

LA CHARGE DE LA PREUVE DANS LE CONTENTIEUX JUDICIAIRE DE LA SÉCURITÉ SOCIALE (*)

Hugo MORMONT,

Vice-président du tribunal du travail de Bruxelles

(*) Texte arrêté au 3 septembre 2013.

SOMMAIRE

Introduction	346
I. Considérations générales sur la preuve et le droit de la preuve	347
A. Droit de la preuve et droit à la preuve	347
B. L'objet de la preuve	348
II. Les traits principaux du contentieux de la sécurité sociale	351
A. Un contentieux avec l'administration	351
B. Un contentieux portant (très généralement) sur des droits subjectifs	353
C. Un contentieux d'ordre public	354
D. La classification tripartite des litiges de sécurité sociale	355
III. La charge de la preuve	361
A. Notions générales en matière de charge de la preuve	361
B. Les règles générales sur la charge de la preuve en droit civil	363
C. Les règles générales sur la charge de la preuve en droit pénal	366
D. Les règles générales sur la charge de la preuve dans le contentieux administratif	369
E. Le rôle du ministère public dans l'administration de la preuve	372
F. Le rôle du juge dans l'administration de la preuve	375
IV. La charge de la preuve en sécurité sociale	377
A. Questions communes	377
1. L'aveu en droit de la sécurité sociale	377
2. La prescription et l'échéance du délai de recours	379
B. La preuve dans les recours dirigés contre des décisions qui procèdent d'une compétence liée	381
1. Le principe	381
2. La preuve des conditions d'octroi et la date d'ouverture du droit à la prestation	382
3. La preuve dans le recours contre une décision de révision	383
4. La preuve dans le cadre de la récupération de l'indu	387
5. La preuve de la catégorie de bénéficiaire applicable	388
6. La preuve et les décisions de suspension et les mesures d'exclusion n'ayant pas le caractère de sanction	390
7. Les obligations de minutie et d'instruction du dossier et leur influence sur la charge de la preuve	391
C. La preuve dans les recours contre des décisions traduisant un pouvoir discrétionnaire	393
D. La preuve dans les recours contre des décisions infligeant une sanction administrative	395
Conclusion	395

La contribution aborde dans un premier temps les principes généraux du droit de la preuve. Elle rappelle en deuxième lieu les traits marquants du contentieux de la sécurité sociale, dont les plus nets sont son caractère d'ordre public et sa division en trois volets selon la nature du pouvoir exercé par l'administration, lié, discrétionnaire ou répressif. Elle accomplit ensuite un tour d'horizon des règles relatives à la charge de la preuve dans les contentieux civil, répressif et administratif. Dans la quatrième et la plus importante partie, la contribution détaille comment ces règles sur la charge de la preuve trouvent à s'appliquer dans le contentieux de la sécurité sociale. Outre la mise en avant des conséquences de l'ordre public, la contribution esquisse un parallèle entre les trois volets du contentieux de la sécurité sociale et les trois grands contentieux traditionnels. Partant de l'idée que la charge de la preuve est fonction de la nature du litige plutôt que de la juridiction saisie, elle suggère ainsi que la division tripartite du contentieux mise en avant en ce qui concerne les pouvoirs du juge trouve également une pertinence en matière de charge de la preuve.

Deze bijdrage behandelt vooreerst de algemene beginselen van het bewijsrecht. Ze brengt vervolgens de kenmerken van de socialezekerheidsgeschillen in herinnering, waarvan de voornaamste zijn: het openbare orde-karakter en het onderscheid naargelang de bevoegdheid van de administratie gebonden, discretionair of strafrechtelijk is. De auteur geeft vervolgens een overzicht van de regels aangaande de bewijslast in burgerrechtelijke, strafrechtelijke en administratiefrechtelijke geschillen. In het vierde en het voornaamste deel zet deze bijdrage op gedetailleerde wijze uiteen hoe de regels op het vlak van de bewijslast dienen te worden toegepast in socialezekerheidsgeschillen. De tekst beklemtoont de gevolgen van het feit dat de geschillen van openbare orde zijn en maakt een parallel tussen de drie types van socialezekerheidsgeschillen en de drie traditionele takken van geschillen. Ervan uitgaande dat de bewijslast verschilt volgens de aard van het geschil, veel meer dan naar gelang van de bevoegde rechtbank, stelt de auteur voor dat het drievoudige onderscheid tussen types van socialezekerheidsgeschillen volgens de bevoegdheden van de rechter, eveneens relevant is voor de bewijslast.

INTRODUCTION

1. La preuve est, selon une formule consacrée, la démonstration de l'existence d'un fait ou d'un acte dans les formes admises par la loi ⁽¹⁾.

On ne doit évidemment pas insister sur le caractère crucial, voire décisif, de la matière. Dès lors qu'un litige ne porte pas exclusivement sur le droit mais intègre des contestations de fait, les faits discutés doivent être prouvés et l'adage traditionnel *idem est non esse aut non probari* trouve toute sa place.

Il en va peut-être tout particulièrement ainsi en sécurité sociale. En matière civile traditionnelle, les différends peuvent connaître d'autres voies de règlement que le contentieux juridictionnel et dans le cadre desquelles les règles de preuve jouent un rôle moindre, voire nul. Il n'en va pas de même dans la matière qui nous préoccupe ici, en raison de son caractère d'ordre public, est soustraite à la volonté et à la négociation des parties et pour laquelle le juge reste le passage obligé du règlement des litiges. Ce caractère d'ordre public de la matière a également pour conséquence, on le verra, une application extensive des règles du droit de la preuve.

2. Après quelques considérations générales sur le droit de la preuve (I), on décrira brièvement quelques traits caractéristiques du contentieux judiciaire de la sécurité sociale et notamment le fait qu'il peut s'articuler autour d'une division tripartite (II). On s'attachera alors (III) à énoncer les traits principaux de la matière de la charge de la preuve et les règles applicables dans divers contentieux, civil, répressif et administratif. Ensuite (IV), on s'attachera à examiner lesquelles de ces règles trouvent à s'appliquer à chacun des trois pans qui forment le contentieux judiciaire de la sécurité sociale, abordant à cette occasion différentes questions particulières. On examinera également dans cette section des questions communes aux trois types de contentieux et notamment celles du rôle de l'aveu en matière de sécurité sociale ou des délais de recours.

3. On vient de l'indiquer, l'exposé est limité à la matière de la charge de la preuve, à l'exclusion de celle qui concerne les modes de preuve. Ce choix se justifie par plusieurs motifs.

D'une part, parce qu'en sécurité sociale il n'y a pas ou peu de place pour le contrat. De même, les actes juridiques autres que ceux de l'administration sont rares. La question de la preuve sera donc presque toujours celle de la preuve de faits ⁽²⁾, pouvant être établis par toutes voies de droit. Toutes les problématiques relatives aux modes de preuve des actes et la primauté donnée à la preuve écrite préconstituée sont donc d'un intérêt réduit.

D'autre part, les modes de preuves utilisés en sécurité sociale ne sont pas propres à ce domaine du droit, ou, à l'inverse, le sont à une branche déterminée alors que le présent exposé se veut transversal.

(1) G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF-Quadrige, 4^{ème} éd., 2003, v *Preuve*; voy. Aussi : K. WAGNER, « *Actualia burgerlijk bewijsrecht* », *R.D.J.P.*, 2009, p. 153.

(2) Qu'il s'agisse de faits de l'homme ou de faits juridiques, par opposition aux actes juridiques. Pour un parallèle à cet égard avec la matière fiscale, voy. T. AFSCHRIJFT, *Traité de la preuve en matière fiscale*, 2^{ème} éd., Bruxelles, Larcier, 2004, n° 1.

Par contre, on abordera, sous l'angle de la charge de la preuve et de la dispense des preuves, certaines problématiques liées à l'aveu qui sont souvent étudiées au titre des modes de preuve.

Le présent exposé est par ailleurs, on l'a dit, transversal à toutes les branches de la sécurité sociale et vise à examiner les problématiques communes à tous ces secteurs. Il n'a pas vocation à aborder autrement que de manière exemplative ou marginale les règles propres à l'une ou l'autre de ces branches, certaines contributions spécifiques de ce numéro de la Revue y étant d'ailleurs consacrées.

Enfin, on ne s'attachera qu'au contentieux judiciaire de la sécurité sociale sans examiner les quelques volets du droit de la sécurité sociale qui donnent lieu à un contentieux confié à des juridictions administratives.

4. Au terme de ce parcours, on verra, alors que les litiges qui se tranchent par application des règles relatives à la charge de la preuve sont fréquents, que rares sont les décisions qui exposent de manière détaillée comment ces règles s'appliquent au contentieux de la sécurité sociale. On verra aussi comment un parallèle net nous paraît pouvoir être tracé entre les règles sur les pouvoirs du juge et celles sur la charge de la preuve.

I. CONSIDÉRATIONS GÉNÉRALES SUR LA PREUVE ET LE DROIT DE LA PREUVE

A. DROIT DE LA PREUVE ET DROIT À LA PREUVE

5. Il convient en premier lieu de rappeler la différence entre droit de la preuve et droit à la preuve.

Ainsi, le droit de la preuve est l'ensemble de règles qui déterminent, d'une part, comment les parties peuvent tenter de convaincre le juge de la correspondance entre leur présentation des faits et la réalité et, d'autre part, les moyens dont dispose le juge pour vérifier cette correspondance⁽³⁾.

Par contre, le droit à la preuve est une forme de droit subjectif, de nature procédurale, reconnu aux parties à un litige. Il est tiré du constat selon lequel l'attribution d'un droit subjectif sans permettre à son titulaire d'en rapporter la preuve des éléments constitutifs reste très théorique⁽⁴⁾. Accessoire du droit d'action⁽⁵⁾ ou subdivision du droit au procès équitable⁽⁶⁾, il est défini par la Cour européenne des droits de l'homme comme

(3) K. WAGNER, *op. cit.*, p. 155.

(4) D. MOUGENOT, « Le secret des affaires et ses implications en droit judiciaire », *R.D.J.P.*, 2009, p. 114.

(5) G. GOUBEAUX, « Le droit à la preuve », in C. PERELMAN et P. FORIERS, (éd.), *La preuve en droit*, Bruylant, 1981, p. 280.

(6) Voy. J. VAN COMPERNOLLE, « L'incidence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur l'administration de la preuve dans le procès civil » in G. DE LEVAL (dir.), *La preuve et la difficile quête de la vérité judiciaire*, CUP-Anthémis, 2011, p. 7 ; J. VAN COMPERNOLLE, « Les exigences du procès équitable et l'administration des preuves dans le procès civil », *Rev. trim. dr. h.*, 2012, p. 744 ; P. LAURENT, « La preuve et le droit de la sécurité sociale » in P. GOSSERIES (coord.), *La doctrine du judiciaire*, De Boeck, p. 661.

le droit « de faire valoir l'ensemble des arguments et moyens de preuve à l'appui de sa cause au regard de son droit au procès équitable »⁽⁷⁾. Ce droit à la preuve a un double aspect. D'une part, celui de soumettre au juge les preuves dont on dispose. D'autre part, celui de solliciter la réunion d'autres preuves par le biais de mesures d'instruction⁽⁸⁾.

Le droit de la preuve est donc une branche du droit objectif alors que le droit à la preuve est un droit subjectif. Il n'en reste pas moins que l'émergence de celui-ci et la reconnaissance marquée de son caractère fondamental ne font que vivifier les règles de celui-là.

B. L'OBJET DE LA PREUVE

6. L'objet de la preuve est le fait, entendu au sens large c'est-à-dire incluant les faits de l'homme, les faits juridiques et les actes juridiques, par opposition au droit. Ce dernier ne se prouve pas⁽⁹⁾.

Cette distinction classique, affirmée par les adages traditionnels⁽¹⁰⁾, se voit encore renforcée par la jurisprudence récente de la Cour de cassation concernant la conception factuelle, plutôt que juridique, de la cause et de l'objet de la demande⁽¹¹⁾.

7. L'affirmation que le droit ne se prouve pas vise tant l'existence de la règle elle-même que sa portée ou son application au litige, c'est-à-dire les questions de la qualification juridique des faits ou de la solution à donner en droit au litige⁽¹²⁾.

C'est notamment pour cette raison que, comme on le verra, la jurisprudence est ferme pour considérer que l'aveu ne peut avoir pour objet la solution qui doit, en droit, être

(7) Cour eur. D.H., 13 mai 2008, *N.N. et T.A. c Belgique*, considérant n° 43 ; voy aussi Cour eur. D.H., 10 octobre 2006, *L.L. c France*, considérant n° 40 ; voy aussi J. VAN COMPENOLLE, *op. cit.*, p 744 et B. ALLEMEERSCH et S. RYELANDT, « Licéité de la preuve en matière civile : un clone pour 'Antigoon' », *J.T.*, 2012, p. 172.

(8) B. ALLEMEERSCH, « Stand van zaken en recente ontwikkelingen op het vlak van het bewijs » in P. VAN ORSHOVEN (dir.), *Gerechtigd recht*, Die Keure, 2010, n° 29.

(9) S. GILSON et K. ROSIER, « La preuve en droit du travail » in F. KUTY et D. MOUGENOT (dir.), *La preuve. Questions spéciales*, Commission université palais, vol. 99, CUP-Anthémis, 2008, p. 181 ; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, Tome III, Bruylant, 2010, n° 1634 ; S. STIJNS, *Verbintissenrecht*, Die Keure, Brugge, 2009, p. 159 ; D. MOUGENOT, *La preuve*, 3^{ème} éd., Larcier, 2002, p. 84.

(10) *ius novit curia et Da mihi factum, dabo tibi ius*.

(11) Voy. P. VAN OMMESLAGHE, *op. cit.*, n° 1643 et ss. ; J.F. VAN DROOGHENBROECK, « Le juge, les parties et le droit » in *Actualités en droit judiciaire*, CUP, vol ; 83, Larcier, p. 141 et les références citées. Les arrêts fondateurs à ce sujet sont les suivants : Cass., 14 avril 2005, *J.T.*, 2005, p. 659 et note J. VAN COMPENOLLE, *J.L.M.B.*, 2005, p. 856 et note G. DE LEVAL ; Cass., 23 octobre 2006, *R.C.J.B.*, 2008, p. 157.

(12) « Le droit est fait, il se fait ou il est à faire ; jamais il ne se prouve » J. DABIN, « La technique de la preuve juridique spécialement en droit civil », *Belgique judiciaire*, 1932, 353 ; « La preuve judiciaire ne concerne que la preuve du fait, le droit étant censé connu par le juge » et « Il doit le savoir, donc il le sait, et il le sait en tout cas parce qu'il le dit » P.A. FORIERS, « Introduction au droit de la preuve » in *La preuve en droit*, Bruylant, 1981, p. 8.

donnée à la contestation et, d'autre part, que le juge n'est pas lié par les conséquences en droit que l'auteur d'un aveu déduit de celui-ci⁽¹³⁾.

Cet enseignement vise également les usages, qui ne doivent pas non plus être prouvés⁽¹⁴⁾, tout comme le droit étranger. S'agissant de ce dernier, la solution n'a cependant été acquise que relativement récemment en jurisprudence⁽¹⁵⁾ avant d'être confirmée par l'article 15, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, du Code de droit international privé⁽¹⁶⁾.

8. Par ailleurs, la règle selon laquelle l'objet de la preuve est le fait au sens large appelle elle-même quelques précisions.

9. La première, évidente, est que seuls doivent être démontrés les faits pertinents, c'est-à-dire qui peuvent contribuer à la décision judiciaire⁽¹⁷⁾.

10. La deuxième est que seuls les faits contestés doivent être prouvés. En règle, les faits qui ne sont pas discutés, parfois qualifiés de faits constants⁽¹⁸⁾, n'ont pas à être établis par la partie sur laquelle repose la charge de la preuve⁽¹⁹⁾, dont le champ est ainsi bien moins vaste que celui de la charge de l'allégation⁽²⁰⁾.

Si ce principe, plusieurs fois affirmé par la Cour de cassation⁽²¹⁾, paraît simple et de nature à alléger considérablement la tâche du demandeur, il peut néanmoins susciter certaines questions.

Tout d'abord celle de savoir quelle contestation est requise et si une clause de style ou une dénégation purement formelle peuvent suffire à obliger la partie qui a la charge de la preuve à établir tous les faits qu'elle allègue. D'aucuns estiment que tel n'est pas le cas et que la contestation doit revêtir un caractère suffisamment précis et circonstancié pour avoir cet effet⁽²²⁾.

D'autre part, la valeur juridique précise du silence qui est opposé à une allégation peut être discutée⁽²³⁾. Il est à cet égard traditionnellement considéré et jugé que le

(13) N. VERHEYDEN, *Droit de la preuve*, Larquier, 1991, p. 317 ; Cass., 20 avril 1961, *Pas.*, 1961, p. 889 ; Cass., 14 février 1986, *Pas.*, 1986, p. 737 ; Cass., 17 juin 2005, n° C.03.0608.N, *juridat.be* ; Cass., 24 juin 1999, *Pas.*, 1999, I, p. 394.

(14) P. VAN OMMESLAGHE, *op. cit.*, n° 1635-1636.

(15) Cass., 9 octobre 1980, *Pas.*, 1981, I, p. 159, *R.C.J.B.*, 1982 p. 8 et note F. RIGAUX « La scission du fait et du droit et la distinction entre le droit interne et le droit étranger » ; Cass., 3 décembre 1990, *Pas.*, 1991, p. 329 ; Cass., 18 juin 1993, *R.G.A.R.*, 1994, n° 12.366 ; Cass., 13 mai 1996, *Pas.*, 1996, I, p. 170. P. VAN OMMESLAGHE, « Examen de jurisprudence (1974-1982) – Les obligations », *R.C.J.B.*, 1988, p. 147.

(16) Ce texte dispose que « Le contenu du droit étranger désigné par la présente loi est établi par le juge ». Sur l'élaboration de ce texte, voy. P. VAN OMMESLAGHE, *op. cit.*, n° 1641.

(17) S. STIJNS, *op. cit.*, p. 160 ; D. MOUGENOT, *La preuve, op. cit.*, p. 85.

(18) S. BRABANT, *Le fardeau de la preuve en droit belge*, Association belge des experts judiciaires, 1994, p. 13.

(19) P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, Tome III, Bruylant, 2010, n° 1624.

(20) Voy. T. AFSCHRIFT, *op. cit.*, p. 34.

(21) Cass., 18 avril 2008, *Pas.*, 2008, I, p. 936 : « *Seuls les faits contestés doivent être prouvés* » ; voy aussi Cass., 10 mai 2001, *Pas.*, 2001, I, p. 807.

(22) S. GILSON et K. ROSIER, *op. cit.*, p. 186.

(23) voy. G. DE LEVAL, « Les techniques d'approche de la vérité judiciaire en matière civile » in G. DE LEVAL (dir.), *La preuve et la difficile quête de la vérité judiciaire*, CUP-Anthémis, 2011, p. 34 et les références citées.

silence ne peut à lui seul avoir la valeur d'un aveu, avec toutes les conséquences qui s'y attachent et spécialement son caractère irrévocable. Il ne peut en aller ainsi qu'en vertu d'une disposition légale expresse ou lorsque le silence est entouré de circonstances particulières qui lui donnent les caractéristiques d'un aveu tacite⁽²⁴⁾. En réalité, l'absence de contestation d'une allégation doit normalement s'analyser en une simple présomption de l'homme dont le juge apprécie la valeur probante et qui ne s'impose pas à lui⁽²⁵⁾.

Enfin, il est tout aussi traditionnellement enseigné que la règle selon laquelle le défaut de contestation d'un fait vaut dispense de sa preuve pour celui qui l'allègue s'efface dans les matières qui relèvent de l'ordre public⁽²⁶⁾. Cette solution est logique. Dès lors que la dispense volontaire de preuve qu'est l'aveu y est prohibée, cette interdiction doit valoir à plus forte raison à l'égard d'une restriction non intentionnelle de la matière litigieuse. Cette précision n'est évidemment pas sans importance en sécurité sociale.

On le voit, l'énoncé selon lequel la partie qui a la charge de la preuve bénéficierait sans réserve d'une dispense d'établir les faits non remis en cause par son adversaire, cette absence de contestation étant en quelque sorte une délimitation implicite de la matière litigieuse qui s'impose au juge, doit être notablement nuancé, et même écarté en droit de la sécurité sociale.

11. À l'inverse enfin, tous les faits contestés doivent être prouvés et de simples allégations ne peuvent suffire à la partie qui a la charge de la preuve pour établir sa prétention⁽²⁷⁾.

La règle vaut également pour les faits négatifs. Même si certains d'entre eux peuvent être particulièrement délicats à établir⁽²⁸⁾, la Cour de cassation a toujours refusé de considérer qu'ils pouvaient faire l'objet d'une dispense de preuve. Elle admet seule-

(24) Cass., 1^{er} mars 1973, *Pas.*, 1973, I, p. 612 : « En matière civile, le silence d'une partie sur un fait allégué en justice par la partie adverse ne peut, sauf disposition légale particulière, constituer un aveu que s'il est accompagné de circonstances lui conférant ce caractère » ; voy. aussi dans le même sens : Cass., 2 décembre 1971, *Pas.*, 1972, I, p. 323 ; Cass., 18 septembre 1964, *Pas.*, 1964, I, p. 61 ; Cass., 24 mai 1965, *Pas.*, 1965, I, p. 1024 ; Cass., 25 octobre 1979, *Pas.*, 1980, I, p. 265 ; P. VAN OMMESLAGHE, *op. cit.*, n° 1654.

(25) D. MOUGENOT, *La preuve, op. cit.*, p. 80 ; P. VAN OMMESLAGHE, *op. cit.*, n° 1654 ; P. VAN OMMESLAGHE, « Examen de jurisprudence (1974-1982) – Les obligations », *R.C.J.B.*, 1988, p. 154.

(26) T. AFSCHRIFT, *op. cit.*, p. 39.

(27) Cass., 11 mars 1987, *Pas.*, I, 1987, p. 283 : « viole les règles relatives aux modes de preuve en matière civile, le juge pénal qui, pour déclarer fondée l'action civile exercée par la partie lésée contre l'assureur du prévenu, considère que la preuve du remplacement du véhicule désigné, dans les conditions prévues par la police d'assurance, est apportée par la seule allégation du prévenu, sur qui repose, selon le juge, la charge de la preuve » ; Cass., 5 mars 1999, *Pas.*, 1999, I, p. 133 : « Attendu qu'en règle, la simple allégation d'un fait par une partie à la cause ne peut établir l'existence d'un fait » ; voy. encore Cass., 14 novembre 1988, *J.T.T.*, 1989, p. 80 ; Cass., 3 mars 1978, *Pas.*, 1978, I, p. 759.

(28) Il est au contraire des faits négatifs très aisés à établir. Ainsi la démonstration de l'absence d'une personne en un lieu et un moment donnés peut aisément être faite par la preuve de sa présence, à ce même moment, en un autre lieu.

ment que leur démonstration peut être appréciée avec une rigueur moindre que celle exigée en ce qui concerne les faits positifs⁽²⁹⁾.

Par contre, les faits notoires ou d'expérience commune, compte tenu de leur caractère d'évidence, échappent à l'obligation d'être démontrés⁽³⁰⁾, tout comme ils peuvent être soustraits à la contradiction des parties⁽³¹⁾. Ces faits notoires ou d'expérience commune sont ceux qu'une personne normale connaît ou qui peuvent être connus par chacun sans recherche particulière⁽³²⁾.

II. LES TRAITES PRINCIPAUX DU CONTENTIEUX DE LA SÉCURITÉ SOCIALE

12. Le contentieux de la sécurité sociale est largement marqué tant par la nature du droit de la sécurité sociale lui-même que par les spécificités des juridictions judiciaires auxquelles il est confié.

Ces sont les aspects les plus visibles de ses spécificités qu'on rappellera ici, renvoyant pour le surplus à des contributions doctrinales plus approfondies⁽³³⁾. On exposera ensuite brièvement comment ces caractéristiques du contentieux judiciaire de la sécurité sociale permettent de le diviser en trois grandes catégories de litiges, spécialement du point de vue des pouvoirs du juge.

A. UN CONTENTIEUX AVEC L'ADMINISTRATION

13. Le droit de la sécurité sociale est un droit de nature publique ou administrative. Il ne met en effet pas en contact des citoyens entre eux. Il met en relation des institutions de sécurité sociale qui sont des services publics, au moins de manière fonctionnelle, avec des personnes privées, assurés sociaux, employeurs ou travailleurs indé-

(29) Cass., 16 décembre 2004, *Pas.*, 2004, I, p. 2022 : « Le juge peut, certes, considérer que la preuve d'un fait négatif ne doit pas être apportée avec la même rigueur que celle d'un fait affirmatif, mais il ne peut dispenser de cette preuve la partie demanderesse et imposer à la partie adverse la preuve du fait positif contraire » ; Cass., 27 février 1958, *Pas.*, 1958, I, 712.

(30) L. SIMONT, « La charge de la preuve. Jurisprudence récente de la Cour de cassation » in P.A. FORIERS (coord.), *Actualités du droit des obligations*, Bruylant, 2005, p. 23 ; voy aussi P. VAN OMMESLAGHE, *op. cit.*, n° 1646 ; S. STIJNS, *op. cit.*, p. 159.

(31) Cass., 28 septembre 2005, *R.D.J.P.*, 2005, p. 298.

(32) K. WAGNER, *op. cit.*, p. 162. On renvoie par ailleurs à la doctrine précitée de L. SIMONT et P. VAN OMMESLAGHE pour une énumération de considérations ayant été jugées par la Cour de cassation comme constitutives de faits notoires ou de règles d'expérience commune, ou s'étant au contraire vu refuser cette qualification.

(33) M. DELANGE, « Les pouvoirs du juge dans le droit de la sécurité sociale ... » in *Questions de droit social*, CUP, vol 56, septembre 2002, p. 7 ; J. PUT, « Rechterlijk toezicht op sociale zekerheidsbeslissingen » in *Het Handvest van de sociaal verzerkerde en bestuurlijke vernieuwing in de sociale zekerheid*, die Keure, p. 327 ; T. WERQUIN, « Étendue et limites des pouvoirs du juge dans le contentieux de la sécurité sociale », *J.T.T.*, 1993, p. 337 ; P. GOSSERIES, « Contentieux de la sécurité sociale : compétence d'attribution et saisine des juridictions du travail », *J.T.T.*, 1981, p. 291 ; I. MATHY, « Étendue des pouvoirs du juge à l'égard des décisions prises par une autorité administrative en matière de sécurité sociale », *J.L.M.B.*, 2005, p. 329 ; J.F. NEVEN et H. MORMONT, « Les pouvoirs du juge dans le contentieux de la sécurité sociale » in S. GILSON et M. WESTRADE (dir.), *Le contentieux de la sécurité sociale*, Anthémis, 2012, p. 417.

pendants⁽³⁴⁾. En ce sens, il relève du droit public, régissant les rapports entre l'État ou ses démembrements et les citoyens.

Il en découle de très nombreuses conséquences en termes de droit matériel, qui ne font pas l'objet de cette étude. Il en va ainsi de l'obligation de motivation formelle des décisions⁽³⁵⁾, des obligations de publicité et de transparence ou encore de respect des principes de bonne administration⁽³⁶⁾.

14. Le contentieux de la sécurité sociale met évidemment aux prises les mêmes interlocuteurs, administration d'un côté, administrés de l'autre. Il est, très largement, un contentieux consistant dans la contestation de décisions administratives ou, à tout le moins, s'ouvrant par la contestation de telles décisions ou de leur absence⁽³⁷⁾.

En ce sens, le contentieux de la sécurité sociale est un contentieux administratif⁽³⁸⁾.

15. Il en découle plusieurs conséquences.

La première est une forme assez nette d'inégalité de fait entre les parties. D'une part, l'administration, dotée de moyens importants, spécialisée dans l'application de la loi ou de la réglementation en litige, disposant du privilège du préalable⁽³⁹⁾ et en possession d'un dossier administratif ayant donné lieu à sa décision contestée. D'autre part, l'administré qui ne dispose d'aucun de ces avantages. C'est le constat de cette inégalité de moyens et d'information qui est pour une large part à l'origine de l'institution des auditorats du travail, sur lesquels on reviendra.

La seconde est l'apparence, très largement trompeuse, selon laquelle le contentieux de la sécurité sociale serait un contentieux objectif, c'est-à-dire un procès fait à un acte administratif et centré sur la validité ou la régularité de cet acte.

(34) Voy. C. BEDORET, « L'autorité de chose décidée en droit de la sécurité sociale ou quand la montagne accouche d'une souris », *R.D.S.*, 2010, p. 112.

(35) S. GILSON, « La motivation des actes administratifs en droit social » in P. JADOUL et S. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *La motivation formelle des actes administratifs*, La Chartre, 2005, p. 267 ; L. VERBRUGGEN et M. DE GHELLINCK-MEESTER, « La motivation formelle des actes administratifs. Etude de la jurisprudence », *R.B.S.S.*, 1996, p. 93.

(36) Voy. par ex. P. JOASSART, « De la nature administrative des décisions de l'O.N.S.S. et de ses conséquences » in J.F. NEVEN et S. GILSON (dir.), *La sécurité sociale des travailleurs salariés*, Larcier, 2010, p. 481 ; J.F. NEVEN et D. DE ROY, « Principes de bonne administration et responsabilités de l'O.N.S.S. », in J.F. NEVEN et S. GILSON (dir.), *La sécurité sociale des travailleurs salariés*, Larcier, 2010, p. 507.

(37) M. DELANGE, *op. cit.*, p. 21.

(38) À l'inverse, le contentieux dont il est question n'est pas administratif dans le sens où ce terme signifie confié à l'administration, au pouvoir exécutif ou à des juridictions administratives par opposition au contentieux judiciaire confié aux cours et tribunaux.

(39) Il n'est pas question ici, ni lorsqu'on évoquera à nouveau ce concept, d'épuiser la question de la définition de cette notion et des controverses qu'elle soulève. On relève uniquement qu'on désigne habituellement sous ce vocable la présomption de conformité au droit attachée à la décision de l'administration, avant toute vérification par une juridiction (voy. C. BEDORET, *op. cit.*, p. 119 et les références citées et P. GOFFAUX, *L'inexistence des privilèges de l'administration et le pouvoir d'exécution forcée*, Bruylant, 2002, p. 130), même si pour d'autres il faut davantage avoir égard à la possibilité pour l'administration d'imposer à autrui des obligations ou de recourir à l'exécution forcée (voy. M. NIHOUL, *Les privilèges du préalable et de l'exécution d'office*, la Chartre, 2002, p. 741).

B. UN CONTENTIEUX PORTANT (TRÈS GÉNÉRALEMENT) SUR DES DROITS SUBJECTIFS

16. Bien au contraire, il est désormais bien acquis que le droit de la sécurité sociale consacre, spécialement en faveur des assurés sociaux, de très nombreux droits subjectifs ou droits-créances⁽⁴⁰⁾.

Même si des hésitations ont existé à cet égard et que leur reconnaissance a été tardive⁽⁴¹⁾, il s'agit de droits politiques au sens de l'article 145 de la Constitution⁽⁴²⁾, ceux « de bénéficiaire, en tant que citoyen ou administré, de la distribution des services que la puissance publique procure au titre de droit aux citoyens »⁽⁴³⁾.

Les actes administratifs pris en application des dispositions énonçant des droits subjectifs ne sont donc pas constitutifs mais seulement déclaratifs de ces droits⁽⁴⁴⁾.

17. Le contentieux concernant l'application de ces dispositions est donc lui aussi un contentieux subjectif, portant sur des droits, se distanciant donc du contentieux objectif de l'annulation des actes administratifs⁽⁴⁵⁾.

Le droit subjectif concerné par ce type de litiges est le droit à la prestation sociale, c'est-à-dire la somme d'argent ou l'avantage en lequel elle consiste⁽⁴⁶⁾ pour la période sur laquelle l'institution a statué ou aurait dû le faire⁽⁴⁷⁾.

(40) T. WERQUIN, *op. cit.*, p. 337 ; A. MAST, « Les droits administratifs subjectifs existent-ils en droit public belge ? Nature du droit aux allocations de chômage. La définition du droit civil par le juge est-elle utile et possible ? », note sous Cass., 21 décembre 1956, *R.C.J.B.*, 1957, p. 169. Ce dernier auteur indique que reconnaître le caractère de droit subjectif à une prestation sociale, en l'espèce les allocations de chômage, « telle est d'abord l'impérieuse exigence de la solidarité sociale telle que nous la concevons aujourd'hui. (...) En versant des allocations de chômage à ceux qui ont cotisé pour les toucher, l'État n'accorde pas une faveur qu'il pourrait, selon son bon plaisir, ne pas leur accorder ».

(41) M. LEROY, *Contentieux administratif*, 5^{ème} éd., Anthémis, 2011, p. 77 et les références citées ; W. GANSHOF VAN DER MEERSCH, « Existe-t-il des droits administratifs et sociaux distincts des droits politiques et dépourvus de garanties constitutionnelles ? », conclusions avant Cass., 21 décembre 1956, *J.T.*, 1957, p. 49 ; A. MAST, *op. cit.*, p. 168 ; P. WIGNY, « Droits administratifs subjectifs – À propos de l'arrêt de la Cour de cassation du 21 décembre 1956 », *J.T.*, 1957, p. 361.

(42) Cass., 21 décembre 1956, *Pas.*, 1957, I, p. 430 ; J.F. NEVEN et H. MORMONT, *op. cit.*, n° 10 ; P. DE KOSTER et G. LADRIÈRE, « Pouvoir de l'administration et pouvoir judiciaire : accroissement du pouvoir de sanction de l'administration en droit social et la rôle résiduaire dévolu *a posteriori* au pouvoir judiciaire », *J.T.T.*, 1999, p. 66 ; T. WERQUIN, *op. cit.*, p. 337. Au regard de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme par contre, il s'agit de contestations qui portent sur des droits obligations à caractère civil (voy. J.F. NEVEN et H. MORMONT, *op. cit.*, n° 11 ; P. DE KOSTER et G. LADRIÈRE, *op. cit.*, p. 66).

(43) W. GANSHOF VAN DER MEERSCH, *Recueil de jurisprudence du droit administratif et du Conseil d'État*, 1957, p. 86.

(44) P.P. VAN GEHUCHTEN et S. GILSON, « Les sanctions administratives en droit social » in R. ANDERSEN, D. DEOM et D. RENDERS (dir.), *Les sanctions administratives*, Bruylant, 2007, p. 441.

(45) Voy. M. LEROY, *op. cit.*, p. 78 ; C. CAMBIER, *Droit judiciaire civil*, tome II, La compétence, Larcier, 1981, p. 626.

(46) M. DELANGE, « Les pouvoirs du juge dans le droit de la sécurité sociale ... » in *Questions de droit social*, CUP, vol 56, septembre 2002, p. 31.

(47) C'est ainsi que la Cour de cassation a pu indiquer, en matière de chômage : « lorsque le chômeur conteste (une) décision administrative, il naît un litige entre l'ONEm et le chômeur sur le droit à l'allocation de chômage ; le jugement de ce litige relève de la compétence du tribunal du travail (...) ; le tribunal

18. Il existe néanmoins, on le verra, un certain nombre de compétences administratives en sécurité sociale qui conservent un caractère discrétionnaire, en sorte que leur contestation reste quant à elle de nature objective et détachée de l'existence d'un droit subjectif.

19. Par ailleurs, le contentieux de la sécurité sociale est, pour une très large part et il s'agit de la seule à laquelle on aura égard, confié depuis 1970 à des juridictions judiciaires, appliquant les règles de la procédure civile, et non à des juridictions administratives spécialisées comme c'était le cas précédemment et comme l'autorisait le caractère politique plutôt que civil des droits en cause⁽⁴⁸⁾.

Cette attribution renforce encore certainement le caractère subjectif de ce contentieux, que les anciennes commissions administratives négligeaient peut-être. Il convient cependant de préciser que cette attribution aux juridictions sociales englobe désormais également la part de ce contentieux qui a un caractère objectif plutôt que subjectif⁽⁴⁹⁾.

20. On verra que ce caractère mixte ou hybride⁽⁵⁰⁾ du contentieux de la sécurité sociale n'est pas sans répercussion sur la problématique de la preuve et que les solutions qui se dégagent en la matière empruntent aux deux registres, administratif sous certains aspects, plus strictement privatif (judiciaire, civiliste) par ailleurs.

C. UN CONTENTIEUX D'ORDRE PUBLIC

21. La plupart des dispositions de sécurité sociale relève de l'ordre public, c'est-à-dire que ces règles, selon la définition de De Page⁽⁵¹⁾, « touchent aux intérêts essentiels de l'État ou de la collectivité, ou fixent, dans le droit privé, les bases juridiques

du travail exerce un contrôle de pleine juridiction sur la décision du directeur; moyennant le respect des droits de la défense et dans le cadre de l'instance, tel qu'il est fixé par les parties, tout ce qui est soumis au pouvoir d'appréciation du directeur, est soumis au contrôle du tribunal du travail; il appartient au juge de contrôler la légalité de la décision attaquée, ce qui lui permet d'apprécier les faits et de statuer sur le droit du chômeur » (Cass., 24 janvier 2000, *Pas.*, p. 185 ; Cass., 2 février 1998, *Pas.*, 1998, I, p. 152 ; voy. aussi en matière de minimex : Cass., 27 septembre 1999, *J.T.T.*, p. 419).

(48) Voy. C. VAN REEPINGHEN, *Rapport sur la réforme judiciaire*, Éd. du Moniteur belge, 1964, p. 93 et les considérations très critiques qu'il émettait sur le système juridictionnel alors en vigueur.

(49) Sur le fait que la compétence administrative, bien que de nature discrétionnaire, ne fasse pas obstacle à l'attribution de compétence au pouvoir judiciaire, voy. Cass., 30 mai 2011, *Chr.D.S.*, p. 323 : « *La circonstance que la décision contestée relève du pouvoir discrétionnaire d'appréciation de l'Office national de sécurité sociale n'affecte ni l'attribution de la contestation aux cours et tribunaux ni la compétence, au sein de ces juridictions, du tribunal du travail. La question de l'étendue du contrôle qu'exerce le juge est pour le surplus étrangère à la détermination de sa compétence* » ; voy. aussi Cass., 8 mars 2013, R.G. C.12.0408.N, *juridat.be.* ; Sur la possibilité de confier des recours objectifs aux juridictions judiciaires, voy. M. LEROY, *op. cit.*, p. 82 et les exemples cités.

(50) Avec des conséquences paradoxales comme celle que met en évidence P. JOASSART en montrant que c'est le droit de la responsabilité civile qui peut *in fine* parfois être le meilleur garant du respect de règles strictement administratives (P. JOASSART, *op. cit.*, p. 503) ; voy. aussi J.F. NEVEN et D. DE ROY, « Principes de bonne administration et responsabilités de l'O.N.S.S. », in J.F. NEVEN et S. GILSON (dir.), *La sécurité sociale des travailleurs salariés*, Larcier, 2010, p. 507.

(51) H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil*, tome I, 3^{ème} éd., n° 91 ; voy. aussi Cass., 9 décembre 1948, *Pas.*, 1948, p. 699 ; Cass., 15 mars 1968, *Pas.*, 1968, p. 885 ; Cass., 10 novembre 1978, *Pas.*, 1979, p. 309.

fondamentales sur lesquelles repose l'ordre économique ou moral d'une société déterminée ».

Dans la mesure où le propre de l'ordre public est d'être soustrait à la volonté des parties, les conventions en la matière sont en principe inopérantes. Sont ainsi notamment prohibés l'acquiescement⁽⁵²⁾, la transaction ou le désistement d'action⁽⁵³⁾, de même, on y reviendra, que l'aveu⁽⁵⁴⁾.

C'est également en raison du caractère d'ordre public de la sécurité sociale que le juge ne dispose pas de la faculté de prononcer un jugement d'accord⁽⁵⁵⁾.

D. LA CLASSIFICATION TRIPARTITE DES LITIGES DE SÉCURITÉ SOCIALE⁽⁵⁶⁾

22. Dans le contentieux de la sécurité sociale, la problématique des pouvoirs du juge fait traditionnellement l'objet d'une division fondamentale, fondée sur le type de compétence, liée ou discrétionnaire, exercée par l'administration.

En résumant de manière importante, on peut retenir que lorsque l'administration n'a pas de pouvoir de décision propre mais ne fait que reconnaître, ou refuser de reconnaître, un droit subjectif, c'est-à-dire une « obligation juridique précise qu'une règle de droit objectif met directement à charge d'un tiers et à l'exécution de laquelle le demandeur a un intérêt propre »⁽⁵⁷⁾ ou encore un « avantage subordonné à des conditions objectives formulées d'une manière telle qu'elles ne laissent aucun pouvoir d'appréciation à l'autorité »⁽⁵⁸⁾, il est question d'une compétence liée.

À l'inverse, lorsque l'administré ne peut se prévaloir d'une telle obligation précise et directe en sa faveur mais que c'est la décision de l'administration qui crée le droit ou qui limite un droit existant en faisant usage de la marge d'appréciation en opportunité qui lui est laissée par la loi, il est question d'une compétence discrétionnaire.

On peut raffiner cette typologie en indiquant que certaines analyses privilégient une classification tripartite entre compétence liée, liberté d'interprétation et liberté d'ap-

(52) Cass., 27 novembre 2000, *Pas.*, 2000, p. 1811 ; Cass., 28 janvier 1999, *Pas.*, 1999, p. 100 ; Cass., 19 octobre 1987, *Pas.*, 1988, p. 188 ; Cass., 30 décembre 1985, *Pas.*, 1986, p. 535 ; G. DE LEVAL, *Éléments de procédure civile*, Larcier, 2003, n° 194 B ; A. FETTWEISS, *Manuel de procédure civile*, Éd. de la Faculté de droit de Liège, 1985, p. 474. Spécialement en matière d'aide sociale : C. trav. Anvers, 15 mars 2006, R.G. 2050632, inéd.

(53) Article 823, alinéa 1^{er} du Code judiciaire ; A. FETTWEISS, *op. cit.*, p. 458.

(54) Cass., 13 novembre 2000, *Pas.*, 2000, p. 1737 ; Cass., 14 mai 1979, *Pas.*, p. 1077.

(55) C. trav. Bruxelles, 15 mars 2010, *J.T.T.*, 2010, p. 200 : l'indemnisation d'un accident du travail ne peut se faire par le biais d'un jugement d'accord.

(56) Les paragraphes qui suivent sont, pour une large part, repris de la publication suivante : J.F. NEVEN et H. MORMONT, « Les pouvoirs du juge dans le contentieux de la sécurité sociale » in S. GILSON et M. WESTRADE (dir.), *Le contentieux du droit de la sécurité sociale*, Anthémis, 2012, n° 12 et suivants.

(57) Cass., 10 mars 1994, *J.T.*, p. 419 ; également Cass., 20 décembre 2007, C.06.0574.F, *juridat* ; voy. aussi M. DELANGE, « Les pouvoirs du juge dans le contentieux du chômage, suivant le principe de la séparation des pouvoirs », *J.T.T.*, 1998, p. 178 et les très nombreuses références citées.

(58) B. BLERO, « Les droits subjectifs, les droits civils et les droits politiques dans la Constitution », *A.P.T.*, 1997, p. 236 et les très nombreuses références citées ; S. LUST, *Raad van State – Rechtsherstel door de Raad van State*, die Keure, 2000, p. 210.

préciation ⁽⁵⁹⁾. La catégorie supplémentaire intermédiaire vise les hypothèses dans lesquelles l'administration dispose d'une marge d'interprétation mais qui reste insuffisante pour parler de liberté d'appréciation ou de pouvoir discrétionnaire. Le même régime juridique est cependant applicable aux décisions relevant de la liberté d'interprétation qu'à celles relevant de la compétence liée ⁽⁶⁰⁾, en sorte que cette catégorie additionnelle revient en réalité à prendre acte du fait que le droit subjectif peut exister même lorsque la règle comporte un caractère vague ou une certaine imprécision.

23. En droit de la sécurité sociale, la règle est par ailleurs celle de la compétence liée, en ce compris la liberté d'appréciation. La compétence discrétionnaire est l'exception ⁽⁶¹⁾.

C'est ainsi que le recours à des notions fort générales (comme par exemple, celle de « dignité humaine ») n'exclut pas que la compétence soit liée ⁽⁶²⁾. De même, le caractère exceptionnel de la prestation ne signifie pas nécessairement que la compétence est discrétionnaire ⁽⁶³⁾ ⁽⁶⁴⁾. Enfin, de ce que la réglementation prévoit que l'institution peut (mais ne doit donc pas) prendre une décision dans un sens déterminé, il ne découle pas nécessairement que sa compétence est discrétionnaire ⁽⁶⁵⁾.

24. Du point de vue des pouvoirs du juge, les conséquences suivantes sont classiquement déduites de la distinction évoquée ci-dessus.

(59) J. PUT, « Rechterlijk toezicht... », *op. cit.*, p. 344 ; J. PUT, *Administratieve sancties ...*, *op. cit.*, p. 492 ; I. MATHY, *op. cit.*, p. 329.

(60) M. DELANGE, « Les pouvoirs du juge dans le droit de la sécurité sociale », *op. cit.*, p. 77.

(61) Voy. par ex. Cass., 27 septembre 1999, *Pas.*, 486, *Chr.D.S.*, 2000, 168 et, en chômage, Cass., 2 février 1998, *Pas.*, p. 152.

(62) Voy. Cass., 27 juin 2005, S.040187.N : en matière d'aide sociale, « *le juge exerce sur la décision du C.P.A.S. un contrôle de pleine juridiction qui lui permet d'apprécier les faits et de statuer sur le droit à l'aide sociale* ». Il s'en suit que « *même si elle avait annulé les décisions du C.P.A.S. pour non-respect de la motivation formelle, la cour du travail devait statuer sur les droits du demandeur découlant de la législation en matière (...) d'aide sociale* ».

(63) Voy. à propos de l'article 25 de la loi coordonnée du 14 juillet 1994 relative à l'assurance soins de santé qui prévoit que le Fonds spécial de solidarité accorde, dans la limite de ses moyens financiers et sur décision du Collège des médecins directeurs, des interventions dans le coût des prestations de soins pour lesquelles aucune intervention n'est prévue par la réglementation belge ou étrangère. Cass., 13 sept. 2004, *Chr. D. S.*, 2006, p. 8.

(64) Voy. aussi les conclusions du Procureur-général DUMON précédant un arrêt du 29 janvier 1981 (Cass., 29 janv. 1981, *Pas.*, p. 565 et concl. M.P., p. 574). Le juge qui constate que la décision du Comité de gestion de l'ONEm refusant le droit à des allocations de chômage au travailleur dont le chômage est la conséquence directe ou indirecte d'une grève (voy. actuellement article 73, alinéas 2 et 3 de l'arrêté royal du 25 novembre 1991) est illégale, doit statuer lui-même sur cet octroi.

(65) Cass., 17 mai 1978, *Pas.*, 1978, p. 1052 ; Voy. aussi M. DELANGE, « Les pouvoirs du juge ... », *CUP*, 2002, p. 92, n° 119 et s.

Lorsque le pouvoir de l'administration est lié ou relève de la seule liberté d'interprétation, le juge exerce un pouvoir de pleine juridiction, en ce compris de substitution^{(66) (67)}.

Ce contrôle se caractérise par l'obligation pour le juge de statuer sur le droit subjectif en cause non seulement en vérifiant la légalité de la décision administrative sous l'angle des griefs que lui adresse le demandeur, mais en examinant l'ensemble des conditions de ce droit durant la période dont il est saisi, y compris celles de ces conditions qui n'auraient pas été abordées par l'administration dans la décision attaquée⁽⁶⁸⁾.

Pour ce faire, le juge exerce un contrôle complet, et non marginal. Il a l'obligation, si nécessaire, de requalifier les faits qui lui sont soumis⁽⁶⁹⁾. Enfin, et surtout, le juge doit, en cas d'annulation de la décision, se substituer à l'administration⁽⁷⁰⁾. Les seules limites à ce contrôle de pleine juridiction avec substitution sont, comme le rappelle la Cour de cassation, les droits de la défense, qui constituent une limite essentiellement procédurale, et le principe dispositif.

Si par contre l'administration dispose d'un pouvoir discrétionnaire, les pouvoirs du juge sont plus réduits. Sous peine de porter atteinte à la séparation des pouvoirs, l'action du juge ne peut priver l'administration de son pouvoir d'appréciation et se limite donc à un contrôle « de légalité »⁽⁷¹⁾. Il peut en pareille hypothèse annuler une décision administrative dont il constate l'illégalité, mais ne peut en principe se substituer à l'administration pour remplacer la décision qu'il annule⁽⁷²⁾. Ce contrôle de légalité ne doit, pour autant, pas être sous-estimé⁽⁷³⁾. Il porte tant sur la légalité externe de l'acte, c'est-à-dire la compétence de son auteur et le respect des formes substantielles ou prescrites à peine de nullité⁽⁷⁴⁾, que sur sa légalité interne, c'est-à-dire sur l'éventuel détournement de pouvoir ou les erreurs de droit et de fait⁽⁷⁵⁾.

(66) Il convient d'être attentif au fait que les termes « pleine juridiction » sont relativement ambigus. C'est notamment le cas parce que le contrôle de légalité applicable aux décisions qui relèvent d'un pouvoir discrétionnaire peut aussi être considéré comme un contentieux de pleine juridiction, en ce qu'il porte tant sur le droit que sur le fait, alors qu'il n'autorise aucun pouvoir de substitution (voy. infra ce qui est dit en matière de sanctions). C'est pour cette raison qu'on y accolera les mots « avec substitution » lorsqu'il est question de la pleine juridiction en son sens le plus large.

(67) Cass., 27 septembre 1999, *Chr.D.S.*, 2000, p. 168 ; Cass., 2 février 1998, *Chr.D.S.*, 1998, p. 172, note J. PUT ; Cass., 15 mars 1999, *Pas.*, p. 393 ; Cass., 28 juin 1999, *Pas.*, p. 1004.

(68) P. GOSSERIES, « La saisine du juge ... », *J.T.T.*, 1992, p. 353.

(69) Cass., 18 juin 1984, *Pas.*, p. 1271 ; C. trav. Anvers, 2 février 1998, *J.T.T.*, 1998, p. 450 ; M. DELANGE, « Les pouvoirs du juge... », *CUP*, 2002, p. 82 ; P. GOSSERIES, *op. cit.*, p. 354.

(70) Cass., 26 février 1975, *Pas.*, p. 665 ; Cass., 18 juin 1984, *Pas.*, p. 1271 ; Cass., 13 mars 2000, *Pas.*, p. 562.

(71) M. DELANGE, « Les pouvoirs du juge... », *CUP*, 2002, p. 83 et les références citées ; S. LUST, *op. cit.*, p. 163.

(72) Cass., 10 juin 1996, *Pas.*, p. 6 ; Cass., 2 février 1998, *Chr.D.S.*, 1998, p. 172 ; Cass., 24 janvier 2000, *Pas.*, p. 85 ; C. trav. Bruxelles, 29 septembre 1999, *J.T.T.*, 2000, p. 174.

(73) On relèvera que ce contrôle est en principe identique qu'il soit exercé par le Conseil d'État ou par les juridictions judiciaires. La Cour constitutionnelle est d'avis qu'il doit encore être étendu lorsqu'il porte sur des sanctions administratives ; voy. M. DELANGE, « Les pouvoirs du juge ... », *J.T.T.*, 1990, p. 179 ; M. DELANGE, « Les pouvoirs du juge... », *CUP*, 2002, p. 87 ; I. MATHY, *op. cit.*, p. 331.

(74) Dont notamment le respect de la loi du 29 juillet 1991 sur la motivation formelle des actes administratifs.

(75) C'est en ce sens que ce contrôle peut également être qualifié de pleine juridiction.

25. Relèvent de l'exercice d'une compétence liée, et de la reconnaissance de droits subjectifs, les décisions d'octroi d'une prestation sociale, de refus, de retrait ou de révision ⁽⁷⁶⁾. Les décisions de récupération d'indu mettent également en œuvre une compétence liée.

Il en va de même des décisions d'assujettissement et de désassujettissement à l'un des régimes de sécurité sociale, en ce qu'elles ont pour conséquence d'ouvrir des droits aux prestations ⁽⁷⁷⁾.

26. Par contre, procèdent d'une compétence discrétionnaire et ne donnent lieu qu'à un contrôle objectif de légalité les décisions statuant sur les demandes de renonciation à récupérer l'indu pour des motifs énoncés en faveur de l'assuré social ⁽⁷⁸⁾, les décisions de renonciation aux sanctions civiles à charge des débiteurs de cotisations ⁽⁷⁹⁾ ou, nous semble-t-il, de dispense des cotisations des travailleurs indépendants ⁽⁸⁰⁾. Il en va encore ainsi des décisions statuant sur les demandes de dérogation individuelle à des conditions d'octroi de prestations sociales ⁽⁸¹⁾.

27. Enfin, outre les décisions relevant des compétences discrétionnaire et liée qui viennent d'être énumérées, une troisième catégorie doit être signalée, qui se laisse difficilement enfermer dans cette dichotomie.

Il s'agit des décisions par lesquelles les institutions de sécurité sociale infligent des sanctions administratives aux assurés sociaux, le plus souvent sous la forme d'exclusion du droit ou de suspension du paiement des prestations, ou aux débiteurs de cotisations sociales ⁽⁸²⁾.

(76) Voy. : J.F. NEVEN et H. MORMONT, *op. cit.*, n° 15 et les références citées.

(77) Voy. notamment Cass., 27 octobre 2003, *J.T.T.*, 2004, p. 70 ; C. trav. Mons, 25 janvier 2002, *J.L.M.B.*, 2003, p. 256.

(78) La Cour constitutionnelle s'est prononcée en ce sens par quatre arrêts concernant des branches différentes de la sécurité sociale : en allocations familiales : C.C., 21 décembre 2004, n° 207/2004, *Chr.D.S.*, 2005, p. 250, *J.L.M.B.*, 2005, p. 320 et obs I. MATHY ; en allocations aux handicapés : C.C., 15 février 2006, n° 26/2006, *J.T.*, p. 289 ; en pensions : C.C., 7 juin 2007, n° 82/2007 ; en matière d'allocations d'interruption de carrière : C.C., 12 juillet 2007, n° 101/2007. Voy. aussi Cass., 17 avril 2000, C.98.0245.N, *juridat*. En revanche, lorsque le motif de renonciation à la récupération est énoncé en faveur de l'administration elle-même, la Cour admet qu'il puisse ne pas être susceptible de recours. De manière plus vaste, voy. sur ce sujet : H. MORMONT et J. MARTENS, « La révision des décisions administratives de sécurité sociale et la récupération de l'indu », *Dix ans d'application de la Charte de l'assuré social*, Waterloo, Kluwer, coll. Études pratiques de droit social, 2008/1, p. 110.

(79) C.E. (ass. gén.), 24 février 2010, *J.T.*, 2010, p. 316 et obs. H. MORMONT ; Cass. (ch. réun.), 30 mai 2011, n° C.10.0625.F et C.10.0168.N (le premier de ces arrêts a été publié aux *Chroniques de droit social*, 2011, p. 323, précédé des conclusions de l'avocat général R. MORTIER et suivi d'un commentaire de J. PUT et E. VAN GRUNDERBEEK : « De bevoegdheid van de arbeidsrechtbank voor RSZ-geschillen betreffende het afzien van bijdragenopslagen, interesten of forfaitaire vergoedinge op socialezekerheidsbijdragen »). Voy. aussi D. LAGASSE, « Unité ou diversité du contentieux administratif en matière de sécurité sociale ? » note sous Cass., 11 décembre 2006, *R.C.J.B.*, 2010, p. 37 et l'*addendum* dans le numéro 2 de 2010 de la même revue. En matière d'exonération des sanctions « CO² », voy aussi : C. const., 8 mars 2012, n° 37/2012, point B.4.2.

(80) Cass., 8 mars 2013, C.12.0408.N, *juridat.be*.

(81) Ainsi, en matière de prestations familiales garanties : Cass., 11 décembre 2006, *R.C.J.B.*, 2010, p. 24 et note D. LAGASSE.

(82) Sans prétendre à l'exhaustivité, on peut citer les mesures d'exclusion du bénéfice des allocations de chômage prévues par les articles 52 à 54 de l'arrêté royal du 25 novembre 1991 (même si la Cour

La question des pouvoirs du juge à l'égard des décisions de sanctions a déjà donné lieu à d'innombrables controverses dans les différentes branches de la sécurité sociale ⁽⁸³⁾ et même au-delà ⁽⁸⁴⁾. Il en ressort que les solutions habituellement retenues cadrent de manière nettement moins adéquate avec la distinction entre pouvoirs liés et discrétionnaires ⁽⁸⁵⁾.

En effet, s'il semble acquis que les mesures de sanction doivent faire l'objet, notamment en application de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme ⁽⁸⁶⁾, d'un contrôle de pleine juridiction, c'est surtout la question de la sanction de ce contrôle, spécialement celle du pouvoir de substitution, qui fait débat.

28. Les questions examinées par les juridictions du travail en ce qui concerne les sanctions peuvent elles-mêmes être scindées en trois catégories ⁽⁸⁷⁾.

Le premier volet du contrôle judiciaire est celui portant sur l'existence de l'infraction, tant du point de vue matériel que légal. Il s'agit en d'autres termes de la vérification de la réalité ou de la preuve des faits retenus à charge de l'assuré social ou du débiteur de cotisations et de la vérification que ces faits sont constitutifs d'une infraction.

Sur ces deux plans, le contrôle judiciaire doit être complet, tant en droit qu'en fait, c'est-à-dire de pleine juridiction ⁽⁸⁸⁾. On rappellera, en effet, qu'indépendamment de la qualification pénale de certaines sanctions, le contentieux de la sécurité sociale relève du volet civil de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. La

de cassation semble leur dénier le caractère de sanction administrative, voy. Cass., 18 février 2002, S.010138.N.) ; les sanctions prévues aux articles 153 à 159 du même arrêté royal ; les sanctions prévues en matière d'assurance soins de santé et indemnités par l'article 167quinquies de la loi coordonnée le 14 juillet 1994 ; les sanctions prévues, en matière d'intégration sociale, par l'article 30 de la loi du 26 mai 2002 ; vis-à-vis des employeurs et des débiteurs de cotisations sociales, on peut citer : les sanctions civiles (majorations des cotisations et indemnités forfaitaires) prévues par la loi du 27 juin 1969 et son arrêté d'exécution ; la « cotisation de solidarité » prévue par l'article 22quater de cette loi du 27 juin 1969 ...

(83) Spécialement en chômage : M. DUMONT, « Le *quantum* de la sanction appliquée à un chômeur, l'absence de motivation de la décision et ses conséquences sur le pouvoir du juge », *Chr.D.S.*, 1997, p. 313 ; M. DELANGE, « Les pouvoirs du juge dans le contentieux du chômage suivant le principe de la séparation des pouvoirs », *JTT*, 1998, p. 177 ; J. PUT et A. UYTENHOVE, « Scheiding der machten en de macht van de rechter ten aanzien van sanctiebeslissingen van de RVA », *Chr.D.S.*, 1998, p. 157 ; J. PUT et A. UYTENHOVE, « Administratieve sancties : geen discretionaire bevoegdheid ! », *Chr.D.S.*, 1998, p. 174, note sous Cass., 2 février 1998 ; A. SIMON, « Les sanctions dans la réglementation du chômage », *JTT*, 1999, p. 105 ; M. DELANGE, « Les mesures d'exclusion en matière de chômage après l'arrêté royal du 29 juin 2000 sur la réforme des sanctions administratives », *Chr.D.S.*, 2002, p. 471.

(84) Voy. par ex. : D. DE ROY, « Le contrôle des amendes infligées par la CBFA et les pouvoirs de la cour d'appel de Bruxelles », *R.D.C.*, 2006, p. 787 ; G. VAN HAEGENBORGH et I. BOONE, « Les sanctions administratives », *Rapport annuel 2004 de la Cour de cassation*, Bruxelles, 2005, p. 184.

(85) Voy. J. MARTENS, « La protection juridictionnelle de l'assuré social face à la sanction administrative » in *Les sanctions administratives*, Bruylant, 2007, p. 496.

(86) Voy à cet égard par ex. les arrêts rendus par la Cour d'arbitrage en matière d'amendes administratives : C.A., 18 novembre 1992, n° 72/1992, spécialement le point B.4.4 et C.A., 16 juin 2004, n° 105/2004. Dans le même sens et pour une analyse des arrêts de Strasbourg en la matière : G. VAN HAEGENBORGH et I. BOONE, *op. cit.*, p. 208 ; aussi : D. DE ROY, *op. cit.*, p. 794 et les références citées. On relève néanmoins avec ces auteurs que la notion de « pleine juridiction », au sens de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, n'implique pas nécessairement de pouvoir de substitution.

(87) D. SIMOENS, *Handboek OCMW-dienstverlening*, Brugge, die Keure, 2009, p. 723, n° 2024.

(88) *Idem*.

juridiction doit donc disposer d'une plénitude de juridiction, impliquant qu'elle « *soit compétente pour se pencher sur toutes les questions de fait et de droit pertinentes pour le litige dont elle se trouve saisie* »⁽⁸⁹⁾.

Par ailleurs, la question du pouvoir de substitution ne se pose pas ici. En cas de réformation judiciaire de la sanction, soit que les faits ne sont pas établis, soit qu'ils ne sont pas punissables, il n'y aura évidemment pas lieu à remplacement de la décision et à adoption d'une nouvelle sanction, ni par le juge ni par l'institution de sécurité sociale.

Le deuxième volet de la sanction susceptible d'être contrôlé a trait à la hauteur de la sanction⁽⁹⁰⁾.

Sur ce plan également, la jurisprudence se reconnaît habituellement un pouvoir de contrôle complet, vérifiant non seulement si la sanction est légale, c'est-à-dire comprise entre le minimum et le maximum prévus, mais également si elle est adéquate et justifiée par les faits. À cet égard, le contrôle n'est pas marginal ou limité aux cas de disproportion manifeste entre les faits et la sanction. Tout ce que l'institution aurait pu faire (comme accorder un sursis⁽⁹¹⁾ ou limiter la sanction à un avertissement) peut être fait par le juge⁽⁹²⁾.

Ainsi, en cas de réformation de la sanction, les cours et tribunaux ne procèdent pas à son annulation mais à sa réduction⁽⁹³⁾.

Le troisième aspect qui fait l'objet d'un contrôle judiciaire est celui de la régularité formelle de la décision qui inflige une sanction. Il s'agit alors de vérifier si l'ensemble des formes imposées à l'occasion de l'adoption ou la notification de la décision, et spécialement les exigences d'audition préalable et de motivation formelle, ont été respectées.

Si le principe de ce contrôle, qui porte ainsi sur le fait de la sanction et pas seulement sur sa hauteur, n'est pas contesté, ce sont les conséquences de l'annulation qui posent question. Pour la majorité de la jurisprudence⁽⁹⁴⁾ et de la doctrine⁽⁹⁵⁾, le juge doit se

(89) Voy. ci-dessus, n° 11, et dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, *Aff. Chevrol c. France*, arrêt du 13 févr. 2003, point 77 et jurisprudence citée.

(90) Soit, selon la matière concernée, la durée de l'exclusion du bénéfice de prestation, l'importance de la majoration, le montant de l'amende infligée.

(91) Cass., 10 mai 2004, S.020076.F.

(92) Cass., 14 mars 2005, S.030061.F : « *Attendu que saisies d'un recours du chômeur contre la décision du directeur du bureau de chômage qui l'exclut du bénéfice des allocations en vertu de l'article 154 de l'arrêté royal du 25 novembre 1991 portant réglementation du chômage, les juridictions du travail exercent un contrôle de pleine juridiction sur cette décision ; que, dans ce cadre, elles sont amenées à apprécier elles-mêmes l'importance de la sanction à appliquer au chômeur* ».

(93) M. DELANGE, « Les pouvoirs du juge ... », *CUP*, 2002, p. 85 et les références citées ; G. VAN HAEGENBORGH et I. BOONE, *op. cit.*, p. 239 selon lesquels la « pleine juridiction » impose ici, dans la jurisprudence de la Cour de cassation, un pouvoir de modération des sanctions.

(94) Voy. les décisions citées par J.F. NEVEN et H. MORMONT, *op. cit.*, n° 28.

(95) J. MARTENS, *op. cit.*, p. 505 et les références citées ; G. VAN HAEGENBORGH et I. BOONE, *op. cit.*, p. 241. Ces derniers se réfèrent à l'arrêt de la Cour de cassation du 17 décembre 2001 rendu en matière de chômage : Cass., 17 décembre 2001, *J.T.T.*, 2002, p. 17 ; Voy. toutefois, les observations très critiques de P. PALSTERMAN citées in J.F. NEVEN et S. GILSON, « La motivation des décisions ... », *op. cit.*, Orientations déc. 2009, p. 9, note 79.

borner à cette annulation et laisser à l'institution le choix d'adopter ou non une nouvelle sanction.

III. LA CHARGE DE LA PREUVE

A. NOTIONS GÉNÉRALES EN MATIÈRE DE CHARGE DE LA PREUVE

29. La charge de la preuve est la nécessité pour le plaideur d'établir, s'ils sont contestés, les faits dont dépend le succès de sa prétention⁽⁹⁶⁾.

30. On rappellera ici que les règles relatives à la charge de la preuve sont celles qui désignent la partie qui, faute de preuve, doit perdre son procès⁽⁹⁷⁾ : « l'incertitude ou le doute subsistant à la suite de la production d'une preuve doivent être retenus au détriment de celui qui a la charge de cette preuve »⁽⁹⁸⁾.

Ces règles interviennent donc à l'issue du débat judiciaire et désignent qui perd et gagne, si les faits restent incertains.

En ce sens, les termes de charge de la preuve sont source d'ambiguïté puisqu'il s'agit non pas de savoir quelle partie doit prouver quoi, mais exclusivement quelle partie court le risque du défaut de preuve⁽⁹⁹⁾.

31. À l'inverse, la question, qui se pose en amont, au cours du débat, de savoir quel rôle doit concrètement être assumé par les parties, ou le cas échéant par le juge, dans l'apport de preuves au débat est celle de l'administration de la preuve.

32. On pourrait penser que les deux problématiques sont strictement liées et que la partie qui supporte le risque du défaut de preuve est la seule contrainte à la production d'éléments probatoires, tandis que l'autre peut se cantonner dans une attitude strictement passive comme l'exprime l'adage *nemo tenetur edere contra se*.

En réalité, il n'en est rien.

Le Code judiciaire, par nombre de ses dispositions, et la doctrine processualiste unanime enseignent que cette vision n'a plus cours⁽¹⁰⁰⁾ en matière civile⁽¹⁰¹⁾. Désormais,

(96) G. CORNU, *op. cit.*, v° Charge.

(97) G. DE LEVAL, « Les techniques d'approche de la vérité judiciaire en matière civile » in G. DE LEVAL (dir.), *La preuve et la difficile quête de la vérité judiciaire*, CUP-Anthémis, 2011, p. 32.

(98) Cass., 17 septembre 1999, *Pas.*, 1999, I, p. 1164 ; voy aussi Cass., 20 mars 2006, C.04.0441.N, *juridat.be*.

(99) L. SIMONT, « La charge de la preuve. Jurisprudence récente de la Cour de cassation » in P.A. FORIERS (coord.), *Actualités du droit des obligations*, Bruylant, 2005, p. 23 ; H. BUYSENS, *Het bewijs in sociale zaken*, Mys & Breesch, Gent, 1999, p. 49 ; S. STIJNS, *op. cit.*, p. 162

(100) P. VAN OMMESLAGHE, *op. cit.*, n° 1651 ; G. DEMEZ, « La participation des parties à l'administration de la preuve », *R.C.J.B.*, 1976, p. 148 ; P. VAN OMMESLAGHE, « Examen de jurisprudence (1974-1982) – Les obligations », *R.C.J.B.*, 1988, p. 151.

(101) Il en va différemment en matière pénale où la présomption d'innocence, qui fait reposer la charge de la preuve sur la partie poursuivante, se double d'un droit du prévenu à la passivité dans l'administration de la preuve : il s'agit du droit au silence ou à ne pas contribuer à sa propre incrimination.

comme l'illustrent par exemple les articles 871 et 972*bis* du Code judiciaire ⁽¹⁰²⁾, le bénéficiaire du doute ne peut se borner au silence et à la stricte passivité. Le juge peut le contraindre à sortir de son inaction mais également tirer certaines conséquences de son refus de collaborer à l'administration de la preuve ^{(103) (104)}.

Il convient cependant de relever que cette obligation partagée de collaborer à l'administration de la preuve appelle plusieurs nuances. Ainsi, des motifs légitimes tels que le secret professionnel ou le respect du droit à la vie privée peuvent exister pour justifier un refus de participation à l'administration de la preuve. D'autre part, l'obligation de collaboration ne peut être poussée jusqu'à un point qui supprimerait ou renverserait les règles, qui interviennent à un stade ultérieur du raisonnement, de la charge de la preuve. Le juge ne peut dès lors tirer des conclusions définitives et sans nuances d'un refus de collaboration de la partie défenderesse.

33. En outre, au-delà d'une vision strictement théorique du procès et des obligations et risques respectifs pour les parties, il va de soi que, de manière concrète, la meilleure défense possible consistera le plus souvent à alléguer et à démontrer d'autres faits que ceux avancés par la partie demanderesse et qui contredisent ces derniers.

Il a d'ailleurs été relevé que fréquemment, compte tenu de la collaboration des parties à l'administration de la preuve, il est difficile de déterminer si les juridictions appliquent correctement les règles relatives à la charge de la preuve ⁽¹⁰⁵⁾.

34. On conclura ces quelques considérations introductives en soulignant tant le rôle souvent déterminant des règles sur la charge de la preuve, puisqu'elles scellent l'issue de nombreux procès, que leur caractère intellectuellement décevant puisqu'elles imposent une « vérité par défaut » selon les mots de R. Perrot ⁽¹⁰⁶⁾, c'est-à-dire une vérité présumée lorsque le doute subsiste dans l'esprit du juge. Elles sont donc en quelque sorte un mal nécessaire, prix à payer de l'interdiction du déni de justice imposée par les articles 5 et 1140 du Code judiciaire.

Les règles relatives à la charge de la preuve constituent ainsi une des causes de l'écart entre la vérité au sens commun du terme et la vérité judiciaire.

(102) Le premier énonce que « *Le juge peut néanmoins ordonner à toute partie litigante de produire les éléments de preuve dont elle dispose* », le second dispose que « *Les parties sont tenues de collaborer à l'expertise. À défaut, le juge peut en tirer toute conséquence qu'il jugera appropriée* ».

(103) O. MICHIELS, « L'article 1315 du Code civil : contours et alentours », *Act. Dr.*, 1998, p. 367.

(104) À titre d'exemple, voy. Civ. Gand, 14 septembre 2010, *R.D.J.P.*, 2011, p. 76.

(105) O. MICHIELS, « L'article 1315 du Code civil : contours et alentours », *Act. Dr.*, 1998, p. 363 ; D. MOUGENOT, *La preuve, op. cit.*, p. 94.

(106) R. PERROT, « Vérité judiciaire en matière civile », conférence donnée à Liège le 19 mars 2009, cité par G. DE LEVAL, « Les techniques d'approche de la vérité judiciaire en matière civile » in G. DE LEVAL (dir.), *La preuve et la difficile quête de la vérité judiciaire*, CUP-Anthémis, 2011, p. 32.

B. LES RÈGLES GÉNÉRALES SUR LA CHARGE DE LA PREUVE EN DROIT CIVIL

35. Les deux règles qui régissent principalement la matière de la charge de la preuve en droit civil, et même au-delà, sont les articles 1315 du Code civil et 870 du Code judiciaire.

On en décrira le régime juridique de manière brève, renvoyant pour le surplus à la doctrine judiciaire spécialisée⁽¹⁰⁷⁾.

36. Les deux alinéas de l'article 1315 du Code civil sont rédigés comme suit : « *Celui qui réclame l'exécution d'une obligation, doit la prouver. Réciproquement, celui qui se prétend libéré, doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation* ».

Inspiré par Pothier⁽¹⁰⁸⁾, ce texte paraît exprimer des règles de bon sens.

Il est d'ailleurs admis que sa portée dépasse de loin la matière des obligations conventionnelles comme pourrait le suggérer la place qu'il occupe dans le Code civil⁽¹⁰⁹⁾. Il constitue en effet une forme de droit commun de la preuve⁽¹¹⁰⁾ applicable non seulement à tout le droit civil mais plus largement en toutes matières, hormis répressive ou disciplinaire et administrative.

Il n'en reste pas moins que cette disposition ancienne et apparemment simple donne encore lieu à bon nombre de difficultés d'interprétation⁽¹¹¹⁾, qui tiennent essentiellement à la question de savoir si la preuve d'un fait donné relève de son premier ou de son second alinéa. Dit autrement, il incombe de déterminer à partir de quand un défendeur quitte cette qualité procédurale pour devenir demandeur sur exception, au sens de l'article 1315⁽¹¹²⁾.

37. Divers fondements ont été avancés pour justifier les deux règles énoncées par l'article 1315 du Code civil⁽¹¹³⁾. Le premier a trait au critère de la normalité de la situation : la preuve incombe à celui qui se prévaut d'une situation contraire à la normale. Le second est axé sur l'aptitude à la preuve : la charge de la preuve repose sur la partie pour laquelle la preuve est la plus aisée.

(107) Voy. D. MOUGENOT, *op. cit.*, p. 92 ; N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, p. 37.

(108) O. MICHIELS, *op. cit.*, p. 364 ; N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, p. 39.

(109) J. KIRKPATRICK, « Essai sur les règles régissant la charge de la preuve en droit belge » in *Liber amicorum Lucien Simont*, Bruylant, 2002, p. 105.

(110) Cass., 7 août 1941, *Pas.*, I, p. 319.

(111) Il a ainsi pu être écrit que « *cet article simple cache une jurisprudence complexe et nuancée, qui défie tout effort de classification et de rationalisation* » (D. MOUGENOT, « La preuve en matière civile – Chronique de jurisprudence 2002-2010 », *J.T.*, 2011, p. 596).

(112) La difficulté provient notamment des ambiguïtés terminologiques puisque l'exception au sens de l'article 1315, alinéa 2, ne se correspond pas à l'exception au sens procédural du terme. Ainsi, le débiteur qui invoque un paiement relève incontestablement de l'alinéa 2 de l'article 1315 sans pour autant se prévaloir d'une exception, mais bien d'une défense au fond. Voy. D. MOUGENOT, *Principes de droit judiciaire privé*, Larcier, 2009, p. 123.

(113) Voy. sur les différents fondements possibles, T. AFSCHRIFT, *op. cit.*, p. 16 et ss ; N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, p. 40.

En tant qu'explications de la solution retenue par le texte, ces deux thèses conservent leur utilité. Il semble par contre désormais acquis qu'elles ne sont plus décisives dans l'interprétation de l'article 1315. En d'autres termes, les difficultés d'application de cet article ne peuvent être solutionnées exclusivement en imputant la charge de la preuve à la partie qui allègue une situation anormale ou qui paraît disposer du plus de facilité à la rapporter. On voit du reste immédiatement que ces deux critères peuvent, d'une part, être contradictoires et, d'autre part, donner eux-mêmes lieu à des difficultés d'interprétation ⁽¹¹⁴⁾.

La doctrine moderne considère désormais, dans le fil de la thèse de Motulsky, que c'est la théorie des éléments générateurs du droit qui doit constituer le guide d'interprétation de ce texte. Avec J. Kirkpatrick ⁽¹¹⁵⁾, elle permet de reformuler l'article 1315 comme suit : celui qui prétend faire valoir un droit subjectif en justice doit prouver que sont réunis tous les éléments générateurs de ce droit, c'est-à-dire les circonstances de fait nécessaires pour faire naître celui-ci et le rendre exigible ; si le défendeur prétend que ce droit est éteint ou modifié, il doit prouver les faits dont il entend déduire cette extinction ou cette modification.

38. Ainsi définies, les règles de l'article 1315 du Code civil doivent encore voir leur portée limitée.

D'une part, en relevant comme on l'a déjà fait précédemment que, hormis dans les matières qui relèvent de l'ordre public, seuls les faits contestés doivent être prouvés ⁽¹¹⁶⁾. De manière concrète, les éléments générateurs du droit dont le demandeur doit apporter la preuve peuvent donc être bien moins nombreux que ce qu'une approche théorique pourrait laisser supposer.

Par ailleurs et surtout, la loi peut instituer d'importantes dérogations à ces règles sous la forme des présomptions légales ⁽¹¹⁷⁾.

Contrairement aux présomptions de l'homme qui sont des modes de preuves, les présomptions légales constituent des règles concernant la charge de la preuve ⁽¹¹⁸⁾ par lesquelles le législateur dispense une partie de démontrer des éléments dont la preuve lui incomberait normalement. L'article 1352 du Code civil est parfaitement explicite à cet égard en énonçant que « *la présomption légale dispense de toute preuve celui au profit duquel elle existe* ».

Elles peuvent résulter, soit de la consécration légale d'une situation considérée comme suffisamment fréquente pour être présumée, soit d'un choix de politique judiciaire, le législateur entendant faire bénéficier une partie d'une fiction.

(114) Ainsi la question de savoir quelle situation est normale ou anormale peut elle-même parfaitement donner lieu à des débats délicats.

(115) J. KIRKPATRICK, *op. cit.*, p. 106.

(116) N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, p. 37.

(117) Pour un aperçu de l'ensemble des présomptions légales en droit de la sécurité sociale : A. VAN REGENMORTELE, « Vermoedens in het socialezekerheidsrecht », *Actuele problemen van het socialezekerheidsrecht*, vol. 5, die Keure, 1999, p. 157.

(118) P. VAN OMMESLAGHE, *op. cit.*, n° 1655.

Les présomptions peuvent être simples lorsqu'elles sont réfragables. La preuve contraire est alors admise et la partie bénéficiaire bénéficie d'une dispense de preuve temporaire. La présomption est irréfragable lorsque la preuve contraire n'est pas admise, hormis par aveu ou serment dans les matières qui ne relèvent pas de l'ordre public. Elle s'approche alors d'une règle de droit matériel puisque la dispense de preuve est définitive. Il est question de présomptions mixtes lorsque la preuve contraire est admise mais seulement selon certains modes de preuve. En l'absence de précision, une présomption légale est réfragable ⁽¹¹⁹⁾.

Il est encore relevé qu'outre les présomptions expresses, le législateur peut instaurer des dispenses légales implicites de preuve en réglant un phénomène qui représente l'inverse de l'élément générateur du droit subjectif en cause ⁽¹²⁰⁾. Ainsi, en réglant la nullité des contrats, le législateur dispense implicitement la partie qui se prévaut d'un contrat d'en démontrer la validité mais impose à son adversaire d'établir cette nullité. De même, en réglant les causes d'incapacité de contracter, la loi dispense la partie qui se fonde sur une convention d'établir la capacité de son cocontractant. Ces dérogations implicites aux règles ordinaires de la charge de la preuve sont, on le voit, bien moins à trouver dans l'article 1315 du Code civil que dans les règles de droit matériel dont il est question.

39. On notera enfin que l'article 1315 du Code civil n'est pas d'ordre public mais a un caractère supplétif ⁽¹²¹⁾. Il est cependant à noter que la seule participation du défendeur à l'administration de la preuve ne peut être interprétée comme valant renonciation implicite à se prévaloir de l'article 1315 du Code civil ⁽¹²²⁾.

40. L'article 870 du Code judiciaire, bien que rédigé d'un seul tenant (« *Chacune des parties a la charge de prouver les faits qu'elle allègue* »), ne déroge pas aux règles de l'article 1315 du Code civil.

La Cour de cassation a du reste affirmé en plusieurs occasions qu'il n'en était que la généralisation ⁽¹²³⁾.

Si d'aucuns considèrent que l'article 870 du Code judiciaire est sans utilité réelle ⁽¹²⁴⁾, il n'en reste pas moins qu'il a le mérite de renvoyer aux faits allégués et d'ainsi mettre l'accent sur le fait que la première étape du raisonnement doit être celle d'identifier les

(119) P. VAN OMMESLAGHE, *op. cit.*, n° 1657.

(120) Voy. L. SIMONT, *op. cit.*, p. 29 ; J. KIRKPATRICK, *op. cit.*, p. 108. Ces deux auteurs reprennent à leur compte la thèse développée à ce sujet par Motulsky. D'autres comme Storme expliquent le même type de résultat par la formulation de la loi : lorsqu'elle confère un droit sauf dans certains cas ou qu'elle énonce une règle à effet négatif, c'est au défendeur d'établir se trouver dans une de ces exceptions ou dans l'hypothèse du texte à effet négatif (voy. M. STORME, *De bewijslast in het Belgisch privaatrecht*, 1962, p. 132).

(121) Cass., 17 mai 2002, *Pas.*, 2002, I, p. 1172 ; K. WAGNER, *op. cit.*, p. 157 ; O. MICHIELS, *op. cit.*, p. 371.

(122) Voy. N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, p. 44.

(123) Cass., 18 janvier 2002, *Pas.*, 2002, I, p. 201 ; Cass., 10 décembre 1981, *Pas.*, 1982, I, p. 496 et note E.L. ; Cass., 7 juin 2001, n° C.98.0478.F et C.98.0492.F, *juridat.be*. Dans le même sens : S. GILSON et K. ROSIER, *op. cit.*, p. 187 ; T. AFSCHRIFT, *op. cit.*, p. 46.

(124) J. KIRKPATRICK, *op. cit.*, p. 120. Il est cependant soutenu par d'autres que l'article 870 doit nécessairement être invoqué à l'appui d'un pourvoi en cassation fondé sur une violation des principes régissant la charge de la preuve ; voy. en ce sens L. SIMONT, *op. cit.*, p. 27.

faits allégués à l'appui d'une prétention et, parmi ceux-ci, ceux qui font l'objet d'une contestation ⁽¹²⁵⁾.

C. LES RÈGLES GÉNÉRALES SUR LA CHARGE DE LA PREUVE EN DROIT PÉNAL

41. La présomption d'innocence, élevée au statut de principe général du droit ⁽¹²⁶⁾, constitue une des données essentielles de notre droit pénal.

Trouvant son origine dans l'article IX de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 ⁽¹²⁷⁾, ce principe a été confirmé ensuite par les articles 6.2 de la Convention européenne des droits de l'homme ⁽¹²⁸⁾ et 14.2 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

Il est cependant relevé que le principe général du droit se voit reconnaître une portée plus large que celle assurée par ces textes, notamment en ce qu'il trouve à s'appliquer à toutes les étapes de la procédure pénale et non uniquement à celle du jugement ⁽¹²⁹⁾.

42. La présomption d'innocence a notamment pour conséquence certaine que les règles sur la charge de la preuve en matière civile ne sont pas applicables en matière pénale ⁽¹³⁰⁾.

Ainsi que le relevait une note publiée à la *Pasicrisis* sous un arrêt du 10 décembre 1981, « en matière répressive, le prévenu n'a pas de preuve à fournir. Si ses allégations ne sont pas dénuées de tout élément de nature à leur donner du crédit, c'est à la partie poursuivante ou à la partie civile qu'il incombe d'établir qu'elles ne sont pas exactes » ⁽¹³¹⁾.

43. La présomption d'innocence a également des conséquences en matière d'administration de la preuve puisque celle-ci incombe également en totalité à la partie poursuivante.

(125) Voy. *supra* les rappels accomplis au sujet de l'objet de la preuve.

(126) Cass., 17 septembre 2003, *J.T.*, 2003, p. 730 et obs. O. KLEES, *R.D.P.C.*, 2004, p. 158. Le Conseil d'État a également considéré qu'il s'agit d'un principe fondamental dans un État de droit (C.E., 26 mars 2004, *Collignon c. État belge*, n° 129.798).

(127) B. DEJEMEPPE, « La présomption d'innocence entre réalité et fiction », in *L'humanisme dans la résolution des conflits. Liber amicorum Paul Martens*, Larcier 2007, p. 17.

(128) Ce texte énonce que « Toute personne accusée d'une infraction est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie ».

(129) B. DEJEMEPPE et L. KENNES, « Le contrôle par la Cour de cassation de la régularité de la preuve – Développements récents » in F. KUTY et D. MOUGENOT (dir.), *La preuve. Questions spéciales*, Commission université palais, vol. 99, CUP-Anthémis, 2008, p. 66.

(130) Cass., 1^{er} juin 1988, *Pas.*, 1988, I, p. 1180 ; Cass., 22 décembre 1995, *Pas.*, 1995, I, p. 1195 ; Cass., 5 janvier 1999, *Pas.*, 1999, I, p. 5 : « Attendu (...) que l'administration de la preuve en matière répressive est régie par les dispositions du Code d'instruction criminelle et par les principes de la procédure criminelle; que les règles de la preuve en matière civile et commerciale ne sont en principe pas applicables en matière répressive ».

(131) Note signée E.L. sous Cass., 10 décembre 1981, *Pas.*, 1982, I, p. 497.

Ainsi le droit au silence ou, plus largement, de ne pas contribuer à sa propre incrimination autorisent celui qui fait l'objet des poursuites à se cantonner dans une attitude exclusivement passive.

44. Il est cependant à noter que la règle selon laquelle la preuve de la culpabilité incombe à la partie poursuivante reste susceptible d'aménagements légaux.

Divers textes établissent en effet des mécanismes faisant présumer la culpabilité d'une personne donnée jusqu'à ce que la preuve contraire soit apportée. Il en va ainsi de la présomption de culpabilité du titulaire de la plaque en matière de roulage⁽¹³²⁾ ou de diverses présomptions de fraude en matière de douanes et accises⁽¹³³⁾.

Les cours constitutionnelle et de cassation ont eu l'occasion de préciser que de telles présomptions de fait et de droit ne sont pas nécessairement prohibées par le principe de la présomption d'innocence pour autant qu'elles ne dépassent pas un certain seuil qui en viderait la substance⁽¹³⁴⁾.

45. Si son application en matière disciplinaire ne pose guère question⁽¹³⁵⁾, des doutes ont existé dans le domaine des sanctions administratives, peut-être essentiellement dues à l'ambiguïté même de cette notion.

D'une part, parce que seules les sanctions administratives de nature répressive ou punitive peuvent bénéficier des garanties de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. À l'inverse, les mesures exclusivement réparatrices ne peuvent être considérées comme relevant de la notion d'accusation en matière pénale⁽¹³⁶⁾, mais sans doute ne s'agit-il plus là de réelles sanctions administratives au sens de « mesure de nature répressive instaurée par la loi ou en vertu d'une loi, infligée par la voie d'un acte administratif individuel unilatéral de l'administration compétente à la suite d'une infraction à une règle de droit »⁽¹³⁷⁾.

D'autre part, le rapport de la Cour de cassation de 2004⁽¹³⁸⁾ relevait que la présomption d'innocence, comme d'autres principes du droit pénal ou de la procédure pénale, n'est pas d'application aux sanctions administratives.

(132) Résultant de l'article 67bis de la loi du 16 mars 1968 relative à la police de la circulation routière. La conformité de cette disposition au principe de la présomption d'innocence a été admise par la Cour d'arbitrage par un arrêt du 21 mars 2000 (n° 27/2000).

(133) Voy. Cass., 17 octobre 2001, *J.L.M.B.*, 2002, p. 889 et observations G.F. RANERI. Dans le même sens et à propos de la même disposition : C.A., 15 octobre 2002, n° 147/2002.

(134) B. DEJEMEPPE, *op. cit.*, p. 33 et les références citées.

(135) C.A., 25 janvier 2001, n° 4/2001 B5.5.

(136) *Rapport de la Cour de cassation*, 2004, *juridat.be*, p. 186.

(137) *Idem*, p. 185. Ce rapport emprunte la définition de J. PUT.

(138) *Idem*, p. 188.

La doctrine plus récente⁽¹³⁹⁾, la reconnaissance de la présomption d'innocence comme principe général de droit ou comme principe fondamental de l'État de droit⁽¹⁴⁰⁾, les recommandations tirées du droit international⁽¹⁴¹⁾ et la jurisprudence de la Cour constitutionnelle⁽¹⁴²⁾ nous paraissent imposer désormais la solution inverse, certainement dans le champ d'application de l'accusation en matière pénale défini par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme⁽¹⁴³⁾.

On verra ultérieurement⁽¹⁴⁴⁾ que, pour des motifs différents, les mesures liées au non-respect de conditions d'octroi, bien qu'elles n'aient pas une vocation répressive et ne constituent donc pas de véritables sanctions administratives, nous paraissent peut-être devoir connaître le même sort : ce serait à l'administration qu'il conviendrait d'établir les éléments matériels qui les justifient.

Il n'en reste pas moins que, dès lors que la spécificité même de la sanction administrative est d'être infligée par l'exécutif plutôt que par un juge, la présomption d'innocence ne fait pas obstacle à ce qu'une telle sanction précède une éventuelle décision juridictionnelle, pourvu que le recours au juge existe. Par contre, dès lors que ce recours est exercé, et même si l'administré y a la qualité de demandeur ou de requérant, il incombe à l'autorité d'établir les faits reprochés⁽¹⁴⁵⁾.

(139) D. RENDERS et alias, « Le régime juridique de la sanction administrative » in R. ANDERSEN, D. DEOM et D. RENDERS (dir.), *Les sanctions administratives*, Bruylant, 2007, p. 212 ; voy aussi, en matière d'amendes administratives en matière sociale : A. SIMON, « Examen de la conformité de la loi du 30 juin 1971 à la Constitution, en regard des principes directeurs du droit pénal. Commentaires des arrêts rendus par la Cour d'arbitrage le 14 juillet 1997 », *Chr.D.S.*, 1998, p. 105 ; R. ROELS, observations sous C. trav. Bruxelles, 7 décembre 1979, *J.T.T.*, 1980, p. 46 ; F. LAGASSE, « Amendes administratives, droit pénal général et Cour d'arbitrage. Considérations sur les arrêts rendus le 14 juillet 1997 par la Cour d'arbitrage », *J.T.T.*, 1997, p. 356.

(140) C.E., 26 mars 2004, *Collignon c. État belge*, n° 129.798, précité.

(141) Voy le principe n° 7 de la recommandation R (91) 1 du 13 février 1991 du Comité de ministres du conseil de l'Europe relative aux sanctions administratives, formulé comme suit : « La charge de la preuve incombe à l'autorité administrative ».

(142) C.A., 18 novembre 1992, n° 72/92, point B.3.

(143) Si le problème ne se pose pas avec la même acuité en matière de charge de la preuve, toutes les conséquences de la présomption d'innocence en matière de sanctions administratives ne sont pas nécessairement claires. Voy. à cet égard les développements faits par S. VAN DROOGHENBROECK sur l'effet suspensif du recours judiciaire et la position de la Section législation du Conseil d'État qui semble plus large que celle de la Cour de Strasbourg elle-même : S. VAN DROOGHENBROECK, « Entre bénévolence et incertitudes : y a-t-il un juge pour dire clairement le droit des sanctions administratives ? », in R. ANDERSEN, D. DEOM et D. RENDERS (dir.), *Les sanctions administratives*, Bruylant, 2007, p. 262 et ss.

(144) Cfr *infra* n° 99.

(145) Voy. S. VAN DROOGHENBROECK, « De vraies sanctions administratives ou des sanctions pénales camouflées ? Réflexions à propos de la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme », *Rev. de la Faculté de droit de Liège*, 2005, p. 468.

En d'autres termes, le recours à la répression administrative emporte une inversion du contentieux sans renversement de la charge de la preuve⁽¹⁴⁶⁾. Le principe nous paraît valoir tant en matière sociale que dans d'autres contentieux⁽¹⁴⁷⁾.

D. LES RÈGLES GÉNÉRALES SUR LA CHARGE DE LA PREUVE DANS LE CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

46. On clôturera le panorama des règles générales relatives à la charge de la preuve par un aperçu de celles applicables au plus commun des contentieux administratifs, à savoir le contentieux de l'annulation devant la Section du contentieux administratif du Conseil d'État⁽¹⁴⁸⁾.

On verra que ce détour est loin d'être inutile dès lors que le contrôle objectif de légalité qui y est accompli inspire largement la partie du contentieux de la sécurité sociale qui consiste en un contrôle de légalité des décisions de nature discrétionnaire.

47. On rappelle que ce contentieux a pour caractéristique principale d'être objectif, c'est-à-dire qu'il est question d'un procès fait à un acte plutôt que de la revendication d'un droit.

La contestation de la légalité d'un acte administratif peut être externe (défaut de compétence de l'auteur ou vice de procédure) ou interne (illégalité quant à l'objet, quant aux motifs de droit ou de fait ou encore quant au but)⁽¹⁴⁹⁾.

Ce contrôle est limité à la légalité et non à l'opportunité de l'acte attaqué. La constatation de l'illégalité de l'acte mène à son annulation, sans que le Conseil d'État y substitue sa propre appréciation⁽¹⁵⁰⁾.

Ce contentieux est enfin largement inquisitoire en ce sens que la mise en état des causes n'est pas abandonnée aux parties mais confiée au Conseil d'État lui-même et plus particulièrement à son auditorat. Les raisons de ce caractère inquisitoire tiennent à la primauté de l'intérêt général mis en œuvre par un acte administratif sur les intérêts particuliers, ainsi qu'à la situation d'inégalité entre les parties⁽¹⁵¹⁾. En effet, l'autorité dispose d'une part du privilège du préalable qui confère à son acte une présomption

(146) F. KÉFER, *Précis de droit pénal social*, Anthémis, 2008, p. 251 ; voy. les conclusions du Procureur général DU JARDIN précédant Cass., 14 décembre 2001, *Pas.*, 2001, I, p. 2134 ; Cass., 2 janvier 2003, *J.T.*, 2003, p. 154 : « Attendu que, lorsqu'une action en justice devant le juge civil est fondée sur une infraction à la loi pénale, ce sont les règles de la preuve en matière répressive qui sont applicables ».

(147) C. THIEBAUT, « Les sanctions administratives en droit de l'urbanisme et de l'environnement » in R. ANDERSEN, D. DEOM et D. RENDERS (dir.), *Les sanctions administratives*, Bruylant, 2007, p. 637. Pour un exemple, C.E., 25 mai 2004, n° 131.709.

(148) Dans les contentieux de pleine juridiction, les règles diffèrent de ce qui sera exposé ci-après et le principe *actor incumbit probatio* tient toute sa place.

(149) voy. P. LEWALLE et L. DONNAY, *Contentieux administratif*, 3^{ème} éd., 2008, p. 1028 pour cette classification.

(150) A. ALEN et K. MUYLLE, *Handboek van het Belgisch Staatsrecht*, Kluwer, 2011, n° 611 et 619.

(151) F. DEBAEDTS, « Beschouwingen omtrent het bewijs in geschillen van bestuur » in *Recht in beweging*, tome I, Kluwer, 1973, p. 131.

de légalité et, d'autre part, c'est elle qui est en possession des preuves de la légalité de sa décision.

48. Il n'existe que très peu de dispositions réglant la matière de la preuve dans la législation sur le Conseil d'État. Aucune d'entre elles ne concerne la question de la charge de la preuve ⁽¹⁵²⁾.

49. Il est par conséquent parfois avancé, par une analogie évidente avec le droit commun de la preuve que constituent les articles 1315 du Code civil et 870 du Code judiciaire, que ce serait au requérant, demandeur en annulation, qu'incombe la preuve de l'illégalité de l'acte qu'il attaque.

Cette conception peut paraître d'autant plus logique que l'autorité, on l'a dit, jouit du privilège du préalable ⁽¹⁵³⁾, qui lui permet de rendre elle-même son acte exécutoire sans la nécessité de sa ratification ou de son approbation par une juridiction. L'acte administratif bénéficie donc, dans les faits en tout cas, d'une forme de présomption de légalité, puisqu'il oblige l'administré à le contester et qu'il produit ses effets jusqu'à ce qu'il soit éventuellement annulé.

50. En réalité, contrairement à cette opinion intuitive, la règle *actor incumbit probatio* imposant la charge de la preuve au demandeur n'est pas d'application.

Au contraire, le principe général de légalité fait peser sur l'auteur de l'acte administratif, dès lors qu'il est attaqué, l'obligation d'en justifier la validité. De même, le caractère objectif du recours, non directement lié à une revendication individuelle mais ayant un effet *erga omnes* en cas de succès, impose également la même solution. T. Afschrift explique également cette position par le fait que, s'agissant d'actes administratifs créateurs de droit, la prétention initiale n'est pas celle de l'administré requérant mais celle de l'administration qui agit pour modifier un ordre établi. La situation normale protégée par l'article 1315 du Code civil est donc celle qui préexiste à l'acte attaqué et non celle qui en résulte ⁽¹⁵⁴⁾.

Ces principes ont été affirmés avec clarté par des arrêts déjà anciens du Conseil d'État :

« Il résulte du principe de l'État de droit que l'autorité n'est habilitée à agir que lorsqu'elle y a été autorisée par ou en vertu de la loi. Cela implique qu'en cas de litige – même si sa décision demeure exécutoire jusqu'à son éventuel retrait ou son éventuelle annulation – l'autorité doit produire les éléments qui prouvent la légalité de son action, c'est-à-dire qui établissent qu'elle a agi dans les limites de son habilitation, à l'égard de tous les éléments liés en droit, c'est-à-dire non discrétionnaires, de la décision litigieuse » ⁽¹⁵⁵⁾.

« Une décision est (...) illégale, non seulement lorsqu'elle va à l'encontre d'une règle en vigueur, mais aussi lorsque son fondement en droit ou en fait ne peut être déterminé et que la preuve que l'autorité pouvait effectivement prendre cette décision est impossible

(152) F. DEBAEDTS, *op. cit.*, p. 128.

(153) Sur cette notion et les critiques qu'elle encourt, voy. C. BEDORET, « L'autorité de chose décidée ou quand la montagne accouche d'une souris », *R.D.S.*, 2010, p. 118.

(154) T. AFSCHRIFT, *op. cit.*, p. 51.

(155) C.E., 27 janvier 1967, n° 12.187, *Craps c. État belge*.

à apporter ; (...) le principe prérappelé a pour corollaire que, si la légalité d'une décision unilatérale prise par l'autorité sans recours préalable au juge et directement exécutoire, est attaquée devant le Conseil d'État, c'est à l'autorité qu'incombe la preuve qu'elle a pu légalement prendre la décision attaquée »⁽¹⁵⁶⁾.

« Si un requérant conteste que la décision qu'il attaque est dépourvue du fondement de fait requis en droit, l'autorité est tenue de démontrer, pièces à l'appui, quels sont les éléments qui ont servi de fondement à la décision attaquée. Si l'autorité n'apporte pas cette preuve, la décision attaquée doit être réputée ne pas présenter le fondement légal requis, ce qui entraîne l'annulation de la décision »⁽¹⁵⁷⁾.

« Considérant qu'en raison du caractère objectif du contentieux de l'annulation, il incombe à l'auteur d'un acte attaqué devant le Conseil d'État de produire les éléments de nature à établir la légalité de cet acte »⁽¹⁵⁸⁾.

51. Le Conseil d'État va d'ailleurs en déduire une obligation pour l'administration de « conserver pendant un temps raisonnable les documents qui sont le résultat naturel de ses recherches et constatations, (cette obligation) faisant partie intégrante de l'obligation générale – issue du principe de l'État de droit – dans le chef de l'autorité de prouver la régularité des décisions qu'elle prend »⁽¹⁵⁹⁾ et de déposer un dossier administratif⁽¹⁶⁰⁾.

Cette dernière obligation a été consacrée légalement puisque l'article 21, alinéa 3, des lois coordonnées sur le Conseil d'État du 21 mars 1973 prévoit que « Lorsque la partie défenderesse ne transmet pas le dossier administratif dans le délai fixé, sans préjudice de l'article 21bis, les faits cités par la partie requérante sont réputés prouvés, à moins que ces faits soient manifestement inexacts ». Ces lois établissent en outre une procédure permettant d'ordonner le dépôt du dossier administratif.

52. Ces principes sont désormais bien acquis en doctrine⁽¹⁶¹⁾, certains allant jusqu'à parler d'une présomption d'illégalité des actes attaqués⁽¹⁶²⁾.

En réalité, la seule charge qui repose sur le demandeur est donc la charge de l'allégation⁽¹⁶³⁾.

On notera cependant que le grief de détournement de pouvoir, c'est-à-dire d'illégalité quant au but poursuivi par l'auteur de l'acte, doit être prouvé par le requérant⁽¹⁶⁴⁾. Il

(156) C.E., 16 septembre 1975, n° 16.803, *Vergauwen c. Rijksuniversiteit Gent*.

(157) C.E., 23 mars 1982, n° 22.140.

(158) C.E., 31 mai 2001, n° 96.008.

(159) C.E., 27 janvier 1967, n° 12.187, *Craps c. État belge*.

(160) Sur le contenu de ce dossier administratif, voy. M. LEROY, *Contentieux administratif*, Anthémis, 2011, 5^{ème} éd., p. 539.

(161) C. CAMBIER, *Droit administratif*, Larcier 1968, p. 250 ; P. LEWALLE et L. DONNAY, *op. cit.*, p. 897 et les références citées.

(162) M. LEROY, *op. cit.*, p. 538.

(163) F. DEBAEDTS, *op. cit.*, p. 134 et les références citées.

(164) P. LEWALLE et L. DONNAY, *op. cit.*, p. 1092 et les références citées. T. AFSCHRIFT justifie cette solution par la considération que c'est ici l'administré qui invoque une cause de nullité spécialement prévue par un texte.

s'agit cependant d'un grief d'illégalité assez rare, tant dans le contentieux administratif proprement dit qu'en sécurité sociale.

Par ailleurs, et en amont de toutes ces considérations, en matière de recevabilité du recours administratif, la preuve du caractère tardif du recours incombe à la partie adverse mais la preuve d'un intérêt incombe en règle au demandeur⁽¹⁶⁵⁾.

53. La matière spécifique du droit fiscal ne déroge pas fondamentalement à ces règles, bien que de nombreux aménagements légaux y soient organisés⁽¹⁶⁶⁾. En principe, bien que le contribuable y soit demandeur, c'est au fisc qu'il appartient de démontrer la légalité de ses décisions⁽¹⁶⁷⁾.

Il est vrai que cette solution peut aussi se justifier, au-delà des principes qu'on vient d'énoncer dans le contentieux administratif, par le fait que fondamentalement, c'est le fisc qui est créancier des impôts en jeu⁽¹⁶⁸⁾.

E. LE RÔLE DU MINISTÈRE PUBLIC DANS L'ADMINISTRATION DE LA PREUVE

54. Il n'est pas opportun de faire ici de longs développements au sujet des différentes missions des auditorats du travail. De nombreuses contributions doctrinales y ont été consacrées, encore récemment⁽¹⁶⁹⁾, en ce compris de manière prospective⁽¹⁷⁰⁾.

(165) F. DEBAEDTS, *op. cit.*, p. 141 et les références citées.

(166) Il n'est pas question de les aborder ici mais on peut renvoyer notamment au mécanisme de la taxation d'office ou aux très nombreuses présomptions légales instituées en matière d'impôt.

(167) T. AFSCHRIFT, *op. cit.*, p. 66.

(168) J.P. BOURS, « Vérité et preuve fiscale » in G. DE LEVAL (dir.), *La preuve et la difficile quête de la vérité judiciaire*, CUP-Anthémis, 2011, p. 235.

(169) Voy. de manière non exhaustive : M. PATTE, « Code judiciaire et contentieux du droit social » in P. GOSSERIES (coord.), *La doctrine du judiciaire*, De Boeck, p. 471 ; M.A. FRANQUINET, « Le rôle du ministère public au sein des juridictions du travail ou le respect de l'équilibre entre l'intérêt du justiciable et celui de la collectivité. Discours de rentrée prononcé lors de l'audience solennelle de rentrée de la cour du travail de Liège le 2 septembre 1997 », *J.T.T.*, 1998, p. 141 ; G. KREIT, « Réflexions sur le rôle du ministère public devant les juridictions du travail. Discours de rentrée prononcé lors de l'audience solennelle de rentrée de la cour du travail de Liège le 4 septembre 1978 » in P. GOSSERIES (coord.), *La doctrine du judiciaire*, De Boeck, p. 647 ; J. DU JARDIN, « Le ministère public dans ses fonctions non pénales. Discours prononcé par monsieur Jean du Jardin, procureur général près la Cour de cassation à l'audience solennelle de rentrée du 1^{er} septembre 2004 », *J.T.*, 2004, p. 725 ; C.E. CLESSE (coord.), *L'auditorat du travail : compétences civiles et pénales. Liber amicorum Robert Blondiaux*, Larcier, 2012 ; J.P. JANSSENS, « Missions civiles et droit d'action de l'auditeur du travail » in G. DE LEVAL et J. HUBIN (éd.), *Espace judiciaire et social européen*, Larcier, 2003, p. 137 ; J. HUBIN, « Le ministère public près les juridictions sociales – Organisation et attributions », *Ann. Dr. Liège*, 1984, p. 13. Voy aussi l'exposé détaillé de K. STANGHERLIN in H. MORMONT et K. STANGHERLIN (coord.), *Aide sociale – Intégration sociale. Le droit en pratique*, La Chartre, 2011, p. 704 (bien qu'accompli dans un ouvrage consacré à un secteur déterminé de la sécurité sociale les considérations qui y sont émises sont aisément transposables à la totalité d'entre eux).

(170) N. MEUNIER, « Les pouvoirs d'information de l'auditorat du travail : des racines et des ailes » in C.E. CLESSE (coord.) *L'auditorat du travail : compétences civiles et pénales. Liber amicorum Robert Blondiaux*, Larcier, 2012, p. 55.

On retiendra exclusivement qu'au nombre des compétences civiles de ce ministère public spécialisé figure celle de l'information des litiges en matière sociale, reposant sur l'article 138ter du Code judiciaire ⁽¹⁷¹⁾.

55. Cette mission d'information des litiges a été voulue essentiellement pour pallier la situation d'inégalité qui règne entre les parties à un procès de sécurité sociale. L'administration est en effet dotée de moyens importants ; elle est spécialisée dans l'application de la loi ou de la réglementation en litige ; elle bénéficie du privilège du préalable et elle est en possession d'un dossier administratif ayant donné lieu à sa décision qui fait l'objet du recours. L'assuré social ne bénéficie quant à lui d'aucun de ces atouts et peut donc sembler bien démuné face à son adversaire ⁽¹⁷²⁾.

L'article 138ter du Code judiciaire ⁽¹⁷³⁾ permet dès lors à l'auditorat du travail de requérir du ministre ou des institutions ou services publics compétents les renseignements administratifs nécessaires pour éclairer le litige.

56. Ce pouvoir d'information est discrétionnaire. Bien que l'auditorat agisse pour le compte du juge et à l'appui de l'activité de ce dernier ⁽¹⁷⁴⁾, il le fait en toute liberté et ne peut être requis par le siège ⁽¹⁷⁵⁾.

Ce pouvoir est exercé afin d'assurer une complète information du juge et une correcte application de la loi sociale ⁽¹⁷⁶⁾. Il ne s'agit donc pas de venir en aide ni à l'assuré social ni à l'institution de sécurité sociale ⁽¹⁷⁷⁾.

57. La notion de service public compétent, qui définit les destinataires des demandes d'information du ministère public, doit s'interpréter largement, en prenant en compte un critère fonctionnel bien davantage qu'organique ⁽¹⁷⁸⁾.

(171) Cette disposition autorise l'auditorat du travail à informer tous les litiges qui relèvent de la compétence des juridictions du travail. Cette mission peut donc être exercée dans tous les dossiers dans lequel il intervient, qu'ils soient obligatoirement communicables en application de l'article 764 du Code judiciaire ou non. Voy. J. DU JARDIN, *op. cit.*, p. 734.

(172) Voy. E. KRINGS, « L'office du juge – Évolution – Révolution ou tradition », *J.T.*, 1993, p. 19 ; G. DE LEVAL, *Institutions judiciaires. Introduction au droit judiciaire privé*, 2^{ème} éd., Éd. de la Faculté de droit de Liège, 1993, p. 379. On voit par ailleurs immédiatement le parallèle qui peut être fait avec les motifs, brièvement évoqués ci-avant, de l'institution d'un auditorat au Conseil d'État.

(173) Anciennement article 138, alinéa 3.

(174) E. KRINGS, *op. cit.*, p. 19.

(175) Cass., 17 septembre 1990, *Pas.*, 1990, I, p. 49.

(176) On a pu parler d'un « magistrat de la mise en état des dossiers » (M. A. FRANQUINET, *op. cit.*, p. 145) ou encore d'un « instructeur social » (J. DU JARDIN, *op. cit.*, p. 733).

(177) P. LAURENT, « La preuve et le droit de la sécurité sociale » in P. GOSSERIES (coord.), *La doctrine du judiciaire*, De Boeck, p. 663 ; C.E. CLESSE, « Les missions civiles : état des lieux » in *L'auditorat du travail : compétences civiles et pénales. Liber amicorum Robert Blondiaux*, Larcier, 2012, p. 17.

(178) K. STANGHERLIN et H. MORMONT, « La procédure judiciaire » in H. MORMONT et K. STANGHERLIN (coord.), *op. cit.*, p. 709 ; H. LENAERTS, conclusions précédant Cass., 24 mars 1986, A.C., 1985-86, n° 462 ; C.E. CLESSE, « Les missions civiles : état des lieux » in *L'auditorat du travail : compétences civiles et pénales. Liber amicorum Robert Blondiaux*, Larcier, 2012, p. 17.

Il en va de même des renseignements administratifs qui peuvent être sollicités⁽¹⁷⁹⁾. Cette expression doit en effet viser ceux déjà en possession de l'administration, mais également ceux qu'elle aurait pu ou dû recueillir⁽¹⁸⁰⁾, voire ceux qu'elle pourrait encore obtenir⁽¹⁸¹⁾.

58. Cette intervention de l'auditorat donne incontestablement un caractère inquisitoire⁽¹⁸²⁾ au contentieux de la sécurité sociale, le rapprochant ainsi, d'une certaine manière, de celui de l'annulation devant le Conseil d'État⁽¹⁸³⁾.

Ce rôle joué par l'auditorat du travail se situe au plan de l'administration de la preuve, qu'il influence considérablement. Alors que celle-ci est normalement le fait des parties, c'est ici un acteur tiers, impartial, spécialisé et doté de pouvoirs étendus, qui intervient pour injecter des éléments de preuve dans le débat.

Par contre, l'information du ministère public n'est pas influencée par les règles sur la charge de la preuve. L'auditorat s'efforce, on l'a vu, d'éclairer le siège sans considération de savoir à laquelle des parties – assuré social ou institution – ses initiatives profitent et donc sans avoir égard à la partie qui supporte le risque du défaut de preuve. Cette intervention en faveur de la manifestation de la vérité est cependant de nature à limiter le risque du défaut de preuve et donc le poids des règles relatives à la charge de la preuve.

(179) On renvoie à cet égard à la typologie détaillée des devoirs d'information possibles faite dans K. STANGHERLIN et H. MORMONT, « La procédure judiciaire », *op. cit.*, p. 715. Même si elle ne vise que la seule matière de l'aide sociale au sens large, cette énumération fort complète permet d'ouvrir les horizons de l'apport considérable qui peut être celui de l'auditorat du travail.

(180) C. trav. Liège, 13 octobre 1992, *Chr.D.S.*, 1993, p. 133 : M. PATTE, « Code judiciaire et contentieux du droit social » in P. GOSSERIES (coord.), *La doctrine du judiciaire*, De Boeck, p. 479.

(181) P. ROUARD, *Traité élémentaire de droit judiciaire privé*, tome 3, Bruylant, 1977, p. 481.

(182) Le terme inquisitoire est cependant source d'ambiguïté (voy E. KRINGS, *op. cit.*, p. 17). Une procédure peut être qualifiée d'inquisitoire lorsqu'elle permet au juge ou au ministère public d'injecter dans le litige des éléments de fait ou de droit qui ne sont pas avancés par les parties à l'appui de leurs prétentions. En ce sens, l'intervention de l'auditorat du travail est incontestablement inquisitoire puisqu'il a le pouvoir et la mission de recueillir et soumettre au juge, et avant lui aux parties, des éléments de faits jusque-là indisponibles. Le procès peut encore être dit inquisitoire lorsque son déroulement chronologique (fixation du calendrier pour le dépôt des pièces et actes de procédure, fixation de la cause à l'audience, gestion des remises éventuelles, etc.) échappe à la maîtrise des parties et leur est imposé. De ce point de vue, l'auditorat du travail n'a qu'un rôle limité dans le contentieux de la sécurité sociale, celui de solliciter du greffe la première fixation en audience publique lorsqu'il estime que son information est clôturée. Enfin, le caractère inquisitoire peut s'entendre de la possibilité pour le juge de modifier l'objet même des demandes formées par les parties, pour mieux les faire correspondre à ce que commande le droit. Il est certain que les cours et tribunaux, sauf exceptions très spécifiques, ne disposent pas de tels pouvoirs heurtant de front le principe général du droit qu'est le principe dispositif. On incline à penser qu'il en va de même pour l'auditorat du travail et que l'article 138ter du Code judiciaire, qui vise à informer et documenter les demandes en justice existantes, ne va pas jusqu'à autoriser à en émettre de nouvelles.

(183) A ce sujet: A. ALEN et K. MUYLLE, *op. cit.*, n° 631 ; J. VANDE LANOTTE et G. GOEDERTIER, *Overzicht publiekrecht*, die Keure, 2003, n° 1907.

F. LE RÔLE DU JUGE DANS L'ADMINISTRATION DE LA PREUVE

59. On ne s'attardera pas longuement sur le rôle du juge dans l'administration de la preuve. Si la matière a sans doute connu des évolutions ou des affinements récents, elle est l'objet de nombreux exposés de droit judiciaire⁽¹⁸⁴⁾. Par ailleurs, et contrairement à ce qui vient d'être dit au sujet du ministère public, la sécurité sociale ne présente aucune spécificité sur ce plan.

60. Le rôle du juge dans l'administration de la preuve ne concerne que ce qui peut faire l'objet de cette dernière, c'est-à-dire le fait. Il en résulte que le rôle du juge dans la détermination du droit applicable au litige, qui a fait l'objet d'arrêtés de principe au cours des dernières années, ne nous retiendra pas.

61. En principe, la détermination des faits du litige revient aux seules parties, par l'intermédiaire de leurs pièces et écrits de procédure, et il en découle l'interdiction pour le juge d'y introduire des éléments de connaissance personnelle⁽¹⁸⁵⁾. En agissant de la sorte, il modifierait la cause du litige et porterait atteinte au principe dispositif⁽¹⁸⁶⁾.

À ce principe, parfois explicitement écarté par certaines dispositions légales très spécifiques⁽¹⁸⁷⁾, doivent être apportées trois exceptions ou nuances.

62. La première, dont il a déjà été question, est celle des faits notoires ou règles d'expérience commune⁽¹⁸⁸⁾.

Cette exception n'en est pas réellement une puisque, par leur caractère de notoriété ou d'expérience commune, ces faits et règles doivent être considérés comme faisant naturellement et implicitement partie du débat noué entre les parties, sans qu'il soit même nécessaire qu'elles les allèguent.

(184) Voy. entre autres : G. DE LEVAL, « Les techniques d'approche de la vérité judiciaire en matière civile » in G. DE LEVAL (dir.), *La preuve et la difficile quête de la vérité judiciaire*, CUP-Anthémis, 2011, p. 39 ; J.F. VAN DROOGHENBROECK, « Le juge, les parties et le droit » in *Actualités en droit judiciaire*, CUP, vol. 83, Larcier, p. 141.

(185) Cass., 8 septembre 1980, *Pas.*, 1981, I, p. 22 ; voy aussi J. F. VAN DROOGHENBROECK, *op. cit.*, p. 157 et les références citées.

(186) Cass., 18 octobre 2004, *J.T.*, 2005, p. 160 et obs. J. F. VAN DROOGHENBROECK : « l'arrêt qui s'appuie sur des faits qui n'étaient pas invoqués par les parties, modifie la cause de la demande et méconnaît le principe dispositif ».

(187) B. SAMYN, « De bewijslast. Rechtsleer getoetst aan tien jaar cassatierechtspraak », *R.D.J.P.*, 2009, p. 5. Cet auteur cite notamment les articles 412 du Code civil ou 7, § 5, de la loi du 26 juin 1990 relative à la protection de la personne des malades mentaux. De manière plus proche de la compétence des juridictions sociales, l'article 1675/8 du Code judiciaire permet au médiateur de dettes de s'adresser au juge pour qu'il soit fait injonction au débiteur ou à un tiers de lui fournir tous renseignements utiles sur des opérations accomplies par le débiteur et sur la composition et la localisation du patrimoine de celui-ci.

(188) Voy. *supra* n° 11.

63. La deuxième précision a trait aux faits dits adventices, c'est-à-dire ceux qui sont produits ou allégués de manière incidente par les parties sans être spécialement mobilisés à l'appui de leur argumentation ⁽¹⁸⁹⁾.

Ces faits sont régulièrement introduits dans le débat par les parties et le juge peut donc y trouver un ancrage pour sa décision, ce sans violer le principe dispositif. Il s'agit cependant exclusivement d'une faculté, aucun reproche ne pouvant lui être adressé s'il l'omet ou s'en abstient ⁽¹⁹⁰⁾.

Cette catégorie de faits, non spécialement « montés en épingle » par les parties, donne donc au juge une certaine marge de manœuvre pour étendre le champ du litige au plan des faits.

64. La troisième nuance à apporter au principe selon lequel le juge est sans maîtrise sur les faits présentés par les parties concerne l'ensemble des mesures d'instruction qui peuvent être décidées d'office.

Il est ainsi permis d'ordonner d'office ⁽¹⁹¹⁾ :

- la production par une partie des éléments de preuve dont elle dispose ⁽¹⁹²⁾ ;
- la production de documents par une partie ou un tiers ⁽¹⁹³⁾ ;
- l'audition de témoins, sauf si la loi le défend ⁽¹⁹⁴⁾ ;
- une expertise judiciaire ⁽¹⁹⁵⁾ ;
- la comparution personnelle des parties ou de l'une d'entre elles ⁽¹⁹⁶⁾ ;
- une descente sur les lieux ⁽¹⁹⁷⁾.

Il est même admis que, dans le respect du contradictoire, le juge ordonne des mesures d'instruction non explicitement organisées par la loi ⁽¹⁹⁸⁾.

65. On le voit, l'interdiction faite au juge d'intervenir dans le champ du fait, c'est-à-dire dans l'administration de la preuve, comporte des exceptions, dont la plus notable

(189) Voy. J.F. VAN DROOGHENBROECK, « Le juge, les parties et le droit », *op. cit.*, p. 184 ; M. GRÉGOIRE, « Géométrie de l'instance », note sous Cass., 24 mars 2006, *R.C.J.B.*, 2008, p. 10 ; D. MOUGENOT, *Principes de droit judiciaire privé*, Larcier, 2009, p. 96.

(190) *Idem* et les références citées ; B. SAMYN, *op. cit.*, p. 5 ; Cass., 11 mars 2002, *Pas.*, 2002, I, p. 690 : « En fondant sa décision sur les éléments qui lui sont régulièrement fournis par les parties au cours d'un débat contradictoire et sur l'interprétation qu'il donne de ceux-ci, le juge, d'une part, tranche une contestation qui lui est déferée et d'autre part, ne viole pas les droits de la défense des parties » ; Cass., 24 mars 2006, *R.C.J.B.*, 2008, p. 5 et note M. GRÉGOIRE.

(191) P. VAN OMMESLAGHE, *op. cit.*, n° 1647. Outre l'énumération à venir, on notera également que l'article 872 du Code judiciaire autorise le juge, en matière d'exercice de la puissance paternelle et de garde d'enfants, de résidence des époux, de pension alimentaire et d'adoption, à requérir le ministère public, lorsque l'affaire peut lui être communiquée pour avis, de recueillir des renseignements sur les objets que limitativement il précise.

(192) Article 871 du Code judiciaire.

(193) Article 877 du Code judiciaire.

(194) Article 916 du Code judiciaire.

(195) Article 962 du Code judiciaire.

(196) Article 992 du Code judiciaire.

(197) Article 1007 du Code judiciaire.

(198) D. MOUGENOT, *Principes de droit judiciaire privé*, Larcier, 2009, p. 261 ; C. trav. Liège, 27 avril 2004, *J.L.M.B.*, 2004, p. 1066 et observations G. DE LEVAL.

est assurément celle des mesures d'instruction complémentaires pouvant être ordonnées d'office.

Cette marge de manœuvre ainsi offerte au juge lui permet, si elle est utilisée à plein ⁽¹⁹⁹⁾, d'approcher la vérité et de limiter le risque de défaut de preuve qui pèse sur une des parties.

IV. LA CHARGE DE LA PREUVE EN SÉCURITÉ SOCIALE

66. Avant d'aborder, sous l'angle de la charge de la preuve cette fois, les trois types de litiges qui constituent le contentieux judiciaire de la sécurité sociale, on examinera, toujours sous cet angle, quelques questions qui leur sont communes.

A. QUESTIONS COMMUNES

1. L'aveu en droit de la sécurité sociale

67. Fréquemment étudié parmi les modes de preuve, l'aveu peut tout autant relever des règles sur la charge de la preuve.

À l'instar d'une présomption légale, il dispense en effet la partie qui en bénéficie de démontrer le fait qu'il concerne ⁽²⁰⁰⁾.

68. L'aveu est la déclaration par laquelle une personne reconnaît pour vrai et comme devant être tenu pour avéré à son égard un fait de nature à produire contre elle des conséquences juridiques, ou encore la reconnaissance par une partie de l'exactitude du fait qu'on allègue contre elle ⁽²⁰¹⁾. La jurisprudence de la Cour de cassation le définit quant à elle comme la « déclaration qui implique la volonté de faire au sujet d'une contestation une déclaration destinée à servir de preuve à la partie adverse » ⁽²⁰²⁾.

(199) Mais la question du recours à ces possibilités, c'est-à-dire de savoir si un litige doit être jugé sur la base des éléments produits et en application des règles sur le risque de défaut de preuve ou si, au contraire, il convient d'abord de recourir à toutes les mesures d'instructions disponibles mêmes non suggérées par les parties, est un dilemme presque quotidien pour le juge.

(200) L. KERZMANN, « Le point sur l'aveu en matière civile » in F. KUTY et D. MOUGENOT (dir.), *La preuve. Questions spéciales*, Commission université palais, vol. 99, CUP-Anthémis, 2008, p. 156 et les références citées ; P. VAN OMMESLAGHE, *op. cit.*, n° 1795 ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, Bruylant, tome III, n° 1007.

(201) N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, p. 307 ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, Bruylant, tome III, n° 1007.

(202) Cass., 6 juillet 1950, *Pas.*, 1950, I, p. 812.

Cette déclaration doit être volontaire c'est-à-dire ne pas être contrainte⁽²⁰³⁾, émaner de la personne à qui on l'oppose⁽²⁰⁴⁾ et porter sur un fait, par opposition au droit qui ne se prouve pas⁽²⁰⁵⁾. Dérogeant à la primauté de la preuve écrite, l'aveu est admissible même dans les matières où témoignages et présomptions ne le sont pas.

L'aveu est par ailleurs indivisible et irrévocable. Sa force probante, c'est-à-dire l'intensité avec laquelle il lie le juge, est totale comme l'exprime l'article 1356 du Code civil à l'égard de l'aveu judiciaire : « Il fait pleine foi contre celui qui l'a fait »⁽²⁰⁶⁾. Il en va de même de l'aveu extrajudiciaire, pourtant non visé par cet article⁽²⁰⁷⁾. S'agissant de cette deuxième forme d'aveu, seule son admissibilité est susceptible d'appréciation de la part du juge.

69. L'aveu est, à l'évidence, un acte de disposition. Par conséquent, dans la mesure où la nature même de l'ordre public est d'être soustrait à la volonté et à la disposition des parties, l'aveu ne peut être admis dans les matières qui ont ce caractère⁽²⁰⁸⁾.

Dès lors qu'il en va ainsi de l'ensemble du droit de la sécurité sociale, à tout le moins pour ce qui concerne les prestations versées par les institutions et les cotisations à payer par les employeurs, travailleurs salariés et indépendants, l'aveu y est en réalité exclu.

70. Pour des motifs identiques, et à plus forte raison comme on l'a vu⁽²⁰⁹⁾, il en va de même du défaut de contestation d'un fait. Il ne vaut ni aveu, ni dispense de sa preuve pour celui qui allègue le fait en cause mais ne peut constituer qu'une simple présomp-

(203) Ce caractère volontaire a pu donner lieu à controverse : la volonté requise doit-elle être celle de reconnaître le fait en cause ou, en outre, de constituer une preuve à la partie adverse ? On aperçoit immédiatement que la seconde option, bien plus exigeante, est de nature à restreindre fortement le champ d'action de l'aveu. Cette deuxième thèse a été abandonnée au profit de la première, également conforme à la jurisprudence française, par un arrêt de la Cour de cassation du 2 mai 1988 (Cass., 2 mai 1988, *Pas.*, 1988, I, p. 1043) confirmé par la suite (Cass., 20 décembre 2007, *Pas.*, 2007, I, p. 2148 ; Cass., 25 mai 2009, *Pas.*, 2009, I, p. 1271). La jurisprudence, d'ailleurs plus ancienne, de la Cour sur la possibilité d'un aveu tacite ou « en action » (Cass., 4 avril 1941, *Bull.*, 1941, p. 120 ; Cass., 23 octobre 1959, *Bull.*, 1960, p. 230 ; Cass., 10 février 1978, *Pas.*, 1978, I, p. 680) se conciliait du reste mal avec l'exigence d'une volonté de constituer une preuve à son adversaire.

(204) Cass., 15 juin 1990, *Pas.*, 1990, I, p. 1169, *J.T.*, 1990, p. 659.

(205) Cfr *supra* n° 6 et 7 ; Cass., 20 avril 1961, *Pas.*, 1961, I, p. 889 ; Cass., 24 juin 1999, *Pas.*, 1969, I, n° 394, *R.G.D.C.*, 2000, p. 321.

(206) D. MOUGENOT, « Force probante de l'aveu extrajudiciaire », *R.D.J.P.*, 2007, p. 293 et les références citées ; K. WAGNER, *op. cit.*, p. 158.

(207) D. MOUGENOT, « Force probante de l'aveu extrajudiciaire », *op. cit.*, p. 293 et les références citées. Cet auteur explique cependant qu'il en va différemment en droit français.

(208) H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. III, n° 1015 ; L. KERZMANN, *op. cit.*, p. 167 ; Cass., 13 novembre 2000, *Pas.*, 2000, I, n° 616 (en matière de conseils d'entreprise) ; Cass., 24 avril 2006, *J.T.*, 2007, p. 224 (en matière de présomption d'occupation à temps plein) ; Cass., 26 février 1975, *Pas.*, 1975, I, p. 663, Cass., 3 octobre 1988, *Pas.*, 1989, I, p. 115, Cass., 18 octobre 1999, *Pas.*, 1999, I, p. 535 et Cass., 14 mai 1979, *Pas.*, 1979, I, p. 1077 (en matière d'accidents du travail). Voy. aussi, en matière d'accidents du travail, les références citées par M. JOURDAN et S. REMOUCHAMPS, « Accidents du travail », *Guide social permanent – Sécurité sociale : commentaires*, Kluwer, Partie I, livre III, titre II, chapitre III, 3, n° 860 et ss.

(209) Cfr *supra* n° 10.

tion de l'homme, dont le juge apprécie la valeur probante et qui ne s'impose pas à lui s'il l'estime non convaincant ⁽²¹⁰⁾.

71. En résumé on le voit, le caractère d'ordre public du droit de la sécurité sociale empêche aux parties non seulement de transiger ou d'acquiescer, mais également simplement de délimiter la matière litigieuse en la restreignant, que ce soit par leur argumentation en droit ou par la présentation qu'elles font des faits, à certains éléments constitutifs du droit invoqué ou de la décision administrative qui ouvre le litige.

Le juge a dès lors la possibilité, même s'agissant de faits non contestés ou reconnus, d'en vérifier la réalité s'il s'estime insuffisamment convaincu.

72. Il en va tout particulièrement ainsi des déclarations faites par les assurés sociaux aux institutions de sécurité sociale à l'occasion d'une demande de prestation ou, plus largement, dans leurs rapports administratifs. Si les organismes de sécurité sociale peuvent évidemment en invoquer le contenu pour satisfaire à l'obligation de preuve qui leur incombe, cette utilisation ne prendra la forme que d'une présomption de l'homme et non d'une dispense, définitive ou temporaire, de preuve.

2. La prescription et l'échéance du délai de recours

73. Qu'il s'agisse d'une action en paiement de cotisations, de certaines prestations ou encore de la récupération de sommes de ce type payées indûment, la question de la prescription extinctive se pose régulièrement en sécurité sociale.

Même si elle ne se règle qu'occasionnellement sous l'angle de la charge de la preuve, on peut résumer ci-après les principes applicables à cette question. Ces principes s'appliquent sans particularité dans la matière de la sécurité sociale.

74. Qu'elle soit considérée comme une défense au fond ⁽²¹¹⁾ ou comme une fin de non-recevoir ⁽²¹²⁾, la prescription est toujours un moyen de défense reposant sur le postulat de l'extinction d'un droit – le droit substantiel en litige dans la première thèse, le droit d'action dans la seconde.

Par conséquent, en vertu de la théorie des éléments générateurs du droit évoquée ci-dessus, il n'appartient pas au demandeur de démontrer que son droit n'est pas éteint. Il revient au défendeur qui soulève la prescription de prouver que tel est le cas ⁽²¹³⁾.

(210) C. trav Anvers, 4 septembre 2003, *R.A.B.G.*, 2004, p. 891.

(211) En ce sens, voy. G. BLOCK, *Les fins de non-recevoir en procédure civile*, Bruylant-LGDJ, 2002, p. 125 et les références citées ; *R.P.D.B.*, tome X, v° *Prescription en matière civile*, Bruylant, n° 45.

(212) Voy. en ce sens l'article 122 du Nouveau Code de procédure civile français ; A. FETTWEISS, *Manuel de procédure civile*, Éd. de la Faculté de droit de Liège, 2^{ème} éd., p. 110 ; H. DE PAGE, *op. cit.*, tome VII, p. 995 ; G. DE LEVAL, *Éléments de procédure civile*, Larcier 2003, n° 32 C ; M. DUPONT, « Prescription et forclusion. Aspects procédurux » in H. BOULARBAH et J.F. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *Les défenses en droit judiciaire*, Larcier, 2010, p. 230 ; C. EYBEN et J. ACOLTY, « La prescription extinctive en droit civil et commercial » in B. COMPAGNION (dir.), *La prescription*, Anthémis, 2011, p. 12.

(213) Cass., 15 janvier 1999, *R.W.*, 2001-2002, p. 451 ; voy. aussi, en matière d'accidents du travail, Cass., 8 février 2010, *Chr.D.S.*, 2011, p. 259. A. VERMOTE, *La prescription en droit social*, Kluwer, 2009, p. 45.

En règle générale, cette preuve est assez simple à apporter. Puisque la date de l'acte introductif de la demande est évidemment connue, il appartient au défendeur d'établir le fait générateur de la prise de cours du délai de prescription (et s'il veut le faire avec succès, il lui revient de prouver que ce fait est éloigné de la demande d'un temps plus long que le délai de prescription applicable).

75. Si, en retour, le demandeur entend se prévaloir d'un acte interruptif de la prescription, c'est à lui de l'établir plutôt qu'au défendeur de démontrer l'absence de toute interruption ⁽²¹⁴⁾.

Cette solution nous paraît devoir se fonder sur la théorie des dispenses légales implicites de preuve ⁽²¹⁵⁾ : en organisant le régime de l'interruption, le législateur a entendu dispenser le bénéficiaire de la prescription de prouver qu'elle n'a pas été interrompue.

76. On relève par ailleurs que la législation de sécurité sociale prévoit fréquemment, sur le modèle de l'article 30, § 2, de la loi du 29 juin 1981 établissant les principes généraux de la sécurité sociale des travailleurs salariés ⁽²¹⁶⁾, un délai ordinaire complété d'un ou de plusieurs délais d'exception ⁽²¹⁷⁾. Ainsi, les délais applicables à la récupération des prestations indues sont fréquemment allongés en cas de fraude ou de comportement assimilé. Ils sont parfois raccourcis si l'assuré social était de bonne foi. Il en va de même en matière de récupération des cotisations sociales des travailleurs salariés ⁽²¹⁸⁾.

En pareil cas, il nous semble que le fait justifiant l'application du délai dérogatoire doit être établi par celui qui se prévaut d'un tel délai. En d'autres termes, il appartient au demandeur d'établir la fraude, ou le comportement assimilé, qui justifie l'application d'un délai allongé par rapport à celui de droit commun. Il revient par contre au défendeur qui invoque la prescription tirée d'un délai réduit de démontrer sa bonne foi qui en justifie l'application.

Ici encore, c'est le régime des dispenses légales implicites qui justifie cette solution.

77. Les mêmes principes sont applicables pour ce qui concerne les délais de recours en matière de sécurité sociale, dont le dépassement est traditionnellement considéré comme entraînant la déchéance du droit d'agir, c'est-à-dire comme une cause d'irrecevabilité ⁽²¹⁹⁾.

(214) D. MOUGENOT, *La preuve, op. cit.*, p. 97 et la jurisprudence (française) citée ; A. VERMOTE, *op. cit.*, p. 46.

(215) Cfr *supra* n° 38.

(216) Cette disposition légale n'est jamais entrée en vigueur.

(217) Pour un « panorama » de ces différents délais de récupération, à actualiser compte tenu notamment de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle, voy. H. MORMONT et J. MARTENS, *op. cit.*, p. 92 et ss. ; A. LINDEMANS, *Verjaring in het sociale-zekerheidsrecht*, Kluwer, 1994.

(218) L'article 42, alinéa 1^{er}, *in fine*, de la loi du 27 juin 1969 révisant l'arrêté-loi du 28 décembre 1944 concernant la sécurité sociale des travailleurs prévoit ainsi que le délai de prescription de trois années est porté à sept ans en cas de régularisations d'office à la suite de la constatation, dans le chef de l'employeur, de manœuvres frauduleuses ou de déclarations fausses ou sciemment incomplètes.

(219) Cette sanction est prévue de manière explicite par un certain nombre de textes dont l'article 8, § 3, de la loi du 27 février 1987 sur les allocations aux personnes handicapées et l'article 12, § 2, de l'arrêté royal du 23 mai 2001 portant règlement général en matière de garantie de revenus aux personnes âgées.

Il appartient donc au défendeur qui soulève la tardiveté du recours de l'établir. Cette preuve porte essentiellement sur l'existence et la date d'une notification régulière de la décision attaquée, c'est-à-dire comprenant toutes les mentions requises par les articles 14 et 15 de la Charte de l'assuré social pour faire courir le délai de recours ⁽²²⁰⁾.

À l'inverse, si le demandeur qui a introduit son recours tardivement entend faire valoir qu'il n'a pu agir autrement en raison d'une situation de force majeure, c'est à lui qu'il revient de la démontrer.

B. LA PREUVE DANS LES RECOURS DIRIGÉS CONTRE DES DÉCISIONS QUI PROCÈ- DENT D'UNE COMPÉTENCE LIÉE

1. Le principe

78. On rappelle que les décisions administratives procédant d'une compétence liée sont, dans la matière qui nous intéresse, celles d'octroi, de refus, de retrait, de révision ou de récupération des prestations de sécurité sociale. Il en va de même des décisions d'assujettissement et de désassujettissement à l'un des régimes de sécurité sociale, sur lesquelles on ne s'attardera pas dès lors qu'elles font l'objet d'une contribution séparée.

79. Ces décisions, on l'a vu, sont déclaratives de droit et non constitutives. En effet, le droit subjectif qu'elles concernent est puisé directement par l'assuré social dans la législation et dans les conditions d'octroi objectives qu'elle énonce.

Par conséquent, le contentieux consistant dans la contestation de ces décisions (ou de leur absence) porte en réalité exclusivement sur le droit subjectif à la prestation sociale qu'elles reconnaissent ou refusent de reconnaître, plutôt que sur ces décisions elles-mêmes.

80. Le caractère exclusivement subjectif de ce volet du contentieux prend donc totalement le pas sur l'origine administrative des décisions en cause ou sur la nature administrative de la partie qui les adopte.

Par conséquent, ce sont très largement les règles de preuve du contentieux civil et subjectif qui trouvent à s'appliquer, bien plus que celles qui régissent le contrôle objectif de légalité. C'est donc à l'assuré social qui conteste une décision de prouver la réunion de tous les éléments générateurs du droit subjectif auquel il prétend.

(220) Il s'agit de l'hypothèse la plus fréquente. On peut imaginer que la partie défenderesse entende se prévaloir, comme le prévoit l'article 23 de la Charte de l'assuré social, d'une prise de cours du délai résultant de la prise de connaissance de la décision par l'assuré social, qu'il lui incombe alors aussi de démontrer. On peut aussi envisager que l'institution qui n'a pas pris de décision entende se prévaloir de l'article 23, alinéa 2, de la Charte pour faire valoir que le délai a commencé à courir « à dater de la constatation de la carence de l'institution ». Indépendamment des questions diverses soulevées par cette notion (voy. M. DUMONT, « Mise en œuvre de la Charte de l'assuré social » in *Actualités de droit social*, CUP, vol. 32, p. 180 ; H. MORMONT et K. STANGHERLIN, *op. cit.*, p. 682) et qui en rendent l'application assez théorique, on se bornera à indiquer qu'il reviendrait alors à l'institution d'établir ce point de départ particulier.

Jurisprudence et doctrine sont en effet fermes sur le principe : il appartient à celui qui prétend avoir droit à une prestation sociale de démontrer toutes les conditions mises par la législation à son octroi ⁽²²¹⁾.

En outre, dès lors que le litige porte sur une prestation étalée dans le temps, il revient au bénéficiaire potentiel de prouver que les conditions d'octroi sont réunies pour la totalité de la période en cause et non à son seul point de départ. À moins que le litige ne porte sur une décision de retrait ⁽²²²⁾, la défense de l'institution de sécurité sociale consistant à faire valoir que les conditions d'octroi ne seraient plus toutes remplies à compter d'une date donnée doit s'analyser comme une simple dénégation de l'existence du droit allégué par le demandeur. Il ne s'agit donc pas de l'affirmation que le droit établi par ce dernier serait éteint, ce qui pourrait enclencher le renversement de la charge de la preuve de l'alinéa 2 de l'article 1315 du Code civil.

81. Cette preuve mise à charge de l'assuré social est d'autant plus exigeante que, on l'a vu, il appartient au juge d'examiner d'office toutes les conditions d'octroi et non uniquement celles qui ont fondé une décision de refus. En outre, on l'a signalé également, le demandeur ne peut bénéficier d'une dispense de preuve des éléments non contestés par l'organisme de sécurité sociale. Comme il a encore été indiqué, ces principes sont cependant nuancés par les effets de l'information menée par l'auditorat du travail.

On verra dans les lignes qui suivent comment cette règle de principe, appliquée quotidiennement par les juridictions sociales et qui régit la très large majorité des recours contre les décisions des institutions de sécurité sociale, doit être précisée ou nuancée dans certaines situations.

2. La preuve des conditions d'octroi et la date d'ouverture du droit à la prestation

82. Une première question qui peut se poser, même si elle ne concerne pas la charge de la preuve proprement dite, est celle de savoir si la date à partir de laquelle la prestation sociale doit être allouée est influencée par le moment auquel la preuve de ses éléments constitutifs est apportée.

83. La jurisprudence considère à cet égard généralement qu'il n'en est rien. En principe, et compte tenu du caractère exclusivement déclaratif tant de la décision administrative que du jugement, c'est à la date d'effet de la demande administrative, ou de la décision attaquée si elle est prise d'office, que s'ouvre le droit. Peu importe que ce droit ne soit consacré que judiciairement ou que sa preuve n'ait été faite que tardivement.

(221) H. BARTH, « La valeur probante du certificat médical en sécurité sociale », *J.T.T.*, 2000, p. 185 ; voy. aussi par exemple C. trav. Mons, 7 févr. 1986, *Bull. I.N.A.M.I.*, 1986, p. 418 ; C. trav. Mons, 13 déc. 1995, *Bull. I.N.A.M.I.*, 1996, p. 361.

(222) Voy. *infra* à ce sujet.

La Cour de cassation a ainsi considéré, en matière d'aide sociale ⁽²²³⁾, que « *lorsque le demandeur d'aide sociale remplit les conditions d'octroi du droit à l'aide sociale, le droit au paiement de celle-ci ne dépend pas de la date à laquelle il a produit la preuve de la réunion de ces conditions* » ⁽²²⁴⁾.

Il n'en va autrement que lorsque la législation considérée règle spécifiquement la question pour préciser que le droit ne s'ouvre qu'au moment où les pièces nécessaires à le consacrer sont transmises. Il en va ainsi en matière de chômage puisque l'article 149, § 2, de l'arrêté royal du 25 novembre 1991 précise que lorsque le dossier du chômeur est introduit hors délai et sauf reconnaissance de l'impossibilité de compléter le dossier, le droit ne s'ouvre qu'à partir du jour où les pièces manquantes parviennent au bureau de chômage ou auprès de la juridiction saisie du recours ⁽²²⁵⁾.

3. La preuve dans le recours contre une décision de révision

84. La question de la charge de la preuve en cas de contestation par l'assuré social d'une décision de révision ou de retrait donne lieu à un certain nombre d'incertitudes.

Elles dérivent de l'idée, pouvant sembler de bon sens, selon laquelle lorsque l'autorité revient sur une position antérieure, par hypothèse en défaveur de l'assuré social sans quoi n'existerait aucune contestation, il lui appartiendrait de justifier son revirement et par conséquent d'en assumer la charge de la preuve.

On ne s'étendra pas ici sur les notions de révision et de retrait, et leur régime juridique assez complexe ⁽²²⁶⁾, pour s'en tenir à cette seule question de la charge de la preuve.

85. Il est fréquemment avancé comme on vient de le dire que la charge de la preuve incombe, en cas de révision ou de retrait, à l'institution de sécurité sociale qui revient sur sa position antérieure.

(223) Et alors pourtant qu'il s'agit de la prestation de sécurité sociale pour laquelle l'octroi d'arriérés, c'est-à-dire des sommes concernant la période postérieure à la demande et antérieure à la décision judiciaire, est la plus contestée. Voy. à ce sujet : F. BOUQUELLE, P. LAMBILLON et K. STANGHERLIN, « L'absence de ressources et l'état de besoin » in H. MORMONT et K. STANGHERLIN (coord.), *Aide sociale – Intégration sociale. Le droit en pratique*, la Charte, 2011, p. 308.

(224) Cass., 9 février 2009, *Chr.D.S.*, 2010, p. 65 et concl. proc. gén. J.F. LECLERCQ. Dans le même sens C. trav. Liège, 27 juin 2006, R.G. n° 7844/05, <http://www.juridat.be>.

(225) Et cette dérogation sectorielle à la règle générale soulève du reste des questions quant à sa validité. Voy. à ce sujet : J.F. NEVEN, « Les principes de bonne administration, la Charte de l'assuré social et le chômage » in *La réglementation du chômage : vingt ans d'application de l'arrêté royal du 25 novembre 1991*, Kluwer, 2011, p. 636.

(226) Sur ces questions, voy. notamment W. VAN EECKHOUTTE, « Terugvordering en herziening » in J. PUT (dir.), *Het Handvest van de sociaal verzerkerde en bestuurlijke vernieuwing in de sociale zekerheid*, die Keure, 1999, p. 327 p. 135 ; H. MORMONT et J. MARTENS, *op. cit.*, p. 57 ; C. BEDORET, « L'autorité de chose décidée ou quand la montagne accouche d'une souris », *R.D.S.*, 2010, p. 131.

Ce point de vue est souvent soutenu dans la matière de l'aide sociale au sens large⁽²²⁷⁾ par référence à un arrêt du Conseil d'État du 15 janvier 1981⁽²²⁸⁾. Cet arrêt a considéré qu'il appartenait au CPAS, qui souhaitait suspendre une aide financière en raison de l'entretien de son bénéficiaire par un concubin, d'établir cet entretien.

On se permet cependant de relever que cet arrêt est ancien - peut-être encore influencé par une vision assez objective d'un contentieux alors entièrement traité de manière administrative, unique, assez peu explicite quant à la solution qu'il adopte et plus encore quant à ses fondements théoriques.

86. Par ailleurs, plus fondamentalement, il nous semble qu'une série de raisons militent en défaveur d'un renversement complet de la charge de la preuve au profit de l'assuré social.

On peut tout d'abord noter que l'assuré social qui conteste une décision de révision ou de retrait reste le demandeur tant au plan procédural qu'au regard du droit subjectif revendiqué. C'est toujours lui qui sollicite le bénéfice d'une prestation sociale et nullement l'institution qui se prévaut d'une créance à son égard.

Par ailleurs, dès lors que les décisions administratives procédant d'une compétence liée ne sont que déclaratives de droit et non constitutives, on n'aperçoit pas ce qui permettrait à l'assuré social de se prévaloir d'une décision antérieure, pour en solliciter le maintien, plutôt que de devoir invoquer, et démontrer, que sont réunies les conditions du droit qu'il puise directement dans la loi.

Enfin, eu égard au caractère d'ordre public de la matière de la sécurité sociale, le bénéficiaire ne peut prétendre bénéficier d'un accord de l'institution sur une application donnée de la législation, que ce soit pour le passé ou l'avenir, ou quant à une dispense de la preuve des conditions d'octroi qu'elle énonce⁽²²⁹⁾. On rappellera aussi que c'est ce caractère d'ordre public qui entraîne que la révision, quelle que soit sa cause, est une obligation pour l'institution de sécurité sociale⁽²³⁰⁾. Il n'existe donc en principe, et sauf règle spécifique, aucun droit acquis de l'assuré social au maintien d'une prestation ou d'une appréciation de l'administration⁽²³¹⁾.

(227) En ce sens : Trib. trav. Liège, 28 janvier 2008, R.G., 369.044, stradalex.com ; C. trav. Liège, 23 février 2005, R.G. n° 32.524/04, <http://www.jura.be> ; C. trav. Liège, 26 février 2003, R.G. n° 30.649/02, <http://www.juridat.be> ; C. trav. Liège, 24 janvier 2002, R.G. : 30.303/01, <http://www.juridat.be> ; P. VERSAILLES et M. VAN RUYMBEKE, « Le droit à l'intégration sociale », in *Guide social permanent – Sécurité sociale : commentaires*, Kluwer, Partie III, livre I, titre IV, chapitre VII, n° 1180.

(228) C.E., 15 janvier 1981, *CPAS de Lebbeke c. De Wolf*, n° 20.859, R.A.C.E., p. 40.

(229) En ce sens : C. trav. Bruxelles, 9 mai 2005, R.G. n° 44.522, <http://www.stradalex.com> : des décisions antérieures du fonds des maladies professionnelles ne dispensent pas l'assuré social de prouver la condition d'octroi que le Fonds conteste désormais.

(230) W. VAN EECKHOUTTE, *op. cit.*, p. 166 ; H. MORMONT et J. MARTENS, *op. cit.*, p. 73 et les références citées ; J.F. LECLERCQ, « Sécurité sociale, stop ou encore ? » discours prononcé lors de l'audience solennelle de rentrée de la Cour de cassation le 3 septembre 2007, *J.T.*, 2007, p. 619 ; J.F. NEVEN et S. GILSON, « La Charte de l'assuré social à la lumière de la jurisprudence » in J. CLESSE et F. KÉFER (dir.), *Questions de droit social*, CUP, 2007, vol. 94, p. 108.

(231) Compte tenu de l'importance donnée au principe de légalité dans la jurisprudence de la Cour de cassation, il semble également que même les principes généraux de bonne administration ne peuvent justifier le maintien d'une situation antérieure dès lors qu'elle est devenue illégale. Voy. à cet

87. Cela étant, il doit être relevé que le législateur, dans de nombreux secteurs de la sécurité sociale et aussi d'une manière commune par les articles 17 et suivants de la Charte de l'assuré social, réglemente et restreint les hypothèses dans lesquelles la révision peut avoir lieu – en les énonçant de manière limitative, dérogeant ainsi à un principe de révision inconditionnelle.

Ce faisant, on peut soutenir qu'il organise une situation contraire à la règle de principe et, partant, instaure une dispense légale implicite de preuve⁽²³²⁾.

Il peut en résulter une obligation pour l'administration, non de prouver l'absence des conditions d'octroi de la prestation retirée, mais l'existence d'un motif de révision autorisé par la législation en cause. Ainsi, l'administration peut être amenée à prouver son erreur, l'existence d'un fait nouveau ou d'un élément de preuve, une nouvelle demande, l'échéance d'un délai prévu pour une révision planifiée ou périodique, ou tout autre élément, qui justifie le réexamen du droit à la prestation.

Une fois ce motif de révision établi par l'institution de sécurité sociale, la charge de la preuve de la réunion des conditions d'octroi de la prestation en cause reviendrait classiquement à l'assuré social.

Ce point de vue, adopté par une partie de la jurisprudence⁽²³³⁾, nous paraît de nature à justifier les solutions retenues dans un certain nombre de cas cités précédemment, sans pour autant recourir à une règle, difficilement justifiable selon nous, de renversement complet de la charge de la preuve en faveur de l'assuré social.

88. On notera qu'au-delà de cette position générale qui maintient sur l'assuré social l'essentiel de la charge de la preuve, un certain nombre d'assouplissements de sa situation existent néanmoins.

Ainsi, on peut sans doute admettre que l'administration qui revient sur une décision antérieure peut se voir imposer une obligation de motivation renforcée de sa décision⁽²³⁴⁾. Il a de même déjà été envisagé que l'autorité qui revoyait son point de vue, sans justification apparente, la situation n'ayant pas été modifiée depuis des années, pouvait être tenue pour fautive notamment en ce qu'elle alourdissait de manière inconsiderée la charge de la preuve pesant sur l'administré⁽²³⁵⁾.

89. Il existe par ailleurs, dans les textes relatifs à la révision et à ses effets dans le temps, d'autres dispositions qui consacrent une forme de respect des droits acquis de l'assuré social.

L'article 17 de la Charte de l'assuré social, qui est un des acquis majeurs de ce texte, constitue le droit commun en la matière.

égard H. MORMONT et J. MARTENS, *op. cit.*, p. 103 ; Cass., 16 décembre 2002, *Chr.D.S.*, 2004, p. 202 et note D. TORFS ; Cass., 26 mai 2003, *Pas.*, 2003, I, p. 1063.

(232) Voy. *supra* n° 38 en ce qui concerne cette notion.

(233) C. trav. Bruxelles, 7 mars 2012, R.G. n° 2009/AB/52655, inédit.

(234) C. trav. Liège, 26 février 2003, R.G. n° 30.649/02, <http://www.juridat.be>.

(235) C. trav. Bruxelles, 21 décembre 2006, R.G. n° 43.978, <http://www.stradalex.com>.

Sans évoquer toutes les questions qu'il soulève⁽²³⁶⁾, de même que les dispositions sectorielles qu'il inspire⁽²³⁷⁾, on se bornera à en rappeler l'économie générale et la façon dont la charge de la preuve se répartit lors de son application.

90. L'article 17, alinéa 1^{er}, de la Charte énonce le principe général selon lequel, sous réserve des dispositions relatives à la prescription, la décision de révision sortit ses effets à la date à laquelle la décision révisée aurait dû avoir effet. La règle est donc celle de la rétroactivité.

L'alinéa 2 du même texte prévoit une exception importante en faveur de l'assuré social. Si la révision procède d'une erreur de l'administration et que la prestation accordée après révision est inférieure à celle allouée initialement, elle ne produira ses effets que pour l'avenir. En cas d'erreur de l'autorité, la rétroactivité est donc écartée si elle est défavorable à l'assuré social. Il s'agit là d'une forme de consécration légale du principe de respect des attentes légitimes d'autrui.

Cet alinéa 2 est lui-même assorti d'une nuance importante. En vertu de l'alinéa 3 de l'article 17, la rétroactivité retrouve ses droits si l'assuré social savait ou devait savoir, au sens de l'arrêté royal du 31 mai 1933⁽²³⁸⁾, qu'il n'avait pas ou plus droit à l'intégralité de la prestation en cause.

91. Du point de vue de la charge de la preuve, il ne semble guère contesté que l'assuré social qui entend bénéficier d'une limitation à l'effet rétroactif de la révision, doit établir les conditions d'application de l'article 17, alinéa 2, de la charte. Il doit donc démontrer que la prestation après révision est inférieure à celle allouée précédemment, ce qui ne pose guère de difficultés. Il doit aussi et surtout prouver que la révision procède exclusivement d'une erreur de l'institution, à l'exclusion de tout manquement de sa part ou d'un tiers.

Une fois l'article 17, alinéa 2, mis en œuvre, se pose la question de l'alinéa 3 et spécialement celle de déterminer qui, de l'assuré social ou de l'institution, doit établir que le premier savait ou devait savoir qu'il bénéficiait d'une prestation induue, ou contraire qu'il pouvait l'ignorer.

(236) Voy. à ce sujet notamment H. MORMONT et J. MARTENS, *op. cit.*, p. 59 ; J.F. NEVEN et S. GILSON, « La Charte de l'assuré social à la lumière de la jurisprudence » in J. CLESSE et F. KÉFER (dir.), *Questions de droit social*, CUP, 2007, vol. 94, p. 108 ; W. VAN EECKHOUTTE, *op. cit.*, p. 184.

(237) Voy. par exemple en revenu d'intégration : J.F. NEVEN, « La révision et la récupération » in H. MORMONT et K. STANGHERLIN (coord.), *Aide sociale – Intégration sociale. Le droit en pratique*, La Charte, Bruges, 2011, p. 563 ; en chômage : H. MORMONT, « La révision des décisions administratives et la récupération des allocations de chômage indument payées », *op. cit.*, p. 657 ; en assurance soins de santé-indemnités : S. HOSTAUX, *Le droit de l'assurance soins de santé et indemnités*, Larcier, 2009, p. 242.

(238) Arrêté royal du 31 mai 1933 concernant les déclarations à faire en matière de subventions et allocations.

La majorité de la jurisprudence ⁽²³⁹⁾ et de la doctrine ⁽²⁴⁰⁾ penchent en faveur d'une preuve à charge de l'organisme de sécurité sociale.

Il nous paraît également que le caractère d'exception de l'alinéa 3 de l'article 17 par rapport à celui qui le précède, le renvoi à l'arrêté royal du 31 mai 1933 - qui est une disposition de nature pénale - et à l'interprétation qui en est faite par la Cour de cassation ⁽²⁴¹⁾ et, enfin, le principe civiliste selon lequel la bonne foi est présumée ⁽²⁴²⁾, justifient que la charge de la preuve des éléments qui commandent l'application de cet alinéa 3 incombe à l'organisme de sécurité sociale.

4. La preuve dans le cadre de la récupération de l'indu

92. Le contentieux de la récupération des prestations sociales payées indûment se distingue d'emblée de l'ensemble des autres litiges de sécurité sociale. C'est ici l'institution de sécurité sociale qui a la qualité de partie demanderesse et fait valoir une créance, tandis que c'est l'assuré social qui y est défendeur.

Comment la preuve de cette créance doit-elle alors être rapportée, étant entendu qu'en principe, la récupération d'indu, au sens civil, suppose exclusivement la preuve du paiement et de son caractère indu, c'est-à-dire de son absence de cause ⁽²⁴³⁾ ?

93. Il nous semble en tout état de cause acquis que le paiement, première condition mise à la répétition d'indu, devra toujours être démontré par l'institution de sécurité sociale.

Pour ce qui est de la preuve du caractère indu du paiement, deux hypothèses paraissent devoir être distinguées.

La première est celle d'un indu qui ne procède pas d'une révision avec effet rétroactif. Il en va ainsi d'un indu qui résulte d'un double paiement ou du paiement d'un mon-

(239) Voy. ainsi deux arrêts, non totalement explicites cependant, de la cour du travail de Bruxelles : C. trav. Bruxelles, 23 juin 2005, *Chr.D.S.*, 2006, p. 577 et C. trav. Bruxelles, 22 décembre 2005, *Chr.D.S.*, 2006, p. 459.

(240) S. GILSON et J.F. NEVEN, « La Charte de l'assuré social à la lumière de la jurisprudence » in J. CLESSE et F. KEFER (dir.), *Questions de droit social*, CUP, 2007, vol. 94, p. 113 ; M. PALUMBO et P. KALLAI, « Lorsque l'indu n'est pas dû : les obstacles à la répétition de l'indu par l'institution de sécurité sociale », observations sous C. constit., 20 janvier 2010, *J.L.M.B.*, 2011, p. 1417. Ces deux derniers auteurs paraissent ainsi revenir sur leur position antérieure défendue dans une note d'observations de 2006 : M. PALUMBO et P. KALLAI, « La répétition de l'indu et l'assuré social de bonne foi », observations sous Cass., 26 mai 2003, *J.L.M.B.*, 2006, p. 190.

(241) En matière de choix du délai de prescription dans la matière des pensions, le Cour a jugé « *que l'application de cette disposition, (...), requiert la preuve de la connaissance par la personne qui bénéficie de la prestation qu'elle ne remplit plus les conditions d'octroi de celle-ci* » (Cass., 12 décembre 2005, *Chr.D.S.*, 2007, p. 466).

(242) Exprimé par l'article 2268 du Code civil, cette règle aurait d'après certains la force d'un principe général du droit (voy. P. VAN OMMESLAGHE, *op. cit.*, tome I, p. 96).

(243) Cass., 18 septembre 1970, *Pas.*, 1971, I, p. 48 ; Cass., 10 juin 1977, *Pas.*, 1977, I, p. 1036 ; Cass., 8 janvier 1990, *Pas.*, 1990, I, p. 534. L'erreur n'est quant à elle plus exigée à titre de condition à la répétition d'indu. Elle ne joue qu'un rôle probatoire en ce sens que celui qui réclame l'indu ne doit prouver son erreur que si un doute existe quant au caractère indu.

tant erroné, par exemple. Dans ce cas, il appartient à l'institution de sécurité sociale de démontrer également le caractère indu du paiement qu'elle entend récupérer.

La seconde hypothèse est celle d'un indu qui fait suite à une décision de révision avec effet rétroactif. Dans ce cas, l'institution qui a établi le paiement pourra démontrer son caractère indu par l'existence de cette décision de révision, à charge pour l'assuré social de la contester comme on l'a dit ci-avant.

94. Lorsque le contentieux de l'indu se noue non pas dans le cadre d'une demande émanant de l'administration à l'encontre de l'assuré social mais, en amont, par la contestation de ce dernier d'une décision de notification d'indu, les mêmes solutions nous paraissent devoir s'appliquer.

Fondamentalement, la question litigieuse reste identique et l'inversion du contentieux ne justifie pas un renversement de la charge de la preuve. On aperçoit mal en effet en quoi l'obligation mise à charge des institutions de sécurité sociale de notifier leur intention de récupération devrait avoir pour conséquence de leur permettre de bénéficier d'un régime probatoire plus favorable si cette décision est contestée comme l'assuré social en a la possibilité ⁽²⁴⁴⁾.

En bref, même si c'est l'assuré social qui agit pour remettre en cause une notification d'indu, c'est l'institution qui reste le demandeur au sens de l'article 1315 du Code civil.

5. La preuve de la catégorie de bénéficiaire applicable

95. La question de la charge de la preuve se pose régulièrement dans les litiges qui concernent la détermination de la catégorie de bénéficiaire. Cela peut s'expliquer par la fréquente complexité en fait de ce type de litige et la nécessité qui en résulte de les résoudre par application des règles sur la charge de la preuve.

96. La Cour de cassation a été amenée à se prononcer sur la question à trois reprises dans le secteur du chômage. Par ses deux arrêts du 14 septembre 1998 ⁽²⁴⁵⁾ et celui du 14 mars 2005 ⁽²⁴⁶⁾, elle a ainsi considéré qu'il appartient au chômeur qui se prétend isolé ou bénéficiaire ayant charge de famille de l'établir.

Il est difficile de déduire de ces arrêts, fortement influencés par la rédaction des dispositions spécifiques à la matière du chômage ⁽²⁴⁷⁾, une position générale transposable

(244) Mais non l'obligation puisqu'il conserve la faculté de contester l'indu au stade de la demande introduite par l'administration : voy. H. MORMONT et J. MARTENS, *op. cit.*, p. 86.

(245) Cass., 14 septembre 1998, *Pas.*, 1998, I, p. 402 et 404.

(246) Cass., 14 mars 2005, *Chr.D.S.*, 2005, p. 523.

(247) Il s'agissait dans un des premiers arrêts de l'article 160, § 2, de l'arrêté royal du 20 décembre 1963 ; dans les deux suivants de l'article 110 de l'arrêté royal du 25 novembre 1991. J.F. FUNCK explique en outre que ces arrêts ont l'air de considérer que cette preuve pourrait être apportée, au moins dans un premier temps, par la seule déclaration unilatérale du chômeur : J.F. FUNCK, « La situation familiale du chômeur et ses effets sur le droit aux allocations » in *La réglementation du chômage : vingt ans d'application de l'arrêté royal du 25 novembre 1991*, Kluwer, 2011, p. 220.

à tous les secteurs de la sécurité sociale dans lesquels existent différentes catégories de bénéficiaires.

D'autres secteurs de la sécurité sociale présentent également des spécificités de ce point de vue, telle la matière des allocations aux personnes handicapées. Cette législation prévoit en effet que l'existence d'un ménage résulte de l'inscription à titre principal à la même adresse, à charge pour la partie qui remet en cause la réalité de cette inscription d'apporter la preuve contraire⁽²⁴⁸⁾. De même, dans la matière du revenu d'intégration et de l'aide sociale, se pose fréquemment la question de la force probante de l'enquête sociale accomplie par le CPAS et qui sert de soutien à sa décision.

97. La pratique montre par ailleurs des positions jurisprudentielles parfois radicalement opposées. Certaines décisions imposent à l'organisme de sécurité sociale, en cas de recours de l'administré, de prouver les éléments à l'appui de la catégorie de bénéficiaire qu'il a retenue dans sa décision⁽²⁴⁹⁾. D'autres considèrent à l'inverse que c'est à l'assuré social qui conteste la décision administrative d'emporter la conviction quant à son caractère erroné⁽²⁵⁰⁾. D'autres décisions esquissent un schéma de preuve partagée : à l'institution de sécurité sociale de démontrer la vie sous le même toit et à l'assuré social de renverser ensuite une présomption implicite de mise en commun des questions ménagères qui en découlerait.

Il faut par ailleurs relever qu'il s'agit d'une problématique fréquemment compliquée par la question de la preuve en cas de révision⁽²⁵¹⁾ et dans laquelle il convient d'insister particulièrement sur la question de l'administration de la preuve et la nécessité d'épuiser tous les moyens d'éclairer le juge avant de recourir aux règles sur le risque de preuve.

98. En réalité, et sous réserve de ce qui a été dit au sujet des décisions de retrait et de révision de même que de règles sectorielles particulières, il ne nous apparaît pas qu'existent des éléments déterminants pour justifier une dérogation au principe de base des articles 1315 du Code civil et 870 du Code judiciaire. C'est au bénéficiaire qui agit en justice pour se voir reconnaître le droit à une allocation d'un montant plus élevé que celle accordée qu'il incombe de prouver tous les éléments générateurs de ce droit allégué. Il lui appartient donc d'apporter les éléments de fait justifiant sa charge de famille s'il a été considéré comme n'en ayant pas ou d'établir sa qualité d'isolé s'il a été considéré comme cohabitant.

La référence à une catégorie de bénéficiaire « normale » ou de droit commun, dont découlerait une preuve à charge de la partie qui entend s'en écarter, ne paraît guère pertinente. Rien ne permet réellement de considérer que la qualité d'isolé serait la norme et, par conséquent, que celles de cohabitant ou de bénéficiaire avec une fa-

(248) Article 7, § 3, de la loi du 27 février 1987 relative aux allocations aux personnes handicapées. Voy. à ce sujet par exemple : C. trav. Liège, 20 mars 2001, R.G. n° 6.666/2000, <http://www.stradalex.com>.

(249) C. trav. Liège, 23 mars 2005, R.G. n° 32.512/2004. Également en ce sens : N. BERNARD, « De l'influence du mode de logement (la cohabitation) sur le taux des allocations sociales (et donc leur montant) », *J.T.T.*, 2001, p. 487 ; C.E., 14 novembre 1995, n° 56.241, *Dr. Q.M.*, 1996, n° 12, p. 35, note N. BERNARD.

(250) C. trav. Bruxelles, 28 janvier 2010, R.G. n° 2008/AB/50.598 ; C. trav. Bruxelles, 28 mai 2009, R.G. n° 46.471, cités par J.F. FUNCK, *op. cit.*, p. 223 ; C. trav. Bruxelles, 22 novembre 2007, *J.T.T.*, 2008, p. 42.

(251) Voy. *supra* n° 84 et suivants à ce sujet.

mille à charge seraient les exceptions. D'une branche de la sécurité sociale à l'autre, la définition des catégories se fait du reste selon un ordre différent et dont il ne peut guère être tiré de conclusion.

Le fait que la démonstration de la qualité d'isolé peut imposer la preuve d'un fait négatif, à savoir l'absence de cohabitation, n'est pas non plus déterminant. D'une part, on l'a vu ⁽²⁵²⁾, la Cour de cassation s'est toujours refusée à opérer un renversement de la charge de la preuve en faveur de celui à qui incombe la preuve d'un fait négatif. D'autre part, comme on l'a également déjà signalé, certains faits négatifs peuvent être aisément prouvés par la démonstration du fait positif inverse. Ainsi, pour établir l'absence de vie sous le même toit, il peut être aisé de démontrer que le cohabitant présumé réside en réalité en un autre lieu et y paie un loyer, des charges, etc. De même, l'absence de mise en commun des questions ménagères peut aussi être prouvée lorsque le bénéficiaire démontre assumer seul l'ensemble des postes budgétaires de son ménage.

Enfin, on relèvera, même si cet élément n'est pas totalement déterminant, que le critère de l'aptitude à la preuve conforte l'idée que c'est à l'assuré social qu'il revient de prouver la catégorie de bénéficiaire dont il relève. C'est en effet toujours lui qui sera le mieux informé de sa situation ménagère et budgétaire effective et le mieux à même de produire des éléments matériels à ce sujet.

6. La preuve et les décisions de suspension et les mesures d'exclusion n'ayant pas le caractère de sanction

99. Dans un certain nombre de régimes de sécurité sociale, il est prévu, hors le cas des sanctions administratives proprement dites, des hypothèses de suspension du paiement des prestations ou d'exclusion du droit à ces prestations.

Contrairement aux sanctions, c'est-à-dire aux mesures ayant un caractère répressif, ces mesures sont liées aux conditions d'octroi des allocations elles-mêmes, plutôt qu'à la sanction d'une infraction ⁽²⁵³⁾.

C'est spécialement en matière de chômage que ces mesures d'exclusions sont fréquentes : ainsi le refus du droit aux allocations en raison de l'indisponibilité pour le marché de l'emploi, fondé sur l'article 56, §§ 1^{er} et 2, de l'arrêté royal du 25 novembre

(252) Voy. n° 11 ci-avant.

(253) Même si on ne peut que rejoindre le *Rapport de la Cour de cassation de 2004* en ce qu'il constate qu'« il est souvent malaisé de déterminer si la mesure prise par une administration à l'égard d'un bénéficiaire doit être qualifiée de sanction administrative ou de mesure résultant du défaut des conditions d'octroi » (p. 188). En réalité, dans la mesure où il s'agit toujours d'une mesure résultant du non-respect d'un comportement déterminé et lié aux conditions d'octroi de la prestation, le caractère de lien avec ces dernières paraît un critère peu efficient. C'est bien davantage la volonté répressive qui nous paraît devoir constituer un guide dans le partage entre « sanctions » et « mesures », dans la ligne des critères dégagés par la Cour européenne des droits de l'homme pour circonscrire l'application l'article 6 de la Convention (voy. à ce sujet : J. F. NEVEN et E. DERMINE, « Le contrôle de l'obligation pour les chômeurs de rechercher activement un emploi » in J. CLESSE et M. DUMONT (dir.), *Actualités de droit social*, CUP, vol 116, Anthémis, 2010, p. 127). Une vision plus cynique consisterait à considérer qu'est une sanction, ou une mesure, ce que la Cour de cassation a jugé comme tel.

1991 a été considéré comme une telle mesure ⁽²⁵⁴⁾ ; il en va de même de l'exclusion du chômeur qui est ou devient chômeur en raison de son licenciement justifié eu égard à son attitude fautive au sens de l'article 52, § 1^{er}, 2,^o de l'arrêté royal du 25 novembre 1991 ⁽²⁵⁵⁾ ; l'exclusion, fondée sur l'article 59quinquies, §§ 5, alinéa 5, et 6, de l'arrêté royal du 25 novembre 1991, du jeune travailleur qui n'a pas respecté l'engagement souscrit dans le cadre du contrat d'activation ne constitue pas non plus une sanction mais une mesure prise à l'égard d'un travailleur qui ne remplit pas les conditions d'octroi des allocations d'attente ⁽²⁵⁶⁾.

S'agissant des mesures de suspension du paiement, elles sont fréquemment liées à la condition de présence ou de résidence en Belgique mise à l'octroi d'une prestation sociale. Ainsi par exemple, l'article 38, alinéa 2, de l'arrêté royal du 11 juillet 2002 portant règlement général en matière d'intégration sociale prévoit que le droit au revenu d'intégration est suspendu lorsque le bénéficiaire séjourne plus d'un mois à l'étranger, à moins que le centre n'en décide autrement en raison de circonstances exceptionnelles justifiant ce séjour.

100. Puisqu'il est question de mesures liées aux conditions d'octroi des prestations sociales, il pourrait être considéré que la contestation des décisions qui les concernent fait reposer la charge de la preuve sur l'assuré social. À lui ainsi d'établir qu'il n'a pas séjourné à l'étranger ou encore l'absence des faits qui justifieraient une décision d'exclusion.

De la sorte, les décisions administratives imposant ces mesures devraient être traitées comme des décisions de retrait du droit à la prestation en cause.

À l'inverse, le caractère de mesure imposée par l'administration et le fait qu'elles ne peuvent l'être qu'alors que les conditions ordinaires d'octroi sont réunies, sans quoi une mesure de suspension ou d'exclusion ne se justifie même pas, induisent l'idée qu'il s'agit de décisions constatant non l'absence du droit mais le fait qu'il est éteint ou modifié, ce qui, conformément à l'article 1315, alinéa 2, du Code civil, ferait reposer la charge de la preuve sur l'administration.

Si on penche pour la seconde option, force est de constater que la jurisprudence ne paraît guère avoir tranché la question.

7. Les obligations de minutie et d'instruction du dossier et leur influence sur la charge de la preuve

101. Le principe de minutie impose à l'administration de procéder à une recherche minutieuse des faits, de récolter les renseignements nécessaires à la prise de décision et de prendre en considération tous les éléments du dossier afin qu'elle puisse adop-

(254) Cass., 3 mai 1999, R.G. F.98.0015.F, n° 257 ; *J.T.T.*, 1999, 483, et la note signée P. GOSSERIES.

(255) Cass., 18 février 2002, R.G. S.01.0138.N ; voy. aussi C. trav. Bruxelles, 22 février 2007, R.G. n° 45.353, <http://www.juridat.be> ; C. trav. Bruxelles, 12 mai 2010, R.G. n° 2008/AB/51483, <http://www.juridat.be>.

(256) Cass., 5 novembre 2012, S.10.0097.F.

ter une décision en connaissance de cause et après avoir raisonnablement apprécié tous les éléments utiles à la résolution du cas d'espèce⁽²⁵⁷⁾.

102. Au-delà de ce principe général dégagé de la jurisprudence du Conseil d'État, diverses règles transversales ou sectorielles imposent aux organismes de sécurité sociale l'obligation de compléter eux-mêmes le dossier de l'assuré social.

Il en va ainsi tout particulièrement de l'article 11 de la loi du 15 janvier 1990 relative à l'institution et à l'organisation d'une Banque-carrefour de la sécurité sociale. Selon ce texte, lorsque les données sociales sont disponibles dans le réseau de la Banque-carrefour, les institutions de sécurité sociale sont tenues de les demander exclusivement à celle-ci et elles sont également tenues de s'adresser à la Banque-carrefour lorsqu'elles vérifient l'exactitude des données sociales disponibles dans le réseau.

Ce texte a pour objectif de faire en sorte que les informations nécessaires à statuer sur les droits des assurés sociaux ne leur soient demandées qu'une seule fois. L'idée directrice en est donc que les institutions cherchent elles-mêmes les données disponibles dans le réseau plutôt que de les demander aux intéressés⁽²⁵⁸⁾.

La même idée inspire également l'article 11 de la loi du 11 avril 1995 visant à instituer la Charte de l'assuré social et selon lequel l'institution de sécurité sociale qui doit examiner une demande recueille d'initiative toutes les informations faisant défaut en vue de pouvoir apprécier les droits de l'assuré social.

Ces textes transversaux sont doublés de dispositions sectorielles imposant le même type d'obligations aux organismes de sécurité sociale. On peut citer à cet égard⁽²⁵⁹⁾ l'article 134bis de l'arrêté royal du 25 novembre 1991 portant réglementation du chômage, l'article 9, § 1^{er}, de l'arrêté royal du 22 mai 2003 relatif à la procédure concernant le traitement des dossiers en matière des allocations aux personnes handicapées, l'article 19, alinéas 1 et 2, de l'arrêté royal du 21 décembre 1967 portant règlement général du régime de pension de retraite et de survie des travailleurs salariés.

103. La question se pose de savoir si ces dispositions et les obligations qu'elles imposent aux institutions de sécurité sociale modifient le partage de la charge de la preuve entre ces institutions et les assurés sociaux. En d'autres termes, l'assuré social serait-il dispensé de la preuve des éléments d'information que l'institution devait collecter elle-même, si une contestation existe à leur sujet ?

104. La question doit être distinguée de deux autres assez proches.

La première est celle de savoir qui peut apporter la preuve contraire des informations recueillies via le Registre national des personnes physiques ou la Banque-carrefour de la sécurité sociale et comment cette preuve contraire peut être délivrée. Cette ques-

(257) J. JAUMOTTE, « Les principes généraux du droit administratifs à travers la jurisprudence administrative », *Le Conseil d'État de Belgique cinquante ans après sa création (1946-1996)*, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 687.

(258) F. ROBBEN, « Bewijsrecht en informatietechnologie : de aanpak in de Belgische sociale zekerheid », *R.D.S.*, 1993, p. 161.

(259) Voy. P. LAURENT, *op. cit.*, p. 662.

tion, qui n'est pas abordée par la loi sur la Banque-carrefour⁽²⁶⁰⁾ ni par la Charte mais est fréquemment réglée par les législations sectorielles, est étrangère à celle de la charge de la preuve.

La seconde question est celle de l'influence des dispositions qui viennent d'être évoquées sur l'appréciation des obligations respectives des parties au regard du reproche fait au demandeur d'un manque de collaboration ou d'une demande complétée tardivement. Cette appréciation a notamment lieu dans le secteur de l'aide sociale au sens large, où il est régulièrement invoqué⁽²⁶¹⁾ que la collaboration du demandeur d'aide à l'enquête sociale est une condition de l'intervention du CPAS. Elle a encore lieu, comme on l'a signalé, dans la matière du chômage où le moment auquel les éléments d'information ou de preuve sont fournis par le demandeur est susceptible d'influencer la date d'ouverture de son droit aux allocations.

Dans ce cadre, il est évident que les dispositions légales ou réglementaires en cause ont un rôle majeur. Dans la mesure où elles font le partage entre les éléments dont la collecte est à charge de l'une et l'autre des parties, elles tracent les limites de ce qui peut être exigé de l'assuré social et, partant, de ce qui peut lui être reproché de n'avoir pas communiqué.

105. Revenant à la question de la charge de la preuve des éléments dont la recherche incombe à l'administration, on notera en premier lieu qu'elle est fort théorique.

Il est en effet question d'éléments d'information administrative assez généraux (domicile, état civil, périodes d'assujettissement ou de prise en charge par l'un ou l'autre régime, etc.) et aisément accessibles à l'administration. Par conséquent, il sera en réalité exceptionnel que ces éléments, alors qu'ils seraient nécessaires à trancher le litige, ne soient produits au débat ni par l'administration, ni par le demandeur, ni par le ministère public ou par la réalisation de mesures d'instruction et que le juge soit finalement contraint de statuer en leur absence.

Si tel devait être le cas, il ne semble pas certain que le manquement de l'administration à son obligation, qui relève en fin de compte de l'administration de la preuve, devrait avoir pour conséquence de transférer sur elle le risque de la preuve.

C. LA PREUVE DANS LES RECOURS CONTRE DES DÉCISIONS TRADUISANT UN POUVOIR DISCRÉTIONNAIRE

106. Les décisions qui procèdent d'une compétence discrétionnaires sont, on l'a vu, celles qui se prononcent sur la renonciation à récupérer un indu⁽²⁶²⁾, sur la renonciation à l'application de sanctions civiles ou sur l'octroi de dérogations à certaines conditions d'octroi de prestations.

(260) F. ROBBEN, *op. cit.*, p. 162 ; F. ROBBEN, « Informatisering en sociale zekerheid anno 2000 : status questionis, strategische opportuniteit en juridische aspecten » in *Actuelen problemen van het sociale zekerheidsrecht*, vol 5, Die Keure, 1999, p. 410.

(261) Mais à tort selon nous : voy. M. DE RUE, « La procédure administrative » in H. MORMONT et K. STANGHERLIN (coord.), *op. cit.*, p. 537 mais cependant aussi l'arrêt suivant : Cass., 30 novembre 2009, *J.T.T.*, 2010, p. 65.

(262) Pour un exemple, C. trav. Bruxelles, 28 mars 2011, *J.T.T.*, 2011, p. 460.

Elles sont donc en nombre assez restreint et le contentieux auquel elles donnent lieu l'est plus encore. Il en va d'autant plus ainsi que la reconnaissance de la compétence des juridictions judiciaires pour en connaître est récente ⁽²⁶³⁾ ⁽²⁶⁴⁾.

107. On rappelle également que ces décisions administratives ne portent pas sur des droits subjectifs. Il s'agit donc d'actes administratifs constitutifs de droit et non déclaratifs de celui-ci. Le contentieux qui en découle consiste exclusivement en un contrôle objectif de légalité, sanctionné par l'annulation et sans pouvoir d'appréciation en opportunité, ni de substitution par le juge de sa décision à celle qu'il annule.

En d'autres termes, le contrôle judiciaire de ces décisions est très largement similaire, voire identique, au contrôle de légalité opéré par le Conseil d'État au contentieux de l'annulation ⁽²⁶⁵⁾. Certaines de ces décisions relevaient du reste encore de ce contentieux il y a peu.

108. Dès lors que les questions de la compétence et des pouvoirs du juge sont distinctes ⁽²⁶⁶⁾ et que les règles de preuve sont déterminées par la nature de la procédure plutôt que par la juridiction qui en connaît, il nous paraît que les règles régissant la charge de la preuve devraient, même devant les juridictions judiciaires, s'inspirer de celles en vigueur au contentieux de l'annulation.

Ce serait par conséquent, dès lors que la décision administrative est contestée et que le demandeur a assumé la charge de l'allégation, à l'institution de sécurité sociale de justifier la légalité de son acte et d'établir les éléments de faits nécessaires à cet égard, notamment par la production de son dossier administratif.

La dérogation apparente aux articles 1315 du Code civil et 870 du Code judiciaire que constitue cette proposition peut se justifier, outre par les considérations évoquées ci-avant, par le fait que la prétention initiale n'est pas celle de l'administré requérant mais celle de l'administration qui modifie l'ordre établi en adoptant un acte constitutif de droit.

À notre connaissance, aucune décision ne s'est encore explicitement prononcée sur la charge de la preuve dans ce cadre.

(263) Pour ce qui concerne les recours contre les décisions du Comité de gestion de l'O.N.S.S. en matière de sanctions civiles, la problématique a été relancée dans le courant des années 2000 et ne s'est clôturée que par l'arrêt de la Cour de cassation du 30 mai 2011 (Cass., 30 mai 2011, *Chr.D.S.*, 323 et obs J. PUT et E. VAN GRUNDERBEEK), voy. H. MORMONT, observations sous C.E. 24 février 2010, *J.T.*, 2010, p. 317. De même en matière de renonciation à la récupération de l'indu, c'est l'arrêt de la Cour d'arbitrage du 21 décembre 2004 qui a ouvert les portes de la compétence des juridictions judiciaires (C.A, 21 décembre 2004, n° 207/2004, *J.L.M.B.*, 2005, p. 324 et observations I. MATHY).

(264) Ainsi, n'a été franchi que tout récemment par la Cour de cassation: Cass., 8 mars 2013, R.G. C.12.04008.N, *juridat.be*. le pas vers la reconnaissance de la compétence des juridictions du travail pour connaître des recours contre les décisions de la commission des dispenses de cotisation des travailleurs indépendants.

(265) Voy. e.a. P. JOASSART, *op. cit.*, p. 281.

(266) Cass., 30 mai 2011, *Chr.D.S.*, 323 et obs J. PUT et E. VAN GRUNDERBEEK.

D. LA PREUVE DANS LES RECOURS CONTRE DES DÉCISIONS INFLIGEANT UNE SANCTION ADMINISTRATIVE

109. Les décisions infligeant des sanctions administratives sont nombreuses dans la matière de la sécurité sociale, qu'elles visent les employeurs ou les assurés sociaux.

Dans la mesure où, comme on l'a vu, le principe général de la présomption d'innocence leur est applicable, il emporte l'application des règles traditionnelles sur l'administration et la charge de la preuve en matière pénale.

110. Il appartient donc à l'institution de sécurité sociale seule d'apporter la preuve tant des faits qui sont visés par sa décision de sanction que du respect des formes imposées à l'occasion de l'adoption ou de la notification de la décision⁽²⁶⁷⁾.

L'assuré social qui fait l'objet de la sanction dispose quant à lui de la possibilité d'adopter une attitude strictement passive à cet égard. S'il invoque par ailleurs une cause de justification, pour autant que ces allégations ne soient pas dénuées de tout élément de nature à leur donner du crédit, c'est à l'organisme de sécurité sociale qu'il appartiendra d'en établir l'inexistence.

Le risque de la preuve est également intégralement à charge de l'administration ayant adopté la sanction puisque l'insuffisance de preuve quant aux éléments qui précèdent conduira à l'annulation de la sanction en cause⁽²⁶⁸⁾.

CONCLUSION

111. On peut conclure ce parcours à travers la matière de la charge de la preuve en sécurité sociale par quelques constats.

Le premier est celui que les décisions qui font explicitement application des règles sur la charge de la preuve ne sont finalement guère nombreuses. Celles qui énoncent clairement ces règles et la manière dont elles s'appliquent en ce domaine le sont encore moins. La matière donne donc le sentiment d'un champ d'investigation peu exploré, en particulier au regard de sa complexité.

112. Le second constat, plus prévisible et évident, est celui du rôle fondamental joué par le caractère d'ordre public du droit de la sécurité sociale.

Ce caractère d'ordre public a des conséquences probatoires importantes. Il exclut en effet la délimitation par les parties de la matière litigieuse, que ce soit de manière volontaire par l'aveu ou involontaire par l'absence de contestation d'un fait allégué. Il en résulte un des aspects de ce qu'on qualifie habituellement de pleine juridiction en sécurité sociale, à savoir l'obligation pour le juge de se pencher même d'office sur toutes les conditions d'octroi de la prestation litigieuse ou sur toutes les conditions de validité de la décision attaquée. Il en découle pour le demandeur d'une prestation

(267) Telles que les exigences d'audition préalable et de motivation formelle de la décision.

(268) En principe sans substitution dans ces hypothèses et compte tenu des principes énoncés ci-avant au n° 29.

sociale un alourdissement évident par rapport au droit commun de la charge de la preuve.

113. Le troisième constat qui peut être réalisé est celui du rôle central joué par l'auditorat du travail dans le contentieux de la sécurité sociale. L'action de l'auditorat, qui s'inscrit au plan de l'administration de la preuve en nourrissant le débat d'éléments complémentaires à ceux apportés par les parties, favorise en effet nettement la manifestation de la vérité et diminue donc le rôle joué par les règles sur la charge de la preuve. Ainsi, cette intervention vient former un contrepoids important à la lourde charge probatoire qui pèse sur les assurés sociaux.

114. Le quatrième et dernier constat à accomplir est celui d'un contentieux qui, du point de vue de la charge de la preuve comme sous d'autres aspects, présente un caractère diversifié et complexe.

On l'a vu, la question du fardeau de la preuve en sécurité sociale n'obéit pas à une règle unique ou uniforme mais doit recevoir des réponses diverses et nuancées. Ces solutions multiples sont la conséquence du caractère hybride du contentieux de la sécurité sociale, impliquant l'administration mais traité devant des juridictions judiciaires. Elles résultent aussi de la diversité des compétences - liée, discrétionnaire ou répressive - exercées par les institutions de sécurité sociale. Un des fils conducteurs de l'exposé a ainsi été de faire apparaître comment la classification tripartite du contentieux traditionnellement établie pour la détermination des pouvoirs du juge pouvait également trouver une pertinence en matière de charge de la preuve. Dès lors en effet que cette dernière question est déterminée par la nature du litige davantage que par la juridiction qui en traite, il paraît logique que les divers volets du contentieux de la sécurité sociale empruntent leurs solutions aux grands contentieux - civil, administratif ou répressif - qu'ils transposent.

115. Spécificité par rapport au droit commun et diversité - tant dans les mécanismes mis en œuvre que dans ses sources d'inspiration - caractérisent donc, pour le dire en peu de mots, le contentieux judiciaire de la sécurité sociale abordé sous l'angle de la charge de la preuve. C'est aussi ce qui donne à son étude et à sa pratique un intérêt sans cesse renouvelé.