Rep.N°2011/788

COUR DU TRAVAIL DE BRUXELLES

ARRET

AUDIENCE PUBLIQUE DU 16 MARS 2011

8ème Chambre

SECURITE SOCIALE DES TRAVAILLEURS SALARIES
- ONSS – Cotisations de sécurité sociale
Arrêt contradictoire et interlocutoire :
Réouverture des débats : mercredi 28 septembre 2011, à 14h00

En cause de:

La SOCIETE REGIONALE WALLONNE DU TRANSPORT, dont le siège social est établi à 5100 JAMBES (NAMUR), avenue Gouverneur Bovesse 96,

partie appelante, représentée par Maître DUBOIS Olivier, avocat,

Contre :

L'OFFICE NATIONAL DE SECURITE SOCIALE, dont le siège social est établi à 1060 BRUXELLES, Place Victor Horta, 11,

partie intimée, représentée par Maître BOURGEOIS Nadine, avocat,

★

★ ★

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

La présente décision applique notamment les dispositions suivantes :
- Le code judiciaire,
- La loi du 15 juin 1935 sur l'emploi des langues en matière judiciaire, et notamment l'article 24.

Vu produites en forme régulière les pièces de la procédure légalement requises;

Vu le jugement du 10 octobre 2000,

Vu la requête d'appel de la société régionale wallonne du transport (SRWT) du 15 janvier 2001,

Vu les conclusions déposées pour l'ONSS le 7 mai 2004 et pour la SRWT, le 15 septembre 2004,

Vu les conclusions additionnelles déposées pour l'ONSS le 10 octobre 2005,

Vu l'ordonnance sur pied de l'article 747, § 2, du Code judiciaire du 23 février 2009,

Vu les conclusions de synthèse déposées pour l'ONSS le 27 avril 2009 et le 11 janvier 2010 et pour la SRWT, le 28 août 2009 et le 5 février 2010,

Entendu les conseils des parties à l'audience du 26 janvier 2011.

* * *

I. LES FAITS et ANTECEDENTS DU LITIGE

1. L'ONSS a réclamé à la SNCV (société nationale des chemins de fers vicinaux) des cotisations de sécurité sociale calculées sur les pécules de vacances complémentaires pour deux jours de la quatrième semaine de vacances (versés entre 1984 et 1987) et sur des indemnités d'intempéries payées en janvier et février 1985.

Une procédure a été introduite devant le tribunal du travail de Bruxelles par citations du 3 novembre 1987 et du 10 juin 1988. La première visait à la condamnation de la SNCV à payer la somme de 72.339.053 FB, en principal, la seconde visait à sa condamnation à payer la somme de 72.826.343 FB, en principal.

Suite à la dissolution de la SNCV, ses obligations, et notamment celles relatives aux charges du personnel, ont été transférées à la SRWT et à la Vlaamse Vervoer Maatschappij (VVM) par l'arrêté royal du 27 mars 1991 relatif à la dissolution de la SNCV et au transfert de ses missions, biens et obligations.

L'instance a été reprise par la VVM et la SRWT.

2. Par jugement du 10 octobre 2000, le tribunal a :

- dit prescrite la demande relative aux cotisations afférentes au troisième trimestre 1984,
- débouté l'ONSS de la demande relative aux cotisations sociales calculées sur les indemnités d'intempéries, et aux accessoires à ces cotisations,

- dit que les cotisations sociales calculées sur les pécules de vacances et afférentes au quatrième trimestre 1984 ainsi qu'aux trimestres suivants sont dues, ainsi que les accessoires,
- condamné la SRWT à payer 45 % des cotisations et accessoires et la VVM à payer 55 % des cotisations et accessoires,
- autorisé la SRWT à s'acquitter de sa condamnation en douze versements mensuels, à partir du 1er novembre 2000,
- renvoyé l'affaire au rôle avant de statuer sur les montants des condamnations,
- dit n'y avoir lieu à exécution provisoire.

3. Il n'est pas produit d'acte de signification du jugement. La SRWT a fait appel par une requête déposée le 15 janvier 2001.

La VVM a fait appel par une requête déposée le 9 mai 2001 : cette affaire est inscrite au rôle sous le numéro RG 41.524. Elle est devenue sans objet, un arrêt étant prononcé, ce jour, en ce sens.

II. OBJET DE L'APPEL

4. La SRWT demande à la Cour du travail de mettre le jugement à néant, sauf en tant qu'il dit prescrite la demande relative aux cotisations portant sur le troisième trimestre 1984 et en tant qu'il dit non fondée la demande relative aux indemnités d'intempéries.

L'ONSS demande à la Cour du travail de déclarer l'appel de la SRWT recevable mais non fondé et de la condamner au paiement de la somme de 1.265.106,16 Euros (selon extrait de compte arrêté au 9 juin 2009) à majorer des intérêts légaux sur les cotisations.

III. DISCUSSION

5. La Cour doit résoudre la question de savoir si avant l'entrée en vigueur de l'arrêté royal du 19 novembre 1987, la société des chemins fers vicinaux à laquelle a succédé la SRWT, devait payer des cotisations sociales sur les doubles pécules de vacances versés à son personnel pour deux jours de la 4ème semaine, entre le 4ème trimestre 1984 et 1987.

A. Le cadre juridique

6. Selon l'article 1 de la loi du 27 juin 1963 fixant le pécule de vacances du personnel de certains organismes d'intérêt public, le personnel de ces organismes « ***bénéficient à partir du 1er janvier 1962 du pécule de vacances accordé aux agents de l'administration générale du Royaume, à l'exclusion de tout autre régime*** ».

L'article 1, § 2, de cette loi précise qu'elle n'est pas applicable à la Société nationale des Chemins de fer vicinaux.

La portée de cette exclusion doit se comprendre en fonction des travaux préparatoires de la loi du 27 juin 1963.

Il a été rappelé à cette occasion que jusqu'alors « *en matière de pécules de vacances, la plupart des organismes parastataux (étaient) soumis aux dispositions légales réglant la question dans le secteur privé* » (Doc. parl., ch., sess. 1961-62, exp. des motifs, n°433/1, p. 1 ; rapport, n° 433/4, p. 1).

L'exclusion de la SNCV du champ d'application de loi du 27 juin 1963 devait donc avoir pour conséquence que cette société continuerait à s'aligner sur les dispositions applicables au secteur privé.

L'application au personnel contractuel de la SNCV des dispositions du secteur privé sur les vacances annuelles a, d'ailleurs, été confirmée par l'article 11, § 3, de l'arrêté royal du 28 novembre 1969 qui étend au personnel de cette société, les différentes branches de la sécurité sociale des travailleurs salariés, sans en exclure les vacances annuelles. Il en résulte que les lois sur les vacances annuelles des travailleurs salariés coordonnées le 28 juin 1971 sont applicables à ce personnel.

7. Pour les entreprises soumises à la loi du 5 décembre 1968 sur les commissions paritaires et les conventions collectives, l'extension du double pécule de vacances a été réalisée, dans un premier temps, par la convention collective n° 20 conclue au sein du Conseil national du travail, le 29 janvier 1976.

Cette convention collective qui avait pour objet l'octroi d'un double pécule pour une partie de la quatrième semaine de vacances a été modifiée par les conventions collectives de travail n° 20*bis* du 3 mars 1977, 20*ter* du 6 avril 1982, 20*quater* du 1er février 1983 et 20*quinquies* du 6 décembre 1983[1].

8. L'inclusion des pécules de vacances dans la base de calcul des cotisations sociales fait l'objet d'un ensemble complexe de dispositions :

- Selon l'article 14 de loi du 29 juin 1969 révisant l'arrêté-loi du 28 décembre 1944 concernant la sécurité sociale des travailleurs, les cotisations de sécurité sociale sont calculées sur base de la rémunération du travailleur.

  La notion de rémunération est déterminée par l'article 2 de la loi du 12 avril 1965 concernant la protection de la rémunération des travailleurs, cette notion pouvant être élargie ou restreinte par arrêté délibéré en Conseil des Ministres.

  Au sens de l'article 2 de la loi du 12 avril 1965, on entend par rémunération, le salaire en espèces et les avantages évaluables en argent auxquels le travailleur a droit, à charge de l'employeur, en raison de son engagement.

- Au sens de l'article 2, alinéa 3, de la loi du 12 avril 1965, les pécules de vacances ne sont pas de la rémunération : en principe, ils ne sont donc pas inclus dans la base de calcul des cotisations sociales.

---

[1] Le double pécule pour une partie de la quatrième semaine de vacances a finalement été intégré dans la législation sur les vacances annuelles des travailleurs salariés par la loi-programme du 30 décembre 1988 et son arrêté royal d'exécution du 1er mars 1989.

En ce qui concerne le simple pécule de vacances, l'article 19, § 1er, de l'arrêté royal du 28 novembre 1969 déroge à cette exclusion : la partie du pécule qui « correspond à la rémunération normale des jours de vacances » est donc de la rémunération.

- En ce qui concerne le double pécule de vacances, l'article 19, § 1, alinéa 4, de l'arrêté royal du 28 novembre 1969, tel qu'en vigueur après sa modification par l'arrêté royal du 30 mars 1982 et avant sa modification par l'arrêté royal du 19 novembre 1987, précisait :

> « *Par dérogation à l'article 2, alinéa 3, 3°, de la loi du 12 avril 1965 précitée, sont également considérés comme rémunérations, les montants payés en complément du double pécule de vacances légal, à l'exception des montants complémentaires prévus par des conventions collectives nationales, conclues en commission paritaire avant le 31 décembre 1974, et à l'exception du montant du double pécule de vacances pour deux jours de la quatrième semaine de vacances, visé à la convention n° 20, conclue le 29 janvier 1976 au sein du Conseil national du travail relative à l'octroi d'un double pécule de vacances pour une partie de la quatrième semaine de vacances, modifié par la convention collective de travail n° 20bis du 3 mars 1977, rendues obligatoires respectivement par les arrêtés royaux des 10 mai 1976 et 18 mai 1977* ».

Ainsi, il a été confirmé que les doubles pécules de vacances dus en vertu de la convention collective n° 20, ne sont pas de la rémunération.

L'objectif de l'arrêté royal du 30 mars 1982 était, semble-t-il, d'éviter que l'employeur puisse, en majorant *à sa guise* les compléments au double pécule de vacances, accorder des primes qui bien qu'étant accordées en contrepartie du travail, échapperaient au calcul des cotisations sociales.

B. Application dans le cas d'espèce

9. La SNCV était un organisme d'intérêt public.

L'article 2, § 3, de la loi du 5 décembre 1968, dans sa version applicable à la présente espèce[2], précisait qu'elle ne s'applique pas « *aux personnes occupées par l'Etat, les provinces, les communes, les établissements publics qui en dépendent et les organismes d'intérêt public* ».

La SNCV ne rentrait pas dans le champ d'application de la loi du 5 décembre 1968 de sorte que la Convention collective n° 20 ne lui était pas applicable.

Il n'est pas contesté toutefois que la SNCV a accordé à son personnel un double pécule de vacances équivalent à celui prévu par la CCT n° 20, et ce parce que son exclusion du champ d'application de la loi du 27 juin 1963, impliquait qu'elle continue à faire bénéficier son personnel du même régime que celui en vigueur au sein du secteur privé.

10. Sous réserve de la question de la discrimination qui sera envisagée au point C, le raisonnement du 1er juge doit être confirmé :

---

[2] Soit dans la version précédant sa modification par la loi du 17 juin 1991

- l'exonération prévue par l'article 19, § 1er, alinéa 4, de l'arrêté royal du 28 novembre 1969, vaut pour les doubles pécules payés en exécution de la convention collective n° 20 de sorte que cette exonération n'est, en principe, pas applicable aux doubles pécules de vacances qui sont payés par un organisme d'intérêt public qui n'y est pas soumis.

C'est donc à juste titre que le tribunal a estimé que le double pécule de vacances qui a été payé par la SNCV n'était pas un pécule de vacances visé par la convention collective n° 20.

Les travaux préparatoires de la loi du 27 juin 1963 ne peuvent, comme tels, avoir pour conséquence d'étendre le champ d'application de l'exonération prévue par l'article 19, § 1er, alinéa 4, de l'arrêté royal du 28 novembre 1969.

C. Existence d'une différence de traitement injustifiée

11. En appel, la SRWT soutient que l'article 19, § 1er, de l'arrêté royal du 28 novembre 1969 créée une différence de traitement injustifiée entre les employeurs soumis à la loi du 5 décembre 1968 et un organisme d'intérêt public qui a respecté la convention collective n° 20, non pas parce que cette convention collective lui était directement applicable, mais en vue de se conformer aux travaux préparatoires de la loi du 27 juin 1963.

Les principes relatifs à l'égalité de traitement

12. Les principes de l'égalité devant la loi et de la non-discrimination découlent des articles 10, 11 et 11bis de la Constitution.

La Cour constitutionnelle et la Cour de cassation les interprètent de la même manière :

> « *les principes de l'égalité et de la non-discrimination n'excluent pas qu'une différence de traitement soit établie entre certaines catégories de personnes pour autant que le critère de différenciation soit susceptible de justification objective et raisonnable. L'existence d'une telle justification doit s'apprécier en tenant compte du but et des effets de la mesure critiquée ainsi que de la nature des principes en cause ; le principe de l'égalité est violé lorsqu'il est établi qu'il n'existe pas de rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens utilisés et le but visé* » (Jurisprudence constante de la Cour constitutionnelle : voy. not. C. Const., n°23/89 du 13 octobre 1989 ; dans la jurisprudence de la Cour de cassation, voy. Cass., 5 octobre 1990, Pas., 1991, I, p. 123 ; Cass., 28 juin 2001, F.000024.F, www.juridat.be ; Cass., 25 juin 2007, S.05.0094.N., www.juridat.be; Cass., 20 octobre 2008, S.08.0008.N, www.juridat.be».

Le principe d'égalité s'oppose aussi à ce que des catégories de personnes se trouvant dans des situations qui, au regard de la mesure considérée, sont essentiellement différentes, soient traitées de manière identique sans qu'apparaisse une justification objective et raisonnable.

13. Le contrôle du respect des principes d'égalité et de non-discrimination, se fait en différentes étapes.

Ainsi, la Cour Constitutionnelle vérifie généralement (voy. F. DELPEREE et A. RASSON-ROLAND, *La Cour d'Arbitrage*, Larcier, 1996, p. 94-95) :

- si les catégories de personnes se trouvent dans des situations comparables ;
- si la différence de traitement peut être justifiée par le but poursuivi par le législateur ;
- si la différence de traitement présente un caractère objectif et raisonnable ;
- si la mesure est pertinente par rapport aux objectifs poursuivis ;
- si la mesure n'a pas d'effets disproportionnés.

En fonction de l'objet des articles 10, 11 et 11bis de la Constitution, « *la différence de traitement doit résulter de la norme législative et non de facteurs externes, de situations de fait, de dispositions législatives étrangères...* » (V. FLOHIMONT, « Comparaison et comparabilité dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle : rigueur ou jeu de hasard ? », R.B.D.C ., 2008, p. 226).

14. En matière de sécurité sociale, la Cour constitutionnelle est particulièrement sensible à l'existence d'une comparabilité suffisante entre la personne prétendument discriminée et la catégorie de référence (comprenant les bénéficiaires d'un régime plus favorable).

A différentes reprises, la Cour a décidé qu'il « *existe des différences fondamentales entre les travailleurs indépendants, d'une part, et les travailleurs salariés et les fonctionnaires, d'autre part, en ce qui concerne les régimes de sécurité sociale qui leur sont applicables. Ces différences ne permettent pas de comparer à tous égards ces catégories de travailleurs* » (C. Const., arrêts du 15 septembre 1999, n° 100/99, B.2.2., du 16 novembre 2000, n° 116/2000, B.4. et du 28 novembre 2001, n° 152/2001, B.5.).

La Cour admet, néanmoins, que sur des questions communes, des comparaisons peuvent être établies (cfr les arrêts cités ci-dessus) et qu'une comparabilité suffisante peut exister entre les secteurs public et privé.

Ainsi, la comparabilité entre les deux secteurs a été admise à propos de la pension de conjoint divorcé (C. Const., arrêt n° 4/2006 du 11 janvier 2006) ainsi qu'en ce qui concerne les risques professionnels (que ce soit en matière de maladies professionnelles : arrêts n° 3/2009 du 15 janvier 2009 et n° 25/2007 du 30 janvier 2007 ou en matière d'accidents du travail : voy. les arrêts n° 102/2009 du 18 juin 2009, n° 190/2009 du 26 novembre 2009, n° 82/2002 du 8 mai 2002, n° 200/2005 du 21 décembre 2005, n° 125/2004 du 7 juillet 2004).

15. Lorsque la différence de traitement injustifiée a pour origine le champ d'application d'une norme, se pose la question de savoir dans quelle mesure le juge peut corriger la différence de traitement en appliquant à la catégorie discriminée le régime prévu pour la catégorie de comparaison.

A ce sujet, on peut suggérer qu'il faut éviter de tomber dans le paradoxe que ~~celui qui est discriminé peut~~ « être rétabli dans son droit à l'égalité lorsqu'il suffit de biffer quelques mots d'une loi, mais se voit dénier ce droit lorsqu'il faudrait ajouter quelques mots à la loi » (B. RENAULD, « Lacune législative et devoir de juger », J.L.M.B., 2006, p. 637).

A propos des lacunes constatées dans une norme législative par la Cour constitutionnelle, la Cour de cassation décide :

> « *Le juge peut et doit pallier la lacune s'il peut mettre fin à l'inconstitutionnalité en suppléant simplement à l'insuffisance de la disposition légale litigieuse dans le cadre des dispositions légales existantes, de manière à la rendre conforme aux articles 10 et 11 de la Constitution.*
>
> *En revanche, il ne peut se substituer au législateur si la lacune est telle qu'elle exige nécessairement l'instauration d'une nouvelle règle qui doit faire l'objet d'une réévaluation des intérêts sociaux par le législateur ou qui requiert une modification d'une ou de plusieurs dispositions légales* » (Cass. 3 novembre 2008, S.07.0013.N).

Lorsque la différence de traitement injustifiée figure dans un arrêté royal, l'article 159 de la Constitution impose au juge d'écarter la disposition litigieuse et d'appliquer la disposition qui lui pré-existait, si elle existe et pour autant qu'elle ne soit pas, elle aussi, contraire aux articles 10 et 11 de la Constitution.

Comparabilité et justification de la différence de traitement

16. L'article 19, § 1er, alinéa 4, du 28 novembre 1969, avant sa modification par l'arrêté royal du 19 novembre 1987, était à l'origine d'une différence de traitement entre les employeurs du secteur privé, et qui à ce titre, étaient tenus de respecter la convention collective n° 20, et la SNCV qui n'appliquait cette convention collective que parce qu'il résultait de son exclusion de la loi du 27 juin 1963, qu'elle devait continuer à appliquer la législation des vacances annuelles du secteur privé (cfr ci-dessus).

Dès lors que, pour les vacances de leur personnel, la SNCV et les employeurs du secteur privé appliquaient les mêmes dispositions légales, il y a lieu de les considérer comme formant des catégories comparables.

Cette différence de traitement n'est dès lors acceptable que pour autant que le critère de différenciation soit susceptible de justification objective et raisonnable.

17. En l'espèce, la différence de traitement repose sur un critère objectif, à savoir l'exclusion de la SNCV du champ d'application de la convention collective n° 20.

18. L'objectif de l'article 19, § 1er, alinéa 4 de l'arrêté royal du 28 novembre 1969 n'était pas de créer cette différence de traitement mais plutôt d'éviter l'abus consistant à octroyer, sous forme de compléments au double pécule de vacances, des primes qui en règle, devraient être considérées comme des rémunérations.

La circonstance que l'obligation de verser les doubles pécules de vacances pour une partie de la quatrième semaine de vacances ne résulte pas de la convention collective n° 20, comme telle, mais d'un alignement « historique » sur le secteur privé, n'est pas de nature à justifier une différence de traitement au niveau du calcul des cotisations de sécurité sociale sur ces doubles pécules :

- l'alignement sur le secteur privé était lié à l'exclusion de la SNCV du champ d'application de la loi du 27 juin 1963 : le paiement des mêmes pécules de vacances que ceux prévus pour le secteur privé, était donc conforme à la volonté du législateur ;

- dès lors que l'objectif de la SNCV était de s'aligner sur le secteur privé et non d'accorder des primes supplémentaires, le risque d'abus était, en l'espèce, inexistant : la finalité de l'article 19, § 1er, alinéa 4, ne commandait

donc pas l'inclusion dans la base de calcul des cotisations sociales, des doubles pécules de vacances versés pour deux jours de la 4ème semaine par la SNCV ;

- l'absence de justification raisonnable est confirmée par le fait qu'à la suite de l'action introduite par l'ONSS contre la SNCV, l'article 19, § 1er, alinéa 4, a été immédiatement modifié afin que « *la même réglementation de sécurité sociale (soit) appliquée aux organismes d'intérêt public qu'au personnel tombant sous la CCT n° 20* » (voir Note pour le Conseil des Ministres du 3 novembre 1987) ;
- dans le cadre de la présente procédure, l'ONSS n'avance aucune justification à la différence de traitement.

19. L'article 19, § 1, alinéa 4, de l'arrêté royal du 28 novembre 1969, tel qu'en vigueur après sa modification par l'arrêté royal du 30 mars 1982 et avant sa modification par l'arrêté royal du 19 novembre 1987, était contraire aux articles 10 et 11 de la Constitution en ce qu'il n'excluait pas le double pécule de vacances payé par la SNCV pour deux jours de la 4ème semaine de vacances, de la base de calcul des cotisations sociales.

En l'espèce, il y a donc lieu d'écarter cette disposition.

Les parties ne se sont pas expliquées sur les conséquences de ce refus d'application et notamment, le cas échéant, sur la disposition pré-existante à laquelle il faudrait se référer.

Une réouverture des débats s'impose donc.

Par ces motifs,
La Cour du travail,

Statuant contradictoirement,

Dit l'appel de la SRWT recevable et fondé dans la mesure ci-après,

Dit que l'article 19, § 1, alinéa 4, de l'arrêté royal du 28 novembre 1969, tel qu'en vigueur avant sa modification par l'arrêté royal du 19 novembre 1987, était contraire aux articles 10 et 11 de la Constitution,

Ecarte par conséquent l'application de cet arrêté royal,

Invite les parties à s'expliquer sur les conséquences de cette décision,

Ordonne à cette fin la réouverture des débats à l'audience du **mercredi 28 septembre 2011 à 14h00 (durée des plaidoiries : 20')**

Fixe comme suit les délais de conclusions :

- l'ONSS déposera ses conclusions au greffe et les communiquera aux autres parties en cause, au plus tard le **20 mai 2011,**
- la SRWT déposera ses conclusions au greffe et les communiquera aux autres parties en cause, au plus tard le **18 juillet 2011,**
- l'ONSS déposera ses conclusions au greffe et les communiquera aux autres parties en cause, au plus tard le **26 août 2011,**

Réserve les dépens.

Ainsi arrêté par :

J.-F. NEVEN Conseiller

J. DE GANSEMAN Conseiller social au titre employeur

P. LEVEQUE Conseiller social au titre de travailleur ouvrier

et assistés de R. BOUDENS Greffier délégué

R. BOUDENS P. LEVEQUE J. DE GANSEMAN J.-F. NEVEN

L'arrêt est prononcé à l'audience publique de la 8e chambre de la Cour du travail de Bruxelles, **le 16 mars deux mille onze**, où étaient présents :

J.-F. NEVEN Conseiller

R. BOUDENS Greffier délégué

R. BOUDENS J.-F. NEVEN