

Numéro du rôle : 7127
Arrêt n° 104/2020 du 9 juillet 2020

ARRÊT

En cause : les questions préjudicielles relatives à l'article 30*bis*, § 5, de la loi du 27 juin 1969 « révisant l'arrêté-loi du 28 décembre 1944 concernant la sécurité sociale des travailleurs », posées par la Cour du travail de Liège, division Liège.

La Cour constitutionnelle,

composée des présidents F. Daoût et A. Alen, et des juges L. Lavrysen, J.-P. Moerman, P. Nihoul, T. Giet, R. Leysen, J. Moerman, M. Pâques et Y. Kherbache, assistée du greffier P.-Y. Dutilleux, présidée par le président F. Daoût,

après en avoir délibéré, rend l'arrêt suivant :

*

* *

I. Objet des questions préjudicielles et procédure

Par arrêt du 11 février 2019, dont l'expédition est parvenue au greffe de la Cour le 18 février 2019, la Cour du travail de Liège, division Liège, a posé les questions préjudicielles suivantes :

« - En traitant de la même manière, c'est-à-dire en leur imposant la même majoration, des personnes qui sont dans des situations différentes, soit des personnes de bonne foi et des personnes auxquelles il n'y a pas lieu de reconnaître cette qualité, l'article 30[*bis*], § 5, de la loi du 27 juin 1969 révisant l'arrêté-loi du 28 décembre 1944 concernant la sécurité sociale des travailleurs salariés viole-t-il les articles 10 et 11 de la Constitution ?

- L'article 30[*bis*], § 5, de la loi du 27 juin 1969 révisant l'arrêté-loi du 28 décembre 1944 concernant la sécurité sociale des travailleurs salariés viole-t-il l'article 16 de la Constitution, lu en combinaison avec l'article 1er du Premier protocole additionnel à la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales, lequel exige un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but poursuivi, et le cas échéant avec l'article 6 de ladite Convention, en ce qu'il prévoit une majoration se cumulant à deux autres mécanismes de réparation, sans donner ni à l'ONSS ni au juge judiciaire la possibilité de diminuer le montant de cette majoration quand le cumul prémentionné entraîne une sanction disproportionnée aux faits reprochés ? ».

Des mémoires ont été introduits par :

- J.C., assistée et représentée par Me M. Deprez et Me L. Rase, avocats au barreau de Liège;

- le Conseil des ministres, assisté et représenté par Me V. Pertry, avocat au barreau de Bruxelles.

Le Conseil des ministres a également introduit un mémoire en réponse.

Par ordonnance du 20 mai 2020, la Cour, après avoir entendu les juges-rapporteurs T. Giet et R. Leysen, a décidé que l'affaire était en état, qu'aucune audience ne serait tenue, à moins qu'une partie n'ait demandé, dans le délai de sept jours suivant la réception de la notification de cette ordonnance, à être entendue, et qu'en l'absence d'une telle demande, les débats seraient clos le 3 juin 2020 et l'affaire mise en délibéré.

Aucune demande d'audience n'ayant été introduite, l'affaire a été mise en délibéré le 3 juin 2020.

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

II. *Les faits et la procédure antérieure*

J.C. est une indépendante qui a fait réaliser en 2013 des travaux de rénovation de ses locaux professionnels par une société qui a été déclarée en faillite le 3 mars 2014 et qui avait des dettes sociales depuis fin 2012. Depuis 2016, J.C. est incapable d'exercer toute activité professionnelle en raison d'un accident vasculaire cérébral.

Le 23 mars 2015, l'Office national de sécurité sociale (ONSS) a réclamé à J.C. un montant total de 16 665,10 euros, en considérant, d'une part, qu'elle avait fait appel à un entrepreneur qui, au moment de la conclusion du contrat et au moment du paiement des factures, avait des dettes sociales, de sorte qu'elle devait être considérée comme solidairement responsable du paiement de ces dettes, jusqu'à concurrence du montant des travaux réalisés hors TVA, en application de l'article 30bis, § 3, de la loi du 27 juin 1969 « révisant l'arrêté-loi du 28 décembre 1944 concernant la sécurité sociale des travailleurs » (ci-après : la loi du 27 juin 1969) et, d'autre part, qu'elle était redevable de la retenue visée à l'article 30bis, § 4, de la loi du 27 juin 1969, majorée conformément à l'article 30bis, § 5, de la même loi.

En instance, le Tribunal du travail de Liège a considéré que la demande basée sur l'article 30bis, §§ 3 et 4, de la loi du 27 juin 1969 avait un caractère indemnitaire et était donc fondée. Par contre, le Tribunal a estimé que la majoration visée à l'article 30bis, § 5, de la loi du 27 juin 1969 avait un caractère dissuasif et répressif, de sorte qu'elle devait pouvoir faire l'objet d'une mesure de suspension ou d'un sursis. En l'espèce, le Tribunal a condamné J.C. au paiement du montant majoré, tout en assortissant cette condamnation d'un sursis de trois ans.

L'ONSS a interjeté appel de ce jugement devant le juge *a quo*, en considérant qu'il ressort de l'arrêt de la Cour de cassation du 11 décembre 2017 que la majoration visée à l'article 30bis, § 5, a un caractère civil, de sorte qu'elle ne peut être assortie d'un sursis. J.C., partie intimée devant le juge *a quo*, estime quant à elle que la majoration en cause a un caractère pénal, comme cela ressort de l'arrêt de la Cour constitutionnelle n° 86/2007 du 20 juin 2007. En cas de doute à ce sujet, elle suggère qu'une question préjudicielle soit posée à la Cour.

Après avoir constaté l'évidente bonne foi de J.C. et les difficultés financières découlant de la récupération poursuivie en l'espèce, le juge *a quo* a constaté la divergence de points de vue quant à la nature de la majoration en cause entre la Cour de cassation et la Cour constitutionnelle et a décidé de poser à cette dernière les questions préjudicielles reproduites plus haut.

III. *En droit*

– A –

A.1.1. À titre principal, J.C., partie intimée devant le juge *a quo*, considère qu'il découle de l'arrêt de la Cour n° 86/2007 du 20 juin 2007 que la majoration en cause constitue une sanction pénale. Bien que cet arrêt concerne une majoration qui s'élevait à l'époque au double du montant dû et reposait sur l'enregistrement de l'entrepreneur, il est transposable au régime actuel.

Tout d'abord, le fait que la majoration s'élève actuellement au montant dû et qu'elle repose sur l'existence de dettes sociales ne modifie pas ses caractéristiques de mesure de dissuasion et de sanction, dès lors qu'elle ne vise manifestement pas à réparer un dommage causé à l'ONSS. Le juge doit dès lors disposer d'un contrôle de pleine juridiction, comprenant un contrôle de proportionnalité de la sanction infligée ainsi que – puisque l'ONSS a le pouvoir d'accorder une dispense totale de la majoration – une possibilité de réduire le montant de la majoration en raison des circonstances propres à la cause.

Par ailleurs, l'enseignement de l'arrêt n° 86/2007 s'applique *a fortiori* à l'article 30bis, § 5, en cause, de la loi du 27 juin 1969, car cet article prévoit une sanction plus lourde que celle qui était prévue par l'ancien article 30bis, § 3, alinéa 3, de la même loi, lequel était en cause dans l'arrêt n° 86/2007. Auparavant, la sanction s'élevait en effet à 15 % + (deux fois 15 %), soit 45 % du montant dû à l'entrepreneur, alors qu'elle s'élève actuellement à 35 % + 35 %, soit 70 %, ce qui représente donc un montant bien supérieur. En outre, la responsabilité solidaire était auparavant limitée à 50 % du prix total des travaux, alors qu'un tel plafond n'est plus prévu par l'actuel article 30bis. Il est renvoyé aussi au raisonnement suivi dans l'arrêt n° 138/2018 du 11 octobre 2018 concernant le « doublement de la redevance télévision » à défaut de déclaration régulière.

A.1.2. À supposer que la Cour estime que l'arrêt n° 86/2007 n'est pas transposable en l'espèce, la partie intimée devant le juge *a quo* est d'avis qu'en tenant compte des critères énoncés par la Cour de cassation, dans son arrêt du 25 mai 1999, pour apprécier si une amende administrative revêt un caractère pénal, il y a lieu de considérer que la majoration en cause constitue une sanction pénale, avec un but dissuasif et répressif, au sens de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, de sorte qu'elle doit être conforme aux principes généraux du droit pénal, ce qui emporte un contrôle de pleine juridiction et un contrôle de proportionnalité de la sanction infligée, englobant le sursis.

A.2. À titre subsidiaire, si la Cour refuse la qualification pénale de la majoration en cause, la partie intimée devant le juge *a quo* considère que la disposition en cause viole le principe d'égalité et de non-discrimination et constitue une entrave au droit de propriété.

Ainsi, l'application de l'article 30bis de la loi du 27 juin 1969 a pour effet que la partie intimée devant le juge *a quo* doit verser à l'ONSS un montant équivalent à 170 % du montant des travaux réalisés et payés, alors que le préjudice subi par l'ONSS s'élève à 35 % du montant des travaux, retenue que l'intéressée a omis d'effectuer. À cet égard, le juge *a quo* a constaté qu'il n'était pas contesté que la partie intimée était de bonne foi et qu'elle n'a jamais eu l'intention d'éluder ses obligations. Il en résulte que sa situation se distingue fondamentalement de celle des « négriers de la construction » contre lesquels la disposition en cause tend à lutter, de sorte qu'elle ne peut se voir infliger la même règle que les personnes de mauvaise foi.

En outre, il n'est pas contestable que l'application de l'article 30bis de la loi du 27 juin 1969 implique un appauvrissement important de la partie intimée.

A.3. Le Conseil des ministres estime que l'objet des questions préjudicielles est limité à l'article 30bis, § 5, alinéa 1er, de la loi du 27 juin 1969, de sorte que les questions préjudicielles n'appellent pas de réponse en ce qui concerne les deuxième et troisième alinéas de cette disposition.

A.4.1. Le Conseil des ministres invite la Cour à répondre négativement à la première question préjudicielle.

Le Conseil des ministres renvoie à l'arrêt n° 188/2002 du 19 décembre 2002, confirmé dans les arrêts n°s 56/2009 du 19 mars 2009 et 124/2009 du 16 juillet 2009, par lesquels la Cour a rejeté l'existence d'une éventuelle discrimination entre les donneurs d'ordre de bonne foi et ceux qui sont de mauvaise foi. Il rappelle que, lorsqu'il agit dans le cadre de la politique économique et sociale, le législateur dispose d'une large marge de manœuvre.

A.4.2. À titre principal, Le Conseil des ministres estime que les donneurs d'ordre de bonne foi et ceux qui sont de mauvaise foi se trouvent dans des situations comparables en ce qui concerne le fait de recourir à un entrepreneur qui a des dettes sociales au moment de la conclusion du contrat ou du paiement de la facture, de sorte qu'il est justifié de les traiter de manière identique, la bonne foi n'apparaissant d'ailleurs nulle part dans la législation relative à l'ONSS.

A.4.3. À titre subsidiaire, à supposer que la Cour considère que ces catégories ne sont pas comparables, le Conseil des ministres estime qu'il est justifié de les traiter de manière identique au regard de l'objectif légitime poursuivi par l'article 30*bis* de la loi du 27 juin 1969, qui est rappelé dans l'arrêt n° 79/2016 du 25 mai 2016, consistant à lutter contre les pratiques des pourvoyeurs de main-d'œuvre qui s'abstiennent sciemment de s'acquitter des cotisations sociales et des impôts et qui occupent des personnes bénéficiant d'allocations sociales ou des étrangers non autorisés à travailler. L'objectif plus spécifique de la disposition en cause a été exposé dans l'arrêt n° 86/2007 précité et a également été jugé légitime.

S'il existait une distinction entre les donneurs d'ordre de bonne foi et ceux qui sont de mauvaise foi, le but légitime de garantir la perception des cotisations de sécurité sociale et des majorations ne serait plus atteint par la disposition en cause puisque l'ONSS serait contraint de faire systématiquement une enquête approfondie pour déterminer la bonne ou mauvaise foi du donneur d'ordre, ce qui pourrait générer des risques d'abus.

La mesure en cause, qui ne s'applique que dans les cas où le commettant n'a pas procédé à la retenue visée à l'article 30*bis*, § 4, de la loi du 27 juin 1969, est proportionnée à l'objectif poursuivi. Le champ d'application de la disposition en cause se limite en effet aux secteurs où le risque de fraude est le plus grand et l'obligation de retenue ne s'applique pas au commettant personne physique qui fait exécuter des travaux à des fins strictement privées. Il n'est pas difficile de vérifier sur le site internet prévu à cet effet si l'entrepreneur en question n'a pas de dettes sociales, le mécanisme de retenue en cas de dettes sociales existant depuis la loi-programme du 27 avril 2007 et devant donc être généralement connu par les professionnels, dont la partie intimée devant le juge *a quo* ou par son comptable.

Enfin, l'article 28 de l'arrêté royal du 27 décembre 2007 « portant exécution des articles 400, 403, 404 et 406 du Code des impôts sur les revenus 1992 et des articles 12, 30*bis* et 30*ter* de la loi du 27 juin 1969 révisant l'arrêté-loi du 28 décembre 1944 concernant la sécurité sociale des travailleurs et de l'article 6*ter* de la loi du 4 août 1996 relative au bien-être des travailleurs lors de l'exécution de leur travail » autorise une dispense de la majoration lorsque l'entrepreneur ou les sous-traitants ne sont pas débiteurs de cotisations de sécurité sociale.

A.4.4. Dans son mémoire en réponse, le Conseil des ministres insiste sur le fait que la majoration en cause est égale au montant de la retenue, et la Cour de cassation a établi, dans son arrêt du 11 décembre 2017, que cette majoration était une indemnité forfaitaire de réparation, et non une peine. La Cour de cassation a également précisé, dans cet arrêt, que les montants dus en application des paragraphes 3 et 4 de l'article 30*bis* de la loi du 27 juin 1969 ne peuvent pas être cumulés, l'obligation de retenue visée au paragraphe 4 constituant une avance sur les montants dus en vertu du paragraphe 3. Le raisonnement de la partie intimée devant le juge *a quo*, de même que celui du juge *a quo*, qui déduisent un caractère pénal du cumul des paragraphes 3 à 5 de l'article 30*bis*, ne peut donc être suivi. Le montant maximal s'élèvera donc à 135 %, et non à 170 %, des travaux réalisés.

L'arrêt n° 86/2007 précité n'est donc pas transposable au régime actuel, qui est différent en ce qui concerne l'ampleur de l'obligation de la retenue, et qui ne se cumule pas avec la responsabilité solidaire. Le montant réclamé en l'espèce en application de la disposition en cause est d'ailleurs inférieur à 4 000 euros, de sorte qu'on ne peut pas parler d'une sanction très sévère.

La mesure en cause n'ayant pas de caractère pénal, les principes de proportionnalité et le contrôle de pleine juridiction, de même que le sursis, ne peuvent s'y appliquer.

A.5. Le Conseil des ministres invite la Cour à répondre négativement à la seconde question préjudicielle.

Le droit de propriété n'est pas un droit absolu, le législateur disposant en la matière d'une large marge d'appréciation. En l'espèce, la restriction apportée au droit de propriété – pour autant que la disposition en cause soit considérée comme telle – est prévue par la loi et poursuit un but légitime. Une telle mesure est proportionnée, l'enseignement de l'arrêt n° 79/2016, précité, pouvant être transposé à la majoration en cause.

Par ailleurs, le contrôle de pleine juridiction déduit de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme implique que le juge ait la possibilité de se pencher sur l'ensemble des questions juridiques et factuelles pertinentes concernant le litige pendant devant lui. En l'espèce, l'ONSS a la possibilité de réduire de 50 % le montant de la sanction, voire de l'annuler totalement, et le débiteur peut lui demander une réduction de la majoration en raison de circonstances exceptionnelles. Quant au juge, il dispose de la possibilité d'annuler la décision de l'ONSS si elle est illégale, de sorte que, selon le Conseil des ministres, il dispose d'un contrôle de pleine juridiction.

– B –

B.1. Les deux questions préjudicielles portent sur l'article 30*bis*, § 5, de la loi du 27 juin 1969 « révisant l'arrêté-loi du 28 décembre 1944 concernant la sécurité sociale des travailleurs » (ci-après : la loi du 27 juin 1969), tel qu'il a été inséré par l'article 55 de la loi-programme du 27 avril 2007 et avant sa modification par l'article 7 de la loi du 20 juillet 2015 « portant dispositions diverses en matière sociale ».

Quant à la disposition en cause et son contexte

B.2. L'article 30*bis*, §§ 3, 4 et 5, de la loi du 27 juin 1969, dans sa version applicable au litige pendant devant le juge *a quo*, disposait :

« § 3. Le commettant qui, pour les travaux visés au § 1er, fait appel à un entrepreneur qui a des dettes sociales au moment de la conclusion de la convention, est solidairement responsable du paiement des dettes sociales de son cocontractant.

[...]

La responsabilité solidaire est limitée au prix total des travaux, non compris la taxe sur la valeur ajoutée, concédés à l'entrepreneur, ou au sous-traitant.

[...]

On entend par dettes sociales propres, l'ensemble des sommes qu'un employeur est susceptible de devoir à l'Office national de sécurité sociale en sa qualité d'employeur. Le Roi en établit la liste.

[...]

§ 4. Le commettant qui effectue le paiement de tout ou partie du prix des travaux visés au § 1er, à un entrepreneur qui, au moment du paiement, a des dettes sociales, est tenu, lors du paiement, de retenir et de verser 35 p.c. du montant dont il est redevable, non compris la taxe sur la valeur ajoutée, à l'Office national précité, selon les modalités déterminées par le Roi.

[...]

Le cas échéant, les retenues et versements visés au présent paragraphe sont limités au montant des dettes de l'entrepreneur ou sous-traitant au moment du paiement.

Lorsque la retenue et le versement visés au présent paragraphe ont été effectués correctement lors de chaque paiement de tout ou partie du prix des travaux à un entrepreneur ou un sous-traitant qui, au moment du paiement, a des dettes sociales, la responsabilité solidaire visée au § 3 n'est pas appliquée.

Lorsque la retenue et le versement visés au présent paragraphe n'ont pas été effectués correctement lors de chaque paiement de tout ou partie du prix des travaux à un entrepreneur ou un sous-traitant qui, au moment du paiement, a des dettes sociales, les montants éventuellement versés sont déduits, lors de l'application de la responsabilité solidaire visée au § 3, du montant pour lequel le commettant ou l'entrepreneur est rendu responsable.

[...]

§ 5. Sans préjudice de l'application des sanctions prévues par l'article 35, alinéa 1er, 3, le commettant qui n'a pas effectué le versement visé au § 4, alinéa 1er, est redevable à l'Office national précité, outre le montant à verser, d'une majoration égale au montant à payer.

[...]

Le Roi peut déterminer sous quelles conditions la majoration peut être réduite ».

L'article 28 de l'arrêté royal du 27 décembre 2007 « portant exécution de l'article 53 du Code du recouvrement amiable et forcé des créances fiscales et non fiscales et des articles 12, 30*bis* et 30*ter* de la loi du 27 juin 1969 révisant l'arrêté-loi du 28 décembre 1944 concernant la sécurité sociale des travailleurs et de l'article 6*ter*, de la loi du 4 août 1996 relative au bien-être des travailleurs lors de l'exécution de leur travail », tel qu'il a été modifié par l'arrêté royal du 17 juillet 2013, détermine les conditions de réduction de la majoration visée à l'article 30*bis*, § 5, de la loi du 27 juin 1969.

B.3.1. L'article 30*bis* originaire a été inséré dans la loi du 27 juin 1969 par la loi du 4 août 1978 « de réorientation économique ». Cette disposition faisait partie d'un ensemble de mesures visant à lutter, de manière plus efficace que dans le passé, contre les pratiques frauduleuses des pourvoyeurs de main-d'œuvre, qui se traduisent, d'une part, par le non-paiement des cotisations de sécurité sociale, du précompte professionnel et de la taxe sur la valeur ajoutée et, d'autre part, par l'occupation d'un nombre important de postes de travail soit par des personnes bénéficiant d'allocations sociales (pension, allocations de chômage et indemnités AMI) et effectuant des prestations en violation des règles qui régissent l'octroi de ces allocations, soit par des étrangers non autorisés à travailler, ce qui, dans un cas comme dans l'autre, a pour effet de réduire les offres pour les demandeurs d'emploi réguliers (*Doc. parl.*, Sénat, 1977-1978, n° 415-1, p. 36).

Le système de l'enregistrement des entrepreneurs tendait à garantir, au moyen de vérifications approfondies, que ceux-ci appliquent correctement la législation fiscale et sociale (*ibid.*, p. 38). L'intention du législateur était « d'en arriver à ce qu'il ne soit plus fait appel à des personnes dont on peut craindre qu'elles ne remplissent pas leurs obligations d'employeur » (*ibid.*, p. 39).

B.3.2. Dans cette version initiale, l'article 30*bis* de la loi du 27 juin 1969 impliquait pour le commettant l'obligation de travailler avec un entrepreneur enregistré, sous peine d'être solidairement responsable des cotisations, des majorations de cotisations et des intérêts de retard dus par l'entrepreneur à l'Office national de sécurité sociale. Cette responsabilité était limitée à 50 % du prix total des travaux, non compris la taxe sur la valeur ajoutée.

Celui qui faisait appel à un entrepreneur non enregistré était tenu, lors de chaque paiement qu'il effectuait à ce cocontractant, de retenir et de verser à l'Office national de sécurité sociale 15 % du montant dont il était redevable, non compris la taxe sur la valeur ajoutée. Les montants ainsi versés étaient déduits, le cas échéant, de la responsabilité solidaire pour les dettes sociales.

B.3.3. La Cour de justice de l'Union européenne a jugé que ce régime était contraire à la libre prestation des services, parce qu'il constituait, pour les entrepreneurs non enregistrés en Belgique, une entrave disproportionnée au marché belge (CJCE, 9 novembre 2006, C-433/04, *Commission c. Belgique*, points 30-42).

En remplaçant intégralement l'article 30*bis* de la loi du 27 juin 1969 par l'article 55 de la loi-programme du 27 avril 2007, le législateur a cherché à mettre la responsabilité solidaire en matière de dettes sociales en conformité avec cet arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne, ainsi qu'avec la loi du 16 janvier 2003 « portant création d'une Banque-Carrefour des Entreprises, modernisation du registre de commerce, création de guichets-entreprises agréés et portant diverses dispositions », sans négliger pour autant l'objectif initial, à savoir lutter contre les pratiques des pourvoyeurs de main-d'œuvre. À cet égard, il est dit dans les travaux préparatoires :

« Le nouveau mécanisme mis en place trouve sa pierre angulaire dans l'obligation pour le commettant ou l'entrepreneur d'effectuer une retenue uniquement en cas d'existence de dettes sociales et/ou fiscales dans le chef de l'entrepreneur ou du sous-traitant cocontractant [...].

La responsabilité solidaire est seulement maintenue dans le chef du cocontractant de l'entrepreneur ou du sous-traitant lorsque les retenues n'ont pas été effectuées correctement.

[...]

Quant à la remarque que le maître de l'ouvrage ou l'entrepreneur ne peut pas regarder dans le futur pour voir si son entrepreneur aura des dettes dans le cours de l'exécution du contrat, il faut attirer l'attention sur le fait que la responsabilité solidaire pour de telles dettes ne peut pas être abandonnée parce que ceci donnerait aux entrepreneurs l'occasion de s'organiser de telle façon qu'il n'y ait jamais de dettes au moment de la conclusion du contrat. Les dettes ultérieures pourraient être éventuellement à charge d'un autre maître de l'ouvrage pour autant qu'il y en ait un. Ceci n'est pas justifiable dans la lutte contre la fraude fiscale et sociale » (*Doc. parl.*, Chambre, 2006-2007, DOC 51-3058/001, pp. 17-21).

B.3.4. Dans cette nouvelle version de l'article 30*bis* de la loi du 27 juin 1969, l'obligation de travailler avec un entrepreneur enregistré a été remplacée par l'obligation, pour le commettant qui n'est pas une personne physique qui fait exécuter des travaux à des fins strictement privées, de vérifier si l'entrepreneur a des dettes sociales au moment de la conclusion de la convention ou au cours de son exécution. Si c'est le cas, il est tenu, conformément à l'article 30*bis*, § 4, alinéa 1er, de la loi du 27 juin 1969, lors de chaque paiement, de retenir et de verser à l'Office national de sécurité sociale 35 % du montant dont il est redevable, non compris la taxe sur la valeur ajoutée. Le cas échéant, ces retenues et versements sont limités au montant des dettes de l'entrepreneur au moment du paiement.

Si le commettant ne respecte pas cette obligation, il est, conformément à l'article 30*bis*, § 3, de la loi du 27 juin 1969, solidairement responsable du paiement des dettes sociales de son cocontractant. La responsabilité solidaire est limitée au prix total des travaux confiés à l'entrepreneur, non compris la taxe sur la valeur ajoutée. Les montants éventuellement versés conformément à l'article 30*bis*, § 4, de la loi du 27 juin 1969 sont alors déduits, lors de l'application de la responsabilité solidaire visée au paragraphe 3, du montant pour lequel le commettant est rendu responsable.

Conformément à l'article 30*bis*, § 5, alinéa 1er, en cause, de la loi du 27 juin 1969, si le commettant n'a pas effectué le versement de la retenue de 35 % du montant dont il est redevable, en application du paragraphe 4 de l'article 30*bis*, il est alors redevable, outre le montant à verser, d'une majoration égale à ce montant.

Quant au fond

B.4. La première question préjudicielle invite la Cour à statuer sur la compatibilité de l'article 30*bis*, § 5, de la loi du 27 juin 1969 avec les articles 10 et 11 de la Constitution, en ce que cette disposition traite de la même manière, en leur imposant la même majoration, d'une part, la catégorie des « commettants » de bonne foi et, d'autre part, la catégorie des « commettants » auxquels il n'y a pas lieu de reconnaître cette qualité, alors que ces personnes se trouveraient dans des situations fondamentalement différentes.

La seconde question préjudicielle invite la Cour à statuer sur la compatibilité de l'article 30*bis*, § 5, de la loi du 27 juin 1969 avec l'article 16 de la Constitution, lu en combinaison avec l'article 1er du Premier Protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme et avec, le cas échéant, l'article 6 de cette Convention, en ce que la disposition en cause prévoit « une majoration se cumulant à deux autres mécanismes de réparation, sans donner ni à l'ONSS ni au juge judiciaire la possibilité de diminuer le montant de cette majoration quand le cumul prémentionné entraîne une sanction disproportionnée aux faits reprochés ».

B.5. Le litige porté devant le juge *a quo* porte sur l'appel de l'Office national de sécurité sociale dirigé contre un jugement assortissant d'un sursis le paiement de la majoration visée à l'article 30*bis*, § 5, de la loi du 27 juin 1969.

Le juge *a quo* constate en l'espèce que la bonne foi du débiteur est évidente et n'est pas contestée par l'Office national de sécurité sociale, et que la majoration en cause prévue par le paragraphe 5 de l'article 30*bis* de la loi du 27 juin 1969 se cumule aux deux autres mécanismes de réparation prévus par les paragraphes 3 et 4 du même article.

La Cour limite son examen à cette situation.

Quant à la première question préjudicielle

B.6. Le principe d'égalité et de non-discrimination n'exclut pas qu'une différence de traitement soit établie entre des catégories de personnes, pour autant qu'elle repose sur un critère objectif et qu'elle soit raisonnablement justifiée. Ce principe s'oppose, par ailleurs, à ce que soient traitées de manière identique, sans qu'apparaisse une justification raisonnable, des catégories de personnes se trouvant dans des situations qui, au regard de la mesure critiquée, sont essentiellement différentes.

L'existence d'une telle justification doit s'apprécier en tenant compte du but et des effets de la mesure critiquée ainsi que de la nature des principes en cause; le principe d'égalité et de non-discrimination est violé lorsqu'il est établi qu'il n'existe pas de rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé.

B.7.1. En prévoyant que la majoration en cause est due par les commettants qui font appel à un entrepreneur ayant des dettes sociales et qui n'ont pas effectué la retenue visée à l'article 30bis, § 4, de la loi du 27 juin 1969, le législateur traite de manière identique, d'une part, les commettants « de bonne foi » et, d'autre part, ceux qui ne le seraient pas.

B.7.2. Au regard des objectifs poursuivis en l'espèce, mentionnés en B.3.3, les catégories précitées ne se trouvent pas, en ce qui concerne la déduction de la majoration en cause, dans une situation fondamentalement différente, dès lors qu'ils sont des commettants qui font exécuter des travaux par des entrepreneurs ayant des dettes sociales au moment de la conclusion du contrat ou au cours de son exécution et qui n'effectuent pas la retenue visée à l'article 30bis, § 4, de la loi du 27 juin 1969.

La majoration prévue par l'article 30bis, § 5, en cause, de la loi du 27 juin 1969 ne s'applique en effet que lorsque le commettant ne respecte pas l'obligation de retenue découlant de l'article 30bis, § 4, de la loi du 27 juin 1969, dont l'application constitue « la pierre angulaire » du système mis en place par la loi-programme du 27 avril 2007 (*Doc. parl.*, Chambre, 2006-2007, DOC 51-3058/001, p. 17).

B.7.3. En imposant aux commettants des travaux visés à l'article 30*bis*, § 1er, de la loi du 27 juin 1969, l'obligation, prévue au paragraphe 4, alinéa 1er, du même article, de retenir et de verser à l'Office national de sécurité sociale 35 % du montant dont ils sont redevables, non compris la taxe sur la valeur ajoutée, le législateur a voulu les responsabiliser dans la lutte contre la fraude sociale.

Cette obligation vise, d'une part, à permettre à l'Office national de sécurité sociale de recouvrer les cotisations sociales impayées par l'entrepreneur et, d'autre part, à éviter que des entrepreneurs qui ne respectent pas leurs obligations sociales fassent une concurrence déloyale à ceux qui les respectent. Le commettant peut choisir de ne pas collaborer avec un tel entrepreneur ou de respecter l'obligation de retenue précitée.

B.7.4. Le législateur a pu estimer que cette responsabilisation des commettants était nécessaire pour mener efficacement la lutte contre la fraude sociale. De plus, cette obligation, qui ne s'applique pas, en vertu de l'article 30*bis*, § 10, de la loi du 27 juin 1969, au commettant personne physique qui fait exécuter des travaux à des fins strictement privées, peut être facilement respectée en vérifiant sur le site internet prévu à cet effet si l'entrepreneur en question a payé ses cotisations sociales. Ce site internet permet d'ailleurs de préparer d'emblée la retenue exigée.

B.7.5. Compte tenu de ce qui précède, il n'est pas sans justification raisonnable de soumettre de manière identique les catégories de personnes visées en B.7.1 à la déduction de principe de la majoration en cause.

Ce constat est néanmoins subordonné, compte tenu de la nature pénale de la majoration en cause, à l'existence de mécanismes permettant de tenir compte notamment de la bonne foi du commettant, éléments qui sont abordés dans le cadre de l'examen de la seconde question préjudicielle.

B.8. Sous réserve de la réponse à la seconde question préjudicielle, la première question préjudicielle appelle une réponse négative.

Quant à la seconde question préjudicielle

B.9.1. L'article 1er du Premier Protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme ayant une portée analogue à celle de l'article 16 de la Constitution, les garanties qu'il contient forment un ensemble indissociable avec celles qui sont inscrites dans cette disposition constitutionnelle, de sorte que la Cour en tient compte lors de son contrôle de la disposition en cause.

B.9.2. L'article 1er du Premier Protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme offre une protection non seulement contre une expropriation ou une privation de propriété (premier alinéa, deuxième phrase) mais également contre toute ingérence dans le droit au respect des biens (premier alinéa, première phrase) et contre toute réglementation de l'usage des biens (deuxième alinéa).

Toute ingérence dans le droit de propriété doit réaliser un juste équilibre entre les impératifs de l'intérêt général et ceux de la protection du droit au respect des biens, et il y a lieu de constater que le législateur dispose à cet égard d'une large liberté d'appréciation. Il doit dès lors exister un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but poursuivi.

La Cour européenne des droits de l'homme considère également que les États membres disposent en la matière d'une grande marge d'appréciation (CEDH, 2 juillet 2013, *R.Sz. c. Hongrie*, § 38).

B.10. Une mesure constitue une sanction pénale au sens de l'article 6, paragraphe 1, de la Convention européenne des droits de l'homme si elle a un caractère pénal selon sa qualification en droit interne ou s'il ressort de la nature de l'infraction, à savoir la portée générale et le caractère préventif et répressif de la sanction, qu'il s'agit d'une sanction pénale ou encore s'il ressort de la nature et de la sévérité de la sanction subie par l'intéressé qu'elle a un caractère punitif et donc dissuasif (CEDH, grande chambre, 15 novembre 2016, *A et B c. Norvège*, §§ 105-107; grande chambre, 10 février 2009, *Zolotoukhine c. Russie*, § 53; grande chambre, 23 novembre 2006, *Jussila c. Finlande*, §§ 30-31).

B.11.1. Comme il est dit en B.3.3, la nouvelle version de l'article 30*bis* de la loi du 27 juin 1969, telle qu'elle a été remplacée par l'article 55 de la loi-programme du 27 avril 2007, tend à mettre la responsabilité solidaire en matière de dettes sociales en conformité avec la libre prestation des services, sans négliger pour autant l'objectif initial, à savoir lutter contre les pratiques des pourvoyeurs de main-d'œuvre.

B.11.2. La majoration visée à l'article 30*bis*, § 5, de la loi du 27 juin 1969 peut, dans certains cas, s'avérer très lourde. Cette majoration a notamment pour objet de prévenir et de sanctionner un manquement à la règle édictée par l'article 30*bis*, § 4, de la loi du 27 juin 1969. Lorsque la retenue et le versement exigés par cette disposition n'ont pas été effectués correctement, la majoration en cause se cumule à la responsabilité prévue par l'article 30*bis*, § 3, de la même loi, outre la retenue exigée par l'article 30*bis*, § 4, de la loi du 27 juin 1969, dont le versement peut alors être déduit du montant pour lequel le commettant est rendu solidairement responsable.

Comme la Cour l'a jugé par son arrêt n° 86/2007 du 20 juin 2007 à l'égard d'une majoration analogue prévue par l'ancien article 30*bis*, § 3, alinéa 3, de la loi du 27 juin 1969, la majoration en cause n'a pas pour but de réparer un dommage causé à l'Office national de sécurité sociale. Connaissant à l'avance la sanction qu'elle risque d'encourir, la personne qui ne respecte pas la règle précitée est incitée à la respecter. La circonstance que la majoration en cause soit égale au montant de la retenue visée à l'article 30*bis*, § 4, de la loi du 27 juin 1969, alors que la majoration visée par l'arrêt n° 86/2007 précité était égale au double du montant éludé, ne modifie pas l'objectif répressif prédominant poursuivi en l'espèce par la mesure en cause, qui se cumule aux mesures prévues par l'article 30*bis*, §§ 3 et 4, de la loi du 27 juin 1969.

Possédant dès lors un caractère répressif prédominant, ainsi que le relève le juge *a quo*, cette majoration est une sanction de nature pénale au sens de l'article 6, paragraphe 1er, de la Convention européenne des droits de l'homme. Elle doit donc être conforme aux principes généraux du droit pénal.

Toutefois, cette majoration 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.

B.11.3. Contrairement à ce qui est le cas dans l'arrêt n° 86/2007 précité, les faits visés par l'article 30bis, § 5, de la loi du 27 juin 1969, tel qu'il est applicable au litige pendant devant la juridiction *a quo*, ne constituent pas une infraction pénale et ne sont donc pas passibles de poursuites devant le tribunal correctionnel. Le principe d'égalité et de non-discrimination n'exige pas, dans ce cas, qu'un parallélisme existe entre les mesures d'individualisation de la peine.

B.12.1. Toutefois, il appartient à la Cour de vérifier si, en ce qu'il ne permet pas que s'appliquent à cette majoration les règles permettant de respecter le principe de proportionnalité des sanctions pénales, en tenant compte notamment de la bonne foi du commettant, le législateur n'a pas méconnu l'article 16 de la Constitution, lu en combinaison avec l'article 1er du Premier Protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme et avec, le cas échéant, l'article 6 de cette Convention.

B.12.2. Le principe de la proportionnalité des sanctions pénales ou administratives implique que la sanction prononcée par le juge ou par l'autorité administrative doit se trouver dans un rapport raisonnable de proportionnalité avec l'infraction qu'elle punit, compte tenu des éléments de la cause. Ce principe pourrait être violé par le législateur s'il enfermait le pouvoir d'appréciation du juge ou de l'autorité administrative dans des limites trop étroites ne leur permettant pas de tenir compte des éléments pertinents de la cause ou s'il imposait une seule sanction manifestement disproportionnée par rapport à la gravité du comportement qu'il entendait sanctionner.

B.13.1. La disposition en cause ne prévoit pas de possibilité de diminuer la sanction qu'elle instaure en tenant compte d'éléments tels que les antécédents, les efforts, la possibilité d'amendement de l'intéressé, ou encore sa bonne foi.

Si, certes, le dernier alinéa de la disposition en cause délègue au Roi la possibilité de déterminer sous quelles conditions la majoration peut être réduite, une telle délégation n'est toutefois pas de nature à offrir à l'Office national de sécurité sociale ou au tribunal du travail les instruments suffisants pour fixer, conformément au principe de la proportionnalité des sanctions, le montant de la majoration en cause.

Il résulte de la disposition en cause que ni l'Office national de sécurité sociale ni le tribunal du travail ne peuvent tenir compte de tous les éléments pertinents de la cause pour diminuer le montant de la majoration en cause.

B.13.2. Comme il est dit en B.11.2, cette majoration a un caractère répressif prédominant et est de nature pénale au sens de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. Cette « majoration » s'élève en effet à un montant égal au montant de la retenue qui n'a pas été effectuée, et dont la majoration en cause vise à prévenir et sanctionner le non-versement. Cette mesure pénale s'ajoute en outre au mécanisme de la responsabilité solidaire visée à l'article 30bis, § 3, de la même loi, qui a, quant à lui, un caractère indemnitaire.

Toutefois, contrairement à la personne poursuivie pour une infraction pénale, le commettant auquel s'applique la majoration en cause ne peut se voir appliquer une sanction proportionnée, qui tienne compte de tous les éléments pertinents de la cause, dès lors qu'il ne peut pas bénéficier d'une réduction du montant de la majoration en cause.

B.13.3. Dès lors que la sanction est en principe fixée invariablement à 35 % du prix des travaux concernés, quel qu'en soit le montant, elle peut parfois s'avérer très élevée. Dans certains cas, cette sanction peut porter une atteinte telle à la situation financière de la personne à laquelle elle est infligée qu'elle constitue alors une mesure disproportionnée au but légitime qu'elle poursuit, entraînant une violation du droit de propriété garanti par l'article 1er du Premier Protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH, 11 janvier 2007, *Mamidakis c. Grèce*).

B.14. Il résulte de ce qui précède qu'en ce qu'il ne permet pas à l'Office national de sécurité sociale ou au tribunal du travail de réduire le montant de la majoration en cause au regard de tous les éléments pertinents de la cause, l'article 30*bis*, § 5, de la loi du 27 juin 1969 n'est pas compatible avec l'article 16 de la Constitution, lu en combinaison avec l'article 1er du Premier Protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme et avec l'article 6 de cette Convention.

B.15. La seconde question préjudicielle appelle une réponse affirmative.

Par ces motifs,

la Cour

dit pour droit :

- En ce qu'il s'applique indistinctement à des personnes de bonne foi et à des personnes auxquelles il n'y a pas lieu de reconnaître cette qualité, l'article 30*bis*, § 5, de la loi du 27 juin 1969 « révisant l'arrêté-loi du 28 décembre 1944 concernant la sécurité sociale des travailleurs » ne viole pas les articles 10 et 11 de la Constitution.

- En ce qu'elle ne permet pas à l'Office national de sécurité sociale ou au tribunal du travail de tenir compte de tous les éléments pertinents de la cause, notamment la bonne foi du « commettant », pour réduire le montant de la « majoration » qu'elle prévoit, la même disposition viole l'article 16 de la Constitution, lu en combinaison avec l'article 1er du Premier Protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme et avec l'article 6 de cette Convention.

Ainsi rendu en langue française et en langue néerlandaise, conformément à l'article 65 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle, le 9 juillet 2020.

Le greffier,

Le président,

P.-Y. Dutilleux

F. Daoût