

Rep. N° 2013/424

COUR DU TRAVAIL DE BRUXELLES

ARRET

AUDIENCE PUBLIQUE DU 06 FEVRIER 2013

8ème Chambre

SECURITE SOCIALE DES TRAVAILLEURS SALARIES - chômage
Notification : article 580, 2° C.J.
Arrêt contradictoire et définitif

En cause de:

L'OFFICE NATIONAL DE L'EMPLOI,
dont le siège social est établi à 1000 BRUXELLES, Boulevard de
l'Empereur, 7,

partie appelante, représentée par Maître DELVOYE André, avocat,

Contre :

Monsieur V.

partie intimée, représentée par Maître MARKEY Laurence, avocat,

★

★

★

La Cour du travail, après en avoir délibéré, rend l'arrêt suivant :

La présente décision applique notamment les dispositions suivantes :

- le code judiciaire,
- la loi du 15 juin 1935 sur l'emploi des langues en matière judiciaire, et notamment l'article 24,

Vu produites en forme régulière les pièces de la procédure légalement requises ;

Vu le jugement prononcé le 24 août 2011,

Vu la notification du jugement le 25 août 2011,

Vu la requête d'appel du 6 septembre 2011,

Vu l'ordonnance du 6 octobre 2011 actant les délais de conclusions et fixant la date de l'audience sur la base de l'article 747, § 1, du Code judiciaire,

Vu les conclusions d'appel déposées pour l'ONEm le 1^{er} février 2012 et pour Monsieur V, avec l'accord du conseil de l'ONEm, à l'audience du 9 janvier 2013,

Entendu les conseils des parties à l'audience du 9 janvier 2013,

Entendu Madame G. COLOT, Substitut général, en son avis conforme auquel le conseil de l'intimé a répliqué, le conseil de l'ONEM y a renoncé.

* * *

I. LES ANTECEDENTS DU LITIGE

1. Alors qu'il était travailleur salarié, Monsieur V. a, le 11 juillet 2006, constitué la SPRLU EDEN HORSES dont il est devenu le gérant.

Il a perdu son emploi. Il a sollicité les allocations de chômage et en a effectivement bénéficié à partir du 12 novembre 2007.

Lors de sa demande d'allocations, il n'a pas signalé son mandat au sein de la SPRLU EDEN HORSES.

Le 13 août 2009, il a introduit une demande de dispense pour la préparation d'une activité indépendante.

2. Le 18 octobre 2009, Monsieur V. a été entendu par un contrôleur social de l'ONEm.

Il a déclaré :

« Je me suis retrouvé demandeur d'emploi en novembre 2007. Depuis le début 2006, je suis sur un projet de construction d'un haras sur des terrains appartenant à ma famille. Mon père s'occupait activement du projet. Dans un premier temps, j'ai été obligé de me mettre en société (SPRLU EDEN HORSES) car la Commune et les banques m'obligeaient [à faire] cette démarche pour les formalités. La société a vu le jour le 26 septembre 2006. Pour ma part, à cette époque, je travaillais comme salarié et construisais avec mon père les boxes (48) soit en soirée, ou les week-ends. Malheureusement en avril 2007 mon père est décédé et je me suis retrouvé seul pour continuer ce vaste projet. Lorsque je me suis

retrouvé au chômage, en novembre 2007, je m'e suis donné pour objectif d'être indépendant avant fin 2009. Je commence réellement mon activité ce 01/11/2009. J'ai dû terminer les derniers boxes et surtout aménager l'électricité et l'eau ainsi que les intérieurs des boxes. Mes premiers pensionnaires viennent d'arriver, c'est pour cette raison que je stoppe le chômage. La SPRLU a existé uniquement pour les démarches administratives et surtout pour défalquer la TVA lors de l'achat des matériaux. Je n'ai pas encore effectué de vente de poulains, ceux-ci étant trop jeunes. Ce sera pour l'été prochain. Je n'ai rien à ajouter ».

Monsieur V a été entendu par le bureau de chômage, service litiges, le 15 janvier 2010.

3. Le 17 février 2010, l'ONEm a décidé

- d'exclure Monsieur V du bénéfice des allocations de chômage à partir du 12 novembre 2007,
- de récupérer les allocations perçues indûment,
- d'exclure Monsieur V du droit aux allocations de chômage à partir du 22 février 2010, pendant une période de 8 semaines.

Monsieur V a été invité à rembourser une somme de 21.131,22 Euros correspondant aux allocations versées entre le 12 novembre 2007 et le 31 octobre 2009 (en ce compris des allocations gel et construction, pour la période du 12 novembre 2007 au 28 février 2008).

4. Monsieur V a introduit un recours devant le tribunal du travail de Nivelles, par une requête déposée le 14 mai 2010.

Par jugement du 24 août 2011, le tribunal du travail a déclaré ce recours partiellement fondé et a réformé la décision de l'ONEM,

- en décidant que la récupération des allocations perçues indûment du 12 novembre 2007 au 31 octobre 2009 doit être limitée aux 150 derniers jours d'indemnisation ;
- en ramenant la sanction à une exclusion de quatre semaines à partir du 22 février 2010.

L'ONEm a fait appel du jugement par une requête reçue au greffe de la Cour du travail, le 6 septembre 2011.

II. OBJET DES APPELS

5. L'ONEm demande à la Cour de mettre le jugement à néant et de dire pour droit que Monsieur V est tenu de rembourser la somme de 21.131,22 Euros, à titre d'allocations de chômage perçues indûment pour la période du 12 novembre 2007 au 31 octobre 2009, et doit être exclu des allocations de chômage pendant une période de 8 semaines à partir du 22 février 2010.

6. Monsieur V. a introduit un appel incident : il demande à la Cour d'annuler la décision de l'ONEm du 17 février 2010 et de dire qu'il avait droit aux allocations de chômage à partir du 12 novembre 2007. Il demande en conséquence, l'annulation de la demande de récupération et la sanction d'exclusion.

A titre subsidiaire, il demande à la Cour de dire qu'il exerçait une activité accessoire et à titre plus subsidiaire, il demande de limiter la récupération aux 150 derniers jours d'indemnisation indue et de réduire la sanction au minimum d'une semaine assorti d'un sursis.

III. DISCUSSION

§ 1. L'appel de Monsieur V

A. Sur l'exercice d'une activité incompatible avec les allocations de chômage

Principes utiles à la solution du litige

7. Pour bénéficier des allocations, le chômeur doit être privé de travail et de rémunération par suite de circonstances indépendantes de sa volonté (article 44 de l'arrêté royal du 25 novembre 1991).

Selon l'article 45, alinéa 1, est notamment considérée comme travail, l'activité effectuée pour son propre compte, qui peut être intégrée dans le courant des échanges économiques de biens et de services, et qui n'est pas limitée à la gestion normale des biens propres.

Le dernier alinéa de l'article 45 précise que « pour l'application de l'alinéa 1er, 1°, une activité n'est considérée comme activité limitée à la gestion normale des biens propres que s'il est satisfait simultanément aux conditions suivantes :

1° l'activité n'est pas réellement intégrée dans le courant des échanges économiques de biens et de services et n'est pas exercée dans un but lucratif;

2° l'activité ne permet que de conserver ou d'accroître modérément la valeur des biens;

3° de par son ampleur, l'activité ne compromet ni la recherche, ni l'exercice d'un emploi ».

8. L'exercice d'un mandat au sein d'une société commerciale est généralement considéré comme une activité pour son propre compte, incompatible avec l'octroi des allocations de chômage.

En matière de statut social des travailleurs indépendants, on admet depuis l'arrêt de la Cour Constitutionnelle n°176/2004 du 3 novembre 2004, que la présomption d'exercice d'une activité indépendante est réfragable de sorte que la preuve de l'absence de but de lucre et de l'absence d'exercice habituel d'une activité, peut être rapportée.

Sur cette base, on admet que le mandat à titre gratuit au sein d'une société dormante ne constitue pas l'exercice d'une activité indépendante (voir en ce sens, C.T. Liège, sect. Namur, 16 octobre 2007, RG n° 8375/07, accessible via www.juridat.be).

Même si la notion d'activité pour son propre compte « qui peut être intégrée dans le courant des échanges économiques de biens et de services, et qui n'est pas limitée à la gestion normale des biens propres » est spécifique à la réglementation du chômage, on doit considérer, sur base des évolutions constatées en matière de statut social, que la désignation comme mandataire dans une société commerciale, ne constitue pas nécessairement l'exercice d'une activité pour son propre compte dépassant la gestion normale des biens propres.

Il n'y a pas lieu de maintenir dans la réglementation du chômage, une impossibilité de preuve contraire alors que le caractère irréfragable de la présomption a, en matière de statut social, été considéré comme entraînant des effets disproportionnés (voir en ce sens, J-Fr FUNCK, note sous Cour Const. 3 novembre 2004, *Chron. D. S.*, 2005, p. 71).

Ainsi, nonobstant la désignation comme mandataire, le chômeur peut apporter la preuve de l'absence d'exercice d'une activité pour son propre compte au sens de l'article 45 de l'arrêté royal.

Depuis juin 2010, l'ONEm admet cette possibilité de preuve contraire (voy. ONEM, « Traitement des dossiers de cumul avec activité indépendante (listings de cumul L302) - conclusions de la concertation », RIODOC n° 100351, 28 juin 2010, www.onemtech.be, pp 3-4).

Application dans le cas d'espèce

9. En l'espèce, Monsieur V a constitué une société dans le but de mettre en place une pension pour chevaux et un élevage.

L'importance du projet résulte à suffisance de l'ampleur des travaux à accomplir pour la construction de 48 boxes de chevaux, de l'importance des investissements, de l'évolution des actifs immobilisés entre la date du 31 décembre 2007 (358.726 Euros) et le 31 décembre 2008 (774.967 Euros).

Ces éléments indiquent à suffisance que la société était pleinement active au cours de la période litigieuse, soit entre novembre 2007 et octobre 2009, même si elle n'avait pas encore de rentrées financières.

Lors de son audition, Monsieur V a confirmé qu'il s'occupait de la construction du bâtiment et de l'aménagement des lieux (électricité, eau, aménagement intérieur des boxes...) : il ne s'occupait donc pas uniquement du suivi de chantier et de la gestion administrative de la société.

Le jugement doit ainsi être confirmé en ce qu'il retient que l'activité de gérant de Monsieur V était bien réelle et qu'il s'agissait d'une activité destinée à produire un revenu professionnel.

Il doit ainsi être confirmé que Monsieur V a exercé pendant toute la période litigieuse, une activité incompatible avec les allocations de chômage.

B. Sur la poursuite d'une activité accessoire

10. En appel, Monsieur V soutient que son activité n'était qu'une activité accessoire au sens de l'article 48 de l'arrêté royal du 25 novembre 1991.

Cet article 48, § 1^{er} permet, sous certaines conditions, que le chômeur poursuive, pendant son chômage, l'exercice d'une activité accessoire, pour autant que :

- le chômeur déclare l'activité lors de sa demande d'allocations;
- il ait déjà exercé cette activité durant la période pendant laquelle il a été occupé comme travailleur salarié, et ce durant au moins les trois mois précédant la demande d'allocations ; (...);
- il exerce cette activité principalement entre 18 heures et 7 heures (...)
- il ne s'agisse pas d'une activité :
 - o dans une profession qui ne s'exerce qu'après 18 heures ;
 - o dans une profession relevant de l'industrie hôtelière, (...),
 - o qui en vertu de la loi du 6 avril 1960 concernant l'exécution de travaux de construction, ne peut être exercée.

L'article 48, § 2, de l'arrêté royal précise que « les déclarations faites par le chômeur en rapport avec son activité sont écartées lorsqu'elles sont contredites par des présomptions graves, précises et concordantes ».

Enfin, selon l'article 48, § 3, « le droit aux allocations est refusé, même pour les jours durant lesquels il n'exerce aucune activité, au chômeur dont l'activité, en raison du nombre d'heures de travail ou du montant des revenus, ne présente pas ou ne présente plus le caractère d'une profession accessoire ».

11. La Cour constate qu'en l'espèce, Monsieur V avait entamé son activité plus de trois mois avant de demander les allocations de chômage mais que :

- il n'a pas fait la déclaration de son activité de gérant lors de sa demande d'allocations ;
- l'ampleur du projet requerrait une activité qui n'était plus accessoire.

On peut du reste suggérer que l'activité n'a pas eu lieu qu'en soirée mais a requis de la part de Monsieur V qu'il soit aussi actif pendant la journée.

Or, selon l'article 48, la poursuite d'une activité accessoire n'est possible que si elle prend place entre 18 heures et 7 heures du matin.

En conséquence, les conditions de l'article 48 ne sont pas remplies.

Il ne peut être question d'une activité (simplement) accessoire.

C. Conséquence

12. Sous réserve de la sanction d'exclusion (qui fait aussi l'objet d'un appel de l'ONEm, cfr ci-dessous), l'appel de Monsieur V n'est pas fondé.

§ 2. L'appel de l'ONEm

A. La bonne foi et la limitation de la récupération aux 150 derniers jours

13. L'ONEm fait grief au jugement d'avoir limité la récupération aux 150 derniers jours d'indemnisation indue, sur base de l'article 169, alinéa 2 de l'arrêté royal du 25 novembre 1991.

Selon cet article 169,

« Toute somme perçue indûment doit être remboursée.

Toutefois, lorsque le chômeur prouve qu'il a perçu de bonne foi des allocations auxquelles il n'avait pas droit, la récupération est limitée aux cent cinquante derniers jours d'indemnisation indue. Cette limitation n'est pas applicable en cas de cumul d'allocations au sens de l'article 27, 4°, ou de cumul d'une allocation au sens de l'article 27, 4°, avec une prestation accordée en vertu d'un autre régime de sécurité sociale (...). »

On admet que le chômeur a la charge de la preuve de sa bonne foi.

Lors de l'appréciation de la bonne foi du chômeur qui veut faire limiter la récupération de sommes perçues indûment aux cent cinquante derniers jours, le juge peut tenir compte de l'intention et de la connaissance du chômeur (Cass. 16 février 1998, S.970137.N).

La notion de bonne foi renvoie, en effet, à l'absence de conscience du caractère indu au moment où le paiement est intervenu.

C'est ce que confirme l'alinéa 2 de l'article 169, qui exclut la bonne foi en cas de cumul d'allocations, « situation dans laquelle le chômeur doit, le plus souvent, prendre conscience aisément que l'une d'entre elles n'est pas due » (H. MORMONT, « La révision des décisions et la récupération des allocations », in *Chômage, vingt ans d'application de l'arrêté royal du 25 novembre 1991*, Etudes pratiques de droit social, 2011/5, p. 683-684).

On admet aussi qu'une absence de déclaration n'exclut pas nécessairement la bonne foi (Cour trav. Bruxelles, 19 avril 2007, RG n° 48.743).

14. En l'espèce, le premier juge a retenu la bonne foi sur la base des éléments suivants :

- le caractère peu clair des formulaires en ce qui concerne la déclaration d'un mandat dans une société commerciale ;

- le fait que l'attention de Monsieur V n'a pas été suffisamment attirée sur l'obligation de déclarer l'activité ;
- la circonstance qu'il a fait spontanément la déclaration d'une préparation d'activité indépendante et que les activités étaient limitées à des actes préparatoires ;
- l'absence d'intention frauduleuse et la volonté de créer son propre emploi (et non de percevoir indûment des allocations).

15. C'est à tort que l'ONEm soutient que la limitation de la récupération suppose que le chômeur démontre « l'absence de toute faille de sa part dans ses relations avec l'assurance chômage » et apporte la preuve qu'il était totalement étranger aux circonstances ayant conduit à l'indemnisation indue.

En effet, comme indiqué ci-dessus, la bonne foi renvoie à l'absence de conscience du caractère indu au moment où le paiement est intervenu et non à l'absence de toute faute dans le chef du chômeur.

Si on peut admettre que les formulaires C.1 n'étaient à l'époque pas très clairs en ce qui concerne la déclaration d'une activité accessoire en tant que mandataire de société, il ne paraît en l'espèce pas possible de considérer que Monsieur V n'avait pas conscience de la difficulté que posait le cumul de son activité et les allocations de chômage :

- compte tenu de la longueur de la période litigieuse, Monsieur V, a nécessairement dû constater l'obligation, rappelée sur sa carte de contrôle, de biffer les journées de travail ;
- au vu de l'importance des investissements et des immobilisations effectivement réalisées au cours de la période litigieuse, il ne pouvait plus être question de simples actes préparatoires ;
- l'ampleur du projet était telle que Monsieur V ne pouvait pas se concentrer sur la recherche d'un (autre) emploi ; à l'audience, il a été confirmé qu'il n'était pas en mesure de produire des candidatures spontanées ou des réponses à des offres d'emploi (cfr pièce 6 de son inventaire, qui ne contient aucun document de ce type) : or, un chômeur ne peut en principe pas ignorer qu'on attend de lui qu'il recherche un emploi ;
- la demande tardive d'autorisation de se préparer à l'exercice d'une activité indépendante confirme que Monsieur V avait bien conscience de l'incompatibilité de principe entre le projet qu'il était en train de mettre en place et l'octroi des allocations de chômage.

En définitive, même si Monsieur V a été animé par une louable volonté de créer son emploi, et non d'obtenir des allocations de chômage indûment, il n'est pas vraisemblable qu'il ne soit pas inquiet de la compatibilité entre le projet professionnel de grande ampleur qu'il entendait mener et son statut de chômeur.

Il ne rapporte donc pas la preuve de sa bonne foi.

16. Le jugement doit être réformé. L'appel de l'ONEM est fondé en ce qui concerne la récupération des allocations payées indûment.

B. Sanction d'exclusion

17. Le premier juge a réduit la sanction à une exclusion de 4 semaines. Même si elle ne reconnaît pas la bonne foi, la Cour estime que compte tenu des circonstances, de l'importance des montants à rembourser et de l'absence de véritable intention de fraude, cette exclusion de 4 semaines est justifiée.

Par contre, compte tenu de la longueur de la période litigieuse, la réduction en-deçà de 4 semaines et l'octroi d'un sursis ne se justifient pas.

Sur la sanction, l'appel de l'ONEM et l'appel incident de Monsieur V, ne sont pas fondés.

PAR CES MOTIFS,

LA COUR DU TRAVAIL,

Statuant contradictoirement,

Après avoir entendu l'avis conforme de Madame G. COLOT, Substitut général, avis auquel le conseil de l'intimé a répliqué ; le conseil de l'ONEM y a renoncé ;

Déclare :

- l'appel de l'ONEM recevable et partiellement fondé,
- l'appel incident de Monsieur V. recevable mais non fondé,

Réforme le jugement en ce qu'il limite la récupération des allocations de chômage aux 150 derniers jours d'indemnisation indue,

Dit que Monsieur V est tenu de rembourser la somme de 21.131,22 Euros, à titre d'allocations de chômage perçues indûment pour la période du 12 novembre 2007 au 31 octobre 2009,

Confirme le jugement pour le surplus,

Condamne l'ONEM aux dépens d'appel liquidés à 160,36 Euros à titre d'indemnité de procédure.

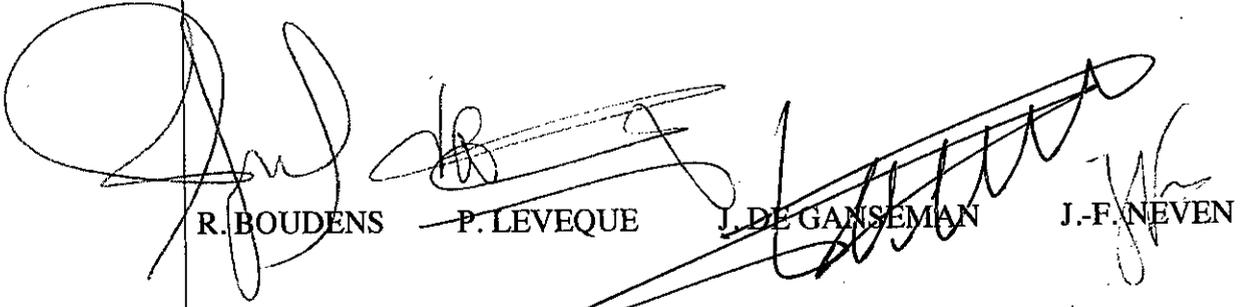
Ainsi arrêté par :

J.-F. NEVEN Conseiller

J. DE GANSEMAN Conseiller social au titre employeur

P. LEVEQUE Conseiller social au titre de travailleur ouvrier

et assistés de R. BOUDENS Greffier

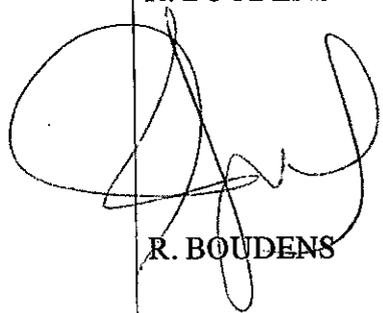


R. BOUDENS P. LEVEQUE J. DE GANSEMAN J.-F. NEVEN

L'arrêt est prononcé à l'audience publique de la 8e chambre de la Cour du travail de Bruxelles, le six février deux mille treize, où étaient présents :

J.-F. NEVEN Conseiller

R. BOUDENS Greffier



R. BOUDENS



J.-F. NEVEN