

Jurisprudence : Droit pénal et instruction criminelle

La lecture par la Cour d'arbitrage des condamnations d'office à caractère forfaitaire

Arrêt(s) annoté(s) : voir [Cour d'arbitrage - 15 septembre 1999](#)

Droit pénal social - Cotisations sociales - Défaut de paiement - Sanction - Condamnation d'office de l'employeur au paiement d'une indemnité égale au triple des cotisations éludées - Concours d'infraction - Exclusion de l'article 65 du code pénal - Egalité - Pas de violation - Sursis et suspension de la condamnation - Exclusion - Egalité .

1. L'importance de l'arrêt commenté ne peut échapper aux acteurs du monde judiciaire soucieux de maîtriser les arcanes du droit pénal social. En effet, après la Cour de cassation, la Cour d'arbitrage s'est attachée à cerner la nature juridique des condamnations d'office présentant un caractère indemnitaire. Pour bien appréhender la réelle portée de l'arrêt prononcé par la cour constitutionnelle, il nous semble opportun de dresser un bref état des lieux de la matière.

Nous savons que diverses lois sociales contenant des dispositions pénales assortissent ces peines de condamnations d'office. Ces sanctions complémentaires ne présentent pas un caractère homogène puisqu'elles peuvent revêtir la forme de restitution de sommes perçues indûment [1], de paiement de sommes dues [2] ou encore de paiement d'une indemnité forfaitaire [3].

La Cour de cassation [4] fut amenée, à plusieurs reprises, à se prononcer sur la nature juridique de certaines condamnations d'office. Pour la suite de notre commentaire, il est tout particulièrement intéressant d'observer qu'à propos de l'indemnité forfaitaire prévue par l'article 35, alinéa 4, de la loi du 27 juin 1969 [5] qui dispose «*qu'en cas de non-assujettissement d'une ou plusieurs personnes à la sécurité sociale des travailleurs salariés, le juge condamne d'office l'employeur au paiement à l'O.N.S.S. d'une indemnité égale au triple des cotisations éludées sans qu'elle puisse être inférieure à cinquante-et-un mille francs par personne occupée et ce, par mois ou par fraction de mois*» la Cour enseigne que ce texte ne prescrit pas une peine mais impose au juge répressif de prononcer une sanction de nature civile. JACQUES CLESSE, synthétisant les différents arrêts rendus par la Cour dans cette matière, écrit «il semble que la Cour de cassation ait opté pour une conception uniforme des condamnations d'office en droit pénal social : que celles-ci aient une fonction réparatrice prédominante ou, au contraire, une fonction punitive, elles ne constituent pas des peines mais des sanctions civiles» [6]. Cette conception tranchée des condamnations d'office développée par la Cour de cassation n'a guère tardé à être critiquée par la majeure partie de la doctrine qui conclut, sans ambages, que l'obligation faite aux juges répressifs de condamner le prévenu au paiement d'une indemnité forfaitaire s'apparente à une *peine* [7].

2. Dans un tel contexte, le tribunal correctionnel de Liège [8], et à sa suite la cour d'appel de Liège [9], se sont interrogés sur la compatibilité avec les articles 10 et 11 de la Constitution de la sanction prévue par l'article 35, alinéa 4, de la loi du 27 juin 1969, car en qualifiant l'indemnité forfaitaire de civile, l'employeur, contrairement à d'autres prévenus poursuivis devant le juge pénal, se trouve privé de l'application de l'article 65 du code pénal, dans les hypothèses de concours où la peine la plus forte n'est pas assortie de condamnation d'office, mais encore des articles premier, 3, 6 et 8 de la loi du 29 juin 1964 organisant le sursis à l'exécution des peines et la suspension du prononcé de la condamnation.

3. Pour circonscrire le débat, la Cour d'arbitrage redéfinit d'abord, à la lumière des travaux préparatoires [10], les motivations qui ont incité le législateur à compléter la sanction pénale portée par l'article 35, alinéa premier, de la loi du 27 juin 1969 d'une condamnation d'office. La Cour en extrait que la mesure litigieuse fut arrêtée dans le but de lutter de manière efficace contre les activités des pourvoyeurs de main-d'oeuvre [11]. En effet, la multiplicité des fraudes sociales, par le biais notamment du non-assujettissement, porte gravement atteinte à l'équilibre financier de la sécurité sociale et entraîne des distorsions de concurrence qui nuisent aux intérêts de la collectivité. A la lumière des objectifs poursuivis par la loi, la Cour constitutionnelle entreprend ensuite d'apprécier si le système en vigueur ne prive pas une catégorie de prévenus du droit à l'exercice effectif d'un contrôle juridictionnel sur les sanctions qui leurs sont infligées.

Le raisonnement opéré par la Cour germe à partir de l'interprétation donnée par les juges *a quo* de la disposition litigieuse qu'ils qualifient, en regard de la jurisprudence de la Cour de cassation, de civile alors qu'elle ne répare pas un préjudice réel. Il va de soi que si l'interprétation donnée par les premiers juges fut de considérer la

condamnation d'office querellée comme une *peine*, la question préjudicielle devenait sans objet puisque, dans cette hypothèse, les principes généraux du droit pénal auraient trouvé à s'appliquer [12].

D'emblée, la Cour d'arbitrage se penche sur la nature de la sanction prévue par l'alinéa 4 de l'article 35 de la loi du 27 juin 1969 et, prenant le contre-pied de l'enseignement de la Cour de cassation, constate qu'elle a *un caractère répressif prédominant*. La Cour, pour étayer ses observations, retient «qu'elle a pour objet de prévenir et de sanctionner les infractions commises *par tous les employeurs, sans distinction aucune*; l'employeur connaît à l'avance la sanction qu'il risque d'encourir; la mesure est localisée dans la section 4, consacrée aux «sanctions pénales»; elle *s'ajoute à une peine* prononcée par un juge pénal; elle *ne répare pas le dommage* causé par l'intéressé à la partie préjudiciée» [13]. A la lecture de cette motivation, il ne fait pas l'ombre d'un doute que notre Cour constitutionnelle a su tirer profit de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. En effet, la Cour strasbourgeoise indique que, pour apprécier si une mesure doit s'analyser comme une peine au sens de l'article 7.1 de la Convention, il convient de déterminer «si (elle) est imposée à la suite d'une condamnation pour une infraction. D'autres éléments peuvent être jugés pertinents à cet égard : la nature et le but de la mesure en cause, sa qualification en droit interne, les procédures associées à son adoption et à son exécution, ainsi que sa gravité». Et la Cour ajoute encore «les objectifs de prévention et de réparation se concilient avec celui de répression et peuvent être considérés comme des éléments constitutifs de la notion même de peine» [14].

La Cour d'arbitrage, après avoir dressé ce constat, considère néanmoins, en se référant aux objectifs poursuivis par le législateur, que celui-ci a pu légitimement déroger à l'application de l'article 65 du code pénal à l'égard de la sanction prévue par l'article 35, alinéa 4, de la loi du 27 juin 1969 et ce, sans violer les articles 10 et 11 de la Constitution. En revanche, en tant qu'il écarte le bénéfice des mesures de sursis et de suspension du prononcé, l'article 35, alinéa 4, est hors de proportion avec le but recherché. A cet effet, la Cour précise : «la sanction peut, dans certains cas, s'avérer extrêmement lourde, sans que le juge qui doit la prononcer d'office ait la possibilité de l'assortir d'une mesure de suspension ou de sursis. Rien ne justifie que la catégorie des personnes auxquelles elle s'applique soit traitée différemment des autres prévenus qui comparaissent devant le juge pénal». Et pour peaufiner son argumentation, la Cour ajoute «cette différence de traitement est d'autant moins justifiée que, dans l'arrêt royal n° 5 du 23 octobre 1978 relatif à la tenue des documents sociaux, le législateur, par la loi du 26 juin 1992, a mis fin à l'obligation pour le juge de condamner d'office et, par la loi du 23 mars 1994, a remplacé l'indemnité par une amende pénale» [15].

4. L'arrêt nous laisse quelque peu perplexe. En effet, tout en affirmant que la sanction prévue par l'article 35, alinéa 4, de la loi du 27 juin 1969 présente un «caractère répressif prédominant», la Cour d'arbitrage tempère les implications inévitables de cette situation en échafaudant une construction juridique quelque peu surprenante. En réalité, dans les hypothèses de concours d'infractions [16], la Cour, en s'écartant de la lettre de la loi pour tendre vers son objectif de prévenir et de sanctionner la fraude sociale, considère que le législateur a valablement pu faire échapper la condamnation d'office litigieuse à l'application de l'article 65 du code pénal. De ce fait, dans l'hypothèse d'un concours où la peine la plus forte n'est pas la peine assortie d'une condamnation d'office, le juge répressif devra néanmoins prononcer la condamnation à l'indemnité forfaitaire due à l'O.N.S.S. [17]. Sur ce point, la Cour d'arbitrage adopte la même position que la Cour de cassation qui, rappelons-le, examine *toutes* les condamnations d'office comme des sanctions complémentaires de nature purement civile. En revanche, la Cour d'arbitrage fait primer la nature juridique de la condamnation d'office de l'article 35, alinéa 4, sur ses objectifs quand il s'agit de pouvoir assortir d'une mesure de sursis ou de suspension du prononcé. Dès lors, force nous est de constater que la Cour constitutionnelle attribue à l'article 35, alinéa 4, un statut hybride peu satisfaisant.

Quoi qu'il en soit, les enseignements de l'arrêt commenté nous semblent devoir s'étendre à toutes les condamnations d'office imposant au juge répressif l'obligation de prononcer une indemnité forfaitaire. L'arrêt ne règle cependant pas toutes les difficultés. En effet, eu égard aux conséquences juridiques que la Cour d'arbitrage attache à une sanction qu'elle qualifie de pénale, il ne nous est pas permis, pour ne retenir que deux exemples, de nous prononcer sur ses implications en matière de prescription [18] ou d'application de la loi pénale dans le temps [19]. La discordance entre la jurisprudence de la Cour de cassation et de la Cour d'arbitrage sur la nature juridique d'une condamnation d'office forfaitaire crée un climat d'insécurité juridique qui devrait inciter le législateur à intervenir comme il l'a fait quand il s'est agi de modifier l'arrêt royal n° 5 du 23 octobre 1978 relatif à la tenue des documents sociaux. Le droit pénal social ne pourra en gagner qu'en cohérence et en compréhension.

Olivier MICHIELS

[1] Voy., par exemple, l'article 156, alinéa 3, des lois coordonnées par l'arrêté royal du 19 décembre 1939 relatives aux allocations familiales pour travailleurs salariés.

[2] Article 55, paragraphe premier, des lois coordonnées du 28 juin 1971 relative aux vacances annuelles des travailleurs salariés.

[3] Article 35, alinéas 3 et 4, de la loi du 27 juin 1969 révisant l'arrêté-loi du 28 décembre 1944 concernant la sécurité sociale des travailleurs; pour un éventail complet des condamnations d'office, voy. J. CLESSE, "Les condamnations d'office en droit pénal social", in *Le droit pénal social et les contrats de travail spéciaux*, Larcier, 1997, p. 301-310.

[4] Cass., 22 mars 1994, *Bull.*, 1994, p. 293; Cass., 10 mai 1995, *Bull.*, 1995, p. 483; comparez avec Cour eur. D.H., arrêt Welch du 15 octobre 1993, *Publ. Cour eur. D.H.*, série A, n° 307, et Cour eur. D.H., arrêt Ozturk du 21 février 1984, *Publ. Cour eur. D.H.*, série A, n° 73, voy. *infra*.

[5] Révisant l'arrêté-loi du 28 décembre 1944 concernant la sécurité sociale des travailleurs.

[6] J. CLESSE, *loc. cit.*, p. 315.

[7] J. CLESSE, *loc. cit.*, p. 312-313; F. KÉFER, *Le droit pénal du travail. Réponses originales à la délinquance d'entreprise*, La Chartre, 1997, p. 431-440; pour une discordance au sein de la jurisprudence, voy. O. MICHIELS, "Amendes administratives et droit pénal social", *I.D.J.*, 1997/9, p. 59, point 3.

[8] Corr. Liège, 26 juin 1998, en cause de l'auditeur du travail /F.

[9] Liège, 30 septembre 1998, en cause de l'auditorat général / B., Bi., Z., H., S.P.R.L. S.V., S.A. B. et A.

[10] Article 24 de la loi du 6 juillet 1989; *Doc. parl.*, Ch., 1988-1989, n° 833/1, p. 10.

[11] La Cour de cassation, dans un arrêt du 22 mars 1994, constate que le champ d'application de l'article 35, alinéa 4, n'est pas limité aux employeurs du secteur de la construction et aux pourvoyeurs de main-d'oeuvre : *Pas.*, 1994, I, 293.

[12] Voy. l'article 38 de la loi du 27 juin 1969 qui prévoit que toutes les dispositions du livre premier du code pénal, le chapitre V excepté, mais le chapitre VII et l'article 85 compris, sont applicables aux infractions prévues par la présente loi.

[13] C.A., 15 septembre 1999, point B.9.2.

[14] Comparez avec Cour eur. D.H., arrêt Welch du 15 octobre 1993, *op. cit.*, et Cour eur. D.H., arrêt Ozturk du 21 février 1984, *op. cit.*

[15] C.A., 15 septembre 1999, point B.9.4; voy. aussi T. WERQUIN, "La condamnation au paiement à l'O.N.S.S. d'une indemnité égale au triple des cotisations", *R.D.P.*, 1993, p. 526; J.-P. BOGAERT, "Artikel 27 van de wet van 23 maart 1994 houdende bepaalde maatregelen op arbeidsrechtelijk vlak tegen het zwartwerk : nieuw wijn in oude vaten", note sous Cass., 16 février 1993, *C.D.S.*, 1994, p. 198. Dans cet arrêt, la Cour de cassation considère que la suspension du prononcé ne peut être appliquée aux condamnations d'office prévues par l'article 11bis de l'arrêté n° 5 du 23 octobre 1978 relatif à la tenue des documents sociaux.

[16] Sur la notion de concours, voy. F. KÉFER, "Les concours d'infractions en droit pénal social", in *Le droit pénal social et les contrats de travail spéciaux*, Larcier, 1997, p. 243-247.

[17] Voy. sur ce point J. CLESSE, *loc. cit.*, p. 325; voy. aussi Corr. Liège, 30 mai 1996, *cette revue*, 1996, p. 1606.

[18] Voy. Cass., 10 mai 1995, *Bull.*, 1995, p. 483; Cass., 21 janvier 1987, *Pas.*, 1987, I, 586 : si l'action publique a été diligentée avant la prescription, la condamnation d'office doit être prononcée.

[19] Voy. Cass., 22 mars 1994, *Bull.*, 1994, p. 293; Cass., 4 janvier 1994, *Bull.*, 1994, p. 2 (la Cour de cassation rejette l'application de l'article 2 du code pénal); comparez avec Cass., 17 novembre 1993, *Pas.*, 1993, I, 958; voy. aussi F. KEFER, *Le droit pénal du travail*, *op. cit.*, n° 120 et 409.

