



Numéro du répertoire 2016 /
Date du prononcé 07 avril 2016
Numéro du rôle 2014/AB/942

Expédition

Délivrée à

le
€
JGR

Cour du travail de Bruxelles

huitième chambre

Arrêt

SECURITE SOCIALE DES TRAVAILLEURS SALARIES - chômage

Arrêt contradictoire

Définitif

Notification par pli judiciaire (art. 580, 2^e C.J.)

1. **ONEM**, dont le siège social est établi à 1000 BRUXELLES, Boulevard de l'Empereur, 7,
partie appelante,
représentée par Maître LOVENIERS Marc, avocat à BRUXELLES.

contre

1. **V.**
partie intimée,
représentée par Maître LEMAIRE C. loco Maître CAPIAU Suzanne, avocat à BRUXELLES.

★

★ ★

I. Indications de procédure

Vu le dossier de procédure, notamment :

- La requête reçue au greffe de la cour le 14 octobre 2014,
- Copie conforme du jugement du 23 septembre 2014 notifié par pli judiciaire déposé à la poste en date du 30 septembre 2014,
- L'ordonnance de mise en état du 19 décembre 2014,
- Les conclusions déposées par les parties,
- L'arrêt du 5 novembre 2015 ordonnant une réouverture des débats.

Les parties ont comparu à l'audience publique du 9 décembre 2015. Madame Geneviève COLOT, Avocat général, a été entendu en son avis oral. La partie appelante se réfère à ses répliques déposées au greffe de la cour le 16 septembre 2015 en réponse à l'avis écrit du Ministère public déposé au greffe le 31 juillet 2015.

II. Jugement entrepris

L'appel porte sur le jugement prononcé contradictoirement à l'audience du 23.09.2014, par la 17^{ème} chambre du tribunal du travail francophone de Bruxelles, R.G n° 12/6488/A, dans une cause opposant Monsieur V. , demandeur originaire et actuel intimé, à l'ONEM, défendeur originaire et actuel appelant.

Par ce jugement, le tribunal se prononce sur le recours introduit par Monsieur V contre la décision de l'Onem du 15 février 2012 qui lui refuse le maintien de la non-dégressivité de ses allocations de chômage, en application de l'article 116, § 5 de l'arrêté royal du 25 novembre 1991 portant réglementation du chômage, suite à sa demande du 7 novembre 2011.

Le tribunal

- « Déclare la demande recevable et fondée.
- Confirme la décision de l'Onem du 15 février 2012, uniquement pour la période du 19 août 2011 au 18 août 2012.
- Dit pour droit que l'article 116, § 5 de l'arrêté royal du 25 novembre 1991 portant réglementation du chômage, tel que modifié par l'arrêté royal du 23 juillet 2012, viole les articles 10 et 11 de la Constitution ;
- Ecarte en conséquence, en application de l'article 159 de la Constitution, la règle de l'article 116, § 5 précité et fait application de la disposition dans sa version antérieure.
- Dit pour droit que Monsieur David V bénéficie de l'article 116, § 5 de l'arrêté royal du 25 novembre 1991 et sera dès lors maintenu en deuxième période d'indemnisation, pour les périodes du 19 août 2012 au 18 août 2013 et du 19 août 2013 au 18 août 2014.
- Condamne l'Onem à payer à Monsieur David V les allocations de chômage résultant de l'application des dispositions réglementaires précitées, sous déduction des allocations déjà payées, et compte tenu des jours travaillés, majorées des intérêts courant au taux légal depuis la date d'exigibilité de chacun des allocations jusqu'à complet paiement.
- Condamne l'Onem à remettre à Monsieur David V le décompte des arriérés d'allocations de chômage dues, en principal et intérêts de retard, dans un délai de deux mois à partir de la notification par le greffe du présent jugement, sous peine d'une astreinte de 25 € par jour de retard, commençant à courir au plus tôt un mois après la signification dudit jugement.
- Condamne l'ONEM aux dépens de l'instance, liquidés à une indemnité de procédure de 120,25 €. »

III. Antécédents

Monsieur V, actuel intimé, est occupé à temps partiel (depuis 2004), comme enseignant à titre temporaire tout en exerçant une activité comme artiste musicien amateur dans le cadre du système dit « petites indemnités ».

Il a été réadmis au bénéfice des allocations de chômage à partir du 19/8/2007 en application de l'article 42, §1er, de l'arrêté royal (dossier administratif, formulaire C2). Son activité comme enseignant prend fin le 30 juin 2011.

A partir du 1^{er} juillet 2011, il présente une occupation exclusivement dans le cadre de contrats de très courte durée en qualité d'artiste musicien de scène. Monsieur \

admet que son activité artistique était exercée, au départ, comme «amateur» (page 4 des conclusions d'appel) et qu'il a réorienté sa carrière dans le courant de l'année 2011.

Il déclare pour la première fois une activité artistique à l'ONEM au moyen du formulaire C1Artiste qu'il introduit auprès de son organisme de paiement le 27 septembre 2011 (dossier administratif, pièces 2 à 7).

Le 4 novembre 2011, l'organisme de paiement interpelle l'ONEM afin que l'intéressé puisse bénéficier du statut d'artiste.

L'ONEM refuse d'appliquer la règle de non dégressivité de l'allocation (arrêté royal du 25/11/1991, art. 116, §5), au motif que l'intéressé a travaillé toute l'année comme enseignant (dossier administratif, pièce 24). L'organisme de paiement insiste, au motif que l'intéressé a une profession principale de musicien (dossier administratif, pièce 26). L'ONEM maintient sa position (dossier administratif, pièce 110). Le 9 février 2012, l'organisme de paiement introduit une demande en révision de cette décision. Le 14 février 2012, la société SMartBe intervient au nom de Monsieur V. , demandant de préciser le motif de refus, ce à quoi l'ONEM répond par une notification de refus du 15 février 2012.

L'ONEM refuse d'accorder à l'intéressé le bénéfice de l'article 116, §5, de l'arrêté royal au motif que son travail dans l'enseignement à raison de 12 heures par semaine constitue sa profession principale ; l'office précise que pour autant que ses activités artistiques ont été déclarées à la sécurité sociale des travailleurs salariés, elles seront prises en compte selon les règles ordinaires en application de l'article 114, §4, de l'arrêté royal (dossier administratif, pièce 123).

L'intimé a introduit un recours contre cette décision devant le tribunal du travail ; il s'agit du recours originaire, qui a donné lieu au jugement entrepris.

IV. Demandes des parties

L'ONEM, partie appelante, demande :

- « Déclarer l'appel recevable et fondé ;
- En conséquence :
- o Réformer le jugement entrepris ;
- o Dire pour droit que monsieur V ne peut plus bénéficier
- de l'avantage prévu à l'article 116, § 5, du 19 août 2012 au 18 août 2014 ;
- o Annuler l'astreinte prononcée par le premier juge ;
- o Statuer comme de droit quant aux dépens.

Dans ses conclusions de synthèse du 17 avril 2015, l'intimé demande :

- Déclarer l'appel recevable mais non fondé,
- Et en conséquence,
- Confirmer le jugement entrepris,

- Condamner l'Onem aux dépens de l'instance d'appel, liquidés à l'indemnité de procédure de 160,36 €.

V. Position et moyens des parties

a. L'ONEM

L'ONEM estime que l'intimé ne peut plus bénéficier de l'avantage (non dégressivité de l'allocation) prévu à l'article 116, §5, du 19 août 2012 au 18 août 2014. L'office demande par ailleurs d'annuler l'astreinte.

Il fait valoir (en résumé), concernant la dégressivité de l'allocation :

- L'article 116, §5 de l'arrêté royal du 25 novembre 1991 portant réglementation du chômage prévoit une exception aux règles d'évolution normales des périodes d'indemnisation ; les conditions prévues à cette disposition doivent être simultanément remplies pour pouvoir bénéficier de cette dérogation ;
- Cet article a été modifié à plusieurs reprises ;
- Notamment, dans un contexte d'accroissement de la dégressivité des allocations de chômage voulu par le gouvernement, l'arrêté royal du 23 juillet 2012 limite expressément l'exception visée à l'article 116, §5 en réservant cet avantage aux chômeurs en première période d'indemnisation ; par la suite, un arrêté royal du 7 février 2014 a une nouvelle fois modifié l'article 116, §5, et en a limité davantage son application.
- Dans les deux versions applicables jusqu'au 31 mars 2015, un régime plus favorable est prévu pour les travailleurs occupés exclusivement dans le liens de contrats de très courte durée, dont les artistes et autres créateurs.
- Trois conditions doivent être simultanément remplies :
 - o occupation exclusive,
 - o dans les liens de contrats de très courte durée,
 - o lors d'une période de référence de 12 mois.
- Le caractère exclusif a pour conséquence qu'un travailleur qui connaît à un moment donné un autre type d'occupation que des contrats de très courte durée, retombe dans le régime normal (art. 116, §2) d'évolution des périodes d'indemnisation.
- En sa dernière version, l'article 116 et l'article 116, §5 amènent à considérer que l'existence de plusieurs contrats de très courte durée doit être examinée sur une période de 12 mois qui précède soit la date d'expiration de la première période d'indemnisation (période antérieure au 30 juillet 2012) soit la date d'expiration de la troisième période d'indemnisation (période postérieure au 30 juillet 2012).
- Un seul contrat de plus de trois mois suffit pour ne pas remplir les conditions de la règle dérogatoire de l'article 116, §5.
- La charge de la preuve du bénéfice de la dérogation incombe au demandeur
- Les instructions administratives n'ont qu'une valeur interprétative des textes.

En l'espèce, l'ONEM soutient, à titre principal, que l'article 116, §5 ne s'applique pas à l'intimé au moment où il introduit sa demande le 28 septembre 2011 ; son activité de professeur constituait l'activité principale de l'intéressé (dossier administratif, pièce 110) ; il n'a réorienté sa carrière qu'au cours de l'année 2011 ; il n'était pas inséré dans un système effectif d'intermittence.

À titre subsidiaire, l'Office soutient que deux raisons expliquent la modification de l'article 116, §5 par l'arrêté royal du 23 juillet 2012, d'une part l'objectif du gouvernement auteur de la norme (mesure d'économies + incitation au travail) et d'autre part, des motifs d'ordre logistique (clarification du texte, caractère exclusif de l'occupation dans des contrats de très courte durée, exclusion des travailleurs en deuxième période d'indemnisation). L'Office soutient en outre que le travailleur qui dès le départ ne peut pas prouver pendant les 12 premiers mois de son chômage qu'il est occupé dans le cadre de contrats de très courte durée n'a pas droit au bénéfice de l'article 116, §5.

Pour l'ONEM, le raisonnement tenu par le premier juge considérant que la version de l'article 116, §5 introduite par l'arrêté royal du 23 juillet 2012 serait discriminatoire n'est pas admissible. Il estime non démontré que l'ancienne version de cette disposition conférait le droit à la non dégressivité aux travailleurs en deuxième période d'indemnisation.

L'Office critique la comparaison soutenue par l'intimé pour établir la discrimination, invoquant notamment que : la discrimination invoquée ne concerne pas deux catégories de travailleurs comparables ; un critère objectif les distingue, étant l'interruption pendant une période supérieure à 12 mois d'une occupation dans le cadre de contrats de très courte durée ; même s'il s'agissait de catégories comparables, la différence de traitement n'est pas déraisonnable ; cette différence s'inscrit dans les objectifs plus généraux poursuivis par le gouvernement en 2011 et 2012 (activation des chômeurs) ; cette différence est proportionnée à un objectif déterminé et précis ; l'argument du « standstill » énoncé sur la base de l'article 23 de la constitution n'est pas pertinent ; il ne repose pas sur une analyse exacte de ce principe qui n'interdit ni au législateur ni au Roi de modifier une législation, en tenant compte du contexte économique ; il ne s'agit pas d'une régression, alors que ce principe de dégressivité existait déjà sous l'empire de l'ancien arrêté royal du 20 décembre 1963 ; la limitation de l'avantage à la première période d'indemnisation ne porte pas atteinte à la substance de cet avantage. Il n'y a pas discrimination du seul fait qu'une législation est modifiée.

Critiquant l'astreinte prononcée par le premier juge, l'ONEM fait valoir :

- La contestation porte sur un complément d'allocations ; il ne s'agit pas d'une situation de précarité faute de revenu de remplacement ;
- Depuis le prononcé des jugements, il n'y a aucun retard anormal dans le paiement des allocations ;
- il n'y a pas de crainte sérieuse que l'ONEM n'exécute pas volontairement la condamnation ;

- Le non-paiement des intérêts se justifie par les règles de vérification des paiements imposés par la réglementation ; le montant en jeu (entre 2 et 170 euros) ne justifie pas une astreinte.

b. Monsieur V (intimé)

L'intimé fait valoir, concernant la contestation relative au montant de l'allocation :

- L'article 116§5 n'instaure pas un régime dérogatoire de faveur mais un régime adapté à des situations de fait particulières rencontrées par certains travailleurs pour leur assurer une indemnisation appropriée ; cette disposition est essentielle pour respecter le principe d'égalité entre des travailleurs placés dans des situations différentes.
- Le bénéfice de la non dégressivité est soumis à la seule condition de l'occupation exclusive dans des contrats de très courte durée et cette protection est accordée chaque fois pour une période de douze mois .
- Tel que modifié par l'arrêté royal du 23 juillet 2012, l'article 116, §5, viole les articles 10 et 11 de la Constitution en instaurant sans justification raisonnable une discrimination entre des travailleurs qui se trouvent dans une situation identique, étant ceux se trouvant dans une première ou une seconde période d'indemnisation. Le critère de la période d'indemnisation est objectif ; la mesure n'est pas pertinente car elle ne s'accompagne pas de mesures d'assouplissement et/ou de simplification que nécessite la situation particulière des travailleurs visés. Elle a des effets disproportionnés pour les personnes qu'elle affecte.
- Cette disposition viole également l'obligation de standstill contenue dans l'article 23 de la constitution car elle constitue un recul sensible de leur protection sociale sans justification pertinente.

En conséquence, soutient l'intimé, il y a lieu, à titre principal, d'écarter la disposition litigieuse et d'appliquer la disposition dans sa version antérieure.

Les périodes d'indemnisation courent du 19/8 d'une année au 18/8 de l'année suivante. Au cours de l'année précédant le 19/8/2011, l'occupation sous contrats de très courte durée était concomitante à une occupation à temps partiel comme enseignant. L'occupation sous contrats de très courte durée est devenue exclusive à partir du 19/8/2011, il a donc droit au bénéfice de l'article 116, §5 pour les périodes du 19/8/2012 au 18/8/2013 et du 19/8/2013 au 18/8/2014.

À titre subsidiaire, l'intimé estime pouvoir bénéficier de l'article 116, §5 et du maintien en deuxième période d'indemnisation jusqu'au terme de la période d'indemnisation en cours au moment de l'entrée en vigueur de l'arrêté royal (1/11/2012) soit jusqu'au 18/8/2013. La nouvelle période d'indemnisation commence à courir à partir du 19/8/2013. La nouvelle réglementation en vigueur s'applique ensuite.

Par ailleurs, l'intimé soutient que l'astreinte se justifie par une demande de décompte des arriérés et intérêts de retard (NB QUID DECOMPTE ?).

VI. Examen de l'appel

1. La contestation en appel porte sur le droit de l'intimé de bénéficier de la non dégressivité de l'allocation de chômage au cours de la période allant du 19 août 2012 au 18 août 2014. Cette contestation se situe dans la circonstance particulière où l'intimé se trouvait en seconde période d'indemnisation au cours de cette période.

L'appel de l'ONEM porte en outre sur l'astreinte dont le premier juge a assorti sa condamnation à délivrer un décompte des arriérés d'allocations dus à l'intimé.

1) Dégressivité de l'allocation (art. 116, §5)

2. La réglementation relative au chômage réduit le taux de l'allocation notamment en fonction de la durée du chômage¹. Elle prévoit également les conditions auxquelles cette dégressivité peut être freinée ou neutralisée.

L'article 116, §5 de l'arrêté royal du 25 novembre 1991 portant réglementation du chômage prévoit une règle spécifique de *non* dégressivité de l'allocation pour certains travailleurs occupés exclusivement dans le cadre de contrats de très courte durée. Cette disposition a subi plusieurs modifications, dont celle introduite par l'arrêté royal du 23 juillet 2012².

Que ce soit dans sa version antérieure ou postérieure à l'entrée en vigueur de l'arrêté royal du 23 juillet 2012, l'article 116, §5, précité prévoit, à certaines conditions, pour les travailleurs occupés exclusivement dans les liens de contrats de très courte durée, que l'allocation journalière de chômage ne subit pas la dégressivité normalement applicable. Dans les deux cas, cette dérogation exige que soient simultanément remplies les conditions d'une occupation exclusive, dans les liens de contrats de très courte durée, lors d'une période de référence de douze mois. L'existence de ces conditions doit être vérifiée sur une période de référence de douze mois précédant –en fonction de la version de l'article 116, §5, modifié par l'arrêté royal du 23 juillet 2012- soit la date d'expiration de la première période d'indemnisation soit la date d'expiration de la troisième phase de la première période d'indemnisation.

3. Le premier juge relève, et ce n'est pas contesté, que la période de référence initiale prend cours à la date d'admissibilité du travailleur au bénéfice des allocations. Il n'est pas

¹ Arrêté royal du 25 novembre 1991, art. 114

² Arrêté royal modifiant l'arrêté royal du 25 novembre 1991 portant la réglementation du chômage dans le cadre de la dégressivité renforcée des allocations de chômage et modifiant l'arrêté royal du 28 décembre 2011 modifiant les articles 27, 36, 36ter, 36quater, 36sexies, 40, 59quinquies, 59sexies, 63, 79, 92, 93, 94, 97, 124 et 131septies de l'arrêté royal du 25 novembre 1991 portant la réglementation du chômage, Mon. 30 juil. 2012, Entrée en vigueur le 1^{er} nov. 2012.

contesté en appel que (jugement, feuillet 16) Monsieur V ne peut pas bénéficier, à la date du 19 août 2011, de la non dégressivité des allocations prévue par l'article 116, § 5 de l'arrêté royal du 25 novembre 1991. Au cours de la période du 19 août 2010 au 18 août 2011, il n'était pas occupé exclusivement dans le cadre de contrats de très courte durée.

La contestation en appel porte sur la période ultérieure.

4. Selon la version en vigueur avant sa modification par l'arrêté royal précité du 23 juillet 2012, l'article 116, § 5³, dispose:

« Le travailleur visé à l'article 28, § 3, est considéré comme un travailleur qui se trouve dans la première période de six mois visée à l'article 114, § 2, alinéa 3,1 ».

Pour le calcul des périodes de chômage visées à l'article 114, il n'est pas tenu compte de la durée de chômage du travailleur non visé à l'article 28, § 3⁴, qui est occupé exclusivement dans les liens de contrats de très courte durée. L'allocation journalière de ce travailleur est, à l'expiration des douze premiers mois de chômage calculés conformément aux articles 114 et 116, §§ 1 à 4 et 6, fixée en prenant en considération le montant limite A visé à l'article 111, alinéa 4.

La disposition de l'alinéa précédent n'est pas applicable au travailleur occupé dans l'industrie hôtelière. »

5. L'intimé établit être occupé exclusivement dans des contrats de très courte durée au cours de la période de référence qui précède le 19 août 2012 et avoir informé l'ONEM de son activité artistique exercée, à titre principal, depuis le 1^{er} juillet 2011.

L'article 116, §5, n'exige pas, comme condition de son application, que le travailleur ait une occupation exclusive dans des contrats de courte durée dès le début de son admissibilité au chômage. Par ce constat, la cour applique strictement les conditions prévues par la réglementation ; il ne revient ni à l'administration, ni au juge saisi d'une contestation quant à l'application de cette disposition, d'y ajouter des conditions qu'elle ne contient pas.

6. L'article 116, §5 a été modifié par l'arrêté royal du 23 juillet 2012, entré en vigueur le 1^{er} novembre 2012. Dans cette version, il dispose :

« Sans préjudice de l'application des §§ 1^{er} et 2, le travailleur qui est occupé exclusivement dans les liens de contrats de très courte durée, a droit, à l'expiration de la troisième phase de la première période d'indemnisation, pour une période de douze mois, à l'allocation journalière prévue pour cette troisième phase, calculée toutefois en fonction du montant

³ L'article 116§ 5 de l'arrêté royal du 25 novembre 1991 tel que modifié en particulier par l'A.R. du 9 novembre 1994 (M.B., 22 novembre 1994), l'A.R. du 17 décembre 2001 (Mon., 12 janv. 2002), par l'A.R. du 11 janvier 2009 (Mon. 21 janv.), et par l'arrêté royal du 19 mai 2009 (Mon. 29 mai)

⁴ L'intimé n'entre pas dans le champ de cette disposition

limite A visé à l'article 111, s'il prouve que, dans une période de référence de douze mois précédant l'expiration de cette troisième phase, il était toujours occupé exclusivement dans les liens de contrats de très courte durée.

La disposition de l'alinéa précédent n'est pas applicable au travailleur occupé dans l'industrie hôtelière.

L'avantage de l'alinéa 1er est à nouveau octroyé pour douze mois, si le travailleur prouve qu'il était, dans une période de référence de douze mois qui précède l'expiration de l'avantage précédemment octroyé, toujours occupé exclusivement dans les liens de contrats de très courte durée»⁵.

7. Cette version de l'article 116, §5 en vigueur à partir du 1^{er} novembre 2012, outre qu'elle adapte le texte pour tenir compte de la création de trois phases en première période d'indemnisation, limite explicitement la non dégressivité de l'allocation en première période d'indemnisation (cf. jugement p. 18) : ce n'est pas contesté en appel.

8. L'intimé soutient que l'article 116, §5, tel que modifié par l'arrêté royal du 23 juillet 2012, viole les articles 10 et 11 de la Constitution car il instaure une discrimination entre les travailleurs selon qu'ils se trouvent dans une première ou une seconde période d'indemnisation. Cette thèse, adoptée par le premier juge, est contestée par l'ONEM. Elle est examinée ci-dessous en a).

L'ONEM ne semblait pas contester, dans ses conclusions de synthèse, que la non dégressivité prévue par l'article 116§5 précité dans sa version en vigueur avant le 1^{er} novembre 2012 bénéficiait également aux chômeurs en deuxième période d'indemnisation (conclusions, p. 8). Dans ses répliques à l'avis écrit du ministère public, et en termes de plaidoiries dans le cadre de la réouverture des débats, l'ONEM revient sur cette position et conteste désormais que la version de l'article 116, §5 telle qu'en vigueur jusqu'au 1^{er} novembre 2012 permettait le maintien de l'indemnisation pour les travailleurs indemnisés en première période. Cette contestation est examinée en b).

a) Quant à l'existence d'une discrimination

9. La règle de l'égalité des Belges devant la loi contenue dans l'article 10 de la Constitution et celle de la non-discrimination dans la jouissance des droits et libertés reconnus aux Belges contenue dans l'article 11 de la Constitution impliquent que tous ceux qui se trouvent dans la même situation soient traités de la même manière mais n'excluent pas qu'une distinction soit faite entre différentes catégories de personnes pour autant que le critère de distinction soit susceptible de justification objective et raisonnable. L'existence d'une telle justification doit s'apprécier par rapport au but et aux effets de la mesure prise. Pareille justification doit s'apprécier par rapport au but et aux effets de la mesure prise.

10. L'article 116,§5 vise à remédier à la situation spécifique des travailleurs dont l'occupation est constituée exclusivement de contrats de très courte durée ; cette spécificité entraîne pour les travailleurs concernés, en cas d'application des règles normales de dégressivité de l'allocation fondées sur la durée du chômage, une accélération de cette dégressivité en raison même du type d'occupation. C'est une spécificité à laquelle l'auteur de la norme a voulu remédier.

Cette préoccupation relative au sort des travailleurs occupés dans des contrats de très courte durée pour l'application de la notion de durée du chômage n'est pas récente ; elle était déjà présente dans la réglementation antérieure à la publication de l'arrêté royal du 25 novembre 1991. Il se fait que, ainsi que l'a souligné une certaine doctrine, cette règle constituait une des règles adaptées aux artistes⁵, avant que le législateur ne se penche plus avant sur leur situation.

11. L'ONEM conteste que les catégories de travailleurs occupés en première ou en seconde période d'indemnisation soient comparables. La cour ne partage pas cette position.

Qu'il soit en première ou en seconde période d'indemnisation, un travailleur occupé exclusivement dans des contrats de très courte durée comme visé par l'article 116, §5 de l'arrêté royal, se retrouve dans une situation comparable au regard de l'objectif voulu par cette disposition et rappelé ci-dessus.

Ainsi, les deux catégories de travailleurs se trouvent dans une situation de travail intermittent dans un secteur professionnel où il est d'usage de travailler dans des contrats de très courte durée. Les deux catégories de travailleurs se trouvent confrontées à la même difficulté de réunir les conditions prévues par les règles d'application générale pour pouvoir soit maintenir le niveau de leur allocation, soit revenir à un taux supérieur d'allocation.

La cour partage sur ce point le constat du premier juge selon lequel :

«Les chômeurs qui se prévalent de l'article 116, § 5 de l'arrêté royal du 25 novembre 1991 ont la caractéristique commune d'être des travailleurs intermittents qui se trouvent dans une situation plus précaire que d'autres travailleurs, à raison des conditions d'embauche dans leur secteur professionnel. Ils se trouvent dans un schéma professionnel identique au regard du marché de l'emploi. »

Ainsi, face aux règles normales de dégressivité des allocations, ces travailleurs se retrouvent, au regard du risque d'une réduction de leur allocation, dans des situations analogues, quelle que soit la durée de leur chômage et la période d'indemnisation dans laquelle ils se trouvent. Tout comme le travailleur intermittent en première période d'indemnisation, le travailleur intermittent se trouvant en deuxième période d'indemnisation se retrouve

⁵ Souligné par la cour ; S. Capiou et C. Lemair « Les artistes et l'assurance-chômage – Etat des lieux depuis la réforme du 23 novembre 2000 » p. 455 in « La réglementation du chômage : vingt ans d'application de l'arrêté royal du 25 novembre 1991 », Etudes pratiques de droit social, Kluwer, 2011

confronté à la même difficulté particulière face aux conditions de droit commun pour maintenir le taux d'allocations, que ce soit la difficulté (une impossibilité) d'acquérir le passé professionnel requis par l'article 114, §1^{er} de l'arrêté royal ou, a fortiori, la difficulté de remplir les conditions d'occupation pour bénéficier à nouveau d'une période plus favorable d'indemnisation.

La seule différence dans la période d'indemnisation ne permet pas de conclure que ces deux catégories d'intermittents ne sont pas comparables.

12. L'arrêté royal du 23 juillet 2012 limite l'avantage d'une non dégressivité de l'allocation aux travailleurs en première période d'indemnisation. Le critère de la période d'indemnisation est objectif. Ce critère est-il raisonnable au regard du but et des effets de la mesure prise ?

13. L'ONEM fait état de la décision du gouvernement de limiter expressément l'exception visée à l'article 116, §5 (ses conclusions, p.8). Les conclusions de l'ONEM défendent que la solution est « conforme à l'objectif poursuivi » (cf. conclusions p/18, point 38) et se réfèrent pour l'expliquer aux « objectifs plus généraux poursuivis en 2011 et 2012 » (cf. conclusions, p. 19, point 39).

14. L'article 116, § 5 instaure une règle de dégressivité adaptée à la situation du travail de tout intermittent. Ainsi qu'il l'a déjà été rappelé ci-dessus, ce travail de l'intermittent se caractérise par une occupation exclusivement dans le cadre de contrats de très courte durée confrontant les travailleurs concernés à l'impossibilité de fait de réunir les conditions imposées par les règles normales pour ne pas encourir la non dégressivité des allocations.

La cour relève que, s'agissant de préoccupations générales exprimées par le gouvernement concernant la spécificité de la situation des travailleurs (artistes) intermittents, en particulier les artistes, par rapport à la réglementation chômage, il y a d'une part, la volonté d'éviter que la réglementation relative au chômage soit une source d'exclusion pour les intermittents et, d'autre part, la volonté de maintenir le principe que l'assurance chômage reste une assurance contre le chômage involontaire et que ses principes fondamentaux restent applicables à cette catégorie de travailleurs⁶.

15. Contrairement aux normes fixées par voie législative, les normes fixées par arrêté royal sont le plus souvent publiées sans que le juge puisse accéder à des travaux préparatoires officiels qui en précisent l'objectif.

⁶ Voy. En ce sens, le rapport au Roi précédant l'arrêté royal du 23 novembre 2000 modifiant l'arrêté royal du 25 novembre 1991 portant réglementation du chômage, en faveur des artistes, Mon. 30 novembre 2000 ; voy. également les travaux préparatoires à la loi-programme (I) du 24 décembre 2002, notamment DOC 50 2124/025, p.48 relatif à la notion d'emploi convenable

C'est ainsi que, à l'occasion de l'élaboration de l'arrêté royal du 23 juillet 2012, l'exécutif, comme le souligne à juste titre le premier juge, ne motive pas formellement la mesure de limite dans le temps de la neutralisation de la dégressivité des allocations de chômage pour cette catégorie précise de travailleurs. Ni rapport au Roi, ni même un préambule pour éclairer l'objectif de la mesure.

Le titre de l'arrêté royal du 23 juillet 2012 permet de constater l'objectif général de renforcer la dégressivité des allocations, ce qui, selon l'ONEM, et outre l'effet budgétaire, répondait à la préoccupation particulière du gouvernement d'inciter les bénéficiaires d'allocations à reprendre plus facilement le travail (cf. conclusions de l'ONEM, p.6).

Le seul énoncé du titre de cet arrêté royal ne suffit pas pour légitimer la différence de traitement incriminée. Il donne par contre une indication sur le cadre dans lequel la mesure doit être examinée pour en vérifier le caractère discriminatoire.

16. Selon le régime de dégressivité généralement applicable à l'ensemble des travailleurs, tel qu'en vigueur suite à l'arrêté royal du 23 juillet 2012, des périodes de travail d'une durée minimale (trois mois) durant la période de chômage permettent de retarder le moment où l'allocation est réduite au taux forfaitaire ; cette condition est raisonnablement impossible à remplir par un travailleur intermittent. Il en va de même de la condition d'occupation (12 mois) pour retrouver un taux plus élevé d'allocations.

Ainsi que le relève l'intimé (conclusions, p. 27)

« Le travailleur intermittent qui entre dans la deuxième période d'indemnisation est soumis aux conditions de droit commun que, généralement, il lui est impossible de réunir. En effet, en raison du caractère intermittent et de très courte durée de son occupation professionnelle, il peut difficilement comptabiliser un passé professionnel en termes d'années comme le prévoit l'article 114, § 1er, alinéas 5 et 6 AR. Soumis au droit commun de la dégressivité, l'entre très rapidement, c'est-à-dire, à l'issue des deux mois de la première phase de la deuxième période, dans la troisième période et l'indemnisation forfaitaire. Il n'a en outre généralement pas de possibilité d'un retour en deuxième ou en première période, ce retour étant, dans le droit commun, soumis à la condition d'une occupation de douze mois pendant une période de référence de 18 mois (article 116, § 1er AR). »

L'ONEM soulève que le travailleur intermittent qui se trouve en deuxième période d'indemnisation présente une première période de chômage de douze mois pendant laquelle il n'a pas pu établir qu'il était exclusivement occupé dans des contrats de très courte durée.

La cour constate toutefois que le critère limitant l'application du système dérogatoire à la première période d'indemnisation a pour effet que le travailleur intermittent se trouvant en deuxième période d'indemnisation se verra dans l'impossibilité raisonnable d'éviter une

dégressivité rapide plus ample de ses allocations ou de retrouver un montant d'allocations plus élevé, sauf s'il change d'activité professionnelle.

Pour ces travailleurs, limiter la non dégressivité à la première période d'indemnisation dans les conditions prévues par l'article 116, §5, emporte des effets disproportionnés

Les textes invoqués par l'ONEM (accord de gouvernement, note de politique générale de la ministre de l'Emploi) permettent aussi de retenir (cf. conclusions intimé, p. 26), que le renforcement (général) de la dégressivité des allocations de chômage devait, dans l'optique du gouvernement, s'accompagner de mesures d'assouplissement et de simplification pour mieux tenir compte de situations particulières (travail à temps partiel, intérim, courte durée, contrats à durée déterminée). Cette précaution indique que le gouvernement était conscient de la situation spécifique de ces travailleurs face au renforcement de la dégressivité des allocations. Exclure d'office les travailleurs intermittents ne se trouvant plus en première période d'indemnisation les expose à la discrimination dénoncée.

Dans ces circonstances, le contexte général d'une volonté d'assainissement budgétaire ne suffit pas pour écarter le caractère discriminatoire de la différence de traitement subie par les intermittents en seconde période d'indemnisation, que ce soit à l'égard des intermittents en première période d'indemnisation ou (cf. moyens soulevés) à l'égard des autres travailleurs en seconde période d'indemnisation.

Il importe peu qu'aucun recours en annulation (hormis celui déclaré irrecevable) n'ait été introduit contre cette disposition devant le Conseil d'Etat.

La différence de traitement repose sur un critère de distinction qui n'est pas raisonnablement justifié par rapport au but et aux effets de la mesure prise. En conséquence, par application de l'article 159 de la Constitution, il y a lieu d'écarter, dans la mesure de cette discrimination à l'égard des travailleurs intermittents ne se trouvant plus en première période d'indemnisation, l'application de l'article 116 §5 de l'arrêté royal du 25 novembre 1991 dans sa version en vigueur depuis le 1^{er} novembre 2012 et d'appliquer à la présente contestation la version précédente de cette disposition.

b) Portée du texte en vigueur avant le 1^{er} novembre 2012

17. Dans ses répliques à l'avis écrit du ministère public, et en termes de plaidoiries dans le cadre de la réouverture des débats, l'ONEM conteste que la version de l'article 116, §5 telle qu'en vigueur jusqu'au 1^{er} novembre 2012 permettait le maintien de l'indemnisation pour les travailleurs indemnisés en première période.

18. La cour ne partage pas cette (dernière) position de l'ONEM. La version de l'article 165, §5 d'application avant le 1^{er} novembre 2012 ne limite pas la non dégressivité de l'allocation aux travailleurs en première période d'indemnisation.

19. L'historique de la disposition est le suivant :
- L'arrêté royal du 20 décembre 1963 (art. 160) lorsqu'il a été remplacé par l'arrêté royal du 25 novembre 1991 contenait déjà (l'ONEM le relève dans ses conclusions) une disposition particulière selon laquelle *« (...)la durée du chômage des travailleurs qui sont occupés exclusivement dans les liens de contrats de très courte durée, à l'exception des "extra" de l'industrie hôtelière, (...), n'est pas prise en considération pour le calcul des périodes de chômage (...) »*.
 - L'article 116, §5 sera remplacé par un arrêté royal du 17 décembre 2001⁷ qui prévoit, de manière similaire, que :
« Pour le calcul des périodes de chômage visées à l'article 114, il n'est pas tenu compte de la durée de chômage du travailleur visé à l'article 28, § 3 et du travailleur occupé exclusivement dans les liens de contrats de très courte durée, à l'exception du travailleur employé dans l'industrie hôtelière. »
 - Ce libellé est resté en vigueur jusqu'à sa modification par l'article 4 de l'arrêté royal du 11 janvier 2009⁸ suite à laquelle l'article 116, §5 de l'arrêté royal du 25 novembre 1991 devient :
« §5. Le travailleur visé à l'article 28, § 3, est considéré comme un travailleur qui se trouve dans la première période de six mois visée à l'article 114, § 2, alinéa 3, 1°. Pour le calcul des périodes de chômage visées à l'article 114, il n'est pas tenu compte de la durée de chômage du travailleur non visé à l'article 28, § 3, qui est occupé exclusivement dans les liens de contrats de très courte durée. L'allocation journalière de ce travailleur est, à l'expiration des douze premiers mois de chômage calculés conformément aux articles 114 et 116, §§ 1 à 4 et 6, fixée en prenant en considération le montant limite A visé à l'article 111, alinéa.

La disposition de l'alinéa précédent n'est pas applicable au travailleur occupé dans l'industrie hôtelière. »
 - Ce libellé de l'article 116, §5 introduit par l'arrêté royal de janvier 2009 sera confirmé, avec effet au 1^{er} janvier 2009, par l'arrêté royal du 19 mai 2009⁹ et restera en vigueur jusqu'à sa modification par l'arrêté royal du 23 juillet 2012.

⁷ Arrêté royal modifiant les articles 110 et 116 de l'arrêté royal du 25 novembre 1991 portant réglementation du chômage. Mon. 12 janv. 2002

⁸ Arrêté royal modifiant les articles 111, 114, 115, 116, 118, 124, 127, 129 et 131ter de l'arrêté royal du 25 novembre 1991 portant réglementation du chômage, modifiant l'article 8 de l'arrêté royal du 7 décembre 1992 relatif à l'allocation de chômage en cas de prépension conventionnelle, modifiant l'article 3 de l'arrêté royal du 26 mars 2003 d'exécution de l'article 7, par. 1er, alinéa 3, q, de l'arrêté-loi du 28 décembre 1944 concernant la sécurité sociale des travailleurs, relatif aux gardiens et gardiennes d'enfants et modifiant l'article 12 de l'arrêté royal du 3 mai 2007 fixant la prépension conventionnelle dans le cadre du Pacte de solidarité entre les générations, Mon. 21 janv.

20. Comme dans sa version antérieure, le libellé du texte de l'article 116, §5, tel que modifié par l'arrêté royal du 11 janvier 2009 et confirmé par l'arrêté royal du 19 mai 2009 a pour effet que, lorsqu'il y a lieu de déterminer le montant de l'allocation en fonction de la durée du chômage, les périodes de chômage d'un travailleur occupé exclusivement dans des contrats de très courte durée sont neutralisées. La lecture de ce libellé ne permet pas de constater que le bénéfice de la non dégressivité serait désormais limité aux seuls travailleurs se trouvant en première période d'indemnisation.

Une telle limitation n'est pas non plus implicite ou, en tous cas, aucun élément auquel la cour peut avoir égard ne lui permet de retenir une telle interprétation consistant à décréter la volonté de l'auteur de la norme de réduire les droits des travailleurs concernés. L'arrêté royal n'est pas précédé d'un rapport au Roi. Le préambule de l'arrêté royal justifie l'urgence de la mesure en se référant à la volonté d'exécuter au plus tôt des propositions menant à une augmentation des allocations de certains chômeurs, et à un soutien de la consommation. Ces quelques explications ne confortent certainement pas à partir de la volonté de l'auteur de la norme, une interprétation de la modification apportée par cet arrêté royal de 2009 dans le sens d'une limitation des avantages octroyés aux travailleurs occupés dans des contrats de très courte durée.

21. La Cour constate que la pratique administrative de l'ONEM allait dans le sens retenu ci-dessus. Toutefois, la conclusion de la cour ne se fonde pas sur cette pratique administrative ; elle se fonde sur des considérations autres.

c) Conséquences

22. Le fait que l'intimé était en seconde période d'indemnisation ne lui fait pas perdre le bénéfice de la non dégressivité prévu par l'article 116 §5, que ce soit avant ou après le 1^{er} novembre 2012.

L'intimé répond aux conditions d'une occupation exclusive sous contrats de très courte durée au cours de la période de référence allant du 19 août 2011 au 18 août 2012, puis du 19 août 2012 au 18 août 2013.

⁹ Arrêté royal modifiant l'arrêté royal du 11 janvier 2009 modifiant les articles 111, 114, 115, 116, 118, 124, 127, 129 et 131bis de l'arrêté royal du 25 novembre 1991 portant réglementation du chômage, modifiant l'article 8 de l'arrêté royal du 7 décembre 1992 relatif à l'allocation de chômage en cas de prépension conventionnelle, modifiant l'article 3 de l'arrêté royal du 26 mars 2003 d'exécution de l'article 7, § 1er, alinéa 3, q, de l'arrêté-loi du 28 décembre 1944 concernant la sécurité sociale des travailleurs, relatif aux gardiens et gardiennes d'enfants et modifiant l'article 12 de l'arrêté royal du 3 mai 2007 fixant la prépension conventionnelle dans le cadre du Pacte de solidarité entre les générations. Mon. 29 mai

23. L'article 116 §5 a été à nouveau modifié par un arrêté royal du 7 février 2014¹⁰ entré en vigueur le 1^{er} avril 2014. Le jugement constate et partage la position de l'ONEM (non remise en cause en appel) selon laquelle la durée de l'avantage acquise avant l'entrée en vigueur de la nouvelle réglementation, le 31 mars 2014, reste acquise après ladite entrée en vigueur jusqu'à son terme.

L'intimé a en conséquence droit au bénéfice de la non dégressivité de l'allocation du 19 août 2012 au 18 août 2014.

L'appel de l'ONEM qui vise à remettre en cause ce droit sera déclaré non fondé.

2) Quant à l'astreinte

24. Le jugement condamne l'ONEM à produire un décompte, sous peine d'astreinte. L'Onem conteste l'astreinte.

25. Dans le cas présent, le complément d'allocations auquel l'intimé a droit couvre une longue période. Ne bénéficier que d'un montant réduit d'allocations pendant une telle période mène à une situation précaire ; la réduction de l'allocation était illégitime en l'espèce.

Certes, l'ONEM soutient régulariser les paiements dans un délai raisonnable et donne l'exemple de jugements de décembre 2013 régularisés en février 2014. Toutefois, si l'ONEM respecte les délais dont elle fait état, aucune astreinte ne sera due vu les modalités de cette astreinte prévue par le premier juge.

L'appel sera également déclaré non fondé sur ce point.

Par ces motifs,

La cour,

Statuant contradictoirement

Dit l'appel de l'ONEM recevable mais non fondé,

Déboute l'ONEM de ses demandes en appel et le condamne aux dépens de l'instance d'appel,

¹⁰ Arrêté royal modifiant les articles 27, 37, 71bis, 116 et 130 de l'arrêté royal du 25 novembre 1991 portant réglementation du chômage, insérant un article 48bis et abrogeant un article 74bis dans le même arrêté et modifiant l'article 13 de l'arrêté royal du 3 mai 2007 fixant le régime de chômage avec complément d'entreprise, Mon. 20 fév.

Fixe ces dépens à 160, 36 € pour la partie intimée

Ainsi arrêté par :

Anne SEVRAIN, Premier Président,
Michaël POWIS DE TENBOSSCHE, conseiller social au titre d'employeur,
Paul PALSTERMAN, conseiller social au titre d'ouvrier,
Assistés de Bénédicte CRASSET, greffier

Bénédicte CRASSET,

Paul PALSTERMAN,

Michaël POWIS DE TENBOSSCHE,

Anne SEVRAIN,

et prononcé, en langue française à l'audience publique de la 8ème Chambre de la Cour du travail de Bruxelles, le 7 avril 2016, où étaient présents :

Anne SEVRAIN, Premier Président,
Bénédicte CRASSET, greffier

Bénédicte CRASSET,

Anne SEVRAIN,