



Numéro du répertoire
2016 /
R.G. Trib. Trav.
407/867 - 417/921
Date du prononcé
9 mai 2016
Numéro du rôle
2015/AL/290
En cause de :
J. J.-L.
C/
ONSS

Expédition

Délivrée à
Pour la partie

N° d'ordre

le
€
JGR

Cour du travail de Liège

Division Liège

Deuxième chambre

Arrêt

+ Sécurité sociale – ONSS – article 22^{ter} de la loi du 27 juin 1969 –
présomption de travail à temps plein non renversée
Articulation des articles 22^{ter} et 22^{quater} de la même loi
Droit judiciaire – preuve contraire - offre de preuve par témoins –
conditions – rejet
Articles 22^{ter} et 22^{quater} de la loi du 27 juin 1969

EN CAUSE :

Monsieur J.-L. J., domicilié à

ci-après M. J., partie appelante au principal, partie intimée sur incident,
comparaissant personnellement et assisté par Maître Philippe HANSOUL, avocat à 4000
LIEGE, Mont St.-Martin 20.

CONTRE :

OFFICE NATIONAL DE SECURITE SOCIALE (en abrégé ONSS), dont le siège est établi à 1060
BRUXELLES, Place Victor Horta, 11,
partie intimée au principal, partie appelante sur incident,
comparaissant par Maître Luc-Pierre MARECHAL, avocat à 4000 LIEGE, Bld Jules de Laminne,
1.

•
• •

Vu en forme régulière les pièces du dossier de la procédure à la clôture des débats le
22 février 2016, notamment :

- le jugement attaqué, rendu contradictoirement entre parties le 16 février 2015 par le
tribunal du travail de Liège, division Liège, 6^e chambre (R.G. : 407/867 - 417/921);
- la requête formant appel de ce jugement, reçue au greffe de la Cour le 4 mai 2015 et
notifiée à l'intimé le lendemain par pli judiciaire ;
- le dossier de la procédure du tribunal du travail de Liège, division Liège, reçu au greffe de
la Cour le 11 mai 2015 ;

- les conclusions d'appel de l'intimé entrées au greffe de la Cour les 3 août et 27 novembre 2015;

- les conclusions de l'appelant entrées au greffe de la Cour les 6 novembre et 31 décembre 2015;

- l'ordonnance de fixation prise sur base de l'article 747 du Code judiciaire le 26 juin 2015 et notifiée par plis simples aux parties et à leur conseil le 30 juin 2015 et l'ordonnance rectificative prise sur base de l'article 747 du Code judiciaire le 15 décembre 2015 et notifiée par plis simples aux parties et à leur conseil le 18 décembre 2015;

- les dossiers de chacune des parties déposés tous 2 à l'audience du 22 février 2016;

Entendu les conseils des parties en leurs explications à l'audience publique du 22 février 2016;

Vu l'avis écrit du ministère public, rédigé par Madame Elvire FATZINGER, substitut de l'auditeur du travail et subsidiairement du procureur du Roi d'Eupen, déléguée à l'auditorat général du travail de Liège par ordonnance du Procureur général de Liège du 24 avril 2015, déposé au greffe de la Cour le 7 mars 2016 et notifié conformément à l'article 767, § 3, du code judiciaire le lendemain,

Vu les conclusions en répliques de l'appelant entrées au greffe de la Cour le 6 avril 2016,

•
• •

I. FAITS ET ANTECEDENTS DE LA PROCEDURE

M. J. exploite en qualité de personne physique une brasserie avec l'aide de sa femme et de sa mère et, dans une moindre mesure compte tenu de leurs obligations scolaires, de ses enfants. Il recourt également à du personnel salarié.

Son exploitation a fait l'objet de plusieurs contrôles, dont deux sont pertinents pour le litige.

Tout d'abord un contrôle du 8 octobre 2010 réalisé par l'Inspection sociale fédérale à 22h45. A cette occasion, Lucas M. est constaté au travail. M. J. effectuera une déclaration immédiate à l'emploi (ci-après Dimona) pour ses prestations le 12 octobre 2010, soit tardivement. L'Inspection sociale a dressé procès-verbal de ce chef (Dimona tardive).

Lucas M. est ensuite engagé par M. J. à partir du 23 novembre 2010.

Le second contrôle a lieu le 9 février 2012 à 17h45 et est également effectué par l'Inspection sociale fédérale. Lucas M. se trouvait derrière le bar vêtu d'une chemise noire, d'un pantalon noir et portant un monnayeur à la ceinture. Il a été entendu le jour-même et a e.a. indiqué travailler à temps partiel, 19h/semaine. Il a également déclaré que le jour du contrôle, il avait commencé à 17h et devait terminer à 22h, tout comme la veille et tout comme c'était prévu pour le lendemain. Il a enfin précisé que ses horaires lui sont communiqués verbalement. Le contrat de travail de M. M. , qui prévoyait un horaire variable, était affiché sur le frigo de la cuisine. Quant à la farde « horaires et dérogations » qui se trouvait à côté de la caisse, elle s'est avérée vide. L'inspection sociale dresse procès-verbal en raison du manquement aux règles relatives à l'affichage des horaires des travailleurs à temps partiel.

Le 22 juin 2012, l'ONSS a adressé à M. J. une lettre par laquelle il se réfère au contrôle du 8 octobre 2010 au cours duquel M. Lucas M. a été constaté au travail sans qu'une déclaration immédiate à l'emploi ait été enregistrées. En application de l'article 22quater de la loi du 27 juin 1969 révisant l'arrêté-loi du 28 décembre 1944 concernant la sécurité sociale des travailleurs concernant la sécurité sociale des travailleurs, l'ONSS réclame une cotisation forfaitaire de solidarité 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, sans pouvoir être inférieure à 2.500 €. En l'espèce, l'ONSS a réclamé à M. J. la différence entre le montant total de la cotisation de solidarité et les cotisations dues pour les prestations effectivement effectuées sur la déclaration du 4ème trimestre 2010, soit 2.117,74 €.

M. J. conteste cette décision par une requête reçue au greffe du Tribunal du travail de Liège le 29 juin 2012. Cette procédure est enregistré sous le numéro de rôle général 407.867.

Le 10 octobre 2012, M. J. a écrit à l'auditorat du travail pour exposer son point de vue. Il expose le contexte dans lequel les infractions ont eu lieu et demande la suspension de la sanction de 2.177,74 € jusqu'au jugement.

L'ONSS, en application de l'article 22ter de la loi du 27 juin 1969 concernant la sécurité sociale des travailleurs, a fait le calcul des cotisations dues pour Lucas M. s'il avait travaillé temps plein et a adressé le décompte à M. J. le 14 novembre 2012. Bien que la copie de la

lettre qui figure au dossier soit très peu lisible, il semble que la période régularisée s'ouvre au 4^{ème} trimestre 2010 (sans qu'il ressorte du dossier si cette date s'explique par le contrôle du 8 octobre 2010 ou par l'engagement de Lucas M. à temps partiel à partir du 23 novembre 2010) et se clôture le 1^{er} trimestre 2012 (sans doute en raison du contrôle du 9 février 2012). Le montant de la régularisation s'élève à 9.471,74 € en principal.

Le 13 septembre 2013, l'ONSS a cité M. J. à comparaître devant le même tribunal pour l'entendre condamner au paiement de 13.969,76 €, à majorer des intérêts légaux sur le principal à dater du 29 mai 2013 pour la cotisation de solidarité et à dater du 26 février 2013 pour les cotisations de régularisation. Ce montant correspond en effet aux 2.117,74 € réclamés à titre de cotisation de solidarité (article 22^{quater} de la loi du 27 juin 1969 concernant la sécurité sociale des travailleurs) et à 9.471,74 € de cotisations sociales de régularisation pour l'occupation de M. Lucas M. en application de l'article 22^{ter} de la loi du 27 juin 1969 précitée, augmentés des majorations et intérêts. Cette procédure est enregistrée sous le numéro de rôle général 417.921.

Par ses conclusions du 20 décembre 2014, M. J. demande de dire que les intérêts moratoires sur la cotisation de solidarité ne peuvent être dus avant le 4 juin 2013, date de l'avis rectificatif. Il demande également de considérer la présomption établie par l'article 22^{ter} de la loi du 27 juin 1969 de travail à temps plein comme renversée (il offre subsidiairement de rapporter cette preuve contraire par toute voie de droit, témoignages inclus). Enfin, il soulève une double régularisation pour le 4^{ème} trimestre 2010, ce trimestre étant couvert tant par la cotisation de solidarité que par la régularisation sur pied de l'article 22^{ter}. Il postule enfin la condamnation de l'ONSS aux dépens.

Dans son avis commun aux deux procédures, l'auditeur du travail estime que le montant de la cotisation de solidarité (article 22^{quater}) doit être diminué du montant des cotisations dues sur pied de l'article 22^{ter} de la loi du 27 juin 1969. Concernant la prise de cours des intérêts sur la cotisation de solidarité, Madame l'auditeur estime qu'ils ne peuvent courir qu'à dater du 22 juin 2012. Enfin, elle estime que M. J. échoue à renverser la présomption prévue par l'article 22^{ter} de la loi du 27 juin 1969 selon laquelle Lucas M. est présumé avoir travaillé à temps plein.

Par son jugement du 16 février 2015, le Tribunal a joint les deux causes en raison de leur connexité et condamne M. J. à payer à l'ONSS 2.329,51 € (cotisations et majorations) à majorer des intérêts légaux sur 2.117,74 € depuis le 22 juin 2012 jusqu'à complet paiement et à 11.295,18 € à majorer des intérêts légaux sur 9.471,47 € depuis le 26 février 2013 jusqu'à complet paiement. Il condamne également M. J. aux dépens liquidés au profit de l'ONSS à 159,50 € de coût de citation et 1.200 € d'indemnité de procédure.

M. J. a interjeté appel de ce jugement par une requête du 4 mai 2015.

II. DEMANDES DES PARTIES

II.1. Demande de l'appelant

M. J demande de déclarer son appel recevable et fondé, de réformer le jugement dont appel et de dire pour droit que :

- les intérêts de retard aux taux légal sur la cotisation de solidarité (article 22^{quater}) ne sont dus qu'à dater, au plus tôt, de la mise en demeure du 22 juin 2012
- il renverse la présomption d'occupation à temps plein de telle sorte qu'il n'y a pas lieu à régularisation sur la base de l'article 22^{ter} de la loi
- la cotisation de solidarité ne doit pas être majorée d'une sanction civile correspondant à 10% du montant des cotisations
- la régularisation (article 22^{ter}) pour une occupation à temps plein depuis le 4^{ème} trimestre 2010 jusqu'en février 2012 constitue une sanction de nature répressive et ne peut être cumulée avec l'amende administrative infligée par le SPF Emploi et travail et doit donc être annulée
- la cotisation de solidarité (article 22^{quater}) doit être diminuée de la régularisation postulée par l'ONSS sur la base de l'article 22^{ter} pour le trimestre concerné
- le coût de l'huissier doit être délaissé à l'ONSS
- l'ONSS doit être condamné aux dépens liquidés, chaque fois, à 1.210 € par instance

A titre subsidiaire M. J. demande une mesure d'instruction et qu'il soit autorisé à rapporter par toutes voies de droit, témoignages inclus, la preuve du fait suivant :

- depuis le 4^{ème} trimestre 2010 jusqu'au 1^{er} trimestre 2012, M. Lucas M. était occupé en qualité de garçon de bar au service de M. J., exploitant une brasserie (...) dans le cadre d'une occupation à temps partiel de 19 heures/semaines répartie sur les demi-journées de 4 heures, M. M. n'exerçait <pas> des prestations dans un horaire à temps plein de 38 heures/semaines ;

- outre les deux barman à temps partiels (19h/semaine) sont occupés dans le cadre du fonctionnement de cet établissement, non seulement M. J. lui-même, mais également son épouse, Mme V.B., sa mère, Mme H.W., ainsi que ses fils, de telle sorte qu'il y a une présence très largement suffisante que pour couvrir toute la période d'ouverture de l'établissement.

En ce cas, il demande de réserver à statuer.

II.2. Demande de l'ONSS

L'ONSS postule la confirmation pure et simple des deux décisions litigieuses du 22 juin 2012 et du 14 novembre 2012 et la condamnation de M. J. à l'ensemble des cotisations, majorations et intérêts dus en vertu de ces décisions. Il interjette un appel incident concernant la prise de cours des intérêts sur la cotisation de solidarité, estimant qu'ils doivent prendre cours à dater de l'expiration du trimestre litigieux contrairement à ce que le jugement a estimé et que l'indemnité forfaitaire de 10% est bien due sur la cotisation de solidarité conformément à l'article 54 de l'arrêté royal du 28 novembre 1969.

Il demande dès lors de dire l'appel principal recevable mais non fondé, de dire l'appel incident recevable et fondé et en conséquence de condamner M. J. à lui payer :

- La somme de 2.674,58 € à majorer des intérêts légaux sur 2.117,74 € depuis le 29 mai 2013 jusqu'au complet paiement
- La somme de 11.295,18 € à majorer des intérêts légaux sur 9.471,47 € depuis le 26 février 2013 jusqu'au complet paiement.

Il postule également la condamnation de M. J. aux dépens liquidés à 159,50 € de frais de citation et deux fois 1.210 € d'indemnité de procédure, soit 2.579,50 €.

III. LA DECISION DE LA COUR

III. 1. Recevabilité de l'appel

Il ne ressort pas des pièces du dossier que le jugement attaqué ait été signifié. Les appels principal et incident ont été introduits dans les formes et délai légaux. Les autres conditions de recevabilité sont réunies. Tant l'appel principal que l'appel incident sont recevables.

III.2. Fondement

Cotisation de solidarité

La cotisation de solidarité a été établie par l'article 22^{quater} de la loi du 27 juin 1969 révisant l'arrêté-loi du 28 décembre 1944 concernant la sécurité sociale des travailleurs. Celui-ci s'énonce comme suit :

Art. 22^{quater}. Lorsqu'un contrôleur, un inspecteur social ou un officier de police judiciaire constate qu'un employeur a omis d'effectuer la déclaration immédiate de l'emploi visée à l'arrêté royal du 5 novembre 2002 instaurant une déclaration immédiate de l'emploi, en application de l'article 38 de la loi du 26 juillet 1996 portant modernisation de la sécurité sociale et assurant la viabilité des régimes légaux des pensions, pour un travailleur déterminé, il en informe l'Office national de Sécurité sociale, suivant les modalités déterminées par l'Office.

Sur cette base, l'Office national de sécurité sociale établit d'office, sous forme d'une rectification, le montant d'une cotisation de solidarité 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 2 500 euros. Le montant en question est rattaché à l'indice santé du mois de septembre 2008.

Par dérogation à l'alinéa 2, l'employeur qui invoque l'impossibilité matérielle d'effectuer des prestations de travail à temps plein, doit fournir les éléments permettant d'établir la réalité des prestations du travailleur. Le montant de la cotisation de solidarité est alors réduit à due proportion.

Le montant de la cotisation de solidarité est diminué des cotisations dues pour les prestations effectivement déclarées pour le travailleur concerné.

Ce montant est à imputer sur le trimestre durant lequel les prestations du travailleur ont été constatées.

Le montant de la créance ainsi établie est notifié à l'employeur par lettre recommandée.

Interrogée sur la nature de cette cotisation de solidarité, la Cour constitutionnelle a très nettement affirmé qu'il s'agissait d'une mesure civile¹ :

B.11.1. La cotisation de solidarité en cause est déterminée selon un mode de calcul qui tend à compenser forfaitairement les cotisations, de même que les frais administratifs liés au constat de l'infraction de non-paiement de cotisations de sécurité sociale pour des prestations de travail qui n'ont pas été déclarées auprès de l'Office national de sécurité sociale.

Si le montant de cette cotisation est certes calculé indépendamment de la durée du non-paiement des cotisations, sur une base forfaitaire égale au triple des cotisations de base qui sont payées sur le revenu minimum mensuel moyen garanti, il se limite à prendre comme base de calcul le « revenu minimum mensuel moyen » ; en outre, si le montant dû ne peut en principe être inférieur à 2 500 EUR, ce montant peut être diminué à concurrence des cotisations dues pour les prestations effectivement déclarées pour le travailleur concerné. A cet égard, il a été déclaré au cours des travaux préparatoires de la disposition en cause que lorsque « l'employeur déclare le travailleur pour une période correspondant à l'entièreté du trimestre avec une rémunération faisant que les cotisations dues seront supérieures au montant de la cotisation de solidarité [...] cette dernière ne sera pas due » (*Doc. parl.*, Chambre, 2008-2009, DOC 52-1607/001, p. 52), et ce alors que la sanction prévue par l'article 1er bis, § 1er, 5°, C), de la loi du 30 juin 1971 demeure applicable.

De même, si l'employeur peut démontrer que le travailleur se trouvait dans l'impossibilité matérielle d'effectuer des prestations de travail à temps plein, le montant de la cotisation de solidarité sera réduit à due proportion.

La cotisation de solidarité en cause n'a donc pas une fonction répressive, car elle s'explique par le souci du législateur de réparer un dommage évalué forfaitairement.

Le cas de figure soumis à la Cour rentre bien dans le champ d'application de cette disposition. Quand bien même Lucas M. travaillait à l'essai le 8 octobre 2010, cela ne dispensait pas M. J. de procéder à une Dimona d'entrée avant le début de l'occupation de Lucas M. Le manquement aux articles 4 et 8 de l'arrêté royal du 5 novembre 2002 instaurant une déclaration immédiate de l'emploi (applicable à l'époque) et à l'article 181 du Code

¹ C. Const., n° 28/2012, 1^{er} mars 2012, *www.const-court.be*, *Dr. pén. entr.* 2012, p. 199, note M. VRIELINCK, *J.T.T.*, 2012, p. 321, note Ph. GOSSERIES, *NjW*, 2013, p. 839, note L. VERMEULEN, E. VAN GRUNDERBEEK, *R.W.* 2012-13 (sommaire), p. 500, *Chron. D.S.*, 2013, p. 15, note et p. 452. C'est la Cour qui souligne.

pénal social (actuellement en vigueur) est patent et la condition d'enclenchement de l'article 22quater de la loi du 27 juin 1969 est bien présente. Par ailleurs, le litige ne porte pas sur l'impossibilité matérielle de Lucas M. d'effectuer des prestations de travail à temps plein le jour du contrôle, cet argument n'étant pas soulevé par M. J.

Il résulte néanmoins de ce qui précède que la cotisation de solidarité n'a pas la nature d'une cotisation « ordinaire » de sécurité sociale. Il s'agit d'un montant forfaitaire non négligeable (le triple des cotisations de base, sans que le montant puisse être inférieur à 2.500 €) sur lequel la loi prévoit d'imputer les cotisations déclarées du chef de l'occupation du travailleur concerné pour le trimestre concerné. Ce montant supérieur à la stricte réparation s'explique par la volonté du législateur de couvrir également les frais administratifs liés au constat de l'infraction de non-paiement de cotisations de sécurité sociale². Elle n'est pas de nature pénale mais sanctionne un comportement qui a occasionné un travail supplémentaire à l'ONSS.

Avant de se prononcer sur l'application de majorations et intérêts sur la cotisation de solidarité, la Cour estime devoir examiner le mécanisme de régularisation du travail à temps partiel et l'articulation des deux régimes.

² Ainsi que le pointe très pertinemment la Cour constitutionnelle dans l'arrêt précité, le ministre des Affaires sociales et de la Santé publique a déclaré ce qui suit au Sénat : « Lorsque l'inspection constate qu'un employeur n'a pas fait de déclaration immédiate de l'emploi (Dimona) pour un travailleur en particulier, l'inspection doit procéder à diverses opérations pour pouvoir régulariser ce travailleur, à savoir :

- l'identification de l'employeur à la Banque-carrefour des entreprises ou même son inscription s'il n'y est pas encore enregistré;

- la Dimona;

- la Dmfa (déclaration multifonctionnelle trimestrielle);

- la comptabilisation des montants dus;

- l'envoi de la régularisation à l'employeur;

- et en cas de non-paiement, le recouvrement des montants dus par la voie judiciaire.

Le coût de ces opérations effectuées par l'inspection, l'ONSS, l'auditorat du travail et l'avocat en cas d'action judiciaire est bien trop élevé par rapport au montant moyen d'une créance. En effet, à l'heure actuelle, l'inspection doit mettre le travailleur en observation pendant plusieurs jours pour pouvoir prouver qu'il a effectué du travail non déclaré pendant plus d'une journée.

L'article 71 insère donc dans la loi du 27 juillet 1969 un article 22quater qui a pour objectif de faire payer, dans l'intérêt du financement de la sécurité sociale, une cotisation de solidarité forfaitaire aux employeurs qui ont recouru au travail au noir. Cette cotisation de solidarité a été calculée sur une base forfaitaire égale au triple des cotisations de base qui sont payées sur le revenu minimum mensuel moyen garanti, et avec un minimum de 2 500 euros indexés.

Si l'employeur déclare le travailleur pour plus d'une journée dans le trimestre en question, les cotisations payées sont alors prises en compte. Il en va de même lorsque l'employeur prouve l'impossibilité matérielle de prestations à temps plein pour l'ensemble ou une partie du trimestre en question » (*Doc. parl.*, Sénat, 2008-2009, n° 4-1050/3, pp.3-4).

Régularisation sur pied de l'article 22ter de la loi du 27 juin 1969

Les règles sur l'affichage des horaires à temps partiel fait l'objet d'une législation très stricte en raison des risques de fraude que génère un travail à temps partiel, en particulier lorsque les horaires sont variables - comment vérifier qu'un travailleur ne travaille pas au noir si on ne dispose pas de son horaire ?

La méfiance du législateur à l'égard du travail à temps partiel se perçoit à la lecture de l'article 22ter de la loi du 27 juin 1969, ainsi formulé (il s'agit de la version applicable lors du contrôle du 9 février 2012) :

Art. 22ter. 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.

Il n'est pas contesté, à juste titre, que les horaires de travail de Lucas M. n'étaient pas affichés conformément aux articles 159, 160, 162, 163 et 165 de la loi programme du 22 décembre 1989 et qu'il n'y avait pas d'utilisation des appareils visés à l'article 164 de la même loi. En outre, en l'espèce, en l'absence d'horaires de travail normaux d'autres travailleurs, la présomption porte sur un travail en qualité de travailleur à temps plein.

La Cour de cassation³ a été amenée à se prononcer sur le caractère réfragable de cette présomption et a considéré, à juste titre que l'article 22ter, alinéa 2, n'indiquant pas que la présomption est irréfragable et la loi n'annulant aucun acte ou n'interdisant aucune action sur la base de cette présomption légale, celle-ci doit être considérée comme réfragable, quels que soient les termes de l'exposé des motifs du projet de loi qui ne sauraient conférer à cette disposition légale une portée qui n'est pas conforme au texte même de la loi.

³ Cass., 7 février 2011, www.juridat.be.

De même, la Cour constitutionnelle, également interrogée sur l'article 22ter de la loi du 27 juin 1969 (et sans se prononcer sur la nature civile ou pénale de celle-ci, qui faisait partie des questions soumises à son appréciation) a estimé ce qui suit⁴ :

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 instaurerait une présomption irréfragable, les questions préjudicielles appellent une réponse positive.

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

(...)

B.8.2. 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.

Le législateur a par la suite modifié le texte de l'article 22ter de façon à explicitement consacrer le caractère non irréfragable de la présomption.

⁴ C.C., n° 178/2011, 17 novembre 2011, www.const-court.be, *J.T.T.*, 2012, p., 225; *R.W.*, 2011-12 (sommaire), p. 716, *Chron. D.S.*, 2013, p. 14.

Renversement de la présomption

La régularisation porte sur la période qui s'étend du 4^{ème} trimestre 2010 (sans qu'il ressorte du dossier si cette date s'explique par le contrôle du 8 octobre 2010 ou par l'engagement de Lucas M. à temps partiel à partir du 23 novembre 2010) au 1^{er} trimestre 2012 (selon toute vraisemblance en raison du contrôle du 9 février 2012).

Pour appliquer la présomption de travail à temps plein pour le passé, l'ONSS se prévaut d'un arrêt de la Cour de cassation du 20 octobre 2008 dans lequel la Cour considère à bon droit qu'à défaut de publicité des horaires de travail normaux, la présomption instaurée par l'article 22^{ter}, de la loi du 27 juin 1969 révisant l'arrêté-loi du 28 décembre 1944 concernant la sécurité sociale des travailleurs suivant laquelle les travailleurs à temps partiel sont présumés avoir effectué leurs prestations dans le cadre d'un contrat de travail à temps plein, est applicable non seulement au moment de la constatation du défaut précité mais aussi à toute la période de l'occupation.

M. J. est néanmoins admissible à renverser la présomption. Cette preuve contraire consiste à démontrer que le travailleur à temps partiel n'a pas effectué de prestations à temps plein dans le cadre d'un contrat de travail à temps plein⁵. Elle n'implique pas de prouver l'importance des prestations effectives dans le cadre d'un contrat à temps partiel⁶.

Toutefois, M. J. échoue dans cette démonstration.

En effet, comme l'a relevé le premier juge, les attestations qu'il dépose émanent de personnes ne voyant pas Lucas M. travailler une journée complète.

Lucas M. pourrait travailler à des endroits non accessibles à la clientèle, avant ou après la fermeture, travailler à pause pour plus de 19h/semaine en dehors des moments où les clients qui ont déposé le voient ou ne le voient pas... En outre, quand bien même l'épouse et la mère de M. J. l'aideraient, cela n'exclut pas que tous souhaitent des moments de loisirs en famille qui justifient l'engagement de Lucas M. à hauteur de plus que 19h/semaine.

C'est également pour ce motif que la preuve par témoins proposée par M. J. ne saurait être admise.

L'article 915 du Code judiciaire permet de rapporter la preuve d'un fait précis et pertinent par un ou plusieurs témoins. En vertu de l'article 916 du même Code, le juge peut ordonner d'office la preuve des faits qui lui apparaîtront concluants si la loi ne le défend pas.

⁵ Cass., 21 janvier 2011, www.juridat.be

⁶ Cass., 3 février 2003, *J.T.T.*, 2004, p. 311 et *Chron.D.S.*, 2003, p. 538.

Il ressort de la jurisprudence constante de la Cour de cassation que le caractère précis et pertinent d'un fait dont la preuve est offerte s'apprécie en fait et dès lors souverainement⁷, pour autant que le juge ne méconnaisse pas le droit des parties d'apporter la preuve par témoins⁸. Un fait est pertinent lorsque, s'il était prouvé, il aurait une conséquence sur la demande.

Concernant le premier fait que M. J. entend prouver (« depuis le 4^{ème} trimestre 2010 jusqu'au 1^{er} trimestre 2012, M. Lucas M. était occupé en qualité de garçon de bar au service de M. J., exploitant une brasserie (...) dans le cadre d'une occupation à temps partiel de 19 heures/semaines répartie sur les demi-journées de 4 heures, M. M. n'exerçait <pas> des prestations dans un horaire à temps plein de 38 heures/semaines »), il s'agit en réalité de la preuve qui doit être rapportée et non d'un ou plusieurs faits précis et pertinents de nature à l'établir. Or, il a été à maintes reprises jugé que « n'est pas admissible la demande de preuve, notamment par témoins, qui énonce comme élément probatoire ce qui doit précisément être démontré alors que pareille demande doit porter sur un ou plusieurs faits précis et pertinents établissant ce qui devrait être prouvé »⁹. Ceci suffit à rendre cette offre de preuve par témoin irrecevable.

A supposer même que cette offre ait porté sur un fait de nature à établir ce qui devait être prouvé (que Lucas M. n'a pas effectué de prestations à temps plein dans le cadre d'un contrat de travail à temps plein), force est de constater que seuls des témoins présents durant toute la période d'ouverture de la brasserie, soit de 7h du matin à 2h du matin, et ayant accès aux parties tant publiques que privées, pourraient apporter un éclairage pertinent sur la présence ou l'absence de Lucas M. M. J. ne prétend pas pouvoir produire de tels témoins. Les chances de démontrer le fait proposé sont donc très faibles.

Enfin, quand bien même de tels témoignages existeraient, ils seraient nécessairement le fait de personnes présentant une telle intimité avec M. J. que leur déclaration ne pourrait qu'être suspecte de complaisance et prise avec beaucoup de distance.

La Cour estime dès lors contreproductif d'exposer les nombreuses démarches d'une enquête dès lors qu'elle ne porte pas sur un fait de nature à démontrer ce qui devrait être prouvé et

⁷ Cass., 3 décembre 1971, Cass., 7 janvier 1983, Cass., 20 novembre 2008 et Cass., 11 mai 2009, www.juridat.be.

⁸ Cass., 20 novembre 2008 et Cass., 11 mai 2009, www.juridat.be.

⁹ C. trav. Liège (Namur), 19 août 2010, R.G. n° 2009/AN/8814 inédit et cité par l'ONSS dans ses conclusions. Cet arrêt renvoie lui-même à Cour trav. Bruxelles, 2^e ch., 15 mars 1990, R.G. n° 23.758 ; Cour trav. Liège, 4^e ch., 22 janvier 1992, R.G. n° 17.819 ; Cour trav. Liège, 4 mars 1993, R.G. n° 19.491 ; Cour trav. Liège, 3^e ch., 20 avril 1998, R.G. n° 26.179 ; Cour trav. Liège, 3^e ch., 20 mars 2000, R.G. n° 26.945/98 ; Cour trav. Mons, 5^e ch., 15 juin 2001, R.G. n° 15.891.

que quand bien même ce serait le cas, la preuve offerte ne serait pas assez fiable pour influencer sur la résolution du litige.

Concernant le deuxième fait (« outre les deux barman à temps partiels (19h/semaine) sont occupés dans le cadre du fonctionnement de cet établissement, non seulement M. J. lui-même, mais également son épouse, Mme V.B., sa mère, Mme H.W., ainsi que ses fils, de telle sorte qu'il y a une présence très largement suffisante que pour couvrir toute la période d'ouverture de l'établissement »), la Cour constate que, à supposer même qu'il soit prouvé, il est indifférent à la solution du litige. En effet, qu'il y ait ou non une présence théorique suffisante pour couvrir toute la période d'ouverture de l'établissement ne permet en rien de se prononcer sur le nombre d'heures réellement prestées par Lucas M. La Cour ne dispose pas d'informations fiables sur le nombre de personnes nécessaires pour faire fonctionner la brasserie en fonction des heures de pointe et des creux et quand bien même elle en aurait, rien ne permet en effet d'affirmer avec certitude que les membres de la famille qui exploitent le café maximisent leur propre temps de travail au détriment de leur vie personnelle. Ce second fait est également dénué de pertinence.

Enfin, les déclarations de M. J., intéressé au premier chef par le dénouement de cette affaire, et celles faites aux inspecteurs par Lucas M., qui est dans un lien de subordination à son égard, sont de simples allégations qui, à défaut d'éléments matériels ou de témoignages pertinents et incontestables concordants les renforçant, ne présentent pas le crédit nécessaire pour entraîner la conviction de la Cour.

M. J. échoue à démontrer que Lucas M. n'a pas effectué de prestations à temps plein dans le cadre d'un contrat de travail à temps plein. Il ne renverse pas la présomption réfragable et Lucas M. doit être considéré comme ayant effectué des prestations dans le cadre d'un contrat de travail en qualité de travailleur à temps plein du quatrième trimestre 2010 au premier trimestre 2012.

Articulation des régimes prévus par les articles 22ter et 22quater de la loi du 27 juin 1969

En page 11 et 12 de ses conclusions d'appel de synthèse, M. J. soutient que les sanctions de l'article 22quater et de l'article 22ter de la loi du 27 juin 1969 ne peuvent être cumulées.

Peu de doctrine et de jurisprudence sont consacrées à l'application combinée des articles 22ter et 22quater de la loi du 27 juin 1969. Une doctrine très autorisée écrit néanmoins ce qui suit : « Toutefois, si l'O.N.S.S. décide de procéder à une régularisation sur la base de l'article 22ter précité, il renoncera d'office à une éventuelle régularisation fondée sur

l'article 22*quater* de la loi du 27 juin 1969, dans le cadre du trimestre au cours duquel la constatation a été faite et inversement »¹⁰.

Cette opinion ne se réfère malheureusement à aucune base légale ou réglementaire. Néanmoins, la Cour relève que ni l'ONSS, ni M. J. n'ont cité beaucoup de doctrine ou de jurisprudence sur la question spécifique du cumul des mécanismes prévus par les articles 22*ter* et 22*quater* de la loi du 27 juin 1969, et que ses propres recherches ont également été fort décevantes. Ceci donne à penser que cette question, au demeurant intellectuellement fort intéressante, se pose peu dans la pratique ou que les seules décisions en la matière sont inédites. Si l'ONSS dispose de décisions inédites qu'elle n'a pas encore déposées, la Cour aimerait pouvoir en prendre connaissance, tout comme elle aimerait être éclairée sur la pratique habituelle et les directives de l'ONSS lorsqu'existe la possibilité d'appliquer à une même période les articles 22*ter* et 22 *quater*.

Lucas M. a travaillé d'abord de façon non déclarée le 8 octobre 2010 et ensuite en violation des règles sur l'affichage des horaires à temps partiel le 9 février 2012, avec pour conséquence la présomption non renversée qu'il a travaillé à temps plein et aurait dû être déclaré à hauteur de cette occupation à temps plein. L'ONSS a choisi de faire rétroagir la présomption de travail à temps plein jusqu'au quatrième trimestre 2010.

La Cour estime devoir être plus amplement éclairée sur la nature de la régularisation effectuée en application de l'article 22*ter* de la loi du 27 juin 1969

L'ONSS estime que l'article 22*ter* présente une nature civile. Avec Mme l'avocat général, la Cour considère de même que la régularisation des cotisations dues est une simple mesure dénuée de caractère pénal qui intervient dans l'intérêt du financement de la sécurité sociale lorsque l'employeur n'est pas parvenu à renverser la présomption de travail à temps plein.

Si la Cour constitutionnelle a pu considérer à propos de la cotisation de solidarité qu'une somme calculée forfaitairement indépendamment de la durée du non-paiement des cotisations, sur une base forfaitaire égale au triple des cotisations de base était une simple réparation civile, à plus forte raison en va-t-il ainsi pour une régularisation non forfaitaire au montant éludé et non à un multiple de celui-ci. Cette mesure de dédommagement de l'institution lésée ne présente pas la gravité caractéristique d'une sanction pénale.

C'est d'ailleurs pour ce motif que l'argument « Non bis in idem » invoqué par M. J. pour s'opposer à l'application de l'article 22*ter* de la loi du 27 juin 1969 alors qu'il a été condamné

¹⁰ Th. DRIESSE, « La cotisation O.N.S.S. spéciale susceptible d'être appliquée en cas de manquement(s) Dimona » ; *Or.*, 2012, p. 10.

à une amende administrative du chef du non affichage des horaires de travail ne peut être retenu.

Ceci ne clôt cependant pas le débat sur la nature des sommes versées par l'employeur au titre de la régularisation prévue par l'article 22ter.

S'agit-il de pures cotisations de sécurité sociale au sens le plus classique du terme, qui vont corrélativement générer une adaptation de la déclaration DMFA du travailleur concerné et augmenter les prestations dont il pourra se prévaloir (p. ex. s'il est confronté à l'ONEm) ?

S'agit d'un mécanisme, certes de nature civile, qui vise au financement de l'ONSS et de ses missions sans pour autant bénéficier au travailleur concerné¹¹ ?

Si cette seconde hypothèse était la bonne, comment qualifier les cotisations de régularisation versées au titre de l'article 22ter de la loi du 27 juin 1969 ? Bien que l'article 22ter s'insère dans la section « Déclaration et paiement », il y aurait lieu de se demander si le mécanisme prévu par cette disposition ne présente pas certaines caractéristiques de la catégorie hybride et mal définie des sanctions civiles¹².

S'il s'agit d'une simple réparation de la situation qui profite par ailleurs au travailleur, la Cour n'aperçoit pas pour quel motif une stricte mesure de mise en conformité ne pourrait être cumulée avec la cotisation de solidarité visée à l'article 22quater, quand bien même elle trouverait à s'appliquer à un trimestre commun.

Cela poserait toutefois la question de l'imputation des cotisations de régularisation 22ter sur la cotisation de solidarité réclamée en vertu de l'article 22quater, question déjà débattue par les parties et que la Cour ne manquera pas de trancher s'il y a lieu.

Il est en outre possible que les sommes versées au titre de 22ter aient la nature de cotisations de sécurité sociale quand bien même elles ne créeraient pas de droits corrélatifs pour le travailleur. La Cour invite les parties à donner leur sentiment sur leur articulation avec la cotisation de solidarité.

Si par contre le mécanisme prévu par l'article 22ter est en réalité une sanction civile, destinée à pénaliser l'employeur en raison d'un comportement inadéquat (sans pour autant présenter les caractéristiques d'une sanction pénale), la question du cumul pour le même

¹¹ La Cour signale à l'attention des parties un arrêt récent de la Cour de cassation qui peut présenter un intérêt au regard de cette problématique (Cass., 29 février 2016, RG S.15.0052.F, www.juridat.be).

¹² Sur l'ambiguïté de l'expression « sanction civile », voy. H. MORMONT, « Le contrôle judiciaire des décisions de l'ONSS », in *La sécurité sociale des travailleurs salariés. Assujettissement, cotisations, sanctions*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 451-452.

trimestre du mécanisme prévu par l'article 22^{ter} d'une part et l'article 22^{quater} d'autre part pourrait se poser.

Que ce soit en raison de la Dimona manquante ou du non affichage des horaires de travail, le travail de Lucas M. n'a pas été déclaré de façon idoine et il en résulte un dommage pour l'ONSS. Quel est le préjudice de la collectivité et de l'ONSS (qui représente ses intérêts lorsqu'il s'agit de collecter les cotisations sociales) pour le quatrième trimestre ? On pense bien entendu au premier chef au manque à gagner dû aux cotisations éludées et au travail supplémentaire généré dans le chef de l'ONSS pour régulariser la situation – mais peut-être existe-t-il d'autres postes. Ce dommage est-il distinct pour le manquement à la Dimona d'une part et le manquement à l'affichage correct des horaires d'autre part ? Y a-t-il un motif d'indemniser deux fois le préjudice de cotisations éludées subi par l'ONSS au cours d'un seul trimestre ? Enfin, la question se pose-t-elle différemment selon que la régularisation intervenue sur pied de l'article 22^{ter} rétroagit jusqu'au jour du premier contrôle ou jusqu'au jour où Lucas M. a été engagé par M. J. à temps partiel¹³ ?

Le point de la procédure

La Cour a conscience de ne pas avoir vidé sa saisine. Si elle a tranché la question du renversement de la présomption d'occupation à temps plein prévue par l'article 22^{ter} de la loi du 27 juin 1969, rejetant au passage l'offre de preuve par témoins, et estimé que la nature civile de cette régularisation faisait obstacle à l'application du principe *Non bis in idem*, elle a estimé devoir être éclairée sur le caractère de sanction civile ou de simple réparation de la régularisation prévue par l'article 22^{ter}. De la jurisprudence inédite et des notes internes de l'ONSS sur la question seraient également les bienvenues.

Ce n'est qu'en fonction de la réponse à ces questions qu'il y aura lieu d'aborder, ou non, l'application d'une majoration sur la cotisation de solidarité, la prise de cours des intérêts sur la cotisation de solidarité et l'imputation sur cette même cotisation des montants régularisés d'office pour le quatrième trimestre 2010.

De même, la question des dépens (en ce compris les frais de citation) devra être abordée en fin de litige.

¹³ La Cour serait reconnaissante à l'ONSS d'indiquer quelle date elle a retenue et où cela se lit dans le décompte ou la décision (photocopie mal passée).

PAR CES MOTIFS,

LA COUR,

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

après en avoir délibéré et statuant publiquement et contradictoirement,

- dit les appels principal et incident recevable,
- dit que M. J. ne renverse pas la présomption prévue par l'article 22^{ter} de la loi du 27 juin 1969 pour l'occupation de Lucas M. et qu'il n'y a pas lieu à ordonner des enquêtes,
- Ordonne, en application de l'article 774 du code judiciaire, la réouverture des débats afin de permettre aux parties de prendre position sur la nature des cotisations de régularisation appliquées en vertu de l'article 22^{ter} précité
- Dit que l'ONSS déposera ses conclusions et pièces au plus tard le 5 septembre 2016
- Dit que M. J. déposera ses conclusions et pièces au plus tard le 17 octobre 2016
- Dit que l'ONSS déposera et communiquera ses éventuelles conclusions de synthèse et nouvelles pièces au plus tard le 14 novembre 2016;
- Dit que M. J. déposera et communiquera ses éventuelles conclusions de synthèse et nouvelles pièces au plus tard le 12 décembre 2016;
- Dit que l'affaire sera à nouveau plaidée à l'audience de la 2^e chambre de la Cour du travail de Liège, division Liège, du **lundi 23 janvier 2017 à 14 H.30 pour 30 minutes de plaidoiries**, siégeant salle C.O.C., au rez-de-chaussée de l'annexe sud du palais de justice, sise à 4000 Liège, place Saint-Lambert, 30

le Greffier, la Présidente,