

S.21.0014.F

*Conclusions de M. l'avocat général Hugo Mormont :*

### **Le cadre du litige.**

1.

Le litige porte sur la condition d'aptitude au travail dans le régime de l'assurance chômage et, en particulier, sur la manière et les circonstances dans lesquelles cette condition doit être vérifiée par l'Office national de l'emploi.

Le demandeur a été informé par le FOREM que le défendeur avait perçu des allocations de chômage pendant des périodes couvertes par des certificats médicaux communiqués au FOREM dans le cadre de la vérification de sa disponibilité pour le marché de l'emploi. Le défendeur n'a pas porté la mention « M » sur ses cartes de contrôles relatives à ces périodes. Il n'a pas non plus été indemnisé par son organisme assureur dans le cadre de l'assurance soins de santé-indemnités.

Suite à cette information, le demandeur a décidé d'exclure le défendeur du bénéfice des allocations de chômage pour les périodes concernées, situées entre le 4 janvier 2016 et le 30 avril 2018, d'ordonner la récupération des allocations perçues indûment pendant les mêmes périodes et d'infliger une mesure d'exclusion d'une durée de 13 semaines. Il s'agit de la décision qui ouvre le litige.

### **Sur le moyen.**

2.

Le moyen critique la décision de l'arrêt de confirmer le jugement entrepris en ce qu'il a dit le recours du défendeur fondé et annulé la décision du demandeur.

### **Sur la seconde branche.**

3.

La seconde branche fait grief à l'arrêt de considérer que le demandeur ne pouvait exclure le défendeur du bénéfice des allocations de chômage sur la base d'une inaptitude au travail qu'en suivant la procédure prévue par les articles 62 et 141 de l'arrêté royal du 25 novembre 1991 portant réglementation du chômage, alors que c'est le défendeur lui-même qui s'était déclaré en incapacité de travail sans que cette incapacité soit contestée. L'arrêt violerait ainsi les articles 60, 62 et 141 de l'arrêté royal du 25 novembre 1991.

Il m'apparaît en effet que l'arrêt, en indiquant faire sien l'enseignement des extraits de doctrine et de jurisprudence en ce sens qu'il cite, adopte distinctement ce motif au soutien de sa décision critiquée.

4.

L'article 60 de l'arrêté royal du 25 novembre 1991 portant réglementation du chômage dispose que, pour bénéficier des allocations, le travailleur doit être apte au travail au sens de la législation relative à l'assurance obligatoire contre la maladie et l'invalidité.

L'article 61 du même arrêté est une disposition que l'on peut qualifier d'anti-cumul. Elle envisage une série d'hypothèses de perception d'indemnités de sécurité sociale en raison d'une incapacité de travail, entendue au sens large, et dispose que, sauf exception, ces indemnités font obstacle au bénéfice des allocations de chômage.

L'article 62, § 1<sup>er</sup>, alinéa 1<sup>er</sup>, de l'arrêté royal du 25 novembre 1991 énonce quant à lui que ne peut bénéficier des allocations le travailleur qui, sur avis du médecin affecté au bureau du chômage, conformément à la procédure prévue à l'article 141, est considéré par le directeur comme inapte au travail au sens de la législation relative à l'assurance obligatoire contre la maladie et l'invalidité. La décision du directeur sortit ses effets le jour qui suit la remise à la poste du pli par lequel la décision est notifiée au chômeur<sup>1</sup>.

Ces trois dispositions forment, dans le chapitre de l'arrêté royal du 25 novembre 1991 consacré aux conditions d'octroi des allocations, la section 3 intitulée « aptitude au travail ».

5.

La question que pose cette branche du moyen est essentiellement celle de savoir si la condition d'aptitude au travail énoncée par l'article 60 de l'arrêté royal est susceptible d'une application autonome par le demandeur ou si la condition que ce texte exprime doit nécessairement être mise en œuvre par le prisme des dispositions suivantes, c'est-à-dire soit par l'interdiction du cumul des allocations avec la perception d'autres prestations de sécurité sociale indemnisant l'incapacité de travail, soit par le constat d'une inaptitude au travail via l'examen médical prévu à l'article 62.

Dit autrement, il s'agit de déterminer si le demandeur, outre les cas de cumul prohibés par l'article 61, peut refuser l'octroi des allocations de chômage au motif de l'inaptitude au travail sur la seule base de l'article 60 de l'arrêté royal et sans procéder à l'examen que prévoit l'article 62 et qu'organise l'article 141, notamment lorsque le chômeur se serait lui-même déclaré inapte à travailler (et que par hypothèse le demandeur partagerait cette opinion).

L'enjeu n'est pas théorique, comme l'illustre l'espèce, puisqu'une telle application « autonome » de l'article 60 est susceptible d'avoir un effet pour le passé, tandis que le refus des allocations après l'examen médical de l'article 62 ne sortit ses effets que pour l'avenir.

6.

---

<sup>1</sup> Cette disposition est complétée par l'article 141 du même arrêté royal qui organise la procédure d'examen médical. Ce texte est le suivant :

« Les examens médicaux sont réalisés par des médecins qui sont désignés par le Comité de gestion pour le bureau du chômage.

Le directeur du bureau du chômage compétent désigne le médecin qui est chargé de l'examen médical du travailleur. L'examen médical a lieu, au plus tôt, le dixième jour qui suit la remise de la convocation à la poste.

Si le travailleur est empêché le jour de la convocation, il peut demander la remise de l'examen à une date qui ne peut être postérieure de plus de quinze jours à celle qui était fixée initialement. La remise n'est accordée qu'une seule fois, sauf cas de force majeure.

Le travailleur peut se faire assister par son médecin traitant.

Si le médecin constate une inaptitude permanente au travail de 33 % au moins, il émet un avis concernant les professions que le travailleur peut encore exercer. Le directeur transmet cet avis au service régional de l'emploi compétent ».

Si les termes des trois dispositions évoquées n'apportent pas de réponse explicite à cette question<sup>2</sup>, il peut s'envisager que l'article 60 ne constitue qu'une disposition générique, énonçant l'exigence de l'aptitude au travail et le critère pour l'apprécier, tandis que les articles 61 et 62 en sont les règles de mise en œuvre<sup>3</sup>.

Il est par exemple souligné à cet égard que les articles 61 et 62 envisagent les deux hypothèses d'exclusion du bénéfice des allocations de chômage pour raisons d'inaptitude au travail: d'une part, celle où le bénéficiaire de l'assurance soins de santé-indemnités (ou d'une autre régime d'indemnisation de l'incapacité de travail) devient chômeur, réglée par l'article 61, et, d'autre part, celle où le chômeur devient incapable de travailler, abordée par l'article 62<sup>4</sup>.

7.

Plus fondamentalement, ce qui inspire de manière manifeste les trois articles de la section consacrée à l'aptitude au travail, c'est le souci de la continuité dans la protection sociale des assurés sociaux se trouvant aux confins des régimes du chômage et de l'assurance soins de santé-indemnités ou passant de l'un à l'autre<sup>5</sup>.

Cette continuité est en premier lieu assurée « au fond » en retenant, dans le régime du chômage, une condition d'aptitude définie, en exact creux, par référence stricte à la condition d'inaptitude dans le régime de l'assurance maladie-invalidité. De la sorte, celui qui est apte dans un régime l'est également dans l'autre et il en va de même pour l'inapte, évitant ainsi en principe que des assurés sociaux soient considérés comme aptes en matière d'assurance soins de santé-indemnités et inaptes dans le cadre de la réglementation du chômage, tombant en quelque sorte dans un interstice entre les deux régimes sans être indemnisés par aucun<sup>6</sup>.

Cette continuité est encore assurée en termes de procédure, ce de différentes manières. D'une part, l'article 62, § 2, prévoit, pour le travailleur déclaré apte au travail dans le régime de l'assurance soins de santé-indemnités et qui conteste cette décision en justice, l'octroi des allocations de chômage à titre provisoire, à charge pour l'organisme assureur de les rembourser si le travailleur obtient gain de cause, ce avec la garantie d'être considéré apte dans le régime du chômage et de ne pouvoir être exclu pour la même inaptitude pendant la durée de la procédure judiciaire. L'article 62, § 1<sup>er</sup>, alinéa 2, prévoit, dans le cas inverse du recours contre la décision d'inaptitude du directeur du chômage, le remboursement par l'ONEm des indemnités d'incapacité de travail accordée provisoirement pendant la durée de

<sup>2</sup> On peut relever que l'arrêté royal du 20 décembre 1963 était formulé différemment puisque seuls s'y retrouvaient des dispositions similaires aux actuels articles 61 (ancien article 141) et 62 (ancien article 142), l'article 60 n'y ayant pas d'équivalent.

<sup>3</sup> Pour un mécanisme similaire d'une disposition de l'arrêté royal du 25 novembre 1991 sans caractère autonome G. GAILLIET « Chômage volontaire » in *M. Simon (coord.), Chômage*, Bruxelles, Larcier 2021, coll. *RPDB*, p. 209.

<sup>4</sup> J. QUISTHOUDT, « Arbeidsongeschiktheid en wekloosheid », *TSR* 1988, p. 379 et ss.

<sup>5</sup> Voy. V. DE GREEF, « L'activation silencieuse des personnes partiellement inaptes au travail dans l'assurance chômage », *RDS* 2016, p. 264 : « c'est un objectif de continuité de la protection sociale qui doit guider l'interprétation de l'article 60 de l'arrêté royal ».

<sup>6</sup> C'est ainsi que, compte tenu de la condition qu'impose l'article 100 de la loi coordonnée du 14 juillet 1994 relative à l'assurance obligatoire soins de santé et indemnités de ne pas présenter une inaptitude au travail résultant d'un état antérieur à l'entrée sur le marché du travail (la cessation d'activité doit être la conséquence directe du début ou de l'aggravation de lésions ou de troubles fonctionnels), de nombreuses personnes présentant une incapacité de travail de plus des deux tiers mais ne remplissant pas cette condition d'aggravation sont prises en charge dans le régime de l'assurance chômage (voy. V. DE GREEF, *op. cit.*, p. 262 et ss. ; A. MORTIER, « Aptitude au travail » in *M. Simon (coord.), Chômage*, Bruxelles, Larcier 2021, coll. *RPDB*, p. 302.

cette contestation judiciaire. L'article 62, § 1<sup>er</sup>, alinéa 1<sup>er</sup>, assure encore une pareille continuité de protection sociale en prévoyant que la décision du directeur d'exclure un chômeur pour inaptitude ne peut sortir ses effets que pour l'avenir, évitant ainsi qu'il puisse perdre des allocations rétroactivement pour une période pour laquelle il ne pourra être indemnisé par son organisme assureur<sup>7</sup>.

8.

La thèse que soutient cette branche du moyen, qui revient à autoriser le demandeur à fonder sa décision d'exclusion sur la seule base de l'article 60 de l'arrêté royal, aboutit à priver le chômeur de la garantie de la non-rétroactivité de l'article 62, § 1<sup>er</sup>, alinéa 1<sup>er</sup>.

Pareille autorisation de contourner les garanties de l'article 62, § 1<sup>er</sup>, alinéa 1<sup>er</sup>, me paraît difficile à concilier avec la volonté de continuité de protection sociale qui inspire ce texte et ceux qui l'entourent.

9.

Ce que fait valoir le moyen, en cette branche, est que cette faculté serait toutefois ouverte au demandeur dans le cas où le chômeur se déclare lui-même inapte.

Le moyen peut assurément être suivi dans l'hypothèse — qui n'est pas celle de l'espèce selon les constatations de l'arrêt — où le chômeur renseigne sa maladie par la mention « M » sur sa carte de contrôle. Dans ce cas, pour les jours concernés, le chômeur ne demande pas d'allocations et ne s'en voit pas octroyer, de sorte que l'examen médical ne se justifie en effet pas et qu'aucune exclusion, à plus forte raison rétroactive, du droit aux allocations n'a lieu.

En revanche, hormis cette hypothèse dans laquelle le chômeur ne demande pas d'allocations, il m'apparaît que la distinction qu'avance cette branche du moyen ne trouve pas de fondement dans les textes précités et que la rupture dans la continuité de protection sociale qu'elle introduirait se justifie difficilement.

10.

La doctrine est plutôt fixée dans cette direction selon laquelle le demandeur ne peut exclure le chômeur sur la base d'une inaptitude au travail qu'en suivant la procédure prévue par les articles 62 et 141 de l'arrêté royal du 25 novembre 1991<sup>8</sup>. Certains auteurs soulignent du reste

---

<sup>7</sup> Voy. J. VAN LANGENDONCK et alii, *Handboek socialezekerheidsrecht*, Antwerpen, Intersentia 2020, 10<sup>de</sup> édition, n° 1813. On notera du reste qu'un mécanisme identique existe en matière d'assurance soins de santé indemnité puisque l'article 245<sup>ter</sup> de l'arrêté royal du 3 juillet 1996 portant exécution de la loi relative à l'assurance obligatoire soins de santé et indemnités, coordonnée le 14 juillet 1994, prévoit de même que la décision qui met fin à l'incapacité de travail parce que le titulaire ne présente plus le degré requis de réduction de capacité de gain ne peut avoir effet au plus tôt qu'à partir du lendemain de la date de l'envoi ou de la remise de la décision au titulaire ou à son représentant.

<sup>8</sup> P. PALSTERMAN explique par exemple que c'est « en application de l'article 60 que l'article 62, § 1<sup>er</sup>, règle la procédure permettant à l'ONEm de déclarer un chômeur inapte, sur avis de son médecin-conseil, sans envisager une application du premier de ces textes hors de la procédure du second (P. PALSTERMAN, « L'incapacité de travail des travailleurs salariés. Approche transversale » in M. Davagle (coord.), *Le maintien au travail de travailleurs devenus partiellement inaptés*, Limal, Anthemis 2018, p. 27). B. GRAULICH et P. PALSTERMAN exposent quant à eux qu'en cas d'inaptitude décidée par l'ONEm la procédure commence nécessairement par un examen médical dans le respect des conditions décrites à l'article 141 de l'arrêté royal (B. GRAULICH et P. PALSTERMAN, *Les droits et obligations du chômeur dans le nouveau code du chômage*, Diegem, Kluwer, 1933, p. 133 - et p. 132 dans la deuxième édition de 2003). Voy. également dans ce sens A. MORTIER, *op. cit.*, p. 308

que les instructions antérieures du demandeur lui-même confirmaient le caractère obligatoire en toute hypothèse de l'examen médical préalable à une décision d'inaptitude<sup>9</sup>, ce qui ne semble plus être le cas et qui pourrait constituer l'explication du caractère récent de la jurisprudence en la matière. On n'aperçoit toutefois pas ce qui, en l'absence de modification des textes, aurait justifié ce revirement dans le chef du demandeur s'il estimait précédemment que l'examen médical s'imposait à lui en toutes circonstances.

Quant à la jurisprudence de fond, si elle est peu abondante, elle semble également assez unanime, hormis l'arrêt mentionné par les développements du moyen, pour considérer que l'inaptitude au travail ne peut être constatée que dans le respect de la procédure prévue par les articles 62 et 141 de l'arrêté royal, comme l'arrêt et l'avis du ministère public qui l'a précédé s'en font l'écho<sup>10</sup>.

11.

Il me paraît résulter de ce qui précède que, hormis dans la circonstance où le chômeur ne demande pas d'allocations en se déclarant en maladie sur sa carte de contrôle et dans les hypothèses de cumul prohibé par l'article 61 de l'arrêté royal du 25 novembre 1991, l'ONEm ne peut lui refuser le bénéfice des allocations de chômage au motif son inaptitude au travail que dans le respect de la procédure prévue aux articles 62, § 1<sup>er</sup>, et 141 du même arrêté royal, c'est-à-dire sur avis du médecin affecté au bureau du chômage et la décision du directeur ne sortissant ses effets que pour l'avenir.

Le moyen qui, en cette branche, repose sur une interprétation différente, manque en droit.

(...)

### **Conclusion :**

Rejet.

---

et les références citées ; J.F. FUNCK et L. MARKEY, « Chômage » in *Guide social permanente — Sécurité sociale : commentaires*, Mechelen, Kluwer, partie I, livre IV, titre III, chapitre V, n° 190 ; M. JOURDAN et S. REMOUCHAMPS, « La prise en compte de l'état de santé du chômeur dans la réglementation de l'assurance-chômage » in *J.F. Neven et S. Gilson (coord.), La réglementation du chômage : vingt ans d'application de l'arrêté royal du 25 novembre 1991*, Waterloo, Kluwer 2011, p. 242 et ss.

<sup>9</sup> M. JOURDAN et S. REMOUCHAMPS, *op. cit.*, p. 242.

<sup>10</sup> C. trav. Liège, 5 mars 2020, RG : 2019/AL/333 ; C. trav. Liège, 6 mai 2003, RG 7125/2002, [www.juportal.be](http://www.juportal.be) ; C. trav. Bruxelles, 2 septembre 2015, RG 2013/AB/79.