

COUR DU TRAVAIL DE BRUXELLES

ARRET

AUDIENCE PUBLIQUE DU 27 MARS 2013

8ème Chambre

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

En cause de :

Monsieur V.

faisant élection de domicile chez son conseil Maître Sébastien
ROGER,

partie appelante, représentée par Maître ROGER Sébastien, avocat,

Contre :

1. L'Office National de l'Emploi,

dont le siège social est établi à 1000 Bruxelles, Boulevard de
l'Empereur, 7,

première partie intimée, représentée par Maître DELVOYE André,
avocat,

2. La Caisse Auxiliaire de Paiement des Allocations de
Chômage,

dont le siège social est établi à 1210 Bruxelles, Rue des Plantes 69,

seconde partie intimée, représentée par Madame Martine
JEANGETTE, porteuse de procuration,

★

★

★

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 3 janvier 2012,

Vu la notification du 10 janvier 2012,

Vu la requête d'appel du 2 février 2012,

Vu l'ordonnance du 1^{er} mars 2012 actant les délais de conclusions et fixant la date de l'audience,

Vu les conclusions déposées pour l'ONEm le 15 mai 2012, pour la CAPAC le 20 juin 2012 et pour Monsieur V. le 12 septembre 2012,

Entendu les conseils des parties à l'audience du 20 février 2013,

Entendu Madame G. COLOT, Substitut général, en son avis conforme auquel il n'a été pas répliqué.

* * *

I. LES ANTECEDENTS DU LITIGE

1. La société MARCONSULTING a été constituée le 20 mars 1992. Monsieur V. en était l'administrateur-délégué.

2. Monsieur V. a sollicité le bénéfice des allocations de chômage, à partir du 26 février 2003. Lors de sa demande d'allocations, il a répondu négativement à la question de savoir s'il exerçait une activité accessoire. Il a déclaré vivre avec sa femme, en précisant qu'elle n'a pas d'activité professionnelle, et avec ses enfants.

Il a ainsi obtenu les allocations de chômage prévues pour un « chef de ménage ».

3. L'ONEm a entrepris une enquête à propos de la situation familiale de Monsieur V. Au départ l'attention de l'ONEm a été attirée par le fait que l'épouse de Monsieur V. était aussi titulaire d'un mandat d'administrateur au sein de la société MARCONSULTING.

Monsieur V. a été convoqué, le 3 février 2010, pour être entendu par un contrôleur social.

Il a déclaré,

« Je prends note de mes droits et les ai bien compris. Vous m'exposez que la raison de la convocation à savoir que j'ai déclaré mon épouse sans

revenu et sans activité alors que votre enquête a révélé qu'elle était indépendante depuis 1992. En effet, elle est administratrice de la société MARCONSULTING depuis cette date. Cela s'est fait à la demande du notaire Van Halteren à Bruxelles en remplacement de Me Thomas, avocat, qui quittait Bruxelles pour Liège. Moi-même suis administrateur-délégué de la société et le seul habilité à engager la société. Cette situation est due au fait qu'il fallait être deux au moins pour conserver la société. A cette même époque, mon épouse était sans contrat de travail pour la Communauté française depuis le 7 septembre 1989. Aux alentours de 1992, elle a demandé une suspension de son contrat de travail et donc du paiement de sa rémunération. Les raisons de cette suspension sont l'éducation de nos enfants et bénévolat à l'école du Chenois à Waterloo. Tant le comptable que la mutuelle nous ont dit qu'il fallait être inscrit à une caisse de cotisations sociales pour indépendant à titre complémentaire ce que nous avons fait tous les deux en nous inscrivant chez PARTENA. Elle a repris le travail à la Communauté française en octobre 2009 à mi-temps. Je précise que les mandats exercés dans la société le sont à titre gratuit. Vous me dites toutefois qu'il y a bien eu activité (chiffres d'affaires, achats divers). Je précise qu'il s'agit d'honoraires et commissions d'apport d'affaires auprès de certains grands courtiers. Cette (activité) s'est arrêtée en décembre 2008. Depuis le 1^{er} janvier 2009 je suis devenu indépendant à temps plein. Je vous signale qu'au niveau mutuelle, j'ai mon épouse et mes deux enfants à charge. Je maintiens que la société n'avait pas d'activité. Elle avait été constituée au départ pour obtenir un emprunt hypothécaire pour le bâtiment... qui est mon domicile. Je suis en fait locataire de la société MARCONSULTING. La société prend en charge toutes les factures (eau, gaz, électricité, précompte immobilier) et me refacture ma quote-part pour la partie privative. Il s'agit d'une simple écriture comptable. Dans les faits je ne paye pas. La société a été agréée comme courtier en assurances également. Cette activité a cessé au moment où j'ai eu un contrat de travail. Je ne sais plus exactement quand la société a cessé son activité mais il y a longtemps. La société avait un véhicule mais ne l'a pas gardé. Depuis 2008, j'ai un nouveau véhicule mais je ne sais pas s'il est repris dans la comptabilité de la société au niveau des amortissements. Nous avons toujours payé nos cotisations sociales comme indépendant à titre accessoire, mon épouse et moi. Il s'agit d'un montant tout à fait minime ».

4. Monsieur V. a été convoqué le 3 décembre 2009, pour être entendu à propos du cumul des allocations de chômage avec une activité indépendante. Il a été entendu le 21 décembre 2009.

Le 3 mars 2010, il a été convoqué pour être entendu par le service litiges. Il a été entendu en présence de son conseil.

Il a indiqué que lors de sa demande d'allocations de chômage, la CAPAC ne l'avait pas interpellé au sujet de son activité accessoire et que c'est parce que la société était dormante, qu'il n'a pas déclaré sa fonction d'administrateur-délégué.

5. A la suite de cet entretien, l'ONEm a décidé, le 22 avril 2010,
- d'exclure Monsieur V. du bénéfice des allocations de chômage à partir du 28 février 2003,
 - de récupérer les allocations perçues indûment,
 - de l'exclure du droit aux allocations de chômage :
 - pendant 8 semaines, dont 4 semaines avec sursis, à partir du 26 avril 2010, parce qu'il a omis de faire une déclaration requise,
 - pendant 26 semaines à partir du 26 avril 2010, parce qu'il a omis avant le début d'une activité incompatible avec les allocations de chômage de noircir la case correspondante de sa carte de contrôle.

Le 26 avril 2010, l'ONEm a décidé,

- d'exclure Monsieur V. du 8 mai 2003 au 31 décembre 2008, du droit aux allocations de chômage comme bénéficiaire ayant charge de famille et de l'admettre comme cohabitant,
- de récupérer les allocations perçues indûment,
- d'exclure Monsieur V. du droit aux allocations de chômage pendant 13 semaines, à partir du 3 mai 2010, sur base de l'article 153 de l'arrêté royal du 25 novembre 1991.

Un document de récupération C.31 a été notifié pour la période du 1^{er} mars 2007 au 31 décembre 2008. Il en résulte un montant à rembourser de 26.563,62 Euros.

6. Monsieur V. a contesté les décisions de l'ONEm du 22 et du 26 avril 2010, par une requête reçue au greffe du tribunal du travail de Nivelles, le 21 juin 2010. Il demandait l'annulation des décisions de l'ONEm et, à titre subsidiaire, que la CAPAC soit condamnée à lui payer un montant de 1 euro à titre provisionnel à titre de dommages et intérêts.

Par jugement du 3 janvier 2012, le tribunal du travail a déclaré le recours recevable mais non fondé en tant qu'il était dirigé contre la décision du 22 avril 2010.

Le tribunal a estimé que le recours était devenu sans objet en ce qu'il visait la seconde décision.

Le tribunal a aussi déclarée non fondée la demande dirigée contre la CAPAC.

Monsieur V. a fait appel du jugement par une requête déposée au greffe de la Cour du travail, le 2 février 2012. L'appel est dirigé tant contre l'ONEm que la CAPAC.

II. OBJETS DES APPELS

7. L'appel de Monsieur V vise à ce que la Cour du travail déclare fondée la demande originaire de Monsieur V.

L'ONEm demande de dire cet appel non fondé.

L'ONEm introduit un appel incident visant à ce que la décision du 26 avril 2010 soit rétablie.

III. DISCUSSION

§ 1. Appel de Monsieur VAN HOECK

A. Irrégularité de la décision litigieuse

8. La décision du 22 avril 2010 a été signée par Monsieur Eric P, par délégation du Directeur (du bureau de chômage de Nivelles).

En vertu de l'article 142, alinéa 3, de l'arrêté royal du 25 novembre 1991, « le directeur peut déléguer à des membres du personnel du bureau de chômage une partie des pouvoirs qui lui sont conférés ».

L'ONEm produit un acte de délégation des pouvoirs du directeur du bureau régional de Nivelles, en faveur de Monsieur P.

Monsieur V. soutient que cette délégation n'est prévue qu'en cas d'absence ou d'empêchement du titulaire et qu'en l'espèce, il n'est pas établi que le jour de la décision, le directeur était absent ou empêché.

9. L'article 142, alinéa 3, n'envisage pas que la délégation puisse être subordonnée à la circonstance que le Directeur soit effectivement empêché le jour des faits.

Dans la mesure où elle impose cette condition, la désignation doit être considérée comme irrégulière.

Monsieur HENKES précise, en ce sens, que :

« en droit, la désignation opère une investiture personnelle immédiate ; vouloir soumettre le pouvoir conféré par cette désignation à la réalisation d'une condition-fait – l'absence d'empêchement – est, ... irrégulier. Mais en outre et surtout, en raison de l'effet immédiat et direct de la désignation au profit de l'agent « chômage », cette irrégularité reste sans conséquence sur la compétence de l'agent désigné » (A. HENKES, « Le directeur du bureau du chômage par désignation ou

délégation et la légalité externe de la décision administrative sur le droit aux allocations de chômage », *Chr. D. S.*, 1994, p. 64).

10. Par ailleurs, au travers de la contestation portée devant elle, la Cour n'est pas uniquement saisie d'un litige portant sur la régularité formelle de la décision de l'ONEm mais est également saisie d'une contestation portant sur le droit subjectif aux allocations de chômage pendant la période litigieuse.

Ainsi, même en cas de nullité de la décision, la Cour ne pourrait rétablir Monsieur V. dans son droit aux allocations, y compris pendant la période de sanction, sans vérifier qu'il satisfait aux conditions d'octroi.

En pratique, il n'y a donc pas lieu de s'arrêter à la question de la régularité formelle (voir en ce sens, S. GILSON, « La motivation des actes administratifs en droit social », in *La motivation formelle des actes administratifs*, P. Jadoul et S. van Drooghenbroeck (dir.), La Charte, 2005, p. 297).

En ce sens, l'argument développé par Monsieur V. , est dénué d'intérêt.

B. Fondement

a) L'exercice d'une activité incompatible avec les allocations de chômage

Principes utiles à la solution du litige

11. 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 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 ».

12. 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 par exemple 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 (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.

13. 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

14. L'ONEm produit les comptes annuels de la société MARCONSULTING pour les années 2004 et suivantes (les comptes de l'année 2004 comprenant les résultats de l'exercice précédent).

Le compte de résultat laisse apparaître un chiffre d'affaires de respectivement 36.220 Euros en 2003 et 55.983 Euros en 2004 ou encore une marge brute d'exploitation de 7.265 Euros en 2005, 28.673 Euros en 2006, 31.735 Euros en 2007, 40.458 Euros en 2008...

Il est donc certain que pendant la période litigieuse, Monsieur V a assuré la gestion d'une société réellement active.

L'exercice du mandat est, dès lors, établi et Monsieur V doit être considéré comme ayant exercé une activité pour son propre compte incompatible avec les allocations de chômage.

15. L'appel en ce qu'il vise à remettre en cause, la décision d'exclusion du droit aux allocations de chômage à partir du 28 février 2003, n'est pas fondé.

b) Récupération des allocations perçues indûment

16. La récupération a été ordonnée dans les limites du délai de prescription de 3 ans. Monsieur V demande à la Cour de limiter cette récupération aux 150 derniers jours d'indemnisation indue.

17. Selon cet article 169, de l'arrêté royal du 25 novembre 1991 :

« 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 (....). »

Le chômeur a la charge de la preuve de sa bonne foi.

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

18. En l'espèce, compte tenu des avantages en nature perçus à charge de la société, qui supportait le financement et les charges du logement occupé par Monsieur V et sa famille et qui mettait aussi un véhicule à sa disposition, Monsieur V ne pouvait pas raisonnablement penser que cette situation était compatible avec les allocations de chômage.

Il ne faut pas avoir une connaissance approfondie de la réglementation pour soupçonner que la perception des allocations de chômage suppose, en principe, que l'on ne perçoive pas d'autres revenus, en espèces ou en nature, du chef d'une activité quelconque.

19. Les motifs retenus par le tribunal pour conclure à l'absence de preuve de la bonne foi, doivent ainsi être confirmés.

L'appel en ce qu'il vise à réduire la récupération, est non fondé.

c) Sanctions d'exclusion sur pied des articles 153 et 154 de l'arrêté royal

20. Les sanctions d'exclusion, telles que confirmées par le jugement, doivent être maintenues, Monsieur V ne faisant valoir aucune circonstance de nature à justifier une réduction desdites sanctions.

d) Faute de la CAPAC

21. C'est à tort que Monsieur V soutient que la CAPAC a commis une faute et a manqué à ses obligations d'information, de conseil et d'assistance.

Pour que la CAPAC puisse informer, conseiller et/ou assister utilement Monsieur V, il aurait fallu qu'il ait porté à sa connaissance l'existence de son mandat et de celui de son épouse, au sein de la société MARCONSULT, ce qu'il n'a pas fait.

En soi, le fait que lors de la demande d'allocations, Monsieur V n'aurait pas rempli lui-même le formulaire C.1. est sans incidence, dès lors qu'il l'a signé (et s'en est donc approprié le contenu).

Dans la mesure où les formulaires C.1. devant être remplis annuellement en cours de chômage ont pour fonction de vérifier le maintien de la situation familiale, c'est vainement que Monsieur V s'étonne que la CAPAC n'ait pas relevé que la mention relative à l'activité était restée vierge.

22. Il y a lieu de confirmer que la CAPAC n'a commis aucune faute.

§ 2. Appel incident de l'ONEM

23. L'ONEM demande à la Cour de rétablir la décision du 26 avril 2010, par laquelle il a décidé

- d'exclure Monsieur V du 8 mai 2003 au 31 décembre 2008, du droit aux allocations de chômage comme bénéficiaire ayant charge de famille et de l'admettre comme cohabitant,
- de récupérer les allocations perçues indûment,
- d'exclure Monsieur V du droit aux allocations de chômage pendant 13 semaines, à partir du 3 mai 2010, sur base de l'article 153 de l'arrêté royal du 25 novembre 1991.

24. L'exclusion et la récupération pour la différence de taux sont dénuées d'objet dès lors que pour la même période, Monsieur V. est entièrement exclu du droit aux allocations en vertu de la décision du 22 avril 2010.

De même, l'absence de déclaration du mandat de son épouse constitue dans le chef de Monsieur V. un fait identique ou, à tout le moins, en substance le même que les faits ayant justifié la sanction prévue par la décision du 22 avril 2010.

Une seconde sanction administrative ne pouvait donc être prévue par la décision du 26 avril 2010 et ce conformément au principe *non bis in idem* qui résulte de l'article 14, § 7, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, de l'article 4, § 1er, du protocole additionnel n° 7 à la Convention européenne des droits de l'homme, de l'article 50 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et qui est considéré par la Cour de cassation comme un principe général du droit (Cass., 5 mai 1992, *Pas.* 1992, I, p. 782; Cass., 5 juin 1985, *Pas.* 1985, I, p. 1250; Cass., 6 février 1985, *Pas.* 1985, I, p. 702; Cass., 16 mars 1982, *Pas.*, 1982, I, p. 834; Cass., 27 janvier 1981, *Pas.*, 1981, I, p. 558; Cass., 22 février 1971, *Pas.*, 1971, p. 569).

POUR CES MOTIFS,

LA COUR DU TRAVAIL,

Statuant contradictoirement,

Après avoir entendu Madame G. COLOT, Substitut général, en son avis oral conforme auquel il n'a pas été répliqué,

Dit l'appel recevable mais non fondé,

Confirme le jugement en toutes ses dispositions,

Condamne l'ONEm aux dépens d'appel liquidés à 160,36 € d'indemnité de procédure pour l'appelant.

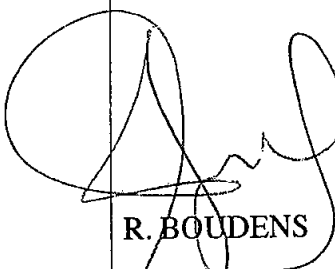
Ainsi arrêté par :

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

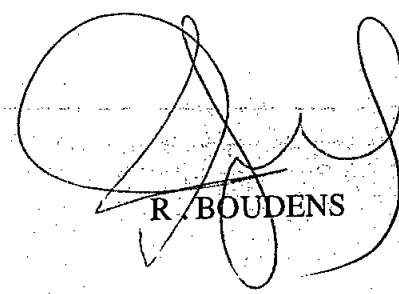
J. DE GANSEMAN



J.-F. NEVEN

Monsieur J. DE GANSEMAN, Conseiller social à titre d'employeur, qui a assisté aux débats et participé au délibéré dans la cause, est dans l'impossibilité de signer le présent arrêt.

Conformément à l'article 785 du Code Judiciaire, l'arrêt est signé par Monsieur J.-F. NEVEN, Conseiller à la Cour du Travail, et Monsieur P. LEVEQUE, Conseiller social à titre de travailleur - ouvrier.

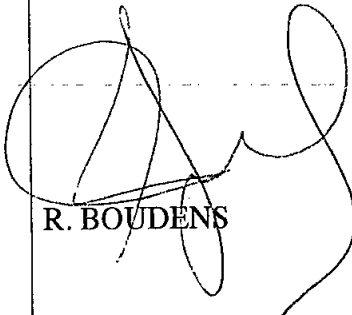


R. BOUDENS

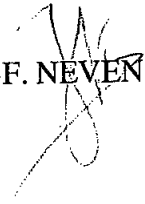
L'arrêt est prononcé à l'audience publique de la 8^e chambre de la Cour du travail de Bruxelles, le vingt sept mars deux mille treize, où étaient présents :

J.-F. NEVEN Conseiller

R. BOUDENS Greffier



R. BOUDENS



J.-F. NEVEN

