

Rep. N° 2013/1939

COUR DU TRAVAIL DE BRUXELLES

ARRET

AUDIENCE PUBLIQUE DU 26 JUIN 2013

8ème Chambre

SECURITE SOCIALE DES TRAVAILLEURS SALARIES

- chômage

Notification : article 580, 2° C.J.

Arrêt contradictoire et définitif

En cause de:

Monsieur D

D

partie appelante, représentée par Maître Thierry DEMASEURE loco
Maître PERSOONS Marc, avocat,

Contre :

L'Office National de l'Emploi,

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

partie intimée, représentée par Maître LOVENIERS Marc, avocat,

★

★

★

La Cour du travail, après en avoir délibéré, rend l'arrêt suivant :

La présente décision applique notamment les dispositions suivantes :

- le code judiciaire,
- la loi du 15 juin 1935 sur l'emploi des langues en matière judiciaire,

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

Vu le jugement prononcé le 26 octobre 2011,

Vu la notification du 4 novembre 2011,

Vu la requête d'appel, en temps utile, du 30 novembre 2011,

Vu l'ordonnance de mise en état judiciaire du 20 février 2012,

Vu les conclusions déposées pour l'ONEm le 8 juin 2012 et pour Monsieur D le 15 octobre 2012,

Entendu les conseils des parties à l'audience du 15 mai 2013,

Entendu Monsieur M. PALUMBO, Avocat général, en son avis partiellement conforme auquel il a été répliqué par le conseil de Monsieur D ; le conseil de l'ONEm n'y a pas répliqué.

* * *

I. LES ANTECEDENTS DU LITIGE

1. La société coopérative JUMAG s'est transformée en 1993, en société anonyme. Monsieur D a été désigné comme administrateur.

Le 15 juin 2005, l'assemblée générale statutaire a décidé de renouveler le mandat de Monsieur D en précisant qu'il était à titre gratuit.

Monsieur D a obtenu le bénéfice des allocations de chômage, à partir du 1^{er} février 2007.

A l'occasion de sa demande, il n'a pas fait état de l'exercice d'une activité accessoire.

Il a sollicité le bénéfice de la dispense prévue pour les chômeurs de plus de 50 ans.

Il a démissionné de son mandat d'administrateur. Cette démission a été acceptée par l'assemblée générale de la société, le 31 août 2007 et a fait l'objet d'une publication au Moniteur, le 24 octobre 2007.

2. Le 17 avril 2008, Monsieur D a indiqué qu'il renonçait aux allocations de chômage à partir du 1^{er} janvier 2008, car il bénéficiait depuis cette date de sa pension en Belgique et en France.

L'ONEm l'a invité à rembourser la partie des allocations perçues entre le 1^{er} janvier et le 31 mai 2008 qui n'avait pu être récupérée sur les arrières de pension.

3. En 2010, l'ONEm a revu le dossier en ce qui concerne le cumul en 2007 des allocations de chômage et d'une activité indépendante.

Le 11 février et puis le 1^{er} mars 2010, Monsieur D. a été convoqué pour être entendu par l'ONEm à propos de l'exercice de son mandat d'administrateur. Il a envoyé différents e-mails à propos de la convocation (pièces 42 à 44 du dossier administratif).

Le 9 mars 2010, l'ONEm a décidé,

- d'exclure Monsieur D. du bénéfice des allocations de chômage du 1^{er} février 2007 au 31 mai 2008,
- de récupérer les allocations perçues indûment pendant cette période,
- de l'exclure du droit aux allocations de chômage à partir du 15 mars 2010 pendant une durée de 4 semaines parce qu'il a omis, avant d'entreprendre une activité incompatible avec les allocations de chômage, de noircir les cases correspondantes de sa carte de contrôle.

4. Monsieur D. a contesté cette décision, par une requête reçue au greffe du tribunal du travail de Bruxelles, le 4 juin 2010.

Par jugement du 26 octobre 2011, le tribunal du travail a déclaré le recours recevable et partiellement fondé.

Le tribunal a confirmé la décision du 9 mars 2010 en limitant l'exclusion et la récupération à la période du 1^{er} février 2007 au 24 octobre 2007.

5. Monsieur D. a fait appel du jugement par une requête déposée au greffe de la Cour du travail, le 30 novembre 2011.

II. OBJET DE L'APPEL

6. Monsieur D. demande à la Cour du travail,

- de dire que le cumul non autorisé des allocations de chômage avec le mandat d'administrateur a pris fin sinon à la date d'envoi de la démission durant les premières semaines de 2007, à tout le moins, à la date du 31 août 2007 à laquelle l'assemblée générale de la S.A. JUMAG a accepté cette démission ;
- après avoir constaté que Monsieur D. n'a plus exercé la moindre activité comme mandataire depuis sa démission durant les premières semaines de 2007, de réduire à néant le montant de l'indu dont la récupération est poursuivie par l'ONEm,
- à titre subsidiaire, de limiter la récupération aux deux journées du 18 mai et 15 juin 2007,
- à titre plus subsidiaire, de l'autoriser à rapporter la preuve :

- que le mandat au sein de la société, n'était qu'un mandat *pro forma*, limité à la présence aux assemblées générales,
- qu'il avait démissionné de son mandat au début de l'année 2007 et qu'après cette démission, l'activité fut limitée à une participation au conseil d'administration du 18 mai 2007 et à l'assemblée générale du 15 juin 2007.

L'ONEm demande la confirmation du jugement.

III. DISCUSSION

A. En ce qui concerne l'exercice d'une activité incompatible avec les allocations de chômage.

7. Il paraît utile de rappeler :

- il résulte des articles 44 et 45 de l'arrêté royal du 25 novembre 1991 qu'un chômeur ne peut exercer pour son propre compte, une activité qui peut être intégrée dans le courant des échanges économiques de biens et de services et qui n'est pas limitée à la gestion normale des biens propres ;
- l'exercice d'un mandat dans une société commerciale peut constituer une activité pour son propre compte, incompatible avec l'octroi des allocations de chômage ; en effet, l'exercice d'un mandat au sein d'une société commerciale est, en principe, une activité régulière et habituelle : même s'il vaque à d'autres occupations, le mandataire est à tout moment susceptible de devoir contrôler et/ou représenter la société dont il est l'organe ; c'est ainsi qu'il doit « exercer un contrôle actif sur la gestion et est tenu de se tenir informé à tout instant de la situation au sein de la société » (M.-A. Delvaux et P. De Wolf, « Les responsabilités civiles des dirigeants de sociétés commerciales », in *Le statut du dirigeant d'entreprise*, Y. De Cordt (dir.), CRIDES, Larcier, 2009, p. 208, note 15);
- au terme d'une évolution, - influencée par le caractère à nouveau réfragable de la présomption d'assujettissement au statut social des travailleurs indépendants (voy. Cour const., n°176/2004 du 3 novembre 2004) -, il est admis que le chômeur peut apporter la preuve de l'absence d'activité en démontrant que le mandat est gratuit et que la société n'avait pas de réelle activité (voy. Cour trav. Bruxelles, 8^{ème} ch., 25 octobre 2012, RG n° 2011/AB/49). Depuis juin 2010, l'ONEm admet cette possibilité de preuve contraire (voy. ONEM, « Traitement des dossiers de cumul avec activité indépendante (listings de cumul L302) – conclusions de la concertation », RIODOC n° 100351, 28 juin 2010, www.onemtech.be, pp 3-4).

8. En l'espèce, il n'est pas allégué que la société JUMAG avait réduit ses activités de sorte que le mandat d'administrateur n'aurait plus eu de consistance.

Il est sans intérêt de se demander si le mandat d'administrateur n'était qu'un mandat *pro forma*, dans la mesure où le caractère éventuellement *pro forma* du mandat, ne réduirait pas les responsabilités qu'en tant qu'administrateur, Monsieur C devait légalement exercer.

Il apparaît du reste que ces responsabilités ont effectivement été exercées, Monsieur D reconnaissant avoir encore participé aux réunions du Conseil d'administration et de l'assemblée générale, du 18 mai 2007 et du 15 juin 2007.

9. Monsieur D affirme mais sans le démontrer qu'il aurait démissionné en janvier 2007.

La démission n'a pu être effective à cette date.

Il résulte en effet de l'extrait du procès-verbal de l'assemblée générale du 31 août 2007 que la démission a eu effet à la date de cette assemblée générale et que Monsieur D a obtenu décharge pleine et entière pour, selon les termes du procès-verbal, l'exercice de son mandat jusqu'à cette date.

Monsieur D admet par ailleurs qu'il a encore participé au conseil d'administration et à l'assemblée générale, en mai et juin 2007, soit bien après la date à laquelle il prétend avoir démissionné.

La preuve contraire étant déjà rapportée, il n'y a pas lieu d'autoriser Monsieur D à prouver par témoins qu'il aurait démissionné de son mandat au début de l'année 2007.

10. C'est à tort que l'ONEm entend, à l'égard d'un tiers à la société, se prévaloir des articles 74 et 76 du Code des sociétés et soutient que l'activité incompatible avec les allocations de chômage s'est nécessairement poursuivie jusqu'à ce que la démission ait fait l'objet d'une publication au Moniteur.

Dans la mesure où ce qui est en cause, c'est la réalité de l'activité d'un chômeur et non l'opposabilité à l'ONEm des actes de la société et des actes que Monsieur D aurait accomplis en tant qu'administrateur, la cessation d'activité peut être prouvée par toutes voies de droit et notamment par le procès-verbal de l'assemblée générale.

En l'espèce, compte tenu des explications de Monsieur E, telles qu'elles sont confirmées, en particulier, par l'attestation circonstanciée de Monsieur G du 30 septembre 2012, ce procès-verbal est probant.

Il l'est d'autant plus qu'à la même date, Monsieur D a été remplacé dans ses fonctions d'administrateur : on n'aperçoit pas, en effet, pour quel motif, dans l'ignorance de l'incidence de cette démission sur l'octroi des allocations de chômage, Monsieur D et l'administrateur qui l'a remplacé, auraient antidaté la démission et ainsi modifié les périodes pour lesquelles chacun d'eux était susceptible d'engager sa responsabilité.

11. En résumé, le mandat d'administrateur était incompatible avec les allocations de chômage mais il est établi qu'il a pris fin le 31 août 2007.

L'exclusion du bénéfice des allocations de chômage n'est justifiée que jusqu'au 31 août 2007.

Après cette date, Monsieur D n'a plus exercé d'activité incompatible avec les allocations.

Les allocations de chômage versées à compter du 1^{er} septembre 2007 ne doivent pas être remboursées.

B. Limitation de la récupération des allocations de chômage

12. Selon l'article 169 de l'arrêté royal du 25 novembre 1991,

« Toute somme perçue indûment doit être remboursée.

Toutefois, lorsque le chômeur prouve qu'il a perçu de bonne foi des allocations auxquelles il n'avait pas droit, la récupération est limitée aux cent cinquante derniers jours d'indemnisation indue. Cette limitation n'est pas applicable en cas de cumul d'allocations au sens de l'article 27, 4°, ou de cumul d'une allocation au sens de l'article 27, 4°, avec une prestation accordée en vertu d'un autre régime de sécurité sociale.

Lorsque le chômeur ayant contrevenu aux articles 44 ou 48 prouve qu'il n'a travaillé ou n'a prêté une aide à un travailleur indépendant que certains jours ou pendant certaines périodes, la récupération est limitée à ces jours ou à ces périodes.

(...)

Par dérogation aux alinéas précédents, le montant de la récupération peut être limité au montant brut des revenus dont le chômeur a bénéficié et qui n'étaient pas cumulables avec les allocations de chômage, lorsque le chômeur prouve qu'il a perçu de bonne foi des allocations auxquelles il n'avait pas droit, ou lorsque le directeur décide de faire usage de la possibilité de ne donner qu'un avertissement au sens de l'article 157bis ».

13. Lorsque comme en l'espèce, la société est active, l'activité de l'administrateur ne se limite pas aux réunions auxquelles il participe : en-dehors de ces réunions, l'administrateur est supposé contrôler la gestion de la société et se tenir au courant, à tout instant, de l'évolution de la situation.

En l'espèce, Monsieur D n'apporte pas la preuve qu'il n'a exercé son mandat que les 18 mai et 15 juin 2007.

A cet égard, l'attestation de Monsieur G qui n'évoque que la présence aux réunions et n'évoque pas la mission de contrôle incombant à tout administrateur, n'est pas probante.

Il n'y a donc pas lieu de limiter la récupération, sur base de l'article 169, alinéa 3 de l'arrêté royal, aux allocations versées pour ces deux journées du 18 mai et du 15 juin 2007.

14. Monsieur D soutient aussi qu'il était de bonne foi et qu'il y a, par conséquent, lieu de faire application du dernier alinéa de l'article 169.

Le chômeur a la charge de la preuve de sa bonne foi.

Une absence de déclaration n'exclut pas la bonne foi (Cour trav. Bruxelles, 19 avril 2007, RG n° 48.743). De même, l'article 169 « n'interdit pas au juge de tenir compte, lors de l'appréciation de la bonne foi, de l'intention et de la connaissance du chômeur » (Cass. 16 février 1998, S.970137.N).

En l'espèce, toutefois, Monsieur D) n'apporte pas la preuve de sa bonne foi.

Il évoque le manque de clarté du formulaire C.1., ce qui en soi ne permet pas d'établir la bonne foi.

Par ailleurs, il affirme mais sans l'établir que s'il avait fait les déclarations nécessaires, il aurait satisfait à toutes les conditions requises par l'article 48 de l'arrêté royal du 25 novembre 1991 pour que son activité soit considérée comme accessoire et cumulable avec les allocations de chômage.

15. La récupération doit être maintenue pour toutes les allocations versées du 1^{er} février 2007 au 31 août 2007.

PAR CES MOTIFS,

LA COUR,

Statuant après un débat contradictoire,

Après avoir entendu Monsieur M. PALUMBO, Avocat général, en son avis oral partiellement conforme auquel le conseil de l'appelant a répliqué ; le conseil de l'ONEm a renoncé à ce droit ;

Déclare l'appel recevable et partiellement fondé,

- dit que Monsieur D) a, de manière injustifiée, cumulé les allocations de chômage avec une activité au sens des articles 44 et 45 de l'arrêté royal du 25 novembre 1991,
- dit que ce cumul injustifié a pris fin le 31 août 2007,
- limite par conséquent, l'exclusion et la récupération de l'indu, aux allocations versées pour la période du 1^{er} février 2007 au 31 août 2007,
- dans cette mesure réforme le jugement dont appel et le confirme pour le surplus, y compris en ce qu'il statue sur les dépens,
- déboute Monsieur D) du surplus de ses demandes,

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

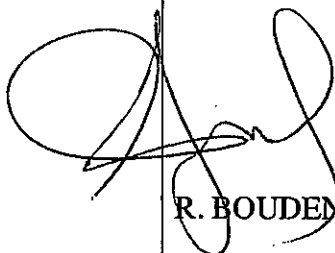
Ainsi arrêté par :

J.-F. NEVEN Conseiller

D. PISSOORT Conseiller social au titre employeur

F. TALBOT Conseiller social au titre de travailleur employeur

assistés de R. BOUDENS Greffier



R. BOUDENS



F. TALBOT



D. PISSOORT

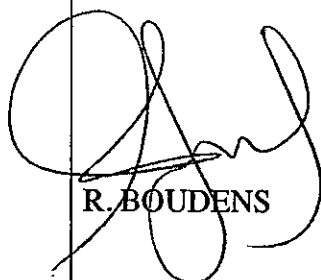


J.-F. NEVEN

L'arrêt est prononcé à l'audience publique de la 8e chambre de la Cour du travail de Bruxelles, le vingt-six juin deux mille treize, où étaient présents :

J.-F. NEVEN Conseiller

R. BOUDENS Greffier



R. BOUDENS



J.-F. NEVEN