



ARRET

AUDIENCE PUBLIQUE DU 16 MAI 2012

R.G. 2010/AM/208

Sécurité sociale des travailleurs salariés – Loi du 27/06/1969 – Employeur ayant occupé un travailleur étranger en séjour illégal sans l'avoir assujéti à la sécurité sociale des travailleurs salariés – Tribunal correctionnel condamnant d'office l'employeur à 4.000 € provisionnels à valoir sur les cotisations, majorations, intérêts et indemnités dûs pour non-assujéttissement à l'O.N.S.S. – Indemnité égale au triple des cotisations éludées – Article 35, § 1, alinéa 4, de la loi du 27/06/1969 tel qu'applicable à l'époque des faits – O.N.S.S. introduisant parallèlement à l'action pénale diligentée par l'Auditorat une demande de titre devant le tribunal du travail portant sur les cotisations qui découlent de l'infraction dont est saisi le tribunal correctionnel – Tribunal du travail disant pour droit qu'il y a lieu de déduire des condamnations la somme de 4.000 € à valoir sur les cotisations, majorations et intérêts dûs à l'O.N.S.S. en raison du jugement prononcé par le tribunal correctionnel – Appel principal de l'employeur invoquant l'adage « le criminel tient le civil en l'état » - Appel incident de l'O.N.S.S. s'opposant à la déduction de la somme de 4.000 € - Nature pénale de l'indemnité égale au triple – Saisine du tribunal correctionnel non vidée - O.N.S.S. habilité à poursuivre au civil sa réclamation - Influence possible de l'action pénale sur l'action civile – Application de l'adage « Le criminel tient le civil en l'état » - Renvoi de l'affaire au rôle particulier dès lors que le tribunal correctionnel n'a pas vidé sa saisine sur la demande de condamnation de l'employeur à l'indemnité égale au triple des cotisations.

N° 2012/
4^{ème} chambre

Article 580, 1° du Code judiciaire

Arrêt contradictoire renvoyant la cause au rôle particulier.

EN CAUSE DE :

La S.A. L'ELEVAGE B.

CONTRE

L'OFFICE NATIONAL DE SECURITE SOCIALE, en abrégé O.N.S.S., dont le siège social est sis à 1060 Saint-Gilles, place Victor Horta, 11,

Intimé au principal, appelant sur incident, comparaisant par son conseil, Maître DOCQUIER loco Maître FOURMY, avocate à Mons.

R.G. 2010/AM/208

La cour du travail, après en avoir délibéré, rend ce jour l'arrêt suivant :

Vu les antécédents de la cause et notamment :

- L'acte d'appel établi en requête déposée au greffe de la cour le 25/05/2010 et visant à la réformation d'un jugement contradictoire rendu le 17/12/2009 par le tribunal du travail de Mons, section de La Louvière ;
- L'arrêt prononcé le 24/08/2011 par la cour de céans autrement composée qui déclara les appels principal et incident recevables et, avant de statuer sur leur fondement, ordonna deux mesures d'instruction distinctes, la première devant permettre aux parties d'échanger leurs arguments sur la portée concrète des pièces jointes à l'avis de M. l'Avocat général et la seconde invitant ce dernier à faire déposer au dossier de la procédure le dossier répressif qui reposait au greffe de la cour d'appel en attente de « prosécution de cause » ;

Vu, pour l'appelante, ses conclusions d'appel après réouverture des débats reçues au greffe le 04/11/2011 ;

Vu, pour l'O.N.S.S., ses conclusions d'appel après réouverture des débats déposées au greffe le 02/01/2012 ;

Entendu les parties, en leurs dires et moyens, à l'audience publique du 15/02/2012 où l'affaire fut reprise ab initio en raison de la composition différente du siège sur les points de droit non tranchés par l'arrêt du 24/08/2011 ;

Oùï le Ministère public en la lecture de son avis écrit déposé à l'audience publique du 21/03/2012 auquel aucune des parties n'a répliqué ;

Vu le dossier des parties ;

FAITS ET ANTECEDENTS DE LA PROCEDURE :

Il résulte des éléments auxquels la cour de céans peut avoir égard que La SA Elevage B., société au capital social de 30.000.000 de francs (743.680,57 €), a pour objet social le commerce de bétail et d'animaux vivants. Elle est administrée par E. CR., J. M. et C.CR..

A partir d'octobre 2003, elle a occupé M. A. en qualité d'ouvrier. De nationalité marocaine, ce dernier était en séjour illégal en Belgique.

Le 13/07/2004, M. A. était occupé à relever du fumier au moyen d'un petit bulldozer de ferme muni d'une fourche lorsque, voulant déposer le fumier le plus loin possible et montant sur le tas de fumier, l'engin fut déséquilibré

R.G. 2010/AM/208

et a basculé. M. A. fut écrasé par ce petit bulldozer lorsqu'il tenta d'en sortir.

MM. M. CR. et E. CR. ainsi que Mme J. M. et la SA Elevage B. furent poursuivis au pénal devant le tribunal correctionnel de Mons pour :

1. en décembre 2002, dès le début de la relation de travail, ne pas avoir mentionné M. A. au registre du personnel ;
2. en octobre 2003, au plus tard au moment où le travailleur débute ses prestations, ne pas avoir rentré la déclaration DIMONA ;
3. de décembre 2002 au 13/07/2004, ne pas avoir établi de compte individuel ;
4. entre le 31/01/2003 et le 02/11/2004, ne pas avoir établi et fait parvenir à l'O.N.S.S. la déclaration trimestrielle des montants des cotisations dues ;
5. de décembre 2002 au 31/07/2004, avoir fait travailler illégalement un travailleur étranger non admis à séjourner plus de 3 mois en Belgique.

Au pénal, le tribunal correctionnel de Mons a, par jugement du 27/06/2006, acquitté Mme M. des préventions mises à sa charge tandis qu'il a dit les préventions établies dans le chef de MM. M. et E. CR. qu'il condamna à une amende de 6.000 € (portée à 15.000 €) dont la moitié avec sursis pour M. M. CR. et neuf-dixième avec sursis pour M. E. CR..

Au civil, l'action des ayants droit de M. A. fut déclarée recevable mais non fondée parce que fondée sur un avantage illicite tiré du travail au noir. Quant à la SA Elevage B., elle fut :

- déclarée civilement responsable des amendes infligées à Messieurs M. et E. CR. ;
- condamnée d'office à payer à l'O.N.S.S. 4.000 € « provisionnels à valoir sur les cotisations, majorations, intérêts et indemnités dus pour non assujettissement à l'O.N.S.S. » en vertu de l'article 35, § 1^{er}, al. 4 de la loi du 27/06/1969. Sur ce dernier point, la motivation précisait ce qui suit :

« L'Auditeur du travail ayant déposé au dossier de la procédure le 25/04/2006 une pièce concernant les montants des condamnations d'office, soit plus de 22.000 €, il convient de l'accord des parties de réserver à statuer sur cette demande de condamnation d'office de l'indemnité et d'accorder 4.000 € à titre provisionnel sur le montant des cotisations éludées afin de permettre au conseil de la SA L'ELEVAGE B. de vérifier le montant et le bien-fondé de la somme réclamée soit 22.583, 85 € ».

Ce jugement du 27/06/2006 a été frappé d'appel par la partie civile, soit les ayants droit du sieur A..

Ni les prévenus ni le Ministère public n'ont interjeté d'appel de sorte que

R.G. 2010/AM/208

seuls les mérites de la constitution de partie civile des ayants droit du sieur AOUASTI ont été débattus devant la cour d'appel.

Par arrêt prononcé le 13/02/2008, la cour d'appel de Mons se déclara sans compétence aucune pour connaître des réclamations de la partie civile et ce dans la mesure où les dommages dont elle postulait réparation étaient consécutifs à la méconnaissance par les prévenus CR. M., M. J. et CR. E. de leurs obligations de s'affilier à une caisse de compensation des allocations familiales, faits pénalement répréhensibles mais dont ils n'étaient pas poursuivis devant la cour.

La cour d'appel mit, dès lors, à néant la décision déferée dans toutes ses dispositions civiles en ce qu'elle avait déclaré non fondée la demande de la partie civile (alors que le juge correctionnel aurait dû se déclarer incompétent pour connaître de la demande de la partie civile).

Entre-temps, l'O.N.S.S. avait fait procéder à deux citations :

- le 25/04/2006, postulant condamnation de la SA L'Élevage B. à lui payer la somme de 1.235, 49 € au titre de cotisations, majorations et intérêts jusqu'au 13/03/2006 (cotisations arriérées relatives au 4^{ème} trimestre 2002 et au 1^{er} trimestre 2003), à majorer des intérêts sur la somme de 938, 92 € à dater du 14/03/2006.
- le 02/06/2006, postulant condamnation de la SA L'Élevage B. à lui payer la somme de 21.663,87 € au titre de cotisations, majorations et intérêts jusqu'au 12/05/2006 (cotisations arriérées relatives à l'année 2003 et au 1^{er} trimestre de 2004), à majorer des intérêts sur la somme de 17193, 21 € à dater du 13/05/2006.

Par deux jugements rendus par défaut à l'égard de la SA L'Élevage B. le 19/10/2006, le tribunal du travail de Mons a fait droit à ces demandes.

Le 28/12/2006, la S.A. L'Élevage B. signifiait à l'O.N.S.S. qu'elle avait formé opposition contre ces jugements.

Le 17/12/2009, la 7^{ème} chambre du tribunal du travail de Mons, section de La Louvière, a reçu l'opposition, l'a déclarée partiellement fondée et a condamné la S.A. L'Élevage B. à payer à l'O.N.S.S. les sommes de 1.235,49 € et de 21.663,87 € du chef de cotisations arriérées de sécurité sociale et accessoires à majorer des intérêts de retard au taux légal à dater du 13/05/2006 sur la somme de 17.193,21 € et à dater du 14/03/2006 sur la somme de 938,92 €.

Le tribunal du travail « dit, également, qu'était déduite de ces condamnations la somme de 4.000 € à valoir sur les cotisations, majorations et intérêts dus à l'O.N.S.S. en raison du jugement prononcé par le tribunal correctionnel de Mons en date du 27/06/2006 ».

La S.A. L'Élevage B. interjeta appel de ce jugement.

R.G. 2010/AM/208

De son côté, par conclusions du 15/10/2010, l'O.N.S.S. a formé un appel incident faisant grief au jugement querellé d'avoir déduit la somme provisionnelle de 4.000 € des cotisations dues.

THESE DE LA S.A. L'ELEVAGE B. :

L'appelante au principal soutient que les demandes originaires de l'O.N.S.S. sont irrecevables ou, à tout le moins, non fondées car elle a déjà été condamnée, suivant jugement du 27/06/2006 du tribunal correctionnel de Mons, à payer la somme de 4.000 € provisionnels à valoir sur les cotisations, majorations, intérêts et indemnités dus pour non-assujettissement à l'O.N.S.S..

Selon l'appelante au principal, en vertu du principe selon lequel le criminel tient le civil en état, l'O.N.S.S. aurait dû attendre l'issue définitive du litige pendant devant le tribunal correctionnel avant de l'assigner devant les juridictions du travail.

L'appelante au principal considère, dès lors, que c'est à tort que le premier juge a estimé que par l'arrêt de la Cour d'appel de Mons du 13/02/2008 (qui a uniquement statué sur l'appel de la seule partie civile et a vidé sa saisine sur les mérites de cette constitution de partie civile), les juridictions pénales avaient vidé leur saisine et que « l'O.N.S.S. n'était pas partie au jugement prononcé le 27/06/2006 par le tribunal correctionnel ».

En réalité, observe l'appelante au principal, l'O.N.S.S. était bien partie à cette cause dans la mesure où on peut considérer que la loi du 27/06/1969 sur base de laquelle l'action de l'Auditeur du travail en recouvrement des droits éludés a été intentée constitue une exception légale à l'adage selon lequel « nul ne plaide par procureur ».

Selon l'appelante au principal, l'action entreprise par le Ministère public au pénal avait pour partie (s'agissant des préventions libellées sous le chapitre V) le même objet que celui de l'action civile diligentée par l'O.N.S.S. devant les juridictions du travail ce qui explique la position adoptée par le juge correctionnel qui l'a condamnée au paiement d'une somme provisionnelle plutôt qu'au montant postulé par l'Auditeur du travail.

Abordant le fond du litige, l'appelante au principal conteste la hauteur des cotisations réclamées sur base des prestations accomplies à temps plein par le sieur A. : selon elle, le sieur A. a commencé à travailler dans le courant du mois d'octobre 2003 et prestait 2 à 3 jours par semaine rentrant régulièrement dans son pays d'origine parfois pendant plusieurs mois.

L'appelante au principal sollicite la réformation du jugement dont appel en la déchargeant des condamnations prononcées contre elle en principal, intérêts et frais tels que fixés par le jugement dont appel.

THESE DE L'O.N.S.S. :

L'O.N.S.S. estime n'être pas partie à l'affaire pendante devant le tribunal correctionnel, la décision de ce dernier ne pouvant être revêtue à son égard de l'autorité de chose jugée erga omnes de telle sorte qu'il ne s'impose pas de faire application de l'adage suivant lequel « *le criminel tient le civil en état* » dans le cadre de la présente procédure civile qui l'oppose à l'appelante au principal.

En outre, observe l'O.N.S.S., la loi du 27/06/1969 prévoit en son article 35, § 4, alinéa 4, que le défaut d'assujettissement d'une ou plusieurs personnes à l'O.N.S.S. entraîne la condamnation d'office de l'employeur au paiement d'une indemnité égale au triple des cotisations éludées : il s'agit, selon l'O.N.S.S., d'une sanction purement pénale qui ne se confond nullement avec la réclamation civile postulée par ses soins devant les juridictions du travail et qui n'a pas pour effet de la mettre à la cause devant le tribunal correctionnel.

L'O.N.S.S. estime, ainsi, que les cotisations réclamées dans le cadre de la présente procédure sont effectivement dues et ne font pas double emploi avec la condamnation provisionnelle prononcée d'office par le juge correctionnel sur pied de l'article 35, § 4, alinéa 4, de la loi du 27/06/1969.

Abordant le fond du litige, l'O.N.S.S. estime que, par application de l'article 22 ter de la loi du 27/06/1969, il s'impose de considérer que M. A. prestait pour compte de l'appelante au principal dans le cadre d'un contrat de travail conclu à temps plein dès lors qu'elle reste en défaut d'en rapporter la preuve contraire.

Selon l'O.N.S.S., la présomption instituée par cette disposition ne peut être renversée sur base des seules déclarations de l'employeur.

Enfin, l'O.N.S.S. estime que c'est à tort que le premier juge a considéré qu'il y avait lieu de déduire des cotisations dues à l'O.N.S.S. la somme provisionnelle de 4.000 € en raison du jugement prononcé par le tribunal correctionnel de Mons en date du 27/06/2006.

L'O.N.S.S. sollicite, partant, que son appel incident soit déclaré fondé.

ENSEIGNEMENT A DEDUIRE DE L'ARRET PRONONCE LE 24/08/2011 :

Par arrêt prononcé le 24/08/2011, la cour de céans a déclaré les appels principal et incident recevables et a invité les parties à échanger leurs arguments sur la portée concrète de deux pièces jointes par le Ministère public à son avis du 02/05/2011 étant :

- 1) une apostille du 06/02/2006 adressée par l'Auditorat du travail de Mons à l'O.N.S.S. invitant ce dernier à lui communiquer le montant des cotisations dues en ce compris les majorations dans le cadre du défaut d'assujettissement du sieur A. au cours de la période

s'étendant du 01/12/2002 au 13/07/2004 aux fins de lui permettre de compléter son dossier avant la poursuite des débats après mise en continuation de la cause pendante devant le tribunal correctionnel ;

- 2) la réponse de l'O.N.S.S. du 18/04/2006 détaillant la situation du compte de l'employeur arrêtée à la date du 14/03/2006 s'agissant de la régularisation établie sur base du F33 pour les périodes s'étendant du 4^{ème} trimestre 2002 au 3^{ème} trimestre 2004 (total : 22.583,85 €).

La cour de céans invita, également, le Ministère public à déposer le dossier répressif qui devait contenir les échanges de correspondances entre l'Auditorat du travail et la SA L'Elevage B. : en effet, observa la cour de céans, suivant l'accord des parties acté par le tribunal correctionnel de Mons, il a été décidé de réserver à statuer sur la demande de condamnation d'office à la somme de 22.583,85 € (la S.A. L'Elevage B. a fait l'objet seulement d'une condamnation à une somme de 4.000 € à titre provisionnel « sur le montant des cotisations éludées » mais n'a jamais réglé ladite somme) « afin de permettre au conseil de la S.A. L'Elevage B. de vérifier le montant et le bien-fondé de la somme réclamée, soit 22.583,85 € ».

POSITION DE L'O.N.S.S. APRES L'ARRET DE REOUVERTURE DES DEBATS DU 24/08/2011 :

L'O.N.S.S. fait valoir que c'est en réponse à l'apostille du 06/02/2006 de l'Auditorat du travail de Mons que ses services ont établi le document du 18/04/2006 qui a servi de base à la condamnation d'office reprise in fine du jugement du tribunal correctionnel du 27/06/2006.

Il est, en effet, nécessaire, selon l'O.N.S.S., d'obtenir ces renseignements pour établir les condamnations d'office prévues à l'article 35 de la loi du 27/06/1969.

DISCUSSION – EN DROIT :

I. Fondement des appels principal et incident

I.1. Quant à la portée du jugement prononcé le 27/06/2006 par le tribunal correctionnel de Mons

L'article 4 du Titre préliminaire du Code de procédure pénale énonce que :

« L'action civile peut être poursuivie en même temps et devant les mêmes juges que l'action publique. Elle peut aussi l'être séparément ; dans ce cas l'exercice en est suspendu tant qu'il n'a pas été prononcé définitivement sur l'action publique, intentée avant ou pendant la poursuite de l'action civile ».

En l'espèce, le tribunal correctionnel de Mons a, par jugement du 27/06/2006 :

1. dit les préventions établies dans le chef de MM. M. et E. CR. qu'il condamna à une amende de 6.000 €. Seule la partie civile en ayant interjeté appel, ce jugement est donc passé en force de chose jugée au pénal sur ces points sans même qu'il ait été nécessaire d'attendre qu'un sort lui soit réservé par l'arrêt du 13/02/2008 de la cour d'appel ;
2. encore précisé dans sa motivation (motifs décisifs) :

« ... il convient de l'accord des parties de réserver à statuer sur cette demande de condamnation d'office de l'indemnité et d'accorder 4.000 € à titre provisionnel sur le montant des cotisations éludées afin de permettre au conseil de la SA L'ELEVAGE B. de vérifier le montant et le bien-fondé de la somme réclamée soit 22.583, 85 euros ».

pour terminer par ce dispositif :

« Condamne d'office la SA L'ELEVAGE B. à payer à l'O.N.S.S. QUATRE MILLE EUROS (4.000 €) provisionnels à valoir sur les cotisations, majorations, intérêts, et indemnités dus pour non assujettissement (...) Réserve à statuer sur le surplus, rouvre les débats quant à ce et renvoie la cause SINE DIE ».

Comme l'observe à juste titre M. l'Avocat général, le tribunal correctionnel a réservé à statuer tant sur la condamnation d'office aux arriérés de cotisations que sur l'indemnité égale au triple de celles-ci. D'autre part, le jugement du tribunal correctionnel paraît quelque peu ambigu en ce sens qu'il n'est pas clairement décidé si la condamnation au paiement de 4.000 € se rapporte exclusivement aux arriérés de cotisations ou si elle concerne également l'indemnité égale au triple des cotisations éludées. Sa motivation semble confirmer la première option tandis que son dispositif envisage plutôt la seconde.

I.2. Quant à l'application de la règle de droit selon laquelle « le criminel tient le civil en état »

Cette règle est d'ordre public (Cass., 23/03/1992, Pas., I, p.664 ; Cass., 19/03/2001, Pas., I, p. 436).

Les parties ne peuvent pas y renoncer et le juge civil doit même surseoir d'office (Cass., 01/02/1951, Pas., I, p. 357).

Les alinéas 2 et 4 de l'article 35, § 1, de la loi du 27/06/1969 distinguaient ainsi à l'époque des faits les condamnations d'office aux arriérés de cotisations et celles à une indemnité égale au triple de celles-ci :

« al. 2 Le juge qui prononce la peine à charge de l'employeur, ses préposés ou mandataires, condamne d'office l'employeur à payer à l'Office national de sécurité sociale le montant des cotisations, majorations de cotisations et intérêts de retard qui n'ont pas été versés à l'Office.

(...)

al. 4 En cas de non assujettissement d'une ou de plusieurs personnes à l'application de la présente loi, le juge condamne d'office l'employeur (...) au paiement à l'Office national de sécurité sociale d'une indemnité égale au triple des cotisations éludées sans qu'elle puisse être inférieure à 1275 euros par personne occupée et ce par mois ou fraction de mois (...) ».

A l'instar de M. l'Avocat général, la cour de céans considère que la première question à trancher est, dès lors, de savoir si les demandes de condamnation d'office aux arriérés de cotisations ou au triple des cotisations sur lesquelles le tribunal a réservé à statuer relèvent de l'« *action publique* » dont question à l'article 4 du Titre préliminaire du Code de procédure pénale.

L'article 1^{er} du Titre préliminaire du Code de procédure pénale définit sommairement l'action publique comme « *l'action pour l'application des peines ...* ». Néanmoins, comme le note le professeur M. FRANCHIMONT, « *si cette définition pouvait paraître correcte à l'époque, elle appelle actuellement certains correctifs* » qui le conduisent à définir plutôt désormais cette action comme « *l'action d'intérêt général, née d'un fait qualifié infraction, qui a pour objet la poursuite devant les autorités compétentes, spécialement les cours et tribunaux, dans les formes prescrites par la loi, de la personne prévenue ou accusée de ladite infraction, aux fins d'examiner sa culpabilité, et de lui appliquer, si elle est coupable, les sanctions ou mesures prévues par les lois pénales* » (M. FRANCHIMONT, Manuel de procédure pénale, Larcier, 2006, p. 35 et 36).

La loi-programme du 27/12/2005, entrée en vigueur le 09/01/2006, a porté le montant minimum de 1.275 € à 2.500 € par personne occupée et par mois ou fraction de mois ajoutant que la condamnation aux cotisations, majorations et intérêts aurait également pour minimum ce montant. Avant la modification de l'article 35, seule la condamnation au triple des cotisations éludées était donc assortie d'un montant minimum de 1.275 €. Dans ces conditions, la condamnation aux cotisations, majorations et intérêts a toujours été considérée, avant l'entrée en vigueur de la loi du 27/12/2005, comme c'est le cas en l'espèce, tant par la Cour constitutionnelle (voyez son arrêt n° 9/2003) que par la Cour de cassation comme de nature civile. La référence faite aux arrêts de la Cour Constitutionnelle des 19/12/2007 (arrêt n° 157/2007) et 04/03/2008 (arrêt n° 46/2008) rendus à propos de l'article 35 de la loi du 27/06/1969 tel que

modifié par la loi du 27/12/2005 n'est donc pas pertinente. De nature civile, elle ne saurait dès lors donner lieu à application de l'adage selon lequel « *le criminel tient le civil en l'état* ».

La nature de la condamnation prononcée en application de l'article 35, § 1, alinéa 4 (actuellement l'article 35, § 1, alinéa 5) de la loi du 27/06/1969, soit la condamnation au triple des cotisations éludées, a été, par contre, controversée.

La Cour de cassation considérait traditionnellement que la condamnation d'office au paiement du montant et de l'indemnité prévus par l'article 35, § 1, al. 2 et 4 (actuellement art. 35, § 1, al. 3 et 5) de la loi du 27/06/1969 révisant l'arrêté-loi du 08/12/1944 concernant la sécurité sociale des travailleurs ne constituait pas une peine mais une indemnité, à savoir une mesure de nature civile édictée dans l'intérêt général (Cass., 30/05/2000, Pas., 2000, I, p. 989 et suiv. et Cass., 06/11/2002, Pas., 2002, II, p. 2116 et suiv.).

Cette conception était conforme à la jurisprudence de la Cour en matière de condamnations d'office. La Cour considérait les condamnations d'office non comme des peines au sens du Code pénal mais comme des sanctions de nature civile ou, pour certaines d'entre elles, comme des mesures ayant « un caractère propre » ou ayant une nature « sui generis ».

Les condamnations d'office étaient ainsi envisagées à titre de sanction civile assortissant la peine, à titre de complément obligé de la condamnation pénale. Tout en étant de nature civile, puisqu'elles ne tendaient pas à l'application d'une peine au sens strict du terme, il n'en demeurait pas moins que les condamnations d'office poursuivaient non un intérêt privé mais un intérêt général visant à mettre fin aux suites préjudiciables à la collectivité de l'infraction (voyez à ce sujet : G-F. RANERI, « Les condamnations d'office », obs. sous Corr. Liège, 10/05/2002, R.D.D.C., 2003, p. 550 et ss et les nombreuses références citées par cet auteur).

A l'opposé, la Cour constitutionnelle, statuant sur des questions préjudicielles, a considéré dans trois arrêts que « la sanction prévue à l'alinéa 4 de l'article 35 de la loi du 27/06/1969 révisant l'arrêté-loi du 28/12/1944 concernant la sécurité sociale des travailleurs présentait un caractère répressif prédominant ; elle avait pour objet de prévenir et de sanctionner les infractions commises par tous les employeurs, sans distinction aucune, qui ne respectaient pas les règles de l'assujettissement à la sécurité sociale : elle s'ajoute à une peine prononcée par le juge pénal ; elle ne répare pas le dommage causé par l'intéressé à la partie préjudiciée qui est indemnisée par l'application de l'article 35, alinéa 2 » (C.C., 15/09/1999, arrêt n° 98/99 ; 13/07/2000, arrêt n° 92/2000 ; 13/06/2001, arrêt n° 80/2011).

Dans un premier temps (arrêt de la Cour constitutionnelle du 15/09/1999), la Cour constitutionnelle en a conclu que l'article 35, alinéa 4, de la loi du 27/06/1969 violait les articles 10 et 11 de la Constitution, en tant qu'il excluait, à l'égard de la mesure qu'il prévoyait, l'application des articles

1^{er}, 3, § 8 de la loi du 29/06/1964.

Dans un second temps (arrêts de la Cour constitutionnelle des 13/07/2000 et 13/06/2001), la Cour constitutionnelle a confirmé sa position tout en proposant une interprétation alternative à la disposition en question : dès lors qu'à ses yeux, cette condamnation d'office s'analysait comme une mesure pénale et constituait en outre l'accessoire d'une peine d'emprisonnement ou d'amende, aucune disposition n'interdisait au juge, dans l'état actuel de la législation, d'appliquer au prévenu la loi du 29/06/1964 concernant la suspension, le sursis ou la probation. Selon la juridiction constitutionnelle, ni le texte de la loi ni ses travaux préparatoires ne révélaient que le législateur aurait considéré que cette application serait inconciliable avec les objectifs de la loi du 27/06/1969.

Comme l'observe avec pertinence M. l'Avocat général, la Cour de cassation a, depuis lors, porté un nouveau regard sur ces condamnations d'office forfaitaires en affirmant que si la condamnation d'office au triple des cotisations éludées ne constitue pas une peine au sens des articles 7 et suivants du Code pénal, elle « *emprunte toutefois à la sanction pénale qu'elle complète une portée répressive et dissuasive qui se déduit du montant infligé, lequel est porté au triple des cotisations éludées pour s'ajouter ensuite à la somme de celles-ci* » en sorte qu'est applicable la loi du 29/06/1964 concernant la suspension, le sursis et la probation. (Cass., 27/09/2006, Pas., 2006, I, p. 1847 et les conclusions du Ministère public ; Cass., 12/09/2007, Pas., 2007, I, p. 1483).

En résumé, la demande de condamnation d'office aux arriérés de cotisations ne relève pas de l'action publique à la différence de la demande en condamnation de l'indemnité égale au triple des cotisations éludées (point visé au chiffre V de la citation pénale).

M. H-D. BOSLY écrit, alors, que « *cette règle (du criminel qui tient le civil en état) ne s'applique pas lorsque la décision à rendre ultérieurement par le juge répressif n'est susceptible ni de contredire la décision du juge civil, ni d'exercer une influence sur la solution du litige dont celui-ci est effectivement saisi. Il appartient à la Cour de cassation d'apprécier si le juge a pu légalement déduire des faits qu'il a constatés qu'il n'y avait pas de risque de contradiction entre les décisions des juges pénal et civil* » (H.D. BOSLY et consorts, Droit de la procédure pénale, 2010, 6^{ème} édition, La Charte, p. 253) (Cass., 15/12/1966, Pas., I, p. 483 et Cass., 03/04/2009, Pas., I, n° 240).

M. l'Avocat général observe judicieusement à cet effet que la demande de paiement d'une indemnité égale au triple des cotisations éludées pendant devant le tribunal correctionnel et la demande de paiement d'arriérés de cotisations pendant devant la cour de céans voient leur sort intimement lié et sont susceptibles de s'influencer l'une l'autre. Il en va ainsi en particulier si la cour devait décider de faire intégralement droit à la demande de l'O.N.S.S. sans même réserver à statuer sur la somme de 4.000 € qui pourrait se rapporter déjà en tout ou partie à des arriérés de cotisations, majorations et intérêts. Le risque de condamner deux fois l'appelant à une même somme de 4.000 € résulte en effet de :

- l'abrogation de l'article 35 de la loi du 27/06/1969 par l'article 109, 21°, b) de la loi du 06/06/2010 en sorte qu'aucune condamnation au triple des cotisations ne pourrait plus, aujourd'hui, être prononcée. Sachant néanmoins que le tribunal correctionnel a dit « *condamner* » la SA L'Elevage B. à « *l'indemnité* », se posera donc la question de savoir s'il peut encore la liquider à ce jour compte tenu de cette abrogation. L'examen de cette question d'application de la loi pénale la plus douce lui appartient, et à lui seul. S'il décide ne plus pouvoir la liquider, la condamnation à payer 4.000 € se rapportera alors uniquement aux arriérés de cotisations, majorations et intérêts et la cour ne pourra plus condamner à ce montant sous peine de double emploi.
- un arrêt de la Cour constitutionnelle du 13/07/2000 (n° 92/2000) en vertu duquel le juge pénal peut réduire le montant de l'indemnité égale au triple des cotisations en prenant en considération les circonstances atténuantes propres à la cause (article 85 du Code pénal). Si dans cette perspective, le tribunal correctionnel devait, par exemple, réduire à 1 € l'indemnité égale au triple des cotisations, le solde des 3.999 € auxquels il a déjà condamné l'appelante devrait également s'imputer sur les cotisations, majorations et intérêts. En ce cas encore la cour ne pourra plus condamner l'employeur à ce montant sous peine de double emploi.

En cela, et dans cette mesure, la cour de céans ne peut donc aujourd'hui faire intégralement droit à la demande de l'O.N.S.S. telle que formulée dans le cadre de son appel incident sous peine de priver le juge pénal, d'une part, de ses compétences et, d'autre part, de son pouvoir d'appréciation.

Ce risque n'existe bien évidemment pas si la cour réserve à statuer pour ces 4.000 € ou si la condamnation prononcée par le tribunal correctionnel devait se rapporter uniquement à l'indemnité égale au triple des cotisations éludées.

Cependant, même en ces cas, le risque de contradiction existe. En effet, en déterminant le montant des cotisations, la cour déterminerait, par conséquent, également, la base de calcul de l'indemnité -de nature pénale- dont la fixation appartient encore au tribunal correctionnel et sur laquelle il a réservé à statuer. Certes, le tribunal correctionnel pourra toujours au final descendre sous ce seuil du triple ou l'assortir d'une suspension du prononcé ou d'un sursis mais il devra pour ce faire justifier de circonstances atténuantes ou de l'écoulement du délai raisonnable. En déterminant, dès à présent, le montant des cotisations, le présent arrêt limiterait inévitablement la marge de manœuvre dont dispose encore le tribunal correctionnel.

La règle selon laquelle le « *criminel tient le civil en état* », règle d'ordre public, commande donc de réserver à statuer sur le fondement des appels

R.G. 2010/AM/208

principal et incident tant que le tribunal correctionnel n'a pas vidé sa saisine sur la demande de condamnation de l'appelante à l'indemnité égale au triple des cotisations.

L'appelante soulève, toutefois, un second moyen selon lequel l'O.N.S.S. ne pouvait la citer ou, à tout le moins, la poursuivre devant le tribunal du travail dès lors que le tribunal correctionnel était et est toujours saisi au civil.

I.3. Quant à l'application de l'adage « electa una via, non datur recursus ad alteram »

Ce second argument développé par l'appelante ne relève pas de la règle suivant laquelle « le criminel tient le civil en état » mais de la maxime « una electa una via, non datur recursus ad alteram » qui ne constitue, toutefois, pas un principe général de droit (voyez : Cass., 30/04/1997, Pas., I, p. 521).

Comme le souligne avec pertinence M. l'Avocat général, il s'agit, en ce cas, d'apprécier non pas l'influence de l'action pénale sur l'action civile mais celle de l'action civile introduite devant le juge pénal sur l'action civile introduite devant le juge civil. Selon cet adage, la victime d'une infraction ne pourrait, en effet, après s'être constituée partie civile devant la juridiction répressive, introduire devant la juridiction civile une action en réparation du dommage résultant de l'infraction. Son choix d'introduire son action devant le juge répressif serait en effet irrévocable.

Dès lors que l'appelante a été condamnée *d'office* à payer à l'O.N.S.S. 4.000 € provisionnels en vertu de l'article 35 § 1^{er}, al. 4, de la loi du 27/06/1969, l'O.N.S.S. n'a opéré aucun choix et n'a pu donc renoncer à la voie civile.

Certes, la SA L'Elevage Brainois invoque que l'O.N.S.S. aurait été partie à la cause « *dans la mesure où l'on peut considérer que la loi du 27/06/1969, sur laquelle était basée l'action de l'Auditeur du travail de Mons en recouvrement des droits prétendument éludés, constitue une exception légale à l'adage que « nul ne plaide par procureur ».*

Cette thèse ne peut être suivie, l'auditorat du travail n'agissant qu'au nom de l'ordre public et non comme représentant de l'O.N.S.S. dont il n'est pas le défenseur. Dans son examen du rôle de l'auditeur dans l'action civile instaurée par l'article 138 bis du Code judiciaire et de la représentation éventuelle des travailleurs qu'elle impliquerait, Mme KEFER observait qu'admettre pareille représentation « *constituerait, à coup sûr, une mutation du rôle de l'auditeur, érigé en défenseur des travailleurs, un peu comme les organisations syndicales. En outre, du fait que l'auditeur du travail n'est pas membre de la classe, ne se trouve pas dans une situation similaire à celle des salariés, on peut hésiter à voir en lui un représentant des travailleurs. Cesse-t-il d'agir au nom de l'ordre public, dont il est le*

gardien attitré, comme lorsqu'il exerce l'action publique ? Exerce-t-il nécessairement l'action dans l'intérêt des salariés ?

(...) Les conséquences auxquelles conduit cette analyse nous paraissent heurter plusieurs principes fondamentaux.

Tout d'abord, du fait que le travailleur ne jouit pas, comme dans le système de l'opt out, du droit de refuser d'être représenté mais uniquement de celui de s'abstenir d'exercer une action individuelle, n'y a-t-il pas une atteinte disproportionnée à sa liberté de ne pas agir en justice ?

Ensuite, dans la conception selon laquelle les travailleurs sont nécessairement représentés par l'auditeur du travail, peut-on affirmer que la procédure respecte suffisamment les droits de la défense ?

(...)

Nous n'avons, jusqu'à présent, considéré que la représentation des travailleurs. Une question à résoudre, que nous n'avons pas abordée, est celle de savoir si l'auditeur du travail représente aussi l'O.N.S.S., bien souvent concernée par les infractions de droit pénal social, ou d'autres institutions de sécurité sociale ? Si l'esprit de la loi est de créer une action en responsabilité pour préjudice de masse, on croit pouvoir déduire que non ; le pouvoir de représentation se limite à la classe des travailleurs et non aux institutions de sécurité sociale (...) Si l'intention du législateur est de créer une action collective plus large, pourquoi ne pas admettre que les institutions de sécurité sociale soient également membres de la classe représentée, auquel cas la décision aurait autorité de chose jugée ? » (F. KEFER et D. FRERE, « Existe-t-il un embryon de « class action » en droit social : l'article 138 bis § 2 du Code judiciaire ? », Actes du colloque de Louvain-La-Neuve, 07.12.2007, p. 18 à 21). Mutatis mutandis et a fortiori puisqu'elle n'est que l'accessoire et l'appendice de l'action publique, la condamnation d'office aux arriérés de cotisations, majorations et intérêts justifiée par le biais de la représentation se heurterait aux mêmes objections. L'O.N.S.S. n'ayant pas opté pour la voie de la constitution de partie civile, fût-ce par représentation, aucun choix exclusif ne saurait donc lui être opposé.

Quand bien même l'O.N.S.S. aurait-il été représenté -quod non-, comme l'écrit M. H-D.BOSLY, « la victime ne peut pas poursuivre l'action pour la réparation du même dommage simultanément devant la juridiction pénale et devant la juridiction civile. C'est l'une ou l'autre, mais ce choix n'est pas irrévocable puisque, contrairement à ce que l'on a enseigné longtemps, l'adage « electa una via non datur recursus ad alteram » n'est pas consacré par notre droit.

Le simple fait de se constituer partie civile devant le juge pénal n'implique pas en tant que tel que la partie lésée s'est désistée de son action en réparation du même dommage intentée devant le tribunal civil.

En vertu de l'article 4 du Titre préliminaire du Code de procédure pénale, la victime d'une infraction peut, après s'être constituée partie civile devant la juridiction répressive, introduire devant la juridiction civile une action en réparation du dommage résultant de l'infraction. Cette disposition ne prévoit pas que la demande ne peut être portée devant le juge civil que lorsque la victime s'est préalablement désistée de l'instance devant le juge pénal (...) » (H.D. BOSLY et consorts, Droit de la procédure pénale, 2010, 6^{ème} édition, La Charte, p. 251).

R.G. 2010/AM/208

Ainsi donc, même si l'O.N.S.S. s'était constitué partie civile (personnellement ou par représentation), cette situation ne l'aurait pas empêché de poursuivre au civil sa réclamation.

Seules, toutefois, les dispositions légales relatives à la chose jugée, à la litispendance et à la connexité viennent limiter le choix de la personne lésée.

En effet, comme le précise à ce propos H-D. BOSLY, « *lorsque le juge correctionnel, saisi de l'action civile, décide que cette action est recevable et fondée et accorde à la partie civile, conformément à ce qu'elle demande un € à titre provisionnel sans mettre la cause en continuation, il vide sa saisine et rend, en ce qui concerne l'action civile, un jugement définitif. Il en résulte qu'il n'est plus compétent pour statuer sur le montant final du dommage subi et que le juge civil est compétent* » (H.D. BOSLY et consorts, Droit de la procédure pénale, 2010, 6^{ème} édition, La Charte, p. 252).

Il y a, en l'espèce, à tout le moins connexité, comme le souligne judicieusement M. l'Avocat général : en effet, le jugement du tribunal correctionnel de Mons du 27/06/2006 a bien réservé à statuer – au moins pour partie - sur une condamnation aux arriérés de cotisations, majorations et intérêts tout en mettant la cause en continuation.

Les demandes sont donc interdépendantes de telle sorte qu'il y a entre elles une liaison objective permettant de craindre que le règlement des questions litigieuses par le tribunal correctionnel et la cour de céans aboutisse à des solutions partielles et divergentes (Cass., 15/05/1981, Pas., I, p. 10732).

Si les deux actions civiles intentées, l'une devant le juge répressif, l'autre devant le juge civil, sont liées entre elles de manière tellement intime que le jugement de l'une dût nécessairement exercer de l'influence sur celui de l'autre, la solution sera alors celle de l'article 4 du Titre préliminaire du Code pénal puisque la loi n'organise pas le renvoi en cas de connexité devant la juridiction répressive d'une cause pendante devant la juridiction civile.

Pour cette seconde raison, il y a lieu, également, de renvoyer la cause au rôle particulier.

PAR CES MOTIFS,

La cour, statuant contradictoirement,

Ecartant toutes conclusions autres,

R.G. 2010/AM/208

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

Vu l'avis écrit conforme de Monsieur le Substitut général Chr. VANDERLINDEN ;

Réserve à statuer sur le fondement des appels principal et incident tant que le tribunal correctionnel n'a pas vidé sa saisine sur la demande de condamnation de l'appelante à l'indemnité égale au triple des cotisations en application de l'article 35, alinéa 4, de la loi du 27/06/1969, telle qu'applicable à l'époque des faits litigieux (point V de l'ordre de citer de l'Auditorat du travail de Mons) ;

Réserve les dépens ;

Renvoie la cause ainsi limitée au rôle particulier de la 4^{ème} chambre ;

Ainsi jugé et prononcé, en langue française, à l'audience publique du 16 mai 2012 par le Président de la 4^{ème} chambre de la cour du travail de Mons, composée de :

Monsieur X. Vlieghe, Conseiller président la chambre,
Monsieur F. Hensgens, Conseiller social au titre d'employeur,
Monsieur M. Vanbaelen, Conseiller social au titre de travailleur ouvrier,
Madame V. Henry, Greffier,

qui en ont préalablement signé la minute.