

TRIBUNAL DU TRAVAIL DU HAINAUT

Division de Mons
7000 MONS – Rue de Nimy, 70

JUGEMENT

PRONONCE A L'AUDIENCE PUBLIQUE DU 16 OCTOBRE 2017

Rôle n° 14/208/A & 15/1886/A

Rép. A.J. n° 17/ 739A

La 3^{ème} chambre du Tribunal du travail du Hainaut, Division de Mons, après en avoir délibéré, a rendu le jugement suivant :

EN CAUSE DE : Monsieur Alexis D

PARTIE DEMANDERESSE, représentée par Me FAGNY loco Me N. LUYX, Avocate à 7000 MONS, Rue du Gouvernement, 46 ;

CONTRE : L'OFFICE NATIONAL DE L'EMPLOI (ONEm), dont le siège est situé à 1000 BRUXELLES, Boulevard de l'Empereur, 7 ;

PARTIE DEFENDERESSE, représentée par Me J-P HERREMANS, Avocat à 6032 MONT-SUR-MARCHIENNE, Rue Jules Bordet, 15.

1. Procédure.

Rôle 14/208/A

Le dossier de la procédure contient, notamment, les pièces suivantes :

- le recours reçu au greffe le 30 janvier 2014 et dirigé contre la décision prise par l'ONEM le 31/10/2013 ;
- les conclusions de Monsieur D du 26 octobre 2016 ;
- le dossier d'information de l'Auditorat du travail ;

Rôle 15/1886/A

Le dossier de la procédure contient, notamment, les pièces suivantes :

- le recours reçu au greffe le 07 août 2015 et dirigé contre la décision prise par l'ONEM le 30/06/2015 ;
- les conclusions de Monsieur D du 26 octobre 2016 ;
- le dossier d'information de l'Auditorat du travail ;

A l'audience du 18 septembre 2017, les parties ont été entendues.

A la même audience, Mme P. NIBELLE, Substitut de l'Auditeur du travail, a déposé ses avis écrits auquel il n'a pas été répliqué.

Il a été fait application de la loi du 15 juin 1935 sur l'emploi des langues en matière judiciaire dont il a été fait application.

2. Recevabilité, connexité et compétence.

Introduite dans les formes et délais légaux, la demande est recevable. Le Tribunal est également compétent pour en connaître.

Les deux causes étant étroitement liées entre elles, il convient de les joindre pour connexité par application de l'article 30 du Code judiciaire.

3. Décision contestée, objet du recours et position des parties.

- a -

Par C29 du 31 octobre 2013, l'ONEm décide :

- de ne pas indemniser Monsieur D à partir du 01 septembre 2013 car il exerce une activité incompatible avec le bénéfice des allocations de chômage (art. 45 et 48 de l'A.R. du 25/11/1991),
- de récupérer les allocations indûment perçues du 01 janvier 2011 au 31 décembre 2011 (article 169 et 170 de l'A.R. du 25/11/1991)

Il lui est reproché que son activité accessoire serait devenue trop importante et ne répondrait plus au prescrit de l'article 48 §3 de l'A.R. du 25/11/1991.

Par C31 du 31 octobre 2013, il lui est réclamé une somme de 14.498,00 €.

Par un second c29 du 30 juin 2015, l'ONEM décide :

- de maintenir la non-indemnisation de Monsieur D à partir du 01 septembre 2013 car il exerce une activité incompatible avec le bénéfice des allocations de chômage (art. 45 et 48 de l'A.R. du 25/11/1991),
- de récupérer les allocations indûment perçues du 01 janvier 2012 au 31 août 2013 (article 169 et 170 de l'A.R. du 25/11/1991)

- b -

Par son recours, Monsieur D sollicite :

-à titre principal l'annulation de l'ensemble des décisions litigieuses ;
-à titre subsidiaire, que soit limité la récupération des allocations aux 150 derniers jours en application de l'article 169 al.2 de l'A.R. portant réglementation du chômage ;

Mr D soutient que l'ONEM ne s'explique pas sur le mode de calcul opéré pour estimer que l'activité n'est plus considérée comme une activité accessoire de telle sorte que les décisions litigieuses ne seraient pas correctement motivées.

En outre, il considère que ni ses revenus nets ni son chiffre d'affaire n'ont augmenté entre 2009 et 2012 ou 2013 de telle sorte que l'ONEM ne pouvait pas considérer en 2009 que l'activité avait encore un caractère accessoire et dans le même temps estimer que l'activité n'était plus accessoire par la suite.

- c -

L'ONEM demande la confirmation de sa décision en se référant aux éléments de son dossier administratif.

4. Position du Tribunal.

-i- Cadre juridique et position du problème

1. Sur la motivation formelle de l'acte administratif

Le demandeur soulève un défaut de motivation formelle de la décision de l'ONEM en ce que celle-ci ne mentionne pas le mode de calcul sur lequel l'ONEM se base pour estimer que l'activité n'est plus accessoire.

La décision de l'ONEM est incontestablement un acte administratif au sens de l'article 1 de la loi du 29 juillet 1991 qui définit l'acte administratif comme « *L'acte juridique unilatéral de portée individuelle émanant d'une autorité administrative et qui a pour but de produire des effets juridiques à l'égard d'un ou de plusieurs administrés ou d'une autre autorité administrative* ».

Il convient en effet de rappeler qu'en vertu de l'article 2 de la loi du 29 juillet 1991, les actes administratifs des autorités administratives doivent faire l'objet d'une motivation formelle.

Selon l'article 3 de cette même loi, la motivation exigée consiste en l'indication, dans l'acte, des considérations de droit et de fait servant de fondement à la décision.

A ce sujet, J.-F. Neven et S. Gilson indiquent que, « *cette disposition implique, principalement, que :*

- *la motivation doit résulter de l'acte écrit qui formalise la décision ;*
- *la motivation doit laisser apparaître les circonstances concrètes (les éléments de fait) qui ont amené l'institution à prendre la décision ;*
- *la motivation doit être claire ;*
- *elle doit permettre de comprendre l'articulation du droit et du fait et, ainsi, de savoir pourquoi en fonction des circonstances, la décision a été prise ;*
- *la motivation peut se faire par référence à d'autres documents pour autant que le destinataire ait, au moment de la décision, connaissance des documents auxquels il est référé ;*
- *elle doit, en principe, mentionner les dispositions légales dont il a été fait application»* (La réglementation du chômage, vingt ans d'application de l'arrêté royal du 25/11/1991, Kluwer, page 645 et les références citées).

Selon l'article 3 alinéa 2, la motivation doit aussi être adéquate, c'est-à-dire, « *être suffisamment précise pour permettre de comprendre les éléments de fait et de droit sur lesquels se fonde la décision et pour permettre au destinataire de l'acte administratif de prendre position de manière éclairée au regard de*

celui-ci » (Lagasse, la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, incidences en droit social, Ors, 1993, p. 71).

Jugé que l'adéquation de la motivation signifie que cette dernière doit être pertinente, ayant trait à la décision et être sérieuse, en ce que les raisons invoquées doivent être suffisantes pour justifier la décision ; La motivation d'une décision implique non seulement qu'il soit fait référence aux éléments de fait mais également que soient mentionnés les règles juridiques qui ont été appliquées et enfin, la façon dont ces règles conduisent à prendre cette décision à partir des éléments factuels et pourquoi . (C. Trav. Mons, 5/2/2014, RG 2012/AM/415 ; voir aussi C.trav. Mons, 17 octobre 1997, RG 14.148 juridat et E. Cerexhe et J. Van De Lanotte, L'obligation de motiver les actes administratifs, La Charte, p. 5) .

La motivation doit permettre de comprendre l'articulation du droit et du fait et, ainsi, de savoir pourquoi en fonction des circonstances, la décision a été prise .(C. Trav. Liège, section Namur, 19/12/2000, RG 6519/99, juridat).

D'autre part, la loi du 11 avril 1995 visant à instituer « la charte » de l'assuré social prévoit en son article 13 ce qui suit : *« Les décisions d'octroi d'un droit, d'un droit complémentaire, de régularisation d'un droit, ou de refus de prestations sociales, visées aux articles 10 et 11 doivent être motivées. Lorsque les décisions portent sur des sommes d'argent, elles doivent mentionner le mode de calcul de celles-ci. La communication du mode de calcul vaut motivation et notification. Le Roi fixe les mentions obligatoires devant figurer sur les formules de paiement.*

Sans préjudice de l'obligation éventuelle d'informer l'assuré social d'une décision motivée dans un langage compréhensible pour le public, le Roi peut déterminer dans quelles conditions, des catégories de décisions prises par ou avec l'aide de programmes informatiques, en l'absence d'acte, peuvent être considérées comme étant explicitement motivées de manière interne ».

L'article 7 de la Charte de l'assuré social prévoit aussi l'obligation pour les institutions de sécurité sociale et les services chargés du paiement des prestations sociales de faire connaître aux personnes intéressées, au plus tard au moment de l'exécution, toute décision individuelle motivée les concernant.

Les articles 14 et 15 de la Charte de l'assuré social énumèrent les mentions que les décisions doivent comporter et prévoient notamment que les décisions de répétition d'indu doivent contenir le contenu et les références des dispositions en infraction desquelles les paiements ont été effectués.

Ainsi que l'écrivent J.-F. Neven et S. Gilson,

« il résulte des articles 7 et 13 de la Charte que les décisions doivent être motivées.

(...)

On remarquera que, si la notion de motivation formelle de la loi du 29 juillet 1991 n'est pas reprise textuellement par l'article 7 de la Charte, celle-ci n'y déroge néanmoins pas (...)

La motivation vise toutes les décisions administratives. (...)

(...)

En ce qui concerne le contenu de la motivation, nous avons eu l'occasion de relever que même lorsque la Charte est d'application, la jurisprudence se réfère le plus souvent à l'article 3 de la loi du 29 juillet 1991 (les articles 7 et 13 de la Charte n'étant à cet égard pas très explicites).

Cette référence à la loi du 29 juillet 1991, - malgré ce que prévoit la Charte de l'assuré social - paraît justifiée puisque l'article 6 de la loi du 29 juillet 1991 précise que « la présente loi ne s'applique aux régimes particuliers imposant la motivation formelle de certains actes administratifs que dans la mesure où ces régimes prévoient des obligations moins contraignantes que celles organisées par les articles précédents ». La loi du 29 juillet 1991 permet donc de compenser le manque de précision de la Charte. »

(J.-F. Neven et S. Gilson, « La motivation des décisions des institutions de sécurité sociale à l'égard des employeurs et des assurés sociaux », Ors, 2009/9, pp. 4-5).

En droit de la sécurité sociale, matière d'ordre public, il a été jugé que l'obligation de motivation revêt un caractère substantiel (C. Trav. Mons , 15/3/2006, RG 18.083).

La Charte de l'assuré social est également d'ordre public (C. Trav. Mons , 20/10/1999 RG 13873 Cité par T.trav. Mons 25/4/2002, RG 50227 juridat ; voir aussi (J.-F. Neven et S. Gilson, « La motivation des décisions des institutions de sécurité sociale à l'égard des employeurs et des assurés sociaux », Ors, 2009/9, p. 10).

Par conséquent, il faut considérer que la question de la motivation de la décision administrative doit être soulevée d'office en droit de la sécurité sociale (jugé également en ce sens par T. trav. Tournai (1^e ch.), 5 mars 1999, J.L.M.B., 2000/33 p. 1443).

Le non-respect de l'obligation formelle entraîne en premier lieu la non-application de l'acte administratif qui n'est pas adéquatement motivé par application de l'article 159 de la constitution.

L'acte est dès lors réputé n'avoir jamais existé.

Néanmoins, malgré ce constat d'illégalité, le tribunal dispose d'un pouvoir de réformation ce qui revient à permettre au tribunal de se substituer à l'administration pour faire part de sa décision en s'appuyant éventuellement sur d'autres éléments que ceux mentionnés dans la décision administrative elle-même.

Le tribunal, après avoir constaté le non-respect de l'obligation de motivation formelle, ne se borne pas à ne pas appliquer la décision illégale. Il se substitue à l'autorité administrative pour reprendre une nouvelle décision (Actualités des principes généraux en droit administratif, social et fiscal, 2015 page 126 et 127, ed.ANTHEMIS).

Il appartient au tribunal, en application de ces principes de déterminer si les décisions administratives litigieuses sont correctement motivées en droit et en fait.

Dans l'hypothèse où elles ne le sont pas, le Tribunal peut se substituer à l'autorité administrative.

2.- Sur les articles 44,45 et 48 de l'A.R. du 25 novembre 1991

L'article 44 de l'arrêté royal du 25 novembre 1991 stipule que :

« Pour pouvoir bénéficier d'allocations, le chômeur doit être privé de travail et de rémunération par suite de circonstances indépendantes de sa volonté. »

L'article 45 du même arrêté énonce :

Pour l'application de l'article 44, est considérée comme travail :

1° 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;

2° l'activité effectuée pour un tiers et qui procure au travailleur une rémunération ou un avantage matériel de nature à contribuer à sa subsistance ou à celle de sa famille.

Toute activité effectuée pour un tiers est, jusqu'à preuve du contraire, présumée procurer une rémunération ou un avantage matériel.

Le Ministre détermine, après avis du comité de gestion :

1° les conditions et les modalités qui doivent être remplies aussi bien par le chômeur que par le particulier bénéficiaire afin qu'une activité bénévole pour le compte d'un particulier puisse être effectuée avec maintien du droit aux allocations;

2° les cas dans lesquels une indemnité ou un avantage matériel qui est accordé à un chômeur dans le cadre des activités qu'il effectue au profit d'un particulier ou d'activités sportives comme sportif amateur, ne sont pas pris en considération pour l'application de l'alinéa 1er, 2° et de l'article 46.

Pour l'application de l'article 44, n'est notamment pas considérée comme du travail :

1° l'activité non rémunérée dans le cadre d'une formation artistique;

2° l'activité artistique effectuée comme hobby;

3° la présence de l'artiste à une exposition publique de ses créations artistiques, non visée à l'article 74bis, § 2, alinéa 3;

4° la tutelle des mineurs étrangers non accompagnés, prévue dans l'arrêté royal du 22 décembre 2003 portant exécution du Titre XIII, Chapitre 6 "

Tutelle des mineurs étrangers non accompagnés " de la loi-programme du 24 décembre 2002, pour autant que la tutelle reste limitée à l'équivalent de deux régimes de tutelle complets;

5° le loisir, si les conditions suivantes sont simultanément remplies :

a) l'activité ne peut pas, vu sa nature et son volume, être intégrée dans le courant des échanges économiques de biens et de services;

b) le chômeur prouve que l'activité ne présente pas de caractère commercial;

6° les activités comme pompier volontaire ou comme membre volontaire de la protection civile si, conformément à une liste fixée par le Ministre, elles sont considérées comme des activités entraînant un danger de mort ou si aucun avantage n'est octroyé.

Par dérogation à l'alinéa 1er, 1°, le chômeur qui se prépare à une installation comme indépendant ou à la création d'une entreprise et qui en fait la déclaration préalable auprès du bureau du chômage compétent peut, avec maintien des allocations, effectuer des activités suivantes :

1° les études relatives à la faisabilité du projet envisagé;

2° l'aménagement des locaux et l'installation du matériel;

*3° l'établissement des contacts nécessaires à la mise en oeuvre du projet.
La dérogation prévue à l'alinéa précédent n'est valable que pendant six mois maximum et ne peut être accordée qu'une seule fois.*

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.

L'article 48 précise les conditions dans lesquels un chômeur peut être autorisé à exercer une activité accessoire tout en percevant les allocations de chômage.

Il énonce : « *Le chômeur qui exerce à titre accessoire une activité au sens de l'article 45, non visée à l'article 48bis, peut, moyennant l'application de l'article 130, bénéficier d'allocations à la condition:*

1° qu'il en fasse la déclaration lors de sa demande d'allocations;

2° qu'il ait déjà exercé cette activité durant la période pendant laquelle il a été occupé comme travailleur salarié, et ce durant au moins les trois mois précédant la demande d'allocations; cette période est prolongée par les périodes de chômage temporaire dans la profession principale et par les périodes d'impossibilité de travailler pour des raisons de force majeure;

3° qu'il exerce cette activité principalement entre 18 heures et 7 heures. Cette limitation ne s'applique pas aux samedis, aux dimanches et en outre, pour le chômeur temporaire, aux jours durant lesquels il n'est habituellement pas occupé dans sa profession principale;

4° qu'il ne s'agisse pas d'une activité:

a) dans une profession qui ne s'exerce qu'après 18 heures;

b) dans une profession relevant de l'industrie hôtelière, y compris les restaurants et les débits de boisson, ou de l'industrie du spectacle, ou dans les professions de colporteur, de démarcheur, d'agent ou de courtier d'assurances, à moins que cette activité ne soit de minime importance;

c) qui en vertu de la loi du 06 avril 1960 concernant l'exécution de travaux de construction, ne peut être exercée.

Il ressort de ces dispositions légales qu'en principe une personne qui bénéficie d'allocations de chômage doit être disponible sur le marché de l'emploi et ne peut exercer d'activités pour son propre compte.

L'article 48 précité est une exception à cette règle. Ainsi, une personne peut bénéficier d'allocations de chômage tout en exerçant une activité accessoire pendant une période d'indemnisation s'il remplit les 4 conditions cumulatives prévues par l'article 48. Ces conditions auxquelles est subordonnée l'exercice d'une activité accessoire sont de stricte interprétation (C.T.MONS 08/06/2017, 2016/AM/192).

L'activité doit néanmoins rester accessoire et ne peut devenir une activité de telle importance qu'elle en deviendrait une activité principale.

Les ressources à prendre en considération pour déterminer si l'activité conserve son caractère accessoire ne sont pas les revenus que génère cette activité pour le chômeur mais le revenu brut de cette activité.

Par deux arrêts du 18/01/2016, la Cour de cassation (RG S.140083F, www.jura.be et RG S.14.0087F, www.jura.be) a précisé :

-Les revenus susceptibles de révéler que l'activité ne présente plus un caractère accessoire au sens de l'article 48, § 3, de l'arrêté chômage, sont les revenus qui sont produits par l'activité. L'Arrêt, qui tient compte du revenu annuel net imposable en application de l'article 130, § 2, alinéa 5, du même arrêté Royal pour apprécier si cette activité présente le caractère d'une profession accessoire au sens de l'article 48, § 3, viole cette dernière disposition. (Art. 45, 48, § 1er et 3, et 130 arrêté chômage).

-Les revenus susceptibles de révéler que l'activité ne présente plus un caractère accessoire au sens de l'article 48, § 3, de l'arrêté chômage, sont les revenus qui sont produits par l'activité. L'arrêt, qui considère que, si 'le chiffre d'affaires réalisé peut paraître, de prime abord, élevé ', les revenus, après déduction des rémunérations de sous-traitance et des charges fiscalement admises, étaient ' réduits ' et que dès lors ' il s'agissait bien d'une activité accessoire ', viole l'article 48, § 3, précité. (Art. 45, 48, § 1er et 3, et 130 arrêté chômage).

Il convient, pour apprécier le caractère accessoire ou non de l'activité de se référer uniquement aux revenus produits par l'activité et non au revenu que cette activité engendre pour le chômeur.

La prise de cours des effets de la décision par laquelle le droit aux allocations est refusé au chômeur dont l'activité ne présente plus le caractère accessoire est défini à l'article 48 § 3 de l'A.R. du 25/11/1991. Cet article stipule :

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

La décision visée à l'alinéa 1^{er} produit ses effets:

1° à partir du jour où l'activité ne présente plus le caractère d'une activité accessoire, s'il n'existait pas encore de carte d'allocations valable accordant le droit aux allocations pour la période prenant cours à partir de la déclaration ou en cas d'absence de déclaration ou de déclaration inexacte ou incomplète;

2° à partir du lundi qui suit la remise à la poste du pli par lequel la décision est notifiée au chômeur, dans les autres cas.

Il en ressort que la décision ne peut avoir d'effet rétroactif et ces effets prennent cours au plus tôt le jour où l'activité ne présente plus de caractère accessoire en cas d'absence de déclaration ou de déclaration incomplète ou inexacte. Dans tous les autres cas, la décision ne prend cours qu'à partir du lundi qui suit la remise à la poste du pli par lequel la décision est notifiée au chômeur.

3.- Sur la notion de confiance légitime

Les principes de bonne administration incluent le principe de la confiance légitime (Cass.06/11/2000, Pas.2000, I, p.598)

Le principe de confiance légitime contraint l'autorité à respecter ou à tout le moins à tenir compte lorsqu'elle adopte un acte administratif des attentes légitimes qu'elle a par son action créées dans le chef de l'administré. Trois conditions doivent être réunies pour que ce principe puisse s'appliquer :

- une erreur commise par l'administration ;
- une attente légitimement suscitée à la suite de cette erreur ;
- l'absence d'un motif grave permettant de revenir sur cette erreur ;

L'application des principes généraux ne peut justifier de dérogation à la loi (Cass.30/10/2000 JTT 2000, p.497)

-ii- Application au cas d'espèce

1.-

Les principaux éléments factuels de la cause portés à la connaissance du Tribunal peuvent être résumés comme suit :

-le 03 septembre 2009, Monsieur D. fait une demande d'allocations à l'ONEM à partir du 17 août 2009 et déclare à l'ONEM exercer une activité accessoire de vente de produit de nutrition depuis le 01 juillet 2008. Il précise que cette activité est exercée avant 7 h. et après 18 h. en tant qu'indépendant à HORNU 134 route de MONS ;

-le 24 septembre 2009, Monsieur D. est convoqué pour une audition le 05 octobre 2009. Il se rend à cette convocation et déclare : « je signale avoir déjà introduit une déclaration d'activité complémentaire lors de mon chômage temporaire le 13 novembre 2006. Je rectifie, j'avais rempli un formulaire C1A pour préciser que je vivais avec mon père indépendant. Je n'avais donc pas comme le voudrait Madame C. d'activité accessoire en 2006. Vous me mettez au courant de mes obligations à savoir exercer mon activité après 18 h. et avant 7 h.. Biffer ma carte les samedis et dimanches prestés et qu'il me sera retiré une allocation par dimanche presté.

-Le 12 octobre 2009, le directeur du bureau de chômage de Mons décide d'admettre Monsieur D. au bénéfice des allocations de chômage à dater du 17 août 2009, de ne pas l'indemniser le samedi et de déduire l'allocation pour chaque dimanche au cours desquels l'activité accessoire est exercée ;

-le 27 octobre 2011 (pièce 45 du dossier de l'ONEM), l'ONEM informe Monsieur D. que les revenus de son activité accessoire pour l'année 2009 n'ont aucune incidence sur le montant de ses allocations de chômage. L'ONEM se base sur l'AER 2010 qui relate un bénéfice brut de 15.007,61 € et un résultat net de 1820,62 € ;

-le 15 juin 2012, un courrier similaire est adressé à Monsieur D. L'ONEM se base cette fois sur l'AER exercice 2011 qui relate un bénéfice brut de 16.630,76 € et un résultat net de 1112,80 € (pièce 47-51 du dossier de l'ONEM) ;

-le 19 septembre 2013, l'ONEM convoque Monsieur D pour une audition qui se déroule le 02 octobre 2013. Monsieur D y déclare :
« il s'agit de vente de thé, de gel amincissant et de protéine. A mon niveau, il s'agit de préparer les produits, ce qui explique que j'effectue cette activité avant 7 h.00 et après 18 H.00. Mes produits sont vendus en journée par ma mère. Je m'engage à vous fournir, attestation TVA, comptabilité ce jour le 7/10 au plus tard »

-le 31 octobre 2013, intervient la première décision litigieuse qui décide de ne plus indemniser Monsieur D à partir du 1^{er} septembre 2013 et de récupérer les allocations indûment perçues du 1^{er} janvier 2011 au 31 décembre 2011 ;

-le 23 avril 2014, Monsieur D est convoqué pour une nouvelle audition qui se déroulera le 18 mai 2015. Monsieur D y déclare :
« je vous fournis ce jour copie de mes avertissements extraits de rôle pour les revenus 2012 et 2013. En décembre 2013, j'ai débuté une occupation pour le compte de PROMOTIC IMMO STYLE en tant qu'ouvrier (homme d'entretien) à temps plein. J'exerce mon activité accessoire le soir après 18 h. mais pas tous les jours. Je prépare les produits et les vends après 18 h. les lundis. En 2011, ma mère s'occupait parfois du magasin mais elle ne le fait plus depuis 2012. Je précise que je ne retire que peu de bénéfices de mon activité et que je ne démarché aucun client. Je récupère la clientèle de mon père qui est nutritionniste. Parfois, je prépare des produits le week-end mais je ne fais aucune vente les samedis et dimanches car le magasin est fermé. Je vous remets ce jour copie des bilans pour les années 2012 et 2013. En charge, cela représente le loyer du magasin, sachets, une soudeuse pour fermer les sachets des balances de qualité. La matière première, le téléphone. Je vous fournirai pour le 29.05.2015 copies de quelques mois de facturiers pour les années 2012 et 2013. »

2.-

Les décisions administratives litigieuses de l'ONEM des 31 octobre 2013 et 30 juin 2015 énoncent les textes légaux applicables et reprennent les faits sur base desquelles les sanctions sont prises.

Ainsi, il est clairement énoncé dans ces décisions : « après analyse des revenus dégagés par votre activité accessoire, il apparaît que celle-ci ne répond pas au caractère accessoire ».

Les décisions de l'ONEM mentionnent donc les dispositions légales sur base desquelles la décision administrative est prise et indiquent que c'est en raison de l'importance de l'activité que celle-ci ne peut plus être considérée par leurs services comme une activité accessoire.

Les circonstances de droit et de fait, à l'appui de la décision, sont clairement exposées.

Cette décision remplit donc l'obligation de motivation formelle au sens de l'article 3 de la loi du 29 juillet 1991.

3.-

En vertu des principes dégagés ci-dessus, afin de déterminer si l'activité de Monsieur D a conservé son caractère accessoire, il convient de se référer au chiffre d'affaire engendré par l'activité et au temps qu'il y consacre.

En effet, dans le cas d'espèce, l'ONEM ne conteste pas que Monsieur D ait respecté les 4 conditions cumulatives de l'article 48 § 1 de l'A.R. du 25/11/1991.

Monsieur D a déposé les différents avertissement extrait de rôle des années 2009 à 2013.

Les chiffres d'affaires déclarés ou bénéfices bruts sont les suivants :

-année 2009 : 15.007,61 €
-année 2010 : 16.630,76 €
-année 2011 : 15.084,44 €
-année 2012 : 15.117,08 €
-année 2013 : 16.669,78 € (suivant déclaration TVA)

Le tribunal constate que les chiffres d'affaires déclarés durant toutes ces années sont constants.

Or, pour les années 2009 et 2010, l'ONEM, par ses décisions du 27 octobre 2011 et du 15 juin 2012, a considéré que cette activité était bien accessoire et que les revenus perçus en application de l'article 130 n'avaient pas d'incidence sur la perception des allocations de chômage.

L'ONEM soutient cependant que les éléments suivants lui ont permis de considérer que l'activité était d'une telle importance qu'elle ne pouvait plus être accessoire :

-A l'examen des revenus 2011, l'ONEM a estimé que la somme correspondant au chiffre d'affaire était importante pour une activité décrite comme limitée au mardi après 18 h. et au samedi toute la journée ;
-il existe une contradiction entre les déclarations du père de Monsieur D et ce dernier par rapport à la nature de l'activité car il est fait parfois état de vente de produits et parfois de préparation de produits ;
-si comme Monsieur I le déclare lors de son audition du 02.10.2013, son activité est limitée à la préparation de produit, l'ONEM ne comprend pas les raisons pour lesquelles il y aurait autant de frais, notamment pour la location d'un bâtiment sur la route de MONS ;

Tout d'abord, dès lors que l'ONEM a admis, par ces décisions du 27 octobre 2011 et 15 juin 2012, que l'activité de Monsieur E revêtait toujours un caractère accessoire suite à l'examen des revenus 2009 et 2010, il a fait naître une attente légitime dans le chef de Monsieur D qu'à chiffre d'affaire constant, la décision serait identique.

En effet, il ne résulte d'aucun élément du dossier que Monsieur D aurait accordé à cette activité un nombre d'heures supplémentaires.

Dans sa déclaration initiale du 03 septembre 2009 (pièce 27), Monsieur D déclare exercer son activité du mardi au samedi avant 7 h. et après 18 h. Lors des auditions ultérieures, il n'a nullement informé cette déclaration sauf à préciser qu'il n'y travaillait pas tous les jours.

Il n'existe donc pas de contradiction dans les déclarations de Monsieur D comme le prétend l'ONEM.

Quant à la nature de l'activité, il apparaît qu'elle n'a pas non plus évolué ou très peu au fil du temps. Que ce soit de la préparation de produits ou de la vente de ceux-ci, cela n'a pas d'incidence sur son caractère accessoire ou non.

Il n'existe dès lors aucun élément qui permet à l'ONEM de considérer que cette activité n'a plus le caractère accessoire car ni le chiffre d'affaire, ni le temps consacré à cette activité ne permet de conclure au caractère non-accessoire de l'activité.

S'il fallait considérer, quod non, que dès 2009, l'activité n'était pas accessoire vu son chiffre d'affaire, il conviendrait de considérer que l'ONEM a commis une erreur qui a fait naître une attente légitime dans le chef de Monsieur D car ce dernier pouvait légitimement s'attendre à ce que cette position ne soit pas revue si le chiffre d'affaire restait constant.

Cette éventuelle erreur n'est pas contraire à la loi dans la mesure où elle relève d'une appréciation souveraine du caractère accessoire de l'activité visée par l'article 48 de l'A.R. du 25.11.1991.

Il en résulte que la demande de Monsieur D est fondée en ce que son activité conservait bien un caractère accessoire.

En ce qui concerne la prise de cours des décisions de l'ONEM des 31 octobre 2013 et 30 juin 2015, c'est à tort que l'ONEM a estimé qu'il était en droit de récupérer les allocations prétendument perçues indûment du 1^{er} janvier 2011 au 31 août 2013.

En effet, l'article 48 §3 stipule que la décision n'a d'effet rétroactif au moment où l'activité n'est plus accessoire que dans l'hypothèse d'absence de déclarations ou de déclarations inexactes.

Or, Monsieur D avait bien déclaré son activité et n'a jamais rentré de déclarations inexactes.

Dès lors, la décision ne pouvait prendre cours qu'à dater du lundi qui suit la notification de la décision.

La décision du 31 octobre 2013 ne pouvait prendre effet qu'à partir du 04 novembre 2013.

C'est à tort que l'ONEM réclame la récupération des allocations indûment perçues.

**PAR CES MOTIFS,
LE TRIBUNAL,
Statuant contradictoirement,**

Ordonne la jonction des causes Rôle 14/208/A et 15/1886/A en application de l'article 30 du Code judiciaire.

Dit la demande recevable et fondée.

Annule les décisions prises par l'ONEm les 31 octobre 2013 et 30 juin 2015.

Condamne, en application de l'article 1017, al.2 du Code judiciaire, l'ONEm aux dépens, liquidés à la somme de 131,18 euros pour Monsieur D

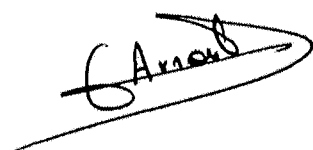
Ainsi jugé par la 3^{ème} chambre du Tribunal du travail du Hainaut, division de Mons, le 16 octobre 2017, composée de :

Th. ZUINEN, Juge, président la 3^{ème} chambre.

J-P MORESCO, Juge social suppléant au titre d'employeur.

M. MAES Juge social au titre de travailleur employé.

G. ARNOULD, Greffier.



ARNOULD



MORESCO



MAES



ZUINEN