

L'ÉVOLUTION DU CONTRÔLE DES JURIDICTIONS DU TRAVAIL DANS LE CONTENTIEUX DE LA SÉCURITÉ SOCIALE ; BERNADETTE GRAULICH¹

Introduction

En attribuant aux juridictions du travail la compétence de connaître des litiges dans les différents domaines de la sécurité sociale, le Code judiciaire leur a confié un contentieux faisant une large part au droit administratif, conférant aux juges le rôle de contrôler les décisions administratives ou la carence des autorités administratives à décider.

Depuis lors, la réflexion n'a cessé de s'approfondir sur les pouvoirs et les devoirs du juge en relation avec la décision administrative et elle reste plus que jamais d'actualité.

Quelques grandes dates tout d'abord qui ont une incidence sur l'ensemble du contentieux, indépendamment même de l'évolution des dispositions du Code judiciaire qui attribuent compétence aux juridictions du travail pour connaître du contentieux de la sécurité sociale.

En 1989, la Cour d'Arbitrage, devenue aujourd'hui la Cour Constitutionnelle, se voit confier notamment le contrôle du respect par le législateur des règles de l'égalité des Belges devant la loi et de la non-discrimination dans la jouissance des droits et libertés. Il s'agit là d'un contentieux qui a véritablement explosé dans de très nombreux secteurs du droit dont évidemment la sécurité sociale. Les arrêtés et règlements n'étant pas soumis au contrôle de la Cour Constitutionnelle, ce sont les juridictions de l'ordre judiciaire qui doivent trancher ce contentieux; c'est particulièrement le cas en matière d'allocations de chômage, la loi en la matière étant l'article 7 de l'arrêté-loi du 28 décembre 1944 qui dans l'ensemble, confie au Roi le soin de régler l'indemnisation des chômeurs.

¹ Le texte a été établi au départ de l'intervention de B. Graulich lors de l'après-midi d'Etude du 29 novembre 2010 à Mons : Les quarante ans des juridictions du travail et revu en novembre 2011

En 2003, le contrôle de la Cour est étendu au Titre II de la Constitution, qui concerne les droits et libertés et à l'article 191 qui reconnaît à tout étranger la protection accordée aux personnes et aux biens sauf les exceptions établies par la loi. La Cour se voit aussi reconnaître le contrôle du respect des traités internationaux sur ces objets lorsqu'ils sont obligatoires en Belgique et reçus dans l'ordre juridique interne. On ne doit donc plus passer par le biais des articles 10 et 11 de la Constitution pour susciter le contrôle de la Cour Constitutionnelle, ce qui favorise la création et le développement d'une jurisprudence plus étendue sur les droits et libertés.

De manière générale, on peut constater une grande pro-activité des juges du fond qui interrogent fréquemment la Cour constitutionnelle quant un problème de constitutionnalité d'une loi se pose, en tentant quand c'est possible de rattacher l'éventuelle inconstitutionnalité à une loi même si c'est un arrêté royal qui la réalise concrètement. La Cour constitutionnelle statuant dans des délais assez courts sur les questions préjudicielles ou les recours introduits devant elle, l'ensemble des juridictions du travail dispose alors d'une réponse aux questions de constitutionnalité.

Ce n'est pas le lieu ici de faire le catalogue de tout ce que l'on a demandé à la Cour constitutionnelle par la voie de questions préjudicielles ou de ce qu'on lui a soumis par recours dans les matières de sécurité sociale. Relevons simplement que nombreuses législations ont été modifiées dans le droit de l'aide sociale, du revenu d'intégration, des allocations familiales notamment quant aux conditions de nationalité, de résidence et aux catégories d'ayants droit.

Parmi les droits et libertés ainsi contrôlés par la Cour constitutionnelle, relevons ceux de l'article 23 dont le droit à la sécurité sociale, à la protection de la santé et à l'aide sociale, médicale et juridique, depuis l'insertion des droits économiques et sociaux dans la Constitution par la loi du 31 janvier 1994. L'article 23 de la Constitution, constatait Maxime Stroobant² au colloque organisé pour un autre anniversaire, n'a pas encore développé toutes ses potentialités et le principe de standstill ou de statu quo reste à affiner et approfondir. Il y a là un défi pour le pouvoir judiciaire. Lors du même colloque, Henri Funck³ relevait que, précisément en

² "Les droits économiques et sociaux", Article 23 de la Constitution : Etat des lieux après deux décennies", conclusions générales, p. 207 et suiv.

³ *ibid.*, p. 94

matière d'aide sociale, la Cour constitutionnelle avait dégagé la règle que cet article 23 interdisait au législateur de régresser de manière significative dans la protection que le législateur offrait en cette matière au moment de son entrée en vigueur⁴.

Dans le grand mouvement tendant à traduire les principes de bonne administration dans la sécurité sociale, relevons la loi du 28 juillet 1991 sur la motivation formelle des actes administratifs et surtout la Charte de l'assuré social, entrée en vigueur au 1er janvier 1997. Lors du colloque du 19 octobre 2007⁵, on a certes pu constater que ce dernier texte avait des faiblesses logistiques et que les questions qu'il posait n'étaient pas toutes susceptibles d'être résolues sans une clarification législative. Il n'en reste pas moins que la Charte contient pour la première fois des règles communes à l'ensemble des secteurs de la sécurité sociale *sensu lato* en ce qui concerne les relations entre l'institution de sécurité sociale et l'assuré social. Quand il y a une règle commune, il est plus aisé à la doctrine et à la jurisprudence d'en tirer les implications concrètes dans les différents secteurs de la sécurité sociale. Dans la pratique, la Charte revêt une grande importance notamment dans le domaine de la motivation d'une décision, de sa révision et de la récupération de l'indu.

En ce qui concerne les dispositions de droit international, le droit de l'Union européenne et la Convention européenne des droits de l'homme sont sans doute ceux qui révèlent le plus de potentialités pour la sécurité sociale. Une étape importante à cet égard est l'instauration, depuis le Traité de Maastricht, d'une citoyenneté européenne. Si au départ, les seuls titulaires des droits attachés à la libre circulation étaient les travailleurs, le droit de circuler librement et de séjourner dans les Etats Membres sont devenus ceux de tout citoyen européen, indépendamment de toute activité économique, ce qui marque une évolution dans la protection par la sécurité sociale et donc dans le contentieux. On pense par exemple à l'incidence de cette citoyenneté sur le droit au bénéfice d'une prestation sociale d'un régime non contributif⁶ et sur le droit aux allocations d'attente des étudiants⁷.

⁴ Arrêts n°169/2002, 5/2004,132/2008, voy. ég. M.F. Rigaux et B. Renaud, La Cour constitutionnelle, n° 117, p. 92.

⁵ Dix ans d'application de la Charte de l'assuré social, E.P.D.S.

⁶ Arrêt C.J. Grzelczyk, aff. 184/99 du 20 septembre 2001

⁷ Arrêt d'Hoop du 11 juillet 2002, C-224/98

I. Le contentieux des droits de l'assuré social

A. La séparation des pouvoirs et le préalable administratif

1. La règle de la séparation des pouvoirs impose de procéder à une distinction selon que l'administration a statué sur des droits subjectifs ou a exercé une compétence discrétionnaire. Schématiquement, dans le premier contentieux, l'administration doit constater que les conditions légales à la reconnaissance du droit à une prestation de sécurité sociale ou au refus ou à la suppression de ce droit sont réunies. Le juge contrôlera sa décision en fonction de la législation d'ordre public qu'il doit appliquer. Par contre, quand il appartient à l'administration seule d'accomplir un acte, ce qui n'est pas très fréquent dans le contentieux de la sécurité sociale, le juge n'a pas le rôle d'administrer, n'exerce pas un contrôle d'opportunité, ce qui ne veut pas dire qu'il soit sans pouvoir.

2. Un effet de ce principe de la séparation des pouvoirs est le préalable administratif, que la cour du travail de Liège, dans un arrêt du 10 mai 2010⁸, définit comme l'obligation imposant au justiciable de se soumettre à la procédure administrative prévue par la loi, dans les cas qu'elle détermine, préalablement à l'action judiciaire, l'assuré social disposant alors – quand l'administration a statué ou n'a pas statué dans les délais – d'un droit de recours qui englobe tout ce sur quoi porte la décision y compris (à condition que le Code judiciaire le permette), sur toute demande régulièrement étendue dans le respect de l'article 807 du Code judiciaire. Partons donc de cet arrêt, rendu dans la matière des droits aux allocations sociales et autres avantages aux handicapés.

L'article 582, 1^o, du Code judiciaire a donné aux juridictions du travail compétence pour connaître des recours contre les décisions du Ministre. S'appuyant sur ce texte, la Cour de cassation a refusé aux juridictions du travail le droit de se saisir de l'évolution de la situation médicale depuis la décision administrative. Le législateur est alors intervenu par la loi du 19 avril 1999. Désormais, le tribunal du travail est compétent pour connaître des contestations relatives au droit en matière d'allocations aux handicapés, ce qui est la formulation généralement employée par

⁸ inédit, RG 36470/09

les autres dispositions du Code judiciaire en matière de contentieux de la sécurité sociale. La compétence a également été attribuée aux juridictions du travail pour connaître des décisions en matière d'avantages sociaux et fiscaux.

L'Etat Belge, service des handicapés, a néanmoins continué à soutenir que les dispositions concernant l'instruction administrative des demandes d'allocations affectaient le pouvoir des tribunaux et qu'il était contraire au principe de la séparation des pouvoirs que les juridictions du travail puissent se saisir d'une évolution de la situation de l'assuré social en cours de procédure ou de faits que le Ministre n'avait pas pris en considération lorsqu'il avait pris sa décision.

La Cour de cassation a posé une règle très claire dans ses arrêts des 30 avril 2001⁹ et 8 septembre 2003¹⁰ : "le lien entre l'instruction administrative et l'instruction judiciaire des demandes d'allocation et des révisions est rompu en raison de la modification de l'article 582, 1°, du Code judiciaire".

En 2010, la cour du travail de Liège a dû rappeler ces principes à l'administration qui soutenait qu'était irrecevable une demande de révision médicale et d'octroi d'avantages sociaux et fiscaux introduite devant la juridiction du travail saisie d'un recours contre une décision de révision administrative, révision médicale qui au surplus avait été demandée par l'administrateur provisoire de l'assuré social en cours de procédure de révision administrative et sur laquelle l'administration n'avait pas statué, les formes de l'introduction de cette demande n'étant pas respectées.

La cour du travail n'a vu aucune discrimination dans la solution qu'elle a adoptée de dire les demandes introduites devant la juridiction du travail recevables, soulignant au passage que "*si discrimination il devait y avoir, il faudrait plutôt tourner le regard vers les victimes de maladies professionnelles qui sont les seuls assurés sociaux à ne pouvoir soumettre au juge un élément nouveau et doivent impérativement, selon la jurisprudence, passer par la voie du préalable administratif*".

⁹ Pas., n° 246

¹⁰ Pas. n° 422

Précisons qu'en matière de maladies professionnelles, la Cour de cassation a dégagé la règle que l'application des articles 807 et 808 du Code judiciaire imposait aux juridictions du travail de tenir compte de l'aggravation de l'incapacité de travail du travailleur survenue postérieurement à cette décision. Toute demande nouvelle formée devant la juridiction du travail saisie d'une contestation sur le droit à l'indemnisation ne doit pas nécessairement être soumise à une procédure administrative préalable¹¹. Il reste que des controverses subsistent en la matière sur la portée du préalable administratif, comme en témoigne l'arrêt prononcé par la cour du travail de Liège le 1er mars 2010¹² qui décide que, lorsque la demande originaire adressée au F.M.P. vise uniquement une maladie reprise dans la liste établie en vertu de l'article 30 des lois coordonnées, une demande introduite en cours de procédure judiciaire sur la base de l'article 30*bis* des mêmes lois (qui permet d'obtenir une indemnisation pour une maladie qui n'est pas reprise dans la liste) est irrecevable, préalable administratif oblige. Il y a donc en la matière une clarification législative ou jurisprudentielle à apporter.

B. Le contentieux des droits subjectifs

1. Le contentieux des conditions d'admission, d'octroi, de paiement

1. Il est de peu d'incidence que, par exemple, l'administration ait refusé ou limité un droit sur de mauvaises bases juridiques, qu'elle n'ait pas motivé sa décision ou que cette décision ait été prise par une autorité territorialement incompétente. L'illégalité de l'acte peut entraîner des conséquences notamment quant à la prescription de la récupération de l'indu mais pour le surplus, elle est généralement indifférente. Dès que l'annulation pourrait avoir pour conséquence que l'assuré social se voit rétabli par le juge dans des droits qu'il n'a pas, ce juge ne peut se borner à cette annulation mais doit vérifier tout ce que l'administration aurait dû vérifier. Les articles 17 et 18 de la Charte de l'assuré social confortent les juridictions du travail dans leur analyse que l'assuré

¹¹ Cass., 15 juin 1981, Pas., 1981, p. 1175

¹² 9^{ème} ch., J.L.M.B., 2010, p. 1773

social qui soulève une contestation sur ses droits et obligations "ouvre d'office, et permet par conséquent un débat qui portera inéluctablement, dans sa phase finale, dans l'hypothèse d'une annulation, sur l'examen des droits et obligations dont il serait ou non titulaire"¹³.

2. L'administration dont la décision est critiquée devant les juridictions du travail peut être amenée à vérifier, avant d'en tirer les conséquences, la légalité d'une décision prise par une autre administration. On peut à cet égard se référer à un arrêt de la Cour de cassation du 26 mai 2008¹⁴. Le pourvoi formé par l'O.N.Em, était dirigé contre un arrêt de la cour du travail de Liège, qui avait décidé qu'il incombait au directeur du bureau de chômage de vérifier si l'Office wallon de la formation professionnelle et de l'emploi avait à bon escient procédé à la radiation d'un jeune travailleur pendant son stage d'attente. La décision de la Cour de cassation est sans ambiguïté. L'O.N.Em. devait procéder à la vérification de la légalité de la radiation. Il s'agit d'une de ses attributions. Cette décision présente aussi l'intérêt de mettre l'accent sur l'obligation pour l'administration de respecter les droits de la défense. La dispense d'audition prévue par l'article 144, § 2, de l'arrêté royal du 25 novembre 1991 ne s'applique pas. En effet, la décision du service régional de l'emploi n'est ni motivée ni notifiée à l'intéressé. En faisant grief au directeur du bureau de chômage de n'avoir pas convoqué le jeune travailleur avant de prendre sa décision, l'arrêt attaqué n'a pas appliqué à tort mais à bon escient le principe général du droit relatif au respect des droits de la défense.

3. Quant à la distinction entre le contrôle d'un droit subjectif et le contrôle sur une compétence discrétionnaire, on peut prendre pour exemple la jurisprudence relative aux décisions du Fonds Spécial de Solidarité de l'assurance soins de santé. Par son arrêt du 13 septembre 2004¹⁵, la Cour de cassation a décidé que, lorsque le collège des médecins directeurs examine si les conditions fixées par le texte légal sont réunies, il ne dispose pas d'une compétence discrétionnaire. Si le collège s'est arrêté à une condition qu'il estimait n'être pas remplie et n'a pas examiné les autres, la juridiction du travail ne doit pas se limiter à l'examen de la seule condition examinée par le collège. Elle doit voir si toutes les autres sont remplies. Cette démarche ne méconnaît ni le principe

¹³ Voy. C.T. Mons, 20 mars 2008, 5ème ch., R.G. 18518, sur Juridat

¹⁴ Pas., n° 315

¹⁵ Pas., n° 405

général du droit relatif à la séparation des pouvoirs ni l'article 581, 2°, du Code judiciaire. De même, la cour du travail de Mons¹⁶ décide que lorsque le Fonds Spécial de Solidarité a été amené à se prononcer sur l'appréciation d'un "cas digne d'intérêt", les tribunaux du travail disposent d'un contrôle de pleine juridiction sur cette notion. Le cas ayant été jugé digne d'intérêt par la cour du travail, celle-ci renvoie le dossier au Fonds pour qu'il le réexamine en fonction des dispositions budgétaires. En effet, souligne la cour du travail de Liège¹⁷, en ce qui concerne la compétence du Fonds, il convient d'opérer une distinction entre les conditions qui portent sur la vérification des conditions d'octroi (contentieux de pleine juridiction) et le montant de l'intervention sur lequel le Fonds qui, n'a à sa disposition qu'un budget fermé, dispose d'une compétence discrétionnaire. Ce qui ne veut pas dire que cette compétence soit arbitraire, son exercice étant dès lors susceptible de provoquer un contrôle marginal du juge.

4. La vérification par le juge s'opère sur la base du texte que l'administration devait appliquer. Quant aux conditions d'octroi, la jurisprudence refuse d'appliquer une peine plus douce que celle en vigueur au moment des faits, même lorsqu'il s'agit d'une sanction du comportement personnel du chômeur¹⁸. Mais la distinction adoptée de longue date par la Cour de cassation entre les conditions d'octroi et les sanctions administratives est régulièrement remise en question¹⁹.

5. Encore faut-il que le juge vérifie si la disposition que l'administration a appliquée n'est pas illégale.

5.1. Ainsi, en sécurité sociale comme en d'autres matières, il y a eu un contentieux important sur la question de ce que le juge devait faire quant une disposition réglementaire avait été prise sans la formalité substantielle de consultation de la section de législation du Conseil d'Etat en invoquant une urgence qui n'avait rien de "spécialement motivée".

¹⁶ 4ème ch., 24 août 2006, R.G. n° 18494, sur Juridat

¹⁷ S. Namur, 13ème ch., 5 janvier 2010, R.G. 8782/09, sur Juridat

¹⁸ C.T., Brux., 8ème ch., 12 mai 2010, R.G. 2008/AB/51483

¹⁹ Voy. par exemple, en matière de chômage, B. Graulich, Les pouvoirs du juge dans le droit du chômage, Guide social permanent, Commentaires, Droit de la sécurité sociale, partie I, livre IV, titre VI. chapitre III, n°s 240 à 310 et *infra* n° 5.3.

La Cour de cassation s'est exprimée très clairement à propos de la modification, sans que soit respectée la formalité de consultation du Conseil d'Etat et sans motivation spéciale de l'urgence, de l'article 45 de l'arrêté royal du 25 novembre 1991 et de l'article 18 de l'arrêté ministériel d'exécution en matière d'activité bénévole : le juge doit écarter même d'office le texte illégal et apprécier le litige sur la base d'un texte légal antérieur s'il en trouve un²⁰. Qu'en est-il si le juge ne trouve pas un tel texte ? La cour du travail de Mons²¹ s'est bornée, comme le premier juge, à annuler une décision de l'O.N.Em. excluant un chômeur pour l'échec d'un plan d'insertion avant l'entrée en vigueur de l'arrêté royal du 29 juin 2000 qui sanctionne spécifiquement ce comportement et alors que les dispositions visant le refus ou l'échec d'un plan d'accompagnement étaient à l'époque illégales pour avoir été adoptées sans l'avis du Conseil d'Etat.

5.2. La question beaucoup plus délicate qui se pose actuellement est quel parti le juge peut-il tirer de l'article 159 de la Constitution qui lui interdit d'appliquer un arrêté ou règlement illégal ? Ainsi que le souligne Mme Déom²² le seul sujet du refus d'application mériterait à lui seul plus d'une thèse de doctorat.

La jurisprudence de la Cour de cassation semble être actuellement en ce sens que la possibilité de combler une lacune législative dépend de la nature de l'omission. Tant que le juge peut mettre fin à l'inconstitutionnalité en complétant la disposition légale dans le cadre de la réglementation légale existante de manière qu'elle ne soit plus contraire aux articles 10 et 11 de la Constitution, il peut et doit le faire²³. En d'autres termes, s'il s'agit d'une lacune intrinsèque, celle qui réside dans un texte légal existant et non dans une autre disposition, et que le juge ne doit pas faire des choix politiques pour rétablir la constitutionnalité de la disposition incriminée, il doit la rétablir.

²⁰ Voy. not. Cass., 9 septembre 2002, JLMB, 2003, p. 1176 avec note D. De Roy : Le contrôle de légalité des actes administratifs par le juge de cassation

²¹ 5ème ch., 5 mars 2009, R.G. 21136 sur Juridat

²² L'article 159 de la Constitution - Le contrôle de légalité incident, p. 147

²³ voy. not. Cass., 3 décembre 2007, Pas., n° 302

Par contre, lorsque le juge constate que la violation des articles 10 et 11 de la Constitution trouve sa source dans une autre norme, en d'autres termes qu'il s'agit d'une lacune extrinsèque, il ne peut la combler, le constat de lacune exigeant en effet nécessairement l'instauration d'une nouvelle règle qui doit faire l'objet d'une réévaluation des intérêts sociaux par le législateur ou qui requiert une modification d'une ou de plusieurs dispositions légales.

Sur l'application de l'article 159 de la Constitution dans la matière de la sécurité sociale, on relèvera les arrêts des 17 mars 2003²⁴ et 15 décembre 2003²⁵ par lesquels la Cour de cassation décide que si certaines dispenses de cotisations sociales étaient accordées par un arrêté royal à une catégorie de personne mais qu'une catégorie comparable avait été oubliée, le juge ne peut combler cette lacune en étendant le champ d'application d'une disposition réglementaire.

5.3. La Cour de cassation vient de se prononcer sur la question de la portée de l'article 159 de la Constitution dans le contexte des mesures d'activation des chômeurs.

Trois arrêts rendus respectivement par les cours du travail de Bruxelles, de Mons et de Liège se sont prononcés sur une possible discrimination dans la mesure où, s'agissant des mesures d'exclusion énoncées par l'article 51 de l'arrêté royal en matière de chômage dû au propre fait du chômeur, le directeur a la possibilité, lorsque les faits sont avérés, de ne pas prononcer de sanction d'exclusion et de se borner à un avertissement ou d'assortir la sanction d'exclusion d'un sursis alors que tel n'est pas le cas lorsque le directeur constate que le contrat souscrit par le chômeur lors du premier ou du deuxième entretien n'a pas été respecté en sa totalité et le sanctionne sur la base des articles *59quinquies* et *sexies AR*.

La cour du travail de Bruxelles²⁶ réforme un jugement du tribunal du travail ayant retenu l'existence d'une différence de traitement constitutive d'une discrimination, en considérant que, même si les mesures des articles 51 et suivants, d'une part, et des articles *59bis* et suivants, d'autre part, sont similaires, leurs modalités d'application ne sont pas comparables, les caractéristiques personnelles du chômeur ayant, dans le second cas, été par hypothèse prises en considération lors de la négociation du contrat et de l'évaluation du comportement de recherche.

²⁴ Pas., n° 171

²⁵ RW. 2004-2005, p. 979

²⁶ 20 mai 2010, 8ème ch., R.G. n° 2008/AB/51471

La cour du travail de Liège²⁷ analyse les sanctions d'exclusion prises sur la base des dispositions relatives au contrôle de la recherche active d'emploi comme étant de nature pénale au sens de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. En effet, les mesures d'exclusion en matière d'activation visent l'ensemble des bénéficiaires des allocations, ont un caractère à la fois répressif et dissuasif et les sanctions financièrement très lourdes ont un objectif dissuasif et répressif. Le principe de proportionnalité de la sanction que cette disposition impose permet dès lors au juge de disposer de plus de pouvoir que l'administration et d'appliquer une "peine" inférieure à celle prévue par le texte réglementaire si celle-ci est disproportionnée par rapport à l'action commise. Jugeant dans le cas d'espèce la sanction de l'exclusion du bénéfice des allocations de chômage pendant quatre mois tout à fait disproportionnée et déraisonnable, la cour du travail la remplace par un avertissement. Elle estime alors qu'il est sans intérêt d'examiner si les mesures d'exclusions en cause violent les articles 10 et 11 de la Constitution. Cet arrêt est soumis à la censure de la Cour de cassation.

La cour du travail de Mons²⁸, se refusant de reconnaître le caractère pénal à l'exclusion prévue par l'article 59*quinquies* de l'arrêté royal, décide qu'elle ne peut faire application comme tels des principes généraux du droit pénal sur l'individualisation de la peine (sursis, réduction de la sanction en cas de circonstances atténuantes).

Elle aborde alors la légalité de la mesure au regard des articles 10 et 11 de la Constitution. Elle procède à un test de comparaison entre deux catégories de chômeurs qu'elle juge comparables, les unes soumises à un plan d'accompagnement ou à un parcours d'insertion (article 51, § 1er, alinéa 2, 6°, AR), les autres à un contrat d'activation. Se référant largement au jugement du tribunal du travail de Bruxelles du 26 septembre 2008, qui sera précisément réformé le lendemain par l'arrêt de la cour du travail de Bruxelles précité, la cour du travail relève que la première catégorie de chômeurs peut bénéficier de la mesure d'individualisation de la peine que constitue la possibilité pour le directeur de se borner à un avertissement ou de prononcer un sursis, ce qui n'est pas le cas de la seconde, et que cette différence de traitement ne repose pas sur un critère objectif et raisonnable et ne se situe pas dans un rapport de proportionnalité avec l'objectif pertinent et légitime poursuivi par les dispositions en matière d'activation. Elle s'interroge alors sur les conséquences à tirer du constat de

²⁷ 22 juin 2010, R.G. n° 8825/09

²⁸ 19 mai 2010, 4ème ch., R.G. n° 21.109; un arrêt similaire, prononcé par la même chambre le 29 juin 2010, est publié au J.T.T. 2010, p. 305

violation des articles 10 et 11 de la Constitution. Se référant notamment à l'arrêt de la Cour de cassation du 17 mars 2003 précité, elle décide que l'article 159 de la Constitution, qui impose de ne pas appliquer un arrêté royal illégal, a pour seule conséquence de ne faire naître ni droit ni obligation pour les intéressés. Il ne permet pas au juge de réparer une lacune extrinsèque. Elle conclut qu'elle ne peut en conséquence que confirmer la décision administrative d'exclusion.

Un pourvoi a été formé contre cet arrêt. Par son arrêt du 10 octobre 2011²⁹, la Cour de cassation accueille le second moyen, pris de la violation de l'article 159 de la Constitution. Elle décide qu'en vertu de cette disposition, les juridictions contentieuses ont le pouvoir et le devoir de vérifier la légalité interne et la légalité externe de tout acte administratif sur lequel est fondée une demande, une défense ou une exception. Dès lors que l'arrêt attaqué considère que l'article 59*quinquies*, § 6, de l'AR du 25 novembre 1991 viole les articles 10 et 11 de la Constitution, il ne pouvait, sans violer cet article 159, confirmer une décision d'exclusion prise sur la base de la disposition réglementaire dont il a constaté l'inconstitutionnalité.

On relèvera également à cet égard l'arrêt prononcé par la cour du travail de Liège le 12 septembre 2011³⁰ relatif à un autre constat d'inconstitutionnalité de la même procédure d'activation, à savoir la discrimination entre les bénéficiaires d'allocations d'attente et les bénéficiaires d'allocations de chômage dans la sanction. La cour du travail relève qu'elle n'est sûrement pas habilitée à substituer à la suppression de la totalité des allocations d'attente pendant quatre mois la réduction de ces dernières à concurrence de 25% de leur montant durant la même période (ce qui serait, comme l'application d'une mesure de sursis qui n'est pas prévue, combler une lacune extrinsèque). Par contre, le simple refus d'appliquer une disposition ne revient pas à combler une lacune extrinsèque et ne viole pas le principe de la séparation des pouvoirs. Il se limite à une censure négative à l'égard de l'acte réglementaire illégal.

²⁹ R.G. n° S.10.0112.F

³⁰ R.G. n° 2008/AL/35401, commenté par Terra Laboris pour Social Eyes le 11 octobre 2011 : La privation des allocations d'attente en cas de non-respect d'un contrat d'activation : une sanction excessive et disproportionnée

C. Le contrôle du juge en matière de dérogations aux conditions d'octroi

1. Selon le cas, l'administration exerce une compétence liée ou une compétence discrétionnaire.

2. On épinglera ainsi un arrêt de la cour du travail de Bruxelles du 30 juin 2010³¹ qui statue sur l'article 11, § 3, alinéa 4 de la loi du 12 janvier 2007 sur l'accueil des demandeurs d'asile et de certaines autres catégories d'étrangers et qui dispose que, dans des circonstances particulières, l'Agence peut déroger à la règle que les demandeurs d'asile se voient désigner une structure d'accueil comme lieu obligatoire d'inscription.

Se fondant sur les travaux préparatoires de la loi du 12 janvier 2007, la cour du travail décide que l'agence FEDASIL n'exerce pas en la matière une compétence discrétionnaire. Ces travaux préparatoires se sont en effet référés à l'arrêt n° 169/2002 du 27 novembre 2002 de la Cour constitutionnelle qui a indiqué que l'article 57ter, § 1er, alinéa 2, de la loi du 8 juillet 1976 organique des Centres publics d'action sociale devait se lire comme faisant obligation d'accorder la dérogation dans le cas où il apparaît que l'application de la règle empêcherait que des personnes puissent vivre avec une ou plusieurs personnes avec lesquelles elles forment une famille et qui ont droit à l'aide sociale en Belgique ou qui ont été autorisées à y séjourner.

3. Sur le contrôle du juge lorsque la compétence est discrétionnaire, on se référera à l'arrêt de la Cour de cassation du 11 décembre 2006³². Le ministre ou le fonctionnaire dispose d'un pouvoir discrétionnaire de déroger à la condition de résidence dans les cas dignes d'intérêt pour ce qui concerne les prestations familiales garanties. Le tribunal du travail peut contrôler la légalité de la décision attaquée et examiner si le ministre ou son fonctionnaire n'a pas exercé son pouvoir de manière déraisonnable ou arbitraire, mais ne peut priver l'administration de son pouvoir d'appréciation ni se substituer à celle-ci, à peine de violer le principe général du droit relatif à la séparation des pouvoirs. La décision doit également être contrôlée à la lumière de la loi du

³¹ 2009/AB/51.994, sur Juridat

³² R.C.J.B., 2010, p. 24 et note D. Lagasse

29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs. Bien qu'il statue sur un texte qui a depuis été modifié, l'arrêt de la Cour de cassation du 17 juin 2002 ³³est également important en ce que la Cour pose la règle que la décision d'appliquer une sanction est indissociable de celle de ne pas l'appliquer, de sorte que l'acte administratif excluant le chômeur du bénéfice des allocations de chômage doit énoncer les motifs pour lesquels le directeur a choisi la sanction plutôt que d'y renoncer alors qu'il avait ce pouvoir.

D. Le contrôle du juge en matière de sanctions administratives

1. Il est acquis de longue date que, dans la fourchette prévue par le texte légal ou réglementaire applicable, le juge peut réduire une sanction administrative et l'assortir, lorsque le texte le permet, d'un sursis ou se borner à un simple avertissement. Nous n'y reviendrons pas. La question est celle des pouvoirs du juge de descendre en deçà de la fourchette ou d'assortir la sanction administrative d'une modalité non prévue par la réglementation. Elle est liée à la nature pénale des sanctions administratives au sens de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme.

A notre connaissance, la Cour de cassation n'a jamais qualifié les sanctions prises à l'égard des assurés sociaux de sanctions de nature pénale au sens de cet article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. Alors que les juridictions du travail se divisaient sur leurs compétences pour appliquer un avertissement ou un sursis en cas de chômage dû au propre fait du chômeur – ce que peut faire le directeur depuis la modification réglementaire du 29 juin 2000 – la Cour de cassation, dans l'arrêt du 10 mai 2004³⁴, s'est fondée sur le Code judiciaire (article 580,2°) et sur les dispositions de l'arrêté royal du 25 novembre 1991 (articles 153 et 157*bis*) pour indiquer que tout ce qui relève du pouvoir d'appréciation du directeur, y compris le choix de la sanction administrative, était soumis au contrôle du juge. Elle a également considéré qu'elle n'avait pas besoin de passer par la qualification de la sanction au sens de l'article 6 de la C.E.D.H. pour ce qui concerne l'application de la loi la plus douce, s'agissant d'un principe général du droit³⁵.

³³ Pas., 2002, p. 1381, avec les concl. de M. Leclercq

³⁴ Pas., n° 246, avec les conclusions de M. Leclercq

³⁵ Cass., 14 mars 2005, Pas., n° 156

Il reste que la tendance de la doctrine et de la jurisprudence des juges du fond est de qualifier de sanction de nature pénale au sens de la Cour européenne des droits de l'homme les sanctions administratives en matière de sécurité sociale.

Ainsi, M. le procureur général de Liège Cédric Visart de Bocarmé³⁶ indique-t-il que le caractère pénal des sanctions administratives prononcées par l'O.N.Em. "est aujourd'hui unanimement reconnu".

On peut également se référer à M. Palumbo et P. Kallai³⁷ qui estiment que le principe de proportionnalité pourrait être invoqué par les bénéficiaires du régime I.N.A.M.I. sanctionnés administrativement pour obtenir la réduction de la sanction en-dessous de la fourchette prévue. Mais, ainsi que le soulignent ces auteurs, la matière des sanctions civiles à caractère pénal continuera certainement à faire couler beaucoup d'encre.

Sur la possibilité d'assortir la sanction d'une modalité non prévue par le texte, épinglons l'arrêt de la Cour constitutionnelle du 16 décembre 2010³⁸. La question qui était soumise à la Cour était de savoir si les articles 30, 31 et 47 de la loi du 26 mai 2002 concernant le droit à l'intégration sociale et 580, 8°, c), alinéa 2, du Code judiciaire violent les articles 10 et 11 de la Constitution en ce qu'ils ne permettent pas aux personnes ayant agi avec intention frauduleuse, lorsqu'elles contestent devant le tribunal du travail une décision administrative qui leur inflige une sanction d'exclusion prise en application de l'article 30, § 1er, alinéa 1er, de la loi du 26 mai 2002, de bénéficier d'une mesure de sursis à l'exécution des peines, alors que, lorsqu'elles sont poursuivies pour le même manquement devant la juridiction correctionnelle, cette mesure peut leur être octroyée en application de la loi du 29 juin 1964.

La Cour constitutionnelle décide que la suspension du paiement du revenu d'intégration sociale visé à l'article 30 de la loi du 26 mai 2002, qui permet aux C.P.A.S. de suspendre totalement ou partiellement pour une période de six mois au plus ou, en cas d'intention frauduleuse, de douze mois au plus, l'assuré social qui a omis de déclarer des ressources dont il

³⁶ Mercuriale de rentrée de la cour du travail de Liège le 2 septembre 2011 : "L'application du principe *non bis in idem* en droit pénal social", p. 11.

³⁷ Les sanctions administratives applicables aux bénéficiaires du régime d'assurance obligatoire soins de santé et indemnité, J.L.M.B., 2009, p. 1905 et suiv. et plus spéc., p. 1912 à 1914)

³⁸ N° 148/2010

connaît l'existence ou a fait des déclarations inexactes ou incomplètes ayant une incidence sur le montant du revenu d'intégration est une sanction pénale au sens de l'article 6.1 de la Convention européenne et doit donc être conforme aux principes généraux du droit pénal. Toutefois, cette suspension n'est pas une peine au sens de l'article 1er du Code pénal de telle sorte que les règles internes du droit pénal et de la procédure pénale ne lui sont pas, en tant que telles, applicables.

La Cour constitutionnelle rappelle sa jurisprudence constante selon laquelle lorsque l'auteur d'un même fait peut être envoyé devant le tribunal correctionnel ou se voir infliger une sanction administrative contre laquelle un recours lui est offert devant un tribunal non pénal, un parallélisme doit en principe exister entre les mesures d'individualisation de la peine. La différence de traitement, en ce qui concerne le bénéfice d'une mesure de sursis, entre l'allocataire social poursuivi pénalement et celui qui introduit un recours devant le tribunal du travail contre une suspension du droit au revenu d'intégration sociale n'est pas raisonnablement justifiée.

La Cour relève toutefois que cette discrimination ne provient d'aucune des dispositions sur lesquelles elle est interrogée mais de l'absence d'une disposition législative qui permette de faire bénéficier d'une mesure de sursis l'allocataire social. Ce ne sont donc pas les dispositions sur lesquelles elle est interrogée qui violent les articles 10 et 11 et de la Constitution mais l'absence de disposition législative.

2. Beaucoup de question subsistent également quant au principe *non bis in idem*. Ainsi que le souligne S. Van Drooghenbroeck³⁹, la circonstance qu'un même comportement infractionnel soit susceptible d'être sanctionné par une peine pénale classique et par une sanction administrative qualifiable de pénale au sens des instruments internationaux de garantie du procès équitable est – contrairement à ce qu'enseigne la jurisprudence classique de la Cour de cassation – susceptible de soulever une difficulté au regard de la règle *non bis in idem*, consacrée notamment par l'article 14, § 7, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et par l'article 4 du protocole additionnel n° 7 à la Convention de sauvegarde (qui n'est encore ratifié en Belgique que par

³⁹ Entre b n volance et incertitudes : Y a-t-il un juge pour dire clairement le droit des sanctions administratives ?, Bruylant, 2007, p. 276

les communautés flamandes et germanophones). Selon l'expression de cet auteur, "le risque d'une certaine cacophonie se profile (...)". Le droit des sanctions est en effet un droit en réseau, écrit pas plusieurs mains, nationales et internationales et le dialogue des juges sur ce sujet demeure loin des attentes⁴⁰.

La Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme a, dans l'arrêt Zoloutoukhine du 10 février 2009, apporté à l'unanimité une certaine clarification : le terme *idem* ne vise pas la qualification juridique conférée aux actes matériels commis par le prévenu mais bien les faits eux-mêmes. L'article 4 du protocole n° 7 doit être compris comme interdisant de poursuivre ou de juger une personne pour une seconde infraction pour autant que cette poursuite a pour origine des faits identiques ou des faits qui sont en substance les mêmes⁴¹.

L'arrêt de la Cour de cassation du 25 mai 2011⁴² révèle néanmoins que les contours du principe *non bis in idem* continueront à susciter des interrogations en Belgique, au regard de l'article 14, § 7, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

La Cour de cassation a été saisie d'un pourvoi formé par le ministère public à l'encontre d'un arrêt de la cour d'appel de Bruxelles du 17 novembre 2010 déclarant les poursuites irrecevables à l'égard d'une prévention consistant dans une infraction à l'article 175, alinéa 1er, 1°, e, de l'AR du 25 novembre 1991. La cour d'appel a retenu que l'O.N.Em. avait déjà appliqué une sanction administrative d'exclusion de vingt-six semaines sur la base de l'article 154, 1°, de l'arrêté royal du 25 novembre 1991 et que l'addition du seul élément moral que constitue l'intention frauduleuse n'était pas de nature à modifier la substance même des faits identiques visés à l'article 154, 1° et à l'article 175 de l'AR du 25 novembre 1991.

La Cour de cassation compare les deux infractions et estime que l'élément moral spécifique qu'est l'intention frauduleuse visée au seul article 175 suffit à les distinguer, la répression de l'intention frauduleuse étant une prérogative du pouvoir judiciaire qu'il n'appartient pas au directeur de l'O.N.Em. de sanctionner.

⁴⁰ *eodem cit.*, p. 291

⁴¹ Sur cet arrêt, voy., R. Malagnini : L'application du principe *non bis in idem* : le cas de l'assurance chômage, J.L.M.B., 2009, p. 1571

⁴² J.T., 2011, p. 651 et note d'obs., J.F. Neven et H. Mormont : "Cumul des sanctions administrative et pénale en matière de chômage : la Cour de cassation ignore-t-elle la jurisprudence de Strasbourg sur l'identité d'infraction ?"

La mercuriale de rentrée de la cour du travail de Liège le 2 septembre 2011 précitée souligne que l'entrée en vigueur du Code pénal social va amener les institutions de sécurité sociale à être constamment confrontées au principe *non bis in idem* et fait un relevé des difficultés secteur par secteur⁴³.

3. Une autre question qui a fait débat est celles des pouvoirs du juge qui annule une sanction administrative de se substituer à l'administration pour prononcer la sanction qu'il estime adéquate. Elle semble actuellement résolue en ce sens que le principe de la séparation des pouvoirs interdit cette substitution⁴⁴.

E. Le contrôle du juge en matière de renonciation à l'indu

1. Epinglons l'arrêt de la Cour de cassation du 25 mars 2002⁴⁵ : quand le ministre de la Prévoyance sociale (service des Handicapés) a décidé de renoncer à l'indu, cette décision a fait naître un droit subjectif et aucune disposition législative en la matière n'autorise l'autorité administrative à porter atteinte à ce droit. Ce n'était pas nécessairement évident il y a quarante ou même vingt ans.

2. Ce qui l'était encore moins c'était si le tribunal du travail était compétent quand, saisie d'une demande de renonciation, l'autorité refusait d'y faire droit. Les arrêts de la Cour constitutionnelle sur le droit de l'assuré social à s'adresser à un juge naturel disposant d'une saisine suffisante pour exercer un contrôle effectif de légalité sur une décision administrative en matière de renonciation à l'indu sont donc essentiels.

⁴³ *op. cit.*, pp. 16 et ss.

⁴⁴ Voy. Cass., 17 décembre 2001, J.T.T., 2002, p. 17 et les conclusions de J.F. Leclercq, C.T. Mons, 31 décembre 2009, R.G. n° 21.177, commenté sur le site www.terralaboris.be, et, en matière de sanctions prises par le C.P.A.S., H. Mormont et K. Stangherlin, La procédure judiciaire, *in* Aide sociale – intégration sociale, Le droit en pratique, La Charte 2011, p. 740

⁴⁵ Pas. n°200

Dans son arrêt du 21 décembre 2004⁴⁶, la Cour constitutionnelle constate que la renonciation à la récupération de l'indu fait en matière de prestations familiales garantie l'objet d'une disposition attribuant compétence au tribunal du travail pour connaître des contestations que celle-ci suscite. L'O.N.A.F.T.S. dispose d'un large pouvoir d'appréciation et sa compétence discrétionnaire est d'autant plus étendue que l'intéressé n'a aucun droit subjectif à cette renonciation.

Lorsque la renonciation peut être accordée dans l'intérêt de l'administré parce que la récupération s'avère contre-indiquée pour des raisons sociales, le législateur établit un critère sur l'application duquel le juge, sans pouvoir se substituer à l'administration, doit pouvoir exercer un contrôle de légalité qui est en l'espèce d'autant plus essentiel que le refus de renoncer à la récupération peut priver l'intéressé de son droit à l'intégralité des prestations fournies ultérieurement en application de l'article 1410, § 4, du Code judiciaire.

La Cour constitutionnelle poursuivra son œuvre en censurant l'article 16, § 8, de la loi du 27 février 1987 relative aux allocations aux personnes handicapées en ce qu'il autorise le ministre compétent à renoncer à la récupération des prestations indûment payées lorsqu'il s'agit de cas dignes d'intérêts mais exclut tout recours auprès d'une juridiction compétente pour exercer un contrôle de légalité contre cette décision⁴⁷.

Elle soulignera ensuite que le juge est compétent pour contrôler la légalité interne et externe de la décision prise par l'O.N.P. refusant de renoncer à la récupération de prestations indûment payées, sans pouvoir se placer sur le plan de l'opportunité⁴⁸.

La matière de la renonciation aux allocations d'interruption a fait l'objet, devant la cour du travail de Bruxelles, d'une procédure qui mérite d'être commentée⁴⁹.

Une travailleuse, en congé parental à mi-temps ayant repris le travail à temps plein avant le délai minimum de six mois qui était à l'époque prévu par la réglementation, s'est vue notifier par l'O.N.Em. une décision de récupération des allocations d'interruption versées.

⁴⁶ J.L.M.B., 2005, p. 320 avec une importante note de Mme I. Mathy : L'étendue des pouvoirs du juge à l'égard des décisions prises par une autorité administrative en matière de sécurité sociale

⁴⁷ Arrêt n° 26/2006 du 15 février 2006, R.G. 3676

⁴⁸ Arrêt n° 82/2007 du 7 juin 2007, R.G. 3998

⁴⁹ 8ème ch., R.G. n° 46.560

Par un premier arrêt du 25 Octobre 2006, la cour du travail de Bruxelles⁵⁰, après avoir décidé que la travailleuse ne justifiait pas d'un cas de force majeure permettant, en vertu de l'article 5 de l'arrêté ministériel du 17 décembre 1991 relatif à l'octroi d'allocations d'interruption, de renoncer à la récupération de l'indu, a posé à la Cour constitutionnelle la question préjudicielle suivante :

"L'article 22, § 1er, de la Charte de l'assuré social en limitant son champ d'application, lorsqu'il existe des dispositions particulières dans d'autres secteurs de la sécurité sociale, et en excluant toute attribution judiciaire quant au contrôle complet de décisions administratives refusant renonciation à récupérer des allocations sociales indûment payées est-il contraire aux principes d'égalité et de non-discrimination formulés aux articles 10 et 11 de la Constitution ainsi qu'au droit d'accès à un juge prévu à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme ?"

Par un arrêt du 12 juillet 2007⁵¹, la Cour constitutionnelle rappelle que le caractère supplétif de l'article 22 de la Charte a été justifié par la circonstance que les secteurs connaissaient déjà des règles dont l'application ne posait guère de problème; l'habilitation qu'il contient ne peut en aucune façon déroger au principe selon lequel, lorsqu'une norme établit une différence de traitements entre certaines catégories de personnes, celle-ci doit se fonder sur une justification raisonnable qui s'apprécie par rapport au but et aux effets de la norme considérée. Il appartient dès lors au juge administratif et au juge judiciaire d'apprécier si, en limitant la renonciation à la récupération des allocations payées indûment à la seule hypothèse d'un cas de force majeure, le ministre a pris une mesure qui est raisonnablement justifiée par la nature particulière des allocations d'interruption de carrière.

Par son arrêt du 19 février 2009, la cour du travail relève que la protection de l'article 5 n'est pas aussi complète que celle prévue par l'article 22 de la Charte et que cette discrimination n'est pas justifiée. Elle décide que le cas est digne d'intérêt.

⁵⁰ 8ème ch. R.G. n° 46.560

⁵¹ N° 101/2007

L'O.N.Em. s'est pourvu en cassation contre cet arrêt. Par un arrêt du 13 décembre 2010⁵², la Cour de cassation a rejeté le pourvoi. Sur le premier moyen de cassation, qui soutenait que l'article 5 de l'arrêté ministériel ne violait pas les articles 10 et 11 et la Constitution, elle décide que les circonstances invoquées par l'O.N.Em., pas plus qu'aucun autre élément, ne justifient raisonnablement la différence de traitement. La Cour rejette également le second moyen, qui faisait grief à l'arrêt attaqué d'avoir privé l'O.N.Em. de son pouvoir d'appréciation discrétionnaire de la réunion des conditions d'une situation digne d'intérêt, en méconnaissance du principe de la séparation des pouvoirs. Dans la mesure où l'O.N.Em., appliquant sa propre réglementation, n'avait pas examiné si le cas était digne d'intérêt et si la chômeuse était de bonne foi, sa décision devait en toute hypothèse être annulée.

Dans un arrêt du 28 mai 2009, la Cour constitutionnelle décide enfin que - s'il est interprété dans le sens qu'il est impossible à l'organisme de sécurité sociale de renoncer à la récupération de l'indu lorsque le comité de gestion n'a pas déterminé les conditions de cette renonciation – l'article 22 de la charte n'est pas compatible avec les articles 10 et 11 de la Constitution⁵³.

II. Le contentieux O.N.S.S. et I.N.A.S.T.I.

1. Le contentieux I.N.A.S.T.I.

Le contentieux des cotisations de sécurité sociale pour travailleurs indépendants pose la question : quand et devant qui le contrôle incident de légalité de l'article 159 de la Constitution peut-il s'exercer ?

On sait que la jurisprudence de la Cour de cassation est en ce sens que la juridiction du travail ne peut remettre en question ni le montant des revenus professionnels communiqués par l'administration fiscale ni la qualification de ces revenus sur la base de laquelle a été enrôlé l'impôt⁵⁴.

⁵² J.T.T., 2011, p. 65

⁵³ Arrêt n° 88/2009 du 28 mai 2009, R.G. n° 4482

⁵⁴ Article 11, §§ 1 et 2, de l'arrêté royal n° 38 et n° 33 de l'arrêté royal du 19 décembre 1967

Dans plusieurs arrêts, la cour du travail de Liège a décidé qu'en vertu de l'article 159 de la Constitution, elle ne pouvait pas appliquer des décisions illégales de l'administration fiscale⁵⁵. Le premier de ces arrêts a été soumis à la censure de la Cour de cassation qui a accueilli le pourvoi par un arrêt du 29 novembre 2010⁵⁶ au motif que l'article 159 de la Constitution n'a pas pour effet de dispenser le juge d'appliquer aux faits dont il est saisi les dispositions de l'article 11, §§ 1er et 2, de l'arrêté royal n° 38 du 27 juillet 1967. Dans une note sous cet arrêt, S. Gilson⁵⁷ souligne que l'arrêt de la cour du travail, "particulièrement bien motivé et nuancé, se voit cassé pour des motifs qui demeurent des plus obscurs (et qui ne sont bien évidemment pas explicités) par la Cour de cassation". Ainsi que le relève cet auteur, "l'article 159 de la Constitution n'a, en effet, rien à voir avec l'application de la loi⁵⁸ mais simplement avec l'écartement d'un acte administratif illégal".

La motivation de l'arrêt de la Cour de cassation ne peut effectivement que décevoir ceux qui attendaient qu'elle s'explique sur la question, délicate, de l'autorité de chose décidée d'une décision administrative n'ayant pas fait l'objet d'un recours judiciaire⁵⁹.

Cet arrêt pourrait être interprété en ce sens que l'article 159 de la Constitution ne porte pas atteinte à l'autorité de chose décidée par l'administration, en tout cas lorsque le contribuable disposait d'un recours fiscal de pleine juridiction qui n'a pas été exercé. Tel était en tout cas le sens des conclusions verbales du Procureur général Leclercq qui avait souligné qu'il fallait certes qu'une juridiction indépendante exerce un contrôle sur les décisions de l'administration fiscale mais qu'en l'espèce, les juridictions fiscales étaient chargées d'exercer ce contrôle. L'article 159 de la Constitution ne s'appliquerait donc pas en tout temps et devant toutes les juridictions de l'ordre judiciaire. Il reste qu'il est difficile de tirer des conclusions de cet arrêt elliptique.

⁵⁵ C.T. Liège, s. Neufchâteau, 14 mai 2008, R.G. 3969/07 et C.T. Liège, s. Namur, 20 janvier 2009, R.G. 8635/08)

⁵⁶ Pas. n° 699

⁵⁷ La Cour a ses raisons que la raison ne connaît point, Bull. soc. et jur., janvier 2010-2, p 6

⁵⁸ En l'espèce les articles 11, §§ 1 et 2, de l'arrêté royal n° 38

⁵⁹ Voy. à cet égard C. Bedoret, L'autorité de la chose décidée en droit de la sécurité sociale ou quand la montagne accouche d'une souris..., R.D.S., 2010, pp. 109 et suiv. et plus spéc., pp. 158 à 172 et les références citées

2. Le contentieux O.N.S.S.

1. Relevons la controverse sur la nature des avis rectificatifs, des décisions d'assujettissement ou de désassujettissement : s'agit-il d'actes administratifs au sens de la loi du 29 juillet 1991 sur la motivation formelle des actes administratifs ? A propos d'un avis rectificatif, la cour de cassation a refusé cette qualification, contrairement à l'avis du ministère public⁶⁰. Dans ses conclusions sous un arrêt du 27 octobre 2003⁶¹, M. le procureur général Leclercq relève que l'acte d'assujettissement a un effet juridique immédiat et que l'avis rectificatif a quand même certains effets juridiques immédiats. La question pourrait donc rebondir devant la Cour de cassation si la motivation a une incidence concrète sur la solution du litige. Il est en tout cas certain que lorsque l'O.N.S.S. cite l'employeur en paiement des cotisations, le tribunal du travail doit statuer sur cette demande nonobstant l'illégalité de la décision administrative⁶².

2. Le contentieux de la discrimination ou de la faute : les difficultés créées par le formalisme de la réglementation en matière de carte d'embauche.

La carte d'embauche doit être communiquée à l'O.N.Em. dans les soixante jours de l'engagement sinon l'employeur perd toutes les réductions liées à cette carte, sans remèdes ni atténuation possible. L'O.N.S.S. découvrant l'absence de respect de cette formalité longtemps après, il n'est pas étonnant, vu l'enjeu financier, que cette conséquence ait retenu l'attention des juridictions du travail.

Deux arrêts de la cour du travail de Bruxelles⁶³, permettent d'aborder cette question, vu l'intérêt des principes qu'ils dégagent et même si ces arrêts statuent sur des réglementations qui ne sont plus en vigueur :

⁶⁰ Cass. 18 décembre 2000, Pas. n° 701

⁶¹ Pas n° 530

⁶² Pour le surplus, voir la contribution de J.F. Neven et S. Gilson : La motivation des décisions des institutions de sécurité sociale à l'égard des employeurs et des assurés sociaux, Orientations n°9 nov.2009 pp. 2 et ss

⁶³ 8ème chambre, sièges différents

- les arrêts des 14 janvier 2009 et 6 janvier 2010⁶⁴ : par le premier arrêt, la cour du travail s'interroge : la conséquence de la perte de toute réduction sociale n'est elle pas disproportionnée lorsque les conditions du plan d'embauche sont réunies mais que l'employeur s'est abstenu de renvoyer la carte d'embauche à l'Office National de l'Emploi dans le délai de soixante jours comme le lui impose l'article 2 de l'arrêté royal du 23 décembre 1994 portant exécution de la loi du 21 décembre 1994 ? Par le second arrêt, la cour du travail décide d'écarter la condition de l'article 2, disproportionnée dès lors que le Roi aurait pu prévoir d'autres sanctions moins lourdes qui auraient permis d'atteindre le but recherché par le législateur (la preuve) et par l'autorité réglementaire (diligenter la procédure, permettre la vérification rapide par l'employeur des conditions de fond, permettre le contrôle rapide et aisé par le demandeur de ces conditions) dans l'objectif général du plan d'embauche (l'embauche et la résorption du chômage, pas le piège pour les employeurs). Par un arrêt du 13 décembre 2010⁶⁵, la Cour de cassation rejette le pourvoi. L'arrêt attaqué, qui a eu égard à l'objectif de l'article 2 précité, justifie légalement sa décision que cette disposition réglementaire crée une différence de traitement injustifiée entre la catégorie des employeurs qui renvoient la carte d'embaucher au bureau de chômage dans les soixante jours de l'engagement du travailleur et celle des employeurs qui ne respectent pas cette obligation. On observera que, sur un texte plus ou moins similaire, la Cour constitutionnelle a estimé que l'exigence quant au délai dans lequel l'attestation doit être obtenue de l'O.N.Em. était pertinente et que la différence de traitement était raisonnablement justifiée⁶⁶.

- l'arrêt du 9 juin 2010⁶⁷ : l'employeur n'ayant pas obtenu l'attestation dans le délai doit rembourser les cotisations. Celui-ci ayant introduit une action reconventionnelle sur la base de l'article 1382 du code civil, la cour décide que le principe de confiance légitime n'est pas violé : tant que l'employeur n'a pas été contrôlé, il ne pouvait légitimement se croire en ordre. Par contre, le principe du raisonnable, qui impose à l'administration de statuer dans un délai raisonnable a été violé : le contrôle est simple, l'anomalie fréquente, un délai de six mois est normal et l'O.N.S.S. a mis quatre ans à contrôler...La Cour condamne l'O.N.S.S. à des dommages et intérêts équivalents aux cotisations, majorations et intérêts dus à partir du moment où le contrôle aurait du être réalisé.

⁶⁴ RG 45.381

⁶⁵ S.10.0053.F

⁶⁶ Arrêt n° 80/2009 du 14 mai 2009

⁶⁷ RG 48994 et 49068

3. La discrimination dans le choix des employeurs cités.

Pourquoi moi et pas les autres ? C'est une question que l'avocat est habitué à s'entendre poser, que ce soit en matière pénale ou de sanction par une institution de sécurité sociale notamment. La cour du travail de Mons⁶⁸ dit en substance à l'O.N.S.S. qu'il est inadmissible qu'il ait ciblé une seule entreprise d'un secteur particulier alors que la problématique de la qualification de rémunération de la totalité des primes de mobilité était commune à l'ensemble du secteur et condamne cet organisme à des dommages et intérêts.

4. Les indemnités dues en cas de non-respect par l'employeur de ses obligations, compétence et pouvoirs du juge.

Par un arrêt du 24 février 2010⁶⁹, l'assemblée générale du Conseil d'Etat a clarifié la question de la compétence en matière d'exonération des sanctions O.N.S.S., qui faisait l'objet de divergences entre les chambres francophones et néerlandophones du Conseil d'Etat. L'enseignement de cet arrêt est très clair : "Une chose est de savoir si le tribunal du travail est compétent ou pas; une autre est en revanche de savoir, à supposer qu'il le soit, quelle est la portée de son contrôle". La compétence est donc indépendante de la question si les décisions en la matière ont un caractère discrétionnaire ou non. Se fondant sur les travaux préparatoires de l'article 580 du Code judiciaire révélant la volonté manifeste du législateur de concentrer le contentieux social dans une seule juridiction, le Conseil d'Etat décide que les juridictions du travail sont compétentes pour connaître d'un refus de l'O.N.S.S. de renoncer aux majorations de cotisations et aux intérêts de retard.

La jurisprudence de la Cour de cassation a changé à propos de l'intérêt à se pourvoir contre un arrêt du Conseil d'Etat qui, tout en affirmant sa compétence, rejette le recours. La Cour déclarait le pourvoi irrecevable à défaut d'intérêt⁷⁰. Elle a modifié sa jurisprudence par cinq arrêts des chambres réunies

⁶⁸ 4ème ch., 15 juin 2010, RG 2007/AM/20582

⁶⁹ n°201.261, Chr.D.S., 2010, p.315; J.T., 2010, p. 316 et note H. Mormont

⁷⁰ Voy. not. Cass., 8 juin 2009, n° 381

du 15 octobre 2009⁷¹. Dans la mesure où la Cour de cassation est seule à statuer sur les conflits d'intérêts dans l'ordre juridique belge, les décisions par lesquelles le Conseil d'Etat statue sur les limites de sa compétence par rapport à la compétence des juridictions de l'ordre judiciaire doivent pouvoir être contrôlées par la Cour de cassation. L'autorité a intérêt à entendre dire quelle instance doit trancher le litige.

L'O.N.S.S. a ainsi pu former un pourvoi recevable concernant l'instance qui doit trancher les litiges en matière de renonciation aux majorations et intérêts.

Par son arrêt, du 30 mai 2011, la Cour de cassation⁷² décide que c'est aux juridictions du travail de trancher ce litige.

Si les tribunaux du travail sont compétents, quels sont leurs pouvoirs ? La jurisprudence considère que lorsque l'O.N.S.S. a pris une décision de réduction des majorations, il ne peut pas y revenir à l'occasion d'une procédure judiciaire⁷³ sauf si la décision est illégale et doit être écartée sur la base de l'article 159 de la Constitution⁷⁴.

Pour le surplus, il s'agit d'un contrôle marginal sur la décision de l'administration.

⁷¹ L'un de ces arrêts est publié dans la Pasirisie 2009, n° 584

⁷² R.G. n° C.10.0625.F, publié sur Juridat avec d'importantes conclusions conformes de l'avocat général Mortier qui contiennent de nombreuses références notamment sur l'évolution de la jurisprudence du Conseil d'Etat et sur la portée du pouvoir discrétionnaire de l'O.N.S.S.; arrêt commenté le 7 octobre 2011 sur Socialey.be

⁷³ C.T., Liège, s. Namur, 27 octobre 2009, R.G. 8329/07

⁷⁴ C.T. Brux., 8ème ch., 26 mars 2009, R.G. 50527