

Rép.

TRIBUNAL DU TRAVAIL DE LIEGE

DIVISION LIEGE

JUGEMENT

3^{ème} CHAMBRE

Audience publique du 14 mars 2016

EN CAUSE DE :

Monsieur M. Abdelmajid,

Partie demanderesse au principal, défenderesse sur reconvention, ayant comparu par Maître Arnaud OLLIVIER, avocat à 4000 LIEGE, avenue Rogier, 17.

CONTRE :

L'OFFICE NATIONAL DE L'EMPLOI, en abrégé O.N.Em., établissement public dont le siège est établi à 1000 BRUXELLES, boulevard de l'Empereur, 7.

Partie défenderesse au principal, demanderesse sur reconvention, ayant comparu par Maître Laurence WIGNY, avocate à 4000 LIEGE, rue Sainte-Marie, 15.

PROCEDURE

Vu la loi sur l'emploi des langues en matière judiciaire.

Vu les pièces du dossier de la procédure à la clôture des débats le 15 février 2016 et notamment :

- la requête introductive d'instance déposée au greffe du Tribunal le 9 janvier 2012 ;
- le dossier de l'Auditorat du travail ;
- les conclusions de l'O.N.Em. déposées au greffe du Tribunal le 30 mars 2012 ;
- les conclusions d'Abdelmajid M. déposées au greffe du Tribunal le 2 juin 2015 ;

- les conclusions de synthèse de l'O.N.Em. reçues au greffe du Tribunal le 8 octobre 2015 ;
- l'ordonnance du 12 octobre 2015 fixant des délais pour conclure en application de l'article 747§1 du Code judiciaire ;
- les conclusions de synthèse d'Abdelmajid M. déposées au greffe du Tribunal le 23 novembre 2015 ;
- les dernières conclusions additionnelles et de synthèse de l'O.N.Em. reçues au greffe du Tribunal le 7 janvier 2016 ;
- le dossier de pièces d'Abdelmajid M. déposées à l'audience du 15 février 2016.

La cause a été appelée à l'audience publique du 15 février 2016, audience au cours de laquelle les conseils des parties ont été entendus en leurs dires, moyens et explications.

Entendu Monsieur Matthieu SIMON, Substitut de l'Auditeur du travail, en son avis verbal après la clôture des débats.

Les conseils des parties n'ont pas souhaité répliqué à l'avis du Ministère public.

FAITS

Abdelmajid M. bénéficie d'allocations de chômage.

Par décision du 26 septembre 2002 confirmée par jugement du Tribunal du travail le 10 janvier 2005, il est exclu du bénéfice des allocations de chômage à partir du 15 mars 2000 en raison d'une activité de garagiste non déclarée.

Par formulaire C1 de déclaration de situation personnelle et familiale du 15 juin 2002, Abdelmajid M. sollicite à nouveau le bénéfice d'allocations de chômage à partir du 10 juin 2002.

Par formulaire C1 de déclaration de situation personnelle et familiale du 25 mars 2002, l'intéressé déclare exercer une activité accessoire. Il précise qu'il s'agit d'une activité de réparation automobile exercée du lundi au vendredi après 18 heures.

Par décision du 6 mai 2003, l'O.N.Em. avertit Abdelmajid M. d'une éventuelle révision du montant de ses allocations en fonction du montant des revenus obtenus de son activité accessoire. A cet effet, il est invité à transmettre chaque année à l'O.N.Em. son avertissement extrait de rôle.

Par décision du 6 septembre 2005, l'O.N.Em. considère que les revenus de l'activité accessoire d'Abdelmajid M. n'ont pas d'incidence sur le montant de ses allocations.

Par décision du 3 août 2006, l'O.N.Em. revoit le montant journalier des allocations pour l'année 2004.

Par décision du 7 juin 2007, l'O.N.Em. considère que les revenus de l'activité accessoire d'Abdelmajid M. n'ont pas d'incidence sur le montant de ses allocations.

L'O.N.Em. décide de même par décisions des 24 avril 2008 et 4 mai 2010.

Convoqué par courrier du 29 avril 2011 en vue de vérifier le caractère accessoire de son activité en raison notamment des bénéfices bruts dégagés de 2005 à 2009, Abdelmajid M. déclare le 11 mai 2011 :

« exercer mon activité complémentaire en tant que mécanicien automobile, Je remplace également les pneus. Je n'exerce pas mon activité à mon domicile mais je loue un garage à Comblain-au-Pont, rue d'Aywaille, il n'y a pas d'enseigne et je ne figure pas sur les pages jaunes du répertoire téléphonique. Je reste en soirée et avant 7 heures du matin en semaine mais je preste également certains samedis et je m'approvisionne en fourniture en journée.

Vous me faites remarquer que cela n'est pas permis dans le cadre de l'article 48 de l'A.M..

De plus, je n'ai pas biffé sur mes cartes de pointage, ni rentré des documents C99 afin de renseigner mes prestations. Lors de ma déclaration en 2003, je n'ai pas déclaré exercer mon activité entre 7 h et 18 heures et les samedis car je croyais que cela n'était pas nécessaire.

Vous me parlez d'un chiffre d'affaires en progression constante depuis le début de mon activité. Je vous réponds que je n'ai pas augmenté le volume des travaux mais que j'ai acheté du matériel pour pouvoir effectuer les travaux demandés. J'explique aussi ceci par le fait que le prix des fournitures était certainement plus élevé, raisons pour lesquelles les frais augmentés en rapport avec le bénéfice brut. Je vous assure que si je pouvais vivre avec mon chômage, je n'exercerai plus mon activité complémentaire. Je suis averti que dès à présent, le montant de mon allocation de chômage sera recalculé en fonction du dépassement du plafond autorisé (revenus 2009 -exercice 2010). Vous me dites que compte tenu de ma déclaration, les journées ainsi que les samedis prestés et non biffés seront récupérés et je sais que mon activité sera réexaminée afin de déterminer si elle revêt toujours un caractère occasionnel en fonction des éléments en votre possession. Je suis informé que je risque une sanction administrative pour ne pas avoir respecté la réglementation en vigueur. Je vous laisse mes coordonnées afin d'être contacté si besoin en est pour vous fournir mes livres d'entrées/sorties et mes facturiers...

Je voudrais préciser que sur le bénéfice net je suis redevable de 2.374,60 € à déduire de mon bénéfice net donc j'estime qu'il est injuste de diminuer le montant de mon allocation journalière. Je trouve que je laisse déjà beaucoup d'argent à l'Etat. Je vous préviens que je ne suis pas prêt à me laisser faire et je me battrais jusqu'au bout. Je ne demande pas la charité. Je trouve vraiment le système injuste... »

Par courrier du 15 juillet 2011, l'O.N.Em. communique à Abdelmajid M. que l'enquête pour laquelle il a été convoqué au bureau du chômage le 11 mai 2011 a été clôturée sans suite et n'a pas d'incidence négative sur son droit aux allocations.

Par courrier du 8 septembre 2011, l'O.N.Em. convoque Abdelmajid M. en vue d'être entendu en ses moyens de défense dans la mesure. Lors de son audition du 22 septembre 2011, Abdelmajid M. refuse de faire une déclaration.

Par courrier du 12 octobre 2011, l'O.N.Em. décide :

- d'exclure Abdelmajid M. du bénéfice des allocations à partir du 25 mars 2003 ;
- de l'exclure du droit aux allocations à partir du 1^{er} mai 2011 ;
- de récupérer les allocations perçues indûment à partir du 1^{er} octobre 2006 ;
- de l'exclure du droit aux allocations à partir du 17 octobre 2011 pendant une période de 30 semaines
- de transmettre le dossier à l'Auditorat du travail

La décision est motivée comme suit :

«En ce qui concerne l'exclusion sur base des articles 44, 45 et 48 de l'arrêté royal précité :

La réglementation prévoit que, pour pouvoir bénéficier des allocations, le chômeur doit être privé de travail et de rémunération (article 44).

Est considérée notamment comme travail, l'activité effectuée pour son propre compte qui peut être intégrée dans le courant des échanges économiques de biens et de services et qui n'est pas limitée à la gestion normale des biens propres (article 45, alinéa 1^{er}, 1^o).

Il ressort de l'examen de votre dossier que, vous avez fait une déclaration inexacte et omis de mentionner vos prestations en journées et les samedis sur vos documents de contrôle depuis le début de votre activité complémentaire.

Cette activité peut être intégrée dans le courant des échanges économiques de biens et de services et n'est pas limitée à la gestion normale des biens propres. L'activité que vous avez effectuée doit donc être considérée comme un travail au sens de l'article 45.

Etant donné qu'à partir du 25.03.2003, vous n'étiez pas privé de travail, vous ne pouvez pas bénéficier des allocations pour la période de travail concernée.

En ce qui concerne l'exclusion sur la base des articles 48 de l'arrêté royal du 25 novembre 1991 portant sur la réglementation du chômage.

Activité exercée en journée

Le chômeur qui exerce une activité à titre accessoire ne peut conserver le bénéfice des allocations qu'à la condition qu'il n'exerce pas cette activité entre 7 et 18 heures (article 48§1,3^o de l'arrêté royal du 25 novembre 1991 portant sur la réglementation du chômage).

Vous exercez cette activité entre 7 et 18 heures et par conséquent, ne satisfaites pas à partir du 25.03.2003 aux conditions de l'article 48§1, 3^o de l'arrêté royal précité.

L'activité ne présente pas le caractère d'une activité accessoire.

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 (article 48§3 de l'arrêté royal du 25 novembre 1991 portant sur la réglementation du chômage).

Dans votre cas, vous ne satisfaites pas à partir du 01.05.2011 aux conditions de l'article 48§3 de l'arrêté royal précité car les revenus bruts procurés par votre activité complémentaire ne peuvent plus permettre de reconnaître à cette

dernière un caractère accessoire.

En ce qui concerne l'exclusion sur base de l'article 71 de l'arrêté royal précité :

Pour pouvoir bénéficier des allocations, le travailleur doit être en possession d'une carte de contrôle dès le premier jour de chômage effectif du mois jusqu'au dernier jour du mois et la conserver sur lui. Il doit également, avant le début d'une activité visée à l'article 45, en faire mention à l'encre indélébile sur sa carte de contrôle (article 71, alinéa 1^{er}, 1° et 4°). Vous n'avez pas respecté cette obligation qui est mentionnée sur sa carte de contrôle.

Vous ne pouvez donc pas bénéficier des allocations pour la période de travail concernée.

En ce qui concerne la constatation d'une intention frauduleuse :

Vous avez agi avec intention frauduleuse. Celle-ci est établie par le fait que vous avez sciemment utilisé des documents que vous saviez inexacts afin de vous faire octroyer des allocations de chômage auxquelles vous n'aviez pas droit. En effet, le 26/09/2002, vous avez fait l'objet d'une décision vous sanctionnant pour cumul, avec les allocations de chômage, d'une activité de garagiste pour votre propre compte, activité non mentionnée sur vos cartes de contrôle. Le 25.03.2003, à l'issue de la sanction (sanction par ailleurs confirmée dans son entièreté par le tribunal du travail le 10.01.2005 qui relève votre extrême mauvaise foi), vous avez redemandé le bénéfice des allocations de chômage, en déclarant exercer une activité complémentaire - toujours de garagiste - dans les limites autorisées par la réglementation en matière de chômage. Dans cette déclaration, vous mentionnez travailler uniquement en semaine avant 7h et après 18h ; vous omettez cependant de signaler que vous effectuez également des prestations en journée ainsi que certains samedis. Vous n'ignoriez pas, vu la première décision et les informations qui vous avaient été données, que les modalités selon lesquelles vous exerciez votre activité complémentaire n'autorisaient pas la perception d'allocations de chômage. Vous avez omis, en toute connaissance de cause, de mentionner sur vos cartes de contrôle, les journées effectivement travaillées.

Vous pouvez par conséquent être poursuivi pénalement (article 175, 1°, e de l'arrêté royal précité). C'est pourquoi, votre dossier a été transmis à l'auditeur du travail qui décidera des poursuites pénales à entamer. Si l'auditeur du travail décide de poursuivre pénalement, je peux retirer la (les) sanction(s) administrative(s).

En ce qui concerne la récupération :

Toute somme perçue indûment et frauduleusement doit être remboursée (article 169, alinéa 18 r de l'arrêté royal précité).

Normalement, l'ONEM dispose d'un délai de 3 ans pour ordonner la récupération des allocations auxquelles vous n'avez pas droit. Ce délai est de 5 ans lorsque le paiement des allocations indues est dû à la fraude ou au dol du chômeur. Le délai prend cours le premier jour du trimestre civil qui suit le trimestre au cours duquel le paiement des allocations indues a été effectué (article 7, § 13, alinéas 2 et 3, de l'arrêté-loi du 28 décembre 1944).

Par conséquent, les allocations doivent être récupérées à partir du 01.10.2006. Etant donné que le régime normal d'indemnisation du chômage prévoit l'octroi d'allocations pour tous les jours de la semaine, excepté le dimanche, les allocations que vous avez perçues pour les samedis qui suivent ces journées seront également récupérées en tout ou en partie (application de l'article 21 de l'arrêté ministériel du 26 novembre 1991 portant les modalités d'application de la réglementation du chômage).

Vous trouverez en annexe la notification relative au montant total que vous devez rembourser, au calcul de ce montant ainsi qu'à la manière dont vous pouvez effectuer le remboursement.

En ce qui concerne la sanction administrative sur base de l'article 154 de l'arrêté royal précité :

Vous avez omis, avant le début d'une activité incompatible avec le droit aux

allocations, de noircir la case correspondante sur votre carte de contrôle. Vous avez ainsi perçu des allocations auxquelles vous n'aviez pas droit.

Le chômeur qui a perçu ou peut percevoir indûment des allocations parce qu'il a omis, avant le début d'une activité incompatible avec le droit aux allocations, de noircir la case correspondante de sa carte de contrôle, peut être exclu du bénéfice des allocations durant une semaine au moins et 26 semaines au plus (article 154, alinéa 1^{er}).

Le directeur peut se limiter à donner un avertissement ou assortir la décision d'exclusion d'un sursis complet ou partiel si, dans les deux ans qui précèdent, aucun événement n'a donné lieu à l'application d'une sanction sur la base des articles 153, 154 ou 155 (article 157 bis §§ 2 et 3).

Dans votre cas, la durée de l'exclusion a été fixée à 30 semaines, compte tenu de la durée de la période infractionnelle et de votre mauvaise foi manifeste tout au long de ce dossier et, notamment, lors de l'audition du 22.09.2011.

Pour ce(s) même(s) motif(s), je ne me limite pas à donner un avertissement (art. 157 bis, §1^{er}, alinéa 1^{er}) et je n'assortis pas la décision d'exclusion d'un sursis complet ou partiel (art. 157 bis, § 2, alinéa 1^{er}).

En ce qui concerne vos moyens de défense :

Vous avez été entendu en vos moyens de défense en date du 22.09.2011.

(...) »

Par requête reçue au greffe du Tribunal le 9 janvier 2012, Abdelmajid M. conteste cette décision.

Dans ses conclusions déposées au greffe du Tribunal le 30 mars 2012, l'O.N.Em. demande la condamnation d'Abdelmajid M. au remboursement de la somme indue de 63.857,30€.

Abdelmajid M. est poursuivi devant le Tribunal correctionnel pour avoir, du 25 mars 2013 au 30 avril 2011 :

- étant chômeur et ayant agi avec intention frauduleuse, omis, avant le début d'une activité visée à l'article 45 de l'arrêté royal du 25 novembre 1991 portant réglementation du chômage, d'en faire mention à l'encre indélébile sur sa carte de contrôle, ayant de ce fait perçu ou pu percevoir indûment des allocations de chômage ;
- avoir reçu ou conservé une allocation qui est en tout ou partie à charge de l'Etat ou d'une autre personne morale de droit public en suite d'une déclaration sciemment inexacte ou incomplète à l'occasion d'une demande tendant à obtenir ou conserver une telle allocation.

L'O.N.Em. se constitue partie civile devant le Tribunal correctionnel qui, par jugement du 28 juin 2013, dit les poursuites irrecevables.

En appel, la cour réforme ce jugement et dit que les poursuites sont recevables mais acquitte Abdelmajid M. de toutes les préventions mises à sa charge.

RECEVABILITE

Le recours et la demande reconventionnelle sont recevables pour avoir été introduits dans les forme et délai requis.

DISCUSSION

I. Les principes

Pour pouvoir bénéficier d'allocations de chômage, il faut être privé de travail et de rémunération¹.

Est considérée comme travail² :

- 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.
- 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.

Une activité n'est considérée comme activité limitée à la gestion normale des biens propres que s'il est satisfait simultanément aux conditions suivantes³ :

- 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.
- l'activité ne permet que de conserver ou d'accroître modérément la valeur des biens.
- de part son ampleur, l'activité ne compromet ni la recherche, ni l'exercice d'un emploi.

Pour pouvoir bénéficier d'allocations, le chômeur doit être privé de travail et de rémunération par suite de circonstances indépendantes de sa volonté. La condition qui consiste à être « privé de rémunération » n'est requise que dans le cas d'une activité effectuée pour un tiers, qui procure au travailleur une rémunération ou un avantage matériel de nature à contribuer à sa subsistance ou à celle de sa famille, mais pas dans le cas de l'activité exercée pour son propre compte, qui peut être intégrée dans le courant des échanges de biens et de services, et qui n'est pas limitée à la gestion normale de biens propres⁴.

¹ Article 44 de l'arrêté royal du 25 novembre 1991 portant réglementation du chômage.

² Article 45 de l'arrêté royal du 25 novembre 1991 portant réglementation du chômage.

³ Article 45 *in fine* de l'arrêté royal du 25 novembre 1991 portant réglementation du chômage.

⁴ Cass., 4 octobre 2004, *J.T.T.*, 2005, p. 237.

Par dérogation à la règle générale d'interdiction de cumul, l'article 48 de l'arrêté royal du 25 novembre 1991 portant réglementation du chômage permet au chômeur, sous certaines conditions strictes, d'exercer une activité accessoire tout en bénéficiant d'allocations de chômage.

Ces conditions sont :

- faire la déclaration lors de la demande d'allocation
- avoir déjà exercé l'activité pendant la période pendant laquelle le chômeur 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.
- exercer 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.
- il ne doit pas s'agir d'une activité :
 - o dans une profession qui ne s'exerce qu'après 18 heures ;
 - o 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 ;
 - o qui, en vertu de la loi du 6 avril 1960 concernant l'exécution de travaux de construction, ne peut être exercée.

II. Quant à la période du 25 mars 2003 au 30 avril 2011

La mesure d'exclusion pour cumul prohibé

1. Par son arrêt du 11 septembre 2014, la cour d'appel acquitte Abdelmajid M. des préventions mises à sa charge. La cour constate en effet que :

« Il est reproché au prévenu d'avoir bénéficié d'allocations de chômage sans avoir déclaré, conformément à l'article 48 de l'AR du 25 novembre 1991, une activité accessoire de garagiste.

La cour, à l'instar de la partie publique, observe qu'il est particulièrement malaisé, au regard des nombreux contrôles réalisés par l'ONEm, de déterminer si le prévenu a exercé une activité professionnelle en dehors des conditions imposées par l'article 48 de l'AR du 25 novembre 1991.

Dans ces circonstances, il existe un doute qui doit bénéficier au prévenu de sorte qu'il sera renvoyé acquitté de toutes les préventions mises à sa charge »

Abdelmajid M. considère que compte tenu du principe d'autorité de chose jugée du pénal sur le civil, le Tribunal doit considérer que les faits reprochés par l'O.N.Em. ne sont pas établis.

L'O.N.Em. soutient que n'étant pas partie au procès pénal devant la cour d'appel, les constatations de cette juridiction ne s'impose pas à lui.

2. L'autorité de la chose jugée au répressif sur le procès pénal est un principe général de droit selon lequel la juridiction civile ne peut remettre en question ce qui a été jugé définitivement, certainement et nécessairement par le juge répressif sur l'existence d'un fait qui forme la base commune de l'action civile et de l'action publique⁵.

L'autorité de la chose jugée au pénal est limitée à ce qui a été décidé de façon certaine et nécessaire par le juge pénal en relation avec les faits mis à charge du prévenu en tenant compte des motifs qui constituent le fondement nécessaire de la décision sur le plan pénal⁶.

L'autorité de la chose jugée au pénal ne fait toutefois pas obstacle à ce que, lors d'un procès civil ultérieur, une partie ait la possibilité de contester les éléments déduits du procès pénal, lorsqu'elle n'a pas été partie à l'instance pénale ou dans la mesure où elle n'a pas pu librement y faire valoir ses intérêts⁷.

Il s'ensuit que la partie qui n'a pas participé à l'instance pénale ou qui n'a pu y faire valoir ses intérêts dispose de la faculté de critiquer, au cours du procès civil ultérieur, la décision pénale, à charge toutefois pour cette partie de rapporter la preuve que le juge civil ne peut se rallier à ce qui a été décidé par le juge pénal.

Lorsqu'une partie préjudiciée se désiste de sa constitution de partie civile au cours de l'instance pénale, ce désistement n'a pas pour conséquence, dans le chef de cette victime, qu'elle est censée n'avoir jamais été partie au procès pénal⁸.

La raison est que c'est en pleine connaissance de cause que cette partie a entendu renoncer à la possibilité de faire valoir ses intérêts devant le juge pénal⁹.

⁵ Dans ce sens, H.-D. BOSLY et D. VANDERMEERSCH, *Droit de la procédure pénale*, La charte, 4^{ème} éd., 2005, p. 282.

⁶ Dans ce sens, Cass., 18 décembre 2008, *T. Strafr.*, 2004, p. 283.

⁷ Dans ce sens, Cass., 4 novembre 2002, *J.L.M.B.*, 2003, p. 67

⁸ Dans ce sens, Cass., 14 septembre 2006, *J.L.M.B.*, 2007, p. 1248

⁹ Dans ce sens, O. MICHIELS, « Le désistement d'une partie civile et ses incidences sur l'autorité de la chose jugée du pénal sur le civil », note sous Cass., 14 septembre 2006,

De même, il faut considérer que lorsqu'une partie s'est constituée partie civile devant le Tribunal correctionnel puis, malgré l'appel du Ministère public contre le jugement qui déclare les poursuites irrecevables (et de ce fait déboute la partie civile), ne poursuit pas l'appel devant la cour, c'est « en pleine connaissance de cause que cette partie a entendu renoncer à la possibilité de faire valoir ses intérêts devant le juge pénal ».

3. En l'espèce, l'O.N.Em. s'est constitué partie civile devant le Tribunal correctionnel. Il a donc pu faire valoir ses arguments.

L'O.N.Em. se fonde sur un arrêt de cassation du 31 mai 2007 pour considérer que la décision correctionnelle ne présente pas d'autorité de chose jugée à son égard. En effet, par cet arrêt la Cour de cassation juge que « *en opposant aux demandeurs l'autorité de la chose jugée qui s'attache au jugement d'acquittalment du 14 janvier 2005 aux motifs que les demandeurs eussent pu se constituer partie civile en première instance et qu'en leur qualité de partie à l'instance pénale, ils ont pu librement faire valoir leurs intérêts devant les juges d'appel, alors que leur constitution de partie civile a été déclarée irrecevable par ceux-ci, le jugement attaqué ne justifie pas légalement sa décision* ». Cette jurisprudence admet donc que la partie civile dont la constitution pour la première fois en degré d'appel est déclarée irrecevable n'est pas partie à l'instance pénale et peut contester les éléments déduits du procès pénal.

Il faut tout d'abord constater que cette jurisprudence semble en contradiction avec d'autres décisions de la Cour de cassation. On peut ainsi se demander pourquoi une partie civile qui se désiste n'est pas un tiers au procès alors que la partie civile qui fait valoir ses arguments mais dont la constitution est déclarée irrecevable est un tiers au procès.

Par ailleurs, le Tribunal considère que le critère qui doit être pris en compte est celui de savoir si c'est en pleine connaissance de cause que la partie civile constituée a entendu renoncer à la possibilité de faire valoir ses intérêts devant le juge pénal.

Tel est bien le cas en l'espèce, l'O.N.Em. ayant fait le choix de ne pas poursuivre la procédure devant la cour malgré l'appel du Ministère public.

Il a ainsi été jugé que « *l'arrêt qui a acquitté un employeur de préventions liées au non assujettissement à la sécurité sociale a autorité de chose jugée à l'égard de la personne qui s'est constituée partie civile en première instance mais n'a pas relevé appel du*

jugement correctionnel ayant déclaré sa demande irrecevable. Elle est restée partie à l'instance pénale et ne peut plus contester devant les juridictions sociales la matérialité des faits constatés par le juge pénal »¹⁰.

Abdelmajid M. ayant été acquitté par la décision de la cour d'appel, le Tribunal de céans est tenu, à l'égard de l'O.N.Em., par l'autorité de chose jugée qui s'attache à cette décision.

L'acquiescement au bénéficiaire du doute constate positivement que la faute du prévenu ou sa participation aux faits reprochés ne peut être établie. Quel que soit le degré de certitude sur lequel le juge fonde sa décision, cette dernière a le même effet¹¹.

Les juges correctionnels ont considéré qu'il n'était pas établi à suffisance, pour la période du 25 mars 2003 au 30 avril 2011, qu'Abdelmajid M. avait « *fait de fausses déclarations à l'Office national de l'emploi en sollicitant et en percevant de mauvaise foi des allocations de chômage indues (63.857,30€) alors qu'il n'était pas privé de travail puisqu'il exerçait pour son propre compte une activité de réparateur automobile 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 et ce, sans en avoir fait mention à l'encre indélébile sur sa carte de contrôle avant le début de l'activité.* »

Cette décision s'impose à l'O.N.Em. de sorte que le Tribunal doit considérer que l'O.N.Em. ne pouvait exclure Abdelmajid M. du bénéfice des allocations pour les motifs similaires à ceux qui ont été déclarés non établis par la cour d'appel.

La mesure d'exclusion du 25 mars 2013 au 30 avril 2011 ainsi que la récupération qui en est la conséquence et la sanction qui y est attachée doivent dès lors être mises à néant.

Surabondamment : la sanction – application du principe non bis in idem

1. Le principe *non bis in idem* interdit de poursuivre ou de juger une personne en raison d'une infraction pour laquelle elle a déjà été acquittée ou condamnée par un jugement définitif. Ce principe est considéré comme un principe général de droit en droit belge¹².

¹⁰ C. trav. Bruxelles, 17 mai 2009, *J.T.T.*, 2009, p. 391.

¹¹ Dans ce sens, M. FRANCHIMONT, A. JACOBS et A. MASSET, « Manuel de procédure pénale », 4^{ème} éd., p. 1115.

¹² Dans ce sens, Cass., 5 mai 1992, *Pas.*, 1992, I, p. 782.

Ce principe est consacré au niveau international par l'article 14,7° du Pacte international de New York relatif aux droits civils et politiques qui dispose que « *nul ne peut être poursuivi ou puni en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné par un jugement définitif conformément à la loi et à la procédure pénale de chaque pays* » ainsi que par l'article 4 du Protocole n° 7 de la Convention européenne des droits de l'Homme et des libertés fondamentales qui énonce « *Nul ne peut être poursuivi ou puni pénalement par les juridictions du même Etat en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné par un jugement définitif conformément à la loi et à la procédure pénale de cet Etat* ».

Le principe « *non bis in idem* » constitue une application de l'autorité de chose jugée en matière répressive qui empêche que le prévenu acquitté ou condamné par une décision répressive passée en force de chose jugée puisse être poursuivi à nouveau en raison du même fait, et ce fût-ce sous une autre qualification.

Il est bien établi que ce principe s'applique également aux sanctions administratives de nature pénale.

S'agissant du cumul de sanctions administrative et pénale en matière de chômage, les faits constitutifs des deux infractions ne sont pas identiques lorsque l'élément moral incriminé n'est pas le même¹³.

2. Les infractions pour lesquelles Abdelmajid M. a été poursuivi et acquitté requièrent une intention frauduleuse, ce qui n'est pas le cas des sanctions imposées par l'O.N.Em.

Cependant, s'il faut admettre qu'en l'absence d'intention frauduleuse, la sanction administrative n'est pas réductible à la sanction pénale, l'inverse n'est pas exact : il n'y a pas d'hypothèse dans laquelle le comportement passible de sanction pénale ne pourrait être sanctionné administrativement¹⁴.

Dans la mesure où Abdelmajid M. a été acquitté du fait d'avoir omis de noircir sa carte de contrôle, avec une intention frauduleuse, le comportement pénalement sanctionné englobe nécessairement celui visé par l'O.N.Em., lequel ne requière pas d'intention frauduleuse¹⁵.

L'O.N.Em. ne peut donc sanctionner Abdelmajid M. alors que ce dernier s'est déjà vu poursuivi mais acquitté par la cour d'appel pour ces faits.

¹³ Dans ce sens, Cass., 25 mai 2011, *J.T.T.*, 2011, p. 651.

¹⁴ Dans ce sens, J.-F. NEVEN et H. MORMONT, « Cumul des sanctions administrative et pénale en matière de chômage : la Cour de cassation ignore-t-elle la jurisprudence de Strasbourg sur l'identité d'infraction », *J.T.*, 2011, p. 654.

¹⁵ Dans ce sens, Trib. trav. Liège, 16 juin 2014, R.G. 392085

Ainsi, l'O.N.Em. ne pouvait de toute façon pas sanctionner Abdelmajid M. en application de l'article 154 de l'arrêté royal du 25 novembre 1991 portant réglementation du chômage pour la période visée par la décision pénale.

III. Quant à la période prenant cours le 1^{er} mai 2011

L'exclusion pour cumul prohibé

1. L'O.N.Em. exclu également Abdelmajid M. du droit aux allocations à partir du 1^{er} mai 2011, période non visée par la décision répressive.

L'O.N.Em. considère en effet que les revenus bruts engrangés par l'activité complémentaire d'Abdelmajid M. ne permettent pas d'en reconnaître le caractère accessoire.

Force est à cet égard de constater que l'O.N.Em. a fait preuve d'une particulièrement grande incohérence dans ses décisions.

En effet, les revenus bruts déclarés par Abdelmajid M. s'élèvent à :

- 8.575,51€ en 2004
- 17.299,46€ en 2005
- 14.586,80€ en 2006
- 24.846,22€ en 2007
- 24.140,66€ en 2008
- 17.883,37€ en 2009

Ces revenus étaient communiqués et donc connus de l'O.N.Em. lequel les a vérifiés pour apprécier s'il y avait lieu de réduire le montant des allocations de chômage en application de l'article 130 de l'arrêté royal du 25 novembre 1991 portant réglementation du chômage.

Le dossier administratif révèle que l'O.N.Em. a indiqué à plusieurs reprises que le montant déclaré n'avait aucune influence sur le montant quotidien de l'allocation de chômage. Le montant journalier des allocations de chômage pour l'année 2004 a été revu en 2006 pour tenir compte des revenus.

C'est donc à très juste titre qu'Abdelmajid M. soutient qu'il est tout à fait incompréhensible qu'alors que le bénéfice brut en 2009 est similaire à son bénéfice brut de 2005 et inférieur à ceux de 2007 et 2008, il est à présent estimé que celui-ci serait révélateur du fait que l'activité d'Abdelmajid M. n'aurait plus aucun caractère accessoire.

Il n'y a donc pas de progression constante du chiffre d'affaire et l'O.N.Em. n'est pas fondé à tirer de nouvelles conséquences de chiffres déjà connus et approuvés chaque année lors de la vérification du montant des allocations de Abdelmajid M..

L'O.N.Em. avait d'ailleurs déjà interrogé l'intéressé sur ses bénéfices de 2005 à 2009 et avait classé sans suite le dossier, confirmant encore une fois qu'il n'y voyait pas la trace d'une activité autre qu'accessoire.

2. Dans sa décision contestée, l'O.N.Em. relève également qu'Abdelmajid M. a travaillé entre 7 heures et 18 heures.

Abdelmajid M. a en effet reconnu lors de son audition du 11 mai 2011 :

« Je preste en soirée et avant 7 heures du matin en semaine mais je preste également certains samedi et je m'approvisionne en fourniture en journée »

L'enquête de l'O.N.Em. ne permet toutefois pas de conclure à des prestations d'Abdelmajid M. pour son activité qualifiée d'accessoire à partir du 1^{er} mai 2011.

Lors du seul passage du contrôleur après cette date, à savoir le 1^{er} juillet 2011, il est en effet constaté :

« j'effectue un premier passage à 15h00 rue d'Aywaille 10 à 4710 COMBLAIN-AU-PONT. Le garage est fermé, par contre en contre-bas, il y a une voiture bleue turquoise avec plaque garée dans le sous-sol. En repassant pour d'autres enquêtes, je remarque à travers des vitres brouillées des néons allumés dans le garage. Il doit y avoir de l'activité mais pas visible de l'extérieur.

Après d'autres enquêtes, je repasse à 16h05 Rue d'Aywaille à 4170 Comblain-au-Pont, le garage est ouvert. Il y a des personnes dedans et un véhicule se trouve à l'entrée. Je fais demi-tour, repasse au ralenti, c'est une audi grise foncé, plaque JAL.

Je vais dans la rue de la gare, rue en cul-de-sac, fais demi-tour. Je repasse Rue d'Aywaille 10 à Comblain-au-Pont et relève tout le n° de plaque de l'Audi. C'est le JAL497, un homme m'observe en parlant avec son gsm, il est 16h15. En tout cas, le garage est grand et il y a de l'activité. »

A aucun moment le contrôleur n'a pris la peine de descendre de son véhicule en vue de contrôler les personnes présentes sur place. Il n'est donc même pas établi qu'Abdelmajid M. se trouvait sur les lieux.

3. Les prises de position incohérentes de l'O.N.Em. (de nature en outre à induire en erreur l'assuré social) ainsi que l'enquête lacunaire de l'O.N.Em. ne permettent pas de conclure à l'exercice d'une activité incompatible à des allocations de chômage dans des conditions contraires à celles fixées par l'article 48 de l'arrêté royal du 25 novembre 1991 portant réglementation du chômage à partir du 1^{er} mai 2011.

La décision d'exclusion ainsi que la récupération qui en est la conséquence directe doivent dès lors être mises à néant.

La sanction

Lors de son audition du 11 mai 2011, Abdelmajid M. a reconnu avoir presté pour son activité accessoire notamment certains samedis.

Il n'a pourtant pas biffé sa carte de contrôle.

L'enquête lacunaire de l'O.N.Em. ne permet cependant pas de conclure que certains samedis ont été prestés à partir du 1^{er} mai 2011 (la période antérieure étant couverte par la décision répressive).

Abdelmajid M. ne peut donc être sanctionné en application de l'article 154 de l'arrêté royal du 25 novembre 1991 portant réglementation du chômage pour la période postérieure au 1^{er} mai 2011.

IV. Quant à la demande reconventionnelle

Par conclusions déposées au greffe du Tribunal le 30 mars 2012, l'O.N.Em. introduit une demande reconventionnelle en vue d'obtenir la condamnation d'Abdelmajid M. au paiement de la somme de 63.857,30€ correspondant au montant de la récupération de l'indu qui a été ordonnée.

Dans la mesure où les décisions d'exclusion et de récupération sont mises à néant, l'O.N.Em. ne peut prétendre à aucun indu.

La demande reconventionnelle n'est donc pas fondée.

PAR CES MOTIFS,

Le Tribunal, statuant contradictoirement et sur avis verbal conforme de Monsieur Matthieu SIMON, Substitut de l'Auditeur du travail, donné à l'audience du 15 février 2016,

Reçoit le recours et la demande reconventionnelle,

Dit le recours fondé,

Met à néant la décision du 12 octobre 2011 et, sous réserve des autres conditions d'octroi, rétablit Abdelmajid M. dans son droit aux allocations de chômage à partir du 25 mars 2013,

Dit la demande reconventionnelle non fondée,

Condamne l'O.N.Em. aux dépens liquidés à la somme de 240,50 (indemnité de procédure) dans le chef de Abdelmajid M.

Ainsi jugé par la 3^{ème} chambre du Tribunal du travail de Liège – Division
Liège composée de MM. :

David DESAIVE,
Claudine WEERTS,
Roger LECLERCQ,

Juge président la chambre
Juge social à titre d'employeur
Juge social à titre d'ouvrier

Les Juges Sociaux,

Le Président,

Et prononcé en langue française, à l'audience publique de la même
chambre,

le LUNDI QUATORZE MARS DEUX MILLE SEIZE

par D. DESAIVE, Président de la chambre,
assisté de C. FAUVILLE, Greffier délégué (A.M. 22/12/2014 – M.B.
15/01/2015),

Le Greffier,

Le Président,