

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Approche transversale

Deumer, Jérôme; GILSON, Steve; Rosier, Karen; Glorieux, Mikaël

Published in:

Regards croisés sur la sécurité sociale

Publication date:

2012

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Deumer, J, GILSON, S, Rosier, K & Glorieux, M 2012, Approche transversale: Particularités de la preuve en droit de la sécurité sociale. dans *Regards croisés sur la sécurité sociale*. Commission Université-Palais , Anthemis, Limal, pp. 382-440.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

CHAPITRE 1

Approche transversale – Particularités de la preuve en droit de la sécurité sociale

Jérôme DEUMER

Assistant à la Faculté de droit de l'U.C.L.¹

Avocat

Steve GILSON

Maître de conférences invité à la Faculté de droit de l'U.C.L.²

Chargé de cours à l'ICHEC

Avocat

Karen ROSIER

Assistante à la Faculté de droit de l'Université de Namur

Chercheuse au CRIDS

Avocate

Mikaël GLORIEUX

Collaborateur scientifique de l'U.C.L.³

Avocat

Introduction

1. Dans le présent chapitre, retenant une approche transversale de la preuve en droit de la sécurité sociale, nous examinons quelques particularités dans cette matière. Dans un premier temps, nous rappelons l'incidence du caractère d'ordre public de la sécurité sociale et celle du droit au respect de la vie privée sur le recueil des preuves (section 1). Dans un second temps, nous traitons des présomptions et de l'assujettissement (section 2) à la sécurité sociale des travailleurs salariés (A) ou à la sécurité sociale des travailleurs indépendants (B), avant d'évoquer une question particulière qui est celle du désassujettissement (C).

1. Atelier de droit social – Crides.
2. Atelier de droit social – Crides.
3. Atelier de droit social – Crides.

SECTION 1

Preuve, ordre public et droit au respect de la vie privée

A. Incidence du caractère d'ordre public de la sécurité sociale

2. Il est généralement admis que sont d'ordre public les dispositions qui déterminent le champ d'application ainsi que les conditions d'octroi des droits à la sécurité sociale⁴, la déduction et le calcul des cotisations de sécurité sociale⁵, ainsi que l'interdiction pour l'employeur qui n'a pas effectué les retenues de sécurité sociale de les récupérer à charge du travailleur⁶. Il en va de même en ce qui concerne les dispositions relatives à l'assujettissement au statut social des travailleurs indépendants⁷.

Une des conséquences principales du caractère d'ordre public de la sécurité sociale, en termes de preuve, est que l'aveu y est, en théorie, exclu⁸. Il est ainsi reconnu que l'aveu ne peut pas porter sur un fait déterminant pour l'applicabilité d'une loi intéressant l'ordre public⁹. Une déclaration qui aurait été constitutive d'aveu ne peut bénéficier de cette qualité parce qu'elle touche à une disposition d'ordre public, elle devrait alors être qualifiée soit de commencement de preuve par écrit, soit de présomption¹⁰.

On avait relevé que, s'il est exact qu'en vertu de la nature du caractère accusatoire de la procédure civile, il appartient aux parties de faire valoir leurs preuves, le juge a le pouvoir d'ordonner les mesures d'instruction qui lui paraissent indispensables, par exemple la production de documents, des enquêtes, expertises, comparution personnelle, descente sur les lieux, etc.¹¹. Ce pouvoir d'initiative du juge ne peut être que renforcé dans une matière qui touche à l'ordre public et doit être exercé en respectant le principe du dispositif et les droits de la défense.

⁴ Cass., 28 décembre 1988, *J.T.T.*, 1989, p. 23 ; Cass., 24 avril 1989, *Pas.*, 1989, I, p. 877.

⁵ Cass., 27 septembre 1962, *Pas.*, 1963, I, p. 124 ; Cass., 8 octobre 1979, *J.T.T.*, 1980, p. 172 ; Cass., 1^{er} février 1993, *Pas.*, 1993, I, p. 129.

⁶ Cass., 19 décembre 1988, *J.T.T.* 1988, p. 423.

⁷ Cour trav. Gand, sect. Bruges, 9 janvier 1990, *R.W.*, 1990-1991, p. 128 ; Cour trav. Anvers, 16 octobre 1992, *J.T.T.*, 1993, p. 178 ; Trib. trav. Gand, 5 octobre 1993, *Chron. D.S.*, 1994, p. 187.

⁸ Pour l'aveu, on verra L. KERZMANN, « Le point sur l'aveu en matière civile », in Fr. KUTY et D. MOUGENOT, *La preuve. Questions spéciales*, CUP, vol. 99, Anthemis, 2008, pp. 155 et s.

⁹ Cass., 24 avril 2006, *J.T.T.*, 2007, p. 224.

¹⁰ L. KERZMANN, « Le point sur l'aveu en matière civile », *op. cit.*, p. 168.

¹¹ St. GILSON, K. ROSIER, E. DERMINE, « La preuve en droit du travail », in *La preuve. Questions spéciales*, *op. cit.*, p. 214.

B. Incidence du droit à la protection de la vie privée

1. Avant-propos

3. Le recueil de preuves dans le cadre d'une décision prise à l'encontre d'un assuré social ne peut se faire en violation du droit au respect de la vie privée. Ce droit doit toutefois être appliqué dans un contexte où l'assuré social doit apporter la preuve de la réunion de certaines conditions d'octroi et où l'institution de sécurité sociale doit pouvoir vérifier certaines déclarations. Ce contexte varie d'ailleurs selon qu'il s'agit d'un régime de sécurité sociale au sens strict ou d'un régime d'aide sociale exigeant, du fait de son caractère résiduaire, la preuve d'un état de besoin.

4. À cet égard, on peut distinguer la question de droit au respect de la vie privée de celle de la protection des données à caractère personnel. Bien que la seconde dérive de la première, la législation relative à la protection des données a de longue date un cadre légal propre et a depuis peu été affirmée comme un droit distinct du droit au respect de la vie privée à l'article 8 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne¹². La protection des données à caractère personnel a d'ailleurs une portée plus large puisqu'elle vise à intervenir lorsqu'il s'agit de traiter des données relatives à une personne physique identifiée ou identifiable, indépendamment du fait que cette donnée concerne la sphère privée. Elle procède de ce fait d'une logique différente au niveau de son champ d'application. Ainsi, pour établir s'il y a ou non ingérence dans la vie privée d'un individu, on devra tout d'abord vérifier s'il y a atteinte à ce qui relève de la vie privée ou non, alors que tel n'est pas le cas dans le cadre de la protection des données à caractère personnel. La législation s'applique lorsqu'il y a mise en œuvre d'opérations de traitement sur les données à caractère personnel. Nous y reviendrons.

Tout d'abord, nous nous proposons d'examiner la question du droit au respect de la vie privée. Le propos ne se veut pas exhaustif. Il entend illustrer la problématique par rapport à des cas de figure dans lesquels la conciliation du droit au respect de la vie privée dans le cadre de l'application de certaines lois relevant de la sécurité sociale peut poser problème. Il y a lieu de noter que la matière de la sécurité sociale est propice à des conflits éventuels entre, d'une part, la nécessité de recueillir des informations exactes et complètes pour servir de base à des décisions, par exemple, en matière de chômage ou d'aide sociale, et, d'autre part, le droit au respect de la vie privée dont ne peuvent être privés les assurés sociaux ou bénéficiaires de prestations sociales qui se trouvent précarisés. On voit donc que la délimitation des ingérences acceptables sera bien souvent délicate. À cela s'ajoute le sort à réserver à des preuves obtenues en violation du droit au respect de la vie privée.

Nous aborderons ensuite quelques questions particulières liées à la protection des données. La législation relative à la protection des données à caractère personnel a trouvé un domaine d'application de prédilection en matière de sécurité sociale au vu

12. Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, *J.O.U.E.*, n° C 83, 30 mars 2010, (<http://eur-lex.europa.eu/fr/treaties/index.htm>).

de la quantité de données recueillies par les institutions de sécurité sociale. La volonté d'encadrer les flux de données en la matière a notamment donné lieu à la création de la Banque-Carrefour de la sécurité sociale avec l'adoption de la loi du 15 janvier 1990 relative à l'institution et à l'organisation d'une Banque-carrefour de la sécurité sociale. La loi du 8 décembre 1992 n'est pas non plus sans implication puisqu'elle a vocation à s'appliquer dès que des données relatives à des personnes physiques sont enregistrées sur un support automatisé ou intégrées dans un fichier papier.

2. Droit au respect de la vie privée

a) Fondements légaux

5. Le droit au respect de la vie privée est consacré par plusieurs dispositions. L'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme a fortement influencé le contenu de la protection, notamment en droit belge. Ainsi, le Constituant a expressément indiqué que le contenu de la protection de l'article 22 de la Constitution devait s'entendre comme s'alignant sur celle de l'article 8 de la Convention¹³. Aussi, on constate que, plus récemment, l'article 7 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne est venu compléter ce cadre légal, en ce qu'il dispose que « Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de ses communications ».

Nous nous proposons d'analyser l'incidence que peut avoir le droit au respect de la vie privée en matière de preuve en sécurité sociale. Le propos sera nécessairement trop général dans la mesure où il n'est pas possible d'envisager toutes les questions qui peuvent se poser en la matière. Seront toutefois évoquées, à titre d'illustrations, quelques pratiques particulières. Ceci dit, nous n'analyserons pas la question de savoir quelles sont les données qui peuvent être recueillies dans le respect du droit au respect de la vie privée¹⁴ ou de la législation relative à la protection des données. Il s'agit dans ce cas de déterminer si l'information est pertinente, voire légitime pour prendre une décision à l'encontre d'un assuré social. Nous aborderons les questions posées en termes de respect du droit à la vie privée, retenant comme angle d'approche la manière dont les informations concernant les assurés sociaux sont obtenues. En effet, la question posée est *in fine* celle de l'incidence du respect du droit à la vie privée sur la recevabilité de la preuve.

b) Objet et limites de la protection

6. En vertu de l'article 8, § 1^{er}, de la Convention européenne des droits de l'homme, « Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance ».

13. Proposition de révision du titre II de la Constitution en vue d'y insérer un article 24^{quater} relatif au respect de la vie privée, rapport fait au nom de la commission, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 1992-1993, n° 997/5, p. 2.

14. Voy. à cet égard Ph. GOSSERIES, « Vie privée et droit belge de la sécurité sociale », *J.T.T.*, 1987, 1^{re} partie, pp. 53-57 ; 2^e partie, pp. 69-78 ; 3^e partie, pp. 89-97.

Cependant, ce droit n'est pas absolu. L'article 8, § 2, de la Convention dispose en effet que :

« Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui ».

7. L'ingérence doit tout d'abord être prévue par une « loi » qui soit suffisamment précise, claire, accessible et prévisible¹⁵. Cette exigence traduit le *principe de légalité*. Pour l'application dudit article 8, le terme « loi » désigne toute norme de droit interne, écrite ou non, pour autant que celle-ci soit accessible aux personnes concernées et soit énoncée de manière précise¹⁶. Elle ne doit pas nécessairement être une loi au sens formel du terme. En revanche, l'article 22 de la Constitution, qui proclame également l'existence du droit au respect de la vie privée, n'autorise une telle ingérence que « dans les cas et conditions fixés par la loi », cette fois au sens formel du terme¹⁷.

8. Du libellé du paragraphe 2 de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme se déduit également un *principe de finalité* aux termes duquel l'ingérence doit, en outre, poursuivre un des buts légitimes qui y sont limitativement énoncés.

9. Enfin, l'ingérence doit être une mesure « nécessaire, dans une société démocratique, à la poursuite de ce but ». La Cour européenne des droits de l'homme a précisé à cet égard, dans un arrêt *Olsson c. Suède* que « [...] la notion de nécessité implique une ingérence fondée sur un besoin social impérieux et notamment proportionné au but légitime recherché [...] »¹⁸. Il en résulte que non seulement la mesure d'ingérence doit être utile à la réalisation du but poursuivi mais qu'elle doit, de surcroît, être la moins dommageable pour la réalisation de ce but. Ce *principe de proportionnalité* invite donc à vérifier « si un juste équilibre a été ménagé entre ce but et le droit en cause, tenant compte de son importance et de l'intensité de l'atteinte portée »¹⁹.

15. Notamment : C.E.D.H., 26 avril 1979, *Sunday Times*, Série A, n° 30, § 49.

16. Cass., 2 mai 1990, *J.T.*, 1990, p. 469.

17. P. JOASSART, « Le droit à la vie privée dans les relations de travail », in *Vie privée au travail*, Anthemis, 2011, pp. 152-153.

18. C.E.D.H., 24 mars 1988, *Olsson c. Suède*, Série A, n° 130, pp. 31-32, § 67.

19. V. COUSSIRAT-COUSTÈRE, « Article 8 § 2 », in L.-E. PETTITI, E. DECAUX et P.-H. IMBERT (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, Paris, Economica, 1995, p. 338. Voy. sur ces questions : F. LAMBINET, K. ROSIER et St. GILSON, *Le droit au respect de la vie privée du travailleur*, Anthemis, 2012.

c) Cas d'application en matière d'aide sociale au sens large

10. Les objectifs poursuivis en la matière appellent nécessairement certaines ingérences dans la vie privée des demandeurs d'aide. Certaines décisions le mettent d'ailleurs expressément en évidence, en soulignant qu'à partir du moment où un individu sollicite l'aide de la collectivité, il doit s'attendre à certaines ingérences dans sa vie privée.

Ainsi, dans un jugement du 28 juin 2006, le tribunal du travail de Bruxelles constate-t-il qu'« En sollicitant une aide de la collectivité, le bénéficiaire doit s'attendre à ce que des éléments personnels soient portés à la connaissance des travailleurs sociaux, dont la mission est de réaliser une enquête sociale destinée à vérifier si les conditions d'octroi du droit à l'intégration sociale sont remplies, obligeant notamment de constater le lieu de résidence de l'intéressé »²⁰. Dans un jugement du 31 octobre 2001, ce même tribunal avait également considéré que l'obligation de collaboration imposée au demandeur d'aide ne constitue pas, en soi, une violation du respect dû à la vie privée du demandeur²¹.

11. Ces ingérences doivent être encadrées par une loi en vertu de l'article 22 de la Constitution.

12. En matière d'aide sociale au sens strict, on relèvera tout d'abord l'article 60, § 1^{er}, de la loi organique du 8 janvier 1976 des centres publics d'action sociale. Cette disposition délimite les ingérences admissibles en prévoyant que « L'intervention du centre est, s'il est nécessaire, précédée d'une enquête sociale, se terminant par un diagnostic précis sur l'existence et l'étendue du besoin d'aide et proposant les moyens les plus appropriés d'y faire face. L'intéressé est tenu de fournir tout renseignement utile sur sa situation et d'informer le centre de tout élément nouveau susceptible d'avoir une répercussion sur l'aide qui lui est octroyée ». L'enquête est donc facultative et son objet délimité par la finalité de l'enquête sociale : déterminer l'existence et l'ampleur de l'état de besoin. On peut donc en déduire que seules les informations pertinentes pour apprécier cet état de besoin peuvent être recherchées.

20. Trib. trav. Bruxelles, 15^e ch., 28 juin 2006, *X c. C.P.A.S. Ganshoren*, R.G. n° 6.290/06, tel que cité in *Le droit à l'intégration sociale à travers la jurisprudence de l'année 2006*, rapport réalisé à la demande du ministre de l'Intégration sociale par Ph. VERSAILLES et al., décembre 2008, disponible sur <http://www.dfls.be/cpas/texte.pdf>.

21. Trib. trav. Bruxelles, 15^e ch., 31 octobre 2001, *X c. C.P.A.S. Etterbeek et État belge*, R.G. n°s 11.510/01 et 17.453/01, tel que cité in *Le minimum de moyens d'existence et l'aide sociale à travers la jurisprudence de l'année 2001*, rapport réalisé à la demande du ministre de l'Intégration sociale, décembre 2002, disponible sur <http://www.mi-is.be/sites/default/files/doc/jurisprudence2001.pdf>. Voy. également, en ce sens, Cour trav. Gand, sect. Bruges, 6^e ch., 17 janvier 2002, *X c. C.P.A.S. Bruges*, R.G. n° 2001/237, cité in *Le minimum de moyens d'existence et l'aide sociale à travers la jurisprudence de l'année 2002*, rapport réalisé à la demande du ministre de l'Intégration sociale, mars 2004, disponible sur <http://www.mi-is.be/sites/default/files/doc/jurisprudence2002.pdf>.

Ceci étant, comme le précise Maité De Rue, « si une enquête s'avère déficiente, la décision du C.P.A.S. qui a été prise sur la base de cette enquête pourra être annulée par le tribunal du travail. Ce dernier pourra alors se baser sur tous les éléments complémentaires, soumis par les parties ou récoltés par le ministère public, qui viennent éclairer la situation du demandeur »²².

À cet égard, l'auteure relève encore que « d'une manière plus marginale sans doute, certains tribunaux vont tirer une conséquence plus radicale du caractère lacunaire d'une enquête sociale : il a été jugé en effet "qu'avec une telle enquête, le C.P.A.S. ne contredit pas sérieusement les allégations avancées par le demandeur et non dépourvues de vraisemblance, en manière telle que le recours doit être déclaré fondé" »²³.

13. L'approche du législateur est autre lorsqu'il s'agit de l'octroi d'un revenu d'intégration sociale. Dans ce cas, l'enquête s'impose en vertu de l'article 19 de la loi du 26 mai 2002 concernant le droit à l'intégration sociale. La loi précise que, dans ce cadre, « L'intéressé est tenu de fournir tout renseignement et autorisation utile à l'examen de sa demande » tandis que « Le centre recueille toutes les informations faisant défaut en vue de pouvoir apprécier les droits de l'intéressé, lorsque le demandeur ne peut le faire ». Les limites posées à l'action du C.P.A.S. sont donc moins balisées puisque toute information « utile » peut être demandée et recherchée pour « apprécier des droits de l'intéressé ».

Par ailleurs, aux termes de l'article 6, § 1^{er}, 4^o, de l'arrêté royal du 11 juillet 2002 portant règlement général en matière de droit à l'intégration sociale, il est prévu que la demande est instruite sur la base d'un formulaire préétabli, dûment complété et qui comporte notamment « l'autorisation donnée par le demandeur au centre de vérifier tous renseignements et déclarations auprès des organismes financiers, des institutions de sécurité sociale et des administrations publiques et notamment auprès des fonctionnaires du Service de Mécanographie de l'Administration des Contributions directes et du receveur de l'enregistrement et des domaines ».

14. Certains auteurs ont d'ailleurs mis en doute la compatibilité de cette disposition avec le droit au respect de la vie privée²⁴.

L'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme doit en toute hypothèse prévaloir de sorte qu'à notre sens, il conviendra de vérifier, le cas échéant, que les mesures prises dans le cadre de l'enquête sociale répondent aux conditions énoncées au second paragraphe de cet article²⁵. Les mesures d'instruction prises dans

22. M. DE RUE, « La procédure administrative », in H. MORMONT et K. STANGHERLIN (coord.), *Aide sociale – Intégration sociale. Le droit en pratique*, La Chartre, 2011, p. 532, et référence citée.

23. *Ibid.*, pp. 532 et 533, et références citées.

24. M. VAN RUYMBEKE et Ph. VERSAILLES, « L'ancien et le nouveau – Comparaison entre la loi nouvelle et le régime du minimum des moyens d'existence », in *Vers le droit à l'intégration sociale*, La Chartre, 2002, p. 97.

25. Voy., en ce sens, J.-Cl BODSON, *L'aide sociale*, Kluwer, 2000, p. 16.

le cadre de l'application de ces lois doivent rester nécessaires et proportionnées, comme l'a régulièrement rappelé la jurisprudence.

En ce sens, le tribunal du travail de Liège a ainsi constaté, dans un jugement du 10 mars 2006, que « l'intrusion dans la vie privée ne se justifie que si elle est proportionnée à l'objectif poursuivi, notamment l'importance relative des éléments de fait recherchés, et pour autant que le C.P.A.S. ne dispose pas d'autre moyen moins intrusif pour obtenir le même résultat »²⁶.

À propos de la production des extraits bancaires, on relève des décisions dans des sens différents. Le tribunal du travail de Charleroi a considéré, dans un jugement du 7 février 2006, que « le C.P.A.S. peut solliciter du demandeur la délivrance d'une copie de ses extraits bancaires, mais que le centre doit pouvoir, au besoin pour respecter sa vie privée, en dissimuler préalablement non les montants, mais l'identité des créanciers ou débiteurs »²⁷. En sens inverse, dans le jugement précité du 10 mars 2006, le tribunal du travail de Liège a jugé que « le procédé qui consiste à éplucher les extraits de compte viole le principe du respect de la vie privée, et n'est admissible que s'il est proportionné au but poursuivi, c'est-à-dire à défaut de tout autre moyen d'investigation permettant au C.P.A.S. d'obtenir l'information souhaitée »²⁸.

15. La question se pose, par ailleurs, régulièrement de savoir si un assuré social cohabite ou non avec une autre personne²⁹. Dans ce cadre, dans un arrêt du 26 février 2003, la cour du travail de Liège rappelle que « la vie affective et relationnelle d'un demandeur d'aide ne regarde en principe pas le C.P.A.S. ni les juridictions. Une ingérence proportionnée dans cet aspect de la vie privée dont le droit est garanti par l'alinéa 2 de l'article 8 de la [Convention européenne des droits de l'homme] ne se justifie que pour connaître si l'intéressé réside habituellement où il l'a indiqué et quel est le taux du minimex dont il est créancier et enfin, s'il y a éventuellement des revenus de cohabitant à prendre en considération »³⁰.

16. Un autre terrain d'achoppement entre le respect de vie privée et la nécessité de s'assurer de l'exactitude des informations fournies par un demandeur ou un bénéficiaire d'aide est la vérification de la situation du demandeur ou bénéficiaire d'aide par le biais d'une visite domiciliaire. À la différence de ce qui a été fait en matière de chômage³¹, il n'y a pas de réglementation spécifique concernant la modalité de

26. Trib. trav. Liège, 10^e ch., 10 mars 2006, R.G. n° 337.930, tel que cité in *Le droit à l'intégration sociale à travers la jurisprudence de l'année 2006*, op. cit.

27. Trib. trav. Charleroi, 5^e ch., 7 février 2006, X c. C.P.A.S. Charleroi, R.G. n° 65.719/R, tel que cité in *Le droit à l'intégration sociale à travers la jurisprudence de l'année 2006*, op. cit.

28. Trib. trav. Liège, 10^e ch., 10 mars 2006, R.G. n° 337.930 tel que cité in *Le droit à l'intégration sociale à travers la jurisprudence de l'année 2006*, op. cit.

29. Voy. à cet égard K. STANGHERLIN, « Les catégories de bénéficiaires », in *Aide sociale – Intégration sociale. Le droit en pratique*, op. cit., pp. 403 à 405.

30. Cour trav. Liège, 26 février 2003, R.G. n° 30649/02, www.cass.be.

31. Article 23 de la loi du 14 février 1961 d'expansion économique, de progrès social et de redressement financier.

contrôle qu'est la visite domiciliaire. Piet Dhaenens et Bernard Note estiment que le fait qu'un demandeur d'aide fasse l'objet d'un contrôle visant à déterminer s'il cohabite ou non avec une autre personne ne constitue pas en soi une atteinte à la vie privée³². Dès lors que la loi prévoit que l'aide est adaptée suivant la situation des demandeurs, selon qu'ils vivent ou non en cohabitation, ceux-ci doivent accepter la vérification de la conformité de leurs déclarations à cet égard avec la réalité. Ces auteurs citent une décision inédite du tribunal du travail de Charleroi du 27 mai 2003 aux termes de laquelle cette juridiction a estimé que la vérification de la cohabitation par le biais d'une enquête sociale menée par des travailleurs sociaux ne constitue pas une atteinte à la vie privée si elle est menée dans les limites du cadre légal et de citer, à titre d'illustration, la nécessité de l'obtention préalable du consentement du demandeur à une visite domiciliaire.

17. Concernant le respect du cadre légal dans lequel l'enquête sociale doit être menée, on pointera la problématique du recours à des rapports de police³³. Aux termes de l'article 60, § 1^{er}, al. 3, de la loi du 8 juillet 1976, le rapport de l'enquête sociale est établi par un travailleur social. L'article 19, § 1^{er}, alinéa 2, de la loi du 26 mai 2002 prévoit que « Le centre doit recourir pour l'enquête sociale à des travailleurs sociaux, selon les conditions de qualification fixées par le Roi ». Dans un jugement du 13 mai 2008, le tribunal du travail de Liège a affirmé le principe selon lequel seuls les travailleurs sociaux sont habilités à mener une enquête sociale, d'une part, en s'appuyant sur le texte de la loi – l'article 5 de l'arrêté royal d'exécution du 11 juillet 2002 prévoit que les enquêtes sont du ressort exclusif de travailleurs sociaux – et, d'autre part, en soulignant que le travail social vise à aider les personnes qui en ont besoin avec des méthodes d'aide aux personnes alors qu'en revanche, le but poursuivi par les autorités de police est un contrôle social qui use d'autres méthodes adaptées à ces missions³⁴. La cour du travail de Liège estime, dans un arrêt du 24 septembre 1991, qu'il convient d'écarter des débats un rapport établi par la police communale dès lors que celui-ci a été établi en dehors d'une information ou d'une instruction pénale ou qu'il a été communiqué au C.P.A.S. sans autorisation du Procureur du Roi³⁵. Toutefois, comme le relèvent Alexandre Lesiw et Marie-Claire Thomaes-Lodefier, d'autres juridictions ont adopté une position plus nuancée et acceptent de prendre en compte un rapport de police comme élément faisant partie de l'enquête sociale³⁶.

32. P. DHAENENS et B. NOTE, *Intégration sociale. Commentaire permanent de la loi du 26 mai 2002 concernant le droit à l'intégration sociale*, UGA, 2009, p. 163.

33. Voy. notamment M. DE RUE, « La procédure administrative », *op. cit.*, p. 534.

34. Trib. trav. Liège, 13 mai 2008, R.G. n^{os} 368.640 et 370.604, www.cass.be.

35. Cour trav. Liège, 24 septembre 1991, *J.L.M.B.*, 1991, p. 1357.

36. A. LESIW et M.-C. THOMAES-LODEFIER, *Les missions du C.P.A.S.*, Bruxelles, Union des Villes et des Communes A.S.B.L., 1998, pp. 24-25 et références citées.

d) Le pouvoir des inspecteurs sociaux

18. Le Code pénal social définit les pouvoirs d'investigation des inspecteurs sociaux, ces pouvoirs étant très larges. Ainsi est-il prévu à l'article 25 que « les inspecteurs sociaux peuvent procéder à tout examen, contrôle et audition et recueillir toutes les informations qu'ils estiment nécessaires pour s'assurer que les dispositions de la législation dont ils exercent la surveillance sont effectivement observées ». Ce pouvoir inclut notamment le contrôle d'identité³⁷, la possibilité d'accéder aux lieux de travail³⁸ et dans les espaces habités³⁹ ou encore l'accès au système informatique⁴⁰. Les inspecteurs sociaux peuvent également requérir l'assistance des services de police⁴¹. L'article 19 du Code pénal social donne pour seule orientation quant aux moyens à utiliser par ces derniers pour exercer leur mission, un principe de proportionnalité et prescrit l'obligation de recourir à des moyens « appropriés et nécessaires » pour leur mission de surveillance. Les inspecteurs sociaux sont, par ailleurs, tenus de respecter, dans l'exercice de leur mission de surveillance, les règles de déontologie⁴².

3. Traitement de données à caractère personnel

a) Fondements légaux

19. Un autre aspect lié à la collecte et à l'utilisation d'informations et touchant à la protection de la vie privée des assurés sociaux concerne la protection des données à caractère personnel.

20. La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne a, en sus du droit au respect de la vie privée, érigé un droit distinct à la protection des données à caractère personnel⁴³. L'article 8 de la Charte prévoit désormais que :

« 1. Toute personne a droit à la protection des données à caractère personnel la concernant.

37. Article 26 du Code pénal social.

38. Et ce, sans restriction puisque « Les inspecteurs sociaux peuvent dans l'exercice de leur mission pénétrer librement, à toute heure du jour et de la nuit, sans avertissement préalable, dans tous les lieux de travail ou autres lieux qui sont soumis à leur contrôle ou dans lesquels ils peuvent avoir un motif raisonnable de supposer que travaillent des personnes soumises aux dispositions de la législation dont ils exercent la surveillance » (art. 23 du Code pénal social).

39. Et ce, lorsque les inspecteurs sociaux se rendent sur place pour constater une infraction en flagrant délit, à la demande ou avec l'accord de la personne qui a la jouissance réelle de l'espace habité, en cas d'appel provenant de ce lieu, en cas d'incendie ou d'inondation ou lorsque les inspecteurs sociaux sont en possession d'une autorisation de visite domiciliaire délivrée par le juge d'instruction (art. 24 du Code pénal social). En matière de chômage, voy. toutefois l'article 23 de la loi du 14 février 1961 d'expansion économique, de progrès social et de redressement financier qui prévoit la possibilité d'accéder à un espace habité à d'autres conditions.

40. Article 31 du Code pénal social.

41. Article 22 du Code pénal social.

42. Article 61 du Code pénal social.

43. Pour un commentaire de la première application de ce droit par la C.J.U.E., voy. E. DEGRAVE, « Arrêt "Volker und Markus Schecke et Eifert" : le droit fondamental à la protection des données à caractère personnel et la transparence administrative », *J.D.E.*, 2011, n^o 178, pp. 97-99.

2. Ces données doivent être traitées loyalement, à des fins déterminées et sur la base du consentement de la personne concernée ou en vertu d'un autre fondement légitime prévu par la loi. Toute personne a le droit d'accéder aux données collectées la concernant et d'en obtenir la rectification.

3. Le respect de ces règles est soumis au contrôle d'une autorité indépendante ».

21. Il existe par ailleurs une réglementation spécifique en la matière, issue de la directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données. Cette directive est transposée en droit belge essentiellement par la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard du traitement des données à caractère personnel⁴⁴.

Cette législation, d'application transversale, constitue le texte de base qui a vocation à s'appliquer à toute personne qui traite des données à caractère personnel indépendamment du fait qu'il s'agisse ou non d'une autorité publique.

Elle s'applique dès lors à la Banque-Carrefour de la sécurité sociale⁴⁵ ainsi qu'aux différentes institutions de sécurité sociale, comme, par exemple, l'O.N.Em. qui traite des données relatives à des chômeurs et aux C.P.A.S. qui recueillent et conservent des données relatives à des demandeurs ou des bénéficiaires d'aide⁴⁶.

b) Objet de la protection au regard de la loi du 8 décembre 1992

22. Très succinctement⁴⁷, cette législation vise à permettre que l'on recueille, utilise, conserve, transmette des données à caractère personnel pour des finalités légitimes

44. Telle que modifiée par la loi du 11 décembre 1998 transposant la directive 95/46/CE relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation des données, *M.B.*, 3 février 1999. Les modifications apportées par la loi du 11 décembre 2008 à la loi du 8 décembre 1992 ne sont cependant entrées en vigueur qu'en 2001. L'entrée en vigueur était en effet subordonnée à l'adoption de mesures d'exécution dans un arrêté royal qui ne fut promulgué que le 13 février 2001 (*M.B.*, 13 mars 2001). Ci-dessous « loi du 8 décembre 1992 ».

45. La loi du 15 janvier 1990 relative à l'institution et à l'organisation d'une Banque-Carrefour de la sécurité sociale, antérieure à la loi du 8 décembre 1992, contient un Chapitre IV relatif à la protection des données à caractère personnel.

46. Comme le rappelle Maïté De Rue (« La procédure administrative », *op. cit.*, p. 546 et références citées) : « Un arrêté royal du 4 mars 2005 a étendu aux C.P.A.S. l'application de la loi instituant la Banque-Carrefour. Selon l'article 6 de la loi du 15 janvier 1990, la Banque-Carrefour tient un registre de la localisation des données sociales à caractère personnel. Ce répertoire peut également indiquer quels types de données sociales à caractère personnel sont mis à la disposition de quelles personnes qui en ont besoin pour l'exécution de leurs missions. Il semble que sur cette base, les C.P.A.S. aient actuellement accès aux informations détenues par l'O.N.S.S., l'O.N.S.S.-A.P.L., l'I.N.A.S.T.I et les mutualités ».

47. Pour un exposé plus complet de la loi, voy. not. : voy. O. RIJCKAERT et N. LAMBERT, *Le respect de la vie privée au travail*, Kluwer, 2012, pp. 29-64 ; K. ROSIER, « Gestion et protection des données à caractère personnel dans la relation de travail », in K. ROSIER (dir.), *Le droit du travail à l'ère du numérique*, 2011, Anthemis, pp. 61 à 120 ; E. PLASSCHAERT et J.-A. DELCORDE, « Le traitement des données personnelles des travailleurs », *Orient.*, n° spécial 35 ans, 2005, pp. 26 et s.

pour autant que certaines conditions censées permettre un certain contrôle de l'usage de ces données par la personne concernée soient rencontrées. Sont considérées comme données à caractère personnel toutes les informations relatives à des personnes physiques identifiées ou identifiables. Dès qu'une personne physique ou morale, voire même une association de fait décide, seule ou avec d'autres, des moyens et des finalités d'un traitement, elle est considérée comme le responsable du traitement.

23. Dès lors qu'un responsable de traitement traite des données (informations écrites, photographies, images vidéo, empreintes digitales...), qu'il s'agisse d'un enregistrement, d'une communication ou de la simple conservation de données à caractère personnel, il est tenu de se conformer aux conditions qui permettent de garantir la transparence et la légitimité des traitements.

Pour assurer la transparence du traitement, le responsable du traitement devra fournir certaines informations à la personne concernée – notamment en ce qui concerne le but poursuivi par le traitement – et, sauf exception prévue dans l'arrêté royal du 13 février 2001, faire une déclaration du traitement auprès de la Commission de la protection de la vie privée⁴⁸. Ensuite, concernant la mise en œuvre du traitement, le responsable du traitement doit respecter certains principes : le traitement devra toujours être loyal et licite, tandis que les finalités de traitement doivent être déterminées, spécifiques et légitimes. La loi du 8 décembre 1992 dresse une liste des cas dans lesquels les finalités de traitements sont *a priori* légitimes (par exemple lorsqu'elles sont nécessaires à l'exécution d'une mission d'intérêt public ou relevant de l'exercice de l'autorité publique dont est investi le responsable du traitement ou encore lorsqu'elles sont nécessaires au respect d'une obligation à laquelle le responsable du traitement est soumis par ou en vertu d'une loi, d'un décret ou d'une ordonnance). Les données collectées devront être adéquates, pertinentes et non excessives par rapport aux finalités de traitement poursuivies. Le responsable du traitement ne pourra traiter des données à caractère personnel (au lieu de traiter des données anonymes par exemple) que lorsque cela est nécessaire au regard du but poursuivi par le traitement. Ce principe implique également que les données doivent être effacées ou rendues anonymes dès qu'elles ne sont plus nécessaires. Enfin, les données ne pourront en règle être traitées que pour les finalités annoncées au travailleur ou pour des finalités compatibles avec celles-ci.

Si le responsable du traitement se plie à ces conditions, il peut traiter des données à caractère personnel à l'exception des données dites « sensibles ». Ces données ne peuvent être traitées, sauf dans les cas spécifiquement admis par la loi du 8 décembre 1992.

24. Par ailleurs, la loi du 8 décembre 1992 reconnaît aux personnes dont les données font l'objet d'un traitement un droit d'accès aux données, un droit de rectification et un droit d'opposition au traitement pour des motifs sérieux et légitimes tenant à leur situation particulière. Le responsable du traitement doit donc assurer la possibilité d'un exercice effectif de ces droits.

48. Voy., à cet égard, la procédure à suivre sur le site www.privacycommission.be.

25. Enfin, tout responsable de traitement doit prendre des mesures techniques et organisationnelles pour assurer la sécurité et l'intégrité des données ainsi que le respect de la loi du 8 décembre 1992 par son personnel.

26. On trouve peu d'applications de cette loi en jurisprudence, en particulier concernant les conséquences réservées à des preuves recueillies en violation de la loi. Nous relevons toutefois un arrêt de la cour du travail de Bruxelles du 5 mars 2009 rendu en marge d'un litige relatif à un accident de travail⁴⁹. L'assuré avait, à la suite d'un accident de travail, subi une longue période d'incapacité et était indemnisé en tant qu'indépendant par une société mutualiste. Lorsque cette dernière prit la décision de diminuer le montant des allocations journalières, sur avis du médecin qu'elle avait chargé d'examiner l'assuré et qui avait estimé que le taux d'incapacité était désormais inférieur à 65 %, l'assuré demanda, en vain, à avoir accès au dossier médical qui avait conduit à cette décision. Bien qu'entre-temps, une expertise judiciaire ait permis de démontrer la subsistance d'un taux d'incapacité supérieure à 65 %, l'assuré demandait à la cour de constater l'existence de ce droit et sollicitait l'octroi de dommages et intérêts pour non-respect de celui-ci. La cour du travail a constaté que le dossier géré par la société mutualiste impliquait le traitement de données à caractère personnel pour lequel la loi du 8 décembre 1992 est entièrement applicable⁵⁰.

c) Lois particulières

27. La loi du 8 décembre 1992 est complétée par d'autres réglementations plus spécifiques telles que la loi du 8 août 1983 organisant un registre national des personnes physiques, la loi du 15 janvier 1990 relative à l'institution et à l'organisation d'une Banque-Carrefour de la sécurité sociale (B.C.S.S.), l'arrêté royal du 5 novembre 2002 instaurant une déclaration immédiate à l'emploi, la loi du 24 février 2003 concernant la modernisation de la gestion de la sécurité sociale et concernant la communication électronique entre des entreprises et l'autorité fédérale⁵¹.

Ces lois spéciales permettent d'encadrer les flux de données en réservant à certaines personnes et certaines finalités la possibilité de transférer ou de recevoir des informations centralisées dans des banques de données et en réglementant les modalités de ces transferts.

L'idée retenue est de constituer un réseau de banques de données distinctes gérées par la B.C.S.S., ce qui permet d'éviter une centralisation de toutes les données⁵².

Le respect de ces lois spéciales est du reste placé sous le contrôle de comités sectoriels au sein de la Commission de la protection de la vie privée qui doivent

49. Cour trav. Bruxelles, 7^e ch., 5 mars 2009, R.G. n° 50.697, www.cass.be.

50. Pour un commentaire de cet arrêt, voy. K. ROSIER, « Une société mutualiste sanctionnée pour non-respect du droit d'accès de l'un de ses membres à son dossier médical », *Bulletin social et juridique*, 2009, n° 413, p. 6.

51. De nombreuses lois particulières contiennent par ailleurs des dispositions spécifiques concernant la protection des données.

52. J.-Fr. FUNCK, *Droit de la sécurité sociale*, Larcier, 2006, p. 60.

notamment délivrer les autorisations préalables requises pour l'accès et le transfert de certaines données⁵³.

La matière est toutefois trop vaste pour être examinée dans le cadre de la présente contribution.

On pointera cependant une particularité qui peut avoir une incidence en matière de preuve.

28. L'article 11 de la loi du 15 janvier 1990 – loi organique de la B.C.S.S. – prévoit que lorsque les données sociales sont disponibles dans le réseau, les institutions de sécurité sociale sont tenues de les demander exclusivement à la Banque-Carrefour et qu'elles sont également tenues de s'adresser à la Banque-Carrefour lorsqu'elles vérifient l'exactitude des données sociales disponibles dans le réseau.

La cour du travail de Bruxelles en fait application dans un litige relatif à l'aide sociale⁵⁴. Alors que le C.P.A.S. reprochait à un demandeur d'aide son manque de collaboration en ce qu'il n'avait pas fourni des informations relatives à son contrat de travail, la cour rappelle cet article 11 et considère qu'« un manque de collaboration du demandeur ne peut être envisagé à propos d'informations, auxquelles le C.P.A.S. peut accéder, accessibles via la Banque-Carrefour de la sécurité sociale »⁵⁵. On peut en déduire que lorsqu'une institution de sécurité sociale dispose d'un accès à des données reprises à la B.C.S.S., elle n'a pas à les demander à l'assuré social, ou à tout le moins, ne peut lui faire grief de ne pas les avoir fournies. Cela peut avoir une incidence en termes de charge de la preuve puisque, dans le cadre de l'instruction d'une demande, l'institution de sécurité sociale ne pourra se retrancher derrière la non-communication d'informations pour conclure à la non-réunion des conditions au bénéfice d'une prestation.

Dans un même ordre d'idées, dans un arrêt du 27 juin 2006⁵⁶, la cour du travail de Liège a, dans un cas où l'O.N.P. ne pouvait faire grief à un pensionné de ne pas lui avoir transmis une information, considéré ce qui suit :

« L'appelant soutient avoir en son temps informé l'administration communale du décès de son épouse et avoir pensé que l'information suivrait son cours. L'O.N.P. admet que l'appelant a effectué les formalités d'usage auprès de son administration communale.

Il est cependant un fait que l'O.N.P. n'a "enregistré", au sens de pris en compte, l'information qu'en mai 2001.

53. Voy. les articles 15 et 37 et suivants de la loi du 15 janvier 1990 relative à l'institution et à l'organisation d'une Banque-Carrefour de la sécurité sociale, *M.B.*, 22 février 1990, et les articles 15 et 16 de la loi du 8 août 1983 organisant un registre national des personnes physiques, *M.B.*, 21 avril 1984.

54. Cour trav. Bruxelles, 21 avril 2010, R.G. n° 51.591 et 51.809, www.cass.be.

55. Ce principe est rappelé dans un arrêt de la cour du travail de Bruxelles du 8 juin 2011 (R.G. n° 2010/AB/328, www.cass.be).

56. Cour trav. Liège, sect. Namur, 27 juin 2006, R.G. n° 7626-04, www.cass.be.

Certes, l'appelant est légalement tenu d'informer l'O.N.P. de toute modification à intervenir susceptible d'avoir une répercussion sur la pension. Néanmoins, cette information peut valablement être transmise par un tiers. L'appelant a pu croire que l'information allait suivre puisque c'est l'administration communale qui enregistre les demandes de pension et qu'elle est donc un interlocuteur privilégié de l'O.N.P.

En sus, dès lors que la législation relative à la Banque-Carrefour (loi du 15 janvier 1990) donne notamment mission à cette nouvelle institution de coordonner les relations entre les institutions de sécurité sociale et le registre national, un pensionné peut incontestablement légitimement penser qu'en informant l'administration communale du décès de son conjoint, même sans demander expressément de faire suivre l'information à l'O.N.P., celle-ci qui figure évidemment dans le registre national va automatiquement être transmise à l'institution compétente.

Un assuré social ne peut se voir imposer personnellement une obligation qui doit déjà être légalement remplie par une institution dont c'est la mission. C'est donc à tort que l'O.N.P. soutient que l'information transmise par la Banque-Carrefour doit être doublée par une information émanant de l'assuré social et que seule celle-ci permettrait au pensionné de remplir ses obligations envers lui et d'échapper à la prescription quinquennale. Il incombe à l'institution de sécurité sociale qui reçoit une information de la traiter.

Lorsque l'information a été transmise, ou est censée l'avoir été, l'assuré social peut alors penser que la prestation qu'il reçoit ou qu'il continue à recevoir est conforme à celle qu'il est en droit de percevoir ».

En sens contraire, dans une affaire pourtant similaire, on relève, avec intérêt, ce jugement du 15 novembre 2011 du tribunal du travail de Bruxelles⁵⁷, particulièrement lourd de conséquences pour l'assuré social. Le tribunal avait à connaître de la contestation d'une décision de l'O.N.A.F.T.S. visant la récupération auprès de la demanderesse, attributaire des allocations familiales pour ses enfants, de sommes qui lui auraient été payées indûment à titre d'allocations familiales, et cela à la suite du changement de domicile en mars 2009 de l'un de ses enfants. L'O.N.A.F.T.S. reprochait à l'allocataire de ne pas lui avoir communiqué le changement de domicile de l'enfant, dont l'Office n'avait eu connaissance que bien plus tard, en avril 2010, à la suite d'un changement dans la composition de ménage de ce dernier et de la consultation par l'O.N.A.F.T.S. d'un flux électronique y relatif diffusé par la B.C.S.S. La demanderesse soutenait, pour sa part, avoir rempli toutes ses obligations en la matière, constatait une erreur due à l'institution de sécurité sociale et, partant, demandait au tribunal l'application de l'article 17, alinéa 2, de la loi du 11 avril 1995, visant à instituer la « charte » de l'assuré social, à savoir la neutralisation de l'effet rétroactif de la décision de révision à la base de l'indu.

57. Trib. trav. Bruxelles, 15 novembre 2011, R.G. n° 8225/10, inédit. Ce jugement est frappé d'appel.

Après avoir rappelé que « Conformément à l'article 870 du Code judiciaire, chacune des parties a la charge de prouver les faits qu'elle allègue », le tribunal décide que :

« Si [la demanderesse] estime que l'article 17, alinéa 2, de la loi du 11 avril 1995 doit trouver à s'appliquer, il lui appartient de démontrer que les conditions d'application de cette disposition sont bien réunies, et en particulier, que la révision trouve effectivement sa cause dans une erreur de l'Office.

Cette preuve ne peut se résumer aux motifs invoqués par l'Office pour justifier la révision, lorsque ces motifs ne laissent pas, par eux-mêmes, transparaître l'existence d'une faute ou d'un manquement de l'O.N.A.F.T.S.

Dès lors que l'O.N.A.F.T.S. soutient n'avoir été informé de cette situation qu'avec un flux électronique du 1^{er} avril 2010, ce qui ressort également de son dossier de pièces, c'est à [la demanderesse] qu'il revient, si elle soutient qu'il existe tout de même une erreur dans le chef de cette institution de sécurité sociale, d'en rapporter la preuve ».

Bien qu'il ait auparavant explicitement constaté que la demanderesse ou son enfant « ont signalé le changement d'adresse aux autorités compétentes et à ce titre, ont rempli toutes les obligations qui leur incombaient », le tribunal décide que :

« S'il faut retenir un retard dans la transmission du flux électronique relatif au changement de domicile [...] le 5 mars 2009, cette faute ou cette erreur ne peut être imputée à l'Office.

Elle ne peut être que le fait d'un tiers (qu'il s'agisse de l'administration communale de [...] – *quod non* – ou de la B.C.S.S.).

[La demanderesse] ne rapporte pas la preuve de ce que l'O.N.A.F.T.S. détenait au mois de mars 2009, de l'information touchant au changement de domicile [...].

Il importe peu que les règles régissant la transmission des informations telles que prévues par la loi n'aient pas fonctionné, puisque c'est justement là que réside le manquement du tiers.

L'Office n'avait également aucune raison d'effectuer une démarche spontanée de recherche d'information auprès du Registre National comme le prévoit l'article 173^{quater} des lois coordonnées le 19 décembre 1939⁵⁸.

58. L'article 173^{quater} des lois coordonnées relatives aux allocations familiales pour travailleurs salariés dispose que « Les organismes d'allocations familiales et les services ministériels, chargés de l'exécution des présentes lois, sont tenus de s'adresser au Registre national des personnes physiques pour obtenir les informations visées à l'article 3, alinéas 1^{er} et 2, de la loi du 8 août 1983 organisant un Registre national des personnes physiques ou lorsqu'ils vérifient l'exactitude de ces informations.

Le recours à une autre source n'est autorisé que dans la mesure où les informations nécessaires ne peuvent pas être obtenues auprès du registre national ».

Il pouvait compter sur, d'une part, une déclaration spontanée de [la demanderesse], et/ou, d'autre part, une communication automatique via la Banque-Carrefour de la sécurité sociale ».

De manière contradictoire, le tribunal conclut que :

« Il ne s'agit pas de tenir [la demanderesse] pour responsable ou de lui faire supporter la défaillance d'un tiers – et si [la demanderesse] reste persuadée que le manquement doit être imputé à ce tiers, il lui appartient d'entreprendre les démarches qu'elle estimera nécessaires en ce sens –, mais de constater que les paiements qui ont été effectués n'auraient pas dû l'être, ou en tout cas, à un tel taux.

Il s'agit d'un constat objectif, sans qu'aucune responsabilité ne soit imputée à cet égard à [la demanderesse].

Mais tout aussi objectivement, compte tenu de la situation, [la demanderesse] ne pouvait prétendre aux allocations familiales qui lui sont réclamées.

Et si, effectivement, c'est à cause d'un tiers que cette situation a été créée, il ne serait pas non plus "normal" que l'O.N.A.F.T.S. doive en supporter les conséquences ».

Et de débouter la demanderesse de son action et de la condamner à rembourser à l'O.N.A.F.T.S. la somme perçue indument à titre d'allocations familiales.

Ce jugement, bien que frappé d'appel, mériterait que l'on s'y attarde⁵⁹. La présente contribution ne le permet pas.

Ceci dit, on peut tout de même constater que cette jurisprudence – que l'on peut espérer isolée – vient en quelque sorte ébranler le principe même de la collecte unique des données, les garanties que doivent offrir aux assurés sociaux la mise en réseau des institutions de sécurité sociale et la confiance légitime en l'institution qui doit en découler. Bien plus, poussant le raisonnement jusqu'au bout et dès lors que la B.C.S.S. ne serait pas une institution de sécurité sociale au sens de la Charte de l'assuré social (ce qui est contesté par ailleurs), elle obligerait, d'une certaine manière, l'assuré social à s'assurer, *quasi* préventivement, du bon fonctionnement du réseau de la B.C.S.S. Elle l'oblige déjà en toute hypothèse, à sonder, sur une base qui resterait d'ailleurs à préciser, le cœur du réseau de la B.C.S.S., afin de pouvoir, faute de les prévenir, identifier les dysfonctionnements, les erreurs, voire les fautes qui surviendraient dans l'enregistrement et le traitement des données à caractère social qui le concernent, et être en mesure de les imputer à l'organisme responsable, que ce soit l'institution de sécurité sociale elle-même, le registre national, l'administration communale ou la B.C.S.S. À cet effet, dès lors que l'institution de sécurité sociale ne l'aurait pas estimé opportun, l'assuré social pourrait avoir intérêt à mettre notamment la B.C.S.S. à la cause.

29. Notons enfin que d'autres échanges d'informations sont parfois prévus par la loi. On pense en particulier à certaines dispositions du Code pénal social qui prévoient l'échange de données notamment entre les inspecteurs sociaux et des administrations

59. Notamment s'agissant de l'assimilation, en l'espèce refusée par le tribunal, de la Banque-Carrefour de la sécurité sociale à une institution de sécurité sociale au sens de la loi du 11 avril 1995.

ou services⁶⁰ et l'échange électronique d'informations entre les acteurs de la lutte contre le travail illégal et la fraude sociale⁶¹.

SECTION 2

Charge de la preuve et présomptions : l'exemple de l'assujettissement

30. La charge de la preuve reste régie en droit de la sécurité sociale par le principe *actori incumbit probatio*, la preuve incombe au demandeur.

Ainsi, en matière d'assujettissement, il a été jugé fréquemment que le caractère d'ordre public de la loi ne dispense nullement l'O.N.S.S. ou l'I.N.A.S.T.I., lorsqu'ils sont demandeurs, d'apporter la preuve des faits qu'ils allèguent⁶². C'est une application classique des articles 1315 du Code civil et 870 du Code judiciaire⁶³.

Ceci étant le législateur en sécurité sociale utilise abondamment la technique de la présomption.

Nous nous proposons de l'illustrer par quelques questions relatives à l'assujettissement.

A. Présomptions de contrat de travail et assujettissement à la sécurité sociale des travailleurs salariés⁶⁴

31. L'existence d'un contrat de travail est, en règle, l'élément déclencheur de l'assujettissement à la sécurité sociale des travailleurs salariés puisque :

- d'une part, sous réserve des extensions à la sécurité sociale, le contrat de travail est *nécessaire* à cet assujettissement ;
- d'autre part, sous réserve des exclusions, le contrat de travail est *suffisant* à cet assujettissement, à supposer toutefois le contrat valide.

La présomption de contrat de travail revêt dès lors un rôle particulier puisqu'elle entraîne normalement, par application de l'article 1^{er} de la loi du 27 juin 1969, assujettissement à la sécurité sociale des travailleurs salariés, même si son but premier, à la différence des extensions, n'est pas nécessairement celui-là. La présomption a pour

60. Articles 54 et s. du Code pénal social.

61. Articles 100/1 et s. du Code pénal social.

62. Voy. Cour trav. Liège, 3 juin 2002, *J.L.M.B.*, 2003, p. 257.

63. Sur cette question, voy. : St. GILSON, K. ROSIER et E. DERMINE, « La preuve en droit du travail », *op. cit.*, pp. 187 et s.

64. Ce texte est issu, remanié, de : E. DERMINE et St. GILSON, « Les présomptions de contrat de travail et l'assujettissement personnel à la sécurité sociale », in J.-Fr. NEVEN et St. GILSON (dir.), *La sécurité sociale des travailleurs salariés, assujettissement, cotisations, sanctions*, Larcier, 2010, pp. 73 et s.

première implication de rendre applicable à la relation de travail l'ensemble des règles impératives du droit du travail.

Comme le souligne Micheline Jamouille⁶⁵ : « Dès l'origine, la loi de 1900 recourut à la tactique de présomption pour supprimer les groupes autonomes de travail et imposer autoritairement le schéma bilatéral du contrat de travail conclu entre le chef d'entreprise et chaque salarié ». Confrontées au caractère fuyant de la notion de subordination, ces présomptions légales « sont susceptibles de témoigner de la force attractive de la dépendance économique au détriment de la subordination juridique ».

L'objectif de la présente contribution n'est pas d'analyser en détail le rôle de la technique de la présomption en droit du travail⁶⁶, mais d'envisager ses répercussions en matière d'assujettissement à la sécurité sociale.

1. Rappel de notions

a) Présomption légale et présomption de fait

32. Les présomptions sont des conséquences que la loi ou le magistrat tire d'un fait connu à un fait inconnu (art. 1350 du Code civil)⁶⁷.

Conformément à l'article 1352 du Code civil, « la présomption légale dispense de toute preuve celui au profit duquel elle existe ». Les présomptions légales ont, en effet, des conséquences sur la charge de la preuve qu'elles peuvent inverser, voire même rendre impossible en interdisant la preuve contraire⁶⁸.

Ces présomptions constituent des exceptions légales aux règles de droit commun de la charge de la preuve contenues dans les articles 1315 du Code civil et 870 du Code judiciaire, suivant lesquelles celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver et, réciproquement, celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation.

Les présomptions légales, au même titre que les dispositions légales qui instaurent un renversement de la charge de la preuve ou un partage du fardeau de la preuve, constituent des outils auxquels le droit social a souvent recours pour assurer la protection de la partie la plus faible au contrat ou encore pour assurer le bon fonctionnement de la sécurité sociale⁶⁹. C'est dans cette optique qu'ont été instaurées les présomptions légales de contrat de travail.

65. M. JAMOUILLE, *Le contrat de travail*, t. I, Éditions de la Faculté de droit, d'économie et de sciences sociales de Liège, 1982, p. 390.

66. Voy., à ce sujet, not. : St. GILSON et K. ROSIER « La preuve en droit du travail », *Orient.*, 2007/4, pp. 1 à 17 ; St. GILSON, K. ROSIER et E. DERMINE, « La preuve en droit social », *op. cit.*, pp. 179 et s.

67. *Ibidem*.

68. D. MOUGENOT, « Les obligations – La preuve », *Rép. not.*, t. IV, Livre II, 2002, pp. 282-283.

69. Pour une énumération de ces hypothèses, voy. H. BUYSENS, *Het bewijs in sociale zaken – Arbeidsrecht*, Mys & Breesch, 1999, pp. 50-51.

Il faut distinguer les présomptions légales des présomptions de fait, également dites « présomptions de l'homme ». Suivant l'article 1353 du Code civil, ces présomptions – qui ne sont point établies par la loi – sont abandonnées aux lumières et à la prudence du magistrat, qui ne doit admettre que des présomptions graves, précises et concordantes, et dans les cas seulement où la loi admet les preuves testimoniales, à moins que l'acte ne soit attaqué pour cause de fraude ou de dol.

Les présomptions de l'homme peuvent être définies comme « tous les indices extérieurs, les signes, les gestes, les attitudes, les actions qui peuvent être révélateurs de l'état de chose inconnu ou qui permettent de la conjecturer »⁷⁰.

Les présomptions de l'homme n'ont aucune force probante particulière, de sorte qu'il appartient au juge d'en mesurer la portée et de faire les déductions que, selon lui, elles autorisent⁷¹. Si le juge du fond apprécie souverainement la valeur probante, il doit cependant respecter la notion même de présomption en ce sens que la présomption doit partir d'un fait connu et, à partir de ce fait connu, conduire à la certitude du fait inconnu, et non à la seule vraisemblance de celui-ci ou possibilité qu'il ait pu se produire⁷². Le recours aux présomptions ne dispense nullement d'une preuve certaine et, partant, le juge ne les accueille comme probantes que lorsqu'elles lui apportent la certitude du fait recherché⁷³. Ainsi, un lien doit exister entre le fait connu et le fait inconnu, qui puisse permettre la déduction.

L'article 1353 du Code civil « se borne à donner un conseil de prudence au juge mais ne lui interdit pas de se fonder sur une présomption unique »⁷⁴.

b) Présomption simple et présomption absolue

33. Il existe deux grands types de présomptions légales, chacune ayant un effet distinct : les présomptions simples et les présomptions absolues dites également irréfragables.

Les présomptions simples (« *juris tantum* ») ne valent que jusqu'à preuve du contraire. Elles apparaissent à première vue comme des règles de droit matériel mais constituent, en réalité, une technique pour déroger aux règles classiques relatives à la charge de la preuve : elles opèrent un renversement de la charge de la preuve.

Les présomptions irréfragables (« *iuris et de iure* ») ne sont, quant à elles, susceptibles d'aucune preuve contraire. Elles opèrent donc plus qu'un renversement de la

70. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, 1967, III, n° 718quater C, p. 720.

71. Cass., 4 avril 1974, *Pas.*, 1974, I, p. 812 ; Cass., 18 octobre 1974, *Pas.*, 1975, I, p. 819 ; Cass., 12 septembre 1977, *Pas.*, 1978, I, p. 33.

72. Cass., 22 décembre 1986, *Pas.*, 1987, I, p. 501 ; R.W., 1986-1987, p. 1972 et R.D.S., 1987, p. 55.

73. Cour trav. Liège, 24 avril 2002, R.G. n° 30725/02, www.juridat.be ; Cour trav. Mons, 15 mars 2005, R.G. n° 16727, *J.L.M.B.*, 2006, p. 208 et *J.T.T.*, 2005, p. 368, note.

74. P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, Syllabus U.L.B., Volume V, 4^e éd., Presses universitaires de Bruxelles, 1999-2000, p. 154 ; Cass., 29 septembre 1932, *Pas.*, 1932, I, p. 255 ; Cass., 12 septembre 1961, *Pas.*, 1962, I, p. 61.

charge de la preuve. Il s'agit véritablement d'une règle de droit matériel qui attribue à son bénéficiaire un avantage dont il ne peut être privé. En droit civil, l'aveu et le serment pourraient néanmoins être invoqués à l'encontre de ces présomptions irréfragables à moins qu'elles ne touchent à l'ordre public, ce qui sera bien souvent le cas pour les matières liées à la sécurité sociale. Micheline Jamouille relève d'ailleurs que : « L'impérativité du droit du travail s'oppose à ce que la présomption puisse être détruite par un aveu ou par serment, solution que d'ailleurs parfois énonce la norme légale portant présomption »⁷⁵.

34. La « nouvelle » loi sur la nature des relations de travail⁷⁶, en son article 332, précise que la faculté de requalifier la relation de travail ne porte pas atteinte aux dispositions légales ou réglementaires présument de manière irréfragable qu'une profession est exercée en tant que travailleur salarié. La loi reste par contre muette sur les présomptions simples de contrat de travail. Il peut dès lors s'en déduire qu'elle n'y déroge pas.

c) Présomptions et extensions

35. Les présomptions de contrat de travail instaurées par la loi du 3 juillet 1978 ou dans des lois particulières ne doivent pas se confondre avec les *extensions* prévues dans l'arrêté royal du 28 novembre 1969.

Le travailleur bénéficiant du jeu d'une présomption de contrat de travail se verra appliquer l'ensemble des règles impératives du droit du travail. Il sera par ailleurs assujéti au régime de sécurité sociale des travailleurs salariés par application de l'article 1^{er} de la loi du 27 juin 1969, suivant lequel sont soumis au régime des travailleurs salariés les travailleurs et employeurs liés par un contrat de travail.

Les extensions, dont le principe est instauré par l'article 2, § 1^{er}, 1^o, de la loi du 27 juin 1969 et qui sont prévues essentiellement dans l'arrêté royal du 28 novembre 1969, s'adressent à des personnes qui n'exercent pas leur activité sous contrat de travail et n'entrent pas non plus dans le champ d'application d'une présomption de contrat de travail. En d'autres mots, elles visent à étendre l'application de la sécurité sociale des travailleurs salariés à des personnes qui ne sont pas sous contrat de travail et ne peuvent dès lors pas être assujéties au régime des travailleurs salariés sur la base de l'article 1^{er} de la loi du 27 juin 1969. Parfois analysées comme des présomptions, les extensions seraient alors plutôt des *présomptions d'assujétissement* à la sécurité sociale des travailleurs salariés.

75. M. JAMOUILLE, *Le contrat de travail*, op. cit., p. 390.

76. Loi-programme I du 27 décembre 2006, M.B., 28 décembre 2006, Titre XIII. Nature des relations de travail.

d) Présomptions impératives et présomptions d'ordre public

36. Les présomptions peuvent être édictées en faveur d'intérêts particuliers, souvent l'intérêt du travailleur (présomptions impératives), ou en faveur de l'ensemble du système de sécurité sociale (présomptions d'ordre public).

37. Dans un certain nombre de cas, la présomption légale ne peut être invoquée que par la partie en faveur de laquelle elle a été édictée.

Ainsi, seul le travailleur peut se prévaloir de la présomption légale d'un contrat à durée indéterminée en cas de succession de contrats à durée déterminée édictée aux articles 10 et 10bis de la loi du 3 juillet 1978⁷⁷. Lorsque la présomption de l'article 10 est invoquée à l'encontre de l'employeur, celui-ci peut apporter la preuve que cette succession était justifiée⁷⁸ et seul lui peut le faire⁷⁹.

38. La Cour de cassation a jugé que la présomption de contrat de travail pour les représentants de commerce pouvait non seulement être invoquée par le travailleur, mais également par l'O.N.S.S.⁸⁰. De même, elle a décidé que la présomption concernant les étudiants pouvait être invoquée par l'O.N.S.S.⁸¹. Les juridictions de fond ont étendu cet enseignement à d'autres présomptions de contrats de travail⁸². La doctrine⁸³ approuve cette jurisprudence qu'elle estime conforme à l'article 1352, alinéa 1^{er}, du Code civil suivant lequel « la présomption dispense de toute preuve celui au profit duquel elle existe ». En instaurant des présomptions, le législateur ne visait pas seulement à faciliter l'accès au bénéfice des règles protectrices du droit du

77. On épinglera également l'article 9 de la loi du 3 juillet 1978 suivant lequel : « À défaut d'écrit établissant qu'il est conclu pour une durée déterminée ou pour un travail nettement défini, le contrat est soumis aux mêmes conditions que les contrats conclus pour une durée indéterminée ». Même si le dispositif de qualification qui y est instauré ne s'identifie pas nécessairement comme une stricte présomption, l'article 9 de la loi du 3 juillet 1978 est une disposition impérative qui établit une protection au profit du travailleur (Cass., 7 décembre 1992, *Chron. D.S.*, 1993, p. 224 et *R.W.*, 1992-1993, p. 1375), de sorte que l'employeur ne peut pas l'invoquer pour exiger qu'un contrat de travail conclu pour une durée déterminée hors les formes requises, soit considéré comme un contrat à durée indéterminée (Cass., 22 janvier 2007, *J.T.T.*, 2007, p. 262 et *Orient.*, 2007/6, p. 25).

78. Cass., 2 décembre 2002, *J.T.T.*, 2003, p. 404.

79. Cour trav. Anvers, 4 novembre 1988, *Chron. D.S.*, 1993, p. 317.

80. Cass., 27 janvier 1992, *Chron. D.S.*, 1992, p. 294.

81. Cass., 7 octobre 1996, R.G. n° S.96.0016.N, www.juridat.be; *Arr. cass.*, 1996, p. 880; *Bull.*, 1996, p. 941; *Bull. inf. ass. sec. soc.*, 1997, liv. 8, s.p.; *Pas.*, 1996, I, p. 941; *R.W.*, 1996-1997 (abrégé), p. 1159, note; *Chron. D.S.*, 1997 (sommaire), p. 100 et *T.B.P.*, 1997 (reflet), p. 710. Voy. également : Cour trav. Bruxelles, 12 août 2008, *Orient.*, 2009/3, p. 26. Voy. aussi M. GLORIEUX, « Le contrat d'occupation d'étudiants », in Ch.-E. CLESSE et St. GILSON (dir.), *Le droit social et les jeunes*, coll. du Jeune Barreau de Charleroi, Anthemis, 2011, pp. 122 à 124; Ch.-E. CLESSE, « Les extensions et exclusions d'assujétissement à la sécurité sociale », in *Le droit social et les jeunes*, op. cit., p. 242.

82. Voy. not. Cour trav. Liège, 13 juillet 2004, *Chron. D.S.*, 2005, p. 100, note H. MORMONT.

83. X. VLIËGHE, « L'assujétissement à la sécurité sociale des travailleurs salariés – chronique de jurisprudence de 1969 à 1992 », *Orient.*, 1992, p. 220; H. MORMONT, « Les pharmaciens d'officine et la jurisprudence récente de la Cour de cassation en matière de preuve du lien de subordination », *Chron. D.S.*, 2005, p. 68.

travail, mais également à protéger le système de sécurité sociale des travailleurs salariés contre des tentatives de fuite⁸⁴. En ce qui concerne les présomptions de contrat de travail, doivent être considérées comme des personnes intéressées toutes celles qui ont intérêt à se fonder sur la relation de travail pour en déduire, chacune à leur niveau, les conséquences que la loi attache à l'existence du contrat de travail⁸⁵, que ce soit l'application des règles impératives du droit du travail ou l'assujettissement au régime des travailleurs salariés et son corollaire.

Il s'agirait donc de présomptions impératives, pouvant être invoquées par les personnes en faveur desquelles elles ont été instituées, c'est-à-dire le travailleur qui souhaite bénéficier de l'application des règles protectrices du droit du travail et relever du régime protecteur des travailleurs salariés et l'O.N.S.S. qui a intérêt à ce que le travailleur soit assujéti au régime des travailleurs salariés. La jurisprudence de la Cour de cassation n'indique par contre absolument pas que la présomption serait d'ordre public. Toutefois, dès lors que la présomption vise notamment à assurer le bon fonctionnement de la sécurité sociale, il nous semble que ce caractère d'ordre public doit lui être reconnu, la protection de simples intérêts particuliers, fussent-ils multiples, étant dépassée. La question est assez théorique puisque son enjeu est surtout de savoir si l'employeur peut l'invoquer, hypothèse très rare dans la pratique où l'employeur essaiera souvent de soutenir l'indépendance. À notre sens, il serait peu logique d'imaginer une présomption qui puisse être invoquée par tous les organismes de sécurité sociale et le travailleur, mais pas par l'employeur.

39. On notera encore que la présomption de l'existence d'un contrat de travail peut être opposable aux tiers à la relation de travail. Jugé ainsi que la présomption de représentant de commerce est opposable à une caisse d'assurances sociales pour travailleurs indépendants, qui peut néanmoins renverser cette présomption⁸⁶.

2. Influence de la jurisprudence en matière de preuve du lien de subordination sur le renversement des présomptions simples de contrat de travail⁸⁷

a) La jurisprudence de la Cour de cassation relative à la preuve du lien de subordination

40. La jurisprudence de la Cour de cassation apporte des précisions sur le rôle joué par la qualification donnée par les parties à leur convention et sur la possibilité pour le juge de s'écarter de cette qualification.

84. Rapport fait au nom de la Commission des affaires sociales sur le projet de loi portant des mesures tendant à promouvoir l'emploi, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 1992-1993, n° 945/3, p. 6.

85. X. VLIÉGHÉ, *op. cit.*, p. 220.

86. Cour trav. Liège, 27 avril 1993, *Chron. D.S.*, 1994, p. 39 ; Cour trav. Liège, 10 juin 2008, *J.T.T.*, 2008, p. 450.

87. Soulignons que l'importance du rôle de la qualification donnée par les parties à leur contrat, telle que déterminée par la Cour de cassation, n'a par contre aucune conséquence en matière d'extensions, lesquelles jouent uniquement dans le domaine de la sécurité sociale.

1° Le principe : celui qui invoque un contrat doit le prouver

41. Il est naturel qu'en application de l'article 1315 du Code civil et de l'article 870 du Code judiciaire, ce soit à la partie qui invoque l'existence du contrat de travail d'en fournir la preuve⁸⁸. Elle doit apporter la preuve de la réunion des trois conditions de l'existence du contrat de travail, à savoir l'exercice d'un travail, sous autorité, et contre rémunération. Elle ne doit pas montrer l'incompatibilité de la situation de travail avec tout autre contrat qu'un contrat de travail⁸⁹. De même, la personne qui soutient que les relations de travail sont gouvernées par un autre type de contrat doit en rapporter la preuve en prouvant la réunion des éléments constitutifs de ce type de contrat.

42. En cas de qualification par les parties du contrat (qu'elle soit verbale et confirmée, par exemple, par des fiches de paies, ou écrite), il nous semble que la preuve sera rapportée par la production du contrat ou des éléments en découlant. Cette position nous paraît confortée par la primauté de la qualification des parties reconnue, comme nous le verrons, par la loi et la jurisprudence de la Cour de cassation.

43. On peut supposer que s'il y a absence de qualification directe ou indirecte de contrat de travail, c'est que les parties ont choisi une autre qualification, par exemple celle de contrat d'entreprise. Dans cette hypothèse, celui qui invoque un contrat de travail souhaite en fait requalifier une autre convention. Nous évoquons cette situation *infra*.

44. En cas de présomption légale de contrat de travail, la preuve de l'existence du contrat de travail sera rapportée par la simple réunion des conditions requises dans le texte légal, indépendamment de la qualification retenue par les parties. La partie qui invoque le contrat de travail se voit donc dispensée de la preuve de la réunion des trois éléments conditionnant l'existence du contrat de travail.

Cette qualification, issue de la présomption légale, pourra être renversée ou non selon que la présomption est simple ou absolue. Si la présomption est simple, c'est à l'autre partie, qui invoque par exemple un contrat d'entreprise d'apporter la preuve⁹⁰ et, en cas de doute, la qualification présumée vaudra⁹¹. Se pose alors la question de savoir comment rapporter cette preuve contraire.

88. Cour trav. Liège, sect. Namur, 18 juin 2012, R.G. n° 2011/AN/57, inédit ; Trib. trav. Bruxelles, 11 janvier 2005, *J.T.T.*, 2005, p. 385 ; Trib. trav. Liège, 3 octobre 2005, *J.T.T.*, 2005, p. 469.

89. Cass., 19 septembre 1983, *J.T.T.*, 1984, p. 57. Voy. aussi Cass., 17 septembre 1990, *Chron. D.S.*, 1991, p. 151, note ; Cour trav. Liège, sect. Namur, 25 septembre 2000, *Chron. D.S.*, 2002, p. 71 ; Trib. trav. Liège, 13 octobre 1998, *Chron. D.S.*, 2000, p. 89.

90. Cass., 17 mai 2004, *Chron. D.S.*, 2005, p. 72 et *R.W.*, 2004-2005, p. 625. Voy. aussi : Cour trav. Liège, 26 mars 1981, *R.D.S.*, 1981, p. 312 ; Cour trav. Liège, 22 décembre 1994, *J.T.T.*, 1995, p. 96 ; Cour trav. Anvers, 11 février 2004, *Chron. D.S.*, 2004, p. 475.

91. Trib. trav. Verviers, 31 janvier 1979, *J.T.T.*, 1979, p. 352.

2° *La requalification du contrat de travail : la preuve d'éléments incompatibles avec la qualification conventionnelle*

45. Lorsque la preuve d'un type de contrat est apportée conformément à l'article 1315, alinéa 2, du Code civil (par exemple, par la production d'un écrit), si l'autre partie considère que la qualification est inexacte, il lui appartient d'apporter la preuve de la volonté des parties de conclure un autre contrat ou, à tout le moins, la preuve du fait que la qualification conventionnelle ne correspond pas au vécu contractuel. C'est dans ce cadre que se situe la jurisprudence « nouvelle » de la Cour de cassation.

Traditionnellement, pour opérer une requalification du contrat d'entreprise en contrat de travail, le juge se fondait sur la « méthode indiciaire ». Dans ce cadre, il appartenait à la partie qui revendiquait la requalification en contrat de travail d'apporter la preuve d'un faisceau d'indices révélant le lien de subordination dans le contenu de la convention ou dans les modalités de son exécution⁹².

Depuis son arrêt du 23 décembre 2002⁹³, la Cour de cassation indique qu'une requalification ne peut intervenir qu'en présence d'éléments incompatibles avec la qualification retenue par les parties⁹⁴. La Cour précise que cela n'implique pas qu'elle reconnaisse une valeur de présomption à la qualification donnée par les parties à leur convention⁹⁵. En matière de « faux indépendants », elle considère cependant que, pour rapporter la preuve du lien de subordination, élément caractéristique du contrat de travail, la partie qui s'en prévaut doit démontrer l'existence d'éléments incompatibles avec la simple exécution d'un contrôle et le fait de donner des instructions dans le cadre d'un contrat d'entreprise⁹⁶. L'incompatibilité ne doit pas nécessairement résider dans un seul élément qui permet d'exclure le contrat d'entreprise, elle peut ressortir d'éléments qui, pris ensemble, permettent de l'exclure⁹⁷.

Suivant la doctrine, ces arrêts créent un alourdissement du fardeau de la preuve dans le chef de la partie qui souhaite voir écarter la qualification conventionnelle⁹⁸.

92. H. MORMONT, « Les pharmaciens d'officine... », *op. cit.*, p. 67 ; Voy. également E. PLASSCHAERT, « Le *ruling social* », in *Actions orphelines et voies de recours en droit social*, Anthemis, 2012, pp. 194-198 : l'auteur distingue les indices habituellement considérés comme neutres, révélateurs d'un lien de subordination ou incompatibles avec l'existence d'un contrat de travail.

93. Cass., 23 décembre 2002, *J. T. T.*, 2003, p. 271.

94. Cass., 28 avril 2003, *J. T. T.*, 2003, p. 261 ; Cass., 8 décembre 2003, *J. T. T.*, 2004, p. 122 ; Cass., 20 mars 2006, www.juridat.be ; Cass., 22 mai 2006, www.juridat.be ; Cass., 12 juin 2006, www.juridat.be ; Cass., 5 février 2007, www.juridat.be.

95. Voy. not. Cass., 3 mai 2004, *R. W.*, 2004-2005, p. 1220, note K. NEVENS ; Cass., 20 mars 2006, www.juridat.be.

96. Voy. not. Cass., 20 mars 2006, www.juridat.be.

97. Cass., 22 mai 2006, www.juridat.be.

98. H. MORMONT, « Les pharmaciens d'officine... », *op. cit.*, p. 67 ; J. CLESSE, « La notion générale de lien de subordination », in *Le lien de subordination*, Actes du colloque organisé le 19 mars 2004 par l'Ordre des avocats du Barreau de Tournai et le Jeune Barreau de Tournai, Kluwer, 2004, pp. 30 et 31 : « il ne s'agit finalement que de l'application des articles 1315 du Code civil et 870

Cette dernière ne doit pas seulement apporter la preuve que les éléments de fait sont globalement favorables à une disqualification ; elle doit démontrer qu'ils sont incompatibles avec la qualification conventionnelle⁹⁹. Si cette jurisprudence n'aboutit pas à donner un rôle prédominant à la qualification conventionnelle, elle aboutit incontestablement à un renforcement de son rôle, en étant plus exigeante pour admettre l'écartement de celle-ci¹⁰⁰.

46. La loi sur la nature des relations de travail confirme globalement cette jurisprudence de la Cour de cassation en faisant de la qualification conventionnelle le point de départ de l'éventuelle opération de requalification¹⁰¹. En règle, pour que le juge procède à la requalification, il appartiendra au demandeur d'apporter la preuve de la présence d'éléments inconciliables avec la qualification choisie par les parties, en se fondant sur les critères généraux définis par la loi et, le cas échéant, les critères spécifiques fixés en vertu de celle-ci¹⁰². Les articles 331 et 332 de la loi-programme disposent ainsi que :

- « [...] les parties choisissent librement la nature de leur relation de travail, dont l'exécution effective doit être en concordance avec la nature de la relation. La

du Code judiciaire avec une approche peut-être plus sévère de la preuve rapportée » ; J. CLESSE, « La qualification juridique de la relation de travail », in *Questions de droit social*, CUP, vol. 94, Anthemis, 2007, p. 232 : « la preuve attendue du demandeur pour obtenir la requalification de la relation de travail est appréciée de manière plus sévère que par le passé. Le rejet de la qualification contractuelle est subordonné à la constatation de la présence d'éléments excluant la qualification choisie par les parties ».

99. P. MARCHAL, « Conclusions générales », in *Le lien de subordination*, *op. cit.*, pp. 253 et s.

100. H. MORMONT, « Les pharmaciens d'officine... », *op. cit.*, p. 67 ; M.-H. VRIELINCK, « Évolution du contentieux de l'O.N.S.S. en matière de contrats de travail », *J. T. T.*, 2007, pp. 441-446 ; A. VAN REGENMORTEL, « De arbeidsrelatiewet : continueren van de cassatierechtspraak ? », in M. RIGAUX et A. VAN REGENMORTEL (éds), *Rechts(on)zekerheid omtrent (schijn)zelfstandigheid. De gespannen verhouding tussen artikel 1134 BW en de sociaalrechtelijke finaliteit*, Anvers-Oxford, Intersentia, 2008, p. 91.

101. La cour du travail de Liège a très récemment eu l'occasion de résumer le principe comme suit : « Le compromis trouvé consiste donc à faire prévaloir la convention dont l'exécution est fidèle à celle-ci mais à permettre de l'écarter en tenant compte de critères généraux ou spécifiques si ce n'est pas le cas. L'article 131 ne laisse à ce sujet aucun doute ». La cour confirme également que la qualification donnée par les parties à leur convention ne constitue dès lors pas un indice neutre mais bien le « point de départ de l'examen en droit de la qualification » (Cour trav. Liège, sect. Namur, 18 juin 2012, R.G. n° 2011/AN/57, inédit).

102. Voy. E. PLASSCHAERT, « Le *ruling social* », *op. cit.*, pp. 206-214. Une modification du texte légal opérant un *lifting* de la procédure de détermination des critères spécifiques, telle qu'elle avait été imaginée en 2007, est intervenue alors que nous terminions cette contribution (loi du 25 août 2012, *M.B.*, 11 septembre 2012). La Commission de règlement de la relation de travail, composée d'une section normative et d'une section administrative, est vouée à disparaître pour ne laisser place qu'à une Commission administrative composée de plusieurs chambres, ayant vocation à rendre des décisions relatives à la qualification d'une relation de travail déterminée (il s'agit du « *ruling social* », déjà prévu en 2007 mais dont la mise en œuvre se faisait attendre).

priorité est à donner à la qualification qui se révèle de l'exercice effectif si celle-ci exclut la qualification juridique choisie par les parties.

- Si l'exécution de la relation de travail laisse apparaître la réunion de suffisamment d'éléments appréciés conformément aux dispositions de la présente loi et de ses arrêtés d'exécution, incompatibles avec la qualification donnée par les parties à la relation de travail, il y aura requalification de la relation de travail et application du régime de sécurité sociale correspondant [...] ».

47. Cet alourdissement du fardeau de la preuve, dans le chef de la partie qui entend obtenir une requalification de la relation de travail indépendante en relation de travail salariée, vient de faire l'objet d'importants aménagements dans certains secteurs déterminés.

Le *Moniteur belge* du 11 septembre 2012 a publié une loi du 25 août 2012 modifiant le titre XIII de la loi-programme du 27 décembre 2006 en ce qui concerne la nature de la relation de travail. Il modifie notamment l'article 332 de la loi sur la nature des relations de travail en distinguant désormais deux hypothèses :

« Soit lorsque l'exécution de la relation de travail laisse apparaître la réunion de suffisamment d'éléments incompatibles avec la qualification donnée par les parties à la relation de travail, appréciés conformément aux dispositions de la présente loi et de ses arrêtés d'exécution, soit lorsque la qualification donnée par les parties à la relation de travail ne correspond pas à la nature de la relation de travail présumée, conformément au chapitre V/1 de la présente loi et que cette présomption n'est pas renversée, il y aura une requalification de la relation de travail et application du régime de sécurité sociale correspondant [...] ».

48. En conséquence, outre l'hypothèse déjà connue dans laquelle l'exécution de la relation de travail laisse apparaître suffisamment d'éléments incompatibles avec la qualification choisie par les parties, il conviendra désormais de prêter attention aux nouvelles présomptions instaurées par le législateur dans certains secteurs d'activité déterminés (nouvel art. 337/1)¹⁰³. Le rôle de la présomption s'accroît donc, la voie de l'extension n'étant plus privilégiée (on se souviendra que l'extension pour le secteur du gardiennage avait d'ailleurs échoué).

Dans ces secteurs, le législateur instaure en effet une présomption simple, de contrat de travail ou de relation indépendante selon le cas. À cet effet, une liste de neuf critères, dont la plupart visent les situations dans lesquelles un prestataire de services se trouve en état de dépendance économique vis-à-vis du maître d'ouvrage¹⁰⁴,

103. Ces présomptions, dont la date d'entrée en vigueur est fixée au 1^{er} janvier 2013, visent plus précisément les activités suivantes : les travaux immobiliers et assimilés (art. 20, § 2, de l'arrêté royal n° 1 du 29 décembre 1992) ; les activités de surveillance ou de services de garde pour compte de tiers ; les activités de transport de choses ou de personnes pour compte de tiers (à l'exception des services d'ambulance ou de transport de personnes à mobilité réduite) ; et enfin, les activités qui ressortissent au champ d'application de la commission paritaire pour le nettoyage.

104. Par exemple : absence d'investissement personnel du prestataire, paiement d'une indemnité fixe quelle que soit l'importance des prestations, mise à disposition par le maître de l'ouvrage du matériel nécessaire à la prestation des services, etc.

a été établie par le législateur. Il faut remarquer que ces critères socio-économiques vont bouleverser la conception traditionnelle de l'autorité qui était purement juridique. Utilisés dans le cadre des extensions qui n'entraînaient pas de lien d'autorité, les critères socio-économiques ne menaçaient pas la cohérence de la notion. L'usage de la présomption n'est donc pas sans conséquence.

S'il ressort de l'analyse de la relation de travail que plus de la moitié des neuf critères fixés par la loi (nouvel art. 337/2) sont réunis, la relation de travail sera présumée être exécutée dans les liens d'un contrat de travail. Par contre, s'il apparaît que plus de la moitié de ces neuf critères ne sont pas remplis, la relation sera présumée être exécutée de manière indépendante. Ce critère du nombre nous rapproche de la méthode indiciaire connue auparavant.

Cette présomption (de contrat de travail ou de relation indépendante selon le cas) est une présomption simple et peut être renversée par toutes voies de droit. Si la présomption n'est pas renversée, et que la qualification choisie par les parties ne correspond pas à la nature présumée de la relation de travail, il y aura lieu à requalification de la relation de travail.

b) Conséquences sur le renversement des présomptions simples de contrat de travail

1° Quelle est l'incidence d'une présomption légale sur ces principes ?

49. Comme indiqué ci-avant, la loi sur la nature des relations de travail reste muette sur les présomptions simples de contrat de travail et n'apporte donc aucune précision quant à l'objet de la preuve qui doit être rapportée par l'employeur.

La présomption légale simple opère un renversement de la charge de la preuve, faisant peser sur celui en défaveur de qui elle joue la charge de la preuve contraire. En matière de présomptions de contrat de travail, il appartiendra ainsi à l'employeur d'apporter la preuve qu'il n'y a pas de lien de subordination, élément caractéristique du contrat de travail. Pour prouver un fait négatif, l'employeur démontrera le fait positif contraire, soit l'existence d'une relation indépendante.

Dans ce cadre, la qualification donnée par les parties est indifférente¹⁰⁵. Admettre le contraire serait contradictoire avec l'objectif poursuivi par la consécration de présomptions légales qui vise à faciliter la preuve du lien de subordination en affranchissant les personnes intéressées de la qualification conventionnelle retenue par les parties. Logiquement, dans un système de droit du travail impératif et de sécurité sociale d'ordre public, la commune intention des parties tout comme l'absence de protestation durant l'exécution du contrat doivent être indifférentes¹⁰⁶.

105. J.-Fr. GERMAIN, « Agent commercial et représentant de commerce. La question de la requalification de la relation de travail », in C. DELFORGE (éd.), *Le contrat d'agence commerciale – Qualification et clause particulière*, Bruges, Vanden Broele, 2008, p. 132.

106. Cass., 17 mai 2004, *Chron. D.S.*, 2005, p. 72 et *R.W.*, 2004-2005, p. 625.

La jurisprudence majoritaire liégeoise soutenait que la jurisprudence récente de la Cour de cassation en matière de requalification avait des répercussions sur l'objet de la preuve devant être rapportée par l'employeur, en présence d'une présomption. Suivant ces juridictions, dès lors que le point de départ retenu par la Cour était la qualification conventionnelle, l'employeur, pour renverser la présomption, devait apporter la preuve de l'absence d'éléments incompatibles avec la qualification retenue par les parties¹⁰⁷.

Comme le relève Hugo Mormont, cette jurisprudence était incompatible avec l'objectif poursuivi par la consécration de ces présomptions. Par ce biais, le législateur entend augmenter le nombre de travailleurs salariés parmi les bénéficiaires de la présomption, en facilitant la preuve du lien de subordination. Or, suivant cette jurisprudence, c'est toujours la qualification conventionnelle qui prime en l'absence d'éléments incompatibles avec celle-ci, peu importe que le législateur ait ou non instauré une présomption de contrat de travail¹⁰⁸. Nous verrons que la Cour de cassation a mis un terme à cette jurisprudence liégeoise¹⁰⁹.

2° Le renversement de la présomption implique-t-il la preuve d'éléments inconciliables avec celle-ci ?

50. À notre sens, la réponse doit être affirmative¹¹⁰. Si telle est la règle pour la requalification d'une convention, *a fortiori* doit-on l'appliquer lorsqu'il s'agit de renverser une présomption¹¹¹.

La Cour de cassation semblait toutefois en avoir décidé autrement dans son arrêt du 22 mai 2000¹¹² sur conclusions de Monsieur le premier avocat général Jean-François Leclercq. Cette jurisprudence est toutefois antérieure au tournant qu'a pris la Cour de cassation sur la rigueur de la preuve exigée pour une requalification.

107. Cour trav. Liège, 13 juillet 2004, *Chron. D.S.*, 2005, p. 100, note H. MORMONT ; Trib. trav. Huy, 4 avril 2003, Cour trav. Liège, 24 novembre 2003 et Cour trav. Liège, 17 décembre 2003, cités dans H. MORMONT, « Les pharmaciens d'officine... », *op. cit.*, p. 68, note de bas de page 46 ; Cour trav. Liège, 8 décembre 2003, *J.T.T.*, 2004, p. 186 ; Cour trav. Liège, 8 septembre 2004, *Orient.*, février 2005, n° 2, p. 29.

108. H. MORMONT, « Les pharmaciens d'officine... », *op. cit.*, p. 68.

109. Voy. notamment : Cass., 17 mai 2004, *R.A.B.G.*, 2004, n° 20, p. 1316, obs. G. BOGAERT.

110. Cour trav. Liège, 22 septembre 1983, *J.T.T.*, 1984, p. 460.

111. L'on pourrait toutefois se demander si ce principe vaut également en cas d'application des nouvelles présomptions sectorielles, dans la mesure où le législateur distingue expressément cette hypothèse du principe général selon lequel la requalification est opérée en présence de suffisamment d'éléments incompatibles avec la qualification choisie par les parties. En ce qui concerne les situations dans lesquelles les présomptions sectorielles sont amenées à s'appliquer, l'on pourrait dès lors défendre le point de vue selon lequel le renversement de celles-ci, par toutes voies de droit (comme le précise expressément le texte), ne nécessite pas que soit rapportée la preuve d'éléments inconciliables avec la nature présumée de la relation de travail.

112. Cass., 22 mai 2000, *Arr. cass.*, 2000, p. 961 et *J.T.T.*, 2000, p. 423.

Une certaine logique peut dès lors être retrouvée à la lecture de l'arrêt du 17 mai 2004, selon lequel, lorsqu'une partie invoque la présomption de contrat de représentant de commerce, l'autre partie doit établir que les éléments du contrat et son exécution « ne sont nullement conciliables avec un contrat de travail et qu'il n'existe pas de lien de subordination »¹¹³. Cette jurisprudence est cohérente : la primauté de la qualification du contrat est affirmée mais il ne s'agira pas toujours d'une primauté conventionnelle. Certes, la qualification est le plus souvent contractuelle mais, en présence d'une présomption de contrat de travail, elle est légale. C'est alors de la qualification légale qu'on ne pourra s'écarter que par la preuve d'éléments inconciliables avec celle-ci. La Cour de cassation, dans un arrêt du 3 novembre 2004, a d'ailleurs expressément précisé que sa jurisprudence exigeant la preuve d'éléments incompatibles avec la qualification conventionnelle s'appliquait uniquement en l'absence de présomption légale contredisant la qualification conventionnelle. On peut donc en déduire *a contrario* qu'en présence de celle-ci, il ne saurait pas être question de prendre comme point de départ la qualification conventionnelle¹¹⁴ mais bien la qualification légale indiquée par la présomption. En ce sens, Jacques Clesse explique que si, pour s'écarter du point de départ, la Cour exige la preuve d'éléments incompatibles, cette exigence doit valoir que ce point de départ procède de la volonté des parties ou qu'il procède de la loi¹¹⁵.

L'article 4, alinéa 2, de la loi du 3 juillet 1978 prévoit expressément que la présomption édictée en faveur des représentants de commerce s'applique « nonobstant toute stipulation contractuelle contraire », mention qui n'apparaît pas dans toutes les présomptions de contrat de travail¹¹⁶. Certains ont dès lors envisagé que la qualification conventionnelle pourrait jouer un rôle plus important dans le cadre de ces

113. Cass., 17 mai 2004, *R.A.B.G.*, 2004, n° 20, p. 1316, obs. G. BOGAERT, « Handelsagent of vertegenwoordiger ? Over economische en juridische afhankelijkheid en de bewijslast », pp. 1330 et s. La partie demanderesse en cassation reprochait à la cour du travail d'avoir refusé d'admettre le renversement de la présomption énoncée au bénéfice des représentants de commerce, sans avoir mis en évidence d'éléments incompatibles avec la qualification de convention de collaboration indépendante retenue par les parties. La Cour de cassation a jugé que « tant qu'il n'est pas constaté que les circonstances de l'exécution effective du contrat excluent le lien de subordination, un contrat peut être considéré comme un contrat de travail de représentant de commerce sur la base de la présomption instaurée par l'article 4, alinéa 2, de la loi du 3 juillet 1978, même si l'intention des parties était différente ou que leur contrat était autrement qualifié ou qu'elles ne se sont pas considérées comme étant liées par un contrat de travail lors de l'exécution du contrat ». Ainsi, seule la preuve d'éléments incompatibles avec un contrat de travail permettrait de renverser les présomptions légales.

114. A. VAN REGENMORTEL, « De arbeidsrelatiewet : continuering van de cassatierechtspraak ? », *op. cit.*, p. 101.

115. H. MORMONT, « Les pharmaciens d'officine... », *op. cit.*, p. 69 ; J. CLESSE, « La notion générale de lien de subordination », *op. cit.*, p. 33.

116. Contient également cette précision la présomption instaurée en faveur des étudiants par l'article 121 de la loi du 3 juillet 1978. Au contraire, la présomption instaurée en faveur des pharmaciens d'officine par l'article 3bis de la loi du 3 juillet 1978 ne contient aucune précision à cet égard.

dernières présomptions¹¹⁷. L'enseignement tiré de l'arrêt du 17 mai 2004 ne serait pas transposable aux présomptions dont le texte n'affirme pas qu'elles s'appliquent nonobstant toute stipulation contractuelle contraire. Comme Guido Van Limberghen et Koen Nevens¹¹⁸, il nous semble pourtant que cette affirmation soit inhérente à la consécration d'une présomption. Les autres mentions, par ailleurs parfois surabondantes, sont sans incidence. En effet, par une application stricte des règles de la charge de la preuve, il est évident que l'employeur ne peut se limiter à se retrancher derrière la qualification conventionnelle pour éviter les conséquences de la présomption. Il devra prouver que le lien de subordination fait défaut. Dans les litiges en matière de sécurité sociale, il est en effet admis que la primauté de l'écrit n'est pas d'application.

Dans un arrêt du 9 juin 2008, la Cour de cassation, appelée à se prononcer sur le renversement de la présomption instaurée en faveur des pharmaciens d'officine, a confirmé sa jurisprudence. Le pourvoi faisait grief à l'arrêt de la cour du travail de Bruxelles d'avoir considéré que la présomption était renversée dès le moment où les éléments de la cause confirment la qualification conventionnelle de contrat d'entreprise, sans exiger que l'employeur apporte la preuve d'éléments incompatibles avec un contrat de travail. Le juge avait constaté qu'« au vu des éléments de la cause soulignés par le demandeur, le lien de subordination faisait défaut et (que) c'était bien en qualité d'indépendant que Monsieur F. avait exercé ses fonctions ». La Cour rejette le pourvoi, mais confirme pourtant sa jurisprudence. Elle constate que Monsieur F. établissait mensuellement des factures correspondant à ses jours de prestation qui étaient variables, qu'il s'absentait quand il le désirait et qu'il était seul responsable dans l'officine et ne devait rendre de comptes à personne. Elle considère que, sur la base de ces éléments qui ne sont pas compatibles avec un lien de subordination, l'arrêt a pu légalement décider que la présomption était renversée et que c'était en qualité d'indépendant que Monsieur F. exerçait ses fonctions¹¹⁹.

3° Est-ce à dire que la preuve contraire ne peut jamais se fonder sur le contrat ?

51. Dès lors que la qualification conventionnelle est indifférente en présence d'une présomption de contrat de travail, cela implique qu'on s'appuie uniquement sur les modalités concrètes d'exécution de la relation contractuelle pour renverser la présomption et non pas sur la qualification directe donnée par les parties ou sur les termes du contrat¹²⁰.

117. J. CLESSE, « La notion générale de lien de subordination », *op. cit.*, p. 33 ; I. DURANT, « Distribution commerciale et subordination », in *Le lien de subordination*, *op. cit.*, p. 152 et s.

118. G. VAN LIMBERGHEN et K. NEVENS, « Doorwerking van de arbeidsrechtelijke gezagsverhouding in het socialezekerheidsrecht. Paal en perk aan de cultus van de wilsautonomie », in M. RIGAUX, P. HUMBLET et G. VAN LIMBERGHEN, *Actuele problemen van het arbeidsrecht*, vol. 7, Anvers-Oxford, Intersentia, 2005, pp. 392. Voy. aussi en ce sens : A. VAN REGENMORTEL, « De arbeidsrelatiewet : continuering van de cassatierechtspraak ? », *op. cit.*, p. 101.

119. Cass., 9 juin 2008, www.juridat.be.

120. Trib. trav. Mons, 19 décembre 2005, *Chron. D.S.*, 2007, p. 236.

Est-ce à dire que l'on ne peut pas se fonder sur le contrat pour appuyer la preuve des modalités concrètes d'exécution du contrat ?

La Cour de cassation semble l'avoir considéré en son temps¹²¹, ce qui ne paraissait pas en phase avec sa jurisprudence de l'époque.

Cela nous semble excessif. La preuve contraire ne peut bien entendu résulter ni de la seule qualification du contrat ni du seul examen des clauses du contrat. Les clauses du contrat – à la différence de sa qualification directe – peuvent toutefois, à notre sens, être un élément d'appréciation dans l'analyse du vécu contractuel.

Le contrat peut tout d'abord contenir lui-même des clauses dont découle une subordination. Dans ce cas, il vient renforcer la présomption. S'il est bien rédigé, ce sera rare.

Le contrat peut au contraire contenir des éléments excluant l'autorité. S'ils sont en phase avec le vécu contractuel, ils peuvent à notre sens conduire le juge à conclure au renversement de la présomption. Comme le relève Philippe Leclercq, « En définitive, si le contrat écrit et/ou la commune intention ne sont pas suffisants à eux seuls pour renverser la présomption en raison de l'article 4, alinéa 2, de la loi relative aux contrats de travail, malgré les décisions récentes de la Cour de cassation en matière de qualification des relations contractuelles, non applicables dans ce cas, le contrat sera souvent d'une aide précieuse au commettant pour convaincre la juridiction du travail de la volonté réelle des parties, et les juridictions du travail auront généralement tendance à suivre la qualification des parties si celle-ci est confirmée par les modalités d'exécution de la convention et si ces modalités d'exécution contiennent des éléments inconciliables avec un contrat de travail »¹²².

Dans son arrêt du 17 mai 2004, la Cour de cassation semble aller dans ce sens, en ce qu'elle précise que, pour renverser la présomption, il faut apporter la preuve que les éléments du contrat et l'exécution de celui-ci sont inconciliables avec un contrat de travail. Elle poursuit en affirmant que c'est la constatation de circonstances de l'exécution effective du contrat excluant le lien de subordination qui entraînera la requalification du contrat. Les clauses du contrat ne seraient donc prises en considération qu'en ce qu'elles viendraient en soutien à la preuve des modalités d'exécution du contrat¹²³.

4° Conclusion : une influence limitée à un alourdissement de la charge de la preuve contraire

52. En vertu des règles en matière de preuve, la présomption de contrat de travail impose à l'employeur d'apporter la preuve qu'il n'y a pas de lien de subordination, élément caractéristique du contrat de travail. Pour prouver un fait négatif, l'employeur démontrera le fait positif contraire, soit l'existence d'une relation indépendante.

121. Cass., 15 octobre 1975, *Pas.*, 1976, I, p. 196. *Contra* : Trib. trav. Liège, 20 avril 1994, *J.T.T.*, 1994, p. 449.

122. Ph. LECLERCQ, *Le statut des représentants de commerce*, coll. Études pratiques de droit social, Kluwer, 2005, p. 28.

123. Cass., 17 mai 2004, *R.A.B.G.*, 2004, n° 20, p. 1316, obs. G. BOGAERT.

Comment apportera-t-il cette preuve ? Conformément à la jurisprudence récente de la Cour en matière de requalification, pour prouver l'existence d'une relation indépendante, il devra prouver l'existence d'éléments qui, pris isolément ou conjointement, sont incompatibles avec l'existence d'un lien de subordination¹²⁴. Il s'agira d'éléments relevant du vécu contractuel, éventuellement confortés par les clauses contractuelles.

En pratique, la jurisprudence, dans son examen des cas d'espèce, applique une méthode qui pourrait être qualifiée d'indiciaire où il est tenu fréquemment compte d'un ensemble d'éléments. La jurisprudence antérieure au raidissement de la Cour de cassation sur la requalification est très similaire à ce qui se faisait en matière de faux indépendants. On y tient compte, dans une balance générale, d'indices plus ou moins pertinents pris isolément, mais qui prennent sens dans une vision globale de la relation contractuelle. Sous réserve de la rigueur nouvelle de la preuve exigée, il ne nous a pas été permis de conclure que la jurisprudence actuelle¹²⁵ voudrait se démarquer de ces principes.

3. Présomptions d'occupation à temps plein en cas de travail à temps partiel

a) Mise en contexte

53. Les articles 157 et suivants de la loi-programme du 22 décembre 1989 fixent un certain nombre d'obligations à charge de l'employeur occupant des travailleurs à temps partiel, visant à assurer la publicité des horaires de travail à temps partiel et des dérogations à ceux-ci. L'objectif de ces obligations est de permettre aux services d'inspection, lors d'un contrôle au sein de l'entreprise, d'identifier les travailleurs à temps partiel qui exécutent des prestations non déclarées en dehors de leurs horaires de travail « officiels ».

Le non-respect de ces obligations de publicité entraîne l'application de deux présomptions, longtemps similaires et désormais identiques, reprises aux articles 171 de la loi-programme du 22 décembre 1989 et 22^{ter} de la loi du 27 juin 1969.

La première présomption (alinéas 2 des deux dispositions) trouve à s'appliquer lorsque les horaires de travail à temps partiel n'ont pas fait l'objet des mesures de publicité prévues par la loi : dans ce cas, les travailleurs sont présumés avoir effectué leurs prestations dans le cadre d'un contrat de travail à temps plein.

Cette présomption est d'une efficacité redoutable, puisqu'elle permet notamment à l'O.N.S.S. de réclamer à l'employeur le paiement d'arriérés de cotisations sur

124. Sous réserve, peut-être, de l'hypothèse dans laquelle les nouvelles présomptions sectorielles (nouvel article 337/1 de la loi sur la nature des relations de travail) seront amenées à jouer.

125. Voy. les exemples cités not. in Ph. LECLERCQ, *op. cit.*, pp. 28 et s. ; P. DEMOLIN, *Agent commercial - Agent de banque - Agent d'assurance*, Kluwer, 2007 ; W. VAN EECKHOUTTE et V. NEUPREZ, *Compendium social 2011-2012. Droit du travail contenant des annotations fiscales*, Kluwer, 2011, pp. 589 et s.

la base d'une rémunération à temps plein¹²⁶, et à l'O.N.Em. de réclamer au travailleur le remboursement des allocations de chômage complémentaires qu'il aurait perçues durant son occupation à temps partiel (voy. le point b. ci-après).

Jusqu'il y a peu, la présomption prévue à l'alinéa 1^{er} des deux dispositions, applicable lorsque les dérogations aux horaires n'ont pas fait l'objet des mesures de publicité prévues aux articles 160 et suivants de la loi-programme, ne présentait par contre qu'un intérêt limité pour les institutions de sécurité sociale : les travailleurs à temps partiel pour lesquels les dérogations aux horaires de travail n'avaient pas fait l'objet desdites mesures de publicité étaient uniquement présumés avoir effectué leurs prestations dans le cadre des horaires ayant fait l'objet desdites mesures, telles que prévues aux articles 157 à 159 de la loi-programme.

54. Certains auteurs appelaient donc de leurs vœux une révision du texte légal afin de mettre un terme à l'application en cascade de ces deux présomptions¹²⁷. C'est désormais chose faite, le législateur ayant récemment revu le texte des deux dispositions et instauré une présomption d'occupation à temps plein, non seulement en cas de non-respect des mesures de publicité des horaires de travail (alinéas 2 des deux dispositions), mais également dans l'hypothèse où les dérogations aux horaires n'auraient pas été enregistrées conformément aux articles 160 et suivants de la loi-programme (alinéas 1^{er} des deux dispositions)¹²⁸.

b) Les organismes de sécurité sociale sont les bénéficiaires des présomptions

55. Se basant sur la *ratio legis* du texte¹²⁹, la Cour de cassation¹³⁰, de même que la Cour constitutionnelle¹³¹, ont confirmé à plusieurs reprises que ces présomptions n'intéressent pas la relation entre l'employeur et le travailleur.

126. Notons que cette sanction a un caractère civil et ne peut s'analyser comme une peine (Cass., 5 juin 2001, R.G. n° P. 99.1501.N., *Arr. cass.*, 2001, liv. 6, p. 1085 et *Pas.*, 2001, liv. 7-8, p. 1047 ; Cour trav. Anvers, sect. Hasselt, 4^e ch., 14 mars 2007, *Chron. D.S.*, 2008, p. 412).

127. Il suffisait en effet à l'employeur de prévoir des horaires de travail purement fictifs afin d'échapper à la présomption d'occupation à temps plein. À cet égard, voy. notamment P. DELCHEVALERIE, « Le point sur la présomption d'occupation à temps plein d'un travailleur à temps partiel », *Orient.*, 2012/2, pp. 2-18.

128. Loi-programme du 29 mars 2012, *M.B.*, 6 avril 2012, p. 22.143.

129. Le texte vise notamment à lutter contre le travail non déclaré mais également contre le cumul injustifié, dans le chef de travailleurs à temps partiel, d'allocations de chômage complémentaires et d'une rémunération (non déclarée) à temps plein (Projet de loi-programme, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 1988-1989, n° 975/1, p. 59).

130. Cass., 28 avril 1997, R.G. n° S.96.0040.N, *Pas.*, 1997, I, p. 512 ; *Chron. D.S.*, 1997, p. 437 et *J.T.T.*, 1997, p. 343, note Cl. WANTIEZ et J.-Ph. CORDIER et note Th. CLAEYS ; Cass., 4 octobre 1999, R.G. n° S.97.0153.F, *Arr. cass.*, 1999, p. 1206 et *J.T.T.*, 2000, p. 156 ; Cass., 18 février 2002, *op. cit.*

131. C. Arb., 1^{er} avril 1998, n° 40/98, *M.B.*, 20 mai 1998, p. 16.220 ; *Chron. D.S.*, 1998, p. 252 et *J.T.T.*, 1998, p. 224.

Ces présomptions sont en effet instituées exclusivement au profit des organismes de sécurité sociale et des services d'inspection (l'O.N.S.S. en ce qui concerne les présomptions de l'article 22ter de la loi du 27 juin 1969¹³² ; l'O.N.Em.¹³³, les services d'inspection ou l'administration fiscale en ce qui concerne les présomptions de l'article 171 de la loi-programme du 22 décembre 1989). La présomption instituée par l'article 171 de la loi-programme n'est donc pas établie au profit du travailleur, de sorte qu'il ne peut s'en prévaloir pour réclamer à son employeur des arriérés de rémunération sur la base d'une occupation à temps plein.

Cette position a également été justifiée par référence à la jurisprudence de la Cour de cassation, selon laquelle le travailleur ne peut prétendre à une quelconque rémunération en l'absence de prestations de travail effectives, à moins de pouvoir se baser sur une disposition dérogatoire¹³⁴. Or, par ses différents arrêts, la Cour de cassation a refusé de considérer l'article 171 de la loi-programme comme constituant une telle disposition dérogatoire.

56. Une discussion a toutefois surgi à la suite de la révision du texte de l'article 171 de la loi-programme par la loi du 26 juillet 1996. En effet, l'exposé des motifs de cette loi précisait expressément qu'à défaut pour l'employeur de pouvoir renverser la présomption, « le travailleur [devait] être considéré et rémunéré comme s'il avait travaillé à temps plein »¹³⁵. À cette date, le texte fut également modifié pour prévoir que les travailleurs pour lesquels les obligations de publicité n'avaient pas été respectées étaient présumés avoir effectué leurs prestations « à temps plein » et non plus « dans le cadre d'un contrat de travail à temps plein ».

Pour une certaine doctrine, cette modification de texte et l'intention du législateur telle qu'exprimée dans le cadre des travaux préparatoires confirmaient la possibilité pour le travailleur de se prévaloir de la présomption et de réclamer, sur cette base,

une rémunération pour une occupation à temps plein¹³⁶. Ce courant doctrinal fut ponctuellement suivi par certaines juridictions¹³⁷.

57. Cette position fut toutefois vivement critiquée par plusieurs auteurs¹³⁸ et une jurisprudence majoritaire¹³⁹ qui rappelèrent que cette présomption est instituée au seul profit des institutions de sécurité sociale, vise à lutter contre le travail frauduleux et ne pourrait donc être invoquée par le travailleur à l'encontre de son employeur¹⁴⁰. Si le travailleur souhaite obtenir des arriérés de rémunération sur la base d'une occupation à temps plein, il lui appartient de démontrer la réalité et l'ampleur de ses prestations.

Bien que la Cour de cassation n'ait jamais eu l'occasion de se prononcer sur cette question depuis la modification du texte par la loi du 26 juillet 1996, il nous semble que celle-ci ne prête plus à discussion.

D'une part, la récente modification apportée au texte des présomptions par la loi-programme du 29 mars 2012 nous conforte dans la réflexion selon laquelle la modification textuelle apportée à l'article 171, alinéa 2, de la loi-programme par la loi de 1996 était purement formelle : le législateur est récemment revenu à l'ancienne formulation, le texte précisant désormais que les travailleurs pour lesquels les obligations

136. À ce sujet, voy. Th. CLAEYS, « Travail à temps partiel : la présomption de l'article 171 de la loi-programme du 22 décembre 1989 », *J.T.T.*, 1996, pp. 239-330.
137. Voy. Trib. trav. Bruxelles, 4^e ch., 22 avril 2010, *J.T.T.*, 2010, p. 252 ; Cour trav. Mons, 3^e ch., 19 septembre 2006, *J.T.T.*, 2008, p. 13 : « Si la modification du texte est déjà significative dès lors que les travailleurs n'y sont plus présumés avoir effectué leurs prestations dans le cadre d'un contrat de travail à temps plein mais qu'ils y sont présumés les avoir effectuées à temps plein, selon les documents parlementaires, le législateur semble bien y avoir inclus une référence à une obligation au paiement de la rémunération à temps plein [...] En présumant que les prestations ont été effectuées à temps plein, le législateur s'écarte de la règle selon laquelle la rémunération est la contrepartie des prestations effectives puisque les prestations elles-mêmes ainsi que leur quantité deviennent l'objet direct de la présomption et non plus la nature du contrat » (souligné dans le texte).
138. Cl. WANTIEZ et J.-Ph. CORDIER, « La portée limitée de la présomption instituée par l'article 171, alinéa 2 de la loi du 22 décembre 1989 dans ses rédactions successives », obs. sous Cass., 28 avril 1997, *J.T.T.*, 1997, pp. 344-345. M. DE VOS, « De lijdensweg van het vermoeden van voltijdse arbeid bij onrechtmatige deeltijdse arbeid. Status questionis en pleidooi voor een nieuwe lezing », *J.T.T.*, 1999, p. 489.
139. Cour trav. Bruxelles, 5^e ch., 19 avril 2010, *J.T.T.*, 2010, p. 393 ; Cour trav. Liège, 6^e ch., 8 janvier 2010, R.G. n° 36.385/2009, www.juridat.be ; Cour trav. Anvers, sect. Anvers, 4^e ch., 14 mars 2007, *Chron. D.S.*, 2008, p. 412 ; Cour trav. Anvers, sect. Anvers, 18 mars 2004, www.juridat.be ; Cour trav. Bruxelles, 6^e ch., 19 mars 2001, R.G. n° 39.623, www.juridat.be ; Cour trav. Gand, sect. Bruges, 25 septembre 1998, *A.J.T.*, 1998-1999, p. 845 et *Chron. D.S.*, 1998, p. 610, p. 13 ; Cour trav. Bruxelles, 19 février 1998 (somm.), R.G. n° 33026, www.juridat.be ; Cour trav. Mons, 4 décembre 1997, www.juridat.be ; Trib. trav. Mons, 9^e ch., 12 novembre 2010, *J.T.T.*, 2011/7, p. 108 ; Trib. trav. Hasselt, 2 juin 1997, *J.T.T.*, 1997, n° 684, p. 347 et *Chron. D.S.*, 1997, n° 9, p. 462.
140. Voy. notamment Trib. trav. Bruxelles, 12 février 2008, R.G. n° 12946/06, www.juridat.be : le tribunal estime que la *ratio legis* de la loi-programme de 1989 n'a pas été modifiée par la loi du 26 juillet 1996, et que la modification apportée au texte de l'article 171, alinéa 2, ne modifie pas l'essence de celui-ci.

132. Seul l'article 22ter de la loi du 27 juin 1969 a vocation à s'appliquer dans les relations entre l'O.N.S.S. et les employeurs, à l'exclusion de l'article 171 de la loi-programme du 22 décembre 1989 (Cass., 18 février 2002, R.G. n° S.01.0133.N, *Arr. cass.*, 2002, liv. 2, p. 522 ; *Pas.*, 2002, p. 486 et *J.T.T.*, 2002, p. 368).
133. Cour trav. Mons, 5^e ch., 8 février 2007, R.G. n° 17178, www.juridat.be ; Cour trav. Bruxelles, 10 janvier 2007, *Rev. rég. dr.*, 2006, liv. 121, p. 511, note M. DUMONT ; Cour trav. Gand, sect. Bruges, 25 septembre 1998, *A.J.T.*, 1998-1999, p. 845 ; Cour trav. Anvers, 20 février 1995, *J.T.T.*, 1996, p. 123 ; *R.W.*, 1995-1996, p. 710 et *Chron. D.S.*, 1996, p. 14. La Cour d'arbitrage semble avoir confirmé la possibilité pour l'O.N.Em. d'invoquer cette présomption à l'encontre du travailleur (C. Arb., 23 janvier 2002, n° 22/2002, *M.B.*, 26 mars 2002, p. 12.404 ; *J.T.T.*, 2002, p. 192 et *Chron. D.S.*, 2002/4, p. 178).
134. Cass., 24 décembre 1979, *J.T.T.*, 1981, p. 52 ; Cass., 16 mars 1992, *Chron. D.S.*, 1992, p. 300 et *J.T.T.*, 1992, p. 218 ; Cass., 18 janvier 1993, *Chron. D.S.*, 1993, p. 233 et *J.T.T.*, 1993, p. 223 ; Cass., 26 avril 1993, *Bull.*, 1993, n° 198 ; *Chron. D.S.*, 1993, p. 39 et *J.T.T.*, 1993, p. 260.
135. Projet de loi relatif à la promotion de l'emploi et à la sauvegarde préventive de la compétitivité, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 1995-1996, n° 609/1, p. 20.

de publicité des horaires et des dérogations à ces horaires n'auraient pas été respectées sont présumés avoir effectué leurs prestations « dans le cadre d'un contrat de travail en qualité de travailleur à temps plein » et non plus « à temps plein »¹⁴¹.

D'autre part, la Cour constitutionnelle nous semble avoir clairement indiqué, dans son arrêt du 1^{er} avril 1998, que permettre au travailleur d'obtenir une rémunération pour des prestations à temps plein « fictives » serait disproportionné par rapport à l'objectif poursuivi par le législateur, et violerait donc les articles 10 et 11 de la Constitution : « Pour ce qui est des travailleurs, le droit à la rémunération sans prestations de travail effectives ne présente aucun rapport avec la mesure qui, dans l'intérêt de la collectivité des travailleurs, entend lutter contre le travail au noir et contre les abus en matière d'allocations de sécurité sociale et qui ne vise pas à protéger les travailleurs occupés considérés individuellement »¹⁴².

c) Les présomptions sont des présomptions simples (non irréfragables)

58. Si la question a longtemps suscité la controverse, il est actuellement admis que les présomptions des articles 22^{ter} de la loi du 27 juin 1969 et 171 de la loi-programme du 22 décembre 1989 sont des présomptions simples, et ce, depuis 1989, de sorte qu'elles peuvent être renversées par la partie à l'encontre de laquelle elles sont invoquées.

La question ne s'est posée, en ce qui concerne les présomptions de l'article 171 de la loi-programme, que pour la période comprise entre 1991 et 1996. Par une loi du 20 juillet 1991, le législateur avait en effet prévu que la seconde présomption aurait un caractère irréfragable. Interrogée sur l'existence d'une éventuelle discrimination, la Cour constitutionnelle a cependant invalidé cette disposition en ce qu'elle instaurait une présomption irréfragable opposable au travailleur : « Si la disposition incriminée facilite la charge de la preuve pour les fonctionnaires et les institutions, il est disproportionné par rapport à l'objectif poursuivi par le législateur d'établir à charge des travailleurs une présomption irréfragable, même si le travailleur peut en principe mettre en cause la responsabilité de l'employeur »¹⁴³.

Cet arrêt reçut un écho tout relatif auprès des juridictions de fond, dans la mesure où le texte soumis à la sagacité de la Cour avait entre-temps été modifié par le législateur. Celui-ci était en effet revenu sur ses pas en 1996 en vue de rendre à cette présomption le caractère d'une présomption simple, ceci étant clairement affirmé dans les travaux préparatoires de la loi¹⁴⁴.

141. Loi-programme du 29 mars 2012, *M.B.*, 6 avril 2012, p. 22.143.

142. C. Arb., 1^{er} avril 1998, n° 40/98, *M.B.*, 20 mai 1998, p. 16.220 ; *J.T.T.*, 1998, p. 224 et *Chron. D.S.*, 1998, p. 252.

143. C. Arb., 23 janvier 2002, n° 22/2002, *M.B.*, 26 mars 2002, p. 12.404 ; *J.T.T.*, 2002, p. 192 et *Chron. D.S.*, 2002, p. 178.

144. Projet de loi relatif à la promotion de l'emploi et à la sauvegarde préventive de la compétitivité, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 1995-1996, n° 609/1, p. 20.

En ce qui concerne l'article 22^{ter} de la loi du 27 juin 1969, la question ne s'est véritablement posée qu'après la modification du texte intervenue par le biais de la loi-programme du 27 décembre 2004, le législateur ayant clairement exprimé sa volonté de rendre cette présomption irréfragable¹⁴⁵.

La Cour de cassation a toutefois confirmé, dans un arrêt du 7 février 2011, que cette présomption restait une présomption simple, malgré l'intention contraire du législateur : « Il s'ensuit que, l'article 22^{ter}, alinéa 2, précité n'indiquant pas que la présomption est irréfragable et la loi n'annulant aucun acte ou n'interdisant aucune action sur la base de cette présomption légale, celle-ci doit être considérée comme réfragable, quels que soient les termes de l'exposé des motifs du projet de loi qui ne sauraient conférer à cette disposition légale une portée qui n'est pas conforme au texte même de la loi »¹⁴⁶.

En toute hypothèse, la Cour constitutionnelle estime qu'instaurer une présomption irréfragable serait disproportionné par rapport à l'objectif poursuivi par le législateur : « La présomption a, en ce qu'elle est irréfragable, un caractère général et absolu qui est disproportionné à l'égard de l'employeur concerné puisqu'elle le prive du droit de démontrer que le montant des cotisations de sécurité sociale qu'il a versées correspond aux prestations de travail effectivement effectuées par le travailleur qu'il emploie en exécution d'un contrat de travail à temps partiel »¹⁴⁷.

À la suite des arrêts des deux plus hautes juridictions du Royaume, le gouvernement a décidé de revoir le texte des deux dispositions, afin de prévoir expressément la possibilité pour la partie contre laquelle les présomptions seraient invoquées d'apporter la preuve contraire. Cette modification permet de mettre définitivement un terme à toute controverse¹⁴⁸.

d) Conditions d'application des présomptions et portée de la preuve contraire

59. Afin de pouvoir utilement se fonder sur les présomptions légales, l'organisme qui souhaite s'en prévaloir doit démontrer que les conditions d'application de celles-ci sont réunies¹⁴⁹.

À cet égard, la Cour de cassation a eu l'occasion de confirmer que l'aveu de l'employeur quant à des éléments de fait donnant lieu à l'application de la présomption de l'article 22^{ter} ne peut être retenu, eu égard au fait que cette présomption intéresse

145. Projet de loi-programme, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2004-2005, n° 1437/1, p. 23.

146. Cass., 7 février 2011, R.G. n° S.10.0056.N, *Pas.*, 2011, p. 449 et *J.T.T.*, 2012, p. 24.

147. Cour const., 17 novembre 2011, n° 178/2011, *M.B.*, 6 février 2012, p. 8509.

148. Articles 79 et 80 de la loi-programme du 29 mars 2012, *M.B.*, 6 avril 2012, p. 22.168.

149. Sur ce sujet, voy. notamment P. DELCHEVALERIE, « Le point sur la présomption d'occupation à temps plein d'un travailleur à temps partiel », *op. cit.*, pp. 2-18 : il s'agit de démontrer l'existence d'une occupation à temps partiel et le non-respect des obligations de publicité prévues aux articles 157 et suivants de la loi-programme du 22 décembre 1989.

l'ordre public (voy. ci-avant sous n° 2). Les déclarations de l'employeur peuvent néanmoins constituer un élément de preuve ordinaire, dont il incombe au juge d'apprécier la valeur probante¹⁵⁰.

Notons qu'entre 2004 et 2012, la présomption d'occupation à temps plein prévue par l'article 22ter de la loi du 27 juin 1969 n'était applicable qu'en l'absence de constat, par les services d'inspection, d'une impossibilité matérielle pour les travailleurs concernés d'effectuer leurs prestations à temps plein. Si ce constat devait a priori être effectué par les services d'inspection, la jurisprudence a refusé d'y voir une compétence discrétionnaire de ceux-ci. Pour les faits tombant sous l'ancienne législation, le juge qui constaterait que les travailleurs concernés étaient dans l'impossibilité matérielle d'effectuer des prestations à temps plein devrait considérer que la présomption de l'article 22ter est tout simplement inapplicable¹⁵¹.

Enfin, lorsque les conditions d'application de la présomption sont réunies, on a vu ci-avant que tant l'employeur que le travailleur¹⁵² ont la possibilité de la renverser. Quant à la preuve contraire devant être rapportée à cette fin, la Cour de cassation, suivie par une jurisprudence quasiment unanime, a confirmé qu'il n'est pas nécessaire de démontrer l'ampleur exacte des prestations de travail : il suffit de démontrer que le travailleur n'a pas effectué ses prestations dans le cadre d'un contrat de travail à temps plein afin de renverser la présomption¹⁵³.

e) Conformité au droit européen

60. Si la portée de ces présomptions en droit belge est désormais clarifiée, on ne pourrait faire l'impasse sur les récentes évolutions relatives à la conformité des obligations de publicité et du régime de sanctions y associé (en ce compris les présomptions légales) au regard du droit européen, et plus précisément de la clause 5.1 de l'accord-cadre du 6 juin 1997 sur le travail à temps partiel¹⁵⁴.

150. Cass., 24 avril 2006, R.G. n° S.04.0121.N, *Pas.*, 2006, liv. 4, p. 928 et *J.T.*, 2007, p. 224.

151. Cour trav. Liège, sect. Namur, 13^e ch., 21 décembre 2010, *Chron. D.S.*, 2011, p. 347.

152. Cour trav. Liège, sect. Namur, 2 décembre 2003, R.G. n° 6.295/98, *www.juridat.be*.

153. Cass., 31 janvier 2011, R.G. n° S.10.0052.F, *Pas.*, 2011, liv. 1, p. 369 et *J.T.T.*, 2011, p. 169 ; Cass., 3 février 2003, R.G. n° S.02.0081.N, *Arr. cass.*, 2003, liv. 2, p. 295 et *J.T.T.*, 2004, p. 311 ; Cour trav. Liège, sect. Namur, 13^e ch., 28 février 2012, *inédit*, R.G. n° 2011/AN/56 ; Cour trav. Liège, sect. Namur, 13^e ch., 27 mai 2008, R.G. n° 8.381/07, *www.juridat.be* ; Cour trav. Liège, sect. Namur, 13^e ch., 20 mars 2008, *Chron. D.S.*, 2009, p. 518 ; Cour trav. Anvers, 4^e ch., 14 mars 2007, *Chron. D.S.*, 2008, p. 412 ; Cour trav. Mons, 5^e ch., 8 février 2007, R.G. n° 17178, *www.juridat.be* ; Cour trav. Liège, sect. Namur, 27 juin 2006, R.G. n° 7805/05, *www.juridat.be* ; Cour trav. Gand, 16 septembre 2005, *R.A.B.G.*, 2006, liv. 2, p. 81, note V. DE LANGHE ; Cour trav. Anvers, 2 septembre 2005, R.G. n° 2000946, *www.juridat.be* ; Cour trav. Bruxelles, 7^e ch., 12 mai 2005, *Chron. D.S.*, 2006/5, p. 296 ; Cour trav. Anvers, 5 novembre 2004, R.G. n° 2020716, *www.juridat.be* ; Cour trav. Anvers, 4^e ch., 4 mars 2004, *Chron. D.S.*, 2005, p. 295.

154. Annexe à la directive 97/81/CE du Conseil du 15 décembre 1997 concernant l'accord-cadre sur le travail à temps partiel conclu par l'UNICE, le CEEP et la CES, *J.O.C.E.*, n° L 14, 20 janvier 1998, p. 9.

Cette clause comporte l'obligation pour les États membres d'identifier et d'éliminer les obstacles au développement des possibilités de travail à temps partiel. Dans l'arrêt *Michaeler e.a.*, la Cour de justice a estimé que les obligations administratives mises à charge des employeurs par la législation italienne lors de l'engagement de travailleurs à temps partiel constituaient une charge administrative injustifiée qui, combinée au régime de sanction mis en place, contribuait à dissuader les employeurs de recourir au travail à temps partiel¹⁵⁵. Ceci avait conduit la Cour à décider que la réglementation italienne en cause était incompatible avec la clause 5.1 de l'accord-cadre¹⁵⁶.

On aurait pu, sur cette base, conclure à l'incompatibilité des dispositions des articles 157 et suivants de la loi-programme du 22 décembre 1989 et de l'article 22ter de la loi du 27 juin 1969 avec la clause 5.1 de l'accord-cadre.

En ce sens, deux questions préjudicielles ont été posées à la Cour de justice par la cour du travail d'Anvers, d'une part, et par le tribunal de première instance de Liège, d'autre part : la Cour de justice a rendu deux ordonnances parfaitement identiques dans lesquelles elle laisse aux juridictions belges le soin d'examiner si les dispositions de droit belge concernées créent une différence de traitement injustifiée (interdite par la clause 4.1 de l'accord-cadre) entre travailleurs à temps partiel et travailleurs à temps plein. Ce n'est que dans cette hypothèse que la Cour de justice estime que les dispositions en cause devront être considérées comme contraires au droit européen¹⁵⁷.

À la suite de ces ordonnances, la cour du travail d'Anvers, qui s'était initialement montrée très critique à l'égard des obligations de publicité et du régime de sanction y attaché¹⁵⁸, fut amenée à examiner cette question et conclut à l'absence de différence de traitement injustifiée entre travailleurs à temps partiel et travailleurs à temps plein, validant de la sorte les dispositions du droit belge en la matière¹⁵⁹.

155. La réglementation en cause obligeait les employeurs à notifier une copie de chaque contrat de travail à temps partiel aux services d'inspection compétents dans un délai de trente jours à dater de la conclusion du contrat, sous peine de se voir infliger une amende administrative de quinze euros par travailleur et par jour de retard, sans limite supérieure.

156. C.J.C.E., 24 avril 2008, *Michaeler e.a.*, C-55/07 et C-56/07.

157. C.J.U.E., 7 avril 2011, *Dai Cugini*, C-151/10 ; C.J.U.E., 9 décembre 2011, *Yangwei*, C-349/11.

158. Cour trav. Anvers, sect. Hasselt, 26 mars 2010, R.G. n° 2007/AH/172, *www.juridat.be*.

159. Cour trav. Anvers, sect. Hasselt, 25 juillet 2012, R.G. n° 2007/AH/172, *inédit*. Sur cette question, voy. notamment M. MORSA, « Les mesures de contrôle des travailleurs occupés à temps partiel sont-elles compatibles avec la directive 97/81/CE du Conseil, du 15 décembre 1997 ? Ces mesures ne créent-elles pas une discrimination avec les travailleurs à temps plein et ne constituent-elles pas des obstacles de nature juridique ou administrative limitant les possibilités de travail à temps partiel : l'affaire Dai Cugini, affaire C-151/10 ? », *J.T.T.*, 2011, pp. 388-392.

B. Présomptions et assujettissement à la sécurité sociale des travailleurs indépendants : les présomptions d'assujettissement applicables aux dirigeants d'entreprise et aux mandataires de sociétés¹⁶⁰

1. Conditions d'application des présomptions

a) Présomption fiscale applicable aux dirigeants d'entreprise

61. Selon l'arrêté royal n° 38 du 27 juillet 1967 organisant le statut social des travailleurs indépendants, « toute personne qui exerce en Belgique une activité professionnelle susceptible de produire des revenus visés à l'article 23, § 1^{er}, 1^o ou 2^o¹⁶¹ ou à l'article 30, 2^o¹⁶² du Code des impôts sur les revenus 1992 est présumée, jusqu'à preuve du contraire, se trouver dans les conditions d'assujettissement » (art. 3, § 1^{er}, al. 2).

Cette présomption a pour but de faciliter l'identification des travailleurs indépendants.

Le texte légal se réfère, notamment, à la catégorie fiscale des dirigeants d'entreprise¹⁶³.

Cette catégorie fiscale est assez large. Au sens de l'article 32 du Code des impôts sur les revenus, les dirigeants d'entreprise sont les personnes physiques qui exercent « un mandat d'administrateur, de gérant, de liquidateur ou des fonctions analogues », mais aussi celles qui exercent au sein de la société « une fonction dirigeante ou une activité dirigeante de gestion journalière, d'ordre commercial, financier ou technique, en dehors d'un contrat de travail ». Le mandat doit être exercé dans une société, une association¹⁶⁴ ou un organisme quelconque ayant la personnalité juridique.

Dans la pratique, c'est sur la base des données fiscales communiquées à l'I.N.A.S.T.I. que la présomption est mise en œuvre¹⁶⁵. Dans la rigueur du texte légal – qui vise une

activité *susceptible* de produire des revenus relevant de certaines catégories fiscales –, la présomption pourrait être appliquée même en l'absence de taxation effective.

62. Dans les faits se pose la question de savoir si le tribunal du travail peut refuser d'appliquer la présomption fiscale lorsqu'il estime que c'est à tort que l'administration fiscale a inclus les revenus dans la catégorie fiscale des dirigeants d'entreprise¹⁶⁶ ou lorsque ce n'est que par application du principe d'attraction¹⁶⁷ qu'ils y sont inclus.

63. Cette question était surtout importante en cas de cumul d'un contrat de travail et d'un mandat non rémunéré. Le principe d'attraction avait pour conséquence que même dans cette hypothèse, l'ensemble des revenus versés par la société était considéré comme des revenus de dirigeant d'entreprise. Toutefois, à la suite d'un arrêt de la Cour constitutionnelle¹⁶⁸, la loi a été modifiée dans le sens d'une exclusion du principe d'attraction en cas de cumul d'une activité salariée et d'un mandat non rémunéré. Le travailleur salarié qui, dans la société, exerce un tel mandat ne rentre donc plus dans la catégorie fiscale des dirigeants d'entreprise¹⁶⁹. La présomption fiscale ne s'applique plus¹⁷⁰. En pratique, l'I.N.A.S.T.I. ne communique plus les revenus de ces travailleurs aux caisses d'assurances sociales pour travailleurs indépendants¹⁷¹.

L'incidence du principe d'attraction subsiste en cas de cumul d'une activité salariée et d'un mandat rémunéré. Mais ce qui est en cause, dans cette hypothèse, c'est moins la question de l'assujettissement (que l'exercice d'un mandat rémunéré rend généralement nécessaire), que la question de savoir si, et comment, la partie des revenus

160. Cette partie reprend, remaniées et actualisées, des analyses issues de St. GILSON et J.-Fr. NEVEN, « L'assujettissement à la sécurité sociale des associés et mandataires de sociétés commerciales », in J.-Fr. NEVEN et St. GILSON (coord.), *Assujettissement personnel à la sécurité sociale belge et recouvrement des cotisations : questions spéciales*, coll. Études pratiques de droit social, Kluwer, 2008, pp. 109-154.

161. Sont ainsi visés les bénéficiaires d'une activité commerciale et les profits de profession libérale.

162. Sont ainsi visées les rémunérations des dirigeants d'entreprise.

163. Sur la notion de dirigeant d'entreprise, voy. notamment A. GILLET et M. MICHAUD-NERARD, « Le statut du dirigeant d'entreprise : un point sur la question », *Orient.*, 2010/10, pp. 1-2.

164. À propos de l'appartenance de certains dirigeants d'A.S.B.L. à la catégorie fiscale des dirigeants d'entreprise, on pourra consulter Q. & R. *parl.*, Sénat, 2002-2003, n° 2-69, p. 3854 (Questions 99/101/2 de M. ISTASSE) et aussi *Bull.*, n° 843, p. 3165. Il paraît en résulter que l'article 32 vise « les personnes physiques qui exercent un mandat [...] dans les A.S.B.L. assujetties à l'impôt des sociétés » ainsi que « les personnes physiques qui exercent un mandat rémunéré dans les A.S.B.L. qui se livrent à une exploitation ou à des opérations de caractère lucratif qui dépassent le cadre de l'article 182 CIR 1992, et ce, quel que soit l'impôt auquel elles sont assujetties » : l'existence d'un but de lucre et l'assujettissement à l'impôt des sociétés ne devraient donc pas nécessairement être avérés.

165. Voy. G. VAN LIMBERGHEM, « Gedwongen huwelijk tussen het sociaal en fiscaal statuut der zelfstandigen », in *Actuele problemen van het sociale zekerheidsrecht*, die Keure, 1999, p. 435, n° 18.

166. Il a été décidé par la cour du travail de Mons que si la qualification n'a pas fait l'objet d'un recours fiscal, « la décision administrative fiscale [...] est un acte définitif revêtu de l'autorité de la chose décidée » qui s'impose à la juridiction (Cour trav. Mons, 9 juin 1999, R.G. n° 14.394, inédit). Voy. aussi sur la qualification des revenus : Cass., 22 octobre 2007, *J.T.T.*, 2008, p. 90 et les critiques sur cet arrêt (J.-H. TASSET, « La phase administrative dite du "préalable administratif" », in *Contentieux du droit de la sécurité sociale*, Anthemis, 2012, p. 99 ; J.-Fr. NEVEN, « Cotisations sociales d'indépendants : les décisions fiscales sont-elles vraiment contraignantes pour le juge du travail ? – Observations sur l'arrêt rendu par la Cour de cassation le 22 octobre 2007 », *Chron. D.S.*, 2008, pp. 501 et s.

167. Selon ce principe, tous les revenus (autres que les dividendes) qu'un dirigeant d'entreprise reçoit de la société dans laquelle il dispose d'un mandat sont considérés comme des rémunérations de dirigeant d'entreprise et sont donc imposés à ce titre (voy. Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2005-2006, n° 51-2098/001, p. 98).

168. C. Arb., 1^{er} mars 2001, n° 30/2001.

169. L'article 163 de la loi du 27 décembre 2005 contenant des dispositions diverses, a introduit à l'article 32 du Code des impôts sur les revenus, un alinéa 4 précisant que « l'alinéa 1 n'est pas applicable [...] aux personnes physiques exerçant des fonctions salariées dans une société dans laquelle elles exercent également un mandat non rémunéré [...] ».

170. La présomption fiscale ne concerne donc plus, par exemple, les membres du comité de direction et les délégués à la gestion journalière dont les activités s'exercent dans les liens d'un contrat de travail ; il en est de même pour les administrateurs dont le mandat est gratuit et qui, par ailleurs, exercent une fonction technique, de direction ou de gestion journalière dans les liens d'un contrat de travail.

171. Le commentaire de l'I.N.A.S.T.I. précise en ce sens que l'administration fiscale ne communique plus à l'I.N.A.S.T.I. et aux Caisses d'assurances sociales, les revenus de ces personnes (I.N.A.S.T.I., *Statut social, Commentaires*, vol. 5, CS.367/5).

qui se rattache à l'exécution du contrat de travail peut être isolée de manière à ce qu'elle ne soit pas soumise aux cotisations en vigueur dans les deux régimes.

64. On notera à cet égard que le cumul d'une activité salariée et d'un mandat (qu'il soit ou non rémunéré) au sein d'une société ou d'une association ne pose aujourd'hui plus de difficulté particulière. Ainsi, si le mandat d'administrateur au sein d'une société anonyme est nécessairement exercé dans le cadre d'une relation indépendante (en raison du principe de la révocabilité *ad nutum* des administrateurs de S.A., principe qui est d'ordre public), rien ne s'oppose à ce qu'un administrateur exerce, à côté de ce mandat, une fonction salariée, celle-ci pouvant consister en une fonction purement technique ou davantage administrative, telle que la gestion journalière de la société¹⁷². Dans ce cas, les trois conditions d'existence d'un contrat de travail (l'exercice de prestations, contre rémunération, dans un lien de subordination) devront néanmoins, en ce qui concerne cette seconde fonction, être réunies¹⁷³.

b) Présomptions applicables aux mandataires de société

65. L'arrêté royal n° 38 organisant le statut social des travailleurs indépendants donne au Roi le pouvoir d'instituer des présomptions en ce qui concerne l'exercice d'une activité professionnelle indépendante (voy. art. 3, § 2, de l'A.R. n° 38).

En pratique, il faut envisager la présomption prévue par l'article 2 de l'arrêté royal du 19 décembre 1967 ainsi que celle qui, en 1996, a été introduite à l'article 3, § 1^{er}, alinéa 4, de l'arrêté royal n° 38 lui-même.

Les conditions d'application de ces présomptions ne sont pas tout à fait les mêmes.

1° Présomption prévue par l'article 2 de l'arrêté royal du 19 décembre 1967¹⁷⁴

66. L'article 2 de l'arrêté royal a fait l'objet de diverses rédactions¹⁷⁵. Depuis le 1^{er} juillet 1992, ce texte prévoit donc que « pour l'application de l'article 3 de l'arrêté

172. Une illustration récente peut être trouvée dans l'arrêt déjà cité de la cour du travail de Liège (Cour trav. Liège, sect. Namur, 18 juin 2012, R.G. n° 2011/AN/57, inédit).

173. Sur le sujet, voy. notamment A. GILLET et M. MICHAUD-NERARD, « Le statut du dirigeant d'entreprise : un point sur la question », *op. cit.*, pp. 1-10 ; F. KÉFER et A. JANSEN, « La participation des salariés aux organes de direction d'une société commerciale », in *L'entreprise et ses salariés. Quel partenariat ?*, Bruylant, 2009, pp. 147-249.

174. Cet article n'est pas applicable aux personnes qui ont atteint l'âge de la pension. Voy. l'article 37, § 3, de l'arrêté royal du 19 décembre 1967. L'exercice d'un mandat est considéré comme ne constituant pas l'exercice d'une activité professionnelle, lorsque ce mandat est exercé par des personnes qui ont atteint l'âge de la retraite, et à la condition qu'elles apportent la preuve de la gratuité du mandat. Cette preuve peut être faite par toute voie de droit, témoignages exceptés, sauf si l'Administration des contributions directes a retenu des revenus professionnels du chef de l'exercice de ce mandat.

175. L'article 2 de l'arrêté royal du 19 décembre 1967 a été modifié par l'arrêté royal du 18 août 1972, l'arrêté royal du 4 novembre 1977 (*M.B.*, 14 novembre 1977), l'arrêté royal du 20 septembre 1983 (*M.B.*, 8 octobre 1983), avant d'être modifié par l'arrêté royal du 1^{er} juillet 1992 (*M.B.*, 11 août 1992). Sur cette évolution, voy. R. OSLET et A. SIMON, in *Guide social permanent, Commentaire droit de la sécurité sociale*, Partie II, Livre I, Titre I, Chap. II, n° 920 à 970.

royal n° 38 et sans préjudice de l'article 5bis de ce même arrêté, l'exercice d'un mandat dans une association ou une société de droit ou de fait qui se livre à une exploitation ou à des opérations de caractère lucratif, est de manière irréfutable présumé constituer l'exercice d'une activité entraînant l'assujettissement au statut social des travailleurs indépendants ».

67. En pratique,

- le mandat doit être exercé au sein d'une « association ou une société de droit ou de fait qui se livre à une exploitation ou à des opérations de caractère lucratif » ;
- il peut s'agir de n'importe quel mandat ;
- le mandat doit être effectivement exercé (une désignation ne suffit pas).

Quelques précisions sont données à propos de ces diverses conditions.

68. Le mandat doit être exercé au sein d'une « association ou une société de droit ou de fait qui se livre à une exploitation ou à des opérations de caractère lucratif ». Il a été admis qu'une société dormante¹⁷⁶ ou qui a cessé toute activité¹⁷⁷ ne se livre pas à une exploitation.

La forme juridique du groupement au sein duquel le mandat est exercé importe peu.

Les mandataires d'A.S.B.L. ne sont donc pas nécessairement exclus de la présomption puisque certaines A.S.B.L., sans avoir de but lucratif, se livrent à des opérations à caractère lucratif afin d'assurer la réalisation de leurs objectifs¹⁷⁸.

Le *Commentaire administratif*¹⁷⁹ semble toutefois faire du critère fiscal un élément déterminant pour savoir si une A.S.B.L. se livre à une exploitation ou à des opérations de caractère lucratif. Il précise que la présomption de l'article 2 de l'arrêté royal s'applique aux mandataires d'une A.S.B.L. soumise à l'impôt des sociétés et non aux mandataires d'une A.S.B.L. soumise à l'impôt des personnes morales¹⁸⁰. On observera

176. Voy. Cour trav. Anvers, 15 novembre 2002, R.G. n° 2010533, inédit.

177. Voy. la jurisprudence de la cour du travail de Liège, citée par R. OSLET et A. SIMON, in *Guide social permanent, op. cit.*, n° 1070, note (2).

178. En réponse à une question parlementaire, il a été précisé : « Si l'exclusion du but de lucre doit être la caractéristique essentielle des A.S.B.L., celles-ci peuvent cependant emprunter des formes qui les éloignent de la structure requise par la loi du 27 juin 1921. Je considère dès lors que le critère déterminant doit être le statut fiscal de l'A.S.B.L. concernée. Si elle est assujettie à l'impôt des sociétés, il faut en inférer qu'elle se livre à des opérations ou met en œuvre des méthodes industrielles ou commerciales et que l'article 2 précité s'applique aux mandataires qui y exercent des fonctions, que ce soit à titre onéreux ou gratuit. » (Question n° 39 de Monsieur PIVIN du 20 novembre 1992, *Bull. Q.R.*, Ch. repr., sess. 1992-1993.) Voy. aussi : question n° 134 de Monsieur AERTS du 18 mars 1993, *Bull. Q.R.*, Sénat, sess., 1992-1993, 13 avril 1993, n° 52..

179. I.N.A.S.T.I., *Statut social, Commentaires*, vol. 4, CS.141.

180. Le commentaire ajoute toutefois qu'il est possible que le mandataire de l'A.S.B.L. soumise à l'impôt des personnes morales et qui recueille des revenus doive être assujetti sur la base de la présomption fiscale.

néanmoins que le texte légal ne se réfère pas expressément au statut fiscal de l'association ou de la société. Il y a seulement proximité entre les termes utilisés par l'article 2 de l'arrêté royal et par le Code fiscal¹⁸¹.

À propos de l'existence d'une exploitation ou d'opérations de caractère lucratif, le tribunal du travail de Bruges¹⁸² a estimé qu'une société, dont la seule activité est la location de son immeuble, ne se livre pas à une exploitation, car si cette activité avait été le fait d'un particulier, les loyers perçus n'auraient pas été taxés comme des bénéfices, mais comme des revenus immobiliers. Le tribunal a considéré comme n'étant pas relevant le fait que les revenus en question avaient en définitive été taxés, dans le chef de la société, à l'impôt des sociétés¹⁸³.

69. L'article 2 de l'arrêté royal ne détermine pas les mandats qu'il entend viser.

À défaut d'autre précision, le *Commentaire administratif* suggère dès lors de se référer au droit civil, en considérant que « le législateur n'a pas voulu que cette disposition ne s'applique qu'aux seuls mandats classiques au sens du droit des associations et des sociétés, tels qu'ils résultent des nominations faites par ou en vertu de la loi ou des statuts »^{184 185}. En doctrine, on s'accorde toutefois généralement sur le fait que les mandataires spéciaux ne sont pas visés par la présomption¹⁸⁶.

Dans la pratique, le droit des sociétés et le droit des associations fournissent par ailleurs un cadre de référence utile¹⁸⁷. C'est ainsi que les liquidateurs ont été considérés comme mandataires¹⁸⁸, tout comme l'associé gérant d'une société agricole¹⁸⁹.

181. Par ailleurs, nous ne sommes pas convaincus qu'il faille un texte spécifique pour que les juridictions du travail puissent s'écarter d'une qualification retenue par l'administration fiscale. Voy. J.-Fr. NEVEN, « Cotisations sociales d'indépendant : les décisions fiscales sont-elles vraiment contraignantes pour le juge du travail ? », *Chron. D.S.*, 2008 p. 501.

182. Trib. trav. Bruges, sect. Ostende, 6 janvier 1997, *R.W.*, 1998-99, p. 1259.

183. La note 1 in *R.W.*, 1998-1999, p. 1261 indique que ce jugement a été confirmé par Cour trav. Gand, sect. Bruges, 13 octobre 1998 ; la décision du tribunal du travail de Bruges est discutée par G. VAN LIMBERGHEN, « Gedwongen huwelijk tussen het sociaal en fiscaal statuut der zelfstandigen », *op. cit.*, p. 430, n° 11.

184. I.N.A.S.T.I., *Statut social, Commentaires*, vol. 4, CS.60/1.

185. Voy. D. KREIT, « Les mandataires de sociétés », in *Actualités de la sécurité sociale – Évolution législative et jurisprudentielle*, CUP, Larcier, 2004, p. 884, qui relève toutefois ne pas avoir connaissance de cas dans lesquels l'I.N.A.S.T.I. aurait réclamé l'assujettissement d'un mandataire spécial.

186. Ainsi, Fabienne Kéfer indique que la présomption s'applique uniquement aux organes de la personne morale et ne s'étend pas aux personnes détenant un pouvoir de représentation ponctuel en vertu d'une procuration spéciale (F. KÉFER, « Les salariés impliqués dans les organes de direction d'une société commerciale », *J.T.T.*, 2009, p. 442).

187. D. KREIT, *op. cit.*, p. 883, relève que « Ni l'arrêté royal n° 38, ni l'arrêté royal du 19 décembre 1967 ne définissent précisément ce qu'il faut entendre par mandat ou mandataire. Il convient dès lors de se référer, dans un premier temps, aux notions reprises dans le droit civil et dans le droit des sociétés et ensuite de tenter de définir l'intention du législateur ».

188. Cour trav. Liège, 12 mars 2002, R.G. n° 27.461/98, inédit.

189. Cour trav. Liège, 20 avril 2004, R.G. n° 30.491/01, inédit.

La cour du travail de Bruxelles s'est récemment prononcée sur l'absence de mandat dans le chef des associés d'une société en nom collectif, lorsqu'aucun gérant n'a été désigné¹⁹⁰.

Dès lors que l'article 2 de l'arrêté royal ne vise pas que les mandataires désignés conformément au droit des sociétés ou au droit des associations, on devrait en principe inclure dans le champ d'application de la présomption les gérants de fait (notamment s'ils détiennent des parts sociales dans la société¹⁹¹) ainsi que les mandataires d'associations de fait qui n'ont pas la personnalité juridique. La pratique de l'I.N.A.S.T.I. ne paraît pas aussi extensive.

70. Une difficulté particulière subsiste quant à l'application de la présomption aux membres du comité de direction qui ne sont pas également administrateurs de la société¹⁹².

Une loi du 2 août 2002 a consacré l'existence du comité de direction au sein des sociétés anonymes, sans pour autant faire de l'institution de ce comité une obligation légale. Selon l'article 524bis du Code des sociétés, « les statuts peuvent autoriser le conseil d'administration à déléguer ses pouvoirs de gestion à un comité de direction, sans que cette délégation puisse porter sur la politique générale de la société ou sur l'ensemble des actes réservés au conseil d'administration en vertu d'autres dispositions de la loi ».

Selon la même disposition, le conseil d'administration est chargé de surveiller le comité de direction. L'intensité de la surveillance pourra, le cas échéant, révéler l'existence d'un lien de subordination¹⁹³.

Puisqu'ils disposent d'un pouvoir de gestion, voire également de représentation de la société¹⁹⁴, les membres du comité de direction sont titulaires d'un mandat. Il y a donc matière à application de la présomption. Leur assujettissement au statut social des travailleurs indépendants doit donc être envisagé, le cas échéant, en complément à un assujettissement à la sécurité sociale des travailleurs salariés.

190. Cour trav. Bruxelles, 11 mai 2007, *J.T.T.*, 2007, p. 313.

191. Cour trav. Liège, section Namur, 18 juin 2002, R.G. n° 5.774/97, inédit.

192. S'ils sont administrateurs, la présomption s'applique au vu de cette qualité.

193. L. PELTZER et L. BIHAIN, « Le comité de direction : genèse, statut, fonction, mise en place et implication en droit social », *J.T.T.*, 2003, p. 317 ; selon l'I.N.A.S.T.I., un contrat de travail est possible mais « à condition que cette seconde fonction soit clairement distincte du mandat de membre du Comité de direction et que l'intéressé se trouve, pour cette fonction, dans un lien de subordination. Dans ce dernier cas, il y a double assujettissement dans le domaine de la sécurité sociale : un statut social de travailleurs indépendants pour son mandat comme membre du Comité de direction et au régime général [...] » (I.N.A.S.T.I., *Statut social, Commentaires*, vol. 4, CS.120). Ce point de vue nous semble ne pas tenir compte de l'évolution de la jurisprudence relative à la possibilité que la gestion journalière puisse être l'objet exclusif du contrat de travail.

194. L. PELTZER et L. BIHAIN, *ibid.*, p. 315 ; ces auteurs relèvent toutefois que l'article 524bis du Code des sociétés ne confère pas expressément au comité de direction un pouvoir de représentation.

L'I.N.A.S.T.I. considère en ce sens que les membres du comité de direction qui ne sont pas administrateurs sont soumis à la présomption de l'article 2 de l'arrêté royal qui ne vise pas que les mandataires sociaux¹⁹⁵.

Certains auteurs ne partagent pas ce point de vue et considèrent que le mandat de membre du comité de direction n'est pas un mandat au sens de l'article 2 de l'arrêté royal¹⁹⁶, et ce, bien que le mandat visé par cet article ne doive pas être entendu restrictivement¹⁹⁷.

71. Le fait d'avoir été désigné comme mandataire ne suffit pas pour être soumis à la présomption de l'article 2 de l'arrêté royal. Seul l'exercice effectif d'un mandat entraîne l'application de la présomption légale^{198 199 200}.

La jurisprudence récente paraît tenir compte de l'enseignement de la Cour de cassation, en faisant une distinction entre le fait d'être titulaire (parfois à son insu) d'un mandat et le fait de l'exercer effectivement²⁰¹. On admet toutefois que le gérant d'une société commerciale exerce son activité dès son entrée en fonction, peu importe la date à partir de laquelle la société offre des services à la clientèle²⁰².

195. I.N.A.S.T.I., *Statut social, Commentaires*, vol. 4, CS.119/8 et 9 ; selon l'I.N.A.S.T.I., les membres du comité de direction qui ne sont pas administrateurs échappent par contre à la présomption visée à l'article 3, § 1^{er}, alinéa 4, de l'A.R. n° 38, dont il sera question au point 2 ci-dessous, sous n° 73.

196. L. PELTZER et L. BIHAIN, *op. cit.*, p. 318.

197. Fabienne Kéfer et Aurore Jansen effectuent quant à elles une distinction selon que le membre du comité de direction dispose ou non d'un pouvoir de représentation. Dans l'affirmative, il devra être considéré comme un mandataire au sens de l'arrêté royal, ceci entraînant l'application des présomptions (F. KÉFER et A. JANSEN, « La participation des salariés aux organes de direction d'une société commerciale », *op. cit.*, p. 219).

198. D. KREIT, *op. cit.*, p. 887.

199. La Cour de cassation a ainsi rejeté le moyen pris de la violation des règles relatives à la charge de la preuve contre un arrêt de la cour du travail d'Anvers qui avait décidé que la nomination comme administrateur ne suffit pas à établir l'exercice d'une activité professionnelle indépendante (Cass., 23 septembre 1996, *Pas.*, 1996, I, n° 325).

200. Pour l'application de la présomption visée à l'article 3, § 1^{er}, alinéa 4 (voy. *infra*, 2, sous n° 73), une désignation suffit. Pour les mandataires qui sont également visés par cette seconde présomption, l'absence d'exercice du mandat ne fait donc pas obstacle à cette seconde présomption.

201. Voy. Cour trav. Anvers, 15 novembre 2002, R.G. n° 2010533, inédit ; voy. aussi Trib. trav. Mons, 20 décembre 2004, R.G. n° 12.327/2004 et Trib. trav. Mons, 18 juin 2004, R.G. n° 3469/02, cités par J. MORREN, « Toepassingsgebied en bijdrageregeling zelfstandigen : wetgeving en rechtspraak », in J. PUT, D. SIMOENS et E. ANKAERT (éds) *Ontwikkelingen van de sociale zekerheid 2001-2006*, die Keure, p. 132. *Contra* : Cour trav. Bruxelles, 8 janvier 1999, R.G. n° 35.839, inédit.

202. Cour trav. Liège, 18 janvier 2000, *Chron. D.S. (somm.)*, 2001, p. 219 ; il est probable toutefois que la cour se soit prononcée non sur la base exclusivement de l'article 2 de l'arrêté royal mais en fonction de la seconde présomption (prévue par l'art. 3, § 1^{er}, al. 4, de l'A.R. n° 38).

72. Précisons aussi que selon l'article 8 de l'arrêté royal, le travailleur doit informer sa caisse d'assurances sociales de son arrêt d'activité au moyen « d'une pièce officielle ». On admet toutefois que la fin de l'assujettissement ne dépend pas comme telle de la réception de cette pièce officielle (dont le contenu n'est pas autrement précisé par l'arrêté royal)²⁰³.

De même, dès lors qu'on admet que la présomption ne s'applique qu'en cas d'exercice effectif du mandat, il est logique de considérer que « si une activité n'est plus exercée, il n'y a plus lieu à assujettissement même si les formalités exigées par le droit commercial n'ont pas été remplies ou l'ont été tardivement »^{204 205}.

2° La présomption prévue par l'article 3, § 1^{er}, alinéa 4 de l'arrêté royal n° 38

73. Un arrêté royal du 18 novembre 1996²⁰⁶ a ajouté à l'article 3, § 1^{er}, de l'A.R. n° 38, un alinéa 4 rédigé comme suit : « les personnes désignées comme mandataires dans une société ou association assujettie à l'impôt belge des sociétés ou à l'impôt belge des non-résidents sont présumées, de manière irréfragable, exercer en Belgique, une activité professionnelle en tant que travailleur indépendant ».

Dans son avis sur le projet d'arrêté royal, le Conseil d'État relevait notamment que « l'établissement d'une présomption irréfragable conduit à se demander si ce moyen est bien proportionné au but poursuivi. Il serait indiqué que le gouvernement donne dans le rapport au Roi, la justification de la règle en projet »²⁰⁷.

En réponse, il a été précisé dans le rapport au Roi que le caractère irréfragable est « nécessaire afin de remédier à la situation par laquelle les mandataires de sociétés gèrent de l'étranger, suite à l'évolution technologique en matière de télécommunications, une société située en Belgique et essayent de cette façon d'éviter l'assujettissement au statut social »²⁰⁸.

74. L'alinéa 4 de l'article 3 de l'A.R. n° 38 ne parle pas de l'exercice d'un mandat, mais vise les personnes désignées comme mandataires.

Il en résulte que le champ d'application est à la fois plus réduit et plus large que celui de l'article 2 de l'arrêté royal du 19 décembre 1967.

203. R. OSLET et A. SIMON, in *Guide social permanent, op. cit.*, n° 880.

204. Cour trav. Liège, sect. Namur, 17 avril 2001, *J.T.T.*, 2001, p. 293 ; Cour trav. Liège, sect. Namur, 21 novembre 2000, R.G. n° 6.189 ; Cour trav. Liège, sect. Namur, 15 juin 1999, R.G. n° 6.075/98.

205. Voy. toutefois Cour trav. Mons, 10 mars 2006, R.G. n° 19.105, « la sanction de l'absence de production de tout document officiel de cessation d'activité est tout simplement la poursuite de paiement des cotisations jusqu'à la production d'un tel document ».

206. Voy. l'article 1^{er} de l'A.R. du 18 novembre 1996 « portant des dispositions financières et diverses concernant le statut social des travailleurs indépendants en application du chapitre VI de la loi du 26 juillet 1996 portant modernisation de la sécurité sociale et assurant la viabilité des régimes légaux de pensions et de l'article 3 de la loi du 26 juillet 1996 visant à assurer les conditions budgétaires de la participation de la Belgique à l'Union économique et monétaire européenne » (*M.B.*, 12 décembre 1996, p. 31.018).

207. *M.B.*, 12 décembre 1996, p. 31.021.

208. *M.B.*, 12 décembre 1996, p. 31.020.

Comme précisé dans le rapport au Roi, « le champ d'application est limité aux mandataires de sociétés (gérants, administrateurs, associés actifs²⁰⁹...) » de sorte que « l'article n'est pas applicable aux personnes qui sont mandatées pour l'un ou l'autre acte juridique bien déterminé »²¹⁰, ni aux gérants de fait. Il n'y a pas place ici pour une interprétation large de la notion de mandataire : « sont seuls visés, les mandataires dans le contexte du droit commercial »²¹¹.

Mais, à la différence de ce qui est prévu par l'article 2 de l'arrêté royal du 19 décembre 1967, la désignation suffit. L'exercice effectif du mandat n'est pas nécessaire²¹².

Sur le plan territorial, l'alinéa 4 de l'article 3 de l'A.R. n° 38 est aussi plus large puisqu'il n'est plus fait référence au lieu d'exercice de l'activité indépendante, mais au fait que l'association ou la société sont soumises à l'impôt des sociétés en Belgique.

Comme le souligne Jacques Clesse : « Cet objectif permet de comprendre l'écart entre l'ancienne et la nouvelle rédaction de la norme : dorénavant, la présomption porte également sur le lieu d'exercice de l'activité, qui est réputé se trouver en Belgique, dès lors que la société administrée est soumise à la loi fiscale belge. En permettant l'assujettissement en raison d'une activité déployée hors de la Belgique, le texte nouveau déroge au critère territorial fixé par l'article 3, § 1^{er}, de l'arrêté royal n° 38 »²¹³. La Cour de cassation avait en effet décidé que « de la seule circonstance que le siège de la société se trouve en Belgique, il ne se déduit pas que les administrateurs exercent une activité dans ce pays »²¹⁴. Nous verrons ci-après que la Cour de justice a récemment eu l'occasion de se prononcer sur la validité de cette présomption, en ce qu'elle touche au lieu d'exercice de l'activité professionnelle.

2. L'abandon progressif du caractère irréfragable des présomptions

75. Il n'est pas discuté que la présomption fiscale ne vaut que jusqu'à preuve du contraire²¹⁵. Le dirigeant d'entreprise est ainsi admis à prouver que nonobstant le régime fiscal applicable à ses revenus, son activité ne répond pas à la notion de travailleur indépendant telle qu'elle est définie sur la base du critère sociologique²¹⁶ :

209. On peut s'étonner de cette référence : un associé actif n'est pas nécessairement un mandataire...

210. M.B., 12 décembre 1996, p. 31.019.

211. I.N.A.S.T.I., *Statut social, Commentaires*, vol. 4, CS. 81/1.

212. Certains auteurs ne partagent pas cette opinion. Voy. notamment F. KÉFER, « Les salariés impliqués dans les organes de direction d'une société commerciale », *op. cit.*, p. 443.

213. J. CLESSE, « Le statut social du dirigeant d'entreprise », in *Dirigeant d'entreprise : un statut complexe aux multiples visages*, Bruylant, 2000, p. 182.

214. Cass., 23 février 1987, J.T.T., 1987, p. 253.

215. Voy. Cass., 10 novembre 1986, Pas., 1987, I, p. 310 ; voy. Cour trav. Liège, 17 avril 2001, J.T.T., 2001, p. 293 ; Trib. trav. Bruges, sect. Ostende, 6 janvier 1997, R.W., 1998-1999, p. 1259.

216. C'est ainsi par exemple, que l'achat et la vente d'immeubles, effectués par un particulier dans le cadre de la gestion de son propre patrimoine, ne constituent pas une activité professionnelle. Il importe peu qu'au point de vue fiscal, ces opérations aient été considérées comme constituant l'exercice d'une telle activité (Cour trav. Gand, 14 octobre 1975, J.T.T., 1976, p. 129).

« l'ultime référence reste en tous les cas l'utilisation du critère sociologique, le critère fiscal ne constituant qu'un adjuvant qui permet d'identifier plus aisément les travailleurs indépendants et qui doit être abandonné lorsque la réalité sociologique seule déterminante, est en sens contraire »²¹⁷.

Par contre, les présomptions applicables aux mandataires de société sont en principe irréfragables.

76. Mais ce caractère irréfragable a été contesté avec succès²¹⁸.

En ce qui concerne la présomption insérée en 1996 dans l'arrêté royal n° 38, la Cour constitutionnelle a décidé²¹⁹ :

- « (le) caractère irréfragable (de la présomption) a pu être jugé nécessaire, pour garantir, comme l'indique le rapport au Roi précité, l'assujettissement au statut social des indépendants de mandataires qui gèrent de l'étranger des sociétés ayant leur siège en Belgique, l'autorité ne disposant pas, vis-à-vis de ces personnes, des renseignements et des pouvoirs dont elle dispose vis-à-vis de celles qui gèrent en Belgique de telles sociétés » ;
- par contre, « la présomption a, en ce qu'elle est irréfragable, un caractère général et absolu qui est disproportionné à l'égard [des personnes qui gèrent en Belgique de telles sociétés] puisqu'il empêche un mandataire qui aurait cessé son activité d'établir cette cessation autrement qu'en démissionnant et de mettre fin aux obligations qui découlent de l'assujettissement au statut social des indépendants ».

La Cour dit en conséquence pour droit que « l'article 3, § 1^{er}, alinéa 4, de l'arrêté royal n° 38 du 27 juillet 1967 organisant le statut social des travailleurs indépendants viole les articles 10 et 11 de la Constitution en ce qu'il n'autorise pas la personne désignée comme mandataire dans une société ou association assujettie à l'impôt belge des sociétés ou à l'impôt belge des non-résidents, à établir, lorsque cette personne gère en Belgique une telle société, qu'elle n'exerce pas d'activité professionnelle de travailleur indépendant au sens de l'article 3, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, de l'arrêté royal n° 38 »²²⁰.

À propos du caractère irréfragable de la présomption déposée à l'article 2 de l'arrêté royal, l'illégalité a été retenue sur différentes bases.

Il a ainsi été jugé que l'arrêté royal du 1^{er} juillet 1992 ayant rendu la présomption irréfragable est illégal en raison de l'absence de consultation du Conseil d'État²²¹.

217. R. OSLET et A. SIMON, in *Guide social permanent*, *op. cit.*, n° 400.

218. Sur cette question, voy. notamment F. KÉFER et A. JANSEN, « La participation des salariés aux organes de direction d'une société commerciale », *op. cit.*, pp. 221-224.

219. Cour const., n° 176/04, 3 novembre 2004.

220. Sur cet arrêt, voy. not. : A. RASNEUR et P. JOASSART, « L'arrêt de la Cour d'arbitrage n° 176/04 du 3 novembre 2004 : la présomption irréfragable d'assujettissement des mandataires de société a-t-elle disparu ? », J.T.T., 2005, pp. 205 à 210.

221. Cour trav. Liège, 13 février 2007, R.G. n° 33.180/2005 ; Cour trav. Gand, 5 décembre 2003, J.T.T., 2004, p. 14 ; Cour trav. Anvers, 2 septembre 2005, R.G. n° 2030396 ; Cour trav. Liège, 16 octobre 2007, R.G. n° 8357/07.

Il a aussi été jugé²²² qu'en « instaurant la présomption irréfragable de l'article 2 de l'arrêté royal du 19 décembre 1967, le Roi a décidé au-delà de l'habilitation prévue par l'article 3, § 2 de l'arrêté royal n° 38 puisqu'il crée une obligation d'assujettissement pour une personne qui n'exerce pas une activité professionnelle au sens de l'article 3, § 1^{er} de l'arrêté royal n° 38 »²²³.

Enfin, dans la foulée de ce que la Cour constitutionnelle a décidé à propos de la présomption déposée dans l'arrêté royal n° 38, il a, à différentes reprises²²⁴, été jugé que la présomption prévue à l'article 2 de l'arrêté royal crée une discrimination injustifiée.

Prenant acte de ces évolutions, l'I.N.A.S.T.I. et le S.P.F. Sécurité sociale ont, le 15 janvier 2008, établi des directives à l'intention des caisses d'assurances sociales confirmant le caractère réfragable des présomptions. Il est donc à nouveau possible pour un mandataire de société d'apporter la preuve de l'absence d'exercice d'une activité professionnelle indépendante²²⁵.

Partant de la définition du travailleur indépendant²²⁶, il y a lieu d'admettre que la présomption est renversée par « la preuve de l'absence d'activité exercée dans un but de lucre et présentant un caractère habituel et continu »²²⁷.

En pratique, il revient au mandataire de démontrer :

- soit que l'activité est exercée dans les liens d'un contrat de travail²²⁸ ou dans le cadre d'un statut²²⁹ ;

222. L'argument avait, dès la publication de l'arrêté royal, été soutenu par O. DEBRAY, « Les mandataires de société à titre gratuit : de la légalité de la portée de l'arrêté royal du 1^{er} juillet 1992 », *J.T.T.*, 1992, p. 389.
223. Cour trav. Bruxelles, 9 juin 2000, R.G. n° 39.330 ; Cour trav. Bruxelles, 8 septembre 2000, R.G. n° 35.253 ; Cour trav. Bruxelles, 29 juin 2001, R.G. n° 39.384 ; Cour trav. Bruxelles, 12 octobre 2001, R.G. n° 33.594/36.734, ces décisions étant citées *in* Cour trav. Bruxelles, 9 décembre 2005, R.G. n° 42.957.
224. Voy. Cour trav. Liège, sect. Namur, 5 avril 2007, R.G. n° 7913/05 ; Cour trav. Liège, 16 octobre 2007, R.G. n° 8357/07 ; Cour trav. Bruxelles, 19 avril 2006, R.G. n° 43.946 ; Cour trav. Bruxelles, 14 septembre 2007, R.G. n° 46.988.
225. Voy. Cour trav. Bruxelles, 19 avril 2006, R.G. n° 43.946 ; Trib. trav. Bruxelles, 11 janvier 2007, R.G. n° 73.551/04.
226. Voy. l'article 3, § 1^{er}, de l'arrêté royal n° 38 du 27 juillet 1967 organisant le statut social des travailleurs indépendants : « Le présent arrêté entend par travailleur indépendant toute personne physique, qui exerce en Belgique une activité professionnelle en raison de laquelle elle n'est pas engagée dans les liens d'un contrat de louage de travail ou d'un statut ». Pour être professionnelle, l'activité doit présenter un caractère habituel et poursuivre un but de lucre.
227. Voy. Cour trav. Bruxelles, 19 avril 2006, R.G. n° 43.946 ; Trib. trav. Bruxelles, 11 janvier 2007, R.G. n° 73.551/04.
228. Voy. Cour trav. Mons, 29 mars 1999, R.G. n° 15.064 ; Cour trav. Bruxelles, 8 novembre 1996, *Chron. D.S.*, 1997, p. 598 : « en clair, il s'agit pour le législateur de faire supporter par l'indépendant qui se prétend salarié ou fonctionnaire, la preuve de son contrat de travail ou de son statut ».
229. Voy. Cour trav. Bruxelles, 2 avril 2007, R.G. n° 46.969 (concernant un agent de police auxiliaire également rémunéré pour des missions d'interprète).

- soit qu'il n'exerce pas son activité de manière habituelle²³⁰ ;
- soit que l'activité n'est pas exercée dans un but de lucre.

3. Les hypothèses les plus fréquentes de renversement des présomptions

a) Le mandat exercé à titre gratuit

77. Le mandat reste rémunéré, même si les revenus sont modiques, ne sont acquis qu'au cours d'un seul mois de l'année ou sont absorbés par des pertes²³¹. Dans la pratique, il n'est pas rare que l'assujettissement soit requis uniquement sur la base d'avantages en nature déclarés ensuite d'un contrôle fiscal de la société.

78. Par ailleurs, pour être gratuit, il ne suffit pas que le mandat ne soit pas rémunéré.

Il faut aussi qu'il soit exercé sans but de lucre, ce qui suppose non seulement qu'il n'ait pas été rémunéré, mais aussi qu'il n'avait pas vocation à l'être.

Dans un arrêt déjà ancien, mais que l'abandon du caractère irréfragable des présomptions rend à nouveau pertinent, la Cour de cassation a décidé : « pour échapper à la présomption, l'administrateur doit établir que les statuts ou une décision de l'organe compétent de la société interdisaient que son mandat fût rémunéré ; de la seule circonstance que les statuts laissaient à l'assemblée générale la liberté de décider d'allouer à ses administrateurs une indemnité fixe ou variable, ce qu'elle s'est toujours abstenue de faire, il ne découle pas que le mandat n'était pas susceptible de produire des revenus et était donc gratuit »²³².

Dans la note récemment adressée aux caisses d'assurances sociales²³³, l'I.N.A.S.T.I. et le S.P.F. Sécurité sociale ont confirmé en ce sens : « les présomptions susvisées peuvent être renversées pour autant que la preuve de la gratuité du mandat soit fournie, plus précisément l'absence de but de lucre [...]. La preuve contraire ne peut être admise que si aucune rémunération n'est accordée au mandataire "en fait" et qu'aucune rémunération ne peut lui être accordée "en droit". Une gratuité en droit qui serait contraire à la constatation de fait que des revenus ont été déclarés, ne peut être admise »²³⁴.

230. Cour trav. Liège, sect. Namur, 27 avril 2001, *J.T.T.*, 2001, p. 293 ; Cour trav. Liège, 24 mars 1992, *J.T.T.*, 1992, p. 396 ; *Chron. D.S.*, 1994, p. 204 ; Cour trav. Liège, 10 mars 1998, *Chron. D.S.*, 2001, p. 203.
231. Cour trav. Liège, 2^e ch., 10 octobre 2000, R.G. n° 27287/98, inédit ; Cour trav. Liège, 2^e ch., 12 juin 2001, R.G. n° 26059/97, inédit, cités par A. SIMON, « Évolution récente du statut social des travailleurs indépendants 1998-2003 », *J.T.T.*, 2004, p. 1.
232. Cass., 2 juin 1980, *Pas.*, 1980, p. 1211.
233. Note conjointe du S.P.F. Sécurité sociale, Direction générale des indépendants, et I.N.A.S.T.I., P. 720.2/08/3 du 15 janvier 2008, p. 2.
234. Voy. Cour trav. Bruxelles, 14 septembre 2007, R.G. n° 46.988, « dès lors que le mandataire de société est rémunéré *de facto*, le but de lucre est avéré et le mandataire est, pour toute la durée de son mandat, assujéti au statut social des travailleurs indépendants » ; il n'en est cependant ainsi, nous semble-t-il, que si l'exercice du mandat présente un caractère habituel et continu.

En pratique, il paraît donc difficile de prouver l'absence de but de lucre autrement que par une clause des statuts ou par une délibération de l'organe compétent pour fixer les rémunérations²³⁵.

b) La preuve de l'absence d'activité habituelle

79. Pour être qualifiée de professionnelle, l'activité doit aussi présenter un caractère habituel, ce qui implique l'existence d'un ensemble d'opérations liées entre elles, répétées et accompagnées de démarches en vue de cette répétition²³⁶.

Le mandataire qui ne peut démontrer la gratuité de son mandat reste susceptible d'échapper à l'assujettissement en démontrant le caractère irrégulier de son activité. En présence d'un mandat rémunéré (le cas échéant, faiblement, par le biais uniquement d'avantages en nature), ce n'est toutefois que dans des circonstances exceptionnelles que cette preuve contraire sera admise.

80. On peut envisager que l'activité du mandataire cesse d'être habituelle ou régulière lorsque la société, elle-même, est devenue inactive.

La cour du travail de Liège a décidé en ce sens : « l'administrateur d'une société anonyme n'exerce une activité que dans le cadre de son mandat [...]. Un mandataire ne peut exercer une activité professionnelle si cette société n'a plus d'activité. En effet, il ne peut exercer réellement un mandat si la société est mise en léthargie voire même en hibernation complète. Une société commerciale qui a cédé son fonds de commerce sans en reprendre un autre est mise en veilleuse et n'a plus la moindre activité commerciale »²³⁷.

Le mandataire d'une société *dormante* pourrait donc renverser la présomption, même si, par exemple, il a continué à bénéficier d'un avantage en nature (découlant de l'usage d'une voiture de société, d'un compte courant...).

c) Le maintien d'une présomption irréfragable pour le mandataire qui « gère de l'étranger » ?

81. Pour les mandataires qui gèrent de l'étranger une société ayant son siège en Belgique, la présomption d'assujettissement reste irréfragable. C'est ce qui résulte de l'arrêt de la Cour constitutionnelle du 3 novembre 2004.

235. Si le mandat est exercé à titre gratuit, et que le mandataire parvient à le démontrer, il ne sera pas non plus considéré comme exerçant ce mandat dans le cadre d'un contrat de travail, puisque l'un des éléments constitutifs du contrat de travail fait défaut (à savoir, la rémunération). Fabienne Kéfer en conclut donc que « le mandataire à titre gratuit, fût-il subordonné, n'est pas un travailleur salarié » (« Les salariés impliqués dans les organes de direction d'une société commerciale », *op. cit.*, p. 436). L'exercice d'une autre activité rémunérée au sein de l'entreprise pourrait par contre avoir lieu dans les liens d'un contrat de travail.

236. Cour trav. Liège, 2^e ch., 21 novembre 2000, R.G. n° 6189/98, inédit ; Cour trav. Liège, 2^e ch., 10 octobre 2000, R.G. n° 27287/98, inédit, cités par A. SIMON, « Évolution récente du statut social des travailleurs indépendants 1998-2003 », *op. cit.*, p. 1.

237. Cour trav. Liège, 16 octobre 2007, R.G. n° 8357/07.

Comme indiqué précédemment, la distinction entre les mandataires qui gèrent de l'étranger une société belge et ceux qui gèrent une telle société en Belgique, ne résulte pas du texte légal mais d'une justification introduite dans le rapport au Roi précédant l'arrêt royal du 18 novembre 1996 en réponse à une observation du Conseil d'État.

Elle a été reprise par la Cour constitutionnelle qui ne l'a toutefois pas autrement explicitée.

Dans son commentaire, l'I.N.A.S.T.I. invite les caisses d'assurances sociales à considérer que « les mandataires gèrent une société de l'étranger lorsqu'ils ont leur domicile ou leur résidence principale à l'étranger ou lorsqu'ils exercent leur occupation principale à l'étranger »²³⁸.

On peut toutefois s'interroger sur la conformité de la présomption irréfragable avec le règlement européen de sécurité sociale²³⁹.

Certes, les conditions d'affiliation aux régimes de sécurité sociale ressortissent à la compétence des États membres²⁴⁰. Il n'en reste pas moins que cela ne peut se faire que dans le respect des principes généraux du droit de l'Union européenne et notamment dans le respect du principe de non-discrimination entre les nationaux et les ressortissants des autres États membres²⁴¹.

238. I.N.A.S.T.I., *Statut social, Commentaires*, vol. 4, CS. 81/3, note (1) ; ce commentaire ajoute : « pour localiser l'occupation principale, il y a lieu de tenir compte de l'endroit fixe et permanent d'où l'intéressé exerce ses activités. À défaut, d'autres critères peuvent être pris en considération, comme le caractère habituel ou la durée des activités exercées, le nombre de services fournis et les revenus découlant de ces activités ».

239. Il s'agit du règlement (CE) n° 883/2004 du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale et du règlement (CE) n° 987/09 du Parlement européen et du Conseil du 16 septembre 2009 fixant les modalités d'application du règlement (CE) n° 883/2004 portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale, entrés en vigueur le 1^{er} mai 2010. Pour un commentaire, voy. par exemple M. GRATIA, « Les Règlements C.E. 883/2004 et 987/2009 de coordination des régimes de sécurité sociale. Élargissement aux ressortissants des pays tiers et nouveautés », *Orient.*, 2011/8, pp. 12 à 20 ; M. GRATIA, « Règlements C.E. 883/2004 et 987/2009 : vers un renforcement de la coordination des régimes de sécurité sociale », *Orient.*, 2010/9, pp. 1 à 18 ; Fr. VERBRUGGE, « Détermination de la loi applicable. Tableaux de synthèse relatifs aux Règlements européens », *Orient.*, 2010/9, pp. 19 à 21.

240. « Il appartient à la législation de chaque État membre de déterminer les conditions du droit ou de l'obligation de s'affilier à un régime de sécurité sociale » (voy. C.J.C.E., 28 février 1989, *Schmitt*, 29/88, *Rec.*, 1989, p. 583 ; 12 juillet 1979, *Brunori*, 266/78, *Rec.*, 1979, p. 2705 ; 24 avril 1980, *Coonan*, 110/79, *Rec.*, 1980, p. 1445 ; 28 avril 1998, *Decker*, 120/95, *Rec.*, 1998, p. 1871, point 22.

241. C.J.C.E., 18 mai 1989, *Troiani*, 368/87, *Rec.*, 1989, p. 1347, point 21 ; 24 septembre 1987, *de Rijke*, 43/86, *Rec.*, 1987, p. 3625, point 12 ; voy. aussi P. MAVRIDIS, *La sécurité sociale à l'épreuve de l'intégration européenne*, Bruylant, 2003, n° 257, p. 288.

Or, l'une des conséquences de l'arrêt de la Cour constitutionnelle est qu'à l'inverse du mandataire qui réside en Belgique ou y exerce son occupation principale, le mandataire établi à l'étranger reste soumis à une présomption irréfragable. On ne peut donc exclure que l'arrêt de la Cour constitutionnelle soit, en fait, à l'origine d'une discrimination entre nationaux et ressortissants des autres États membres, contraire au droit européen.

Dans un arrêt du 11 mars 2011²⁴², la cour du travail de Bruxelles a, à cet égard, décidé de poser une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne « sur la conformité au droit européen du caractère irréfragable de la présomption pour [les mandataires qui gèrent une société belge de l'étranger] »²⁴³.

Les questions préjudicielles, présentées par la cour du travail de Bruxelles le 21 mars 2011, étaient libellées de la manière suivante :

« Pour l'application des articles 13 et suivants du règlement 1408/71 et, plus particulièrement, pour l'application de l'article 14^{quater}, un État membre peut-il, dans le cadre de la compétence qui lui est reconnue pour définir les conditions d'assujettissement au régime de sécurité sociale qu'il met en place pour les travailleurs indépendants, assimiler la "gestion de l'étranger d'une société soumise à l'impôt de cet État" à l'exercice d'une activité sur son territoire ?

L'article 3, § 1^{er}, alinéa 4, de l'arrêt n° 38 du 27 juillet 1967 organisant le statut social des travailleurs indépendants est-il compatible avec le droit de l'Union européenne et notamment avec la liberté de circulation et de séjour garantie par l'article 21 du traité sur le fonctionnement de l'Union, dès lors qu'il ne permet pas à la personne qui réside dans un autre État membre et gère de l'étranger une société soumise à l'impôt belge, de renverser la présomption d'assujettissement au statut social des travailleurs indépendants, alors que le mandataire qui réside en Belgique et ne gère pas une telle société de l'étranger, a la faculté de renverser cette présomption et d'apporter la preuve qu'il n'exerce pas une activité indépendante au sens de l'article 3, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, de l'arrêt royal n° 38 ? »²⁴⁴.

Dans son arrêt, rendu le 27 septembre 2012 alors que terminions cette contribution (affaire C-137/11), la Cour aboutit au constat que, si l'instauration d'une telle présomption à l'égard des mandataires de société peut être justifiée, le mandataire doit pouvoir la renverser lorsqu'il démontre qu'il accomplit concrètement les actes liés à cette activité sur le territoire d'un autre État membre. On peut regretter que la Cour ait estimé qu'il n'y avait pas lieu de répondre à la seconde question préjudicielle. En effet, on ignore toujours si le mandataire établi à l'étranger pourra, au même titre

242. Cour trav. Bruxelles, 11 mars 2011, R.G. n° 2010/AB/91.

243. Terra Laboris, « Mandataire de société et conditions d'assujettissement au statut social des travailleurs indépendants. Commentaire de Cour trav. Bruxelles, 9 septembre 2011, R.G. n° 2010/AB/384, 385 et 416 » (www.terralaboris.be – mis en ligne le 23 février 2012).

244. <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=81997&pageIndex=0&doclang=FR&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2099915>.

que son homologue établi en Belgique, renverser la présomption en démontrant qu'il n'exerce tout simplement pas cette activité. À notre sens, la réponse à cette question doit être affirmative.

82. Ceci étant dit, il nous semble que, du moins lorsque le mandataire est établi dans un autre pays de l'Union européenne, la législation applicable ne peut, dans certains cas, pas être la législation belge.

De manière très schématique et sommaire, plusieurs situations peuvent être envisagées²⁴⁵ :

- 1^{re} situation : le mandataire réside dans un autre État membre et n'y exerce pas d'autre activité que la gestion de l'étranger d'une société soumise à l'impôt belge.

Par application de la présomption, ce mandataire est réputé exercer une activité indépendante en Belgique.

Dans cette hypothèse (exercice d'une activité indépendante dans un seul État), la résidence est, dans le règlement européen, un critère subsidiaire par rapport à celui de l'exercice de l'activité : une personne qui exerce une activité indépendante sur le territoire d'un État membre est soumise à la législation de cet État même si elle réside sur le territoire d'un autre État membre (voy. art. 11, 3, a) du règlement (CE) n° 883/2004). Si le mandataire démontre qu'il exerce concrètement les actes liés à son mandat sur le territoire d'un autre État membre, il fait échec à l'application de la présomption, conformément à l'enseignement tiré de l'arrêt du 27 septembre 2012, dont question ci-avant. Dans le cas contraire, le règlement européen ne semble pas faire obstacle à ce que le mandataire qui n'exerce pas d'autre activité dans son pays de résidence soit soumis à la législation belge.

- 2^e situation : le mandataire réside à l'étranger et exerce, en plus de son mandat dans une société soumise à l'impôt belge, une activité salariée dans un autre État membre.

Contrairement à ce qui prévalait dans cette hypothèse sous l'empire de l'ancien règlement (CEE) n° 1408/71 (point 1 de l'annexe VII dudit règlement²⁴⁶), le principe est, sans dérogation, celui de l'unicité de la législation applicable²⁴⁷.

245. Nous n'abordons pas dans ces lignes, pour la facilité du propos, les dispositions transitoires visées à l'article 87 du règlement (CE) n° 883/2004. Nous renvoyons pour un commentaire à M. GRATIA, « Règlements C.E. 883/2004 et 987/2009 : vers un renforcement de la coordination des régimes de sécurité sociale », *op. cit.*, p. 17 et à Fr. VERBRUGGE, « Détermination de la loi applicable. Tableaux de synthèse relatifs aux Règlements européens », *op. cit.*, p. 21. On ne tient pas compte ici de la possibilité du maintien de la législation du pays d'origine en cas d'exercice pendant une période de vingt-quatre mois maximum d'une activité non salariée dans un autre État membre (voy. art. 12, § 2, du règlement (CE) n° 883/2004).

246. Cette Annexe prévoit, en application de l'article 14^{quater}, b) du règlement (CEE) n° 1408/71, les cas particuliers dans lesquels une personne est soumise simultanément à la législation de deux États membres. Un double assujettissement est ainsi prévu en cas d'« exercice d'une activité non salariée en Belgique et d'une activité salariée dans un autre État membre ». Cette dérogation est supprimée par le règlement (CE) n° 883/2004.

247. Article 11 du règlement (CE) n° 883/2004.

Partant, en application de l'article 13, 3, du règlement (CE) n° 883/2004 qui dispose que « La personne qui exerce normalement une activité salariée et une activité non salariée dans différents États membres est soumise à la législation de l'État membre dans lequel elle exerce une activité salariée », ce mandataire sera soumis à la législation de l'autre État membre, celui du lieu de l'exercice de l'activité salariée. Dans ce cas, le règlement européen fait donc obstacle à l'application de la présomption et à l'assujettissement en Belgique²⁴⁸.

- 3^e situation : le mandataire réside dans un autre État membre et y exerce une activité indépendante distincte du mandat qu'il exerce dans une société soumise à l'impôt belge.

Dans cette hypothèse, lorsque le mandataire exerce une activité indépendante à la fois en Belgique et dans un autre État membre, celui-ci étant également son État de résidence, ce mandataire sera soumis à la législation de cet État membre dans lequel il réside, pour autant qu'il y exerce une partie substantielle de son activité (voy. art. 13, 2, a) du règlement (CE) n° 883/2004)²⁴⁹. À défaut, c'est-à-dire si l'autre État membre dans lequel il réside n'est pas l'État dans lequel il exerce une partie substantielle de son activité, ce mandataire sera soumis à la législation de l'État dans lequel se situe le centre d'intérêt de ses activités (voy. art. 13, 2, b) du Règlement (CE) n° 883/2004)²⁵⁰. Partant, sauf le cas où la Belgique peut être considérée comme étant l'État dans lequel se situe le centre d'intérêt des activités du mandataire, le règlement européen fait obstacle à l'application de la présomption et à l'assujettissement en Belgique.

C. Question particulière : le désassujettissement²⁵¹

83. En vertu des articles 1315 du Code civil et 870 du Code judiciaire, celui qui invoque l'existence d'un contrat de travail doit apporter la preuve que les faits qu'il avance démontrent l'existence d'un tel contrat²⁵². Le caractère d'ordre public

248. Voy. M. GRATIA, « Règlements C.E. 883/2004 et 987/2009 : vers un renforcement de la coordination des régimes de sécurité sociale », *op. cit.*, p. 12, qui aborde les difficultés qui peuvent se poser « si, pour une activité de nature similaire, le statut social du travailleur diffère selon l'État membre dans lequel elle est exercée ».

249. S'agissant des critères permettant de déterminer si une partie substantielle des activités est exercée dans un État membre, il est renvoyé à l'article 14, § 8, du règlement d'application (CE) n° 987/2009.

250. S'agissant des critères permettant de déterminer l'État dans lequel se situe le centre d'intérêts des activités du travailleur, il est renvoyé à l'article 14, § 9, du règlement d'application (CE) n° 987/2009. Voy. également M. GRATIA, « Les Règlements C.E. 883/2004 et 987/2009 de coordination des régimes de sécurité sociale. Élargissement aux ressortissants des pays tiers et nouveautés », *op. cit.*, p. 18.

251. Voy. J. DE WILDE D'ESTMAEL et St. GILSON, « La problématique du faux salariat et l'hypothèse du désassujettissement d'office », in J.-Fr. NEVEN et St. GILSON (dir.), *La sécurité sociale des travailleurs salariés, assujettissement, cotisations, sanctions*, *op. cit.*, pp. 39 et s.

252. Cass., 17 septembre 1990, *Chron. D.S.*, 1991, p. 151 ; Cour trav. Mons, 5^e ch., 23 juin 2005, R.G. n° 16.983, inédit ; sur cette question, voy. : St. GILSON, K. ROSIER et E. DERMINE, « La preuve en droit du travail », *op. cit.*, pp. 187 et s.

de la loi du 27 juin 1969 ne le dispense pas de prouver ces faits²⁵³. Dans le cadre d'un recours contre une décision de refus d'assujettissement ou de désassujettissement, c'est le travailleur, voire l'employeur lui-même, qui se prévaut de l'existence du contrat de travail pour justifier le maintien de son assujettissement. Il lui appartient donc, en principe, d'apporter la preuve de l'existence de ce contrat²⁵⁴. Cette preuve peut être administrée par toute voie de droit, l'aveu et le serment exceptés²⁵⁵.

Cependant, si les parties ont pris le soin de qualifier leur contrat de travail *in tempore non suspecto* – ce qui sera le cas la plupart du temps lorsque l'O.N.S.S. agit en désassujettissement – la charge de la preuve devrait être inversée dès lors que, conformément à la jurisprudence de la Cour de cassation, la qualification convenue par les parties doit prévaloir tant qu'aucun élément ne permet de l'exclure. Dans ce cas, il appartiendra donc selon nous à l'O.N.S.S. de démontrer l'existence de clauses ou d'éléments factuels inconciliables avec l'existence d'un contrat de travail. On rappellera, au surplus, que cette charge de la preuve est parfois modifiée par le jeu des présomptions légales d'existence d'un contrat de travail, dont les parties peuvent bien entendu se prévaloir.

Par ailleurs, il ne faut pas perdre de vue que l'O.N.S.S. a l'obligation de motiver ses décisions, en fait et en droit. On sait que l'Office n'a pas l'obligation de vérifier les éléments repris dans les déclarations d'assujettissement, mais il nous semble que, s'il doit décider après coup de remettre en cause cet assujettissement, il sera contraint de justifier les éléments de fait ou de droit qui le conduisent à ne plus prêter foi à la déclaration de l'employeur. À défaut, sa décision pourrait être annulée par le juge.

La cour du travail de Liège, section de Namur, dans son arrêt du 18 juin 2012²⁵⁶, a, à notre estime, rejoint cette position. Il s'agissait, en l'espèce, d'une action dans laquelle un travailleur salarié, par ailleurs administrateur de la société qui l'employait, revendiquait auprès de la curatelle de cette société une indemnité compensatoire de préavis. La curatelle invoquait le caractère inexistant du contrat de travail essentiellement pour absence du lien d'autorité ou encore parce que le contrat reposerait sur une fausse cause ou une cause illicite. La cour rappelle que si la curatelle

253. Cour trav. Liège, 3 juin 2002, *J.L.M.B.*, 2003, p. 257 ; Ch.-E. CLESSE, *L'assujettissement à la sécurité sociale des travailleurs salariés et indépendants – Aux frontières de la fausse indépendance*, vol. 2, coll. Études pratiques de droit social, Kluwer, 2005, p. 314.

254. Cour trav. Bruxelles, 8^e ch., 28 mai 2009, R.G. n° 8.645, disponible sur le site www.terralaboris.be ; voy. Cour trav. Anvers, 4^e ch., 16 décembre 2004, R.G. n° 2003/0685, www.juridat.be : la cour, après avoir rappelé que la charge de la preuve devrait reposer en principe sur le demandeur, décide que, compte tenu des circonstances de l'espèce (les parties avaient qualifié leur convention), la charge de la preuve reposait également et même principalement sur les épaules de l'O.N.S.S.

255. Cour trav. Mons, 6^e ch., 9 juin 1997, *J.L.M.B.*, 1999, p. 126 ; Cour trav. Mons, 20 novembre 1998, *J.L.M.B.*, 1999, p. 1570 ; Trib. trav. Mons, 7 avril 1995, *J.T.*, 1996, p. 32 ; Ch.-E. CLESSE, *op. cit.*, p. 320.

256. Cour trav. Liège, sect. Namur, 13^e ch., 18 juin 2012, R.G. n° 2011/AN/57, inédit.

soutient que le contrat repose sur une fausse cause ou une cause illicite, elle doit en apporter la preuve. De même, si la curatelle entend expliquer qu'il n'y a pas d'autorité qui s'exerce et venir donc contrecarrer la qualification donnée par les parties, il lui appartient également d'apporter des éléments en ce sens. En effet, la qualification donnée par les parties (qui ne doit pas se confondre avec le seul intitulé de la convention) constitue pour la cour le point de départ de l'examen en droit de la qualification du contrat. La cour relève qu'il faut prendre comme point de départ cette convention écrite ou non, qui reflète la volonté commune des parties et, pour s'en écarter à la demande d'une partie ou d'un tiers, examiner l'exécution et vérifier si des éléments inconciliables avec la qualification sont établis par référence aux critères généraux. Dès lors en l'espèce que le contrat avait été qualifié de contrat de travail, il appartenait à la curatelle d'établir, par référence aux critères généraux, la présence d'éléments incompatibles avec cette qualification. Il nous semble par conséquent que dès lors que l'O.N.S.S. rencontre un dossier dans lequel il y a un contrat de travail et qu'il opère le désassujettissement, il lui appartient d'apporter la preuve de la requalification qu'il propose.