



Numéro de répertoire : 2024/ 0 456
Date du prononcé : 16/01/2024
Numéro de rôle : 22/4171/A
Matière : chômage travailleurs salariés
Type de jugement : définitif contradictoire
Liquidation au fonds : OUI (loi du 19 mars 2017)
Fiche 780/1 : 792.2

Expédition

Délivrée à	Délivrée à
Le	Le
€ :	€ :
PC :	PC :

**Tribunal du travail francophone de
Bruxelles
17^e chambre
Jugement**

EN CAUSE :

Madame

partie demanderesse,
comparaissant personnellement et représentée par Me U loco
F , avocates ;

CONTRE :

1. L'OFFICE NATIONAL DE L'EMPLOI (ci-après en abrégé « ONEM »),
B.C.E. n° 0206.737.484,
dont les bureaux sont situés boulevard de l'Empereur, 7, à 1000 Bruxelles,
première partie défenderesse,
comparaissant par Me S :l loco Me M Li , avocats ;

**2. La FÉDÉRATION GÉNÉRALE DU TRAVAIL DE BELGIQUE, SECRETARIAT GENERAL (ci-après
en abrégé « FGTB »),**
B.C.E. n° 0923.971.817,
dont le siège social est situé rue Haute, 42 à 1000 Bruxelles,
seconde partie défenderesse,
comparaissant par Me R lL , avocat ;

I. La procédure

1. Le Tribunal a fait application de la loi du 15 juin 1935 concernant l'emploi des langues en matière judiciaire.
2. Les parties ont comparu et été entendues à l'audience publique du 5 décembre 2023. A cette audience a été entendu également l'avis de Monsieur J A , substitut de l'auditeur du travail de Bruxelles, concluant au fondement de la demande subsidiaire (faute de la FGTB), auquel les parties ont pu répliquer. L'affaire a été plaidée et ensuite prise en délibéré lors de la même audience.
3. Le Tribunal a pris en considération dans son délibéré les pièces inventoriées au dossier de la procédure, et notamment :
 - la requête déposée au greffe le 25 novembre 2022 ;
 - l'ordonnance de mise en état du 20 juin 2023 (article 747, §2 du Code judiciaire) ;
 - les conclusions pour Madame L du 10 novembre 2023 ;
 - les conclusions pour la FGTB du 1^{er} décembre 2023 ;
 - les dossiers de pièces déposés par les parties ;
 - le dossier de l'Auditorat.

Lors de l'audience publique du 5 décembre 2023, les parties ont confirmé qu'elles avaient convenu de déroger au calendrier fixé par l'ordonnance de mise en état.

II. Décision contestée – objet de l'action

A. Décisions contestées

4. Par sept décisions des 26 septembre et 3 octobre 2022, la FGTB a décidé de récupérer les montants suivants :

- 365,3 € pour le mois de janvier 2021 ;
- 302,07 € pour le mois de février 2021 ;
- 379,35 € pour le mois de mars 2021 ;
- 365,30 € pour le mois d'avril 2021 ;
- 365,30 € pour le mois de mai 2021 ;
- 365,30 € pour le mois de juin 2021 ;
- 359,10 € pour le mois de juillet 2021.

Les sept décisions sont motivées de manière identique :

« Lors de la vérification de vos allocations de chômage, l'ONEM a déterminé, en application de l'arrêté royal du 25/11/1991, que vous avez perçu un montant trop élevé d'allocations pour le mois de X soit X euros. (...) Et ceci pour la (les) raison(s) suivante(s) : TROP PERCU.

L'ONEM a décidé que vous devez rembourser ce montant.

(...)

Pour cette récupération, nous nous basons sur les articles 164 jusqu'à 168bis et en particulier l'article 167, §2 de l'AR du 25/11/1991. »

Par une huitième décision non produite par les parties, mais pouvant être déduite de la décision de rejet de l'ONEM¹, la FGTB a également décidé de récupérer le montant de 172,90 € pour le mois d'août 2021.

B. Objet de l'action

5. Par conclusions de synthèse du 10 novembre 2023, Madame L demande :

- de dire la demande recevable et fondée ;
- de mettre à néant les 8 décisions de récupération de l'ONEM ;
- à titre principal, de considérer qu'elle avait droit au régime transitoire institué par l'arrêté royal du 2 mai 2021 ;
- à titre subsidiaire, de considérer que la FGTB (et/ou l'ONEM) a commis une faute et dès lors, en application de l'article 1382 du Code civil, les condamner à des dommages et intérêts équivalents au montant journalier qu'elle aurait perçu soit 52,2 €/jour au lieu de 37,72 €/jour pour la période du 1^{er} janvier

¹ Dossier administratif de l'ONEM, pp. 299 et 300.

- 2021 au 31 août 2021, soit un montant de 2.674,62 € à majorer des intérêts au taux légal à dater de la requête introductive d'Instance ;
- à titre infiniment subsidiaire, constater que le régime transitoire institué par l'arrêté royal du 2 mai 2021 précité viole les articles 10 et 11 de la Constitution en ce qu'il octroie une augmentation temporaire des montants minimums de certains travailleurs du secteur artistique et exclut de ce régime les personnes ayant sollicité la demande de statut d'artiste pendant la période Covid sans justification raisonnable et, en application de l'article 159 de la Constitution, considérer que la concluante avait droit à une augmentation de ses allocations de chômage soit 52,2 €/jour au lieu de 37,72 €/jour pour la période du 1^{er} janvier 2021 au 31 août 2021 ;
 - En tout état de cause, condamner la FGTB (et/ou l'ONEM) aux frais et dépens de l'instance, en ce compris l'indemnité de procédure, liquidée à 327,96 €.

III. Recevabilité

6. La procédure a été introduite par une requête reçue au greffe du Tribunal le 28 novembre 2022 dirigée contre les sept premières décisions de la FGTB des 26 septembre et 3 octobre 2023. Conformément à l'article 7, §11, alinéa 2, de l'arrêté-loi du 28 décembre 1944 concernant la sécurité sociale des travailleurs et à l'article 23 de la loi du 11 avril 1995 visant à instituer « la Charte » de l'assuré social, la requête est régulière en la forme et est recevable.

La décision de récupération du mois d'août 2021 n'était initialement pas contestée par la requête. La FGTB ne produisant pas de preuve de sa notification ou de sa date de prise de connaissance par Madame L., elle est également recevable *ratione temporis*.

Par ailleurs, s'agissant d'une extension de la demande fondée sur un fait ou un acte invoqué dans la requête, le recours portant contre cette décision est recevable, conformément à l'article 807 du Code judiciaire.

IV. Résumé des faits à l'origine du litige

7. Par formulaire C1 du 28 août 2019, Madame L. a demandé le bénéfice des allocations de chômage à partir du 19 août 2019².

Elle a joint à sa demande un formulaire C1A artiste, dans lequel elle a déclaré des activités de sculptrice, exercées depuis le 1^{er} janvier 2015³, ainsi que les contrats et les C4 relatifs à ses dernières prestations artistiques.

8. Le 18 août 2020, Madame L. a demandé le bénéfice de l'application de l'article 116, §5 de l'AR à partir du 19 août 2020, et elle a joint les preuves de ses prestations artistiques⁴.

² Dossier administratif de l'ONEM, p. 1 et suiv.

³ Dossier administratif de l'ONEM, p. 5 et suiv.

⁴ Dossier administratif de l'ONEM, p. 72 et suiv.

L'ONEM lui a accordé le statut d'artiste⁵. Toutefois, les parties exposent que, du fait du gel de la dégressivité des allocations de chômage pendant le COVID (voy. *infra* n° 18), l'article 116, §5 de l'AR n'a pas été appliqué à Madame L.

9. Postérieurement à cette date, Madame L a encore déclaré plusieurs prestations artistiques à l'ONEM, et l'ONEM a récupéré certains montants suite à ces déclarations. Ces décisions ne faisant pas l'objet du litige, elles ne seront pas détaillées plus avant.

10. En 2021 et 2022, l'ONEM a procédé à une vérification des dépenses effectuées par la FGTB⁶, et il a rejeté divers montants.

Ces montants ont alors fait l'objet des décisions litigieuses de récupération de la FGTB⁷.

11. Par mail du 18 octobre 2022⁸, la FGTB a indiqué ce qui suit à Madame L

« Vous avez effectivement trop perçu pendant les mois de janvier 2021 jusqu'au juillet 2021. Le problème vient des avantages accordés à les artistes pendant la période de confinement.

Il y avait un avantage accordé à tous ceux qui avaient déjà droit au statut avant le covid commençait. Etant donné que vous avez prouvé le statut pendant la période l'avantage n'était pas d'application pour vous. Malgré tout le programme a erronément versé l'avantage quand même.

Maintenant on est malheureusement obligé de rembourser les montants trop perçu et par conséquent d'enlever chaque fois 10 pourcent de votre allocation (...) ». (sic)

12. Ne pouvant marquer son accord avec les décisions de récupération de la FGTB, Madame L a introduit un recours par requête du 25 novembre 2022.

V. Position des parties et raisonnement du Tribunal

13. Madame L ; n'avait pas droit au supplément artiste. Toutefois, la FGTB a commis une erreur en lui octroyant ce supplément, de sorte que ses décisions de révision ne peuvent avoir d'effet rétroactif (art. 17, al. 2 de la Charte).

Le recours est non fondé en ce qu'il est dirigé contre l'ONEM.

Cette décision est motivée par les raisons suivantes.

⁵ Dossier administratif de l'ONEM, p. 147.

⁶ Dossier administratif de l'ONEM, p. 275 et suiv.

⁷ Pièces annexées à la requête de Madame L.

⁸ Pièce annexée à la requête de Madame L.

A. Recours dirigé contre la FGTB

1. En droit – Dispositions légales

a. Statut artiste et règles dérogatoires liées au COVID

14. Les personnes effectuant des prestations artistiques bénéficient d'un régime dérogatoire relatif notamment au montant de leurs allocations de chômage au vu des spécificités liées à leur secteur d'activité.

Ainsi, l'article 116, §5 de l'arrêté royal du 25 novembre 1991 portant réglementation du chômage (ci-après « l'AR ») tel qu'en vigueur au cours de la période visée par les décisions litigieuses permet au travailleur qui a effectué 156 jours de travail, dont minimum 104 jours de travail artistique sur une période de 18 mois précédant l'expiration de la troisième phase d'indemnisation du chômage, de conserver le montant des allocations de chômage (plafonné) pendant une période supplémentaire de 12 mois.

Cet avantage est à nouveau octroyé sur demande pour douze mois si le travailleur apporte la preuve dans une période de référence de douze mois qui précède l'expiration de l'avantage précédemment octroyé, d'au moins 3 prestations artistiques qui correspondent à au moins 3 journées de travail au sens de l'article 37 de l'AR.

15. Par ailleurs, plusieurs mesures ont été prises en vue d'améliorer le statut des artistes pendant la période du COVID.

16. D'une part, la loi du 15 juillet 2020 améliorant la situation des travailleurs du secteur culturel (ci-après « loi du 15 juillet 2020 ») a adapté plusieurs règles en matière de chômage. L'article 4 de cette loi énonce :

« Les périodes de référence de respectivement douze et dix-huit mois visées aux paragraphes 5 et 5bis de l'article 116 de l'arrêté royal du 25 novembre 1991 portant réglementation du chômage sont suspendues pendant la période du 13 mars 2020 au 30 septembre 2021 inclus.

La période de douze mois visés à l'article 116, §§ 5 et 5bis, premier et quatrième alinéa, du même arrêté royal du 25 novembre 1991, le cas échéant prolongée en application de l'article 116, §§ 5 et 5bis, sixième alinéa, qui prend fin durant la période du 13 mars 2020 au 30 septembre 2021 inclus est prolongée jusqu'au 30 septembre 2021 inclus. »

17. D'autre part, l'article 2 de l'arrêté royal du 2 mai 2021 complétant les mesures prises par la loi du 15 juillet 2020 améliorant la situation des travailleurs du secteur culturel et augmentant temporairement les montants minimums des allocations de certains travailleurs occupés dans le secteur artistique (« AR du 2 mai 2021 »), qui

était en vigueur du 1^{er} janvier au 1^{er} octobre 2021⁹, énonce :

*« Par dérogation à l'article 115 de l'arrêté royal du 25 novembre 1991 portant réglementation du chômage, pour le travailleur dont le montant de l'allocation de chômage est fixé conformément à l'article 116, §5, ou 116, §5bis, le montant journalier minimum de l'allocation de chômage est fixé à :
1° 59,25 euros pour le travailleur ayant charge de famille ;
2° 52,20 euros pour le travailleur isolé et pour le travailleur cohabitant.
Les montants visés à l'alinéa précédent ne sont pas indexés conformément à l'article 113 du même arrêté royal du 25 novembre 1991. »*

18. Enfin, l'article 5, al. 1 de l'arrêté royal du 23 avril 2020 assouplissant temporairement les conditions dans lesquelles les chômeurs, avec ou sans complément d'entreprise, peuvent être occupés dans des secteurs vitaux et gelant temporairement la dégressivité des allocations de chômage complet (ci-après « AR du 23 avril 2020 ») a gelé la dégressivité des allocations de chômage pour tous les chômeurs :

« La phase ou la phase intermédiaire de la période d'indemnisation, déterminée conformément à l'article 114 du même arrêté royal du 25 novembre 1991, dans laquelle le chômeur complet se trouve au 1er avril 2020, est prolongée de 18 mois. »

b. Récupération par l'organisme de paiement des dépenses rejetées par l'ONEM

19. Le Tribunal reprend intégralement ci-après les termes d'un jugement prononcé le 17 mai 2019 par le Tribunal du travail francophone de Bruxelles, autrement composé (R.G. n° 18/3106/A), dans un litige où une erreur de l'organisme de paiement était également invoquée.

« (i) L'article 169 de l'arrêté royal du 25 novembre 1991

« Selon le 1^{er} alinéa de l'article 169 de l'arrêté royal du 25 novembre portant réglementation du chômage, « toute somme perçue indûment doit être remboursée ». Cette disposition ne peut cependant trouver à s'appliquer que dans le respect des autres dispositions en vigueur et, notamment, des dispositions examinées ci-après.

(ii) L'article 17 de la charte de l'assuré social

Il importe tout d'abord de préciser que la loi du 11 avril 1995 visant à instituer « la charte » de l'assuré social est applicable, comme telle et à tout le moins a priori et sauf disposition spéciale contraire, tant à l'O.N.Em. qu'aux organismes de paiements¹⁰.

⁹ Art. 3 de l'AR du 2 mai 2021.

¹⁰ Voir à ce propos et pour ce qui concerne plus particulièrement son application aux organismes de paiement, dont la C.A.P.A.C. : M. SIMON, « Erreur de l'organisme de paiement des allocations de chômage : récupération de l'indu et responsabilité », *J.T.T.*, 2017, p. 197 et s.

Selon le 1^{er} alinéa de l'article 17 loi du 11 avril 1995 visant à instituer « la charte » de l'assuré social, la rectification d'une décision entachée d'une erreur de droit ou matérielle produit ses effets à la date à laquelle la décision rectifiée aurait dû prendre effet ; la rectification opère ainsi en principe avec effet rétroactif.

Le 2^{ème} alinéa dispose cependant que lorsque l'erreur à l'origine de la rectification est due à l'institution de sécurité sociale, la rectification ne produit ses effets que le premier jour du mois qui suit la notification de la nouvelle décision si le droit à la prestation est inférieur à celui reconnu précédemment ; la rectification qui intervient à la suite d'une erreur commise par une institution de sécurité sociale opère ainsi en principe sans effet rétroactif lorsqu'elle est défavorable à l'assuré social, en manière telle que celui-ci peut conserver les allocations qui lui ont été paiement indûment avant la rectification.

Selon le 3^{ème} alinéa de l'article 17 de la charte de l'assuré social, la rectification opère cependant toujours avec effet rétroactif « si l'assuré social sait ou devait savoir, dans le sens de l'arrêté royal du 31 mai 1933 concernant les déclarations à faire en matière de subventions, indemnités et allocations, qu'il n'a pas ou plus droit à l'intégralité d'une prestation » (3^{ème} alinéa de l'article 17).

Cette dernière disposition vise « essentiellement l'hypothèse de la fraude, du dol ou du cas dans lequel l'assuré social s'est abstenu de procéder à une déclaration qui lui incombe, soit en vertu de la législation applicable, soit en vertu d'un engagement antérieur »¹¹.

Il est par ailleurs généralement considéré que c'est à l'institution de sécurité sociale qu'il revient de prouver que l'assuré social savait ou devait savoir qu'il n'avait pas droit à toute ou partie de la prestation qui lui a été octroyée par erreur¹².

(iii) L'article 2 de la charte de l'assuré social

Cette disposition définit comme suit la « décision » visée notamment par l'article 17 de la loi du 11 avril 1995 : « l'acte juridique unilatéral de portée individuelle émanant d'une institution de sécurité sociale et qui a pour but de produire des effets juridiques à l'égard d'un ou plusieurs assurés sociaux ».

¹¹ H. MORMONT et J. MARTENS, « La révision des décisions administratives et la récupération de l'indu dans la Charte de l'assuré social », in *Dix ans d'application de la Charte de l'assuré social*, Kluwer – Etudes pratiques de droit social 2008/1, n° 75, p. 69.

¹² H. MORMONT, « La révision des décisions administratives et la récupération des allocations de chômage payées indûment », in *La réglementation du chômage : vingt ans d'application de l'arrêté royal du 25 novembre 1991*, Kluwer – Etudes pratiques de droit social 2011/5, p. 653 et s.

(iv) L'article 149 de l'AR

L'article 149, §1^{er} de l'AR dispose qu'en application de l'article 17 de la charte de l'assuré social, l'O.N.Em. peut revoir d'office une décision ou le droit aux allocations :

- *avec effet rétroactif, « à la date de l'octroi erroné ou irrégulier ou à la date à laquelle le chômeur ne satisfait pas ou ne satisfait plus à toutes les conditions requises pour pouvoir bénéficier des allocations, s'il s'avère que les allocations ont été accordées sans erreur du bureau de chômage » (point 4° du 1^{er} alinéa de l'article 149, §1^{er}) ;*
- *sans effet rétroactif, « à partir du premier jour du mois qui suit le troisième jour ouvrable après la remise à la poste de la lettre par laquelle conformément à l'article 146, la décision est portée à la connaissance du chômeur, ou à défaut, après l'envoi de la décision à l'organisme de paiement, lorsqu'il constate que la décision est entachée d'une erreur juridique ou matérielle dans le chef du bureau de chômage, par laquelle des allocations ont été octroyées indûment, en tout ou en partie » (point 2° du 1^{er} alinéa) ;*
- *mais avec effet rétroactif néanmoins, même dans ce dernier cas, « lorsque la décision erronée a donné lieu à un paiement d'allocations auquel l'assuré social n'avait pas droit et qu'il a conservé de mauvaise foi, alors qu'il savait ou devait savoir, dans le sens de l'arrêté royal du 31 mai 1933 concernant les déclarations à faire en matière de subventions, indemnités et allocations, qu'il n'a pas ou plus droit à l'intégralité de l'allocation » (2^{ème} alinéa, 2° de l'article 149).*

La référence faite par cette dernière disposition à l'arrêté royal du 31 mai 1933 appelle évidemment les mêmes considérations que celles développées ci-avant, sous le point (ii) du présent jugement, à propos de la référence déjà faite à cet arrêté royal par le 3^{ème} alinéa de l'article 17 de la charte de l'assuré social.

(v) L'article 18bis de la charte de l'assuré social et l'article 166 de l'AR

L'article 18bis de la charte de l'assuré social autorise le Roi à déterminer les régimes de sécurité sociale « pour lesquels une décision relative aux mêmes droits, prise à la suite d'un examen de la légalité des prestations payées, n'est pas considérée comme une nouvelle décision pour l'application des articles 17 et 18 ».

Faisant application de cette disposition, l'article 166 de l'AR dispose que les décisions visées à l'article 164 de l'AR « ne sont pas considérées comme de nouvelles décisions pour l'application des articles 17 et 18 de la Charte ». Les décisions visées à l'article 164 de l'AR sont les décisions d'élimination, de rejet ou de proposition de complément qui sont prises par l'O.N.Em. dans le cadre de la vérification des dépenses effectuées par les organismes de paiement (article 164, §3 et suivants).

Ces décisions peuvent donc opérer avec effet rétroactif.

(vi) L'article 167 de l'AR

Selon le point 3° du §1^{er} de cette disposition, « l'organisme de paiement est responsable [...] des paiements qu'il a effectués en ne se conformant pas aux dispositions légales et réglementaires ».

Le cas échéant, il peut, toutefois, poursuivre la récupération des sommes payées indûment à la charge du chômeur, en vertu du 1^{er} alinéa du §2 de l'article 167.

Selon le point 4° du §1^{er} de cette même disposition, l'organisme de paiement est également responsable « des paiements qu'il a effectués et qui ont été rejetés ou éliminés par le bureau du chômage exclusivement en raison d'une faute ou d'une négligence imputable à l'organisme de paiement ».

Le cas échéant, il ne peut pas poursuivre la récupération des sommes payées à la charge du chômeur, cette récupération étant expressément exclue en pareil cas par le 2^{ème} alinéa du § 2 de l'article 167.

La question se pose évidemment de savoir si ces dispositions sont conformes à l'article 17 de la charte de l'assuré social, singulièrement en cas de paiement indu effectué à la suite d'une erreur de l'organisme de paiement.

(vii) Quant à la jurisprudence de la Cour de cassation en la matière

Selon la jurisprudence constante de la Cour de Cassation, le 2^{ème} alinéa du §2 de l'article 167 de l'AR n'est applicable que « lorsque le droit du travailleur aux allocations de chômage auxquelles correspond [la] dépense [rejetée ou éliminée] existe indépendamment de la faute ou de la négligence de l'organisme de paiement »¹³. Il en résulte que « le juge ne peut refuser à l'organisme de paiement la récupération des sommes payées, même suite à une erreur de celui-ci, lorsque le chômeur n'avait pas effectivement droit à ces sommes »¹⁴.

Certaines critiques ont été émises à l'encontre de cette jurisprudence, en ce qu'elle provoquerait « une rupture manifeste avec la protection conférée aux assurés sociaux par l'article 17, alinéa 2 de la Charte »¹⁵ et ce, alors même que cette dernière disposition constitue « un acquis assez fondamental », « à savoir la garantie de non récupération de l'indu perçu de bonne foi et en raison d'une erreur de l'administration », laquelle n' « est du reste [qu']une application légale du principe de légitime confiance »¹⁶.

¹³ Cass. 9 juin 2008, S.07.0113.F, www.cass.be ; voir également : Cass. 27 septembre 2010, S.09.0055.F, www.cass.be et Cass. 6 juin 2016, S.12.0028.F.

¹⁴ T.T. Bruxelles, 17^{ème} chambre, 26 juillet 2013, R.G. n° 11/11800/A, www.terralaboris.be.

¹⁵ M. Simon, précité, n° 5, *in fine*.

¹⁶ H. Mormont, précité, n° 38 ; voir également : C.T. Liège, 13^{ème} chambre, 6 décembre 2011, R.G. n° 2010/AN/193, www.iuridat.be.

Cela étant, par un arrêt prononcé le 6 juin 2016, la Cour de Cassation a encore confirmé sa jurisprudence sur cette question, tout en précisant que l'article 167, §2, alinéa 2 de l'arrêté royal du 25 novembre 1991 n'était pas discriminatoire à l'égard du « chômeur qui fait, à la suite du contrôle des dépenses de son organisme de paiement, l'objet par celui-ci d'une mesure de récupération d'allocations qui lui ont été payées indûment » – lequel ne pourrait pas se prévaloir de l'article 17, alinéa 2 de la charte de l'assuré social pour contester le caractère rétroactif de la récupération dont il fait l'objet à l'intervention de son organisme de paiement, en raison de l'article 166, alinéa 2 de l'arrêté royal du 25 novembre 1991 – et ce, ni par rapport au « chômeur à l'égard duquel le directeur du bureau du chômage reçoit une décision entachée d'une erreur juridique ou matérielle commise par le bureau en vertu de laquelle des allocations lui ont été octroyées indûment », ni par rapport à l'« assuré social à l'égard duquel l'institution de sécurité sociale débitrice de prestations sociales reçoit une décision entachée d'erreur de droit ou matérielle en vertu de laquelle ces prestations sociales lui ont été octroyées indûment » – lesquels peuvent se prévaloir le cas échéant de l'article 17, alinéa 2 de la charte de l'assuré social –, au motif que la situation de ces différentes catégories de chômeurs ou d'assurés sociaux ne serait pas comparable¹⁷.

(viii) Quant aux critiques formulées à l'encontre de cette jurisprudence de la Cour de cassation

L'arrêt prononcé le 6 juin 2016 par la Cour de cassation n'a pas empêché certains de continuer à contester sa jurisprudence selon laquelle le 2^{ème} alinéa de l'article 167, §2 de l'arrêté royal ne trouverait pas à s'appliquer en cas de paiement indu, en faisant valoir qu'elle « ajoute une condition que le texte clair de cet article ne contient pas », dès lors qu'« à aucun moment, il n'est fait état d'une différence selon que le chômeur avait ou non effectivement droit aux paiements rejetés par l'O.N.Em. » et que « le seul critère est : s'agit-il exclusivement d'une erreur de l'organisme de paiement ? »¹⁸. D'autres ont par ailleurs continué à écarter purement et simplement l'article 167, §2 de l'AR dans son ensemble, par application de l'article 159 de la Constitution, au motif qu'« en tant qu'il élargit les possibilités de récupération [il] ne peut prévaloir sur l'article 17 de la Charte de l'assuré social »¹⁹ et/ou à nouveau pour cause de discrimination injustifiée²⁰. Ainsi et notamment la Cour de

¹⁷ Cass. 6 juin 2016, S.12.0028.F, www.cass.be.

¹⁸ M. SIMON, précité, n° 9.

¹⁹ C. trav. Bruxelles, 8^{ème} chambre, 21 juin 2017, R.G. n° 2016/AB/8 ; à noter que cet arrêt parle de l'article 167, §1^{er} ; s'agissant toutefois de la problématique de la récupération à la charge du chômeur, la disposition concernée est bien l'article 167, §2.

²⁰ C. trav. Gand, 9 avril 2018, J.T.T. 2018, p. 469 ; C. trav. Bruxelles, 8^{ème} chambre, 8 juin 2017, R.G. n° 2015/AB/1156, ce dernier arrêt écartant l'article 167, §2 de l'arrêté royal du 25 novembre 1991 après avoir écarté l'article 166, §2 pour cause de discrimination injustifiée ; ce dernier arrêt ne fait certes aucune référence à l'arrêt de la Cour de cassation du 6 juin 2016 dont question ci-avant, sous le point 16 du présent Jugement mais sa motivation n'en demeure pas moins solide et convaincant ; voir également : T. trav. Bruxelles, 17^{ème} chambre (autrement composée), 30 mars 2019, R.G. n° 18/1601/A et R.G. n° 18/3463/A.

travail de Liège s'est prononcée en ce sens dans les termes suivants :

« [...] cet article 167, §1^{er}, 4^o [de l'arrêté royal du 25 novembre 1991] engendre une discrimination qui pèse sur le chômeur en raison du mécanisme de l'introduction et de la vérification des dépenses payées par un O.P. sur base de la décision de principe de l'ONEm et sous son contrôle (la carte d'allocation autorise et fixe le cadre de l'octroi qui est contrôlé ultérieurement) alors que du point de vue du chômeur, cette circonstance est totalement indifférente.

Ce chômeur se trouve, sous l'angle du droit aux prestations sociales et au regard des objectifs de la charte de l'assuré social, dans une situation très concrètement comparable à celle de l'assuré social qui reçoit un paiement indu de l'ONEm ou de toute autre institution de sécurité sociale qu'est d'ailleurs au même titre, un O.P., s'agissant d'un organisme coopérant à qui s'applique par ailleurs la charte de l'assuré social.

L'analyse de la discrimination qui commence par le test préalable de comparabilité doit, en effet, se réaliser au regard du but poursuivi par la règle générale de protection édictée en matière de sécurité sociale par l'article 17 de la charte de l'assuré social.

Il s'agit de prendre en considération deux catégories de personnes constituées toutes deux d'assurés sociaux et qui sont toutes deux concernées par une demande de récupération d'un indu qui résulte de la faute exclusive de l'institution de sécurité sociale : tous se trouvent dans la même situation. [...]

Le seul fait que dans le cadre de l'article 164 de l'A.R. chômage, la décision de rejet de l'institution de droit public qu'est l'ONEm - qui va fonder la décision de récupération prise par l'O.P. - se rapporte à un paiement exécuté par l'O.P. au départ d'une carte d'allocation délivrée par l'ONEm, ne permet pas de valider une dérogation à la règle fondamentale voulue par le législateur qui repose sur la sécurité et sur la protection juridique des assurés sociaux.

Ce paiement repose, en outre, sur une décision de l'O.P. qui finalise l'octroi et détermine le montant à payer conformément au mécanisme spécifique de décision d'octroi des allocations et il s'agit, bien sûr, de considérer un paiement qui est conforme à cette procédure.

La différenciation retenue par la jurisprudence de la Cour de cassation - qui ne semble pas envisager l'intervention de l'O.P. autrement que comme un acte d'exécution d'une décision d'octroi prise par l'ONEm - est artificielle pour un assuré social qui n'a pas choisi et ne peut choisir de recourir à un autre mécanisme que celui mis en place par l'article 164 de l'A.R. chômage.

Le chômeur se retrouve sans interlocuteur responsable, du seul fait de la « délégation » donnée par l'ONEm à l'O.P. or, cette délégation emporte une part de décision.

Si l'article 18bis permet d'introduire au niveau sectoriel une dérogation au principe général prévu par l'article 17 pour le mécanisme de vérification des dépenses - défini comme une prise de décision relative aux mêmes droits, à la suite d'un examen de la légalité des prestations payées - c'est bien que ce mécanisme doit être, à défaut, analysé comme tout autre cas de révision d'une décision au sens de la charte de l'assuré social.

La différence de situation retenue par la Cour de cassation pour exclure la comparabilité qui ouvre l'examen au fond de la question de la discrimination, repose sur les modalités du processus décisionnel d'octroi du droit aux allocations qui ne sont pas un critère déterminant ni pertinent au regard de l'objectif poursuivi.

Pour tout assuré social, recevoir un paiement (dont il n'est pas spécifié qu'il est perçu à titre d'avance ou sous une quelconque réserve) suite à l'introduction d'une demande équivaut à recevoir une décision d'octroi.

Ce paiement n'est que le reflet d'une décision combinée prise par l'ONEm (qui délivre une carte d'allocation) et l'organisme de paiement (qui paie et qui détermine à tout le moins le montant de l'allocation dans le cadre prédéfini).

Tous sont des assurés sociaux dont les droits sont gérés par des Institutions de sécurité sociale et tous se trouvent donc dans une situation comparable.

Ils sont cependant traités de manière différente sans qu'une justification spécifique pertinente n'apparaisse pour interdire la récupération dans un cas et pas dans l'autre au regard du principe fondamental de sécurité juridique qui constitue l'objectif de cette réglementation.

Reconnaître une telle justification reviendrait à remettre le principe général en cause puisqu'aucune justification n'est spécifique à un secteur.

Les conséquences budgétaires, la complexité du droit, la complexité de la gestion des droits, la mouvance des situations des assurés sociaux, ... sont des facteurs présents dans tous les secteurs de la sécurité sociale pour tous les assurés sociaux. [...]

L'analyse ne vaut bien sûr que pour un assuré social de bonne foi comme c'est le cas en l'espèce : il n'est pas démontré ni soutenu que Madame C., bénéficiaire du statut de travailleur à temps partiel avec maintien des droits, dans le cadre du paiement d'allocations de chômage complémentaires à ses revenus professionnels, savait ou devait savoir qu'elle n'avait pas droit à ces allocations ou demi-allocations sur base d'un calcul mensuel variable, en présence de montants compatibles avec sa situation.

Sous cet angle, la cour ne peut adhérer à la jurisprudence de la Cour de cassation telle qu'elle résulte de son arrêt du 6 juin 2016 et en ce qu'elle exclut la discrimination subie par un assuré social confronté au mécanisme prévu par l'article 164 de l'arrêté royal chômage.

Tant l'article 166, alinéa 2, que l'article 167, §2, alinéa 2, de cet arrêté royal engendrent une discrimination.

Ces articles doivent donc être écartés en application de l'article 159 de la Constitution au profit de l'application de l'article 17, alinéa 2, de la charte de l'assuré social qui, sans cette dérogation, s'applique également à ce cas de révision ».

La légalité même des articles 166 et 167 de l'AR est enfin également déniée par certains pour défaut de motivation adéquate de l'urgence invoquée à l'appui de leur adoption par deux arrêtés royaux du 30 avril 1999²¹. »

c. Illégalité des articles 166 et 167 de l'AR pour défaut de motivation de l'urgence

20. En ce qui concerne plus spécifiquement la légalité des articles 166 et 167 de l'AR pour défaut de motivation adéquate de l'urgence – dont la Cour de cassation n'a pas encore eu à connaître – le Tribunal note ce qui suit.

Ces articles ont été insérés par :

- un arrêté royal du 30 avril 1999 adaptant l'arrêté royal du 25 novembre 1991 portant réglementation du chômage à la charte de l'assuré social (article 166). Le préambule de cet arrêt royal mentionne ce qui suit :

« Vu l'urgence motivée par la circonstance que la loi du 11 avril 1995 visant à instituer " la Charte " de l'assuré social est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1997 de sorte que les mesures d'exécution doivent aussi produire leurs effets le 1^{er} janvier 1997, pour autant qu'il soit possible matériellement; que les différentes institutions de sécurité sociale devaient rédiger les projets d'arrêtés pour leur secteur afin d'adapter leur réglementation aux dispositions de la charte; que pour assurer l'exécution de cette loi dans le secteur de l'assurance-chômage et afin de garantir la protection de l'assuré social visée par le législateur par le biais de la charte, il est indispensable que le présent arrêté soit pris dans les délais le plus brefs ;

Vu l'avis du Conseil d'Etat, donné le 9 mars 1999, en application de l'article 84, alinéa 1^{er}, 2^o, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat. »

- un arrêté royal du 30 avril 1999 adaptant les articles 138, 161 et 167 de l'arrêté royal du 25 novembre 1991 portant réglementation du chômage à la charte de l'assuré social.

Le préambule de cet arrêt royal mentionne ce qui suit :

« Vu l'urgence motivée par la circonstance que la loi du 11 avril 1995 visant à instituer " la Charte " de l'assuré social est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1997 de sorte que les mesures d'exécution doivent aussi produire leurs effets le

²¹ C. trav. Liège 6 juin 2018, précité ; C. trav. Bruxelles, 8^{ème} chambre, 21 juin 2017, précité ; C. trav. Bruxelles 22 avril 2015, R.G. n° 2013/AB/858, www.terralaboris.be.

1^{er} janvier 1997, pour autant qu'il soit possible matériellement ; que les différentes Institutions de sécurité sociale devaient rédiger les projets d'arrêtés pour leur secteur afin d'adapter leur réglementation aux dispositions de la charte; que pour assurer l'exécution de cette loi dans le secteur de l'assurance-chômage et afin de garantir la protection de l'assuré social visée par le législateur par le biais de la charte, il est indispensable que le présent arrêté soit pris dans les délais le plus brefs ;

Vu l'avis du Conseil d'Etat, donné le 13 avril 1999, en application de l'article 84, alinéa 1^{er}, 2^o, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat. »

Dans les deux avis²², la section de législation du Conseil d'Etat a émis une réserve sur le caractère avéré de l'urgence :

« Bien que le Conseil d'Etat, section de législation, ne dispose pas de tous les éléments de fait voulus pour apprécier avec précision la motivation citée, il estime devoir néanmoins souligner qu'au cas où il serait fait application de l'article 84, alinéa 1^{er}, 2^o, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, l'adéquation de la motivation à reproduire dans le préambule pourra être vérifiée ensuite, tant par le Conseil d'Etat, section d'administration, que par les cours et tribunaux. »

21. La Cour du travail de Bruxelles a jugé ce qui suit au sujet de l'urgence :

a) Des modifications ont été apportées aux articles 166 et 167 de l'arrêté royal du 25 novembre 1991 par des arrêtés royaux du 30 avril 1999 de manière à rendre l'article 17 de la Charte inapplicable aux erreurs commises par les organismes de paiement. C'est ainsi que l'article 166, tel que modifié par l'article 16 de l'arrêté royal du 30 avril 1999 adaptant l'arrêté royal du 25 novembre 1991 portant réglementation du chômage à la charte de l'assuré social dispose :

« Les articles 144 à 146 du présent arrêté et l'article 10 de la Charte ne sont pas applicables aux décisions visées à l'article 164.

Les décisions visées à l'alinéa 1er ne sont pas considérées comme de nouvelles décisions pour l'application des articles 17 et 18 de la Charte. Elles ne sont pas régies par les dispositions reprises à l'article 149 ».

b) La cour du travail s'est déjà prononcée sur l'illégalité des arrêtés royaux du 30 avril 1999, dans les termes suivants :

« Monsieur U. ajoute que les modifications apportées aux articles 166 et 167 de l'arrêté royal résultent d'arrêtés royaux du 30 avril 1999, dont il y a lieu de constater l'illégalité.

La réduction du délai de consultation du Conseil d'Etat n'a en effet pas été motivée de manière suffisante.

²² Avis de la section de législation du C.E., L.29.116/1 et L.29.117/1 du 13 avril 1999 et L.28.290/1 et L.28.921/1 du 9 mars 1999.

La réduction du délai réduit a, pour l'un et l'autre des arrêtés royaux du 30 avril 1999, été motivée :

« ...par la circonstance que la loi du 11 avril 1995 visant à instituer la Charte de l'assuré social est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1997 de sorte que les mesures d'exécution doivent aussi produire leurs effets le 1^{er} janvier 1997, pour autant qu'il soit possible matériellement ; que les différentes institutions de sécurité sociale devaient rédiger les projets d'arrêtés pour leur secteur afin d'adapter leur réglementation aux dispositions de la charte ; que pour assurer l'exécution de cette loi dans le secteur de l'assurance-chômage et afin de garantir la protection de l'assuré social visée par le législateur par le biais de la charte, il est indispensable que le présent arrêté soit pris dans les délais le plus brefs » (voir M.B., 1^{er} juin 1999, p. 19.767)

Or, en l'espèce, le Conseil national du travail avait rendu un avis le 16 juin 1998 (avis n° 1233) sur des projets précédemment approuvés par le Comité de gestion de l'ONEm.

A la date à laquelle le Conseil d'Etat a été saisi d'une demande d'avis, l'urgence n'était donc pas justifiée puisqu'elle était imputable aux auteurs de la réglementation, qui ont tardé (pendant plus d'un an !) à donner suite aux avis du Comité de gestion et du C.N.T. : sans ce retard, la consultation du Conseil d'Etat aurait pu intervenir selon le délai ordinaire.

De même, le délai écoulé entre l'adoption de l'arrêté royal et sa publication dément l'urgence » (Cour trav. Bruxelles, 22 avril 2015, R.G. n° 20163/AB/858, www.terralaboris.be et commentaire mis en ligne le 7 novembre 2016).

Les arrêtés royaux du 30 avril 1999 ont été l'objet d'une demande d'avis au Conseil d'Etat dans un délai ne dépassant pas trois jours (voir l'article 84, 2°, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, tel qu'en vigueur au moment de l'adoption de ces arrêtés royaux) ; le Conseil d'Etat s'est prononcé le 9 mars 1999.

L'urgence invoquée à l'appui de la réduction du délai de consultation n'a de toute évidence pas été justifiée en l'espèce. Au vu du délai échu depuis la consultation du Conseil national du travail, le délai ordinaire aurait pu être respecté ; la justification figurant dans le préambule des arrêtés royaux apparaît, de même, assez stéréotypée et tautologique.

Surabondamment, le délai écoulé entre la date de l'avis du Conseil d'Etat (9 mars 1999), la date d'adoption de l'arrêté (le 30 avril 1999) et sa publication (au Moniteur du 1^{er} juin 1999), dément l'urgence alléguée.

La non-observation de la formalité substantielle que constitue la demande d'avis au Conseil d'Etat, sans que soit justifiée l'urgence invoquée pour réduire le délai, entraîne l'illégalité de l'arrêté (voir Cass. 9 septembre 2002, J.T.T. 2002, p. 437 ; voir aussi F. ETIENNE et B. GRAULICH, « Le respect des formalités de consultation de la section de législation du Conseil d'Etat dans la

réglementation du chômage » in Actualités de la sécurité sociale - évolution législative et jurisprudentielle, Commission Université-Palais, Larcier, 2004, p. 429 et spéc, p. 435, n° 9 ; Cour trav. Liège, 6 janvier 2004, Cftr. O.S., 2004, p. 397).

c) Dans la mesure où il faut écarter la modification apportée à l'article 166 de l'arrêté royal du 25 novembre 1991 par l'arrêté royal précité du 30 avril 1999, il faut se référer à la version antérieure de l'article 166 qui ne faisait pas usage de la dérogation permise par l'article 18bis de la Charte de l'assuré social. »²³

Dans le même sens, la Cour du travail de Liège a jugé :

« Deuxièmement, la cour constate l'illégalité de l'arrêté royal du 30.04.1999 qui a modifié l'article 166 de l'AR chômage en ce qu'il exclut du champ d'application de l'article 17, al. 2 de la charte de l'assuré social les décisions prises sur base de l'article 164 du même arrêté dans le cadre du contrôle des dépenses réalisés par l'ONEm.

La cour, sur ce point, se rallie à la doctrine et la jurisprudence citée supra et fait sienne l'analyse qui conclut au non-respect de l'article 3, §1^{er} des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat.

Cet article impose notamment au pouvoir exécutif, hors les cas d'urgence spécialement motivés, de soumettre à l'avis motivé de la section de législation, le texte de tous projets d'arrêtés réglementaires.

L'article 3bis exclut d'invoquer cette exception de l'urgence pour des projets d'arrêtés royaux qui peuvent abroger, compléter, modifier ou remplacer les dispositions légales en vigueur.

L'urgence peut justifier l'absence de consultation de la section de législation du Conseil d'Etat ou une consultation dans un très court délai (délai de 3 jours porté à 5 jours selon l'article 84 des lois coordonnées).

Une demande d'avis, sans motivation de l'urgence, peut également être sollicitée dans un délai d'un mois (même article 84 des lois coordonnées).

La régularité de la motivation spéciale invoquée par l'autorité est soumise au contrôle a posteriori de la section d'administration du Conseil d'Etat qui serait saisi d'un recours en annulation et des cours et tribunaux, en vertu de l'article 159 de la constitution.

Ce contrôle relève de l'ordre public.

²³ C. trav. Bruxelles, 8^{ème} chambre, 21 juin 2017, précité.

La motivation spéciale de l'urgence doit être contenue dans le préambule de l'acte réglementaire et doit répondre à trois conditions :

- 1- une condition de forme étant la présence même d'une motivation de l'urgence ;*
- 2- une première condition de fond étant l'exactitude du motif invoqué, notamment au regard de la préparation par nature diligente de cet acte (la date des avis préalables étant un indice de diligence) ou, a posteriori, par la parution de l'acte réglementaire qui doit être tout aussi rapide ;*
- 3- une seconde condition de fond étant la pertinence du motif invoqué.*

L'appréciation de ces conditions est sévère s'agissant d'une exception et l'obstacle ne sera pas surmonté si la motivation présente des allures tautologiques ou stéréotypées, des circonstances particulières idoines doivent être développées²⁴.

En l'espèce, les projets ont invoqués l'urgence pour obtenir un avis dans un délai réduit par la circonstance «que la loi du 11 avril 1995 visant à instituer la charte de l'assuré social est entrée en vigueur le 1er janvier 1997 de sorte que les mesures d'exécution doivent aussi produire leurs effets le 1er janvier 1997, pour autant qu'il soit possible matériellement; que les différentes institutions de sécurité sociale devaient rédiger les projets d'arrêtés pour leur secteur afin d'adapter leur réglementation aux dispositions de la charte ; que pour assurer l'exécution de cette loi dans le secteur de l'assurance-chômage et afin de garantir la protection de l'assuré social visée par le législateur par le biais de la charte, il est indispensable que le présent arrêté soit pris dans les délais le plus brefs »²⁵.

Le Conseil d'Etat s'est prononcé le 9 mars 1999.

La date d'adoption de l'arrêté est le 30 avril 1999 et celle de sa publication au Moniteur belge est le 1^{er} juin 1999.

Les avis préalables visés sont les suivants :

- l'avis du Conseil national du travail ;*
- l'avis du Comité de gestion de l'Office national de l'Emploi ;*
- l'avis de l'Inspecteur des Finances, donné le 29 janvier 1999 ;*
- l'accord de notre Ministre du Budget, donné le 30 mars 1999.*

La cour du travail de Bruxelles souligne dans les arrêts précités, et la cour fait sienne ces observations au regard de l'analyse méthodologique requise, que l'avis du Conseil national du travail a été rendu le 16.06.1998 (avis n° 1233) sur des projets précédemment approuvés par le Comité de gestion de l'ONEm ce qui permet de considérer qu' « à la date à laquelle le Conseil d'Etat a été

²⁴ F. ETIENNE et B. GRAULICH, « Le respect des formalités de consultation de la section de législation du Conseil d'Etat dans la réglementation du chômage » in *Actualités de la sécurité sociale - évolution législative et jurisprudentielle*, Commission Université-Palais, Larcler, 2004, pp. 431 à 440.

²⁵ M.B., 1^{er} juin 1999, pp. 19.758 et 19.767.

saisi d'une demande d'avis, l'urgence n'était donc pas justifiée puisqu'elle était imputable aux auteurs de la réglementation, qui ont tardé (pendant plus d'un an !) à donner suite aux avis du Comité de gestion et du C.N.T. : sans ce retard, la consultation du Conseil d'Etat aurait pu intervenir selon le délai ordinaire. De même, le délai écoulé entre l'adoption de l'arrêté royal et sa publication dément l'urgence ».

Le délai ordinaire aurait donc pu être respecté.

La motivation, sur le fond, dans sa pertinence, est stéréotypée et contradictoire s'agissant d'apprécier la dérogation qu'elle engendre au regard de l'objectif d'adaptation de la réglementation chômage aux dispositions de la charte afin de garantir la protection de l'assuré social visée par le législateur par le biais de la charte.

La sanction du non-respect de cette obligation est l'illégalité de l'arrêté royal qui doit être écarté au profit de la version antérieure de l'article 166 qui ne faisait pas usage de la dérogation permise par l'article 18bis de la charte de l'assuré social. »²⁶

d. Articles 10 et 11 de la Constitution

22. En vertu de l'article 159 de la Constitution, les cours et tribunaux n'appliqueront les arrêtés et règlements généraux, provinciaux et locaux, qu'autant qu'ils seront conformes aux lois. La règle est formulée en termes généraux et ne fait aucune distinction entre les actes administratifs qu'elle vise. Elle s'applique ainsi aux décisions même non réglementaires de l'administration et aux actes administratifs, fussent-ils individuels²⁷.

Sur la base de l'article 159 de la Constitution, les juridictions contentieuses ont ainsi le pouvoir et le devoir de vérifier, non seulement les irrégularités manifestes, mais plus globalement encore la légalité interne et externe de tout acte administratif sur lequel est fondée une demande, une défense ou une exception²⁸.

Il ne s'ensuit en revanche pas que, lorsque l'illégalité de l'acte administratif résulte d'une lacune contraire aux principes constitutionnels d'égalité et de non-discrimination, le juge puisse y remédier en étendant l'application de cet acte à la catégorie discriminée, fût-ce en écartant de la définition de son champ d'application les termes où gît la discrimination²⁹.

²⁶ C. trav. Liège 6 juin 2018, précité.

²⁷ Cass., 2 décembre 2002, R.G. n° C.98.0460.N, www.ljportal.be.

²⁸ Cass., 10 octobre 2007, J.T.T., 2008, p. 1 ; Cass., 4 décembre 2006, R.D.J.P., 2007, p. 87.

²⁹ Cass. (1^{re} ch.), 5 novembre 2020, C.18.0541.F, disponible en ligne sur www.ljportal.be. Voy. aussi R. VANDERBECK, « La Cour de cassation juge que l'article 159 de la Constitution ne permet pas de combler la lacune dont un règlement discriminatoire est affecté », A.P.T., 2021/1, pp. 145-151.

23. Selon la Cour constitutionnelle³⁰ :

« le principe d'égalité et de non-discrimination n'exclut pas qu'une différence de traitement soit établie entre des catégories de personnes, pour autant qu'elle repose sur un critère objectif et qu'elle soit raisonnablement justifiée. Ce principe s'oppose, par ailleurs, à ce que soient traitées de manière identique, sans qu'apparaisse une justification raisonnable, des catégories de personnes se trouvant dans des situations qui, au regard de la mesure considérée, sont essentiellement différentes.

L'existence d'une telle justification doit s'apprécier en tenant compte du but et des effets de la mesure critiquée ainsi que de la nature des principes en cause ; le principe d'égalité et de non-discrimination est violé lorsqu'il est établi qu'il n'existe pas de rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé. »

Dans le même sens, la Cour de cassation enseigne que ces règles impliquent « que tous ceux qui se trouvent dans la même situation soient traités de la même manière mais n'excluent pas qu'une distinction soit faite entre différentes catégories de personnes pour autant que le critère de distinction soit susceptible de justification objective et raisonnable ; l'existence d'une telle justification doit s'apprécier par rapport au but et aux effets de la mesure prise ; le principe d'égalité est également violé lorsqu'il n'existe pas de rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé »³¹.

2. Application en l'espèce

a. Madame L _____ n'avait pas droit au supplément artiste

24. Madame L _____ a bénéficié de l'application de l'article 5, al. 1 de l'AR du 23 avril 2020, de sorte qu'elle est restée dans une phase d'indemnisation antérieure à celle pour laquelle elle aurait pu bénéficier de l'application de l'article 116, §5 de l'AR (après les 12 premiers mois de chômage).

Or, le supplément prévu par l'AR du 2 mai 2021 vise explicitement le travailleur dont le montant de l'allocation de chômage est fixé conformément à l'article 116, §5. Du fait de la prolongation de sa période d'indemnisation en tant que chômeuse « ordinaire », le montant de l'allocation de chômage de Madame L _____ n'a jamais été fixé conformément à l'article 116, §5.

Par conséquent, elle n'avait pas droit au supplément artiste prévu par l'AR du 2 mai 2021.

³⁰ Jurisprudence constante. Voy. notamment C. const., 23 novembre 2017, n° 134/2017, B.5, www.const-court.be ; C. const., 30 avril 2015, n° 50/2015, B.16, www.const-court.be.

³¹ Cass., 3^e ch., 21 septembre 2015, R.G. n° S.13.0008.F, www.luoportal.be.

b. Constitutionnalité de l'AR du 2 mai 2021

25. Même si la demande de Madame L , d'examiner la constitutionnalité de l'AR du 2 mai 2021 n'est exprimée qu'à titre infiniment subsidiaire, le Tribunal est tenu de l'examiner d'office, conformément à l'article 159 de la Constitution, et avant l'existence d'une éventuelle faute de l'ONEM et/ou de la FGTB.

26. Madame L soulève une première potentielle différence de traitement entre les chômeurs dont le chômage est survenu ou non durant la période du 1^{er} janvier 2021 au 30 juin 2021, seuls les chômeurs dont le chômage est survenu pendant cette période ayant droit au supplément artistes.

Toutefois, il n'y a pas lieu d'examiner cette différence de traitement dans la mesure où elle n'est pas pertinente en l'espèce : Madame L était au chômage pendant la période visée par le supplément artiste, qui lui a été refusé pour une autre raison.

27. En revanche, la deuxième différence de traitement invoquée par Madame L est pertinente. Elle distingue :

- (i) Les travailleurs du secteur artistique ayant droit au supplément artiste ;
- (ii) Les travailleurs du secteur artistique ayant sollicité le statut d'artiste pendant la période COVID, n'ayant pas droit à ce supplément, en raison du fait que le montant de leurs allocations de chômage a été gelé, et que leur montant de leur allocation n'a pas été calculé conformément à l'article 116, §5 de l'AR.

28. Toutefois, l'article 159 de la Constitution permet uniquement au Tribunal d'écarter l'application de l'AR du 2 mai 2021, et non d'étendre son champ d'application pour inclure également la catégorie à laquelle appartient Madame L . Même dans l'hypothèse du constat de l'existence d'une discrimination, le Tribunal ne pourrait combler une lacune de l'AR du 2 mai 2021 et octroyer le supplément.

En d'autres termes, le constat de l'inconstitutionnalité éventuelle de l'AR du 2 mai 2021 n'a pas pour conséquence d'invalidier la demande de remboursement de la FGTB.

c. Ecartement des articles 166 et 167 de l'AR et application de l'article 17, al. 2 de la Charte

29. Le Tribunal se rallie pleinement à la jurisprudence des Cours du travail de Bruxelles et de Liège au sujet de l'illégalité des arrêtés royaux du 30 avril 1999 ayant inséré les articles 166 et 167 de l'AR en raison du fait que l'urgence invoquée par le Roi n'a pas été correctement motivée, et il renvoie intégralement aux développements de ces arrêts.

Par conséquent, il y a lieu d'écarter l'application des articles 166 et 167 de l'AR.

30. Dès lors, les décisions de récupération de la FGTB sont soumises à l'article 17, al. 2 de la Charte.

La FGTB a manifestement commis une erreur en payant à Madame L. des suppléments auxquels elle n'avait pas droit. Madame L. ne savait pas et ne pouvait pas savoir qu'elle y avait droit au vu :

- de la complexité de la matière ;
- du fait que les règles ont été modifiées à de nombreuses reprises pendant le COVID ;
- du fait que l'ONEM a fait droit à sa demande de bénéficier du statut artiste.

31. Par conséquent, les décisions de la FGTB doivent être annulées.

B. Recours dirigé contre l'ONEM

32. Madame L. invoque la responsabilité de l'ONEM à titre subsidiaire. Toutefois, aucune faute ne peut être imputée à l'ONEM, de sorte que le recours à son encontre sera déclaré non fondé.

VI. Décision du Tribunal

**PAR CES MOTIFS,
LE TRIBUNAL,**

Sur avis conforme de l'Auditorat du travail,

Déclare la demande de Madame L. à l'encontre de la FGTB recevable et fondée ;

Annule les décisions de récupération de la FGTB portant sur les périodes et les montants suivants :

- 365,3 € pour le mois de janvier 2021 ;
- 302,07 € pour le mois de février 2021 ;
- 379,35 € pour le mois de mars 2021 ;
- 365,30 € pour le mois d'avril 2021 ;
- 365,30 € pour le mois de mai 2021 ;
- 365,30 € pour le mois de juin 2021 ;
- 359,10 € pour le mois de juillet 2021 ;
- 172,90 € pour le mois d'août 2021.

Déclare la demande de Madame L. à l'encontre de l'ONEM recevable, mais non fondée ;

Condamne l'ONEM et la FGTB aux dépens de l'instance, soit 327,96 € à titre d'indemnité de procédure et 24 € à titre de contribution en faveur du Fonds budgétaire relatif à l'aide juridique de deuxième ligne (article 4, §2, alinéa 3 de loi du 19 mars 2017 instituant un fonds budgétaire relatif à l'aide juridique de deuxième ligne).

Délaisse à l'ONEM et à la FGTB la charge de leurs dépens.

Ainsi jugé par la 17^e chambre du Tribunal du travail francophone de Bruxelles à laquelle étaient présents et siégeaient :

F. -X G. ; Candidat-magistrat,
D. B Juge social employeur,
S. S , Juge social travailleur,

Et prononcé en audience publique du 16/01/2024 à laquelle était présent :

Fi X G. ; Candidat-magistrat,
assisté par M. Ai Al , Greffière.

La Greffière,

Les Juges sociaux,

Le Candidat-magistrat,

M.A. A

D. B

~~M. S. / B.~~

F-X. G