Rep.N°. M1387

COUR DU TRAVAIL DE BRUXELLES

ARRET

AUDIENCE PUBLIQUE DU 7 février 2011

6ème Chambre

MALADIES PROFESSIONNELLES
Arrêt contradictoire
Question préjudicielle

En cause de:

FONDS DES MALADIES PROFESSIONNELLES, dont le siège social est établi à 1210 BRUXELLES, avenue de l'Astronomie 1,
partie appelante,
représentée par Maître TIHON Jean-Marie, avocat à 4020 LIEGE,

Contre :

M Cesira, ayant repris l'instance de P Francesco,

partie intimée,
représentée par Maître DODION loco Maître JOURDAN Mireille, avocat à 1050 BRUXELLES,

★

★ ★

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

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

Vu le jugement de Tribunal du travail de Bruxelles du 16 novembre 2001,

Vu la requête d'appel du 17 février 2004,

Vu les conclusions déposées pour Monsieur P le 26 novembre 2004 et pour le FMP, le 22 mai 2006,

Vu l'ordonnance sur pied de l'article 747, § 2, du Code judiciaire du 30 juillet 2009,

Vu les conclusions déposées pour Monsieur P , le 30 septembre 2009 et les conclusions contenant un acte de reprise d'instance déposées le 25 janvier 2010, pour Madame Cesira M ,

Entendu les conseils des parties aux audiences du 15 mars 2010 et du 29 novembre 2010,

* * *

I. LES FAITS et ANTECEDENTS DU LITIGE

1. Monsieur P est né le 2 novembre 1925. Il est décédé le 27 mai 2009. Il a travaillé comme mineur de fond au charbonnage du Nord de Gilly à Fleurus (Hainaut). Il a contracté la silicose et a été indemnisé par le Fonds des maladies professionnelles, à partir du 27 octobre 1978.

A compter du 17 décembre 1989, lui a été reconnu un taux de 35 % d'incapacité de travail, soit 25 % d'incapacité physique et 10 % pour les facteurs socio-économiques.

Le 14 mars 1997, il a introduit une demande en aggravation. Cette demande a été refusée par une décision du FMP qui a été contestée devant le tribunal du travail de Bruxelles.

2. Par jugement du 7 octobre 1999, le tribunal du travail a désigné le Docteur Armand DECOSTER en qualité d'expert.

Le rapport a été déposé le 28 novembre 2000. Il proposait de porter le taux d'incapacité physique de 25 à 30 %, à partir du 26 janvier 2000.

Suite au dépôt de ce rapport d'expertise, Monsieur P a demandé par conclusions du 23 mai 2001 que le taux d'incapacité permanente soit fixé à globalement 40 % à partir du 26 janvier 2000.

Par jugement du 16 novembre 2001, le tribunal a fait droit à cette demande et a porté le taux à 30 % d'incapacité physique et 10 % pour les facteurs socio-économiques à partir du 26 janvier 2000.

Il n'est pas produit d'acte de signification du jugement.

3. Le FMP a fait appel du jugement du 16 novembre 2001, par une requête déposée au greffe de la Cour du travail, le 17 février 2004.

II. OBJET DE L'APPEL

5. Le FMP demande à la Cour du travail de réformer le jugement et de maintenir un taux d'incapacité permanente de 35 % à compter du 26 janvier 2000, compte tenu d'un salaire de base inchangé.

Madame M demande la confirmation du jugement. A titre subsidiaire, elle demande à la Cour du travail de poser à la Cour constitutionnelle, la question suivante :

> *« au regard de l'article 1er du Protocole n° 1 de la Convention européenne des droits de l'homme, combiné avec l'article 14 de la Convention et des articles 10 et 11 de la Constitution quant à l'existence d'une situation discriminatoire par rapport à la victime d'un accident du travail qui après 65 ans, continue à obtenir réparation de la perte de sa capacité économique telle qu'elle avait été évaluée avant cet âge et dès lors que les principes de réparation sont comparables dans les deux régimes ;*
>
> *Au regard de l'article 23 de la Constitution vu le principe de stand still qu'il consacre, dès lors que cette disposition réduit le droit à la réparation de la maladie professionnelle après 65 ans ».*

III. DISCUSSION

A. Exposé du litige

6. Monsieur P est né le 2 novembre 1925. Lorsqu'en 1997, il a sollicité la révision de son incapacité permanente, il était déjà âgé de plus de 65 ans.

A la suite du refus du FMP de revoir le taux d'incapacité, Monsieur P a saisi le tribunal du travail qui a désigné un expert.

L'avis de l'expert n'est en tant que tel pas discuté : à la date retenue par l'expert, l'incapacité physique est passée de 25 à 30 %.

La discussion concerne les facteurs socio-économiques.

Le FMP estime sur base de l'article 35bis des lois coordonnées du 3 juin 1970 relatives à la réparation des dommages résultant des maladies professionnelles qu'après 65 ans, les facteurs socio-économiques ne doivent plus être pris en compte si ce n'est, dans le cadre du régime transitoire prévu par les lois du 30 mars et 21 décembre 1994, pour éviter une diminution du taux global d'incapacité permanente. Ainsi, le Fonds estime que le taux global doit rester de 35 %.

Madame M pose la question de savoir s'il est justifié de ne plus tenir compte des facteurs socio-économiques en cas de ré-évaluation de l'incapacité permanente d'une victime âgée de plus de 65 ans, alors que cette modification des critères de fixation de l'incapacité permanente n'est pas d'application aux victimes des accidents du travail.

Madame M invoque en particulier la convention OIT n°18 qui précise que « *le taux de (la) réparation (des maladies professionnelles) ne sera pas inférieur à celui que prévoit la législation nationale pour les dommages résultant d'accidents du travail* ».

B. Dispositions légales pertinentes

L'évaluation de l'incapacité permanente découlant d'une maladie professionnelle

7. Selon la Cour de cassation,

> « *L'incapacité permanente de travail résultant d'une maladie professionnelle consiste dans la perte ou la diminution du potentiel économique de la victime sur le marché général du travail. L'étendue du dommage s'apprécie non seulement en fonction de l'incapacité physiologique mais encore en fonction de l'âge, de la qualification professionnelle, de la faculté d'adaptation, de la possibilité de rééducation professionnelle et de la capacité de concurrence de la victime sur le marché général de l'emploi.*
> *Si la reconnaissance d'une incapacité permanente de travail suppose, certes, l'existence d'une incapacité physiologique, le taux de cette dernière ne constitue toutefois pas nécessairement l'élément déterminant pour évaluer le degré de l'incapacité permanente* » (Cass. 11 septembre 2006, S.050037.F, Pas., 2006, I, p. 1690 et concl. J-Fr. LECLERCQ; J.T.T. 2007, p. 23).

P. DELOOZ et D. KREIT citent à titre d'exemples de facteurs qui doivent être pris en compte « *la scolarité pauvre chez un travailleur manuel d'origine turque, l'âge relativement avancé d'un travailleur essentiellement manuel, l'incapacité s'accroissant en principe avec l'âge dès lors que le travailleur voit, avec l'écoulement du temps, s'émousser ses capacités d'adaptation et se réduire ses possibilités de rééducation professionnelle, ou encore le niveau professionnel et artistique dont doit pouvoir justifier une violoniste d'orchestre* » (Les maladies professionnelles, Larcier, Droit social, 2ème éd., 2008, p. 75).

Le Fonds des maladies professionnelles a établi un guide d'évaluation des facteurs socio-économiques dont on admet qu'il n'a qu'une valeur indicative (P. DELOOZ et D. KREIT, op. cit., p. 83).

Incidence des facteurs socio-économiques à partir de 65 ans : évolution de la législation

8. La question de la prise en compte des facteurs socio-économiques après l'âge de la pension a été discutée dès l'origine (voir Projet de loi relatif à la réparation des dommages résultant des maladies professionnelles et à la prévention de celles-ci, Rapp. Comm., Doc. Parl., S., 1963-1964, n° 52, p. 33 et s.).

Il a toutefois été précisé que les répercussions sur le marché du travail devraient être prises en compte, même après 65 ans, la question du cumul avec la pension devant être réglée par la législation en matière de pension (Rapp. Comm., Doc. Parl., S., 1963-1964, n° 52, p. 34).

La Cour de cassation a, dans le même sens, décidé le 29 septembre et le 29 décembre 1986 que « *le fait de bénéficier d'une pension de retraite n'est pas pris en considération en tant qu'élément de détermination du taux d'incapacité permanente de travail résultant d'une maladie professionnelle* » (Cass. 29 septembre 1986, Pas., 1987, I, p. 122; Cass. 29 décembre 1986, Pas., 1987, I, p. 526).

La Cour a ainsi confirmé que les facteurs socio-économiques doivent encore être pris en compte après l'âge de la retraite et qu'il n'y a pas lieu de se limiter à l'indemnisation de la seule incapacité physiologique.

9. En réaction à cette jurisprudence qui ne correspondait pas, semble-t-il, à la pratique du FMP (voy. Rapport au Roi, Pasinomie, 1987, p. 642 et M.B. du 16 avril 1987), l'arrêté royal n° 529 du 31 mars 1987 a introduit dans les lois coordonnées un article 35bis, précisant en son premier alinéa :

> « *Si le taux d'incapacité de travail permanente est constaté ou revu après l'âge de 65 ans, il est tenu compte dans l'évaluation de la diminution de la capacité de gain normale, produite par la limitation effective des possibilités de travail sur le marché de l'emploi, qui valent pour tous ceux qui appartiennent à cette catégorie d'âge* ».

Ainsi, fallait-il déterminer les répercussions socio-économiques en fonction, uniquement, du marché du travail des plus de 65 ans.

Selon le rapport au Roi précédant cet arrêté royal :

> « *Lors de la détermination ou la révision du taux d'incapacité permanente (pour aggravation ou amélioration de l'état de santé) le Fonds a toujours défendu vis-à-vis de ces catégories de victimes la thèse selon laquelle l'impact économique de leur incapacité ne peut prendre la même grave ampleur que pendant la période au cours de laquelle ils se présentaient comme main-d'œuvre active sur le marché du travail, en raison du fait que ce marché n'offre à l'ensemble des personnes âgées que des possibilités de travail fort limitées* » (Rapport au Roi, Pasinomie, 1987, p. 643).

Selon le rapport au Roi, l'adaptation de la méthode d'évaluation à la jurisprudence de cassation risquait de provoquer une augmentation des dépenses de 189 millions de FB (en 1987) à 954 millions (en 1991).

10. La loi du 30 mars 1994[1] a modifié le premier alinéa de l'article 35bis de manière à ce qu'à partir de 65 ans on ne tienne plus compte d'aucune répercussion socio-économique. L'alinéa premier a ainsi été libellé comme suit :

> « *Si le taux d'incapacité permanente de travail est déterminé, modifié ou confirmé après l'âge de 65 ans, la diminution de la capacité de gain normale produite par la limitation effective des possibilités de travail sur le marché de l'emploi n'est pas prise en considération dans l'évaluation de ce taux* ».

Cette loi et la loi subséquente du 21 décembre 1994[2], ont toutefois introduit un régime transitoire pour les personnes ayant atteint l'âge de 65 ans avant le 31 décembre 1993.

Ce régime transitoire qui a été introduit aux alinéas 2 et 3 de l'article 35bis, était libellé comme suit :

> « *Toutefois, le taux d'incapacité permanente de travail reconnu au 31 décembre 1993 à une victime de maladie professionnelle ayant atteint l'âge de 65 ans avant le 1er janvier 1994 ne peut être diminué que si l'invalidité physique est diminuée.*
> *Si la victime atteint l'âge de 65 ans après le 31 décembre 1993, la diminution de la capacité de gain normale produite par la limitation effective des possibilités de travail sur le marché de l'emploi ne sera d'office plus indemnisée à partir du premier jour du mois qui suit celui au cours duquel elle atteint l'âge de 65 ans* ».

Les nouvelles dispositions ont donné lieu à un arrêt de la Cour constitutionnelle (arrêt n° 26/97 du 6 mai 1997) et à un arrêt de la Cour de cassation (sur conclusions non-conformes du Ministère public).

A propos du principe de l'exclusion des facteurs socio-économiques à partir de 65 ans, la Cour constitutionnelle a décidé :

> « *Il ressort des travaux préparatoires de la loi du 30 mars 1994 portant des dispositions sociales, dont l'article 59 a introduit cette distinction que, dans le but de rechercher un équilibre financier de la sécurité sociale, le législateur a entendu limiter l'indemnisation de la diminution de la capacité de gain normale produite par la limitation effective des possibilités de travail sur le marché de l'emploi après l'âge de 65 ans pour le motif qu'après cet âge « elles n'y sont disponibles que dans une mesure très limitée » (Doc. parl., Sénat, 1993-1994, n° 980-2, p. 75).*
> *La justification donnée à la mesure n'apparaît pas déraisonnable. S'il se justifie que dans le secteur des maladies professionnelles, l'indemnisation soit liée à l'incapacité physique mais aussi économique de la victime, il peut également se justifier que l'incapacité économique ne soit plus pris*

[1] Article 59 de la loi du 30 mars 1994 portant des dispositions sociales.
[2] Article 39 de la loi du 21 décembre 1994 portant des dispositions sociales et diverses.

en considération après l'âge de 65 ans » (arrêt n° 26/97 du 6 mai 1997, point B.4.).

Dans son arrêt du 24 novembre 2003, la Cour de cassation a décidé, à propos du régime transitoire :

« *L'alinéa 2 de l'article 35bis des lois coordonnées relatives à la réparation des dommages résultant des maladies professionnelles, tend à maintenir aux personnes ayant atteint l'âge de soixante-cinq ans avant le 1er janvier 1994 le taux d'incapacité permanente de travail qui leur était reconnu avant cette date, sauf si l'invalidité physique est diminuée, et non à consacrer le pourcentage qui leur était attribué, avant la même date, au titre des facteurs socio-économiques* » (Cass. 23 novembre 2003, S.0200.66F).

11. L'article 35bis a encore subi différentes modifications visant à rétablir très partiellement l'incidence des facteurs socio-économiques (voy. la loi du 22 février 1998, la loi du 13 juillet 2006 et la loi du 11 mai 2007).

Ainsi l'article 18 de la loi du 22 février 1998 portant des dispositions sociales a introduit un alinéa 4 précisant :

«*La victime visée à l'alinéa précédent a droit, à partir du 1er jour du mois qui suit celui au cours duquel elle atteint l'âge de 65 ans, à une majoration de son taux d'incapacité permanente de travail équivalente à :*
1 % d'incapacité permanente de travail supplémentaire lorsque celle-ci est fixée à 36 % au moins jusqu'à 50 % au plus;
2 % d'incapacité permanente de travail supplémentaire lorsque celle-ci est fixée à plus de 50 % jusqu'à 65 % au plus;
3 % d'incapacité permanente de travail supplémentaire lorsque celle-ci est fixée à plus de 65 % sans que le tout ne puisse excéder 100 % ».

L'article 2 de loi du 11 mai 2007 a modifié cet alinéa 4 comme suit :

« *La victime visée à l'alinéa précédent a droit, à partir du 1er jour du mois qui suit celui au cours duquel elle atteint l'âge de 65 ans, à une majoration de son taux d'incapacité permanente de travail équivalente à :*
1 % d'incapacité permanente de travail supplémentaire lorsque celle-ci est fixée jusqu'à 35 % au plus;
2 % d'incapacité permanente de travail supplémentaire lorsque celle-ci est fixée à 36 % au moins jusqu'à 50 % au plus;
4 % d'incapacité permanente de travail supplémentaire lorsque celle-ci est fixée à plus de 50 % jusqu'à 65 % au plus;
6 % d'incapacité permanente de travail supplémentaire lorsque celle-ci est fixée à plus de 65 % sans que le tout ne puisse excéder 100 % ».

Dans les développements de la proposition de la loi dont est issue cette modification législative, il était précisé :

« *Dans le régime des accidents du travail, l'arrêté royal du 13 janvier 1983 portant exécution de l'article 42bis de la loi du 10 avril 1971 sur les accidents du travail a limité le cumul entre les prestations d'accidents du travail et les pensions. Lesdites prestations se calculent sur base d'un*

montant forfaitaire par pourcentage d'invalidité et non plus sur base de la rémunération. Pour justifier cette mesure restrictive, on évoqua le fait que l'indemnisation de la perte économique subie par la victime de l'accident sur le marché du travail perdait quelque peu sa raison d'être à dater de la mise à la retraite. C'est la raison pour laquelle l'indemnité n'est plus calculée en fonction du salaire de base.
Le taux d'incapacité ne change donc pas. C'est le mode d'indemnisation qui est modifié.
En ce qui concerne les maladies professionnelles, il faut distinguer deux mesures qui se cumulent :
1) la première a été introduite par l'arrêté royal du 13 janvier 1983 pris sur base de l'article 66 des lois relatives à la réparation des dommages résultant des maladies professionnelles, coordonnées le 3 juin 1970. Elle a pour objectif de limiter le cumul des indemnités annuelles de la victime avec une pension. La technique est la même que celle utilisée en matière d'accidents du travail (les montants annuels sont d'ailleurs identiques) ;
2) la seconde résulte de la loi-programme du 30 mars 1994 qui, en son article 59, a modifié l'article 35bis des lois relatives à la réparation des dommages résultant des maladies professionnelles coordonnées le 3 juin 1970. A partir de 65 ans (peu importe que la personne dispose ou non d'une pension), l'incapacité de travail est fixée uniquement en fonction de l'incapacité physique résultant de la maladie. Autrement dit, on ne tient plus compte de la diminution de la capacité de gain normale produite par la limitation effective des possibilités de travail sur le marché de l'emploi. Il s'agit des fameux facteurs « socio-économiques.
(...)
La suppression des facteurs socio-économiques (et donc la réduction du taux d'incapacité) lorsque la victime a atteint l'âge de 65 ans fait double emploi avec le mode d'indemnisation sur base forfaitaire. Rien ne justifie cette double pénalité. Du reste, si justification il y a, il est paradoxal que la deuxième mesure n'ait pas été rendue applicable dans le régime des accidents du travail » (Doc. Parl. Ch, 51-1159/001 , p. 3) .

12. Enfin, l'article 35bis a été modifié par la loi-programme du 23 décembre 2009 qui rétablit entièrement les facteurs socio-économiques en cas de révision après 65 ans.

Suite à cette loi, l'article 35bis est libellé comme suit :

« § 1er. Si le taux d'incapacité physique de travail est modifié ou confirmé après l'âge de 65 ans, le taux correspondant à la diminution de la capacité de gain normale produite par la limitation effective des possibilités de travail sur le marché de l'emploi, déterminée avant cet âge, n'est plus susceptible de modification.
§ 2. Si le taux d'incapacité permanente de travail est déterminé après l'âge de 65 ans, la diminution de la capacité de gain normale produite par la limitation effective des possibilités de travail sur le marché de l'emploi n'est pas prise en considération dans l'évaluation de ce taux ».

Selon l'exposé des motifs :

« Il a été décidé lors du conclave budgétaire du 16 octobre 2009 que la rente des personnes atteintes d'une maladie professionnelle sera à

nouveau majorée du pourcentage qui correspond à leurs facteurs socioéconomiques (leur capacité économique, âge, scolarité,...) qu'ils perdent actuellement à l'âge de 65 ans.
Ceci signifie qu'on tient de nouveau compte de la diminution de la capacité de gain normale produite par la limitation effective des possibilités de travail sur le marché de l'emploi dans le calcul de la rente pour maladie professionnelle à partir de 65 ans pour les nouveaux cas et les personnes qui ont perdu leurs facteurs socio-économiques depuis 1994. La modification s'applique des le 1er janvier 2010 et est d'application donc seulement pour le futur.
L'article 35bis des lois relatives à la prévention des maladies professionnelles et à la réparation des dommages résultant de celles-ci, coordonnées le 3 juin 1970 est remplacé. On y inscrit le principe selon lequel les facteurs socio-économiques seront à nouveau pris en compte lorsque le taux d'incapacité physique est modifié ou confirmé après l'âge de 65 ans. Ils n'entrent par contre pas en ligne de compte lorsque le taux de l'incapacité permanente est déterminé après l'âge de 65 ans: il n'y a dans ce cas pas de perte de capacité économique sur le marché de l'emploi » (Doc. Parl., ch., 52-2278/001, p. 35-36).

L'article 70 de la loi-programme du 23 décembre 2009 précise, par ailleurs, que

« *Pour la victime d'une maladie professionnelle qui a atteint l'âge de 65 ans avant le 1er janvier 2010, le Fonds des maladies professionnelles restitue d'office à partir du 1er janvier 2010 le taux correspondant à la diminution de la capacité de gain normale produite par la limitation effective des possibilités de travail sur le marché de l'emploi, qui lui avait été attribué avant cet âge* ».

A propos de l'article 70, l'exposé des motifs indique :

« *Cet article permet au Fonds des maladies professionnelles de réexaminer d'office les rentes de toutes les victimes qui ont atteint l'âge de 65 ans avant le 1er janvier 2010 et de leur restituer pour le futur le taux correspondant à la diminution de leur capacité de gain normale produite par la limitation effective des possibilités de travail sur le marché de l'emploi qui leur avait été attribué avant l'âge de 65 ans, comme le prévoit l'article 35bis, § 1er, des lois coordonnées le 3 juin 1970 précitées* » (Doc. Parl., ch., 52-2278/001, p. 36).

C. Existence d'une différence de traitement injustifiée ?

13. En l'espèce, il y a lieu de tenir compte de l'article 35bis tel qu'il était en vigueur après sa modification par la loi du 30 mars 1994 et du 21 décembre 1994 et avant sa modification par la loi-programme du 23 décembre 2009 : même en tenant compte du régime transitoire, le taux global reste à 35 % bien que l'incapacité physique ait augmenté de 5 %.

En d'autres termes, en l'espèce, à compter de la révision, les facteurs socio-économiques comptent pour 5 au lieu de 10 %.

Dans son arrêt n° 27/97, la Cour constitutionnelle a estimé que la circonstance que « *dans le but de rechercher un équilibre financier de la sécurité sociale, le législateur a entendu limiter l'indemnisation de la diminution de la capacité de gain normale produite par la limitation effective des possibilités de travail sur le marché de l'emploi après l'âge de 65 ans* » ne paraît pas déraisonnable.

Madame M évoque, toutefois, une différence de traitement injustifiée, non pas comme dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt 27/67, entre les personnes pouvant ou non bénéficier du régime transitoire, mais par rapport aux personnes bénéficiant d'une réparation à la suite d'un accident du travail (cfr ci-dessous n° 14)

La Cour estime que la différence de traitement doit, de même, être envisagée par rapport aux personnes bénéficiant d'une indemnisation dans le secteur public (cfr ci-dessous n° 15).

14. L'appréciation de la différence de traitement existant entre les personnes soumises à l'article 35bis des lois coordonnées sur les maladies professionnelles (dans la version applicable au présent litige) et les personnes indemnisées dans le cadre des législations sur les accidents du travail, est susceptible d'être influencée par les circonstances suivantes :

- Le dommage couvert par les deux législations est le même; les critères retenus par la Cour de cassation, notamment, dans son arrêt du 11 septembre 2006 (cfr ci-dessus n° 7) pour déterminer l'incapacité permanente résultant d'une maladie professionnelle sont identiques à ceux que depuis son arrêt du 10 mars 1980, elle retient pour déterminer l'incapacité permanente résultant d'un accident du travail (Cass. 10 mars 1980, Pas. 1980, I, p. 838);

- L'exclusion des facteurs socio-économiques après 65 ans n'a jamais été d'application en accidents du travail, la question du cumul de l'indemnisation et de la pension de retraite étant réglée via l'article 42bis de la loi du 10 avril 1971 dont il résulte qu'à partir de l'octroi d'une pension seule une partie forfaitaire de la rente accident du travail peut être cumulée avec la pension (voir arrêté royal du 12 décembre 2006); en matière de maladies professionnelles, par contre, étaient d'application, jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi-programme du 23 décembre 2009, à la fois l'exclusion des facteurs socio-économiques et une mesure de limitation de cumul comparable à celle prévue par l'article 42bis de la loi du 10 avril 1971[3];

- La convention OIT n° 18 concernant la réparation des maladies professionnelles adoptée le 10 juin 1925 par la Conférence générale de l'Organisation internationale du travail (et qui a été ratifiée par la Belgique le 3 octobre 1927), précise en son article 1 :

[3] Voy. l'article 66 des lois relatives à la prévention des maladies professionnelles et à la réparation des dommages résultant de celles-ci, coordonnées le 3 juin 1970, l'arrêté royal d'exécution du 13 décembre 2006 ainsi que pour la période antérieure au 1er janvier 2007 les articles 288 à 307 de la loi du 20 juillet 2006 portant des dispositions diverses.

> *« 1. Tout membre de l'Organisation internationale du travail ratifiant la présente Convention s'engage à assurer aux victimes de maladies professionnelles ou à leurs ayants droit une réparation basée sur les principes généraux de sa législation nationale concernant la réparation des accidents du travail.*
> *2. Le taux de cette réparation ne sera pas inférieur à celui que prévoit la législation nationale pour les dommages résultant d'accidents du travail. Sous réserve de cette disposition, chaque membre sera libre, en déterminant dans sa législation nationale les conditions réglant le paiement de la réparation des maladies dont il s'agit, et en appliquant à ces maladies sa législation relative à la réparation des accidents du travail, d'adopter les modifications et adaptations qui lui sembleraient expédientes ».*

Au vu de ces dispositions, et en particulier de la convention O.I.T., il paraît nécessaire d'interroger la Cour constitutionnelle sur la différence de traitement entre la victime d'une maladie professionnelle dont l'incapacité de travail ne tient plus compte, en cas de révision après 65 ans, des facteurs socio-économiques et la victime d'un accident du travail qui en cas de révision ou de demande d'allocation d'aggravation après 65 ans, ne subit pas une telle modification des critères d'évaluation de son incapacité de travail.

15. Une différence de traitement doit aussi être constatée entre la victime d'une maladie professionnelle indemnisée conformément aux lois coordonnées du 3 juin 1970 et la victime d'une maladie professionnelle indemnisée conformément à la loi du 3 juillet 1967 sur la prévention ou la réparation des dommages résultant des accidents du travail, des accidents survenus sur le chemin du travail et des maladies professionnelles dans le secteur public.

Si dans le secteur public, l'article 7 de la loi du 3 juillet 1967 prévoit une limitation de cumul lorsque la victime cesse ses fonctions et obtient une pension de retraite, l'évaluation de l'incapacité de travail n'y est pas évaluée de manière différente après 65 ans : l'incidence des facteurs socio-économiques ne cesse donc pas à 65 ans.

La différence de traitement entre le secteur public et le secteur privé appelle les observations suivantes :

- En principe, l'incapacité permanente est évaluée dans le secteur public de la même manière que dans le secteur privé. La Cour de cassation admet, en effet, que « *pour déterminer l'invalidité permanente qui, en vertu de l'article 3, alinéa 1er, 1°, b), de la loi du 3 juillet 1967, donne droit à une rente, le service médical tient compte notamment de la diminution de la valeur économique de la victime sur le marché général de l'emploi* » (Cass. 17 mars 1997, Pas. 1997, I, 145; Cass. 12 décembre 1988, J.T.T., 1989, p. 102).

- En matière de risques professionnels, la Cour constitutionnelle a déjà fréquemment admis la comparabilité du secteur privé et du secteur public :

  - Ainsi, même si « *il est admissible que la comparaison trait pour trait des deux systèmes fasse apparaître des différences de traitement, tantôt dans un sens, tantôt dans l'autre, sous la*

réserve que chaque règle doit être conforme à la logique du système auquel elle appartient », la Cour a déjà précédemment conclu à la violation des articles 10 et 11 de la Constitution à propos de dispositions des lois coordonnées du 3 juin 1970 (et notamment d'un autre alinéa de l'article 35bis) qui divergent de la disposition correspondante prévue pour le secteur public par la loi du 3 juillet 1967 (voy. arrêt n° 3/2009 du 15 janvier 2009 et arrêt n° 25/2007 du 30 janvier 2007).

- En accidents du travail, la Cour constitutionnelle a été amenée à admettre la comparabilité du secteur public et du secteur privé pour, selon le cas, conclure à une violation des articles 10 et 11 ou à la justification de la différence de traitement (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).

En conséquence, il paraît nécessaire d'interroger la Cour constitutionnelle sur la différence de traitement existant entre la victime d'une maladie professionnelle du secteur privé, dont l'incapacité est déterminée, en cas de révision après 65 ans, sans tenir compte des facteurs socio-économiques et la victime d'une maladie professionnelle dans le secteur public qui, même après 65 ans, ne subit pas une telle modification des critères d'évaluation de son incapacité de travail.

16. Les différences de traitement devraient être appréciées au regard des articles 10 et 11 de la Constitution, mais aussi de l'article 1er du premier protocole additionnel à la convention européenne des droits de l'homme.

Cet article 1er précise que « *toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens* » et que « *nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international* ».

La Cour européenne des droits de l'homme décide que les prestations sociales constituent un droit patrimonial protégé par l'article 1er du Premier protocole (Cour EDH, arrêt du 16 septembre 1996, Gaygusuz c. Autriche, *Recueil,* 1996-IV; Cour EDH, arrêt du 30 septembre 2003, Koua Poirrez c. France, Recueil des arrêts et décisions, 2003-X; Chr. DS, 2004, 500; Cour EDH, arrêt (Gde Chambre), 6 juillet 2005, Stec et autres c. Royaume-Uni, Recueil des arrêts et décisions, 2005-X, *Chr. D. S.*, 2006, p. 193; voy aussi A. SIMON, « Les prestations sociales non contributives dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Rev. Trim. D.H.*, 2006, p. 647; dans la jurisprudence récente, voy. aff. Munoz Diaz c. Espagne, 8 décembre 2009; aff. Moskal c. Pologne, arrêt du 15 septembre 2009; aff. Zeibek c.Grèce, arrêt du 9 juillet 2009; aff. Andrejeva c. Lettonie (gde Ch.), arrêt du 18 février 2009; aff. Carson c. Royaume-Uni (gde Ch.) arrêt du 16 mars 2010).

La Cour européenne déduit de l'applicabilité de l'article 1er du 1er protocole que le droit aux prestations doit être garanti dans le respect du principe de non-discrimination déposé à l'article 14 de la Convention de sorte que seules des considérations très fortes peuvent justifier une différence de traitement dans l'octroi de prestations sociales.

Elle ajoute, qu'en ce qui concerne « *la charge de la preuve sur le terrain de l'article 14 de la Convention, (...) que lorsqu'un requérant a établi l'existence d'une différence de traitement, il incombe au Gouvernement de démontrer que cette différence de traitement était justifiée* » (arrêt Andrejeva c. Lettonie du 18 février 2009, § 84).

17. Madame M propose également que l'article 35bis, tel qu'applicable en l'espèce, soit contrôlé au regard de l'article 23 de la Constitution et du principe de « stand still » qu'il contient.

Il appartiendra à la Cour Constitutionnelle de dire dans quelle mesure ce principe est méconnu alors que, quant à son principe, la disposition litigieuse peut être considérée comme antérieure à l'entrée en vigueur de l'article 23 de la Constitution.

18. La Cour du travail ne peut se rallier aux arguments retenus par la Cour du travail de Liège dans son arrêt du 2 mai 2004 pour refuser de poser une question préjudicielle à la Cour constitutionnelle.

En effet, ce n'est que lorsque la norme ne viole manifestement pas la Constitution que la juridiction de fond peut, en vertu de l'article 26, § 2, alinéa 3, de la loi spéciale du 6 janvier 1989, écarter une demande de question préjudicielle.

Or, en l'espèce, les comparaisons proposées (et notamment la comparaison entre le secteur public et le secteur privé) ont déjà été admises par la Cour constitutionnelle et la justification des différences de traitement avancées par le FMP ne peut être considérée comme excluant manifestement toute violation des articles 10 et 11 de la Constitution.

Pour le reste, l'interprétation selon laquelle l'exclusion des facteurs socio-économiques ne concernerait que les modalités de la réparation et non « *le taux de cette réparation* » au sens de l'article 1.2. de la Convention O.I.T. n° 18 paraît discutable.

PAR CES MOTIFS,

LA COUR DU TRAVAIL,

Statuant contradictoirement,

Vu la loi du 15 juin 1935 sur l'emploi des langues en matière judiciaire, notamment l'article 24;

Dit l'appel du FMP, recevable,

Avant dire droit, pose à la Cour constitutionnelle les questions préjudicielles suivantes :

« 1. L'article 35 bis, alinéa 1 à 3, des lois relatives à la prévention des maladies professionnelles et à la réparation des dommages résultant de celles-ci, coordonnées le 3 juin 1970, tel qu'il était en vigueur avant la loi-programme du 23 décembre 2009, viole-t-il les articles 10, 11 et 23 de la Constitution lus en combinaison avec l'article 1er du 1er protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme et l'article 14 de cette Convention, ainsi qu'avec l'article 1.2. de la Convention O.I.T. n° 18, en ce qu'en cas de révision du taux d'incapacité de travail après 65 ans, il réduit ou supprime la prise en compte des facteurs socio-économiques alors que pareille réduction n'est pas d'application pour les victimes d'accidents du travail, créant ainsi une différence de traitement entre deux catégories de personnes se trouvant dans une situation comparable ?

2. L'article 35 bis, alinéa 1 à 3, des lois relatives à la prévention des maladies professionnelles et à la réparation des dommages résultant de celles-ci, coordonnées le 3 juin 1970, tel qu'il était en vigueur avant la loi-programme du 23 décembre 2009, viole-t-il les articles 10, 11 et 23 de la Constitution lus en combinaison avec l'article 1er du 1er protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme et l'article 14 de cette Convention, en ce qu'en cas de révision du taux d'incapacité de travail après 65 ans, il réduit ou supprime la prise en compte des facteurs socio-économiques alors que pareille réduction n'est pas d'application pour les victimes d'une maladie professionnelle indemnisée conformément à la loi du 3 juillet 1967 sur la prévention ou la réparation des dommages résultant des accidents du travail, des accidents survenus sur le chemin du travail et des maladies professionnelles dans le secteur public, créant ainsi une différence de traitement entre deux catégories de personnes se trouvant dans une situation comparable ?».

Ordonnons, conformément à l'article 27 § 1 de la loi spéciale du 6 janvier 1989, la transmission d'une expédition du présent arrêt au greffe de la Cour Constitutionnelle.

Réserve les dépens.

Ainsi arrêté par :
J.F. NEVEN, Conseiller,
Y. GAUTHY, Conseiller social au titre d'employeur,
V. PIRLOT, Conseiller social au titre d'ouvrier,
Assistés de,
A. DE CLERCK, Greffier,

Y. GAUTHY, V. PIRLOT,

A. DE CLERCK, J.F. NEVEN,

et prononcé, en langue française à l'audience publique de la 6ème Chambre de la Cour du travail de Bruxelles, le 7 février 2011, où étaient présents :
J.F. NEVEN, Conseiller,
A. DE CLERCK, Greffier,

A. DE CLERCK, J.F. NEVEN,