

Numéro du rôle : 4137
Arrêt n° 157/2007 du 19 décembre 2007

A R R E T

En cause : la question préjudicielle relative à l'article 35, § 1er, alinéa 3, et à l'article 35, § 3, de la loi du 27 juin 1969 révisant l'arrêté-loi du 28 décembre 1944 concernant la sécurité sociale des travailleurs, tel qu'il a été remplacé par l'article 84 de la loi-programme du 27 décembre 2005, posée par le Tribunal correctionnel de Verviers.

La Cour constitutionnelle,

composée des présidents M. Melchior et M. Bossuyt, des juges P. Martens, R. Henneuse, E. De Groot, L. Lavrysen, A. Alen, J.-P. Snappe, J.-P. Moerman, E. Derycke et J. Spreutels, et, conformément à l'article 60*bis* de la loi spéciale du 6 janvier 1989, du président émérite A. Arts, assistée du greffier P.-Y. Dutilleux, présidée par le président M. Melchior,

après en avoir délibéré, rend l'arrêt suivant :

*

* *

I. *Objet de la question préjudicielle et procédure*

Par jugement du 20 novembre 2006 en cause de l'auditeur du travail contre Harun Demir, dont l'expédition est parvenue au greffe de la Cour le 29 janvier 2007, le Tribunal correctionnel de Verviers a posé la question préjudicielle suivante :

« L'article 35, § 1er, alinéa 3, et l'article 35, § 3, de la loi du 27 juin 1969 révisant l'arrêté-loi du 28 décembre 1944 concernant la sécurité sociale des travailleurs salariés, tels que remplacés par l'article 84 de la loi-programme du 27 décembre 2005;

interprétés comme instaurant un mode particulier de réparation ou de restitution de nature civile, destiné, dans l'intérêt du financement de la sécurité sociale, à mettre fin à une situation contraire à la loi; et non comme une peine au sens de l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme et de l'article 15 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, compte tenu de l'objectif essentiellement répressif et préventif poursuivi par le législateur;

violent-ils les articles 10 et 11 de la Constitution, combinés avec les articles 7 de la Convention européenne des droits de l'homme et 15 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques de New York;

en ce que, lorsque l'employeur, son préposé ou son mandataire ont commis les faits punis en vertu de l'article 35 de la loi précitée avant l'entrée en vigueur de la loi-programme du 27 décembre 2005, le juge qui statue après l'entrée en vigueur de cette loi-programme, doit - eu égard au caractère civil de cette mesure - condamner d'office l'employeur à payer à l'organisme percepteur des cotisations sociales, le montant des cotisations, majorations de cotisations et intérêts de retard qui n'ont pas été versés à l'organisme, sans que le montant des cotisations puisse en aucun cas être inférieur à 2 500 euros par personne occupée et ce par mois ou fraction de mois;

alors qu'avant l'entrée en vigueur de ladite loi-programme, la mesure équivalente de condamnation d'office au paiement des cotisations, majorations et intérêts, n'était assortie d'aucun montant minimal et que les articles 7 de la Convention et 15 du Pacte garantissent en matière pénale le principe de l'application de la loi pénale la plus douce, en manière telle qu'en privant l'employeur de cette garantie, ces articles méconnaissent de manière discriminatoire les engagements supranationaux de la Belgique ? ».

Le Conseil des ministres a introduit un mémoire.

A l'audience publique du 4 octobre 2007 :

- a comparu Me A. Gillet, avocat au barreau de Nivelles, pour le Conseil des ministres;
- les juges-rapporteurs R. Henneuse et E. Derycke ont fait rapport;
- l'avocat précité a été entendu;

- l'affaire a été mise en délibéré.

Les dispositions de la loi spéciale du 6 janvier 1989 relatives à la procédure et à l'emploi des langues ont été appliquées.

II. *Les faits et la procédure antérieure*

Dans le litige, le prévenu, défaillant, est poursuivi pour cinq préventions, notamment pour avoir omis de déclarer à l'Office national de sécurité sociale (ONSS) les prestations de deux travailleurs qu'il aurait occupés entre le 13 juin 2005 et le 27 septembre 2005, en infraction à l'article 35, § 1er, alinéa 1er, 1°, de la loi du 27 juin 1969 révisant l'arrêté-loi du 28 décembre 1944 concernant la sécurité sociale des travailleurs.

Le juge *a quo* constate que cette prévention est assortie d'une double condamnation d'office que doit prononcer le Tribunal : la condamnation de l'employeur à payer à l'ONSS, d'une part, le montant des cotisations éludées, majorations et intérêts, et, d'autre part, l'indemnité égale au triple des cotisations éludées.

La loi-programme du 27 décembre 2005, entrée en vigueur le 9 janvier 2006, prévoit désormais un montant minimum de 2 500 euros par personne occupée et par mois ou fraction de mois (nouvel article 35, § 3), non seulement pour la condamnation au triple des cotisations éludées, mais également pour la condamnation aux cotisations, majorations et intérêts. Avant la modification de l'article 35 par la loi-programme du 27 décembre 2005, seule la condamnation au triple des cotisations éludées était assortie d'un montant minimum de 1 275 euros.

Si la nature de la condamnation au triple des cotisations éludées était auparavant controversée - de nature pénale pour la Cour constitutionnelle et de nature civile pour la Cour de cassation -, la condamnation aux cotisations, majorations et intérêts était par contre considérée tant par la Cour constitutionnelle que par la Cour de cassation comme de nature civile.

Selon le juge *a quo*, la modification de l'article 35, qui s'inscrit dans la lutte contre la fraude sociale, indique que, dans l'esprit de la nouvelle loi, les condamnations d'office sont, y compris la condamnation aux cotisations, majorations et intérêts, de nature pénale.

Le juge *a quo* en déduit un problème de qualification pour les faits antérieurs au 9 janvier 2006, et de détermination de la loi à appliquer : si la condamnation d'office aux cotisations, majorations et intérêts constitue une mesure de réparation de nature civile, c'est la loi applicable au moment où le tribunal statue qui trouve à s'appliquer; par contre, si cette condamnation doit être qualifiée de peine, c'est la loi la plus douce qui doit être appliquée, en l'espèce la loi applicable au moment où l'infraction a été commise.

Le juge *a quo* a donc décidé de poser à la Cour la question préjudicielle reproduite ci-dessus.

III. *En droit*

- A -

A.1. Le Conseil des ministres constate que la question posée vise en réalité à connaître la loi qu'il convient d'appliquer : selon que la mesure en cause a un caractère pénal ou civil, ce sera la loi la plus douce qui s'applique ou la loi en vigueur au moment du jugement.

A.2. Le Conseil des ministres estime que la condamnation au paiement des cotisations éludées contient dans tous les cas un élément civil de réparation. En effet, le caractère civil prédominant de cette condamnation,

constaté par la Cour avant la modification de la disposition en cause, résulte de ce que cette condamnation concerne le paiement de ce qui est dû à l'ONSS, à savoir les cotisations impayées ou éludées.

La fixation d'un montant minimal à cette condamnation ne suffit pas en soi pour qualifier cette mesure d'intégralement pénale. Le nouvel article 35, § 3, se réfère d'ailleurs à la notion de « contribution », qui correspond à une participation du prévenu à la lutte contre la fraude : cette contribution peut ainsi être considérée comme une condamnation *sui generis* dans l'intérêt du financement de la sécurité sociale, telle que l'obligation de payer une contribution au financement du Fonds spécial pour l'aide aux victimes d'actes intentionnels de violence; cette condamnation *sui generis* ne constitue pas une peine.

A titre subsidiaire, le Conseil des ministres considère que la condamnation en cause présente un caractère mixte, en ce qu'elle reste civile lorsque les cotisations à payer atteignent le montant minimum, et prend un caractère pénal lorsque ce n'est pas le cas.

A.3. En ce qui concerne la loi à appliquer, le Conseil des ministres estime donc que, puisque la condamnation en cause a conservé un caractère civil, c'est la loi en vigueur au moment du jugement qui doit s'appliquer, et que, si la Cour estime que la condamnation n'a pas un caractère civil, le juge ne pourrait appliquer la loi nouvelle, puisque cette condamnation n'existait pas.

Le Conseil des ministres n'aperçoit donc pas en quoi les dispositions internationales visées dans la question préjudicielle pourraient être violées, puisqu'elles concernent l'applicabilité de la loi pénale dans le temps : si la condamnation en cause conserve son caractère « civil », toutes les personnes susceptibles de se faire condamner se verront appliquer la loi nouvelle, qui n'entre pas dans le champ d'application de ces dispositions; et si la condamnation prend un caractère pénal, toutes les personnes susceptibles de se faire condamner se verront appliquer la loi la plus douce, ce que le Conseil des ministres n'a jamais contesté.

Le Conseil des ministres estime par conséquent que la question préjudicielle appelle une réponse négative.

- B -

B.1. L'article 35 de la loi du 27 juin 1969 (ci-après : la loi du 27 juin 1969) révisant l'arrêté-loi du 28 décembre 1944 concernant la sécurité sociale des travailleurs, tel qu'il a été remplacé par l'article 84 de la loi-programme du 27 décembre 2005, dispose :

« § 1er. Sans préjudice des articles 269 à 274 du Code pénal, sont punis d'un emprisonnement de huit jours à trois mois et d'une amende de 130 à 2 500 euros ou de l'une de ces peines seulement :

1° l'employeur, ses préposés ou mandataires qui ne se sont pas conformés aux obligations prescrites par la présente loi et ses arrêtés d'exécution; l'amende est appliquée autant de fois qu'il y a des travailleurs à l'égard desquels une infraction a été commise, sans que toutefois le total des amendes puisse excéder 500 000 euros;

2° les personnes, visées à l'article 30bis, § 4, qui ne fournissent pas les renseignements déterminés par le Roi ou ne respectent pas les conditions et modalités d'envoi imposées;

3° les personnes, visées à l'article 30bis, § 4, qui omettent de verser les sommes dues dans le délai prescrit;

4° toute personne qui met obstacle à la surveillance organisée en vertu de la présente loi.

Sans préjudice de l'article 496 du Code pénal, sera puni d'un emprisonnement de huit jours à un mois et d'une amende de 26 à 500 euros ou d'une de ces peines seulement, quiconque aura publiquement fait usage de la dénomination ' secrétariat social ' pour qualifier un organisme autre que ceux qui ont été reconnus comme secrétariat social conformément aux dispositions fixées par le Roi.

Le juge qui prononce la peine à charge de l'employeur, ses préposés ou mandataires, condamne d'office l'employeur à payer à l'organisme perceuteur des cotisations de sécurité sociale le montant des cotisations, majorations de cotisations et intérêts de retard qui n'ont pas été versés à cet organisme.

En cas d'assujettissement frauduleux d'une ou de plusieurs personnes à l'application de la présente loi, le juge condamne d'office l'employeur, ses préposés ou mandataires au paiement à l'organisme perceuteur des cotisations de sécurité sociale d'une indemnité égale au triple des cotisations déclarées frauduleusement.

En cas de non-assujettissement d'une ou de plusieurs personnes à l'application de la présente loi, le juge condamne d'office l'employeur et, lorsque le cas se présente, l'entrepreneur solidairement responsable visé à l'article 30bis, § 3, alinéa 2, pour les personnes occupées par son cocontractant lors de l'exécution des travaux, au paiement à l'organisme perceuteur des cotisations de sécurité sociale d'une indemnité égale au triple des cotisations éludées.

§ 2. L'action publique exercée dans le cadre du § 1er ne peut être éteinte par une transaction pénale ou par voie d'amende administrative qu'à la condition que cette transaction ou cette amende administrative [prévoie] le paiement des cotisations, majorations de cotisations et intérêts de retard à l'organisme perceuteur des cotisations de sécurité sociale.

Par dérogation au § 1er, en cas de non-assujettissement frauduleux d'une ou plusieurs personnes à l'application de la présente loi, l'action publique ne pourra être éteinte par une transaction pénale ou par voie d'amende administrative qu'à la condition que cette transaction ou cette amende administrative [prévoie] le paiement à l'organisme perceuteur des cotisations de sécurité sociale d'une indemnité égale au triple des cotisations éludées.

§ 3. Dans les situations visées au § 1er, alinéas 3 à 5, ainsi qu'au § 2, le montant des cotisations à payer ne peut en aucun cas être inférieur à 2 500 euros par personne occupée et ce par mois ou par fraction de mois.

Le montant visé à l'alinéa précédent est adapté par le Roi avec effet au 1er janvier de chaque année en fonction de l'évolution des salaires et des taux des cotisations de sécurité sociale ».

B.2.1. La question préjudicielle porte sur l'article 35, § 1er, alinéa 3, et sur l'article 35, § 3, de la loi du 27 juin 1969, tels qu'ils ont été remplacés par l'article 84 de la loi-programme du 27 décembre 2005.

Le nouvel article 35, § 1er, alinéa 3, prévoit, lorsque le juge prononce la peine à charge de l'employeur, ses préposés ou mandataires, la condamnation d'office de l'employeur à payer à l'organisme percepteur des cotisations de sécurité sociale le montant des cotisations, majorations de cotisations et intérêts de retard qui n'ont pas été versés à cet organisme.

Le nouvel article 35, § 3, instaure un montant minimal de 2 500 euros par personne occupée et par mois ou fraction de mois, applicable aux « cotisations à payer » dans les situations visées à l'article 35, § 1er, alinéas 3 à 5; ce montant minimal s'applique par conséquent à la condamnation d'office aux cotisations, majorations de cotisations et intérêts de retard qui n'ont pas été versés.

L'article 35 de la loi du 27 juin 1969, tel qu'il a été remplacé par l'article 84 de la loi-programme du 27 décembre 2005, est entré en vigueur le 9 janvier 2006.

B.2.2. La mesure en cause s'inscrit dans l'objectif d'une « meilleure lutte contre la fraude sociale et [de] la perception des cotisations » (*Doc. parl.*, Chambre, 2005-2006, DOC 51-2097/014, p. 3).

En ce qui concerne cette modification des dispositions relatives à la condamnation d'office au paiement des cotisations de sécurité sociale, les travaux préparatoires exposent :

« La suite réservée aux *Pro Justitia* constatant des infractions en matière sociale a évolué. Outre les poursuites pénales et le classement sans suite, on a de plus en plus souvent recours aux transactions pénales et aux amendes administratives.

Les modifications proposées tiennent compte de cette modification des suites réservées aux *Pro Justitia*.

Le champ d'application est étendu à tous les organismes de perception des cotisations de sécurité sociale et le montant minimum de cotisations dues est adapté » (*Doc. parl.*, Sénat, 2005-2006, n° 3-1492/3, pp. 7-8).

B.2.3. Dans sa version antérieure à la loi-programme du 27 décembre 2005, l'article 35, alinéas 3 et 5, de la loi du 27 juin 1969, modifié notamment par la loi du 6 juillet 1989 et par la loi du 9 juillet 2004, disposait :

« Le juge qui prononce la peine à charge de l'employeur, ses préposés ou mandataires, condamne d'office l'employeur à payer à l'Office national de sécurité sociale le montant des cotisations, majorations de cotisations et intérêts de retard qui n'ont pas été versés à l'Office.

[...]

En cas de non-assujettissement d'une ou de plusieurs personnes à l'application de la présente loi, le juge condamne d'office l'employeur et, lorsque le cas se présente, l'entrepreneur solidairement responsable visé à l'article 30*bis*, § 3, alinéa 2, pour les personnes occupées par son cocontractant lors de l'exécution des travaux, au paiement à l'Office national de sécurité sociale d'une indemnité égale au triple des cotisations éludées sans qu'elle puisse être inférieure à 1.275 EUR par personne occupée et ce par mois ou par fraction de mois. Ce montant est adapté en fonction de l'évolution des salaires et des taux des cotisations de sécurité sociale ».

Avant la modification de l'article 35 de la loi du 27 juin 1969 par la loi du 27 décembre 2005, aucun montant minimal n'était donc prévu pour la condamnation d'office aux cotisations, majorations de cotisations et intérêts de retard qui n'ont pas été versés (article 35, alinéa 3, ancien de la loi du 27 juin 1969). Un montant minimal de 1 275 euros par personne occupée et ce par mois ou par fraction de mois était par contre prévu pour la condamnation au triple des cotisations éludées en cas de « non-assujettissement à l'application de la loi » du 27 juin 1969 (article 35, alinéa 5, ancien de la loi du 27 juin 1969).

B.3. Le juge *a quo* invite la Cour à comparer la situation des personnes condamnées sous l'empire de l'ancienne loi et pour lesquelles la condamnation d'office aux cotisations, majorations et intérêts n'était soumise à aucun montant minimal, avec la situation des personnes qui, pour des faits commis avant l'entrée en vigueur de la loi-programme du 27 décembre 2005, se voient condamnées par le juge après l'entrée en vigueur de cette loi, au paiement des cotisations, majorations de cotisations et intérêts de retard, sans que le montant des cotisations à payer puisse être inférieur à 2 500 euros par personne occupée et ce par mois ou fraction de mois.

La question préjudicielle ne concerne donc que la condamnation au paiement des cotisations, majorations de cotisations et intérêts de retard qui n'ont pas été versés.

B.4. S'il est exact que les articles 10 et 11 de la Constitution imposent, en principe, de comparer la situation de deux catégories de personnes différentes et non la situation d'une même catégorie de personnes sous l'ancienne et sous la nouvelle législation, à peine de rendre impossible toute modification législative, il n'en va pas de même lorsqu'est invoquée, en combinaison avec ces dispositions, une violation de l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme et de l'article 15 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. En effet, ces dispositions interdisent au juge de condamner quelqu'un pour une action ou une omission qui, au moment où elle a été commise, ne constituait pas une infraction et d'infliger une peine plus forte que celle qui était applicable au moment où l'infraction a été commise.

Les articles 10 et 11 de la Constitution seraient violés s'il était établi que la condamnation d'office, sur la base des dispositions en cause, au paiement des cotisations, majorations de cotisations et intérêts de retard qui n'ont pas été versés, en dépit de leur caractère civil apparent, constitue en réalité une mesure pénale et que ces dispositions s'appliquent également à des faits commis avant l'entrée en vigueur de la loi-programme du 27 décembre 2005.

B.5. Ainsi que la Cour l'a constaté dans son arrêt n° 9/2003, les condamnations que le juge prononce d'office en application de l'article 35, § 1er, alinéa 3, qui a la même portée que l'article 35, alinéa 3, ancien, de la loi, ne sont pas de nature pénale :

« Ni les intérêts de retard ni la majoration respectant les limites indiquées par ou en vertu de la loi, prévus en considération du chômage de l'argent et des frais d'administration entraînés par les mauvais payeurs, ne remplissent une fonction répressive car ils s'expliquent par le souci du législateur de réparer un dommage évalué forfaitairement » (B.4).

La condamnation prévue par l'article 35, § 1er, alinéa 3, considéré isolément, est donc une mesure civile à laquelle ne s'appliquent pas les principes du droit pénal mentionnés dans la question préjudicielle.

B.6. L'article 35, § 1er, alinéa 3, ne peut cependant se lire indépendamment de l'article 35, § 3. En ce qu'il dispose que « le montant des cotisations à payer ne peut en aucun cas être inférieur à 2 500 euros par personne occupée et ce par mois ou par fraction de mois », l'article 35, § 3, lorsque les « cotisations à payer » ne constituent que des cotisations, majorations et intérêts de retard, élève ces cotisations à un montant qui est sans rapport avec le préjudice subi par l'organisme percepteur des cotisations de sécurité sociale, et qui aboutit donc à conférer à ces cotisations, ainsi que le relève le juge *a quo* dans les motifs de son jugement, une nature pénale au sens de l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme.

B.7. Par la référence que fait l'article 35, § 3, à l'article 35, § 1er, alinéa 3, le législateur a donc modifié la nature civile originaire de la condamnation d'office aux cotisations, majorations de cotisations et intérêts de retard.

Il en résulte que, interprétées en ce sens que les personnes qui ont commis des faits avant l'entrée en vigueur de la loi-programme du 27 décembre 2005 sont condamnées, après l'entrée en vigueur de cette loi, au paiement des cotisations, majorations de cotisations et intérêts de retard qui n'ont pas été versés sans que le montant des cotisations à payer puisse être inférieur à 2 500 euros par personne occupée, et ce par mois ou par fraction de mois, les dispositions en cause sont incompatibles avec les articles 10 et 11 de la Constitution combinés avec l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme et avec l'article 15 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

B.8. Dans cette interprétation, la question préjudicielle appelle une réponse positive.

B.9. Toutefois, interprétées en ce sens qu'elles ne s'appliquent pas à des faits commis avant l'entrée en vigueur de la loi-programme du 27 décembre 2005, les dispositions en cause, ne déterminant pas leur application dans le temps, ne sont pas incompatibles avec les articles 10 et 11 de la Constitution combinés avec l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme et avec l'article 15 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

B.10. Dans cette interprétation, la question préjudicielle appelle une réponse négative.

Par ces motifs,

la Cour

dit pour droit :

- Interprétés comme s'appliquant à des faits commis avant l'entrée en vigueur de la loi-programme du 27 décembre 2005, l'article 35, § 1er, alinéa 3, et l'article 35, § 3, de la loi du 27 juin 1969 révisant l'arrêté-loi du 28 décembre 1944 concernant la sécurité sociale des travailleurs, tel qu'il a été remplacé par l'article 84 de la loi-programme du 27 décembre 2005, violent les articles 10 et 11 de la Constitution, combinés avec l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme et avec l'article 15 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

- Interprétées comme ne s'appliquant pas à des faits commis avant l'entrée en vigueur de la loi-programme du 27 décembre 2005, les mêmes dispositions ne violent pas les articles 10 et 11 de la Constitution, combinés avec l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme et avec l'article 15 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

Ainsi prononcé en langue française et en langue néerlandaise, conformément à l'article 65 de la loi spéciale du 6 janvier 1989, à l'audience publique du 19 décembre 2007.

Le greffier,

Le président,

P.-Y. Dutilleux

M. Melchior