

Numéros du rôle : 2243 et 2244
Arrêt n° 157/2002 du 6 novembre 2002

A R R E T

En cause : la question préjudicielle relative à l'article 30ter de la loi du 27 juin 1969 révisant l'arrêté-loi du 28 décembre 1944 concernant la sécurité sociale des travailleurs, posée par la Cour du travail d'Anvers.

La Cour d'arbitrage,

composée des présidents A. Arts et M. Melchior, et des juges L. François, P. Martens, R. Henneuse, M. Bossuyt, L. Lavrysen, A. Alen, J.-P. Snappe et E. Derycke, assistée du greffier P.-Y. Dutilleux, présidée par le président A. Arts,

après en avoir délibéré, rend l'arrêt suivant :

*

* *

I. *Objet de la question préjudicielle*

Par arrêts du 14 septembre 2001 en cause de la s.p.r.l. Asphaltwerken Beylemans et de la s.p.r.l. Luvatri contre l'Office national de sécurité sociale (O.N.S.S.), dont les expéditions sont parvenues au greffe de la Cour d'arbitrage le 21 septembre 2001, la Cour du travail d'Anvers a posé la question préjudicielle suivante :

« L'article 30^{ter} de la loi du 27 juin 1969 viole-t-il les articles 10 et 11 de la Constitution, lus en combinaison avec les articles 144 et 145 de la Constitution, 580 du Code judiciaire et 6 de la Convention européenne des droits de l'homme ainsi qu'avec les principes généraux du droit,

- en tant que l'indemnité imposée à l'article 30^{ter}, § 6, B, alinéa 1^{er}, de cette loi (tel que celui-ci était libellé à la suite de sa modification par la loi du 20 juillet 1991 portant des dispositions sociales et fiscales [lire : diverses] et la loi du 6 août 1993) constitue une indemnité forfaitaire de réparation que l'Office national de sécurité sociale pourrait décider, en fonction de l'opportunité et sans critères objectifs, d'imposer ou non, d'en fixer l'importance dans les limites indiquées, d'opter en faveur d'une stratégie de recouvrement et de s'adresser ou non aux entrepreneurs principaux et aux sous-traitants dans un ordre qu'il fixerait lui-même;

- et en tant que l'article 30^{ter}, § 6, C, alinéa 1^{er}, doit se comprendre en ce sens que les fonctionnaires et agents désignés par le Roi pourraient, ici aussi par simple opportunité et sans critères objectifs et justification à l'Office national de sécurité sociale, renoncer à signaler les infractions à cet Office et se limiter à un avertissement;

- alors qu'aucun accès complet à des juridictions impartiales et indépendantes ne serait ouvert contre ce procédé et le recouvrement qui en découle pour le contrevenant afin de mener la défense par laquelle il poursuit soit un traitement égal soit un traitement inégal (par exemple, réduction ou diminution de l'indemnité de réparation, avertissement) à l'égard d'autres contrevenants aux obligations formelles prévues par cet article selon qu'il estime pouvoir démontrer, en fonction de critères objectifs et sur la base du principe de proportionnalité, dans quelles circonstances égales ou inégales il a commis l'infraction ? »

II. *Les faits et la procédure antérieure*

Devant le Tribunal du travail de Turnhout, la s.p.r.l. Asphaltwerken Beylemans (affaire n° 2243) et la s.p.r.l. Luvatri (affaire n° 2244) se sont vu réclamer le paiement de sommes par l'O.N.S.S. en exécution de l'article 30^{ter}, § 6, B, de la loi du 27 juin 1969, pour cause de non-respect de l'obligation de communiquer au préalable à l'O.N.S.S. certaines informations concernant un chantier (article 30^{ter}, § 5). Le Tribunal du travail a estimé que les demandes étaient fondées.

La s.p.r.l. Asphaltwerken Beylemans et la s.p.r.l. Luvatri ont interjeté appel des jugements. Elles demandent à la Cour du travail d'Anvers de déclarer la demande de l'O.N.S.S. non fondée. En ordre subsidiaire, elles demandent qu'une question préjudicielle soit posée à la Cour d'arbitrage.

La Cour du travail renvoie en premier lieu à un arrêt de la Cour de cassation du 8 mai 2000 dans lequel le montant dû à l'O.N.S.S. est interprété comme étant une indemnité forfaitaire de réparation et non comme une sanction pénale, contrairement à ce qui a pu être déduit de l'arrêt n° 128/99 de la Cour d'arbitrage. L'indemnité revêt un caractère réparateur et vise à maintenir la sécurité sociale en équilibre. Le calcul de cette indemnité peut être appelé forfaitaire en ce sens qu'elle n'est pas calculée sur la base du dommage individuel. Or, se fondant sur plusieurs caractéristiques, la Cour du travail constate que l'indemnité forfaitaire de réparation constitue en même temps une sanction. En vertu de la jurisprudence de la Cour de cassation, il ne s'agit pas d'une sanction pénale ou d'une amende administrative, mais d'une sanction civile, de sorte que les dispositions du Code pénal ne sont pas applicables.

La Cour du travail soulève ensuite la question de la compétence du juge civil à l'égard de la sanction en cause. Elle combine cette question avec l'article 144 de la Constitution, avec l'article 6.1 de la Convention européenne des droits de l'homme et avec le principe de la séparation des pouvoirs et considère ce qui suit :

« Lorsque l'article 30^{ter} pose le principe selon lequel la sanction ne doit pas être infligée dans des circonstances exceptionnelles ou quand il s'agit d'une première infraction, on peut dire que le législateur crée une exception qui peut être invoquée par le contrevenant. Il semble que le fait d'accorder une exception relève des 'droits civils', au sujet desquels l'article 144 de la Constitution dispose que les contestations y relatives sont exclusivement du ressort des tribunaux.

Il doit également être fait référence à l'article 6.1 de la C.E.D.H. [...].

Nulle part cet article n'impose une quelconque restriction à la juridiction ou ne fait une quelconque distinction en fonction du contrôle d'opportunité ou de légalité.

Il découle justement de la séparation des pouvoirs que le pouvoir exécutif est compétent pour fixer individuellement le contenu des droits et obligations des citoyens. C'est précisément cette séparation qui a pour effet que le pouvoir législatif fixe *a priori* le contenu du droit et que le pouvoir judiciaire l'applique concrètement et individuellement *a posteriori*.

Lorsque le pouvoir exécutif applique le droit dans des décisions administratives individuelles, cela n'est compatible avec la séparation des pouvoirs que si ces décisions peuvent faire ensuite l'objet d'un contrôle de pleine juridiction exercé par le pouvoir judiciaire.

Si une administration déterminée, chargée d'une mission d'exécution spécifique, obtenait donc le droit de sanctionner des citoyens seulement sur une base d'opportunité et sans contrôle intégral par un juge impartial ou indépendant, disposant ainsi d'un pouvoir discrétionnaire pour appliquer ou non la sanction et en déterminer l'ampleur, il y aurait violation flagrante de l'article 6.1 de la C.E.D.H.

Et, en même temps, cela pourrait impliquer qu'il est nécessairement question d'une inégalité au sens des articles 10 et 11 de la Constitution. Une disposition légale qui permettrait qu'une administration impose ou non une indemnité de réparation à un contrevenant sur la seule base de considérations d'opportunité et dans une mesure fixée opportunément par elle-même ne garantit pas un traitement égal si cette administration ne doit pas invoquer à cet égard un quelconque critère objectif pour sa façon d'agir. »

La Cour du travail d'Anvers estime qu'il s'indique, avant de statuer quant au fond, de poser la question préjudicielle reproduite ci-avant.

III. La procédure devant la Cour

Par ordonnances du 21 septembre 2001, le président en exercice a désigné les juges des sièges respectifs conformément aux articles 58 et 59 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage.

Les juges-rapporteurs ont estimé qu'il n'y avait pas lieu de faire application dans ces affaires des articles 71 ou 72 de la loi organique.

Par ordonnance du 26 septembre 2001, la Cour a joint les affaires.

Les décisions de renvoi ont été notifiées conformément à l'article 77 de la loi organique, par lettres recommandées à la poste le 13 octobre 2001.

L'avis prescrit par l'article 74 de la loi organique a été publié au *Moniteur belge* du 31 octobre 2001.

Des mémoires ont été introduits par :

- la s.p.r.l. Asphaltwerken Beylemans, ayant son siège social à 2400 Mol, Voortstraat 25, par lettre recommandée à la poste le 29 novembre 2001;

- le Conseil des ministres, rue de la Loi 16, 1000 Bruxelles, par lettre recommandée à la poste le 30 novembre 2001.

Ces mémoires ont été notifiés conformément à l'article 89 de la loi organique, par lettres recommandées à la poste le 14 décembre 2001.

Des mémoires en réponse ont été introduits par :

- la s.p.r.l. Asphaltwerken Beylemans, par lettre recommandée à la poste le 9 janvier 2002;

- le Conseil des ministres, par lettre recommandée à la poste le 14 janvier 2002.

Par ordonnances des 28 février 2002 et 27 juin 2002, la Cour a prorogé respectivement jusqu'aux 21 septembre 2002 et 21 mars 2003 le délai dans lequel l'arrêt doit être rendu.

Par ordonnance du 28 mars 2002, la Cour a déclaré les affaires en état et fixé l'audience au 23 avril 2002.

Cette ordonnance a été notifiée aux parties ainsi qu'à leurs avocats, par lettres recommandées à la poste le 29 mars 2002.

Par ordonnance du 22 avril 2002, le président A. Arts a soumis les affaires à la Cour réunie en séance plénière.

A l'audience publique du 23 avril 2002 :

- ont comparu :

. Me M. Vandebroek, avocat au barreau de Louvain, pour la s.p.r.l. Asphaltwerken Beylemans;

. Me S. De Vleeschouwer, avocat au barreau de Bruxelles, *loco* Me A. De Bruyn, avocat à la Cour de cassation, pour le Conseil des ministres;

- les juges-rapporteurs L. Lavrysen et P. Martens ont fait rapport;

- les avocats précités ont été entendus;

- les affaires ont été mises en délibéré.

La procédure s'est déroulée conformément aux articles 62 et suivants de la loi organique, relatifs à l'emploi des langues devant la Cour.

IV. *En droit*

- A -

A.1. Selon la s.p.r.l. Asphaltwerken Beylemans, l'argumentation contenue dans l'arrêt n° 128/99 reste valable à la lumière de la qualification divergente que la Cour de cassation donne à la sanction en cause. La qualification au sens d'indemnité forfaitaire de réparation n'exclurait pas le caractère punitif de l'indemnité. C'est ce qui ressortirait du fait que la sanction semble poursuivre une prévention générale, que l'indemnité n'est pas liée à l'éventuel dommage, que l'administration a la possibilité de moduler l'indemnité en fonction de la gravité de l'infraction, que l'indemnité revêt un caractère incontestablement punitif et qu'il est en outre créé une sorte de droit de grâce.

Le fait que la sanction revêt un caractère civil ne signifierait pas que le juge ne dispose pas d'un pouvoir de contrôle intégral. Les règles de compétence du Code judiciaire ne prévoient en tout cas pas de restrictions à la compétence du juge lorsqu'il apprécie l'indemnité demandée. Si la disposition en cause prévoit des exceptions, elle crée un droit civil protégé tant par l'article 144 de la Constitution que par l'article 6.1 de la Convention européenne des droits de l'homme. Cette dernière disposition serait violée en ce qu'une administration peut imposer une sanction à des justiciables tout en étant en mesure de décider de façon discrétionnaire d'appliquer ou non la sanction et d'en déterminer l'ampleur sans que le juge puisse exercer un contrôle complet à cet égard. En outre, les articles 10 et 11 de la Constitution seraient violés en ce que la disposition litigieuse autoriserait l'O.N.S.S. à imposer une sanction à tel justiciable et pas à un autre, sans que soit invoqué un critère objectif pour le justifier.

A.2. Le Conseil des ministres souligne que la s.p.r.l. Asphaltwerken Beylemans n'établit pas de distinction entre les missions de l'O.N.S.S. et les missions des fonctionnaires et agents chargés de contrôler l'application de la loi O.N.S.S. et de ses arrêtés d'exécution. Le Conseil des ministres aperçoit à chaque tiret de la question préjudicielle une question distincte.

A.3. La première question préjudicielle procède, à l'estime du Conseil des ministres, d'une lecture erronée de la disposition en cause. En effet, l'O.N.S.S. serait obligé de recouvrer l'indemnité forfaitaire de réparation et ne disposerait pas, en la matière, d'un pouvoir discrétionnaire. L'ampleur de l'indemnité doit aussi être chiffrée à l'intérieur des marges fixées par la loi et ne relève pas d'une appréciation de l'opportunité, mais des faits, notamment la gravité de l'infraction. En outre, il n'y aurait pas de latitude pour la « stratégie de recouvrement » à laquelle la question préjudicielle fait allusion. Les entrepreneurs ne seraient dès lors pas traités de manière différente. Enfin, une garantie essentielle réside dans le contrôle de pleine juridiction que le tribunal peut exercer sur les décisions prises en vertu de la compétence liée. Le Conseil des ministres conclut que l'interprétation de la disposition en cause faite dans la question préjudicielle manque en droit. Se fondant sur une lecture exacte, la Cour est invitée à répondre à la question par la négative.

A.4. La s.p.r.l. Asphaltwerken Beylemans conteste la thèse du Conseil des ministres relative à l'ampleur de la sanction. Celle-ci est liée à la valeur du chantier et non à la gravité de l'infraction. La liberté d'appréciation de l'O.N.S.S. quant aux divers aspects de la sanction serait particulièrement étendue. La s.p.r.l. Asphaltwerken Beylemans conclut que la disposition en cause établit une différence de traitement qui ne peut se justifier que si les juridictions du travail ont pleine juridiction.

A.5. Selon le Conseil des ministres, la seconde question préjudicielle appelle elle aussi une réponse négative. La possibilité dont disposent les inspecteurs sociaux de donner des avertissements est prévue par la Convention n° 81 de l'Organisation internationale du travail, en sorte que sa légitimité ne peut être mise en doute. La disposition en cause ne procure pas à l'entrepreneur qui n'a pas respecté les obligations concernées un droit subjectif à un avertissement. La différence de traitement entre entrepreneurs ne découlerait donc pas de la

loi elle-même, mais de l'application individuelle de la loi par l'inspection sociale, sur la base d'un jugement d'opportunité des fonctionnaires et agents compétents; cette distinction est dès lors le propre de la politique de poursuite et de classement sans suite d'un service d'inspection. Cela ne signifie pas que la décision soit arbitraire. Elle est, dans une certaine mesure, liée à des critères objectifs - la présence de circonstances exceptionnelles ou le fait qu'il s'agit d'une première infraction - qui ne compromettent pas les objectifs de la loi. La procédure d'avertissement, qui permet d'établir une distinction entre les entreprises en infraction de bonne foi et les entreprises de mauvaise foi, résiste également, à l'estime du Conseil des ministres, au contrôle de proportionnalité.

A.6. La s.p.r.l. Asfaltwerken Beylemans déduit de ce que la loi prévoit elle-même des exceptions que la liberté d'appréciation de l'administration est limitée. Toute autre lecture impliquerait une différence de traitement injustifiée. La thèse du Conseil des ministres selon laquelle il s'agit d'une différence de traitement résultant non pas de la loi, mais de l'application individuelle par l'inspection ne procure aucune justification et serait en outre inexacte. C'est en effet la loi qui, dans cette hypothèse, permet une différence de traitement et donc une violation du principe d'égalité.

A.7. En ce qui concerne la troisième question préjudicielle, le Conseil des ministres estime que le tribunal du travail dispose d'une compétence de pleine juridiction pour contrôler les décisions de l'O.N.S.S. Le Conseil des ministres se range donc à l'interprétation conforme à la Constitution de la disposition en cause faite dans l'arrêt n° 128/99, étant entendu que le tribunal du travail est obligé de condamner l'entrepreneur resté en défaut au paiement d'une indemnité de réparation, et ce dans les marges prévues par la loi. Selon le Conseil des ministres, le droit de contrôle n'implique pas que le tribunal puisse imposer une indemnité de réparation inférieure au minimum légal. Le Conseil des ministres renvoie à cet égard à la jurisprudence de la Cour de cassation concernant les décisions de l'Office national de l'emploi en matière de suspension et d'exclusion des allocations de chômage.

Selon le Conseil des ministres, le tribunal du travail n'est pas compétent pour exercer un contrôle intégral sur les décisions des inspecteurs sociaux de se borner ou non à donner un avertissement. Les articles 10 et 11 de la Constitution ne seraient néanmoins pas violés. En vertu du principe de la séparation des pouvoirs, il n'appartient pas au pouvoir judiciaire d'apprécier l'opportunité d'un acte administratif. Par conséquent, le tribunal du travail ne peut priver les fonctionnaires et agents de leur liberté d'appréciation, ni exercer un pouvoir discrétionnaire à leur place. Le contrôle juridictionnel se limite à un contrôle de légalité, ce qui offre, selon le Conseil des ministres, une garantie suffisante contre le danger de l'arbitraire. L'article 6.1 de la Convention européenne des droits de l'homme n'exigerait pas davantage que le tribunal dispose d'une compétence de pleine juridiction à l'égard des décisions discrétionnaires qui n'impliquent pas de sanctions pénales.

A.8. En ce qui concerne le contrôle des décisions de l'O.N.S.S., la s.p.r.l. Asfaltwerken Beylemans insiste à nouveau sur le caractère punitif de l'indemnité de réparation. Au sujet des décisions des inspecteurs, cette partie estime que les entrepreneurs qui se trouvent dans la même situation sont susceptibles d'être traités différemment sans justification. La seule façon d'y remédier serait d'attribuer un plein pouvoir de contrôle au tribunal du travail.

- B -

B.1. En vertu de l'article 30^{ter} de la loi du 27 juin 1969 révisant l'arrêté-loi du 28 décembre 1944 concernant la sécurité sociale des travailleurs, avant son abrogation, au 1er janvier 1999, par l'article 2 de l'arrêté royal du 26 décembre 1998, lequel a été confirmé par l'article 2, 4°, de la loi du 23 mars 1999, tout entrepreneur principal devait, avant d'entamer un chantier, communiquer à l'Office national de sécurité sociale les informations

nécessaires destinées à en évaluer l'importance et, le cas échéant, à en identifier les sous-traitants, à quelque stade que ce soit (§ 5, alinéa 1er). Une disposition analogue figure actuellement à l'article 30*bis* de la même loi (§ 7, alinéa 1er).

B.2. La question préjudicielle porte sur l'article 30*ter*, § 6, B et C, de la loi précitée, qui énonçait :

« B. L'entrepreneur principal qui ne se conforme pas aux obligations du § 5 est redevable à l'Office national de sécurité sociale d'une somme au moins équivalente à 5 p.c. du montant total des travaux, non comprise la taxe sur la valeur ajoutée, qui n'ont pas été déclarés à l'Office national précité et au maximum à 5 p.c. du montant total des travaux, non comprise la taxe sur la valeur ajoutée, qui lui sont concédés sur le chantier en cause. La somme qui est réclamée à l'entrepreneur principal est diminuée à concurrence du montant qui a été payé effectivement à l'Office national précité par le sous-traitant en application de la disposition de l'alinéa qui suit.

Le sous-traitant qui ne se conforme pas aux dispositions du § 5, alinéa 2, est redevable à l'Office national précité d'une somme égale à 5 p.c. du montant total des travaux, non comprise la taxe sur la valeur ajoutée, qu'il a concédés à son ou à ses sous-traitants sur le chantier en cause.

C. Lors de la constatation du non-respect des obligations prévues par les §§ 4 et 5, les fonctionnaires et agents chargés de la surveillance, de l'application de la présente loi et de ses arrêtés d'exécution ont le droit de donner des avertissements tel que prévu par l'article 9, alinéa 1er, de la loi du 16 novembre 1972 concernant l'inspection du travail.

Un tel avertissement ne peut cependant être donné qu'à la suite de circonstances exceptionnelles ou lorsqu'il s'agit d'une première infraction aux présentes dispositions dans le chef du contrevenant. Le Roi détermine ce qu'il faut entendre par circonstances exceptionnelles. »

B.3. La question préjudicielle postule qu'« aucun accès complet à des juridictions impartiales et indépendantes ne serait ouvert » à celui qui se voit réclamer la « somme » prévue par l'article 30*ter*, § 6, B, de la loi du 27 juin 1969, et que cette personne ne pourrait obtenir « par exemple, réduction ou diminution de l'indemnité de réparation ».

Les arrêts qui interrogent la Cour se fondent sur une « interprétation » de l'article 30*ter* selon laquelle la « somme » dont il impose le paiement serait une indemnité forfaitaire de nature civile.

Le juge *a quo* demande à la Cour si cette disposition, ainsi interprétée, viole les articles 10 et 11 de la Constitution combinés, notamment, avec les articles 144 et 145 de la Constitution et avec l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme.

B.4. Les droits et libertés reconnus aux Belges doivent, en vertu des articles 10 et 11 de la Constitution, être assurés sans discrimination et ils comprennent les garanties résultant des principes généraux du droit pénal et de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme.

S'il appartient aux juridictions d'interpréter les lois qu'elles appliquent, en revanche, il incombe à la Cour d'arbitrage, quand elle est saisie d'une question préjudicielle qui allègue la violation des articles 10 et 11 de la Constitution, combinés notamment avec l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, de rechercher si la mesure soumise à son contrôle doit être qualifiée de pénale afin de veiller au respect des garanties résultant des principes généraux du droit pénal et de l'article 6 précité.

Ces principes s'imposant au législateur, ils s'appliquent indépendamment de la qualification de pénales ou de non pénales que la loi pourrait donner aux mesures qu'elle prescrit.

B.5.1. La Cour ne pourrait donc s'en tenir à la qualification choisie par le législateur, sous peine de méconnaître les garanties déduites en particulier des articles 12 et 14 de la Constitution ainsi que les principes généraux du droit pénal. Elle doit notamment examiner si le système mis en place par le législateur n'aboutit pas, dans l'interprétation que lui donne le juge *a quo*, à priver, de manière discriminatoire, une catégorie de personnes du contrôle juridictionnel effectif garanti, en matière pénale, par ces dispositions et ces principes.

B.5.2. Comme l'observe également la Cour européenne des droits de l'homme, pour déterminer si un acte sanctionné par la législation d'un Etat entre dans le champ d'application de l'article 6 de la Convention, il convient non seulement d'examiner si le droit de l'Etat concerné qualifie l'infraction en cause de pénale, mais aussi de tenir compte du caractère punitif et par là dissuasif de la sanction.

B.6. La Cour constate que la mesure en cause provient des dispositions législatives suivantes :

a) La loi du 27 juin 1969 révisant l'arrêté-loi du 28 décembre 1944 concernant la sécurité sociale des travailleurs comportait, dans son chapitre IV consacré à la perception et au recouvrement des cotisations de sécurité sociale, une section 2 intitulée « sanctions civiles ». L'article 28 disposait que l'employeur qui ne verse pas les cotisations dans les délais fixés par le Roi est redevable envers l'Office national de sécurité sociale d'une majoration de cotisation qui ne peut être supérieure à 10 p.c. des cotisations dues et d'un intérêt de retard qui ne peut excéder 10 p.c. l'an. L'article 29 habilitait le Roi à fixer le montant de l'indemnité due par l'employeur qui ne fait pas parvenir la déclaration dans le délai prévu.

b) L'article 61 de la loi du 4 août 1978 de réorientation économique a introduit un article 30*bis* dans la loi du 27 juin 1969. Cet article 61 figure dans le titre III de la loi du 4 août 1978 qui contient les « mesures destinées à combattre les pratiques frauduleuses des pourvoyeurs de main-d'œuvre ». L'article 30*bis* figure dans une nouvelle section de la loi du 27 juin 1969, la section 2*bis*, intitulée « Paiement par un responsable solidaire ». Il a pour objet essentiel de rendre celui qui fait appel à un entrepreneur non enregistré solidaire des dettes fiscales et sociales de celui-ci et il l'oblige, en outre, à effectuer, au bénéfice du fisc et de l'O.N.S.S., des retenues sur tout paiement fait à ce cocontractant. Le produit des retenues payées à l'O.N.S.S. est affecté principalement au recouvrement des cotisations sociales du cocontractant ou de son sous-traitant, le solde étant restitué à la personne qui a fait la retenue.

Les travaux préparatoires soulignent que les pratiques des pourvoyeurs de main-d'œuvre aboutissent à « des distorsions concurrentielles, une perturbation du marché de l'emploi et des escroqueries fiscales ». Il est précisé que ces mesures « ont un caractère préventif » (*Doc. parl.*, Sénat, 1977-1978, n° 415/2, p. 93).

c) L'article 30^{ter} a été introduit dans la loi du 29 juin 1979 par l'article 18 de la loi du 22 janvier 1985 de redressement contenant des dispositions sociales. A l'origine, cet article se borne à étendre la retenue et le versement, visés à l'article 30^{bis}, aux personnes qui, pour l'exécution d'activités déterminées par le Roi, font appel à un entrepreneur enregistré. L'objectif est de contrecarrer la pratique consistant à se faire enregistrer sous la forme d'une société commerciale et puis à disparaître avant que l'O.N.S.S. n'ait procédé au recouvrement des cotisations impayées (*Doc. parl.*, Chambre, 1984-1985, n° 1075/21, p. 107).

d) C'est l'article 22 de la loi-programme du 6 juillet 1989 qui a introduit dans l'article 30^{ter} les obligations relatives à la tenue de documents sociaux, aux renseignements que le sous-traitant doit communiquer à l'entrepreneur principal et aux informations qui doivent être fournies à l'O.N.S.S. Il est prévu que l'entrepreneur principal qui ne se conforme pas aux obligations du paragraphe 5 est redevable d'une somme équivalente à 5 p.c. du montant total des travaux qui lui sont concédés sur le chantier en cause.

Il est précisé, dans les travaux préparatoires, que « ce n'est pas la sous-traitance en tant que telle qui est visée par ces mesures, mais seulement la sous-traitance de main-d'œuvre dans le seul but d'échapper à des obligations fiscales ou sociales » (*Doc. parl.*, Sénat, 1988-1989, n° 736-5, p. 7).

e) L'article 24 de la loi du 20 juillet 1991 portant des dispositions sociales et diverses a modifié la sanction précitée : désormais, la somme dont est redevable l'entrepreneur principal qui ne se conforme pas aux obligations du paragraphe 5 est au moins équivalente à 5 p.c. du montant total des travaux qui n'ont pas été déclarés à l'O.N.S.S. et au maximum à 5 p.c. du montant total des travaux qui lui sont concédés sur le chantier en cause.

Cette faculté laissée à l'administration de fixer la somme dans les limites précisées est ainsi justifiée :

« L'expérience acquise depuis, atteste que le régime des sanctions mis en place n'offre pas toute la souplesse voulue qui permettrait de moduler les sanctions pour faire une distinction entre le cas des véritables pourvoyeurs de main-d'œuvre et celui des entreprises qui, accidentellement, se trouvent elles aussi en infraction. » (*Doc. parl.*, Sénat, 1990-1991, n° 1374-1, p. 15).

Il est également souligné que la sanction qui frappe l'entrepreneur principal et le sous-traitant « est fonction de l'importance du manquement » (*ibid.*, p. 16). Enfin, comme une sanction identique est infligée à l'entrepreneur principal et au sous-traitant, la loi précise que la sanction qui frappe le premier est réduite du montant de celle qui frappe le second.

f) L'article 21, 1°, de la loi du 6 août 1993 portant des dispositions sociales et diverses étend la sanction prévue à l'article 30^{ter}, § 6, A, au cas où l'entrepreneur ne tient pas le livre journalier visé au paragraphe 4, cette extension étant ainsi justifiée :

« Une forme de fraude révélée par la pratique des contrôles sur chantier pourra ainsi être sanctionnée. » (*Doc. parl.*, Chambre, 1992-1993, n° 1040/1, p. 11)

Enfin, l'article 21, 2°, a introduit dans l'article 30^{ter}, § 6, C, un alinéa 2 selon lequel l'avertissement ne peut être donné « qu'à la suite de circonstances exceptionnelles ou lorsqu'il s'agit d'une première infraction aux présentes dispositions dans le chef du contrevenant ».

Cette restriction à la possibilité de ne donner qu'un avertissement est ainsi justifiée :

« Il est en effet apparu que cette procédure était trop souvent utilisée en vue d'éviter l'application de sanctions pécuniaires dans le chef des entrepreneurs principaux qui n'ont pas respecté les obligations qui leur sont imposées par l'article 30^{ter}.

Or, une telle pratique nuit considérablement à l'efficacité de la lutte contre les pourvoyeurs de main-d'œuvre et au rendement des sanctions pécuniaires.

Ces dernières doivent en effet avoir un effet dissuasif, lequel est considérablement amoindri par l'utilisation systématique de la procédure d'avertissement.

Cette dernière est par conséquent limitée à des circonstances exceptionnelles et lorsqu'il s'agit d'une première infraction dans le chef du contrevenant.

Par cette limitation, l'effet dissuasif propre à cet avertissement sera augmenté, dans la mesure où il constituera désormais une admonestation plus sérieuse dans le chef dudit contrevenant. » (*ibid.*)

B.7. Il ressort de tous ces éléments que la mesure qui fait l'objet de la question préjudicielle s'inscrit dans un ensemble de mesures destinées à lutter contre des pratiques constituant à la fois des fraudes sociales et des fraudes fiscales et qui perturbent gravement la concurrence, principalement dans le secteur de la construction. Cette mesure s'applique indifféremment à tout entrepreneur, qu'il soit entrepreneur principal ou sous-traitant, qui ne satisfait pas à certaines obligations qui ne sont pas des formalités administratives quelconques : elles ont pour objectif de punir ceux qui emploient des travailleurs « au noir » et, surtout, de dissuader ceux qui seraient tentés d'y recourir.

B.8. En prévoyant que l'entrepreneur principal qui ne se conforme pas aux obligations du paragraphe 5 est redevable d'une somme équivalente à 5 p.c. du montant total des travaux non déclarés, le législateur a pris une mesure qui pourrait s'analyser comme une indemnisation forfaitaire du préjudice subi par l'O.N.S.S., privé des cotisations relatives à des travailleurs occupés sur un chantier dont l'existence lui a été cachée.

L'article 30^{ter}, § 6, B, autorise toutefois l'administration à porter cette somme « au maximum à 5 p.c. du montant total des travaux » qui sont concédés à l'entrepreneur principal. Le législateur a ainsi permis que cette somme atteigne des montants considérables qui sont sans rapport avec le montant des cotisations dont l'O.N.S.S. a été privé.

De surcroît, il a laissé à l'administration un large pouvoir d'appréciation pour en fixer elle-même le montant, dans les limites du minimum et du maximum indiqués, cette fixation

devant se faire, selon les travaux préparatoires précités de la loi du 20 juillet 1991, « en fonction de l'importance du manquement et en distinguant les véritables pourvoyeurs de main-d'œuvre des entrepreneurs négligents ». Ces mêmes manquements sont en outre passibles des sanctions pénales visées à l'article 35 de la loi du 27 juin 1969.

B.9. En prévoyant que la somme due par l'entrepreneur principal est diminuée de celle qui a été payée par le sous-traitant s'il concède lui-même des travaux à d'autres sous-traitants (article 30^{ter}, § 6, B, alinéa 1^{er}, *in fine*, et alinéa 2), le législateur a veillé à ce que, sans préjudice de l'application de l'article 35 de la loi, le même manquement ne soit pas réprimé deux fois, mais cette déduction ne fait pas perdre aux indemnités leur caractère dissuasif.

B.10. Il se déduit de ces éléments qu'afin de lutter contre l'activité illicite des pourvoyeurs de main-d'œuvre, la sanction prévue par l'article 30^{ter}, § 6, B, de la loi du 27 juin 1969 punit des personnes qui ont éludé des obligations imposées par la loi, qu'elle est destinée à exercer par voie de répression un effet dissuasif et qu'elle peut atteindre des montants considérables dont la fixation est laissée, dans les limites fixées par la loi, à l'autorité, laquelle doit moduler la somme non pas en visant à indemniser, fût-ce forfaitairement, un préjudice subi mais en tenant compte de la gravité du manquement commis.

Une telle sanction a un caractère répressif dominant et ne peut être considérée comme une sanction civile.

B.11. Dès lors qu'il apparaît que la qualification de la mesure prévue par l'article 30^{ter}, § 6, B, qui est donnée par le juge *a quo* et exprimée dans la question préjudicielle, est en contradiction avec la notion de sanction pénale telle qu'elle se dégage des principes généraux du droit pénal et de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, la Cour ne pourrait répondre à la question telle qu'elle est libellée sans porter atteinte à ces principes et à cette disposition.

B.12. La Cour observe toutefois que le texte des dispositions soumises à son contrôle n'impose pas que la qualification incompatible avec la notion de sanction pénale telle qu'elle se dégage des principes généraux du droit pénal et de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme soit retenue, de préférence à l'autre interprétation qui, qualifiant de pénales les mesures prévues par ces dispositions, les rend compatibles avec ces principes.

B.13. La disposition en cause n'interdit pas au tribunal du travail, saisi d'un recours contre une amende infligée en application de l'article 30^{ter}, § 6, B, d'exercer un contrôle de pleine juridiction.

Le juge peut ainsi vérifier si une décision administrative est justifiée en fait et en droit et si elle respecte les dispositions législatives et principes généraux qui s'imposent à l'administration, parmi lesquels le principe de proportionnalité. Le cas échéant, il pourra moduler l'amende, c'est-à-dire la supprimer dans les cas prévus à l'article 30^{ter}, § 6, C, alinéa 2, ou la diminuer dans les limites fixées à l'article 30^{ter}, § 6, B.

Dans cette interprétation, qui permet d'attribuer à la mesure en cause une qualification compatible avec la notion de sanction pénale telle qu'elle se dégage des principes généraux du droit pénal et de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, l'article 30^{ter}, § 6, ne viole pas les articles 10 et 11 de la Constitution, lus en combinaison avec les articles 144 et 145 de la Constitution et avec l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme.

Par ces motifs,

la Cour

dit pour droit :

L'article 30^{ter}, § 6, B, de la loi du 27 juin 1969 révisant l'arrêté-loi du 28 décembre 1944 concernant la sécurité sociale des travailleurs, dans l'interprétation qui lui est donnée en B.13, ne viole pas les articles 10 et 11 de la Constitution, combinés avec les principes généraux du droit pénal et avec l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme.

Ainsi prononcé en langue néerlandaise et en langue française, conformément à l'article 65 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage, à l'audience publique du 6 novembre 2002.

Le greffier,

Le président,

P.-Y. Dutilleux

A. Arts