

COUR DU TRAVAIL DE BRUXELLES

ARRET

AUDIENCE PUBLIQUE DU 02 OCTOBRE 2013

8ème Chambre

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

En cause de:

Monsieur F.,

partie appelante, représentée par Maître ROUSSEL Stéphanie loco
Maître VINCENT Bruno-Henri, avocat,

Contre :

L'Office National de l'Emploi,

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

partie intimée, représentée par Maître CROCHELET Nathalie loco
Maître DELVOYE André, 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,

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

Vu le jugement prononcé le 17 février 2012,

Vu la notification du 23 février 2012,

Vu la requête d'appel reçue au greffe, en temps utile, le 15 mars 2012,

Vu l'ordonnance de mise en état judiciaire du 3 mai 2012,

Entendu les conseils des parties à l'audience du 4 septembre 2013,

Entendu Madame G. COLOT, Substitut général, en son avis conforme auquel il a été répliqué par le conseil de Monsieur F., le conseil de l'ONEM renonçant à ce droit.

* * *

I. LES ANTECEDENTS DU LITIGE

1. Monsieur F. a sollicité et obtenu le bénéfice des allocations de chômage, à partir du 1^{er} mars 2006.

Il a repris une activité professionnelle. L'indemnisation a donc été interrompue.

Monsieur F. a néanmoins été à nouveau au chômage et a introduit une nouvelle demande d'allocations de chômage, le 8 avril 2008.

A cette occasion, il a indiqué ne pas exercer d'activité accessoire.

2. L'ONEM a entamé une enquête à propos de l'exercice d'une activité professionnelle incompatible avec les allocations de chômage.

Il a été constaté que :

- Monsieur F. a constitué le 12 novembre 2007, la SPRL JUMA, dont il est gérant,
- Monsieur F. est également le gérant de la SPRL EUROBEL SALES CONSULTING, depuis le 22 avril 1992.

Monsieur F. a été entendu par les services de contrôle de l'ONEM, le 24 novembre 2010. Il a déclaré être le gérant rémunéré de la SPRL EUROBEL SALES CONSULTING depuis le 1^{er} janvier 2009, date à laquelle il a renoncé à ses allocations de chômage.

En ce qui concerne la période antérieure, il a précisé :

« Avant le 1^{er} janvier 2009, j'y étais gérant avec mandat gratuit. L'activité se limitait principalement à organiser un tournoi de golf vers septembre-octobre de chaque année. D'autre part, j'étais gérant de la

SPRL JUMA, société dormante constituée à la base en novembre 2007 pour acquérir un bien immobilier. Cela ne s'est pas fait et il n'y a jamais eu la moindre activité au niveau de cette société (le n° TVA n'a jamais été activé). Je ne savais pas que je devais déclarer mon mandat de gérant lors de ma demande de chômage. Je vous fournirai des factures établies d'avril 2008 à décembre 2008 dans les 10 jours ».

Monsieur F. a été ré-entendu par le service litiges, le 2 février 2011. Il a confirmé sa précédente déclaration en insistant sur l'absence de rémunération perçue pour ses mandats et sur le fait que certaines activités de la société qui étaient sous-traitées avant le 1^{er} avril 2008, n'ont plus été sous-traitées à partir de cette date, tout en restant limitées jusqu'en décembre 2008.

3. Le 18 février 2011, l'ONEm a décidé

- d'exclure Monsieur F. à partir du 1^{er} mars 2006, du bénéfice des allocations de chômage ;
- de récupérer les allocations perçues indûment,
- de l'exclure du droit aux allocations de chômage pendant 20 semaines, à partir du 21 février 2011, sur base de l'article 154 de l'arrêté royal du 25 novembre 1991, 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.

Un document de récupération C.31 a été notifié pour la période du 1^{er} avril 2008 au 31 décembre 2008. Il en résulte un montant à rembourser de 9.014,41 Euros.

4. Monsieur F. a contesté la décision de l'ONEm par une requête envoyée au greffe du tribunal du travail de Nivelles, le 17 mai 2011.

Il sollicitait l'annulation des décisions de l'ONEm et demandait au tribunal de le rétablir dans son droit aux allocations à dater du 1^{er} mars 2006.

A titre subsidiaire, il demandait que la récupération soit limitée à la période du 1^{er} décembre 2008 au 31 décembre 2008.

5. Par jugement du 17 février 2012, le tribunal du travail a déclaré le recours non fondé et a confirmé la décision de l'ONEM.

Le tribunal a fait droit à la demande reconventionnelle de l'ONEm et a ainsi condamné Monsieur F. à rembourser la somme de 9.014,41 Euros à titre d'allocations de chômage perçues indument.

6. Monsieur F. a interjeté appel du jugement par une requête déposée au greffe de la Cour du travail, le 15 mars 2012.

II. OBJET DE LA DEMANDE

7. Monsieur F. demande à la Cour du travail,

- de mettre à néant la décision de l'ONEm du 18 février 2011,
- de déclarer la demande reconventionnelle de l'ONEm non fondée,
- à titre subsidiaire, de limiter la récupération de l'indu aux 150 derniers jours d'indemnisation.

III. DISCUSSION

A. Exclusion du bénéfice des allocations

Principes pouvant être utiles à la solution du litige

8. Il résulte des articles 44 et 45 de l'arrêté royal du 25 novembre 1991 qu'un chômeur ne peut exercer pour son propre compte, une activité 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 qu'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 ».

9. L'exercice d'un mandat dans une société commerciale constitue, en principe, une activité pour son propre compte qui dépasse la gestion normale des biens propres.

Le mandat implique, en principe, une activité régulière et habituelle.

Même s'il vaque à d'autres occupations, le mandataire est à tout moment susceptible de devoir contrôler et/ou représenter la société dont il est l'organe ; c'est ainsi qu'il doit « exercer un contrôle actif sur la gestion et est tenu de se tenir informé à tout instant de la situation au sein de la société » (M.-A. Delvaux et P. De Wolf, « Les responsabilités civiles des dirigeants de sociétés commerciales », in *Le statut du dirigeant d'entreprise*, Y. De Cordt (dir.), CRIDES, Larcier, 2009, p. 208, note 15).

10. Au terme d'une évolution récente¹, il est admis que le chômeur peut apporter la preuve de l'absence d'activité en démontrant que le mandat est

¹ Influencée par le caractère à nouveau réfragable de la présomption d'assujettissement au statut social des travailleurs indépendants (voy. Cour const., n°176/2004 du 3 novembre 2004).

gratuit et que la société n'avait pas de réelle activité (voy., notamment, Cour trav. Bruxelles, 8^{ème} ch., 25 octobre 2012, RG n° 2011/AB/49).

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).

Mais la preuve de la gratuité ne suffit pas : il faut, en pratique, aussi démontrer que la société n'exerce pas d'activités ou, à tout le moins, qu'elle n'a que des activités très limitées (rendant sans objet véritable, la mission de surveillance et de contrôle du mandataire).

Application dans le cas d'espèce

11. Il n'est pas contesté que la société JUMA n'a pas eu d'activité pendant la période litigieuse. Le mandat au sein de cette société ne faisait donc pas obstacle à l'octroi des allocations de chômage.

Il n'en est pas de même de la SPRL EUROBEL SALES CONSULTING.

D'après les comptes annuels, cette société a réalisé entre janvier 2007 et juin 2008, un bénéfice d'exploitation de 25.495 Euros et un montant de 10.000 Euros a été attribué aux actionnaires.

L'historique des comptes généraux montre pour 2008, un chiffre d'affaires de 16.275,94 Euros, dont 12.220,06 Euros entre juin et décembre 2008.

La société était donc réellement en activité au cours de la période pendant laquelle Monsieur F. a bénéficié des allocations de chômage.

Au vu du chiffre d'affaires réalisé par la société, c'est à tort que Monsieur F. conteste l'existence d'une activité économique réelle et soutient que la société aurait été dormante jusqu'en décembre 2008.

12. Lors de son audition du 8 février 2011, Monsieur F. a admis que pour certaines activités, la société n'a plus fait appel à la sous-traitance à partir du 1^{er} avril 2008, soit à partir du moment où il a, à nouveau, bénéficié des allocations de chômage.

Il en résulte que Monsieur F. était réellement impliqué dans les activités de la société.

Outre que comme indiqué ci-dessus, la gratuité du mandat ne suffit pas à rendre l'activité compatible avec les allocations de chômage, on ne perdra pas de vue, - comme cela avait été relevé par le Ministère public en première instance -, qu'après la clôture de l'exercice en juin 2008 (soit alors que Monsieur F. bénéficiait des allocations de chômage), l'assemblée générale a attribué un montant de 10.000 Euros à ses actionnaires.

Cet élément permet à tout le moins de douter de l'absence de but de lucre.

13. C'est vainement que Monsieur F. semble considérer que son activité pourrait être considérée comme une activité accessoire au sens de l'article 48 de l'arrêté royal du 25 novembre 1991.

L'une, au moins, des conditions prévues par cet article n'est pas remplie : Monsieur F. n'a pas répondu positivement à la question de savoir s'il exerçait une activité accessoire.

C'est vainement qu'il tente de minimiser l'importance de la déclaration préalable.

En effet, lorsque l'activité accessoire n'a pas été portée à la connaissance de l'ONEm, les possibilités de contrôle de la comptabilité de l'activité avec les allocations de chômage, restent aléatoires.

Or, la nature particulière du régime de l'article 48 qui déroge à une condition essentielle de l'indemnisation du chômage involontaire qui en règle suppose que l'on soit privé de travail, justifie entièrement que l'ONEm soit préalablement informé de l'exercice de l'activité prévue par cet article et soit en mesure de vérifier de manière systématique le respect des conditions particulières prévues par cet article (quant au fait que l'activité ne s'exerce pas principalement entre 7 heures et 18 heures, qu'il ne s'agit pas d'une profession qui ne s'exerce qu'après 18 heures, que l'activité conserve son caractère accessoire...).

La déclaration préalable a donc un caractère essentiel.

En l'absence de déclaration préalable, il ne peut être question d'une activité accessoire au sens de l'article 48.

14. C'est vainement que Monsieur F. évoque, dans le chef de l'ONEm, un manquement à l'obligation d'information et de conseil et/ou à l'obligation d'utiliser un langage compréhensible.

La Cour du travail a récemment jugé à propos du manque de précision des formulaires C.1. :

« Il est exact qu'en ce qui concerne la déclaration des mandats exercés au sein d'une société commerciale, les formulaires C.1., tels qu'utilisés à l'époque des faits, manquaient de clarté : l'attention du chômeur n'était pas attirée sur le fait que l'exercice d'un tel mandat est, en principe, incompatible avec les allocations de chômage. »

A la troisième page de la feuille d'information jointe à ce formulaire, il était toutefois précisé qu'il faut déclarer « chaque activité accessoire comme indépendant, aidant-indépendant, gérant rémunéré ou non, administrateur de société, associé actif, ... (même si aucune cotisation de sécurité sociale n'est payée) ».

(...).

Le formulaire C.1. contient (...) une formule pré-imprimée selon laquelle le chômeur reconnaît avoir reçu la « feuille d'information » (...). (Cour

trav. Bruxelles, 8^{ème} ch., 26 juin 2013 ; voir aussi Cour trav. Bruxelles, 18 avril 2013, RG n° 2011/AB/824) ».

Malgré l'imprécision souvent dénoncée des anciens formulaires C.1, il faut admettre que le chômeur disposait, grâce notamment à la feuille d'information, des éléments d'information lui permettant de faire une déclaration qui correspond à la réalité.

Surabondamment, si Monsieur F. avait un doute à propos de la notion d'activité accessoire, il lui appartenait d'interroger son organisme de paiement. Aucun grief ne peut, à cet égard, être fait à l'ONEm qui, en principe, n'assume pas l'obligation d'information et de conseil prévue par la Charte de l'assuré social (voy. article 24 de l'arrêté royal du 25 novembre 1991).

15. Le jugement doit, en conséquence, être confirmé en ce qui concerne l'exclusion du bénéfice des allocations de chômage. La sanction d'exclusion prise sur base de l'article 154 de l'arrêté royal du 25 novembre 1991, ne donne pas lieu à discussion.

B. En ce qui concerne la récupération des allocations

16. 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 induë. 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.

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, dans le même sens, qu'une absence de déclaration n'exclut pas nécessairement la bonne foi (Cour trav. Bruxelles, 19 avril 2007, RG n° 48.743).

17. En l'espèce, la bonne foi n'est néanmoins pas établie.

Le gérant d'une société qui réalise un chiffre d'affaires de plusieurs milliers d'euros et qui génère un bénéfice d'exploitation tel qu'un dividende de 10.000 Euros a pu être attribué aux actionnaires, ne peut en aucun cas avoir la conviction que l'activité qu'il exerce au sein de cette société est compatible avec la perception des allocations de chômage.

Même dans le chef d'un non-juriste, le sens commun ne peut conduire qu'à une telle conclusion.

Par ailleurs, Monsieur F. n'évoque aucun élément particulier qui serait de nature à suggérer qu'il pouvait ne pas avoir conscience du caractère indu des allocations de chômage, l'allégation d'une ignorance de la réglementation ne pouvant, à cet égard, être considérée comme suffisante.

En soi, le fait que l'ONEm ait appliqué une prescription de 3 ans, - et n'a donc pas retenu d'intention frauduleuse dans le chef de Monsieur F. -, ne suffit pas à établir sa bonne foi.

Il n'y a pas lieu de limiter la récupération aux 150 derniers jours d'indemnisation indue. La demande reconventionnelle de l'ONEm, telle qu'elle a été reçue par le tribunal doit être confirmée.

C. Conséquences

18. L'appel est non fondé.

Par ces motifs,

La Cour du travail,

Statuant contradictoirement,

Après avoir entendu Madame G. COLOT, Substitut général, en son avis conforme auquel il a été répliqué par le conseil de Monsieur F.,

Dit l'appel non fondé,

Confirme entièrement le jugement,

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

Ainsi arrêté par :

J.-F. NEVEN Conseiller

J. DE GANSMAN Conseiller social au titre employeur

R. MISSON Conseiller social au titre de travailleur employé

assistés de R. BOUDENS Greffier

R. BOUDENS R. MISSON J. DE GANSEMAN J.-F. NEVEN

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

J.-F. NEVEN Conseiller

R. BOUDENS Greffier

R. BOUDENS

J.-F. NEVEN