

COUR DU TRAVAIL DE LIEGE

MERCURIALE DE RENTREE

prononcée par

Cédric VISART de BOCARME
Procureur général de Liège

« L'application du principe *non bis in idem* en droit pénal social »

2 septembre 2011

Monsieur le Premier président,
Messieurs les présidents de Chambre,
Mesdames, Messieurs de la Cour,

La rentrée de la Cour compte parmi les moments importants de la vie judiciaire car c'est un peu l'occasion de faire le point sur l'évolution des contentieux, l'état de nos moyens et les perspectives pour l'année qui s'ouvre.

Au chapitre des événements importants qui nous attendent figurent incontestablement les déménagements de la Cour du travail et de l'Auditorat général du travail auquel nous aspirons depuis longtemps et qui nous permettront de travailler enfin dans des locaux décentes et recentralisés à la Place Saint-Lambert.

J'évoquais l'an dernier lors de la rentrée de la Cour, le projet de réforme de la justice validé par le Conseil des ministres du 21 avril 2010 mais aussi les élections et les perspectives de régionalisation de la justice qui figuraient sur le devant de l'actualité. Que s'est-il passé depuis ? Rien ou si peu de chose puisque les négociations politiques n'ont pas abouti et on ne voit toujours pas quelles sont nos perspectives futures.

Cette année, le sujet adapté aux circonstances que l'article 345 du Code judiciaire m'invite à aborder est une question assez complexe et, je m'en excuse déjà, qui prend cependant une importance grandissante dans nos préoccupations : l'application du principe « *non bis in idem* ».

Ne croyez pas que, comme d'autres, je sacrifie à la mode du « latinisme » en abordant ce sujet, mon souci étant plutôt de contribuer à enrichir la réflexion sur l'application d'un principe énoncé par la Cour de Strasbourg, dont on sait que les arrêts viennent régulièrement perturber notre vie judiciaire mais aussi faire progresser notre droit.

C'est une réflexion collective à l'auditorat général du travail de Liège que je vais vous livrer et je tiens déjà à remercier mes collaborateurs que vous apercevez à mes côtés aujourd'hui.

*
* *

La justice a été rendue dans notre ressort sans qu'aucun abus n'ait été constaté. Il a toutefois été déploré de sérieuses difficultés de fonctionnement au sein du tribunal du travail de Namur qui ont abouti à la cessation provisoire des activités de ce tribunal en matière de règlement collectif de dettes. Mais vous-même, Monsieur le Premier président et certains membres de votre Cour, en accord avec mon office, avez pris les mesures qui s'imposaient pour faire face aux problèmes constatés et, on peut espérer que ceux-ci sont résolus et n'auront plus d'influence néfaste pour les justiciables.

En ce qui concerne l'évolution du contentieux devant les juridictions du travail, j'ai constaté que le projet « informatisation des statistiques des tribunaux du travail » ne permettait pas encore de déterminer avec pertinence le nombre d'affaires traitées. En ce qui concerne les

Cours du travail, sur la période 2000 -2009, le nombre de nouvelles affaires sur le plan national affiche une baisse de 21% passant de 5823 à 4584 unités mais on peut penser que le développement du contentieux des règlements collectifs de dettes viendra infléchir ce chiffre dans le sens d'une progression significative.

Il convient, par ailleurs, de constater que ce contentieux prend une importance inquiétante, à la mesure sans doute du surendettement croissant d'une partie de la population et qu'il conviendra de rester attentif aux moyens disponibles pour y faire face.

*
* *

Je m'en voudrais de terminer cette introduction sans évoquer deux nouveaux instruments au service des poursuites pénales qui viennent d'être créés durant cette année 2011 et qui pourront sans doute nous aider dans notre tâche.

Je pense en premier lieu au procès-verbal électronique et à la création d'une banque de données nouvelle des procès-verbaux. Depuis le 1^{er} mars 2011, les 4 services d'inspection ont accès au système e-PV et dès lors, le procès-verbal électronique est maintenant acquis.

En outre, le projet soulevait des objections d'ordre juridique de la part du monde judiciaire concernant la gestion de la banque de données e-PV et la constitution d'un organe de contrôle de cette base de données. Après concertation entre les magistrats et les administrations concernées, un projet de loi modifiant le code de droit pénal a été amendé pour solutionner les problèmes relevés et on attend qu'il puisse être voté par le Parlement.

En second lieu, il faut évoquer la création d'une cellule de soutien en matière de lutte contre la fraude sociale grave et organisée.

Le collège des procureurs généraux a en effet approuvé, lors de sa réunion du 9 février 2010, le « Protocole de coopération en matière de lutte contre la fraude sociale grave et organisée ».

Le protocole prévoit la création, à titre de projet pilote, d'une cellule mixte composée de policiers fédéraux et de membres des inspections sociales, chargé de détecter plus rapidement des entités impliquées dans le fraude sociale grave et organisée.

Cet objectif devrait être atteint grâce à un échange d'informations intensif dont disposent ces services concernant les auteurs d'infractions ou les modus operandi utilisés.

Sur base des constatations réalisées, la cellule mixte doit transmettre un avis au SIRS concernant la voie à choisir pour le traitement du dossier, soit la voie administrative ou la voie judiciaire.

La décision finale est prise en concertation entre le président du SIRS, les dirigeants des quatre services d'inspection sociale et le magistrat représentant le Collège des procureurs généraux au sein du SIRS.

Ce projet ne touche en rien aux tâches opérationnelles du ministère public et il fera l'objet d'une évaluation précise après douze mois d'application afin de vérifier s'il a rencontré les objectifs fixés.

Une circulaire d'application vient d'être approuvée par le Collège des procureurs généraux et la cellule a débuté ses activités et déjà dénoncé des dossiers à l'auditorat du travail.

*
* *

Enfin, je dois me réjouir de l'entrée en vigueur depuis le 1^{er} juillet 2011 du Code du droit pénal social dont je vous avais entretenu l'an dernier et dont j'espère qui produira le bénéfice que nous en attendons.

*
* *

L'application du principe « non bis in idem » dans le droit pénal social.

1. *Non bis in idem* : la maxime de longue date nous est familière, puisqu'elle nous vient d'Ulpien, dans son long commentaire de l'Edit du prêteur.

Ce principe fait interdiction à la justice répressive de poursuivre et de condamner une même personne deux fois pour un même fait ou une même infraction (c'est selon, comme nous le verrons).

Il répond à une double exigence : une exigence d'équité et une exigence de sécurité juridique.

2. Cet adage dont Berlier avec la fougue caractéristique de l'époque révolutionnaire disait qu'il appartenait au « *droit universel des nations* » se trouve de fait reconnu et appliqué dans l'ensemble des Nations respectueuses de l'Etat de droit, dont certaines l'inscrivent même dans leur texte fondateur¹. En Belgique toutefois, à défaut de consécration écrite, le principe a été mis en œuvre au travers de la notion d'autorité de chose jugée.

En droit international, l'adage a été consacré par maints textes : le Pacte des Nations Unies relatif aux droits civils et politiques fait à New-York le 19 décembre 1966, qui a été approuvé par la loi belge du 15 mai 1981. (Moniteur belge du 6 juillet 1983) dispose en son article 14, § 7 :

« Nul ne peut être poursuivi ou puni en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné par un jugement définitif conformément à la loi et à la procédure pénale de chaque pays ».

¹ Ainsi le cinquième amendement de la Constitution américaine ; l'article 40 de la Charte des droits et libertés fondamentaux de la République tchèque ; l'article 103 de la loi fondamentale de la République fédérale d'Allemagne, l'article 29 de la Constitution du Portugal, l'article 50 § 1 de la Constitution russe ...

L'article 50 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne proclamée à Strasbourg le 12 décembre 2007 dispose que :

« Nul ne peut être poursuivi ou puni pénalement en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné dans l'Union par un jugement définitif conformément à la loi ».

L'article 54 de la Convention d'Application de l'accord de Schengen du 14 juin 1985 énonce :

« Une personne qui a été définitivement jugée par une partie contractante ne peut, pour les mêmes faits, être poursuivie par une autre partie contractante à condition que, en cas de condamnation, la sanction ait été subie ou soit actuellement en cours d'exécution ou ne puisse plus être exécutée selon les lois de la partie contractante de condamnation ».

Le principe est également inscrit à l'article 4, § 1 du Protocole n° 7 (**non ratifié par la Belgique**) de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales, dont les termes énoncent :

« Nul ne peut être poursuivi ou puni pénalement par les juridictions du même Etat en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné par un jugement définitif conformément à la loi et à la procédure pénale de cet Etat ».

On l'observe donc : le principe est consacré tant en droit interne qu'en droit international. Mais cette consécration, pour générale qu'elle soit – ou peut-être à raison même de ce caractère – est source d'interprétations diverses quant à ses limites d'application.

3. Si l'adage latin est d'une remarquable concision, ses diverses traductions ne le sont guère et pour cause, c'est que deux termes sur quatre font problème.

Quelle est la portée de la première partie de l'adage : non bis ? Ou en d'autres termes quelle est la nature de la décision préalable qui peut enclencher l'application du principe ?

La décision d'une autorité administrative, au terme d'une procédure administrative peut-elle faire échec à la réitération des poursuites au pénal cette fois ? Ou en d'autres termes le principe s'impose-t-il quand les sanctions d'un même comportement relèvent d'ordres différents ?

En droit interne, les réponses apportées varient selon les matières et selon les instances.

Ce point justifierait à lui seul une mercuriale.

En tout état de cause, dans les matières qui nous occupent aujourd'hui, il est admis qu'une sanction prise par une autorité administrative en droit social, pour autant qu'elle présente un caractère « pénal » peut, dans certaines conditions, faire échec à des poursuites ultérieures.

Pour l'heure c'est principalement dans le contentieux du chômage que l'adage est invoqué. Mais rien n'indique que le champ d'application du principe ne soit pas amené à s'élargir, bien au contraire.

4. Quelle est la portée de la seconde partie de l'adage in idem ? : Que vise-t-on ? Les faits ou leur qualification juridique ? La réponse a varié dans le temps et dans l'espace, les Cours européennes de Strasbourg et de Luxembourg à cet égard ont joué des partitions différentes.

C'est dans ce contexte qu'a été rendu le 10 février 2009, par la Cour européenne des droits de l'homme, l'arrêt dans l'affaire ZOLOTOUKHINE contre la Russie.

Les faits de la cause peuvent se résumer comme suit :

Sergueï Aleksandrovich Zolotoukhine est un ressortissant russe né en 1966 et résidant à Voronej (Russie).

L'affaire porte sur les procédures administrative et pénale dont M. ZOLOTOUKHINE fit l'objet en 2002 pour des atteintes à l'ordre public.

Le 4 janvier 2002, il fut arrêté pour avoir amené son amie dans un quartier militaire sans autorisation et fut conduit au poste de police du district Lénine de Voronej. D'après le rapport de police, l'intéressé, qui se trouvait en état d'ébriété, était insolent, usait de termes obscènes et avait tenté de fuir. Le même jour, le tribunal du district Gribanovski le reconnut coupable d'« *actes perturbateurs mineurs* » en vertu de l'article 158 du Code des infractions administratives et lui infligea une peine de trois jours de détention.

Par la suite, une procédure pénale fut engagée contre M. ZOLOTOUKHINE, sur le fondement de l'article 213 § 2b) du Code pénal, pour actes perturbateurs commis avant l'établissement du rapport de police et, sur le fondement des articles 318 et 319 du Code pénal, pour insultes et menaces pendant et après l'établissement du rapport.

L'intéressé fut placé en détention provisoire le 24 janvier 2002. Le 2 décembre 2002, le même tribunal de district le reconnut coupable des infractions réprimées par l'article 319 du Code pénal. Toutefois, il le relaxa des accusations portées en vertu de l'article 213, estimant que la culpabilité n'avait pas été prouvée selon le critère requis dans le cadre d'une procédure pénale.

Grief

Invoquant l'article 4 du Protocole n° 7 (droit à ne pas être jugé ou puni deux fois) de la Convention européenne des droits de l'homme, M. ZOLOTOUKHINE alléguait qu'après avoir purgé une peine d'emprisonnement de trois jours pour « *actes perturbateurs* » à l'issue de la procédure administrative, il avait de nouveau été jugé et détenu pour la même infraction dans le cadre d'une procédure pénale.

Décision de la Cour :

La Cour rappelle que l'article 4 du Protocole n° 7 interdit qu'une personne soit pénalement poursuivie ou punie deux fois pour la même infraction.

Sur l'existence d'une « *accusation en matière pénale* », au sens de cette disposition, confirmant l'arrêt de la Chambre, la Cour considère que la procédure engagée contre le requérant devant le tribunal du district Gribanovski le 4 janvier 2002, bien que qualifiée d'administrative en droit interne, doit s'analyser en une procédure pénale en raison notamment de la nature de l'infraction et de la sévérité de la peine.

Sur la question de l'identité d'infractions, la Cour relève avoir dans le passé suivi des approches différentes consistant à mettre l'accent tantôt sur l'identité des faits, indépendamment de leur qualification juridique, tantôt sur la qualification juridique, en

admettant que les mêmes fait peuvent donner lieu à des infractions distinctes, tantôt sur la recherche d'éléments essentiels communs aux deux infractions. Estimant que la diversité de ces approches est source d'une insécurité juridique incompatible avec le droit fondamental garanti à l'article 4 du Protocole n° 7, elle décide de préciser ce qu'il faut entendre par une « *même infraction* » au sens de la Convention.

Après avoir analysé la portée du droit de ne pas être jugé et puni deux fois tel qu'il est prévu par d'autres instruments internationaux, en particulier le Pacte international relatif aux droits civils et politiques adopté par les Nations Unies, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et la Convention américaine des droits de l'homme, la Cour indique que 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 celle-ci a pour origine **des faits identiques ou des faits qui sont « en substance »** les mêmes que ceux ayant donné lieu à la première infraction. Cette garantie entre en jeu lorsque de nouvelles poursuites sont engagées et que la décision antérieure d'acquittement ou de condamnation est déjà passée en force de chose jugée.

En l'espèce, la Cour considère que les faits à l'origine des deux procédures, administrative et pénale, intentées contre le requérant, ne se distinguent que par un élément, la menace de violence à l'encontre d'un officier de police, et doivent par conséquent être considérées comme étant en substance les mêmes.

Sur le point de savoir s'il y a eu répétition des poursuites, la Cour considère, confirmant les conclusions de la Chambre, que la condamnation à trois jours de détention dans le cadre de la procédure « *administrative* » devait s'analyser en une décision définitive car elle n'était pas susceptible d'un recours ordinaire en droit interne. Elle souligne par ailleurs que le fait que le requérant avait été relaxé dans le cadre de la procédure pénale, d'une part, n'enlève rien à son allégation selon laquelle il avait été poursuivi deux fois pour la même infraction et, d'autre part, ne lui retire pas la qualité de victime car la relaxe n'avait pas été prononcée en raison de la violation du droit garanti par l'article 4 du Protocole n° 7 mais uniquement en raison de l'insuffisance des preuves à charge.

La Cour conclut que les poursuites engagées contre le requérant en application de l'article 213 § 2b) du Code pénal concernaient essentiellement la même infraction que celle pour laquelle il avait déjà été condamné en vertu de l'article 158 du Code des infractions administratives et que, par conséquent, il a été victime d'une violation de l'article 4 du Protocole n° 7.

Tel est l'enseignement de cet arrêt.

5. Il est significatif d'observer que cet arrêt a été rendu à l'unanimité par la Grande Chambre qui est une formation extraordinaire de jugement, intervenant après dessaisissement de la chambre à son profit. Tel dessaisissement a lieu quand la chambre « *soulève une question grave relative à l'interprétation de la Convention ou de ses protocoles ou si la solution d'une question peut conduire à une contradiction avec un arrêt antérieur rendu par la Cour* ».

Certes la Cour statue sur la violation de l'article 4 du Protocole n° 7 que la Belgique n'a pas ratifié, mais il s'agit d'un arrêt de principe que nous ne pouvons ignorer.

Nous le pouvons d'autant moins, que les termes de l'article 4 du protocole n° 7 dont la portée est éclairée par l'arrêt sont ceux de l'article 14 § 7 du pacte sur les droits civils et politiques qui, lui, a bien été ratifié par la Belgique ; dans l'un et l'autre texte il est noté que « *nul ne peut être poursuivi ou puni **pénalement par les juridictions du même Etat, est-il ajouté dans le protocole** en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné par*

un jugement définitif conformément à la loi et à la procédure pénale de chaque pays » pour la Convention « de cet Etat » pour le protocole.

Sans reconnaître à l'arrêt ZOLOTTHOUKINE une autorité qu'il n'a pas, sans nul doute faudrait-il bien lui reconnaître « une portée » dans l'analyse de la seconde partie de l'adage soit dans l'appréciation du *in idem*.

Certes le cas présentait bien des spécificités puisque la sanction administrative a été prononcée par le tribunal qui connaît quelques mois après de la procédure pénale, et la nature pénale de cette sanction était sans équivoque puisqu'il s'agissait d'une peine d'emprisonnement.

Dans les matières qui nous occupent, les sanctions administratives sont prises par des organismes de droit public tels que l'I.N.A.M.I., l'O.N.S.S., l'O.N.Em ... et non prononcées par le tribunal et jamais elles ne consistent en une peine d'emprisonnement, de sorte que leur « nature pénale » doit être examinée au cas par cas. Il s'ensuit que toutes les hypothèses que nous sommes amenés à rencontrer se distinguent quant à des points essentiels du cas tranché par la Cour européenne de justice.

Il m'apparaît que la Cour européenne des droits de l'homme a par cet arrêt mis un terme à ses propres hésitations notant elle-même au passage que « *la diversité des approches adoptées est source d'une insécurité juridique incompatible avec ce droit fondamental qu'est le droit de ne pas être poursuivi deux fois pour la même infraction* » et en rejetant l'approche qui privilégiait la qualification juridique « *approche trop restrictive des droits de la personne* » pour adopter celle qui vise les faits réprimés qui seront soit identiques ou en substance les mêmes, la Cour européenne des droits de l'homme s'est mise au diapason de la Cour de Justice.

Qu'en est-il à ce jour de la jurisprudence de nos Cours ?

Interprétation du principe « non bis in idem » par les cours et tribunaux.

1. La jurisprudence de la Cour de cassation

Antérieurement à l'arrêt ZOLOTTHOUKINE du 10 février 2009, la Cour de cassation a estimé que le principe *non bis in idem* ne s'opposait pas à ce que les autorités belges prévoient des sanctions de diverses natures pour une même infraction, d'une part, par un régime de sanctions pénales et, d'autre part, par un régime de sanctions administratives, ces sanctions fussent-elles interprétées comme revêtant un caractère répressif au sens de l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés.²

Cette dualité de sanction pour une même infraction a été reconnue par la Cour suprême en matière disciplinaire et administrative ainsi qu'en matière pénale et disciplinaire.^{3 4}

La Cour de cassation a eu l'occasion de se prononcer sur le principe *non bis in idem* postérieurement au revirement de jurisprudence opéré par la Cour européenne des droits de l'homme selon laquelle : « *l'approche qui privilégie la qualification juridique de deux infractions est trop restrictive des droits de la personne* » et « *risque d'affaiblir la garantie*

² Cass., 5 février 1999, R.G. C. 97.0441.N, *Pas.*, 1999, I, n°67.

³ Cass., 12 janvier 2001, R.G. D990014Nt, Justel F-20010112-12.

⁴ Cass., 24 novembre 2009, R.G. P.09.0965.N, Justel F-20091124-7.

consacrée par l'article 4 du protocole n°7 ». Elle considère désormais que « *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 celle-ci ait pour origine des faits identiques ou des faits qui sont en substance les mêmes* ». ⁵

Si la jurisprudence pénale s'est déjà inspirée de cette nouvelle jurisprudence comme nous le verrons, qu'en est-il de la Cour suprême ?

Par un arrêt du 25 mai 2011, la Cour a examiné le pourvoi en cassation formé par le ministère public à l'encontre de l'arrêt du 17 novembre 2010 de la Cour d'appel de Bruxelles déclarant les poursuites irrecevables à l'égard d'une prévention (A1), soit une infraction à l'article 175, alinéa 1^{er}, 1^o, e de l'arrêté royal du 25 novembre 1991 portant réglementation du chômage. La Cour d'appel a estimé qu'il y avait lieu d'appliquer le principe *non bis in idem* considérant que « *l'addition du seul élément moral que constitue l'intention frauduleuse n'est pas de nature à modifier la substance même des faits identiques visés à l'article 154, 1^o et à l'article 175 de l'arrêté royal du 25 novembre 1991* ».

En l'espèce, l'ONEm avait appliqué une sanction administrative d'exclusion de 26 semaines sur base de l'article 154, 1^o de l'arrêté royal du 25 novembre 1991.

Le raisonnement tenu par la Cour d'appel est le suivant :

« Pour arriver à la conclusion que les faits faisant l'objet de poursuites pénales (prévention A1) et les faits déjà sanctionnés par le Directeur de l'ONEm sont « *en substance* » les mêmes, la Cour a constaté que le prévenu a agi avec une intention frauduleuse, et que, au demeurant, cette circonstance a amené le Directeur de l'ONEm à transmettre le dossier à l'auditorat du travail aux fins de poursuites pénales du chef d'infraction à l'article 175 de l'AR du 25/11/91. La Cour a aussi constaté qu'il paraissait évident que le Directeur de l'ONEm « *a pris en considération l'intention frauduleuse qui a présidé à la fraude pour déterminer la sanction la plus lourde qu'il a infligée à ce dernier, sans lui reconnaître une quelconque mesure de sursis.* » » ⁶

La Cour de cassation a eu à trancher la délicate question de savoir ce que sont des faits « *identiques* » ou « *substantiellement* » les mêmes.

La Cour d'appel a estimé que l'élément moral distinct n'était pas de nature à modifier la substance même des faits identiques.

Pour rappel, antérieurement à l'arrêt ZOLOTOUKHINE, la Cour européenne avait estimé qu'il n'y avait pas de violation du principe *non bis in idem* lorsque l'élément moral des deux infractions diffère. ⁷

La Cour de cassation reprend cette jurisprudence et compare les deux infractions à savoir le fait pour un chômeur de ne pas avoir biffé sa carte de pointage avant le début d'une activité professionnelle (article 154, alinéa 1^{er}, 1^o de l'arrêté royal du 25 novembre 1991) et l'article 175, alinéa 1^{er}, 3^o du même arrêté applicable au chômeur qui, visé notamment à l'article 154, a agi avec intention frauduleuse.

⁵ Cour eur. D.H., 10 février 2009, ZOLOTOUKHINE c./Russie, §§ 54 et 55, J.T. , 2009, p.150.

⁶ Mémoire du 28 janvier 2011, Auditorat général près la Cour du travail de Bruxelles.

⁷ Cour eur. D.H., 14 septembre 2004, ROSENQUIEST c./ Suède ; Cour eur. D.H., 14 septembre 1999, PONSETTI et CHESNET c./ France.

La Cour d'en conclure que le fait visé par l'article 175 n'est pas réductible à celui réprimé par l'article 154.

« La répression de l'intention frauduleuse visée à l'article 175 de l'arrêté royal du 25 novembre 1991 est une prérogative du pouvoir judiciaire dans l'exercice de laquelle une autorité administrative ne saurait s'immiscer. Il n'appartient pas au Directeur de l'Office national de l'emploi de sanctionner une telle intention. Celui-ci n'a donc pas pu la prendre en considération pour fixer la durée de l'exclusion, et ne l'a effectivement pas prise en compte puisqu'il ne se réfère à cet élément moral spécifique que pour justifier la communication des pièces à l'auditorat du travail aux fins de poursuites éventuelles.

Les juges d'appel n'ont dès lors pas légalement décidé que le fait qui leur était déféré s'identifiait à celui pour lequel le défendeur a été privé temporairement des allocations de chômage ».

La Cour a cassé l'arrêt.

2. La jurisprudence pénale.

Comme déjà précisé, la jurisprudence pénale s'est inspirée de la nouvelle jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.⁸

Les cours et tribunaux ont examiné l'application éventuelle du principe *non bis in idem* dans des matières telles que l'assurance chômage et l'assurance maladie invalidité.

Dans un jugement du 21 mai 2010, le tribunal correctionnel de Liège a opéré une distinction en matière de chômage pour l'application du principe *non bis in idem* en fonction des préventions retenues.

En l'espèce, le prévenu était poursuivi pour infraction à l'article 71, alinéa 1^{er}, 4^o de l'arrêté royal du 25 novembre 1991, sanctionnée par l'article 154, 1^o et 175, 1^o,e) (omission de biffer sa carte de contrôle) ; infraction à l'article 155, alinéa 1^{er}, 1^o sanctionnée par l'article 175, 1^o,e) (avoir fait usage, avec intention frauduleuse, de documents inexacts en vue de se faire octroyer de mauvaise foi des allocations de chômage) et, par connexité, pour infraction à l'arrêté royal du 31 mai 1933.⁹

Le prévenu, antérieurement à la procédure pénale, avait fait l'objet d'une décision administrative de l'ONEm l'excluant du droit aux allocations de chômage pendant 26 semaines sur base de l'article 154.

Le tribunal a déclaré les poursuites irrecevables sur ce chef d'inculpation estimant les faits identiques.¹⁰

Le raisonnement du tribunal est analogue à celui suivi par la Cour d'appel de Bruxelles dans son arrêt précité du 17 novembre 2010, arrêt cassé par arrêt le 25 mai 2011.

Par contre, le tribunal a estimé que le comportement visé par l'article 155 de l'arrêté royal, à savoir l'usage de la carte inexacte pour se faire octroyer de mauvaise foi des allocations, était distinct de celui visé à l'article 154 (omission de biffer sa carte avant le début d'une activité

⁸ A titre d'exemple, Corr. Verviers, 18 mai 2009, J.L.M.B., 2009/40, p. 1565.

⁹ Corr. Liège, 21 mai 2010, Not. AT 70/1351/2008, plumitif n° 1803.

¹⁰ Le jugement est frappé d'appel sur ce point et est actuellement en attente de fixation devant la Cour d'appel de Liège.

rémunérée) tout comme celui sanctionné par l'arrêté royal du 31 mai 1933 (fausse déclaration ou déclaration incomplète à l'occasion d'une demande tendant à recevoir des allocations de chômage auxquelles le chômeur n'a pas droit totalement ou partiellement).

Gageons que la Cour d'appel fera application de la jurisprudence récente de la Cour de cassation pour réformer ce jugement. En effet, la Cour d'appel de Liège a, dans une affaire où le prévenu était poursuivi sur base de l'article 175, 1^o alors que déjà sanctionné par l'ONEm d'une exclusion fondée sur l'article 154 du même arrêté, déclaré les poursuites recevables, les faits reprochés étant de ne pas avoir informé les services de l'ONEm de l'activité et non pas d'avoir incorrectement complété sa carte.¹¹

Par contre, la même Cour d'appel dans un arrêt du même jour a retenu l'application du principe *non bis in idem* et a déclaré les poursuites entreprises irrecevables, la nuance se fondant sur le fait que le chômeur avait agi avec intention frauduleuse et que la sanction administrative prise sur base de l'article 154 visait également cette intention frauduleuse.¹²

La Cour d'appel tout comme la Cour suprême a appliqué la jurisprudence selon laquelle le principe *non bis in idem* ne s'applique pas lorsque les éléments essentiels de deux infractions ne sont pas identiques ; il en est ainsi lorsque l'élément moral des deux infractions diffère.¹³

Un jugement du tribunal correctionnel de Liège du 21 juin 2010 nous rappelle que l'application du principe *non bis in idem* ne peut s'envisager que si la sanction, en l'espèce administrative de l'INAMI, est définitive. Or, le prévenu poursuivi pénalement pour des faits éventuellement similaires avait contesté cette sanction devant le tribunal du travail, litige toujours pendant.¹⁴

Pour être complet, le fait que la sanction administrative devienne définitive à défaut de contestation dans les délais légaux équivaut à une condamnation par un jugement définitif au sens de l'article 4 du protocole n^o7 et ne fait donc pas obstacle à l'application du principe *non bis in idem*.¹⁵

Enfin, il convient de mentionner que la Cour d'appel de Mons s'est prononcée récemment par plusieurs arrêts du 11 mai 2011 parmi lesquels un arrêt visant un assuré social, en l'espèce un chômeur, qui a fait l'objet d'une décision définitive d'exclusion du droit aux allocations de chômage pendant 26 semaines sur base de l'article 154 de l'arrêté royal du 25 novembre 1991 outre l'exclusion du bénéfice des allocations de chômage durant la période de fraude et la récupération des allocations indûment perçues.

Appliquant la jurisprudence européenne, la Cour a examiné si les faits visés par la sanction administrative de l'ONEm, sanction dont le caractère pénal est aujourd'hui unanimement reconnu, constituaient un ensemble de faits indissociablement liés dans le temps, l'espace et par leur objet, c'est-à-dire si la sanction administrative couvrait l'ensemble des actes posés susceptibles d'être incriminés sur pied de l'article 175 de l'arrêté royal du 25 novembre 1991.

¹¹ C.A. Liège, 23 février 2011, 4^{ème} chambre, 2011/558.

¹² C.A. Liège, 23 février 2011, 4^{ème} chambre, 2011/554.

¹³ Cour eur. D.H., 14 septembre 2004, ROSENQUIEST c./ Suède ; Cour eur. D.H., 14 septembre 1999, PONSETTI et CHESNET c./ France

¹⁴ Corr. Liège, 21 juin 2010, notice AT 70/1013/2007, plumitif 2174.

¹⁵ C.Const., arrêt n^o91/2008 du 18 juin 2008, cité par la C.A. Mons, 11 mai 2011, 4^{ème} chambre, 264/11.

En l'espèce, la Cour de dire :

« Il résulte de la motivation même de la décision prise par l'administration que tant la nature de la sanction (exclusion et non simple avertissement) et la durée de l'exclusion (entre une semaine au moins et 26 semaines au plus) que le rejet du sursis (pouvant être complet ou partiel) ont été motivés par l'intention frauduleuse avec laquelle le prévenu a agi.

...

A la suite de la motivation concrète de la décision administrative telle qu'elle a été, de facto, notifiée au prévenu, la cour considère, comme l'a fait le tribunal, que les faits à la base des poursuites correctionnelles sont identiques, vu leur nature, leur datation et leur contexte, à ceux ayant débouché sur la sanction administrative prise par l'ONEm et ce, d'autant plus que le dossier répressif ne contient d'ailleurs, sur le plan des faits, que le dossier administratif de l'Office national de l'emploi ayant fondé les sanctions prises par cet organisme.

L'irrecevabilité des poursuites décidée par le premier juge sera, dès lors, confirmée, vu le caractère pénal indéniable des sanctions administratives prononcées sur base des mêmes faits. »¹⁶

La Cour d'appel de Mons a fait une application « complète » de la jurisprudence européenne et n'a pas hésité à dépasser la construction intellectuelle à laquelle se prête la cour de cassation pour écarter le principe *non bis in idem*.

3. La jurisprudence de la Cour constitutionnelle

Dans l'ordre juridique interne belge, la Cour constitutionnelle a été la première haute juridiction à tirer les conséquences de la jurisprudence européenne antérieure à l'arrêt ZOLOTOUKHINE.

La Cour constitutionnelle s'est prononcée à de nombreuses reprises sur le caractère pénal de diverses sanctions administratives mais le propos sera ici d'examiner la jurisprudence plus spécifique du cumul de sanctions à caractère pénal et l'application du principe *non bis in idem*.

Par son arrêt du 26 avril 2007, la Cour constitutionnelle a eu à examiner la question du cumul de sanctions administratives, à caractère répressif et de sanctions pénales, prévues par le décret de la région flamande du 23 janvier 1991 relatif à la protection de l'environnement et de la compatibilité avec les dispositions des articles 10 et 11 de la Constitution. La Cour avait considéré que le décret de la Région flamande du 23 janvier 1991 relatif à la protection de l'environnement contre la pollution due aux engrais viole les articles 10 et 11 de la Constitution, combinés avec le principe général de droit « *non bis in idem* », en ce que des personnes peuvent, en raison d'un comportement constitutif d'infractions à des dispositions du décret précité, dont les éléments essentiels sont identiques, se voir infliger successivement une amende administrative présentant un caractère pénal et une sanction pénale.¹⁷

En matière fiscale, la Cour constitutionnelle a fait application de la jurisprudence de la Cour européenne de justice antérieure à l'arrêt ZOLOTOUKHINE en considérant que les éléments essentiels des infractions visées aux articles 445 et 449 du code des impôts sur les revenus ne sont pas identiques, puisque seul l'article 449 exige une intention frauduleuse ou le dessein de nuire, de sorte que le principe *non bis in idem* n'est pas violé.¹⁸

¹⁶ C.A. Mons, 11 mai 2011, 4^{ème} chambre, 264/11.

¹⁷ Cour const., arrêt n° 67/2007, 26 avril 2007, *Rev.de droit pénal et de criminologie*, 2007, p.1110.

¹⁸ Cour const., arrêt n° 91/2008, 18 juin 2008, *R.D.P.*, 2008, liv. 11, p. 1063.

La Cour de justifier sa position également par « la spécificité de la matière des impôts sur les revenus » permettant de fonder l'absence de système préventif d'un cumul de sanctions ...¹⁹

Cette jurisprudence implique l'analyse des éléments essentiels des infractions reprochées, en ce compris l'élément moral.

Comme nous l'avons vu, il s'agit la jurisprudence actuelle de la Cour de cassation qui semble faire fi de l'évolution de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme ...

L'application du principe *non bis in idem*, dépend, selon la jurisprudence en matière fiscale de la cour constitutionnelle, de l'analyse de l'élément moral. Or, comme l'a soulevé LUGENTZ Frédéric : « *Du point de vue de cet élément essentiel que constitue l'élément moral de l'infraction (négligence ou intention frauduleuse), il nous paraît qu'il conviendrait que, dans chaque cas d'espèce, les autorités administratives ou de poursuites déterminent d'abord celui qui caractérise le fait incriminé, avant de procéder à sa qualification et de lui appliquer celles des sanctions qui, en fait, correspond à l'état d'esprit de l'auteur.* »²⁰

La Cour constitutionnelle pourra, à brefs délais, renforcer sa jurisprudence et éclairer les praticiens sur le principe *non bis in idem* puisqu'elle est saisie d'une question préjudicielle posée par le tribunal du travail de Gand par un jugement du 18 avril 2011, portant sur le caractère civil ou pénal de la cotisation de solidarité prévue à l'article 22quater de la loi du 27 juin 1969.

Laquelle peut être imposée en sus :

- soit d'une peine infligée en application de l'article 35 de la loi du 27 juin 1969 (révisant l'arrêté-loi du 28 décembre 1944 concernant la sécurité sociale des travailleurs), plus les condamnations d'office prévue par la même disposition,
- soit d'une amende administrative infligée en application de la loi du 30 juin 1971 relative aux amendes administratives applicables en cas d'infraction à certaines lois sociales ? »²¹

La réponse à cette question permettra à la Cour constitutionnelle de redéfinir les contours de la notion du principe *non bis in idem* à la lumière de la dernière jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

4. Les cours du travail

Les juridictions sociales, parmi lesquelles les Cours du travail ont également été amenées à se prononcer sur l'application du principe *non bis in idem*, dans l'hypothèse où un assuré social avait fait l'objet de poursuites pénales ou se voyait sanctionner par un cumul de sanctions administratives pour des faits qui pouvaient être considérés comme similaires. Force est de constater que la jurisprudence est plus que diversifiée.

A titre d'exemple, j'épinglerai un arrêt de la Cour du travail de Bruxelles et trois de la Cour du travail de Liège.

La Cour du travail de Bruxelles a examiné la question de l'application du principe *non bis in idem* dans l'hypothèse d'un cumul entre les sanctions administratives appliquées par l'ONem

¹⁹ LUTGENTZ F., « Le principe *non bis in idem* et le cumul des sanctions pénales et administratives : la particularité des amendes fiscales », *Rev.de droit pénal et de criminologie*, 2008, 11/2008, p. 1068 et suivantes.

²⁰ LUTGENZ F., op.cit.

²¹ M.B du 8 juin 2011.

sur base des articles 153 et 154 de l'arrêté royal du 25 novembre 1991 et les sanctions pénales édictées par la juridiction répressive sur base de l'article 175, alinéa 1^{er}, 1^o, e) du même arrêté.

Selon la Cour, par application du principe *non bis in idem*, une sanction pour une infraction pénale et une sanction administrative à caractère pénal, portées par la réglementation relative au chômage ne peuvent être cumulées lorsqu'elles procèdent de faits identiques.

La Cour a fait sienne la définition de la notion de « *idem* » de la Cour européenne des droits de l'homme (arrêt ZOLOTOUKHINE) et a annulé les sanctions administratives dans la mesure où la sanction pénale était définitive et les faits réprimés par les diverses normes étaient les mêmes.²²

Antérieurement à l'arrêt ZOLOTOUKHINE, la Cour du travail de Liège a, à l'occasion d'un litige posant la question du cumul entre deux sanctions administratives dont elle a reconnu le caractère pénal et, en l'espèce, appliqué une seule peine la plus forte vu l'unité d'intention retenue, rejeté l'application du principe *non bis in idem*.²³

Vu la sanction pénale antérieure, le ministère public avait soulevé cette question. La Cour a suivi la jurisprudence de la Cour de cassation du 5 février 1999 selon laquelle le principe *non bis in idem* ne s'opposait pas à ce que les autorités belges prévoient des sanctions de diverses natures pour une même infraction ; des sanctions pénales et des sanctions administratives, celles-ci fussent-elles interprétées comme revêtant un caractère répressif au sens de l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés.²⁴

Par arrêt du 13 janvier 2011, la Cour du travail de Liège, 12^{ème} chambre, a appliqué le principe *non bis in idem* tout comme l'a fait la Cour du travail de Bruxelles et ce dans la même hypothèse.

Par contre, la 15^{ème} chambre a, le 9 juin 2011 rejeté l'application de ce principe alors que l'assuré social soulevait le fait qu'il avait fait l'objet d'une condamnation au pénal par la Cour d'appel et sur le plan administratif par l'INAMI pour les mêmes faits.

Dans un premier temps, la Cour a dit pour droit que ce principe ne s'appliquait pas au cumul des sanctions pénales et administratives.

Dans un second temps, elle a précisé qu'en tout état de cause les faits sanctionnés n'étaient pas les mêmes, la condamnation pénale visant des faits de marchands de sommeil, d'occupation de main d'œuvre étrangère et d'activités au sein d'ASBL non déclarées tandis que les sanctions INAMI visaient la perception d'indemnités indues vu une reprise d'activité non déclarée.

Il est clair qu'en la matière, nos cours et tribunaux auront à déterminer leur position et à exprimer clairement leur choix de suivre la Cour de cassation ou de se laisser bercer par un vent plus européen ...

Quelques semaines après la publication au Moniteur belge du 1^{er} juillet 2010 de la loi du 2 juin 2010, loi comportant des dispositions de droit pénal social et de la loi du 6 juin 2010, loi introduisant le Code pénal social, les institutions de sécurités sociales ont pris conscience que

²² C.T. Bruxelles, 8^{ème} chambre, 11 août 2010, R.G. 2002/AB/43540.

²³ C.T. Liège, 15^{ème} chambre, 11 décembre 2008, R.G. 035371.

²⁴ Cass., 5 février 1999, R.G. C. 97.0441.N, *Pas.*, 1999, I, n°67.

l'entrée en vigueur du Code pénal social, prévue pour le 1^{er} juillet 2011, allait accentuer l'application du principe « *non bis in idem* », renforcé par l'analyse retenue par la Cour Européenne des droits de l'homme, dans l'arrêt ZOLOTOUKHINE, prononcé le 10 février 2009.

- AVANT L'ENTREE EN VIGUEUR DU CODE PENAL SOCIAL.

La loi du 30 juin 1971 relative aux amendes administratives applicables en cas **d'infractions à certaines lois sociales**, énonçait les infractions pour lesquelles une amende administrative pouvait être appliquée et fixait l'articulation existant entre le traitement judiciaire et le traitement administratif.

Les infractions concernées étaient, presque exclusivement, celles relatives aux conditions de travail (par exemple, la protection de la rémunération, le bien-être au travail, le respect des conventions collectives,...), à la tenue, la conservation et la délivrance des documents sociaux ainsi qu'aux mesures prises en faveur de l'emploi mais il n'y avait aucune infraction à la sécurité sociale, à l'exception de l'absence de la déclaration immédiate à l'emploi (DIMONA) ainsi que l'absence de LIMOSA qui est la déclaration des travailleurs détachés.

Comment se faisait cette articulation ?

Concrètement, lorsqu'un procès-verbal était dressé par un service d'inspection, il était envoyé simultanément à l'Auditeur du travail et au service des amendes administratives. L'Auditeur du travail décidait de la suite à y réserver : soit il le classait sans suite, soit il prenait la décision d'ouvrir une information.

S'il classait immédiatement le dossier sans suite, celui-ci était envoyé au service des amendes administratives pour l'application éventuelle d'une amende.

Si l'Auditeur du travail décidait d'ouvrir une information, il en informait le service des amendes administratives.

Au terme de cette information, il pouvait soit poursuivre, transiger ou recourir à la médiation pénale, soit classer sans suite et renvoyer le dossier au service des amendes administratives pour que ce dernier inflige une amende administrative, s'il l'estime opportun.

Pour ces cas, le risque de l'application du principe « *non bis in idem* » n'existait pas.

Pour **les infractions à la sécurité sociale**, chaque institution de sécurité sociale avait son propre service pour le traitement administratif des dossiers, au terme duquel, notamment, une amende administrative pouvait être infligée.

Les montants des amendes étaient variables d'une institution à l'autre et d'autres sanctions administratives pouvaient être prises telles que des mesures de suspension ou d'exclusion du bénéfice octroyé, outre l'obligation de rembourser les prestations perçues indûment.

Concrètement, lorsqu'un procès-verbal était transmis à l'Auditeur du travail, soit il entamait des poursuites, soit il le classait sans suite mais le dossier **n'était pas renvoyé** à l'institution de sécurité sociale pour l'application éventuelle d'une amende administrative.

Le procès-verbal faisait à la fois l'objet d'un traitement judiciaire et d'un traitement administratif, indépendants l'un de l'autre, pouvant aboutir à des sanctions pénales d'un côté

et des sanctions administratives de l'autre (amende et / ou suspension ou exclusion du bénéficiaire d'un avantage social).

Pour tous ces cas, le risque de l'application du principe « *non bis in idem* » est évident.

-DEPUIS L'ENTREE EN VIGUEUR DU CODE PENAL SOCIAL.

Toutes les infractions en droit pénal social constatées dans un procès-verbal, en ce compris celles à la sécurité sociale sont traitées selon un schéma identique.

Concrètement, tous les procès-verbaux sont transmis, simultanément à l'Auditeur du travail et à l'administration compétente. L'Auditeur du travail décide soit de poursuivre (ou transiger ou avoir recours à la médiation pénale) soit de classer sans suite et le dossier est envoyé à l'administration compétente pour qu'une amende administrative soit infligée, si elle l'estime opportun.

Le Code désigne sous le vocable « *administration compétente* », l'administration et les fonctionnaires désignés par le Roi pour infliger les amendes administratives.

L'arrêté royal du 1^{er} juillet 2011, portant exécution des articles 16, 13°, 17, 20, 63, 70 et 88 du Code pénal social et fixant la date d'entrée en vigueur de la loi du 2 juin 2010 comportant des dispositions de droit pénal social, prévoit à l'article 9 : « *L'administration compétente pour infliger les amendes administratives est la Direction des amendes administratives de la Division des études juridiques, de documentation et du contentieux du Service public fédéral Emploi, Travail et Concertation sociale.* »

L'article 10, quant à lui, désigne, nominativement, les fonctionnaires habilités pour infliger ces amendes.

Cela signifie donc, que la plupart des institutions de sécurité sociale vont être constamment confrontées au principe « *non bis in idem* » parce que elles sont compétentes, en vertu de leur législation de base existante, pour infliger des sanctions administratives dont des amendes mais que d'autre part, les dispositions prévues par le Code pénal social, désignent une « *autorité compétente* » différente pour prononcer ces dernières.

En d'autres termes, le principe « *non bis in idem* » risque non seulement d'être invoqué en cas de concours d'une sanction administrative, qualifiée comme étant « *de nature pénale* », prévue dans la réglementation de base et donc infligée par l'organisme de sécurité sociale lui-même, avec une sanction pénale prévue par le Code pénal social et prononcée par le tribunal correctionnel ou la cour d'appel mais aussi, en cas de concours entre ces mêmes amendes administratives inscrites dans la réglementation de base et donc infligées par l'organisme de sécurité sociale lui-même et les amendes administratives, prévues par le Code pénal social en cas d'absence de poursuites du ministère public et infligées par l'autorité compétente désignée par le Code.

Pour mieux comprendre, il me paraît intéressant de faire un état des lieux des principales difficultés, au sein de chaque institution de sécurité sociale concernée.

Préalablement, il n'est pas inutile de souligner que toutes ces procédures administratives élaborées au sein de chaque institution de sécurité sociale, en vertu de leur législation de base,

étaient, jusqu'à ce jour, largement méconnues par la justice, sauf peut-être à titre tout à fait anecdotique.

1. En ce qui concerne l'Institut National d'Assurances Maladie Invalidité (I.N.A.M.I.).

Au sein de l'I.N.A.M.I., des sanctions administratives peuvent être infligées par le service d'évaluation et de contrôle médical d'une part et par le service de contrôle administratif d'autre part, et ce, sur base de la loi coordonnée du 14 juillet 1994 relative à l'assurance obligatoire soins de santé et indemnités.

Le service d'évaluation et de contrôle médical est compétent pour contrôler et sanctionner les divers dispensateurs de soins (praticiens de l'art de la médecine et des professions paramédicales). Les mesures suivantes peuvent être appliquées aux dispensateurs de soins et assimilés : remboursement de la valeur des prestations indument attestées à charge de l'assurance soins de santé et une amende administrative fixée dans une fourchette de pourcentage du montant du remboursement pouvant aller jusqu'à 200 %. Ces amendes, prévues à l'article 142 de la loi coordonnée du 14 juillet 1994(relative à l'assurance obligatoire soins de santé et indemnités) peuvent être nettement plus lourdes que celles prévues par le code pénal social, lequel prévoit une sanction de niveau 2 c'est-à-dire soit une amende pénale de 100 à 1000 euros, soit une amende administrative de 50 à 500 euros.

Les articles 143, 144, 145 de cette même loi précisent les instances compétentes pour prendre ces mesures.

Il s'agit du fonctionnaire dirigeant du service ou le fonctionnaire désigné par lui, les chambres de première instance et les chambres de recours, lesquelles sont des juridictions administratives visées à l'article 161 de la Constitution.

Des voies de recours sont prévues, en ce compris un recours en cassation devant le Conseil d'Etat (art. 145 § 5).

Les contrôleurs habilités dressent principalement ce qu'ils appellent des « *procès-verbaux administratifs* » pour constater les infractions qu'ils relèvent et pas des procès-verbaux au sens pénal du terme.

En d'autres termes, ces procès-verbaux qualifiés « *d'administratifs* » ne sont pas transmis au ministère public, ce qui permet un traitement purement administratif, au sein même de l'institution.

Le paradoxe est que pour une des infractions les plus graves, à savoir notamment celle prévue à l'article 73bis alinéa 1^{er}, 1^o de la loi coordonnée du 14 juillet 1994, précitée, les amendes administratives qui pourront être infligées par l'instance administrative prévue au sein de l'I.N.A.M.I., pourront être beaucoup plus élevées que celles prévues par le Code pénal social.

Pour rappel, l'article 73bis alinéa 1^{er}, 1^o prévoit : ... « *il est interdit aux dispensateurs de soins et assimilé, sous peine des mesures énoncées à l'article 142, §1^{er} :*

1. *de rédiger, faire rédiger, délivrer ou faire délivrer des documents réglementaires visés dans la présente loi ou ses arrêtés d'exécution lorsque les prestations n'ont pas été effectuées ou fournies ; »*

En d'autres termes, il s'agit de fausses attestations de soins.

Se pose dès lors la question du traitement équitable de la personne incriminée : selon qu'elle relèvera des instances administratives ou du traitement judiciaire les sanctions pourront varier. Ajoutons qu'au niveau du traitement judiciaire, la condamnation à une amende pénale peut être assortie d'un sursis ; la suspension du prononcé de la condamnation peut aussi être accordée à la demande du prévenu ; une déclaration de culpabilité peut être prononcée. Au niveau du traitement administratif interne à l'institution, ces possibilités ne sont pas prévues.

C'est donc la porte ouverte à des recours devant la Cour constitutionnelle.

Le service de contrôle administratif est compétent pour contrôler et sanctionner les assurés sociaux. Les contrôleurs habilités dressent des procès-verbaux de leurs constatations et les transmettent à l'Auditeur du travail.

- Avant l'entrée en vigueur du Code pénal social, en cas de classement sans suite par l'Auditeur du travail, le service du contrôle administratif de l'I.N.A.M.I. pouvait infliger les sanctions prévues à l'article 168quinquies de la loi coordonnée de 1994 précitée, lequel fut ajouté à la loi coordonnée par une loi du 19 mai 2010 qui fut votée concomitamment à la loi du 6 juin 2010 introduisant le Code pénal, sans que personne ne s'aperçoive que les nouvelles dispositions votées s'entrechoquaient.

Que prévoit l'article 168quinquies ? Il prévoit un double système de sanctions :

- des amendes administratives pour les infractions à la réglementation soins de santé, à charge de l'assuré social.

- des exclusions du droit aux indemnités pour les infractions à la réglementation indemnités.

- Avec l'entrée en vigueur du Code pénal social, lorsque l'Auditeur du travail reçoit un procès-verbal dressé par un inspecteur social de l'I.N.A.M.I. et décide de le classer sans suite, le dossier est transmis à l'administration compétente spécifique et unique, désigné par le Code pénal social, pour infliger éventuellement une amende administrative dont le montant sera fixé conformément aux articles 101 à 105 du Code pénal social.

Cela signifie, en clair, que les amendes administratives prévues à l'article 168 quinquies ainsi que les mesures d'exclusions prévues à ce même article, ne pourront plus trouver à s'appliquer.

2. En ce qui concerne l'Office National des Allocations Familiales pour Travailleurs Salariés (O.N.A.F.T.S.).

Bien que dans la pratique, l'O.N.A.F.T.S. ne dresse quasiment pas des procès-verbaux, des problèmes relatifs au principe « *non bis in idem* » peuvent apparaître pour ce qui concerne l'article 24 de la loi coordonnée du 19 décembre 1939 relative aux allocations familiales aux travailleurs salariés, puisque cet article prévoit, en cas de fraude, des sanctions particulières, à savoir des amendes, et des retenues pour assurer le paiement des amendes ou pour assurer le remboursement des prestations indûment perçues.

3. En ce qui concerne le Fond des Accidents du Travail (F.A.T.).

C'est essentiellement le défaut d'assurance contre les accidents du travail qui est visé.

En règle générale, c'est l'inspection sociale qui constate l'absence d'assurance contre les accidents du travail.

Dans la pratique, ils ne dressent un procès-verbal que dans les cas où l'absence d'assurance contre les accidents du travail est connexe avec des formes de travail au noir, en cas de récidive et bien entendu en cas d'accidents du travail.

Lorsqu'il y a simplement constatation de défaut d'assurances, celle-ci est transmise, via un formulaire complété, au fond des accidents du travail qui procède à une affiliation d'office de l'employeur et lui impose une cotisation d'affiliation d'office qui s'apparente à une amende. Elle est calculée en fonction de la durée de l'absence de couverture, du nombre de travailleurs et du plafond salarial.

Cette infraction est aussi sanctionnée par le Code pénal social (article 184) par une amende pénale ou administrative.

4. En ce qui concerne l'Office National de l'Emploi (O.N.Em.)

L'O.N.Em. est l'institution de sécurité sociale qui s'est penchée depuis le plus longtemps sur le problème lié à l'application du principe « *non bis in idem* », en prenant des initiatives pour solutionner le problème, notamment par des notes de services sur lesquelles je reviendrai ultérieurement.

Lorsque un inspecteur social constate qu'un chômeur perçoit indûment des allocations de chômage, notamment parce qu'il a fait une déclaration inexacte ou parce qu'il a omis de remplir certains documents ou encore parce qu'il cumule des allocations de chômage avec de la rémunération, un procès-verbal reprenant ces constatations est dressé et l'O.N.Em. prend une décision administrative.

Au terme de cette décision administrative, le chômeur :

- est exclu du bénéfice des allocations de chômage pour la période durant laquelle il n'avait pas droit à percevoir des allocations de chômage ;
- doit rembourser le montant des allocations de chômage perçu indûment.
- se voit infliger une sanction administrative, à savoir une exclusion du bénéfice des allocations de chômage pendant un certain nombre de semaines, conformément aux articles 153 à 155 de l'arrêté royal du 25 novembre 1991 relatif au chômage ;
- en outre, le procès-verbal des constatations est transmis à l'Auditeur du travail pour disposition.

Sachant que la jurisprudence est quasiment unanime pour considérer l'exclusion du bénéfice des allocations de chômage , en application des articles 153 et suivants de l'arrêté royal du 25 novembre 1991, comme étant une sanction administrative ayant une nature pénale, le principe

« *non bis in idem* » risque d'être invoqué aussi bien en cas de poursuites de l'Auditeur du travail devant le tribunal correctionnel, qu'en cas de classement sans suite par l'Auditeur du travail, entraînant l'envoi du dossier auprès de l'administration compétente pour infliger, si elle l'estime, une amende administrative.

5. En ce qui concerne l'Office National de Sécurité Social (O.N.S.S.).

L'article 22 quater de la loi du 27 juin 1969 concernant la sécurité sociale des travailleurs salariés prévoit une cotisation de solidarité qui ne peut être inférieure à 2.500 euros, lorsqu'un contrôleur, un inspecteur social ou un officier de police judiciaire constate qu'un employeur a omis d'effectuer la déclaration immédiate de l'emploi, visée à l'arrêté royal du 5 novembre 2002 .

A l'heure qu'il est, beaucoup s'interrogent sur la nature de cette cotisation de solidarité forfaitaire.

Je vous l'ai dit précédemment : le tribunal du travail de Gand, a posé une question préjudicielle à la cour constitutionnelle. Nous attendons avec impatience la décision à venir.

Dans la pratique, une absence de déclaration « *DIMONA* » fait toujours l'objet d'un procès-verbal, lequel est transmis à l'Auditeur du travail.

Si l'O.N.S.S. applique immédiatement cette cotisation de solidarité de 2.500 euros, comme l'article 22 quater précité l'y autorise, que l'Auditeur décide de poursuivre devant le tribunal correctionnel l'employeur ou qu'il classe le dossier sans suite pour des raisons d'opportunité et le transmette au service des amendes administratives, le principe « *non bis in idem* » pourrait être invoqué avec pertinence, à supposer que le caractère pénal soit reconnu à cette cotisation de solidarité.

Sachez quand même qu'actuellement, il y a des procédures pendantes, initiées par l'employeur à l'encontre de l'ONSS, pour contester l'application de l'article 22 quater précité, en invoquant l'application du principe « *non bis in idem* », étant donné qu'il sait pertinemment que l'Auditeur du travail a été saisi par le procès-verbal et qu'il y a fort à parier que soit il sera poursuivi devant le tribunal correctionnel, soit une amende administrative lui sera infligée. En effet, l'employeur préférera nettement un traitement judiciaire à l'application d'une amende administrative en cas de classement sans suite par l'Auditeur du travail, puisqu'il pourra prétendre à un sursis, voir même solliciter une suspension du prononcé de la condamnation, ce qui n'est pas prévu lorsque l'ONSS lui applique la cotisation forfaitaire de 2.500 euros. Il y a aussi des recours introduits auprès des juridictions du travail, contre des décisions rendues par le service des amendes administratives ayant infligé une amende administrative, alors que la cotisation de solidarité forfaitaire de 2.500 euros a été réclamée et perçue par l'ONSS.

Vous l'aurez compris, les institutions de sécurité sociales qui sont le plus confrontées à l'application du principe « *non bis in idem* », sont l'I.N.A.M.I., l'O.N.Em et l'O.N.S.S.

Comment gérer au mieux ces dossiers ?

Il faut en effet veiller à ce que, à toute situation infractionnelle constatée, la réponse la plus adéquate soit appliquée.

Les trois institutions de sécurité sociales précitées ont pris des initiatives pour tenter de traiter au mieux les dossiers où ces difficultés risquent de surgir.

Je salue celles-ci (et je vais vous en parler ci-après) mais elles engendrent des conséquences qui ne sont pas anodines et des inégalités de traitement ; dans certains cas, il y s'agit même d'une entrave à l'exercice de l'action publique.

Je tiens à souligner que, d'emblée, le S.I.R.S., conscient du problème, a provoqué plusieurs réunions pour mettre en évidence toutes les difficultés et entamé un travail constructif pour les résoudre.

A cette fin, le président du S.I.R.S. a adressé un courrier circonstancié à chaque ministre du gouvernement concerné, pour l'informer.

L'O.N.Em a rédigé une première note à destination de ses services, laquelle fut modifiée et mise à jour le 13 avril 2011. Au terme d'une analyse complète des conséquences de l'arrêt de la Cour Européenne des droits de l'homme du 10 février 2009, l'O.N.Em adopte la position suivante : *« si un chômeur fait l'objet à la fois d'une décision lui infligeant une sanction administrative et de poursuites pénales, il est parfaitement possible de retirer la sanction administrative, de manière à préserver la régularité des poursuites pénales. Une décision qui est retirée ou annulée est, en effet, supposée n'avoir jamais existé et n'avoir jamais produit le moindre effet. Les poursuites pénales deviennent donc, du fait de cette annulation, les seules poursuites entamées à charge du chômeur. »*

En conséquence, l'O.N.Em retire et donc annule la sanction administrative qu'il a infligée dans deux cas :

1. si l'auditorat informe le service qu'il entame une action publique et qu'il demande d'annuler la sanction administrative ;
2. si l'intéressé prouve qu'il a été définitivement condamné pénalement pour la même infraction ou qu'il a été définitivement acquitté et que pour ce motif, il demande l'annulation de la sanction administrative.

L'idée est séduisante et elle a le mérite d'exister. Néanmoins, fonctionner de la sorte crée à coup sûr une insécurité juridique pour le chômeur concerné.

Cette procédure qu'on pourrait qualifier de « *prétorienne* », ne donne aucune garantie au citoyen et hypothèque l'exercice même des poursuites par le ministère public.

La politique criminelle et le monopole des poursuites sont l'apanage du ministère public.

Dans ce système de fonctionnement, on renverse en quelque sorte la situation puisque le succès des poursuites pénales dépendrait du retrait, par l'administration, d'une sanction administrative.

En outre, sans entrer dans un débat qui nous mènerait beaucoup trop loin ce jour, la note fait état de la possibilité d'appliquer une sanction administrative alors même qu'une transaction pénale a été proposée par le ministère public et acceptée par le chômeur.

Or, à l'occasion d'une question préjudicielle posée par le tribunal de première instance de Furnes à la Cour de Justice des Communautés Européennes, l'avocat général dans ses conclusions, relevait, à propos de la transaction : « *il ne s'agit pas d'un accord négocié entre l'inculpé et le ministère public, ..., mais d'une décision, en réalité moins sévère qu'une décision de condamnation, qui est en tout état de cause l'expression d'un ius puniendi.* »

... « *il serait erroné de qualifier la transaction pénale de contractuelle, car elle impose une condamnation, légère et acceptée, qui demeure une sanction et remplit les fonctions de toute peine.* »

« *elle constitue, comme l'a indiqué la commission, une « sanction alternative » qui réprime le comportement répréhensible de l'auteur de l'infraction et dissuade d'autres de commettre à l'avenir les mêmes infractions.* »

Dans son arrêt du 11/02/2003²⁵, la Cour a estimé que la personne qui a exécuté la transaction proposée par le ministère public, mettant fin ainsi à l'action publique, doit être considérée comme ayant été « *définitivement jugée* » pour les faits qui lui sont reprochés même si aucune juridiction n'est intervenue dans la procédure et que la décision prise à l'issue de celle-ci ne prend pas la forme d'un jugement.

L'O.N.S.S. tente aussi de trouver un modus vivendi, avec le service des amendes administratives.

L'idée serait la suivante : lorsqu'un procès-verbal constate l'absence de DIMONA, l'O.N.S.S. attendrait avant d'infliger la cotisation forfaitaire de 2.500 euros.

Soit le ministère public décide de poursuivre, auquel cas l'O.N.S.S. n'infligerait pas la cotisation forfaitaire de 2.500 euros, soit le ministère public classe le procès-verbal sans suite et le dossier est transmis au service des amendes administratives pour l'application éventuelle d'une amende.

C'est à ce stade qu'interviendrait un accord entre l'O.N.S.S. et le service des amendes administratives pour savoir lequel des deux services infligera la sanction.

Ici encore, le système préconisé engendre une grande insécurité juridique.

Rappelons-le : les sanctions ne sont pas de même niveau et les procédures suivies offrent des garanties très différentes.

En ce qui concerne **P.I.N.A.M.I.**, la solution envisagée a été beaucoup plus énergique puisqu'il s'agit d'une proposition de loi modifiant la loi relative à l'assurance obligatoire soins de santé et indemnités, coordonnée le 14 juillet 1994 et le Code pénal social.

Celle-ci a déjà fait l'objet d'un vote en séance plénière de la chambre le 20 juillet 2011²⁶ et nous sommes actuellement dans le délai de possible évocation par le Sénat, délai qui selon mes informations expire le 26 octobre 2011, étant donné la prorogation du délai habituel d'évocation par la durée des vacances parlementaires, lesquelles seraient écourtées en raison de la crise boursière.

²⁵ CJCE, 11 février 2003, Procédures criminelles contre Hüseyin Gözütok et Klous Brügge, affaires jointes C-187/01 et C-385/01, Rec. 2003, p. I - 1345

²⁶ Doc. 53 1658 (2010/2011)

Je voudrais souligner que cette proposition de loi n'a pas fait l'objet d'un avis du conseil consultatif de droit pénal social, prévu par les articles 96 et suivants du Code pénal social alors même que celui-ci est déjà mis en place depuis le mois de juin 2011 (il a d'ailleurs déjà rendu un avis sur les arrêtés royaux d'exécution du Code pénal social).

C'est regrettable dans la mesure où ce conseil a notamment la mission de rendre des avis pour préserver la cohérence du Code pénal social .Il est à craindre, qu'en procédant de la sorte, cet organe devienne rapidement une coquille vide et que l'objectif de cohérence qui lui est confié soit un leurre.

Cette proposition de loi me donne quelques inquiétudes que je vais tenter de vous expliquer le plus schématiquement possible.

Pour rappel, il s'agit de modifier l'article 169 de la loi coordonnée du 14 juillet 1994 (relative à l'assurance obligatoire soins de santé et indemnités), coordonnée, et d'abroger l'article 225, 3° du Code pénal social.

Si on suit la proposition de loi, on en arrive certes à consacrer le principe que les infractions aux dispositions de la loi coordonnée de 1994, à ses arrêtés et règlements d'exécution, sont recherchées et constatées conformément au Code pénal social.

On précise d'autre part que les inspecteurs sociaux disposent des mêmes pouvoirs que ceux prévus aux articles 23 à 39 du Code pénal social lorsqu'ils agissent d'initiative ou sur réquisition du ministère public.

Par contre la modification suivante m'inquiète beaucoup puisque il est indiqué que les infractions sont sanctionnées conformément au Code pénal social (ce qui paraît logique) à l'exception des infractions à charge des dispensateurs de soins et des personnes assimilées, qui sont poursuivis conformément aux articles 73, 73 bis et autres de la loi coordonnée du 14 juillet 1994.

Cette dernière disposition est inquiétante dans la mesure où on fait une sorte de « *shopping* » pour les sanctions à appliquer : on exclut l'application des sanctions du Code pénal social, pour l'article 73 bis, alinéa 1, 1° de la loi coordonnée du 14 juillet 1994 pour lui préférer la procédure mise en place par les articles 138 à 140, 142 à 146 bis, 150, 156, 164 et 174 de la loi coordonnée I.N.A.M.I., en d'autres termes toute la procédure administrative interne à l'I.N.A.M.I.

Pour rappel, l'article 73 bis, alinéa 1, 1° de la loi coordonnée du 14 juillet 1994, concerne les fausses attestations rédigées par les prestataires de soins.

Cela engendre que pour les cas visés par cet article, les inspecteurs sociaux devront utiliser leur pouvoir d'appréciation, en ne dressant jamais un procès-verbal.

En privilégiant la procédure administrative interne à l'I.N.A.M.I., on en arrive à ne plus dresser de procès-verbal pour des comportements extrêmement graves puisqu'il s'agit de fausses attestations et dans certains cas d'usages de faux, ce qui n'est pas conforme à une politique criminelle de recherche et de poursuite équitable.

Le deuxième écueil engendré par cette proposition de loi est le suivant : les cas d'infractions à l'article 73 bis, alinéa 1, 1° seront traités par les chambres de première instance et/ ou les chambres de recours instaurées au sein de l'I.N.A.M.I.

Ces chambres sont présidées par un magistrat, lequel est tenu par l'article 29 du Code d'instruction criminelle c'est-à-dire qu'il a l'obligation de dénoncer toute infraction dont il a connaissance au ministère public.

Lorsqu'il dénonce, le dossier est transmis à l'Auditeur du travail, lequel décide de la suite à réserver à celui-ci.

Dans ce cas de figure, le dossier repart alors à zéro, avec des années de retard, des prescriptions à l'horizon et, en tout état de cause, le dessaisissement définitif des chambres d'instance et de recours créées au sein de l'I.N.A.M.I.

En voulant solutionner un problème, cette proposition de loi en crée un autre...

Tout ceci m'amène à la conclusion qui sera un appel à une concertation urgente et intense de tous les responsables des institutions de sécurité sociale et du ministère public pour trouver des solutions raisonnables et équilibrées qui garantissent la sécurité juridique et assurent un traitement équitable à tous les citoyens.

Vous l'aurez compris, la jurisprudence est fluctuante et loin d'être unanime : elle continuera donc son œuvre.

La réforme du droit pénal social avait pour objectif de rationaliser les sanctions et d'uniformiser les procédures.

Le Code pénal social implique des adaptations des uns et des autres mais il faut éviter de faire des régimes particuliers pour des secteurs sous peine de voir chaque secteur réclamer son autonomie, ce qui créera à nouveau le désordre qu'on a voulu supprimer.

Le ministère public est en train d'élaborer une circulaire de politique criminelle en matière de droit pénal social, en ciblant les priorités, bien conscient que tout ne peut pas être et ne doit pas être judiciaire.

L'entrée en vigueur du Code pénal et les conséquences de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme nous imposent cette concertation pour mieux articuler la procédure pénale et la procédure administrative : c'est un défi commun, que nous devons relever, à l'heure où la fraude sociale est plus que jamais LA priorité du gouvernement.

*
* *

Au nom du Roi, je requiers qu'il plaise à la Cour qu'elle continue ses travaux pour l'année judiciaire 2011-2012.

In Namen des Könings beantrage ich, dass es dem Hof gefalle , seine Arbeit für des Gerichtsjahr 2011-2012.