



Numéro du répertoire 2019 /
R.G. Trib. Trav. 14/408333/A
Date du prononcé 15 mars 2019
Numéro du rôle 2017/AL/707
En cause de : OFFICE NATIONAL DE L'EMPLOI (ONEM) C/ J. C.

Expédition

Délivrée à Pour la partie le € JGR
--

Cour du travail de Liège

Division Liège

chambre 2 E

Arrêt

+ SECURITE SOCIALE – CHOMAGE – activité d'administrateur dans une société anonyme et de gérant dans une SPRL – omission de déclaration de cette activité – décision d'exclusion visant la première de ces activités mais pas la seconde – pouvoir et devoir de substitution des cours et tribunaux du travail – activités incompatibles avec la perception d'allocations de chômage – bonne foi et limitation de la récupération aux 150 derniers jours d'indemnisation – récupération du montant net et non du montant brut – réduction, mais non annulation, de la sanction d'exclusion.

EN CAUSE DE :

L'OFFICE NATIONAL DE L'EMPLOI (ONEm), dont les bureaux sont établis à 1000 BRUXELLES, Boulevard de l'Empereur, 7,

partie appelante, intimée sur incident, ayant pour conseil Maître Céline HALLUT, avocat à 4031 ANGLEUR, rue Vaudrée, 186 et ayant comparu par Maître Eric THERER

CONTRE :

Monsieur C. J., domicilié,

partie intimée, appelante sur incident, ayant pour conseil Maître Christine DEFRAIGNE, avocat à 4000 LIEGE, avenue Blonden, 20 et ayant comparu par Maître Barbara HUBIN.

•
• •

I. LA RECEVABILITE DE L'APPEL.

L'appel dirigé contre le jugement prononcé le 10 novembre 2017, notifié le 13 du même mois, a été formé par requête déposée le 6 décembre 2017 au greffe de la cour. Introduit dans les formes et le délai légal, il doit être déclaré recevable.

•
• •

II. L'OBJET DU LITIGE – EN SYNTHESE.

1. Monsieur C. J., né le (ci-après: "Monsieur C.J." ou "l'intéressé" ou encore "l'intimé") conteste une décision adoptée à son encontre le 7 juin 2012 par **L'OFFICE NATIONAL DE L'EMPLOI** (ci-après: "l'ONEm" ou "l'Office" ou encore "l'appelant").

1. 1. Cette décision l'a exclu des allocations de chômage à partir du 14 juillet 2003 et a ordonné la récupération des allocations indûment perçues durant la période comprise entre le 1^{er} avril 2009 et le 10 juin 2012, après avoir fait application à cet effet de la prescription de trois ans.

Une décision du même jour a communiqué à l'intéressé le calcul du montant total de l'indu, établi à hauteur de la somme de 41.682,30 €.

Une sanction d'exclusion des allocations a également été infligée à l'intéressé pour une durée de 26 semaines prenant cours le 11 juin 2012.

1. 2. La décision contestée a été motivée par la circonstance qu'une enquête des services d'inspection de l'Office a mis en évidence que tout en percevant, depuis le 14 juillet 2003, des allocations de chômage comme chômeur complet, puis pour des heures de chômage temporaire, Monsieur C.J. était inscrit depuis le 21 mai 2004 à la banque carrefour des travailleurs indépendants, étant devenu à cette date "gérant" de la société NIJE.
1. 3. Il s'agit en réalité de la société familiale constituée le 19 juin 1992 par son père (ci-après "Monsieur N.J."), sa mère, et une tierce personne, sous la forme d'une société anonyme, active dans le secteur du transport.¹

Le père de l'intéressé en est l'administrateur-délégué, chargé de la gestion journalière de la société et l'est encore à l'heure actuelle, son mandat ayant été systématiquement renouvelé depuis lors.

Monsieur C.J. dispose, depuis le décès de sa grand-mère en août 2001, d'une part dans cette société. Il est employé par la société NIJE comme chauffeur poids lourds.

Le 21 mai 2004, il est nommé administrateur à titre gratuit par l'assemblée générale de la S.A. NIJE. Il soutiendra cependant, lors de son audition ultérieure par le bureau du chômage², n'avoir jamais exercé quelque activité que ce soit dans le cadre de ce mandat, la gestion journalière de la société étant entièrement aux mains de son père.

2. L'ONEm a toutefois retenu, dans la décision litigieuse, sa qualité de "gérant" – terme inapproprié pour une société anonyme – dont il est aujourd'hui acquis aux débats que sa mention par l'Office trouve son origine dans une erreur commise par le comptable de la société. En effet, celui-ci avait, lors du dépôt, en août 2011, du bilan de cette société anonyme pour l'exercice 2010, indiqué le nom de Monsieur C.J. comme administrateur de cette société, sans préciser que Monsieur N.J. – et non son fils – en était l'administrateur-délégué³. Cette erreur fut rectifiée le 31 mai 2012⁴, alors que l'enquête entamée le 29 mars 2012 par les services d'inspection de l'ONEm était déjà clôturée.

L'Office a considéré que cette activité de "gérant", qui n'avait été préalablement signalée par l'intéressé ni sur les documents C1 introduits annuellement pour déclarer sa situation personnelle et familiale⁵ ni sur sa carte de pointage, constituait une activité exercée pour son propre compte pouvant être intégrée dans le courant des échanges économiques de biens et de services et n'étant pas limitée à la gestion normale de ses biens propres.

¹ voir les statuts de cette société, pièce 11 du dossier de l'intimé.

² voir la pièce 11 du dossier administratif de l'ONEm.

³ voir la pièce 4 du dossier de l'intimé.

⁴ voir la pièce 5 du même dossier et, en pièce 1, l'attestation rédigée par le comptable de la société, Monsieur P, sur le modèle conforme à l'article 961/1 du Code judiciaire confirmant que Monsieur C.J. n'a jamais été administrateur-délégué de la société NIJE.

⁵ voir les pièces 58 à 63 du dossier administratif.

3. L'ONEm en a déduit que, durant toute la période précitée, Monsieur C.J. n'était privé, ni de travail, ni de rémunération, de sorte que les allocations qu'il avait perçues pour ses journées de chômage économique lui avaient été indûment payées.
4. Saisi de son recours contre cette décision, les premiers juges ont relevé que mis à part cette erreur ayant consisté à qualifier l'intéressé de "gérant" d'une société anonyme, il ressortait de son audition du 31 mai 2012 que l'intéressé avait spontanément déclaré avoir fondé une autre société, la S.P.R.L. CHRISCO, également active dans le secteur du transport, dont il est l'unique associé, fondateur et gérant à titre gratuit, tout en déclarant que c'est son père qui s'occupe de la gestion.

Or, ni l'enquête des services d'inspection de l'Office, ni la décision litigieuse ne font la moindre allusion à cette seconde société, de telle sorte qu'en l'état du dossier, les premiers juges s'estimaient exclusivement saisis de l'activité reprochée à l'intéressé au sein de la société NIJE.

Le jugement dont appel en a déduit que la décision contestée reposait sur des prémisses erronées, dès lorsqu'il ressortait du dossier versé aux débats par le conseil de Monsieur C.J. qu'il n'était pas – et n'avait jamais été – administrateur-délégué de la S.A. NIJE. Il a ensuite ordonné la réouverture des débats afin que les parties puissent déposer des conclusions sur l'existence, ou non, d'une activité de l'intéressé, comme administrateur – et non en tant qu'administrateur délégué – de ladite société, qui serait incompatible avec la perception d'allocations de chômage.

5. Ne pouvant marquer accord avec ce jugement, l'ONEm en a interjeté appel en faisant valoir le pouvoir – et le devoir – de substitution dont dispose le juge dans ce contentieux d'ordre public, lui imposant de soulever, même d'office, tous les moyens propres à la solution du litige, en rectifiant le cas échéant la décision administrative, faisant ainsi ce que l'administration aurait dû faire, pour vérifier si l'intéressé pouvait légalement prétendre aux allocations de chômage qu'il a perçues.

L'ONEm soutient que c'est en violation de ce devoir de substitution que les premiers juges ont cru pouvoir se dispenser d'examiner le dossier également sous l'angle de l'activité de Monsieur C.J. au sein de la S.P.R.L. CHRISCO.

Il est par ailleurs rappelé à ce sujet que c'est sur le chômeur que pèse la preuve de l'absence d'activité, par la démonstration de ce que son mandat à titre gratuit n'a impliqué, dans la réalité des faits, aucune activité de sa part, preuve que l'ONEm considère comme non rapportée en l'espèce par l'intéressé, quelle que soit celle des deux sociétés commerciales concernées, de sorte que l'Office a décidé à bon droit de l'exclure des allocations pour toute la durée de la période litigieuse.

Le conseil de l'ONEm demande par conséquent à la cour de réformer ce jugement et de confirmer la décision administrative contestée en toutes ses dispositions.

6. L'avocate de Monsieur C.J. développe quant à elle une argumentation destinée, à titre principal, à entendre annuler l'intégralité de cette décision du 7 juin 2012.

Il est en effet soutenu qu'en raison de l'erreur qu'elle comporte en ayant retenu à tort que l'intéressé était "gérant" de la société NIJE, alors qu'il n'en était qu'un simple administrateur, la décision litigieuse n'est pas revêtue d'une motivation conforme aux conditions de validité des décisions administratives édictées par la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs.

Il s'ensuivrait, selon le conseil de Monsieur C.J., que, frappée de nullité, cette décision n'a pu interrompre valablement la prescription des allocations de chômage que l'Office entend récupérer à sa charge.

A titre subsidiaire, il est demandé à la cour d'annuler à tout le moins la sanction d'exclusion des allocations pendant 26 semaines, également infligée sans motivation adéquate quant à l'appréciation de sa durée.

Toujours à titre subsidiaire est également demandée la limitation de la récupération aux 150 derniers jours d'allocations indûment perçues, en invoquant la bonne foi de l'intéressé.

Enfin, à titre infiniment subsidiaire, le conseil de l'intéressé conteste le calcul de l'indu, effectué par l'Office à hauteur de la somme de 41.682,30 €, après y avoir inclus le montant des retenues de précompte professionnel, alors qu'il est soutenu que seul le montant net perçu par Monsieur C.J. pourrait être récupéré à sa charge, soit à hauteur de la somme de 37.329,70 €.

III. LE RAPPEL CHRONOLOGIQUE DES PRINCIPAUX ELEMENTS FACTUELS DU LITIGE.

1. Monsieur C.J., né pour rappel le [REDACTED] 1982, est âgé de 21 ans lorsqu'il demande, le 18 juillet 2003, le bénéfice des allocations de chômage.
 1. 1. Il ressort de l'examen du formulaire C1 rédigé en néerlandais introduit le 30 juillet 2003 auprès de l'Office par son organisme de paiement que ce document important n'a pas été rempli par ses soins mais par la préposée dudit organisme⁶, sur la base des questions qui lui ont été posées par celle-ci.
 1. 2. Sous la mention de sa composition familiale, il est renseigné que "l'intéressé n'aide pas son père dans l'exercice de son activité indépendante."
 1. 3. A la question qui lui est posée à propos de l'exercice d'une activité accessoire, il est répondu par la négative, en cochant la case correspondante.

⁶ voir les pièces 58 et 59 du dossier administratif de l'ONEm: si l'on compare la signature apposée par l'intéressé au pied de la 2^{ème} page de ce formulaire (pièce 59) avec celle des mentions reprises dans ses différentes rubriques, il apparaît clairement que ce document n'a pas été rempli par lui.

1. 4. Ces mentions sont correctes. L'intéressé est en effet travailleur salarié dans l'entreprise de son père, la S.A. NIJE, dont il possède, en tout et pour tout, une part représentative du capital.
2. La cour observe ici que le dossier administratif produit aux débats par l'ONEm ne comporte aucun formulaire C1 qui aurait été rempli entre le 30 juillet 2003 et le 19 juin 2008, soit pendant près de 5 ans.

Entre-temps, Monsieur C.J. a été désigné, par décision de l'assemblée générale du 21 mai 2004 de la S.A. NIJE comme administrateur de cette société; il a également constitué, le 6 juillet 2007, la S.P.R.L. CHRISCO dont il est le gérant, à titre gratuit.
3. Le formulaire C1 rempli le 19 juin 2008 ne comporte cette fois aucune réponse à la question de savoir s'il exerce, ou non, une activité accessoire.⁷ Il en va de même pour ce qui est du formulaire C1 signé par l'intéressé dix jours plus tard, le 30 juin 2008.
4. La cour constate à nouveau ici que plus aucun formulaire C1 n'est produit au dossier administratif de l'Office pour toute la période comprise entre la fin juin 2008 et le mois de mars 2012, soit près de 4 années correspondant à l'essentiel de la période litigieuse⁸ durant laquelle l'intéressé a perçu, en tant que salarié de la S.A. NIJE, des allocations pour chômage économique.
5. Suite à l'enquête des services d'inspection diligentée en mars 2012, après que ceux-ci eurent constaté que l'intéressé était inscrit depuis le 14 juillet 2003 à la banque carrefour des indépendants et, depuis le 21 mai 2004, comme "gérant" de la société NIJE, il est convoqué le 14 mai 2012 pour être entendu en ses explications le 31 mai.

Il ressort de son audition que:

- Monsieur déclare qu'il ignorait qu'il devait faire la déclaration de cette activité d'administrateur, car il l'exerce à titre gratuit;
- il confirme être rentré dans la société NIJE lorsqu'il avait repris, le 17 août 2001, les parts de sa grand-mère;
- il confirme être employé par cette société en tant que chauffeur poids lourd et que ce n'est donc pas lui qui s'occupe de la gestion journalière;
- il déclare spontanément avoir fondé, avec son père, une autre société, la S.P.R.L. CHRISCO, et remet copie de la publication des statuts au Moniteur;
- il précise qu'à l'inverse la S.A. NIJE, cette seconde société n'occupe pas de personnel et a été fondée parce que la S.A. NIJE ne pouvait facturer à d'autres clients que la société TOTAL avec laquelle elle est liée par un contrat d'exclusivité, et que c'est son père qui assure la gestion des deux sociétés.

⁷ voir la pièce 61 du dossier administratif de l'ONEm: aucune case cochée face à cette question.

⁸ si l'on fait abstraction de la période antérieure au 1er avril 2009, couverte par la prescription.

IV. LA DISCUSSION.

1. Au sujet de l'obligation de motivation formelle des décisions administratives.

- 1. 1.** L'avocate de Monsieur C.J. rappelle que la décision litigieuse n'a nullement visé le mandat de gérant que celui-ci détient effectivement, mais à titre gratuit, dans la S.P.R.L. CHRISCO, mais s'est exclusivement fondée sur une information inexacte, à savoir qu'il aurait été "le gérant" de la S.A. NIJE dont son père est en réalité l'administrateur-délégué.

Elle se fonde sur cette mention inexacte pour soutenir que la décision contestée n'est pas revêtue d'une motivation formelle conforme à celle qu'exige la loi précitée du 29 juillet 1991, en ce que cette motivation doit être adéquate, "c'est-à-dire pertinente (...) et sérieuse en ce sens que les raisons invoquées doivent être suffisantes pour justifier la décision."⁹

- 1. 2.** Est cité à l'appui de la thèse de la nullité de la présente décision administrative litigieuse, un jugement du 19 janvier 2009 du tribunal du travail de Bruxelles¹⁰ ayant annulé, pour défaut de motivation, une décision de l'ONEm qui n'avait pas correctement énoncé les considérations de fait du dossier en se référant à un prétendu mandat de gérant qui n'existait plus lors de la demande d'allocations.

L'avocate de Monsieur C.J. en déduit que les prémisses erronées sur lesquelles s'est fondée la décision qu'il conteste doivent conduire à son annulation, ou, à tout le moins, à son écartement, sur la base l'exception d'illégalité visée par l'article 159 de la Constitution donnant au juge le pouvoir de n'appliquer les arrêtés et règlements généraux, provinciaux et locaux qu'autant qu'ils seront conformes aux lois.

- 1. 3.** Tout en reconnaissant que la cour dispose d'un contrôle de pleine juridiction et doit, dans le cadre de son pouvoir de substitution par rapport à l'administration, avoir égard à l'ensemble des éléments du dossier soumis à son appréciation – en ce compris donc ceux qui ont trait au mandat de gérant à titre gratuit de l'intéressé dans la S.P.R.L. CHRISCO – le conseil de l'intéressé soutient, à l'appui du jugement précité, qu'en tout état de cause, la décision litigieuse, vu son défaut de motivation formelle entraînant son annulation, n'a pu interrompre valablement la prescription.

- 1. 4.** Le conseil de l'Office réfute le défaut de motivation formelle de la décision contestée en faisant valoir que quand bien même la mention de "gérant de la NIJE" qui y figure est incorrecte et ladite décision ne vise pas l'activité de l'intéressé comme gérant de la S.P.R.L. CHRISCO, celle-ci précise qu'elle se fonde sur son inscription à la banque carrefour des indépendants depuis le 14 juillet 2003, motivation suffisante en soi.

⁹ P. JADOUL, "La motivation formelle des actes administratifs", La Charte, 2005, p.288.

¹⁰ Trib. trav. Bruxelles, 19 janvier 2009, R.G.69381/98, consultable sur le site terralaboris.be. L'on reviendra *infra* sur la pertinence de la comparaison faite par le conseil de l'intéressé avec les circonstances du présent litige.

1. 5. Il considère que c'est en tout état de cause à tort qu'il est soutenu par l'intimé que la prétendue nullité de la décision contestée la priverait de son effet interruptif de prescription, dans la mesure où la cour, dans l'exercice de son pouvoir et son devoir de substitution devrait prononcer, dans pareil cas, sa décision en se plaçant à la date à laquelle l'Office a pris sa propre décision.¹¹

2. Au sujet de la preuve de l'absence d'activité de l'intéressé dans les deux sociétés.

2. 1. L'avocate de Monsieur C.J. rappelle tout d'abord que la charge de la preuve pesant sur les épaules du chômeur est particulièrement lourde dès lors qu'il s'agit de rapporter la preuve d'un fait négatif, de sorte qu'il est admis en jurisprudence et doctrine que celle-ci peut être apportée avec moins de rigueur que celle d'un fait positif et se limiter à la vraisemblance de l'absence d'activité.¹² Elle invoque ensuite, pour rapporter cette preuve négative, les éléments suivants:

- une attestation du comptable¹³ de la S.A. NIJE, dont il ressort que "depuis la constitution de cette société, Monsieur N.J., le père de l'intéressé, a toujours été le seul administrateur-délégué et la seule personne portant le pouvoir de gestion journalière de la société, comme prévu dans les statuts¹⁴ dont l'article 17 confie à celui-ci le pouvoir d'agir seul;
- le fait que ce mandat de gestion exclusive entre les mains du père de l'intéressé a été systématiquement prorogé depuis la constitution de la société;¹⁵
- des rapports d'audit de la société NIJE en vue de l'octroi de la certification du système de qualité, établis en décembre 2001, juillet 2002 et novembre 2004¹⁶ – ce dernier étant postérieur à la désignation de Monsieur C.J. comme administrateur au sein de cette société – qui confirment tous que son père, Monsieur N.J., était reconnu par les inspecteurs comme étant la seule personne représentant ladite société pour le contrôle de la certification, celui-ci étant entre autres désigné dans ces rapports comme responsable de la "direction-chauffeur" et du dépôt de Shell Esso. Dans aucun de ces rapports n'apparaît le nom de Monsieur C.J. seul celui de son père étant mentionné;
- un accord de confidentialité conclu par Monsieur N.J., comme seul représentant de la société NIJE avec SHELL, lui ayant imposé de se constituer en société anonyme.¹⁷

¹¹ Est invoqué à ce sujet un arrêt du 10 septembre 2003 de la cour du travail de Bruxelles seulement identifié par le nom des parties et son n° de RG (40.848), sans aucune référence à sa publication et sans que le conseil de l'ONEm ait pris soin d'en joindre une copie à son dossier. Cet arrêt n'est pas publié sur juridat. La cour ne pourra dès lors avoir égard à cette jurisprudence apparemment non publiée, pas davantage qu'aux nombreuses autres décisions jurisprudentielles citées dans les conclusions de l'appelant sans mentionner leur référence, ce qui rend leur consultation impossible.

¹² Référence est faite par le conseil de l'intéressé à C.trav. Liège, section de Liège, 14 janvier 2011, 2009/AL/36425, publié sur juridat.

¹³ pièce 1 du dossier de l'intimé.

¹⁴ pièce 11 du même dossier.

¹⁵ pièces 13 à 16 du même dossier.

¹⁶ pièce 17 du même dossier.

¹⁷ pièce 19 du même dossier.

- 2. 2.** L'avocate de l'intéressé complète encore son dossier par une autre attestation établie par son comptable¹⁸, Monsieur P, qui confirme rencontrer Monsieur N.J. une fois l'an pour dresser avec lui les procès-verbaux pour l'assemblée générale et le conseil d'administration, soumis ensuite pour signature à Monsieur C.J., sans qu'aucune réunion ait jamais été planifiée avec lui, ni tenue en sa présence et atteste qu'à sa connaissance, ce dernier n'a jamais eu de pouvoir de gestion au sein de cette société.
- 2. 3.** Le conseil de l'intéressé considère qu'elle apporte par là un faisceau de présomptions sérieuses, précises et concordantes de l'absence d'activité de celui-ci en tant qu'administrateur de la S.A. NIJE.
- 2. 4.** Le conseil de l'Office réfute quant à lui cette argumentation en faisant valoir que l'exercice d'un mandat d'administrateur ou de gérant d'une société commerciale constitue en soi en une activité exercée pour son propre compte et l'est dans un but lucratif, même si elle ne procure pas de revenus et même si le mandat est à titre gratuit. Il se fonde à cet égard sur trois arrêts de la Cour de cassation, successivement prononcés les 18 juin 2001, 22 octobre 2001 et 3 janvier 2005.¹⁹

Il en déduit, à l'appui de décisions des cours du travail de Liège et Bruxelles²⁰, que l'exercice d'un mandat apporte en soi la preuve suffisante d'une activité incompatible avec la perception d'allocations de chômage en ce qu'elle s'inscrit dans le courant des échanges économiques de biens et de services et excède les limites de la gestion normale des biens propres.

Tout en admettant qu'en raison du caractère à nouveau réfragable de la présomption d'activité indépendante²¹, le chômeur doit être admis à prouver que son mandat est exercé à titre gratuit dans une société n'ayant pas de réelle activité, il considère que tel n'est pas le cas de l'intéressé dans la mesure où son conseil n'apporte aucun élément permettant, en ce qui concerne son mandat de gérant dans la S.P.R.L. CHRISCO, de renverser la présomption qu'il s'agit là d'une activité exercée pour son propre compte, incompatible avec la perception des allocations.

Il est par ailleurs soutenu que le fait qu'au sein de la S.A. NIJE, il n'ait été qu'un simple administrateur ne permet pas de rapporter pareille preuve d'absence d'activité, du fait qu'un administrateur quel qu'il soit a intérêt à la bonne marche de la société et doit à tout moment être amené à exercer un contrôle actif sur celle-ci ou à la représenter.

Or, à l'estime du conseil de l'ONEm, les pièces versées par celui de l'intéressé n'établissent pas l'absence d'activité prétendue de ce dernier dans ces deux sociétés.

¹⁸ pièce 18 du même dossier.

¹⁹ Cass., 18 juin 2001, S.99.0203.F; Cass., 22 octobre 2001, S.00.0108.F; Cass., 3 janvier 2005, S.04.0091.F, tous consultables sur juridat.

²⁰ également citées sans référence permettant de les consulter...

²¹ voir l'article 3, §1^{er}, alinéa 4, de l'arrêté royal n°38 du 27 juillet 1967 organisant le statut social des travailleurs indépendants, suite à sa modification par la loi du 25 avril 2014, entrée en vigueur le 6 juin 2014, faisant elle-même suite à un arrêt du 3 novembre 2004 de la Cour d'arbitrage (176/2004) ayant constaté que le caractère irréfragable de la présomption d'activité indépendante des mandataires de sociétés violait les articles 10 et 11 de la Constitution.

3. Au sujet de la motivation de la durée de la sanction d'exclusion.

- 3. 1.** L'avocate de Monsieur C.J. soutient que celle qui a été fixée à hauteur du maximum prévu par la réglementation, sur la seule base de la longueur de la période infractionnelle, doit également être annulée pour défaut de motivation portant sur le rapport de proportionnalité entre les faits reprochés à l'intéressé et l'importance de la sanction.

Selon le conseil de Monsieur C.J, cette nullité priverait la cour d'en infliger une autre à l'intéressé.²²

- 3. 2.** Ce que réfute le conseil de l'ONEm en soulignant que le directeur du bureau de chômage a mentionné, dans ladite décision, les éléments à charge ou à décharge pris en compte pour évaluer la hauteur de la sanction, proportionnée à la gravité des faits eu égard à l'ampleur de l'activité exercée et à la durée importante de la période infractionnelle.

Il conteste qu'au cas où elle viendrait à être annulée pour défaut de motivation, la cour se verrait interdire, au nom de la séparation des pouvoirs, d'en prononcer une autre à charge de l'intéressé et cite à ce propos un récent arrêt du 5 mars 2018 de la Cour de cassation, qui a consacré, également dans ce cas, le pouvoir de substitution du juge et est revenue à ce sujet sur sa jurisprudence antérieure.

4. Au sujet de la bonne foi invoquée pour la limitation de la récupération de l'indu.

- 4. 1.** Le conseil de l'intimé se fonde à ce propos sur l'article 169, alinéa 2, de l'arrêté royal du 25 novembre 1991 pour demander à la cour, au cas où elle n'annulerait pas la décision d'exclusion et la récupération qui s'ensuit, de limiter celle-ci aux 150 derniers jours d'indemnisation indue.

L'avocate de Monsieur C.J. invoque à cet égard l'autorité d'un arrêt du 16 février 1998 de la Cour de cassation²³, qui a dit pour droit que pour apprécier la bonne foi du chômeur, le juge peut tenir compte des intentions et de la compréhension du chômeur, son éventuelle négligence n'excluant pas la bonne foi.

Sont cités à ce propos un récent arrêt de notre cour²⁴ et deux arrêts de la cour du travail de Mons qui ont pris en considération, dans l'appréciation de la bonne foi, la complexité de la sécurité sociale et sa permanente évolution²⁵ ainsi que la qualité du chômeur pour mesurer son degré de compréhension de ses obligations en la matière.²⁶

²² en ce sens: voir C. trav. Mons, 24 juillet 2007, JLMB, 2007/25, 1059–1071.

²³ Cass., 16 février 1998, 203

²⁴ C. trav. Liège, div. Namur, 8 septembre 2015, RG 2014/AN/117

²⁵ C.trav. Mons, 26 février 2003, F.20030226-4, juridat.

²⁶ C.trav. Mons, 8 avril 2009, R.G.21.113.

- 4. 2.** Le conseil de l'Office rappelle quant à lui que la preuve de sa bonne foi repose sur le chômeur²⁷ et suppose qu'il ait fait tout ce qui était en son pouvoir pour être en règle vis-à-vis de la réglementation du chômage de sorte qu'il pouvait raisonnablement croire que les allocations qui lui étaient versées lui étaient effectivement dues en démontrant qu'il est totalement étranger aux circonstances ayant généré l'indu.

Est invoquée une jurisprudence constante²⁸ qui considère que l'ignorance de la réglementation ne peut être acceptée comme preuve de la bonne foi.

Il est également souligné que la preuve de la bonne foi requiert que le chômeur effectue dans les délais impartis les déclarations légalement requises pour que l'ONEm puisse déterminer la hauteur de ses droits aux prestations sociales dont il demande le paiement à charge de la collectivité.

Or, en l'espèce, il est rappelé que l'intéressé a répondu à deux reprises par la négative aux questions qui lui étaient posées quant à l'exercice d'une activité accessoire, alors que "les instructions qui accompagnent le formulaire C1 renvoient à une note explicative qui précise ce qu'il faut entendre et qu'il convient de faire en cas d'exercice d'une activité" et que "les cartes de contrôle renseignent la manière de les remplir en cas d'exercice d'une activité."

Il est encore précisé que si, comme mentionné plus haut, Monsieur C.J. n'a coché aucune des cases en regard de la question qui lui était posée de l'exercice d'une activité accessoire, cela signifie qu'il a bien manifestement entendu y répondre par la négative.

Le conseil de l'Office en déduit que l'intéressé ne s'est pas comporté comme toute personne normalement prudente et raisonnable l'aurait fait en contactant son organisme de paiement pour s'assurer de l'absence d'incompatibilité de l'exercice de son activité indépendante avec la perception de ses allocations de chômage.

5. Au sujet de l'inclusion, ou non, du précompte professionnel dans le calcul de l'indu.

- 5. 1.** L'avocate de Monsieur C.J. soutient que ne peut donner lieu à récupération que le montant net des allocations correspondant à celui qui effectivement perçu par le chômeur.

Elle invoque par analogie à cet effet un arrêt du 8 décembre 1994 de la Cour de cassation²⁹ sur lequel s'est fondée la cour du travail de Bruxelles dans un arrêt du 29 septembre 2010³⁰, dans un litige relatif au calcul du montant d'une pension, pour décider que "dès lors que l'ONP s'acquitte à l'égard du fisc d'une dette qui lui est propre et sur laquelle l'assuré social n'a aucun droit, c'est auprès du fisc qu'il incombe à l'ONP de poursuivre le recouvrement du précompte payé indu", de sorte que la récupération auprès de l'assuré social ne peut porter sur le précompte retenu.

²⁷ Cass., 12 janvier 1987, J.T.T., 1987, 183.

²⁸ renvoi étant ici encore fait par l'Office à de nombreuses décisions de jurisprudence inédites, sans la moindre indication d'une référence permettant de les consulter.

²⁹ Cass., 8 décembre 1994, J.T., 1995, 296.

³⁰ C.trav. Bruxelles, 29 septembre 2010, F.-20100929, RG 2204/AB/049715, juridat.

- 5. 2.** Le conseil de l'ONEm soutient la thèse inverse en rappelant que l'autorisation de paiement délivrée à l'organisme de paiement porte toujours sur le montant brut des allocations de chômage, montant que reprennent également les bordereaux de paiement introduits par l'organisme de paiement auprès du bureau de chômage pour vérification et approbation.

Il en déduit que l'Office subirait un préjudice si, lors de la récupération de l'indu, il ne pouvait récupérer que le montant net perçu par le chômeur.

Il souligne par ailleurs que les allocations de chômage constituent, dans le chef de ce dernier, des revenus imposables de sorte que l'ONEm ne dispose d'aucun titre pour récupérer ce précompte auprès de l'administration fiscale, seul le chômeur pouvant le faire, à l'aide d'ailleurs d'une fiche fiscale négative qui lui est délivrée à cet effet par l'Office lors du remboursement effectif de l'indu.

Il invoque à ce propos une jurisprudence³¹ contraire à celle produite par l'avocate de l'intimé. Ce courant jurisprudentiel considère que "le montant du précompte professionnel dont est redevable l'organisme de paiement des allocations en exécution de la législation fiscale est une part de la somme perçue indûment au sens de l'article 169 de l'arrêté royal du 25 novembre 1991, laquelle doit être remboursée dans son entièreté par le chômeur."

V. L'AVIS ECRIT DU MINISTERE PUBLIC.

Dans son avis écrit déposé le 21 décembre 2018, Monsieur l'avocat général Kurz adopte presque en tous points la position de l'ONEm et rencontre comme suit les différents moyens développés par l'avocate de l'intéressé.

1. S'agissant tout d'abord de la motivation formelle de la décision contestée.

Monsieur l'avocat général Kurz est d'avis qu'il ne faut pas confondre la motivation formelle d'un acte administratif et le périmètre de celui-ci.

Or, il observe que la décision litigieuse ne vise pas l'activité de Monsieur C.J. au sein de la S.P.R.L. CHRISCO, de sorte qu'il n'y a pas lieu de procéder à l'examen de la motivation formelle de la décision en ce qu'elle porterait sur une activité pour le compte de ladite société.

Il remarque pour le surplus qu'elle contient une indication adéquate des considérations de droit et de fait servant de fondement aux différents points sur lesquels elle porte.

³¹ C.trav. Bruxelles, 24 juin 2010, RG 2010/AB/129, que la cour a pu consulter sur juridat; C.trav. Liège, 9 octobre 2003, R.G. 4770/94, dont les références fournies par l'Office ne permettent pas la consultation, ces décisions n'étant pas publiées sur juridat, et C.T. Mons, 10 mars 2000, R.G. 14332, dont les conclusions du conseil de l'Office reproduisent quelques extraits, sans indiquer toutefois des références qui permettraient à la cour de la consulter dans son intégralité.

2. Pour ce qui est ensuite des activités reprochées par l'ONEm à l'intéressé.

Le ministère public rappelle le prescrit des articles 44 et 45 de l'arrêté royal du 25 novembre 1991 portant réglementation du chômage et souligne que s'il doit être admis que Monsieur C.J. n'était pas "gérant" de la S.A. NIJE, il reste qu'il était administrateur de cette société, ce qu'il n'a déclaré ni sur les formulaires C1 de demande d'allocations de chômage, ni sur ses cartes de contrôle.

Il fait référence à la même jurisprudence de cassation que le conseil de l'ONEm dont il ressort que l'activité consistant en l'exercice d'un mandat d'administrateur d'une société commerciale – même si ce n'est pas un mandat d'administrateur-délégué et s'il est exercé à titre gratuit – constitue une activité exercée pour son propre compte et dans un but lucratif au sens de l'article 45, alinéa 1^{er}, précité, même si elle ne procure pas de revenu.

Or, constate Monsieur l'avocat général, l'intéressé reste en défaut d'apporter la seule preuve contraire possible qui consiste à démontrer que ces deux sociétés étaient dormantes ou n'avaient aucune activité.

Il observe qu'au contraire, Monsieur C.J. avait un intérêt réel à la bonne marche de l'entreprise et que sa présence au sein de la S.A. NIJE était plus qu'anodine pour les raisons suivantes:

- sa présence dans le conseil d'administration de cette société était une condition *sine qua non* du maintien de la forme de société anonyme qu'exige le client SHELL auquel elle est liée, comme en atteste le comptable;³²
- sa double casquette de salarié et d'administrateur conférait à l'intéressé des pouvoirs étendus confirmant l'intérêt réel qu'il avait à la bonne santé de cette société, ce qu'il a d'ailleurs exprimé en fin de son audition en faisant état des difficultés économiques de l'entreprise et de sa difficulté à en démissionner sous peine d'en faire pâtir la société ou de ne plus pouvoir être indemnisé par le chômage et qui révèle que Monsieur C.J. s'en préoccupait non seulement comme tout travailleur salarié souhaitant conserver son emploi, mais encore comme dirigeant de l'entreprise;
- enfin, la création de la S.P.R.L. CHRISTO a été justifiée par le fait qu'il fallait par ce biais conserver la clientèle de la S.A. NIJE à laquelle cette dernière ne pouvait pas facturer en vertu d'un contrat passé avec l'entreprise TOTAL.

Le représentant du ministère public en déduit que l'appel de l'ONEm doit être déclaré fondé, en raison de l'exercice des deux mandats détenus par l'intéressé, l'exclusion des allocations devant toutefois prendre cours le 21 mai 2004 et non le 14 juillet 2003, la seule inscription au registre des indépendants ne prouvant pas l'activité.

³² voir pour rappel à ce propos la pièce 18 du dossier de l'intimé.

3. En ce qui concerne la hauteur de la sanction.

Sur ce point, Monsieur l'avocat général Kurz se distancie de la position de l'ONEm en estimant que la décision n'a pas correctement justifié la durée de l'exclusion portée à 26 semaines par la décision litigieuse dans la mesure où le directeur n'a pas pris en considération le caractère spontané de la déclaration de Monsieur C.J. au sujet de son mandat de gérant de la S.P.R.L. CHRISTO, que les services d'inspection de l'Office n'avaient pas identifié.

Il invite dès lors la cour à réduire la durée de l'exclusion, tout en insistant sur le fait qu'à son estime, cet élément ne peut conduire à reconnaître la bonne foi de l'intéressé dont il se prévaut pour entendre limiter la récupération de l'indu aux 150 derniers jours d'indemnisation.

4. Sur la question de la preuve de la bonne foi.

Le représentant du ministère public rappelle que la charge en incombe à l'intéressé³³ et que cette limitation posée à la récupération de l'indu doit faire l'objet d'une interprétation et d'une application strictes³⁴ du fait qu'elle est une dérogation apportée par l'article 169, alinéa 2, précité, au 1^{er} alinéa de cette disposition réglementaire qui consacre le principe selon lequel "toute somme perçue indûment doit être remboursée".

Il rejoint sur ce point la thèse défendue par l'ONEm en constatant que Monsieur C.J. n'a pas correctement complété les documents qui lui étaient soumis et qu'en agissant de la sorte, il n'a pas agi honnêtement et n'a pas normalement pu croire que les allocations qui lui étaient versées lui étaient effectivement dues."

5. Enfin, sur la question du montant brut ou net de l'indu à récupérer.

Monsieur l'avocat général se réfère à la thèse défendue par l'ONEm en soulignant que le précompte professionnel retenu à la source sur le montant de l'allocation de chômage constitue une avance sur l'impôt dû par le chômeur, en sorte qu'il doit être considéré comme faisant partie de la somme perçue indûment par ce dernier au sens de l'article 169 de l'arrêté royal du 25 novembre 1991, référence étant faite à ce sujet à l'arrêt du 10 mars 2000 de la cour du travail de Mons invoqué par l'appelant.

³³ Cass., 10 septembre 1984, J.T.T., 1984, J.T.T., 1985, 57; Cass., 2 décembre 1985, R.D.S., 1986, 139; Cass., 12 janvier 1987, J.T.T., 1987, 173.

³⁴ C.trav. Bruxelles, 8^{ème} ch., 14 mars 2002, R.G.41242.

VI. LES REPLIQUES A L'AVIS DU MINISTERE PUBLIC.

Dans ses répliques à cet avis, le conseil de Monsieur C.J. réitère l'argumentation déjà longuement développée dans ses conclusions.

La cour en extrait ci-dessous ce qui constitue une réplique audit avis et non une répétition de ce qui a déjà été amplement soutenu dans les conclusions et débattu en plaidoiries à l'audience pour étayer la thèse de la partie intimée.³⁵

1. Sur la question de l'activité de l'intéressé comme mandataire dans les deux sociétés

L'avocate de Monsieur C.J. conteste le fait souligné par Monsieur l'avocat général qu'il aurait un intérêt réel à la bonne marche d'une part, de la S.A. NIJE et, d'autre part, de la S.P.R.L. CHRISTO.

Elle invoque à cet effet un arrêt du 28 octobre 2010 de la cour du travail de Bruxelles³⁶ rappelant qu'une activité d'administrateur au sein d'une société ne fait pas obstacle à l'octroi des allocations de chômage moyennant le respect des deux conditions suivantes, qu'elle estime réunies dans le cas de l'intéressé et démontrées par les pièces versées au dossier³⁷:

- il doit être établi que le mandataire n'exerce pas effectivement l'activité de gestion de la société;
- le mandataire ne tire aucun bénéfice de l'activité, ne possédant aucun intérêt dans celle-ci.

2. Sur la question de la hauteur de la sanction.

Le conseil de l'intéressé prend acte de l'avis du représentant du ministère public considérant que la motivation de la décision contestée est défailante sur ce point, mais se réfère à l'argumentation déjà développée dans ses conclusions pour soutenir l'annulation pure et simple de cette sanction sans pouvoir de substitution du juge qui lui permettrait d'en prononcer une nouvelles.

A titre subsidiaire, il est demandé à la cour de réduire cette sanction au minimum prévu par la réglementation, au vu des éléments particuliers de la cause.

3. Sur la question de la bonne foi et de la limitation de la récupération à 150 jours.

Le conseil de l'intéressé conteste l'avis du ministère public lui faisant grief de n'avoir pas correctement rempli les formulaires C1. Il fait valoir qu'il n'a jamais voulu tromper l'ONEm, et en veut pour preuve qu'il a été transparent lors de son audition et a spontanément fait état de son mandat au sein de la S.P.R.L. CHRISCO.

³⁵ notamment en ce qui concerne l'activité de l'intéressé, ainsi que sur le montant net ou brut de la récupération de l'indu.

³⁶ C. trav. Bruxelles, 28 octobre 2010, R.G. 2008/AB/50.813, consultable sur le site terralaboris.be

³⁷ voir les points 2.1. à 2.3. des pages 8 et 9 du présent arrêt.

VII. LA DECISION DE LA COUR.**1. Pouvoir et devoir de substitution dans un contentieux de pleine juridiction.**

- 1. 1.** Lorsque les juridictions du travail sont, en vertu de l'article 580, 2°, du Code judiciaire, saisies d'une contestation relative aux droits et obligations des travailleurs salariés résultant des lois et règlements en matière de chômage, elles exercent un contrôle de pleine juridiction sur la décision prise par le directeur du bureau de chômage de sorte que tout ce qui relève de l'appréciation de celui-ci – hormis ce qui ressort d'une compétence discrétionnaire – fait partie du pouvoir souverain d'appréciation du juge.

Ce pouvoir de contrôle est assorti d'un devoir de prendre en considération tous les éléments du dossier, en ce compris ceux qui auraient échappé à l'ONEm au moment où il a adopté la décision contestée.

Le juge doit, dans l'exercice de ce pouvoir de contrôle appliqué à un litige relatif aux allocations de chômage, vérifier si le dossier soumis à son appréciation établit la réunion des conditions légales d'octroi des prestations sociales demandées.³⁸

Il s'ensuit qu'en l'espèce, le tribunal se devait, dans le respect des droits de la défense des deux parties, d'inclure dans son appréciation du litige l'incidence de l'activité de Monsieur C.J. dans la S.P.R.L. CHRISCO, quand bien même n'avait-elle pas été visée par la décision administrative contestée par l'intéressé. Le jugement dont appel sera par conséquent réformé en ce qu'il a limité sa saisine à la décision portant exclusivement sur l'activité de "gérant" de Monsieur C.J. au sein de la S.A. NIJE.

2. Obligation de motivation formelle des actes de l'administration.

La comparaison que fait à ce propos le conseil de l'intéressé avec le jugement précité du 19 janvier 2009 du tribunal du travail de Bruxelles pour soutenir qu'il s'imposerait dans le présent litige d'annuler la décision administrative contestée pour défaut de motivation n'est pas pertinente dans la mesure où le contexte de ces deux litiges est essentiellement différent.

- 2. 1.** Ce jugement avait trait à une décision d'exclusion des allocations et de récupération de l'indu qui reposait sur des bases factuelles rigoureusement inexactes, en ce qu'elle visait le gérant d'un magasin de nuit dont le dossier soumis à l'appréciation du directeur du bureau de chômage comportait la preuve irréfutable que ce bénéficiaire d'allocations de chômage avait démissionné de son mandat avant le début de la période litigieuse.

³⁸ Cass., 18 juin 1984, Pas., 1984, I, 1271; voir en matière de sanctions: Cass., 5 mars 2018, S.16.0062.F, juridat et publié et commenté sur terralaboris.be. Voir également à ce sujet: Th. WERQUIN, "Etendues et limites des pouvoirs du juge dans le contentieux de la sécurité sociale", J.T.T., 1993, 337 à 347.

- 2. 2.** Le tribunal en avait déduit que la décision litigieuse reposait sur des bases factuelles inexactes dont avaient été tirées par l'ONEm des conclusions erronées en droit, de sorte qu'elle ne reposait pas sur une motivation adéquate au sens de la loi du 29 juillet 1991 sur la motivation formelle des actes administratifs.
- 2. 3.** Dans le présent litige, la situation est différente, dans la mesure où la décision contestée repose sur l'inscription de Monsieur C.J. à la banque carrefour des travailleurs indépendants depuis le 14 juillet 2003, ce qui constitue un premier indice d'une activité non déclarée à l'Office et incompatible avec la perception d'allocations de chômage.

Le fait qu'elle soit affectée d'une double erreur consistant d'une part à qualifier de "gérant" l'exercice du mandat d'administrateur que détient l'intéressé dans la S.A. NIJE et, d'autre part, à négliger de prendre en considération le mandat de gérant de Monsieur C.J. dans la S.P.R.L. CHRISCO, ne peut suffire pour conclure à son annulation pour défaut de motivation.

La Cour de cassation considère en effet qu'est adéquate "toute motivation qui fonde raisonnablement, ou suffisamment, la décision concernée."³⁹

Un arrêt du 15 mai 2006 de la cour du travail de Mons souligne "qu'une motivation adéquate peut se réduire à être pertinente, c'est-à-dire en rapport avec l'acte qu'elle est censée fonder et que si elle est erronée en droit, elle n'en est pas moins adéquate, relevant que la sanction infligée à un chômeur est justifiée sur la base des dispositions de l'arrêté royal du 25 novembre 1991 qui, si elles étaient applicables, suffiraient à étayer la décision."

- 2. 4.** Or, tel est bien le cas en l'espèce: la décision contestée vise bien l'exercice d'une activité indépendante, certes mal qualifiée en ce qui concerne la nature du mandat détenu par l'intéressé dans la société fondée par son père et certes incomplètement décrite puisqu'elle omet de prendre en considération le mandat de gérant de Monsieur C.J. dans la S.P.R.L. précitée, mais une activité que l'Office considère – à tort ou à raison, ce qui fait précisément l'objet du litige – comme incompatible avec la perception des allocations au vu des articles 44 et 45 de l'arrêté royal précité.

Monsieur C.J. ne s'est d'ailleurs pas mépris sur la portée de la décision dont le libellé, pour incorrect et incomplet qu'il soit, lui a permis d'introduire valablement son recours afin que les mesures d'exclusion et de récupération ainsi que la sanction qui le frappent soient soumises au contrôle de pleine juridiction du tribunal et de la cour.

Il n'y a donc pas lieu à annulation de la décision contestée.

³⁹ Cass., 3 février 2000; Cass., 9 mars 2005, tous deux consultables sur juridat.

3. Compatibilité des mandats de l'intéressé avec la perception d'allocations.**3.1. Les dispositions réglementaires applicables.**

3.1.1. L'article 44 de l'arrêté royal du 25 novembre 1991 dispose ce qui suit:

"Pour pouvoir bénéficier des allocations, le chômeur doit être privé de travail et de rémunération par suite de circonstances indépendantes de sa volonté."

3.1.2. L'article 45 de l'arrêté royal du 25 novembre 1991 dispose ce qui suit:

« 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. »

3.2. L'activité consistant en l'exercice d'un mandat dans une société commerciale.

3.2.1. Un mandataire d'une société commerciale, quel que soit son statut (administrateur, administrateur-délégué ou gérant) exerce, selon une jurisprudence désormais constante, une activité pour son propre compte, pouvant être intégrée dans le courant des échanges économiques de biens et de services et non limitée à la gestion normale des biens propres.

3.2.2. La circonstance que ce mandat est, comme en l'espèce, exercé à titre gratuit est sans incidence dès lors que cette activité est susceptible d'apporter à l'intéressé un avantage matériel, même si elle ne lui procure pas de revenus, et est censée effectuée dans un but lucratif, quel que soit l'objet social de cette société.

La Cour de cassation a été amené à plusieurs reprises, à confirmer sans varier sa position à cet égard.⁴⁰

⁴⁰ en ce sens: voir Cass., 18 juin 2001, J.T.T., 2001, 373 qui n'a pas suivi les conclusions de l'avocat général Leclercq l'invitant à ne pas déclarer cette activité incompatible avec les allocations de chômage dans le chef d'un administrateur ne détenant qu'un nombre restreint de parts dans la société dans laquelle il exerçait un mandat à titre gratuit; Cass., 22 octobre 2001, J.T.T., 2002, 22, dans le cas d'un administrateur-délégué dans ses fonctions de liquidateur d'une société commerciale; Cass., 3 janvier 2005, J.T.T., 2005, 233, commenté ci-après; Cass., 12 décembre 2016, juridat: obligation de déclaration du mandat même s'il ne produit pas de revenus, ce qui n'exclut pas qu'il soit exercé dans un but lucratif.

3.2.3. L'arrêt prononcé le 3 janvier 2005 par la Cour de cassation trouve très précisément à s'appliquer à la situation de Monsieur C.J. en ce qu'il a censuré comme suit l'arrêt prononcé par notre cour le 6 janvier 2004:

"L'arrêt qui, pour décider que l'activité d'administrateur d'une société coopérative exercée par le défendeur répond à la première des conditions prévues à l'article 45, dernier alinéa, de l'arrêté royal du 25 novembre 1991, a égard à l'importance minime de cette activité, à la gratuité de son mandat et à l'absence de distribution de jetons de présence, ainsi qu'au nombre limité de parts de coopérateur qu'il possède, viole les dispositions légales précitées."

3.2.4. Il s'ensuit que Monsieur C.J. était tenu de déclarer, préalablement à leur exercice, ses fonctions d'administrateur au sein de la S.A NIJE et de gérant au sein de la S.P.R.L. CHRISCO, quand bien même ces mandats sont-ils exercés à titre gratuit.

Il lui appartient donc de rapporter la preuve soit de ce qu'en réalité il ne les a pas exercés, soit que les deux sociétés dans lesquelles il les détenait ont été inactives ou dormantes.

3.2.5. Sur ce point, son conseil souligne avec raison que l'appréciation d'un fait négatif doit se faire avec moins de rigueur que celle d'un fait positif⁴¹, en ce sens que lorsque la partie qui en supporte la charge en établit la vraisemblance, c'est alors à l'autre partie de détruire cette vraisemblance par la preuve du fait positif contraire.

Toutefois cet assouplissement relatif dans l'administration de la preuve ne peut aboutir à dispenser le chômeur invoquant son absence d'activité d'apporter la vraisemblance de ce fait négatif en imposant de la sorte à l'ONEm la preuve du fait positif contraire, ce qui renverserait la charge de la preuve.⁴²

Le faisceau de présomptions qu'avance à ce titre l'avocate de Monsieur C.J. permet certes d'en déduire que son activité en tant qu'administrateur de la S.A. NIJE et gérant de la S.P.R.L. CHRISCO est restée des plus limitées, tous les pouvoirs de gestion restant concentrés entre les mains de son père, mais il n'en reste pas moins que, même réduite, la présence de l'intéressé au sein du conseil d'administration de la première et comme gérant au sein de la seconde jouait, à elle seule, un rôle non négligeable puisque, comme le souligne avec pertinence l'avis du ministère public, elle permettait la survie économique de l'entreprise pour les motifs rappelés *supra*⁴³ de sorte qu'en tout état de cause, Monsieur C.J. avait intérêt à garantir par là l'activité de ces deux sociétés.

Il reste donc en défaut de rapporter la preuve de son absence d'exercice de ses mandats et de son absence d'activité autre que salariée au sein de ces deux sociétés.

⁴¹ En ce sens: Cass., 24 mars 1947, Pas., 1947, I, 123.

⁴² Cass., 27 février 1958, Pas., 1958, I, 712; Cass., 16 décembre 2004, Pas., 2022, et consultable sur juridat.

⁴³ au point 2 de la page 13.

4. Preuve de la bonne foi de l'intéressé.**4. 1. La disposition réglementaire applicable.**

- 4.1.1.** L'article 169, alinéa 1^{er}, de l'arrêté royal du 25 novembre 1991 dispose que « toute somme perçue indûment doit être remboursée. »

Cette règle n'est que la consécration, dans le contentieux de l'assurance-chômage, des règles du droit civil qui disposent que « ce qui a été payé sans être dû est sujet à répétition » (article 1235 du Code civil) et que « celui qui reçoit par erreur ou sciemment ce qui ne lui est pas dû, s'oblige à le restituer à celui de qui il l'a indûment perçu » (article 1376 du Code civil).

- 4.1.2.** La rigueur de cette règle a, en matière de chômage, été tempérée dans une série d'hypothèses visées par les alinéas 2 à 6 de l'article 169, précité, lesquelles sont d'interprétation restrictive, puisqu'elles dérogent à ce principe général de restitution de l'indu, quelle qu'en soit par ailleurs la cause.

Celle qui est pertinente en l'espèce est énoncée à l'alinéa 2 dudit article 169:

« 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 150 derniers jours d'indemnisation indue » (article 169, alinéa 2).

- 4.1.3.** Il appartient donc, dans ce cas de figure, à l'assuré social qui entend pouvoir bénéficier de cette limitation de la récupération des allocations qu'il a perçues sans y avoir droit, d'établir sa bonne foi.

- 4.1.4.** H.MORMONT observe à ce propos que le texte réglementaire ne précise pas ce qu'il faut entendre par bonne foi, ce qui donne lieu à des divergences d'interprétation en doctrine et jurisprudence. Cet auteur distingue deux courants jurisprudentiels dans l'appréciation de la bonne foi.

- 4.1.4.1.** Le premier se concentre sur le comportement du chômeur en amont de la perception indue d'allocations et se focalise par conséquent sur la cause de cet indu. Un parallèle est fait dans ce cas avec la situation visée par l'article 17, alinéa 2, de la charte de l'assuré social.

L'on vérifie en effet si l'indu procède d'un manquement du chômeur (comme par exemple une déclaration inexacte ou incomplète) ou, à l'inverse, d'une erreur de l'administration ou d'un tiers.

Dans cette conception – que met en avant l'appelant – peut seul être considéré de bonne foi « le chômeur qui ignorait et pouvait légitimement ignorer qu'il n'avait pas droit aux allocations, ou au montant des allocations qui lui ont été accordées. »⁴⁴

⁴⁴ voir à ce propos J.-Fr. FUNCK, « Récupération de l'indu », Guide social permanent, t.4, chap. V, n°110.

4.1.4.2. Le second courant privilégie une analyse du comportement du chômeur en aval de ses déclarations, c'est-à-dire lorsqu'il perçoit les allocations indues. Le raisonnement consiste alors à examiner si, à ce moment, le chômeur a, ou doit avoir connaissance de leur caractère indu. Le parallèle est ici fait avec l'article 17, alinéa 3, de la charte de l'assuré social.⁴⁵

4.1.5. Dans un arrêt du 16 février 1998, la Cour de cassation⁴⁶ a jugé que « pour apprécier la bonne foi au sens de l'article 169 de l'arrêté royal du 25 novembre 1991, le juge peut tenir compte des intentions et de la compréhension du chômeur. »

4. 2. Son application en l'espèce.

4.2.1. La cour observe à ce sujet que lorsque, le 21 mai 2004, Monsieur C.J. a accepté le mandat d'administrateur dans la société familiale constitué par son père en société anonyme, il avait à peine 22 ans, soit un âge auquel sa compréhension des règles complexes qui régissent l'incompatibilité de la perception des allocations de chômage avec l'exercice d'un mandat – fût-il gratuit et exercé de manière purement formelle comme cela a été le cas dans le chef de ce jeune homme passant le plus clair de son activité comme travailleur salarié au volant d'un des camions de l'entreprise – devait être à ce point limitée qu'elle peut expliquer la négligence qu'il a commise en n'introduisant pas d'emblée un nouveau formulaire C1 modifiant les informations données le 18 juillet 2003 au sujet de l'exercice d'une activité accessoire indépendante, lors de sa demande des allocations de chômage.⁴⁷

4.2.2. Le fait que par la suite, l'intéressé n'ait plus été invité à remplir aucun formulaire C1 pendant près de 5 ans, alors pourtant qu'il percevait régulièrement des allocations de chômage économique, n'a pu que le conforter dans son erreur sur la compatibilité de l'exercice en réalité particulièrement réduit de ses mandats, d'autant que la forme sybilline dans laquelle la question lui est posée dans le formulaire qu'il remplit le 19 juin 2008 – "j'exerce une activité accessoire ou j'aide un travailleur indépendant" – ne permet pas à quelqu'un qui n'est pas au fait de la réglementation en la matière de comprendre par là qu'elle vise également les mandats d'administrateur exercés à titre gratuit. L'Office objecte à ce propos que ces précisions sont apportées par la brochure explicative remise à l'intéressé lors de sa première demande d'allocations, notice explicative qui n'est toutefois pas produite aux débats et dont rien ne vient démontrer qu'elle aurait été effectivement portée à sa connaissance à l'époque.

⁴⁵ H.MORMONT, « La révision des décisions administratives et la récupération des allocations de chômage payées indûment » in « La réglementation du chômage : 20 ans d'application de l'arrêté royal du 25 novembre 1991 », Etudes pratiques de droit social, Kluwer, n°s 52 à 56, p.681 à 685. L'auteur montre d'ailleurs fort bien que ces deux niveaux d'appréciation ne coïncident pas nécessairement : voir les exemples éclairants cités au n°54, p.682, qui montrent qu'un indu trouvant son origine dans un manquement du chômeur peut avoir été perçu de bonne foi si l'omission de déclaration l'a été sans intention frauduleuse et qu'à l'inverse le chômeur qui a bien déclaré sa situation de reprise du travail mais qui, suite à une erreur de l'Onem ou de l'organisme de paiement, continue à percevoir des allocations ne pourra pas être considéré de bonne foi.

⁴⁶ Cass., 16 février 1998, J.T.T., 1998, 203.

⁴⁷ voir à ce sujet les points 1.1 à 1.4. des pages 5 et 6 du présent arrêt.

4.2.3. Enfin, la cour a égard, dans son appréciation de la bonne foi de l'intéressé, à la déclaration spontanée qu'il fit de l'exercice de son second mandat dans la S.P.R.L. CHRISCO, fondée pour permettre à la société de son père de maintenir sa clientèle.

Contrairement à ce qu'en retient Monsieur l'avocat général Kurz, la cour estime que cet aveu spontané émis lors de l'audition de l'intéressé contribue à rapporter la preuve de ce que, jusqu'à ce qu'il en eut été informé le 31 mai 2012, il n'avait pas conscience de ce qu'il ne pouvait cumuler les allocations de chômage économique qu'il percevait avec l'exercice de mandats à titre gratuit, ce qui ne l'a pas pour autant conduit à celer à l'agent de l'Office qui l'interrogeait l'existence du second d'entre eux au sein de la S.P.R.L. CHRISCO dont le service d'inspection n'avait pas connaissance, alors même que cet élément supplémentaire était de nature à aggraver sa situation.

4.2.4. C'est en fonction de l'ensemble des éléments précités que la cour considère que Monsieur C.J. rapporte la preuve de sa bonne foi, ce qui a pour conséquence que la récupération des allocations qu'il a indûment perçues doit être limitée aux 150 derniers jours d'indemnisation.

5. Montant brut ou net de l'indu à récupérer.

5. 1. La jurisprudence invoquée par les parties reste divisée sur cette question.

Ainsi, à quelques mois d'intervalle, la cour du travail de Bruxelles a-t-elle prononcé deux arrêts en sens contraire sur cette question relative à l'inclusion, ou non, du précompte professionnel dans le montant de l'indu à récupérer à charge du chômeur.

5.1.1. Le premier d'entre eux⁴⁸ motive assez sommairement comme suit sa position favorable à la récupération du montant brut du montant de la prestation sociale indûment perçue (en l'occurrence des indemnités d'assurance-maladie):

"Les indemnités octroyées par la mutuelle sont l'objet d'une retenue de précompte professionnel, dont le produit est versé directement à l'administration fiscale; ceci explique la différence entre le montant net, perçu par Madame V.L. sur son compte bancaire, et le montant réclamé en remboursement par la mutuelle. Le versement de ce précompte a été effectué par l'ANMC à l'administration fiscale pour le compte de Madame V.L., et en raison du versement des indemnités d'incapacité."

5.1.2. Le second de ces arrêts⁴⁹ développe sur cette question une thèse à laquelle la présente cour se rallie, en ce qu'elle part de la prémisse que le versement du précompte professionnel est une obligation légale qui découle du Code des impôts sur le revenu, en ses articles 270, 1° et 220, et qui pèse non seulement sur l'Etat, mais aussi sur les personnes morales ayant leur siège social en Belgique, tel l'ONP.

⁴⁸ C.trav. Bruxelles, 24 juin 2010, 2010/AB/129, juridat.

⁴⁹ C.trav. Bruxelles, 29 septembre 2010, 2007/AB/049715, juridat.

- 5.1.2.1. Sont cités à l'appui de cette thèse plusieurs arrêts de la Cour de cassation⁵⁰ faisant référence à la situation qui se présente pour les débiteurs de rémunération que sont les employeurs, que cet arrêt de la cour du travail de Bruxelles applique par analogie à l'ONP en soulignant que celui-ci "s'acquitte à l'égard du fisc d'une dette qui lui est propre" et que "l'assuré social n'a pas le droit d'exiger que le précompte professionnel lui soit payé."

La cour du travail de Bruxelles en a déduit que "dans la mesure où l'ONP s'acquitte à l'égard du fisc d'une dette qui lui est propre et sur laquelle l'assuré social n'a aucun droit, c'est auprès du fisc qu'il incombe à l'ONP de poursuivre le recouvrement du précompte payé indu."

- 5.1.2.2. Cet arrêt précise encore, en se référant sur ce point à la jurisprudence de la Cour de cassation⁵¹ et à différentes décisions des juridictions du fond⁵² que "dès lors que le fisc a reçu le précompte et l'a imputé, *sans fraude et en paiement d'une créance légitime*, sur la dette d'impôt de l'assuré social, le recouvrement du précompte ne peut intervenir auprès de ce dernier."

Il écarte par conséquent, pour défaut de base légale, la pratique administrative de l'ONP consistant à imposer à l'assuré social de demander lui-même au fisc le remboursement du précompte payé sur les prestations sociales qu'il a indûment perçues.

- 5.1.3. L'enseignement de cet arrêt du 29 septembre 2010 de la cour du travail de Bruxelles peut, *mutatis mutandis*, être appliqué à l'ONEm.

Il s'ensuit que la récupération des 150 derniers jours d'indemnisation indue à laquelle sera condamné Monsieur C.J. ne pourra se faire que sur le montant net indûment perçu des allocations qui lui ont été octroyées sans droit durant cette période.

6. **Appréciation par la cour de la hauteur de l'exclusion infligée à titre de sanction.**

6. 1. Rappelons tout d'abord que le défaut de motivation formelle conforme à la loi du 29 juillet 1991 que l'intéressé reproche à l'ONEm sur ce point ne peut entraîner son annulation mais doit conduire le juge à se substituer à l'Office en évaluant lui-même l'ensemble des éléments soumis à son appréciation pour fixer la durée de la sanction qui soit adéquatement proportionnée à la gravité des faits commis par le chômeur⁵³, démarche que suivra la cour en l'espèce en se référant à l'avis du ministère public.

⁵⁰ Cass., 10 mars 1986, Chr.Dr. soc., 1986, 101; Cass., 17 novembre 1986, Chr.Dr.soc., 1987, 91; Cass., 16 mars 1987, J.T.T., 1987, 945; Cass., 7 avril 2003, J.T.T., 2003, 320.

⁵¹ Cass., 8 décembre 1994, J.T., 1995, 296.

⁵² C.T. Bruxelles, 1^{er} décembre 1999, R.G.n°37.670; Liège, 14 décembre 1995, JLMB, 1996, 749; VAN OMMESLAGHE, "Droit des obligations", Bruylant, 2010, t II, 1103.

⁵³ Cass., 5 mars 2018, S.16.0062.F./1, juridat, précité.

- 6. 2.** Elle prendra en considération à cet effet, d'une part, le caractère spontané de la déclaration qu'a faite Monsieur C.J. de l'ensemble de ses activités lors de son audition – ce qu'a retenu Monsieur l'avocat général Kurz pour inviter la cour à réduire la durée de la sanction – et, d'autre part, le fait qu'à tout le moins à partir de la constitution de la S.P.R.L. CHRISCO dans laquelle l'intéressé apparaît comme le seul gérant⁵⁴, il pouvait être attendu de lui qu'il prît la précaution de s'informer plus avant au sujet de la nature et de l'étendue des obligations attachées à l'exercice de ce mandat au regard de sa compatibilité avec la perception des allocations.

Si, comme démontré plus haut, cette négligence n'est pas, dans le contexte décrit, élisive de sa bonne foi, elle doit en revanche être prise en considération dans l'appréciation de la hauteur sanction destinée à réprimer l'absence de déclaration de ces mandats et l'omission de remplir les cases correspondantes sur la carte de contrôle.

En fonction de l'ensemble de ces éléments à charge et à décharge de l'intéressé, la cour fixera à 13 semaines la hauteur de l'exclusion infligée à titre de sanction à compter du 11 juin 2012, durée qui sera de nature à réprimer adéquatement les manquements aux obligations de l'intéressé dus à sa négligence.

7. EN CONCLUSION.

- 7. 1.** L'appel de l'ONEm sera déclaré partiellement fondé, en ce qu'il y a lieu de réformer le jugement dont appel en faisant application du pouvoir et du devoir de substitution du juge pour réparer les erreurs affectant la décision administrative litigieuse et de confirmer l'incompatibilité, avec la perception des allocations de chômage, des mandats d'administrateur et de gérant détenus par l'intimé.
- 7. 2.** La récupération des allocations indûment perçues par l'intimé sera toutefois limitée, vu la preuve de sa bonne foi, aux 150 derniers jours d'indemnisation dont le montant sera calculé sur le montant net desdites allocations perçues sans droit, c'est-à-dire en n'y incluant pas le précompte professionnel retenu à la source.
- 7. 3.** L'exclusion infligée à titre de sanction sera réduite à une durée de 13 semaines à compter du 11 juin 2012.
- 7. 4.** L'appelant sera condamné aux dépens d'instance et d'appel, étant les indemnités de procédure respectivement liquidées par le conseil de l'intimé à la somme de 3.000 €, soit au total la somme de 6.000 €.

⁵⁴ même si en pratique il est soutenu avec vraisemblance que c'est son père qui assurait la gestion de ladite société.

INDICATIONS DE PROCÉDURE

Vu en forme régulière les pièces du dossier de la procédure à la clôture des débats le 16 novembre 2018, et notamment :

- le jugement attaqué, rendu contradictoirement entre parties le 10 novembre 2017 par le tribunal du travail de Liège, division de Liège, 10^{ème} chambre (R.G. 14/408333/A) ;
- la requête formant appel de ce jugement, reçue au greffe de la cour du travail de Liège, division de Liège, le 6 décembre 2017 et notifiée à la partie intimée par pli judiciaire le 7 décembre 2017 invitant les parties à comparaître à l'audience publique du 17 janvier 2018 ;
- le dossier de la procédure du tribunal du travail de Liège, division de Liège, reçu au greffe de la cour le 12 décembre 2017 ;
- l'ordonnance de fixation prise sur base de l'article 747, §1^{er}, du Code judiciaire le 17 janvier 2018, fixant la cause à l'audience publique du 21 septembre 2018 ;
- les conclusions, les conclusions additionnelles, ainsi que les conclusions de synthèse de la partie intimée, reçues au greffe de la cour respectivement les 5 mars, 11 juin et 29 août 2018 ;
- les conclusions et conclusions de synthèse de la partie appelante, reçues au greffe de la cour respectivement les 26 avril et 16 juillet 2018 ;
- le dossier de pièces de la partie appelante, reçu au greffe de la cour le 19 juillet 2018 ;
- le dossier de pièces de la partie intimée, déposé à l'audience publique du 16 novembre 2018.

Les parties ont plaidé lors de l'audience publique du 16 novembre 2018.

Monsieur Frédéric Kurz, avocat général, a déposé le 21 décembre 2018 un avis écrit au greffe de la Cour, avis notifié aux parties le 24 décembre 2018.

La partie intimée a répliqué par des conclusions reçues au greffe de la cour le 25 janvier 2019.

La cause a été prise en délibéré au terme du délai de répliques. Le retard apporté au prononcé de l'arrêt, mentionné conformément à l'article 770 du Code judiciaire, étant dû à une surcharge de travail du magistrat, elle-même liée au fait que le cadre de la cour n'est actuellement rempli qu'à hauteur de 80% des effectifs prévus par la loi.

Dispositif

PAR CES MOTIFS,

LA COUR,

après en avoir délibéré,

statuant publiquement et contradictoirement,

vu les dispositions de la loi du 15 juin 1935 sur l'emploi des langues en matière judiciaire et notamment son article 24 dont le respect a été assuré,

Sur avis écrit du Ministère public, conforme sauf en ce qui concerne la limitation de la récupération aux 150 derniers jours d'indemnisation

Déclare l'appel recevable et partiellement fondé.

Dit pour droit que les mandats d'administrateur et de gérant détenus à titre gratuit par l'intimé dans deux sociétés commerciales sont incompatibles avec les allocations de chômage qu'il a perçues durant la période litigieuse qui prend effet le 21 mai 2004.

Dit pour droit qu'il y a lieu, vu la démonstration de la bonne foi de l'intéressé, de limiter la récupération des allocations qu'il a indûment perçues aux 150 derniers jours d'indemnisation.

Dit pour droit que cette récupération doit être effectuée sur le montant net desdites allocations indues perçues pendant la période précitée.

Réduit à 13 semaines à compter du 11 juin 2012 la durée de l'exclusion infligée à l'intimé à titre de sanction.

Condamne l'appelant aux dépens d'instance et d'appel, étant les indemnités de procédure respectivement liquidées par le conseil de l'intimé à la somme de 3.000 €, soit au total la somme de 6.000 €.

Ainsi arrêté et signé avant la prononciation par :

M. Pierre Lambillon, conseiller faisant fonction de président,

M. Jacques Wolfs, conseiller social au titre d'employeur

Mme Sophie Lamoline, conseiller social au titre d'ouvrier

qui ont entendu les débats de la cause et délibéré conformément au prescrit légal, assistés de Monsieur Nicolas Profeta, greffier.

le greffier

les conseillers sociaux

le président

et prononcé en langue française à l'audience publique de la chambre 2 E de la cour du travail de Liège, division de Liège, en l'aile sud du Palais de Justice de Liège, sise à 4000 LIEGE, place Saint-Lambert, 30, le **VENDREDI QUINZE MARS DEUX MILLE DIX-NEUF**, par le président, Monsieur Pierre Lambillon,
assisté de Monsieur Nicolas Profeta, greffier,

le greffier

le président