un travailleur « inconnu » en considérant que compte tenu des heures d'ouverture, il fallait considérer qu'au moins un travailleur à temps plein travaillait en plus de Madame N

Le courrier suivant a été envoyé :

> *« Suite au contrôle effectué le 18/05/2015 dans le salon de massage dénommé «WEBSTAR» que vous exploitez Boulevard Edmond Machtens, 126 à 108 Molenbeek-Saint-Jean, nous vous informons que des déclarations de modification pour la période du 3eme trimestre 2013 au 1er trimestre 2015 inclus ont été établies d'office au nom de votre entreprise, en application des articles 22 et 22bis de la loi du 27 juin 1969 concernant la sécurité sociale des travailleurs.*
>
> *En effet, il ressort des éléments et des auditions recueillis à la suite de ce contrôle (cf. rapport des services de l'Inspection sociale de Bruxelles du 12/06/2015 référencé IS/09/749819 - NRP : 1197978) que Madame B , gérante, et sa fille, N qui s'occupe en tant qu'employée uniquement de l'accueil des clients, ne peuvent raisonnablement tenir seules cet établissement ; il est incontestable, après recoupement de ces auditions et compte tenu des heures d'ouverture (tous les jours de la semaine entre 10H30 et 22H00), qu'un équivalent temps plein au minimum, doit être occupé au fonctionnement de ce salon de massage.*

Or, à l'analyse de vos déclarations DMFA, il s'avère qu'hormis l'employée N aucune masseuse n'y est reprise durant la période du 01/08/2013 au 13/01/2015 inclus. Lors de son audition du 02/06/2015, Madame B déclare notamment à ce sujet, que durant cette période, des filles passaient et travaillaient pendant 4 à 5 jours et étaient remplacées par d'autres ne restant pas plus longtemps et vu qu' elles partaient après peu de temps, elle ne les déclaraient pas. Elle ajoute en outre, que dans ce secteur, il lui est difficile de garder du personnel à long terme, qu'elle a du mal à trouver des filles pour cette activité et que pour recruter, elle insère des annonces dans les médias papiers.

Au vu de ce qui précède, nous avons par conséquent procédé à la déclaration d'office « sous inconnu » des rémunérations et prestations d'un travailleur pour une occupation en qualité d'ouvrier salarié durant cette période du 01/08/2013 au 13/01/2015 inclus, à temps plein, suivant les barèmes de la commission paritaire 314 en vigueur aux moments des faits, conformément au formulaire F33 de régularisation des services de l'Inspection sociale de Bruxelles du 12/06/2015 référencé IS/09/749819.

Le décompte des cotisations dues apparaît comme suit : (...)

Un avis rectificatif vous parviendra prochainement (...) ».

Le montant réclamé s'élevait à 20.041,45 Euros.

3. Le 12 octobre 2015, l'ONSS a réclamé le paiement d'une double cotisation de solidarité, sur la base de l'article 22*quater* de la loi du 27 juin 1969. Cette demande a été justifiée et chiffrée, comme suit :

« Le 18/05/2015, il a été constaté par l'Inspection sociale de Bruxelles que les travailleuses : H et S étaient occupées chez vous sans qu'une déclaration immédiate à l'emploi (DIMONA) ne soit enregistrée.

En application de l'article 22 quater de la loi du 27 juin 1969 concernant la sécurité sociale des travailleurs une cotisation de solidarité est due pour le trimestre de la constatation. Cette cotisation est calculée sur une base forfaitaire égale au triple des cotisations de base, sur le revenu minimum mensuel moyen visé par l'article 3, alinéa 1er , de la convention collective de travail n°43 du 2 mai 1988 portant modification et coordination des conventions collectives de travail n°21 du 15 mai 1975 et n° 23 du 25 juillet 1975 relatives à la garantie d'un revenu minimum mensuel moyen. Le montant ainsi calculé ne peut être inférieur à 2717,95 euros.
Le montant de la cotisation de solidarité est diminué des cotisations dues pour les prestations effectivement déclarées pour le(s) travailleurs) concerné(s).

Nous vous informons que nous avons calculé le montant de la cotisation de solidarité due en vertu des dispositions légales susmentionnées pour les travailleuses: H et S

Ce calcul porte sur la différence entre le montant total de la cotisation de solidarité et les cotisations dues pour les prestations effectivement effectuées sur la déclaration du 2ème trimestre 2015, soit (...)

Le montant de la cotisation de solidarité s'élève à 4.733, 16 ».

4. Par requête déposée au greffe du tribunal du travail, le 21 janvier 2016, la société a postulé la mise à néant de la décision de régularisation d'office du 2 octobre 2015.

5. Le 26 janvier 2016, l'ONSS a rendu exécutoire le rôle spécial pour une dette d'un montant de 26.568,16 Euros.

Le 29 janvier 2016, il a entamé le recouvrement de cette créance par voie de contrainte. La contrainte a été signifiée le 12 février 2016.

La société a fait opposition à cette contrainte par une citation signifiée, le 26 février 2016 et puis le 18 mars 2016.

6. Par jugement du 15 mars 2017, le tribunal du travail a déclaré l'opposition à contrainte non fondée et a confirmé les décisions « avec toutes les considérations financières qui en découlent »

La société a fait appel du jugement par une requête déposée le 20 avril 2017.

II. OBJET DE L'APPEL

5. La société demande à la cour du travail de déclarer l'appel fondé et de mettre à néant la décision de régularisation d'office sous inconnu des rémunérations et prestations d'un travailleur pour occupation en qualité d'ouvrier salarié durant la période du 1er août 2013 au 13 janvier 2015 inclus, à temps plein, suivant les barèmes de la commission paritaire 314 en vigueur au moment des faits.

Elle demande donc de mettre à néant la contrainte décernée par l'ONSS le 29 janvier 2015 pour une somme totale de 26.568,16 Euros.

L'ONSS demande la condamnation de la société au paiement de 26.568,16 Euros à titre de cotisations majorations et intérêts de retard depuis le 27 janvier 2016, des intérêts judiciaires et des dépens.

III. DISCUSSION

A. La régularité des auditions

6. Il résulte des procès-verbaux d'audition signés par les personnes auditionnées, que tant Madame B , gérante, que les deux travailleuses qui ont été entendues, ont été informées préalablement de leurs droits conformément à l'article 47bis, § 2, du Code d'instruction criminelle. La possibilité de se concerter confidentiellement avec un avocat, de même que la circonstance que leurs déclarations pourraient servir de preuve en justice, ont été explicitement rappelées.

Il n'y a pas lieu d'écarter les déclarations faites lors des auditions.

B. L'existence d'un lien de subordination

7. L'assujettissement à la sécurité sociale des travailleurs salariés est requis lorsque la relation de travail prend place dans le cadre d'un contrat de travail.

Le « *lien de subordination qui est la caractéristique du contrat de travail existe dès qu'une personne peut, en fait, exercer son autorité sur les actes d'une autre personne* » (Cass. 10 septembre 2001, S.00.0187F; Cass. 27 avril 1998, S.97.0090.F; Cass. 23 juin 1997, S.96.0140F; Cass. 9 janvier 1995, *Pas.* 1995, p. 28; Cass. 14 novembre 1994, Pas. 1994, p. 936; C.T. Liège, 21 janvier 1997, *J.T.T.* 1997, p. 497).

La loi-programme du 27 décembre 2006 précise dans le même sens que :

- « *sans pouvoir contrevenir à l'ordre public, aux bonnes mœurs et aux lois impératives, les parties choisissent librement la nature de leur relation de travail, dont l'exécution effective doit être en concordance avec la nature de la relation.....* » (article 331),
- même si « *lorsque l'exécution de la relation de travail laisse apparaître la réunion de suffisamment d'éléments incompatibles avec la qualification donnée par les parties à la relation de travail, (...), il y aura une requalification de la relation de travail et application du régime de sécurité sociale correspondant...* » (article 332).

Cette loi prévoit comme critères généraux permettant d'apprécier l'existence ou l'absence du lien d'autorité :

« *- la volonté des parties telle qu'exprimée dans leur convention, pour autant que cette dernière soit exécutée conformément aux dispositions de l'article 331;*
- la liberté d'organisation du temps de travail;
- la liberté d'organisation du travail;
- la possibilité d'exercer un contrôle hiérarchique » (article 333, § 1er).

8. Les travailleuses (masseuses) entendues lors du contrôle n'ont fait le choix d'aucun statut social et la relation de travail n'a, comme telle, été l'objet d'aucune qualification entre les parties.

Il résulte des auditions qu'en ce qui concerne l'organisation du travail et du temps de travail, la liberté des travailleuses était particulièrement faible.

Madame H a déclaré que son horaire de travail lui était communiqué par « la patronne », que « le client paie la patronne », qu'elle « travaille directement pour la patronne », qu'elle a « trouvé ce travail via une annonce dans le journal VLAN » (qui ne précisait pas qu'il s'agissait d'une activité indépendante). Elle a également indiqué qu'elle notait ses prestations de manière à pouvoir les comparer avec le relevé de « la patronne » en fin de journée.

Les déclarations de Madame S confirment que l'argent est encaissé par la gérante qui en fin de journée, ristourne aux masseuses la moitié du prix de leurs prestations.

Lors de son audition, la gérante a indiqué qu'il « n'y a personne qui a un statut d'indépendant au sein de la société » et qu'elle recrute via « des annonces dans les média (à savoir le Vlan, La Dernière Heure,...). Elle a confirmé les heures d'ouverture ainsi que le mode de rémunération (50/50 à savoir « *moitié pour la fille et l'autre pour moi* »).

Il résulte aussi de l'audition de Madame S que la patronne a la possibilité d'annuler une prestation et de rembourser un client insatisfait, ce qui se répercute sur le montant finalement versé à la masseuse. Cette possibilité est indicative d'une possibilité de contrôle hiérarchique.

Il apparaît ainsi que les horaires ne sont pas fixés par les travailleuses et qu'en ce qui concerne l'organisation du travail, en ce compris la perception du prix des prestations, la gérante exerce un contrôle permanent. Les éléments rassemblé par l'ONSS démontrent que Madame SLIK et Madame H se trouvaient dans un lien de subordination à l'égard de la société.

9. En ce qui concerne la période de prestation, il résulte de la déclaration de la gérante que Madame H a commencé à travailler le 10 mai 2015 et a travaillé sans jour de congé du 10 au 18 mai 2015. Tant Madame H que sa collègue confirment ce volume de prestations.

En ce qui concerne Madame S les déclarations convergent également sur le fait qu'elle s'est présentée au salon le 8 mai 2015 et n'a travaillé que le 17 et le 18 mai 2015.

C. Conséquences : application de l'article 22*bis* de la loi du 27 juin 1969

10. L'ONSS réclame des cotisations sociales, non seulement, sur la base des prestations établies dans le chef de Madame S et de Madame H mais aussi, dans les limites du délai de prescription, sur la base des prestations d'une « travailleuse inconnue » qui selon l'ONSS, doit nécessairement avoir été occupée à temps plein pour faire fonctionner le salon de massage.

Pour établir l'existence de l'activité du salon de massage au cours de la période pour laquelle des cotisations sont réclamées, soit du 3ème trimestre 2013 au 3ème trimestre 2015, l'ONSS se prévaut du fait que la société existe depuis 2001 et que lors de son audition, la gérante a reconnu que sa fille avait été déclarée comme travailleuse salariée du 2 mai 2011 au 25 novembre 2014 et puis à partir de février-mars 2015.

L'ONSS se prévaut ainsi de l'article 22*bis*, aliéna 2, de la loi du 27 juin 1969.

11. L'article 22bis, alinéa 2 à 4, de la loi du 27 juin 1969, précise :

> « *(...)*
> *Lorsqu'il est impossible de déterminer le montant des cotisations dont l'employeur est débiteur, que ce soit en totalité ou individuellement par travailleur, celui-ci est établi globalement par l'Office national de sécurité sociale sur base de tous les renseignements recueillis par les fonctionnaires et agents chargés de la surveillance de l'exécution de la présente loi et de ses arrêtés d'exécution et ce même lorsque l'identité ou le nombre exact des travailleurs occupés n'est pas connu.*
> *Le montant de la créance ainsi établie est notifié à l'employeur par lettre recommandée.*
> *Le Roi détermine l'affectation des sommes perçues globalement* ».

La cour s'interroge sur l'abrogation implicite de cette disposition et, subsidiairement, sur sa constitutionnalité.

a) Selon l'article 22*bis*, alinéa 4, le Roi devait se prononcer sur l'affectation des cotisations perçues pour les prestations de travailleurs dont « *l'identité ou le nombre exact n'est pas connu* ». Un arrêté royal du 12 mars 1990 a introduit dans l'arrêté royal du 28 novembre 1969, un article 61*bis*, précisant que « les sommes perçues en application de l'article 22*bis*, alinéa 2, de la loi, sont réparties par l'Office national de sécurité sociale conformément à la disposition de l'article 19 de la loi ».

L'article 19 de la loi du 27 juin 1969 a été abrogé par une loi du 30 mars 1994 ; il a été rétabli par l'article 18 de la loi du 10 juillet 2016, dans une version qui n'a pas grand-chose à voir avec la question de l'affectation des cotisations ordinaires de sécurité sociale perçues à charge d'un employeur pour prestations d'un travailleur

non identifié. En l'état actuel de la législation, les cotisations qui seraient versées sur la base de l'article 22*bis* sont perçues sans que soit déterminée leur affectation.

On est dès lors en droit de considérer que depuis l'entrée en vigueur de la loi du 30 mars 1994, l'article 22*bis*, alinéa 2, est abrogé, à tout le moins, de manière implicite.

Il en est d'autant plus ainsi que l'article 71 de la loi-programme du 22 décembre 2008 a inséré dans la loi du 27 juin 1969 révisant l'arrêté-loi du 28 décembre 1944 concernant la sécurité sociale des travailleurs, un article 22*quater* ayant précisément pour objet de prévoir une cotisation de solidarité lorsqu'eu égard à la charge de la preuve qui pèse sur l'ONSS, celui-ci ne peut, en l'absence de déclaration DIMONA, procéder à la régularisation que pour le jour du contrôle, quand bien même il y aurait des indices d'une occupation sur une période plus longue.

Les travaux préparatoires de cette loi rappellent que « alors même que la personne en question est occupée depuis une période beaucoup plus longue, seul l'aveu du travailleur ou de son employeur, ainsi que des témoignages concordants d'autres travailleurs permettent de régulariser des périodes plus importantes sans risque de contestation ». Ainsi, « l'article 22*quater* en projet vise (...) à instaurer un mode particulier de réparation ou de restitution de nature civile, destiné, dans l'intérêt du financement de la sécurité sociale, à mettre fin à une situation contraire à la loi en obligeant l'employeur à payer une cotisation de solidarité calculée sur une base forfaitaire égale au triple des cotisations de base sur le revenu minimum mensuel moyen garanti et avec un minimum de 2 500 euros indexé, présumant ainsi que le travailleur pour lequel la déclaration immédiate de l'emploi n'a pas été faite a été employé plus d'une journée » (*Doc. parl.*, Chambre, 2008-2009, DOC 52-1607/001, pp. 51-53).

Face aux exigences de preuve, le législateur a renoncé à réclamer des cotisations sociales pour des prestations de travail n'ayant pas donné lieu à des constatations matérielles effectives. Il a préféré recourir à un mécanisme de dédommagement forfaitaire, fondé sur une présomption légale. L'article 22*bis*, alinéa 2, semble difficilement compatible avec l'approche qui a été celle du législateur par la suite, l'article 22*quater* pouvant, du reste, être considéré comme s'étant substitué à cette disposition.

b) Si l'article 22*bis*, alinéa 2, débouche sur la perception de cotisations, sans que celles-ci donnent lieu à une affectation déterminée (cfr ci-dessus), se poserait la question de la nature fiscale de cette cotisation.

A propos de la cotisation sociale mise à charge des sociétés par les articles 88 à 106 de la loi du 30 décembre 1992 portant des dispositions sociales et diverses, la Cour constitutionnelle a décidé :

> « *Bien que les impôts et les cotisations de sécurité sociale puissent avoir des caractéristiques communes, du fait de leur caractère obligatoire, ils diffèrent toutefois fondamentalement : les impôts servent à couvrir les dépenses générales d'intérêt public, tandis que les cotisations de sécurité sociale sont exclusivement affectées au financement de régimes d'allocations de remplacement ou de complément des revenus du travail.*
>
> *Le paiement de la cotisation en cause ne fait pas naître de droits complémentaires sur le plan de la sécurité sociale, de sorte qu'un lien avec la sécurité sociale des personnes redevables fait défaut. Il s'ensuit que la cotisation en cause n'est pas une cotisation à la sécurité sociale, mais un impôt au sens des articles 170 et 172 de la Constitution.*
>
> *Contrairement à ce qu'affirme le Conseil des ministres, ce constat n'est pas remis en cause par le fait que le produit de cette cotisation est destiné au financement du régime de la sécurité sociale des travailleurs indépendants, ni par la déductibilité fiscale de cette cotisation* » (Cour const., arrêt n° 103/2011 du 16 juin 2011, B.4.2.).

Au vu de cette jurisprudence, on peut s'interroger sur la nature fiscale des cotisations réclamées sur la base de l'article 22*bis*, alinéa 2, de la loi du 27 juin 1969, ainsi que sur la conformité de cette disposition avec les articles 170 à 172 de la Constitution.

Plus généralement, il y aurait lieu de s'interroger sur la conformité avec les articles 10 et 11 de la constitution en ce que cet article 22*bis*, alinéa 2, instaure une différence de traitement entre les employeurs qui versent des cotisations sociales susceptibles d'ouvrir des droits aux prestations en faveur des travailleurs qui sont ou ont été à leur service et les employeurs qui en application de cet article 22*bis*, alinéa 2, versent des cotisations qui ne permettront pas d'ouvrir des droits en faveur des travailleurs qui sont censés avoir été à leur service.

12. Indépendamment des questions évoquées ci-dessus, la cour considère qu'en tout état de cause, l'ONSS ne démontre pas de manière suffisamment certaine que des travailleuses se sont succédées au service de la société de manière à ce qu'au moins une travailleuse dont l'identité n'est pas connue, a été occupée dans le cadre d'un contrat de travail à temps plein, pendant toute la période litigieuse.

Les présomptions de l'homme doivent être maniées avec une certaine prudence.

Il ne se déduit ni du fait que la fille de la gérante a été déclarée à temps partiel du 2 mai 2011 au 25 novembre 2014 et puis à partir de février ou mars 2015, ni d'aucune autre

circonstance du dossier, que la société a occupé au moins une autre travailleuse à temps plein du 1er août 2013 au 13 janvier 2015 inclus.

Les auditions ne permettent pas non plus d'établir pareille occupation. De ce que Madame B a indiqué que « des filles passaient et travaillaient pendant 4 à 5 jours » et « étaient remplacées par d'autres ne restant pas plus longtemps », il ne se déduit pas que ces personnes travaillaient dans un lien de subordination.

De ce qu'un lien de subordination a été constaté dans le chef de Madame S et de Madame H , il ne se déduit pas que toute personne ayant été active au sein de la société était dans un lien de subordination.

Il apparaît du reste que les éventuelles périodes d'occupation restent incertaines.

13. La demande de l'ONSS doit être déclarée non fondée en ce qu'elle va au-delà de la réclamation des cotisations de sécurité sociale dues pour l'occupation, sans déclaration DIMONA, de Madame H du 10 au 18 mai 2015 et de Madame S les 17 et 18 mai 2015.

L'appel est dans cette mesure fondé.

Les décomptes ne permettent pas d'identifier dans la réclamation de l'ONSS les cotisations restant dues du chef de l'occupation sans déclaration DIMONA, de Madame H et de Madame S

Une réouverture des débats est donc nécessaire.

POUR CES MOTIFS,
LA COUR,

STATUANT contradictoirement,

Déclare l'appel recevable et dès à présent très largement fondé,

Dit que la demande de l'ONSS n'est fondée que dans la mesure où elle concerne l'occupation sans déclaration DIMONA,

- de Madame H du 10 au 18 mai 2015,
- de Madame S , les 17 et 18 mai 2015,

Dans cette mesure, réforme le jugement dont appel et ordonne la réouverture afin que les parties s'expliquent sur le montant restant dû par la société,

Fixe cette réouverture des débats à l'audience publique de la 8e chambre de la cour du travail de Bruxelles du **24 octobre 2018** à 14h30, au rez-de-chaussée de la Place Poelaert 3 à 1000 Bruxelles (salle 0.7), pour 20 minutes de plaidoiries.

Réserve les dépens.

Ainsi arrêté par :

J.-F. NEVEN, président,
S. DEMARREE, conseiller social au titre d'employeur,
F. TALBOT, conseiller social au titre d'employé,
Assistés de :
A. DE CLERCK, greffier

S. DEMARREE,

F. TALBOT,

A. DE CLERCK,

J.-F. NEVEN,

et prononcé, en langue française à l'audience publique de la 8ème Chambre de la Cour du travail de Bruxelles, le 23 mai 2018, où étaient présents :

J.-F. NEVEN, président,
A. DE CLERCK, greffier

A. DE CLERCK, J.-F. NEVEN,