

Rep. N° 2013/1585

COUR DU TRAVAIL DE BRUXELLES

ARRET

AUDIENCE PUBLIQUE DU 30 mai 2013

8ème Chambre

SECURITE SOCIALE DES TRAVAILLEURS SALARIES - chômage
Not. art. 580, 2° du C.J.
Arrêt contradictoire
Définitif

En cause de:

S D

partie appelante,
représentée par Maître PIRET Etienne, avocat à BRUXELLES.

Contre :

ONEM, dont le siège social est établi à 1000 BRUXELLES,
Boulevard de l'Empereur, 7,
partie intimée,
représentée par Maître TITI S. loco Maître HALLUT Céline, avocat
à ANGLEUR.

★

★

★

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

La présente décision applique, notamment :

- le Code judiciaire,
- la loi du 15 juin 1935 sur l'emploi des langues en matière judiciaire,
- l'arrêté royal du 25 novembre 1991 portant réglementation du chômage.

Le dossier de procédure contient les pièces requises, et notamment :

- La requête reçue au greffe de la cour du travail le 26 août 2011,
- la copie conforme du jugement du 14 juillet 2011,
- la notification de ce jugement aux parties, par pli remis à la poste le 25 juillet 2011,
- l'ordonnance de mise en état de la cause, notifiée aux parties par pli remis à la Poste le 9 décembre 2011.

Les parties ont comparu et ont été entendues à l'audience publique du 14 mars 2013. Monsieur Michel PALUMBO, Avocat général, a été entendu en son avis oral auquel il n'a pas été répliqué.

I. Objet de l'appel

Madame S , partie appelante, forme appel du jugement prononcé le 14 juillet 2011 par le tribunal du travail de Bruxelles.

Par ce jugement, le tribunal se prononce sur le recours introduit par Madame S , demandeur originaire, contre une décision de l'ONEm du 21 mai 2008 prononcée suite à l'exercice par l'intéressée d'une activité accessoire non déclarée préalablement.

Le tribunal réforme partiellement la décision administrative.

II. Faits et antécédents

1. Madame S a exercé une activité à temps partiel comme salariée du 16 janvier 2004 au 31 octobre 2005. Elle a demandé le bénéfice des allocations de chômage à partir du 4 novembre 2005 comme travailleuse à temps partiel volontaire. Sur aucun des formulaires de chômage elle n'indique l'exercice d'une activité complémentaire en tant qu'indépendante.

La décision de l'ONEm donne suite à une enquête de ses services de contrôle. Il ressort de cette enquête que l'intéressée a effectué, à partir du 1^{er} avril 2004, une activité en qualité d'indépendante à titre accessoire pour son propre compte (dossier administratif : pièces 5 et suivantes), pour laquelle elle a été affiliée comme indépendante à titre complémentaire du 1^{er} avril 2004 au 28 avril 2006.

L'intéressée est convoquée par l'ONEm et auditionnée en novembre 2007. Elle déclare avoir démissionné de ses mandats le 1^{er} juin 2005 et ne jamais s'être inscrite comme indépendante à titre complémentaire. Copie d'un courrier de démission est déposé au dossier administratif de l'ONEm.

L'ONEM prend le 21 mai 2008 la décision litigieuse, objet du recours originaire. Par cette décision, l'ONEm :

- Exclut l'intéressée du bénéfice des allocations pour la période du 4 novembre 2005 au 28 avril 2006,
- Ordonne la récupération des allocations de chômage afférentes à cette période,

- Exclut en outre l'intéressée du bénéfice des allocations pour une période de 8 semaines à partir du 26 mai 2008 par application de l'article 153 de l'arrêté royal du 25 novembre 1991,
- Exclut en outre l'intéressée du bénéfice des allocations pour une période de 8 semaines à partir du 26 mai par application de l'article 154 du même arrêté.

III. Jugement entrepris

Le tribunal :

- Confirme la décision sauf en ce qu'elle inflige une sanction de 4 semaines sur la base de l'article 153 de l'arrêté royal du 25 novembre 1991,
- Annule cette sanction,
- Dit que la sanction de 8 semaines stipulée sur la base de l'article 154 prend cours le 26 mai 2008,
- Pour autant que de besoin, rétablit l'intéressée dans ses droits aux allocations au terme de cette période, pour autant qu'elle ait continué à remplir les autres conditions d'octroi,
- Ordonne une réouverture des débats concernant le montant de l'indu.

IV. Demandes des parties

Madame S , partie appelante, postule la mise à néant du jugement sauf en ce qu'il annule la sanction de 4 semaines.

Elle demande de :

- mettre à néant la décision de l'ONEm, soit la décision du Directeur du Bureau de Chômage de Bruxelles du 21 mai 2008 :
 - excluant l'appelante du bénéfice des allocations de chômage pour la période du 4 novembre 2005 au 28 avril 2006,
 - ordonnant la récupération des allocations de chômage afférentes à cette période,
 - excluant en outre l'appelante du bénéfice des allocations de chômage pour une période de 4 semaines à partir du 26 mai 2008 par application de l'article 153 de l'arrêté royal du 25 novembre 1991,
 - excluant en outre l'appelante du bénéfice des allocations de chômage pour une période de 8 semaines à partir du 26 mai 2008 par application de l'article 154 de l'arrêté royal du 25 novembre 1991.
- condamner l'ONEm à payer la somme provisionnelle de un euro au titre d'allocations de chômage non réglées et/ou retenues indûment, sous réserve de majorations en cours d'instance, et aux intérêts judiciaires à valoir sur ce montant, au taux de l'intérêt légal, à dater de l'introduction de la requête introductive d'instance.
- condamner l'ONEm à produire un décompte des allocations non réglées et/ou retenues au préjudice de l'appelante du chef de la décision querellée, à peine d'une astreinte de 50 € par jour à dater de la signification de l'arrêt à intervenir.
- à titre tout à fait subsidiaire,
 - limiter la récupération aux 150 derniers jours,

- réduire la action d'exclusion maintenue par le jugement à un simple avertissement ou la réduire à son minimum et l'assortir d'un sursis,
- autoriser des termes et délais,
- condamner l'ONEm aux dépens des deux instances.

L'ONEm demande de dire l'appel non fondé.

V. Position des parties

L'appelante admet qu'elle était initialement administratrice de société tout en exerçant une activité à mi-temps.

Toutefois, elle soutient que l'ONEm n'établit pas l'exercice d'une activité non cumulable avec le bénéfice d'allocations de chômage durant la période litigieuse. Elle invoque sa démission par lettre recommandée le 7 juin 2005, à partir du 1^{er} juin 2005 et l'absence de preuve d'une activité quelconque au cours de la période litigieuse. A supposer que s'applique une présomption d'activité, elle estime renverser celle-ci.

L'ONEm maintient que Madame S a exercé cette activité accessoire jusqu'au 28 avril 2006, date de la fin de son affiliation comme indépendante à titre complémentaire, et date à laquelle l'assemblée générale de la société a acté la démission de l'intéressée de son mandat d'administratrice. L'Office estime que l'intéressée n'apporte pas de nouveaux moyens en appel.

VI. Examen de l'appel

1. La contestation a pour objet le cumul d'une activité accessoire comme indépendant, activité non déclarée à l'ONEm, avec le bénéfice d'allocations de chômage. La matière est régie par les articles 44 et suivants de l'arrêté royal du 25 novembre 1991 et par l'arrêté ministériel 26 novembre 1991, d'exécution de cet arrêté royal.

2. L'activité relevée en l'espèce par l'ONEm correspond à un mandat comme administrateur et administrateur délégué d'une société commerciale, la SA Quick Silver Trading.

Quant à la preuve de l'activité

3. A titre principal, Madame S soutient que l'ONEm n'apporte pas la preuve d'une activité accessoire en cumul avec la perception d'allocations de chômage.

4. La cour constate que :

- Selon le dossier constitué en première instance par l'auditorat, la société dont il s'agit a été créée en 1996 (Mon. 24/7/1996). La société, alors appelée SA Dajeca, a été fondée par l'appelante et son compagnon, père de ses enfants, tous deux étant désignés comme administrateurs délégués avec pouvoir d'agir séparément. Le mandat est exercé par Madame S, ainsi que permettent de le constater certaines pièces officielles parues au Moniteur. En 2002, la société change de nom et

devient la société Quick Silver Trading tandis que le capital social est augmenté par un apport de l'appelante, Madame S en contrepartie de nouvelles actions qui lui sont attribuées. Elle est donc l'actionnaire majoritaire de la société ainsi que le relève le premier juge (non contesté par l'appelante).

- L'intéressée a été affiliée comme indépendante à titre principal du 28 juin 1996 au 31 mars 2004 et à titre complémentaire non cotisant du 1^{er} avril 2004 au 28 avril 2006. Le 24 janvier 2005, la Commission de dispense de cotisations se prononce sur une demande de dispense introduite le 1^{er} mars 2004 portant sur les cotisations (affiliation à titre principal) 1/2002 à 1/2004. Il est acté dans la décision que l'intéressée est affiliée à titre complémentaire depuis 2/2004. Le 5 décembre 2005, Partena adresse un courrier à l'intéressée relatif à sa déclaration d'exercice d'une activité indépendante à titre complémentaire; des informations lui sont demandées pour établir ses cotisations 2006. Aucune réaction à ce courrier (aucun démenti) n'est produite.
- Le 28 avril 2006, la démission de Madame S de ses mandats est actée par l'assemblée générale de la société; deux nouveaux administrateurs sont désignés (Mon. 12 mai 2006).

5. Pour pouvoir bénéficier des allocations de chômage, le chômeur doit être privé de travail par suite de circonstances indépendantes de sa volonté (article 44).

Est considérée comme travail, et donc incompatible avec l'octroi d'allocations de chômage, l'activité effectuée par le chômeur pour son compte propre, qui peut être intégré dans le courant des échanges économiques des biens et des services, et qui n'est pas limitée à la gestion des biens propres (article 45). L'exercice d'un mandat d'administrateur d'une société commerciale constitue une activité effectuée pour son propre compte au sens de l'article 45, al.1^{er}, 1^o de l'arrêté royal du 25 novembre 1991 et pareille activité professionnelle est exercée dans un but lucratif même si elle ne procure pas de revenus (Cass., 3 janvier 2005, JTT, 2005, p. 233 ; voir aussi Cass. 22 octobre 2001, Pas. 2001 I p.1677 ; Cass 18 juin 2001, Pas 2001 I p 1173).

C'est l'activité qui est prohibée. Peu importe si le chômeur qui l'exerce n'en tire personnellement aucun profit direct (CT Bruxelles, 28 janvier 2009, JTT 2009, p. 187) et peu importe si le mandat est exercé à titre gratuit ou s'il ne procure pas de revenus (Cass., 3 janvier 2005, précité). Il suffit que l'exercice du mandat soit susceptible d'apporter un avantage matériel.

6. L'intéressée exerçait un mandat social depuis de nombreuses années, au départ à titre principal, jusqu'au moment où elle a exercé une activité salariée à temps partiel, qui lui a permis d'accéder au bénéfice des allocations de chômage (à titre de travailleuse à temps partiel volontaire).

Le premier juge constate adéquatement, et ceci est vérifié par les pièces reprises au dossier de procédure, que l'intéressée avait toujours la qualité d'administrateur de la société à l'égard des tiers en juin 2005. La décharge obtenue près d'un an plus tard pour l'exercice de ce mandat porte également sur la période du 1^{er} juin 2005 au 28 avril 2006. L'intéressée avait donc toujours

officiellement la qualité d'administrateur délégué de sa société au moment de sa demande d'allocations de chômage. Cette activité n'a pas été déclarée à l'ONem.

L'intéressée avait la qualité d'actionnaire principale de la société, et d'administrateur délégué désigné par les statuts. Il est étonnant qu'elle n'ait rien initié pour convoquer une assemblée générale afin de donner effet au plus tôt à sa volonté de démissionner et de désigner de nouveaux administrateurs (délégués) pour assurer la gestion journalière de la société. Son passé comme administrateur de société (activité à titre principal) ne plaide pas en faveur d'une inadvertance.

7. Par ailleurs, aucune cessation de son activité n'est signalée à la caisse d'assurances sociales avant la date officielle de fin de mandat.

Ainsi que le relève le premier juge, l'assujettissement à la sécurité sociale des travailleurs indépendants se fonde sur l'exercice - réel ou présumé- d'une activité visée à l'article 3 de l'arrêté royal n°38. L'activité dont il s'agit est une activité susceptible de générer des revenus.

L'intéressée a été affiliée à titre principal du 28 juin 1996 au 31 mars 2004 et à titre complémentaire non cotisant du 1^{er} avril 2004 au 28 avril 2006. Cette affiliation est un fait qui, joint à sa qualité d'administrateur de société, justifie de présumer l'exercice d'une activité au sens de l'article 45 de l'arrêté royal.

8. De la sorte, l'ONem, qui a la charge de la preuve de l'existence d'une activité accessoire, apporte des éléments convaincants qui établissent sa thèse.

9. Face à ces éléments, et dans les circonstances propres à la cause, Madame S¹ n'établit pas l'absence d'activité comme mandataire de société avant la date du 28 avril 2006.

Notamment, Madame S¹ soutient lors de son audition par l'ONem en novembre 2007 (dossier administratif : pièce 5 et suivantes), qu'elle ne s'est jamais inscrite comme indépendante à titre complémentaire et qu'il s'agit d'une erreur de son comptable : cette assertion est unilatérale et n'est pas appuyée par les pièces produites. Madame S¹ n'établit pas avoir obtenu l'annulation de l'assujettissement pour la période à partir de juin 2005. Elle a encore été interpellée par Partena fin décembre 2005 et ne produit aucune réaction à cette interpellation claire qui lui a été adressée.

L'absence de revenus (AER 2005-2006) déclarés comme indépendant n'a pas d'incidence. Il suffit que le mandat soit susceptible de générer des revenus.

L'absence de cotisations pour la période 2/2004 à 2/2006 permet de supposer que les revenus comme indépendant se situaient en dessous d'un certain seuil. Cela ne suffit pas pour démontrer l'absence d'exercice d'un mandat et d'une activité au sens de l'article 45 de l'arrêté royal.

L'intéressée ne soutient pas que la société n'a eu aucune activité au cours de la période de juin 2005 à avril 2006.

Au regard de l'ensemble des circonstances de la cause, la cour s'en tient à la date officielle du terme du mandat, à savoir le 28 avril 2006.

10. La réglementation fixe les conditions auxquelles doit répondre le chômeur qui exerce à titre accessoire une telle activité, pour pouvoir bénéficier d'allocations de chômage. Notamment, il doit en faire la déclaration lors de sa demande d'allocations, et doit adéquatement compléter sa carte de contrôle (arrêté royal, article 48, §1^{er} ; arrêté ministériel, article 71, al. 1er).

Ces conditions n'ont pas été remplies par l'intéressée.

Quant à la récupération

11. A titre subsidiaire, Madame S. invoque sa bonne foi pour limiter la récupération aux 150 derniers jours d'allocations.

Les éléments de la cause ne permettent pas de considérer que l'intéressée établit sa bonne foi. La charge de la preuve de sa bonne foi incombe à Madame S. Il est paradoxal de sa part d'invoquer la pièce 28 du dossier (seul élément souligné à l'appui de sa bonne foi), étant une déclaration d'activité accessoire comme indépendante introduite auprès de sa caisse d'assurances sociales le 1^{er} novembre 2005 suite à sa demande d'allocations de chômage, et d'affirmer, par ailleurs, lors de son audition par l'Office en 2007, qu'elle ignorait tout d'une affiliation comme indépendante à titre complémentaire.

12. Le premier juge avait ordonné une réouverture des débats afin d'établir l'indu.

Le montant réclamé par l'ONEm est justifié par les pièces produites et n'est pas contesté par l'appelante. Il s'élève au montant repris dans la décision de récupération qui sera dès lors confirmée (période du 4/11/2005 au 28/4/2006).

Demande de termes et délais

13. La cour ne dispose d'aucun élément pour déterminer des termes et délais en rapport avec la situation financière de l'intéressée. Cette demande sera déclarée non fondée.

Quant à la sanction

14. Madame S. demande de réduire la sanction à un avertissement, ou au minimum, et de l'assortir d'un sursis.

L'ONEm n'a pas formé d'appel incident contre le jugement, notamment en ce que le premier juge a annulé la sanction de 4 semaines. Il en résulte que la sanction se limite à huit semaines d'exclusion.

Compte tenu des circonstances de la cause examinées ci-avant, la demande de l'appelante de réduire cette sanction n'est pas justifiée. L'application de la loi la plus douce, invoquée par l'appelant, n'impose pas non plus de la réduire.

PAR CES MOTIFS,

LA COUR DU TRAVAIL,

Statuant contradictoirement après une mise en état contradictoire de la cause,

Dit l'appel recevable mais non fondé,

Confirme le jugement,

Statuant dans le cadre de l'effet dévolutif de l'appel,

Confirme la décision de récupération de l'indu tel que fixé par l'ONEm pour la période du 4/11/2005 au 28/4/2006, y compris quant au montant de l'indu,

Met les dépens de l'instance d'appel à charge de l'ONEm, liquidés à 280, 61 € pour l'appelante (indemnité de procédure première instance : 120, 25 € et indemnité de procédure appel : 160, 36 €).

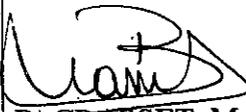
Ainsi arrêté par :

. A. SEVRAIN Conseiller

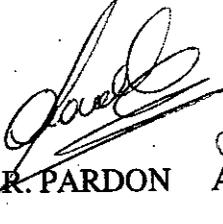
. M. POWIS DE TENBOSSCHE Conseiller social au titre d'employeur

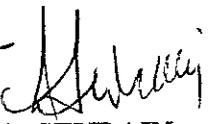
. R. PARDON Conseiller social au titre de travailleur employé

et assisté de B. CRASSET Greffier


B. CRASSET


M. POWIS DE TENBOSSCHE

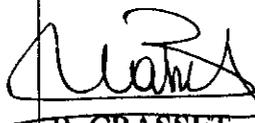

R. PARDON


A. SEVRAIN

et prononcé à l'audience publique de la 8e chambre de la Cour du travail de
Bruxelles, le trente mai deux mille treize, par :

A. SEVRAIN Conseiller

et assisté de B. CRASSET Greffier


B. CRASSET


A. SEVRAIN

