



Chambre 3
Numéro de rôle 2023/AM/186
Dxxxxxx Dxxxxx / ONEM
Numéro de répertoire 2024/
Arrêt contradictoire, définitif

COUR DU TRAVAIL DE MONS

ARRET

**Audience publique du
19 juin 2024**

SECURITE SOCIALE DES TRAVAILLEURS SALARIES – Allocations de chômage – Chômeur ayant été désigné au mandat d’administrateur d’une société commerciale et n’ayant pas renseigné cette activité auprès de l’ONEm – Décision d’exclusion du droit aux allocations de chômage prise par l’ONEm sur pied des articles 44, 45 et 71 de l’arrêté royal du 25 novembre 1991 – Activité effectuée pour son propre compte pouvant être intégrée dans le courant des échanges économiques de biens et services et qui n’est pas limitée à la gestion normale des biens propres au sens de l’article 45, alinéa 1^{er}, de l’arrêté royal du 25 novembre 1991 – Chômeur prouvant, toutefois, que le mandat d’administrateur n’a pas été exercé et, partant, qu’il n’a effectué aucune activité réelle et donc aucun travail au sens de l’article 45 de l’arrêté royal du 25 novembre 1991 – Annulation de la décision d’exclusion du droit aux allocations de chômage prise par l’ONEm.

Article 580, 2°, du Code judiciaire.

EN CAUSE DE :

Monsieur Dxxxxxx Dxxxxx, RRN xx.xx.xx-xxx.xx, domicilié à xxxx
xxxxxxxxx, xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx,

Partie appelante au principal, partie intimée sur incident, partie
demanderesse originaire, partie défenderesse sur reconvention,
comparaissant par son conseil Maître F B loco Maître N L,
avocate à 7000 MONS ;

CONTRE

OFFICE NATIONAL DE L’EMPLOI, en abrégé **ONEm**, BCE
xxxx.xxx.xxx, dont le siège est établi à xxxx xxxxxxxxxxxx,
xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx,

Partie intimée au principal, partie appelante sur incident, partie
défenderesse originaire, partie demanderesse sur reconvention,
comparaissant par son conseil Maître V G, avocat à 6000
CHARLEROI.

La cour du travail, après en avoir délibéré, rend, ce jour, l'arrêt suivant :

Vu, en original, l'acte d'appel établi en requête déposée au greffe le 1^{er} juin 2023 et visant la réformation d'un jugement contradictoire prononcé le 26 avril 2023 par le tribunal du travail du Hainaut, division de Mons ;

Vu, produites en forme régulière, les pièces de la procédure légalement requises et, notamment, la copie du jugement entrepris ;

Vu le dossier d'information complémentaire de l'auditorat général transmis par apostille du 19 juillet 2023 ;

Vu l'ordonnance de mise en état judiciaire prise en application de l'article 747, § 2, du Code judiciaire le 13 septembre 2023 et notifiée aux parties le 14 septembre 2023 ;

Vu, pour l'ONEm, les conclusions reçues au greffe le 15 novembre 2023 ;

Vu, pour M. DXXXXXX DXXXXX , les conclusions reçues au greffe le 27 décembre 2023 ;

Vu le dossier d'information complémentaire de l'auditorat général transmis par apostille du 1^{er} février 2024 ;

Entendu les conseils des parties, en leurs dires et moyens, à l'audience publique de la 3^{ème} chambre (en vertu du nouveau règlement particulier de notre cour entré en vigueur le premier juillet 2023) du 13 mars 2024 ;

Vu l'avis écrit du ministère public déposé au greffe le 10 avril 2024 auquel aucune des parties n'a répliqué ;

Vu le dossier de pièces de M. DXXXXXX DXXXXX ;

RECEVABILITE DE L'APPEL PRINCIPAL:

Par requête déposée au greffe le 1^{er} juin 2023, M. DXXXXXX DXXXXX a relevé appel d'un jugement contradictoire prononcé le 26 avril 2023 par le tribunal du travail du Hainaut, division de Mons.

L'appel principal, élevé à l'encontre de ce jugement, a été introduit dans les formes et délais légaux et est, partant, recevable.

RECEVABILITE DE L'APPEL INCIDENT :

Par conclusions reçues au greffe le 15 novembre 2023, l'ONEm a formé un appel incident à l'encontre du jugement querellé faisant grief à celui-ci d'avoir réduit à 8 semaines la sanction administrative prise sur pied de l'article 154 l'arrêté royal du 25 novembre 1991.

Il sollicite le rétablissement de la sanction administrative à son niveau originaire, soit 26 semaines.

L'appel incident, introduit dans les formes et délais légaux, est recevable.

ELEMENTS DE LA CAUSE ET ANTECEDENTS DE LA PROCEDURE :

Il ressort du dossier administratif de l'ONEm, de celui de M. DXXXXXX DXXXXX ainsi que des conclusions et explications des parties que M. DXXXXXX DXXXXX , né le xx xxxxxxxx xxxx, a été exclu, le 23 novembre 2009, du chômage en raison de sa disponibilité au travail.

Sur base des informations communiquées par l'INASTI à l'auditorat général et des informations du Moniteur belge, M. DXXXXXX DXXXXX a, ensuite, été :

- gérant de la SPRL BATI M du 7 janvier 2011 (M.B., 8 mars 2011) au 18 novembre 2013 (date de la faillite, M.B., 28 novembre 2013) ;
- gérant et cofondateur de la SPRL L INVEST du 25 mars 2011 (M.B., 29 mars 2011) au 2 septembre 2013 (M.B., 13 septembre 2013) ;
- gérant de la SPRL R EXPERTS PARTNERS du 29 janvier 2012 (M.B., 14 mai 2012) au 2 septembre 2013 (MB., 13 septembre 2013).

Il a été affilié comme indépendant à titre principal du 1^{er} trimestre 2011 au 4^{ème} trimestre 2013 et a, ensuite, bénéficié du 1^{er} trimestre 2014 au 4^{ème} trimestre 2014 de l'assurance continuée pour cause de faillite (donnée issue de l'information complémentaire du ministère public – pièce 9 du dossier de procédure d'appel).

Le 15 avril 2016, M. Dxxxxxx Dxxxxx a conclu avec la S.A. MX CONSTRUCT (BCE n°xxxx.xxx.xxx) -dont l'administrateur-délégué était M. Cxxxxxxxx Wxxxxxx - un contrat de formation-insertion en entreprise pour la fonction d'ouvrier en construction comprenant une période de formation de 26 semaines du 18 avril 2016 au 16 octobre 2016.

Par formulaire C1 du 22 avril 2016, M. DXXXXXX DXXXXX , a sollicité l'octroi d'allocations de chômage à partir du 18 avril 2016 et a déclaré vivre à xxxx xxxxxx, xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, xxx, avec sa compagne (bénéficiaire d'indemnités d'incapacité) et leur fille commune. Dans son formulaire C1, M. DXXXXXX DXXXXX a coché la réponse « *non* » au regard des rubriques :

- « *J'exerce une activité accessoire ou j'aide un indépendant* »
- « *Je suis inscrit comme indépendant à titre accessoire ou principal* »
- « *Je suis administrateur de société* ».

Sa signature sur le document est précédée de la déclaration suivante : « *J'affirme sur l'honneur que la présente déclaration est sincère et complète. J'ai reçu la feuille d'information. Les données des rubriques que je n'ai pas complétées ne sont pas modifiées depuis mes déclarations précédentes. Je sais que je dois communiquer toute modification via mon organisme de paiement et, si je ne le fais pas, je peux être sanctionné(e)* ».

M. DXXXXXX DXXXXX a perçu des allocations de chômage au cours de sa période de formation.

A l'occasion de l'assemblée générale des actionnaires de la S.A. MX CONSTRUCT du 13 juillet 2016, M. DXXXXXX DXXXXX a été nommé au poste d'administrateur de celle-ci pour une durée de six ans.

Le 17 octobre 2016, à l'issue de son contrat de formation-insertion en entreprise (PFI), M. DXXXXXX DXXXXX a exprimé la volonté de ne pas être engagé par la S.A. MX CONSTRUCT dans le cadre d'un contrat de travail et a dégagé cette dernière de son obligation d'embauche au terme de la formation.

Il a, cependant, été engagé dans le cadre d'un contrat de travail à durée déterminée à dater du 9 novembre 2016 par une autre société administrée par M. Cxxxxxxxx Wxxxxxx : la S.P.R.L. LMI (BCE n°xxxx.xxx.xxx).

Il a perçu dans ce cadre, à différentes reprises, des allocations de chômage temporaire et est resté au service de la S.P.R.L. LMI jusqu'au 12 février 2019 (voir à cet effet le relevé DIMONA joint à l'avis du ministère public).

Suivant le relevé des DIMONA (joint en annexe à l'avis du ministère public), M. DXXXXXX DXXXXX a travaillé, à nouveau, pour la S.A. MX CONSTRUCT du 13 février 2019 au 10 mars 2019.

Par formulaire C1 du 16 avril 2019, il a sollicité le bénéfice d'allocations de chômage à dater du 11 mars 2019 et a déclaré un changement dans sa situation familiale à dater du 11 mars 2019, sa compagne étant employée.

Par un second formulaire C1 du 16 avril 2019, M. DXXXXXX DXXXXX a déclaré vivre, depuis le 14 mars 2019, à xxxx xxxxxx, xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, xxxxxxxx, avec son père pensionné et son frère employé.

Dans les deux formulaires, il a coché la réponse « *non* » au regard des rubriques :

- « *j'exerce une activité accessoire ou j'aide un indépendant* »
- « *je suis inscrit comme indépendant à titre accessoire ou principal* »
- « *Je suis administrateur de société* ».

Le 2 mai 2019, l'ONEm a notifié à M. DXXXXXX DXXXXX sa décision de ne pas l'admettre au bénéfice des allocations de chômage à partir du 11 mars 2019 au motif qu'il ne prouvait pas 468 journées de travail au cours des 33 mois précédant sa demande d'allocations (article 30, alinéa 1^{er}, de l'arrêté royal du 25 novembre 1991).

Suivant l'extrait de procès-verbal publié au Moniteur belge le 28 novembre 2019, il a été mis fin au mandat d'administrateur de M. DXXXXXX DXXXXX , lors de l'assemblée générale des actionnaires de la S.A. MX CONSTRUCT du 30 juin 2018.

L'ONEm a constaté que M. DXXXXXX DXXXXX n'avait jamais déclaré l'existence de ce mandat d'administrateur de la S.A. MX CONSTRUCT.

Par courrier du 24 août 2020, l'ONEm invita M. DXXXXXX DXXXXX à lui communiquer sa défense écrite pour le 3 septembre 2020. Le courrier précisait ce qui suit :

« [...] Pourquoi êtes-vous invité à exposer votre défense par écrit ?

Vous avez perçu des allocations de chômage complet ou temporaire du 8/4/2016 au 12/2/2019.

Une enquête a établi que vous avez été administrateur de la société MX Construct du 13/7/2016 au 18/11/2019.

Vous n'avez pas déclaré cette fonction. Les allocations de chômage perçues durant la période du 13/7/2016 au 12/2/2019 sont indues. Toute somme indûment perçue fera l'objet d'une récupération.

Ceci peut avoir une incidence sur votre droit aux allocations de chômage. Je vous invite par conséquent à donner davantage d'explications à ce sujet par écrit. Vous pouvez, pour cette défense écrite, vous faire assister par un représentant de votre organisation syndicale ou par un avocat. Je prendrai ensuite une décision sur votre droit aux allocations en tenant compte de votre déclaration. [...] ».

Monsieur DXXXXXX DXXXXX répondit le 31 août 2020 en faisant valoir les arguments suivants :

- qu'il avait été administrateur du 13 juillet 2016 au 29 juin 2018 ;
- qu'il n'avait pas complété de document C1 au cours de cette période mais seulement le 18 avril 2016 et le 11 mars 2019 ;
- qu'il n'avait pas exercé l'activité d'administrateur et que c'était l'autre administrateur qui gérait la société ;
- qu'il avait accepté d'être administrateur car il fallait deux personnes dans la SA mais que seul l'autre administrateur assurait la gestion journalière ;
- qu'il n'avait pas perçu de rémunération.

Par courrier du 28 septembre 2020, l'ONEm notifia à M. DXXXXXX DXXXXX sa décision de :

- l'exclure du bénéfice des allocations du 13 juillet 2016 au 16 octobre 2016 (allocations de chômage complet) et du 21 novembre 2016 au 30 juin 2018 (allocations de chômage temporaire) (articles 44, 45 et 71 de l'arrêté royal du 25 novembre 1991 portant réglementation du chômage) ;
- récupérer les allocations perçues indument à partir du 1^{er} juillet 2017 (article 169 de l'arrêté royal du 25 novembre 1991) ;
- l'exclure du droit aux allocations à partir du 5 octobre 2020 pour une période de 26 semaines (article 154 de l'arrêté royal).

La décision était motivée comme suit :

« [...] »

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

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

Est considérée notamment comme travail, l'activité effectuée pour un tiers qui procure au travailleur une rémunération ou un avantage matériel de nature à contribuer à sa subsistance ou à celle de sa famille (article 45, alinéa 1^{er}, 2^o).

Toute activité effectuée pour un tiers est présumée procurer une rémunération ou un avantage matériel, sauf si le chômeur apporte la preuve contraire (article 45, alinéa 2).

Il ressort d'une enquête de notre service contrôle que, tout en bénéficiant des allocations en tant que chômeur complet et pour les heures de chômage temporaire (applications des articles 106 à 108 de l'arrêté royal précité), vous avez effectué, du 13.07.2016 au 16.10.2016 des allocations de chômage complet et du 21.11.2016 au 30.06.2018 des allocations de chômage temporaire une activité pour le compte de la société LMI.

Vous ne prouvez pas que cette activité ne vous a pas procuré une rémunération ou un avantage matériel. L'activité que vous avez effectuée doit donc être considérée comme un travail au sens de l'article 45.

Etant donné que, du 13.07.2016 au 16.10.2016 (chômage complet) et du 21.11.2016 au 30.06.2018 (allocations de chômage temporaire), vous n'étiez pas privé de travail et de rémunération, vous ne pouvez pas bénéficier des allocations pour les périodes de travail concernées.

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

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

Vous ne pouvez donc pas bénéficier des allocations pour les périodes concernées.

- En ce qui concerne la récupération :

Toute somme perçue indûment doit être remboursée (article 169, alinéa 1^{er} de l'arrêté royal précité).

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

Par conséquent, les allocations doivent être récupérées à partir du 01.07.2017.

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

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

Vous avez omis, avant le début d'une activité incompatible avec le droit aux allocations, de noircir la case correspondante sur votre carte de contrôle. Vous avez ainsi perçu des allocations auxquelles vous n'aviez pas droit.

Le chômeur qui a perçu ou qui peut percevoir indûment des allocations parce qu'il a omis, avant le début d'une activité incompatible avec le droit aux allocations, de noircir la case correspondante de sa carte de contrôle, peut être exclu du bénéfice des allocations durant 4 semaines au moins et 26 semaines au plus (article 154, alinéa 1^{er}).

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

Les allocations de chômage sont des allocations sociales attribuées aux travailleurs privés involontairement de travail et de rémunération. Afin de permettre à l'ONEM d'apprécier le droit à l'octroi de ces allocations, le travailleur est tenu de renseigner, lors de sa demande, toute activité professionnelle pouvant faire obstacle à la perception d'allocations de chômage. De même, au cours de son chômage, et en cas de début d'exercice d'une activité salariée ou non, le demandeur d'emploi doit signaler sans délai cette modification de sa situation personnelle au moyen des formulaires appropriés. Vous avez perçu des allocations de chômage (d'abord sur base de votre occupation sous contrat PFI et ensuite en raison des périodes de chômage temporaire) du 13.07.2016 au 12.02.2019 alors que vous avez exercé une activité d'administrateur au sein de la société MX CONSTRUCT du 13.07.2016 au 30.06.2018 (suivant les publications au Moniteur Belge). Vous n'avez pas effectué la déclaration de cette activité (vous avez déclaré ne pas exercer d'activité). Vous ne pouvez prétexter une ignorance quelconque puisque votre obligation de déclaration est clairement spécifiée sur les déclarations personnelles que vous avez signées. L'absence de déclaration vous a permis de percevoir des allocations auxquelles vous deviez savoir ne plus pouvoir prétendre.

Dans votre cas, la durée de l'exclusion a été fixée à 26 semaines. Pour fixer la hauteur de la sanction, j'ai tenu compte de la durée de l'infraction du caractère important de vos omissions de déclarations. En effet, vous avez omis de déclarer votre mandat d'administrateur de société à partir du 13.07.2016 alors que vous étiez chômeur complet indemnisé et à partir du 21.11.2016, alors que vous avez commencé à percevoir des allocations de chômage temporaire..».

Le C31 du 28 septembre 2020 fixa l'indu à la somme de 11.631,76 € pour la période du 1^{er} juin 2017 au 30 juin 2018.

Par requête envoyée au greffe du tribunal du travail du Hainaut, division de Mons, par recommandé posté le 23 décembre 2020, M. DXXXXXX DXXXXX contesta la décision prise par l'ONEm le 28 septembre 2020.

Par conclusions reçues au greffe du tribunal du travail du Hainaut, division de Mons, le 21 décembre 2021, l'ONEm forma une demande reconventionnelle aux termes de laquelle il sollicita la condamnation de M. DXXXXXX DXXXXX à lui rembourser l'indu.

Par jugement du 26 avril 2023, le tribunal du travail du Hainaut, division de Mons :

- dit la demande principale recevable et partiellement fondée et :
 - confirma les décisions de l'ONEm du 28 septembre 2020 (C29 et C31), sous la seule émendation que la sanction était limitée à 8 semaines ;
- dit la demande reconventionnelle fondée et :
 - condamna M. DXXXXXX DXXXXX à payer à l'ONEm la somme de 11.631,76 € à titre d'allocations de chômage perçues indument pour les périodes du 13 juillet 2016 au 16 octobre 2016 et du 21 novembre 2016 au 30 juin 2018.

Le tribunal releva qu'il n'était ni contesté ni contestable que M. DXXXXXX DXXXXX avait été administrateur de la S.A. MX CONSTRUCT du 13 juillet 2016 au 30 juin 2018 et qu'il avait travaillé pour cette même société, sous contrat de formation-insertion en entreprise, du 18 avril 2016 au 16 octobre 2016. Il estima qu'il en résultait que M. DXXXXXX DXXXXX était directement intéressé à la bonne marche et aux résultats de la S.A. MX CONSTRUCT.

Le premier juge a, ensuite, souligné que la S.A. MX CONSTRUCT, répertoriée sous le code NACEBEL des entreprises de construction générale de bâtiments résidentiels, avait exercé une activité réelle et effective au cours de la période litigieuse en manière telle qu'il ne pouvait être raisonnablement soutenu que l'exercice d'un mandat d'administrateur d'une telle société, brassant un chiffre d'affaires important, n'induisait pas l'exercice réel d'une activité s'intégrant dans le courant des échanges économiques.

Le tribunal considéra que l'activité de M. DXXXXXX DXXXXX s'apparentait à un travail au sens de l'article 45 de l'arrêté royal du 25 novembre 1991 et était incompatible avec la perception d'allocations de chômage.

Il confirma la décision d'exclusion et de récupération et estima que la bonne foi ne pouvait être retenue dans le chef de M. DXXXXXX DXXXXX qui s'était abstenu, pendant plusieurs années, d'informer l'ONEm de son changement de situation en dépit des mentions figurant sur les formulaires C1.

S'agissant de la sanction administrative, le tribunal réduisit la sanction d'exclusion de 26 semaines infligée par l'ONEm à une sanction limitée à 8 semaines, après avoir pris en compte le contexte propre à ce dossier (première infraction dans le chef de M. DXXXXXX DXXXXX , complexité de la législation chômage et du niveau d'études de M. DXXXXXX DXXXXX).

M. DXXXXXX DXXXXX interjeta appel de ce jugement.

OBJET DE L'APPEL PRINCIPAL :

A titre principal, M. DXXXXXX DXXXXX soulève un premier moyen déduit de l'erreur commise par l'ONEm dans la détermination de ses droits aux allocations de chômage.

Il fait valoir que les allocations de chômage temporaire pour manque de travail résultant de causes économiques qui lui ont été octroyées à partir de 2016 l'ont été indûment dès lors qu'il ne réunissait pas les conditions d'admissibilité requises pour y prétendre.

M. DXXXXXX DXXXXX soutient, partant, qu'en application de l'article 17, alinéa 2, de la Charte de l'assuré social, les décisions litigieuses du 28 septembre 2020 ne peuvent rétroagir et ne peuvent ordonner la répétition des allocations de chômage indûment octroyées en raison de l'erreur commise par l'ONEm.

A titre subsidiaire, il souligne que l'exercice d'un mandat d'administrateur dans une société ne constitue une activité exercée pour son propre compte que dans la seule hypothèse où le mandataire dispose de parts de la société.

M. DXXXXXX DXXXXX soutient la thèse selon laquelle il ne détenait aucune part sociale dans la SA MX CONSTRUCT de telle sorte que son activité devait être analysée comme une activité exercée pour compte d'un tiers : en effet, à défaut de rémunération ou d'avantage matériel perçu, cette activité n'était pas incompatible avec la perception d'allocations de chômage.

Il ajoute, néanmoins, que si la cour de céans devait se rallier à la thèse du premier juge et prétendre que l'exercice d'un mandat au sein d'une société commerciale constitue automatiquement une activité indépendante exercée pour son propre compte, encore faudrait-il constater qu'il n'a, en réalité, exercé aucune activité dès lors qu'il a, dans les faits, été instrumentalisé par l'administrateur-délégué de la SA MX CONSTRUCT, ce dernier l'ayant institué mandataire à partir du 13 juillet 2016 alors qu'il ne possédait aucune connaissance en la matière et ce aux fins de remplacer provisoirement un administrateur manquant.

M. DXXXXXX DXXXXX fait, ainsi, valoir que n'ayant pas réellement exercé une activité en qualité de mandataire au sein de la SA MX CONSTRUCT, il n'a pu retirer de son mandat aucun avantage pour son propre patrimoine et n'a donc pas effectué un travail prohibé en application des articles 44 et 45 de l'arrêté royal du 25 novembre 1991.

A titre infiniment subsidiaire, il excipe de sa bonne foi pour solliciter la limitation de la récupération de l'indu aux 150 derniers jours d'indemnisation.

Enfin, de manière concomitante à sa demande de limitation de la récupération de l'indu, M. DXXXXXX DXXXXX postule le « remplacement de la sanction d'exclusion de 8 semaines par un avertissement » et, à tout le moins, la réduction de cette sanction au minimum réglementaire, soit 4 semaines sur base des éléments suivants :

- il s'agit d'une première infraction à la réglementation sur le chômage ;
- son niveau d'études se limite à l'enseignement secondaire ;
- la réglementation chômage est complexe et les données officielles relatives à l'exercice d'un mandat par ses soins étaient accessibles aux services de l'ONEm ;
- son absence de mauvaise foi ;
- le remboursement de l'indu qu'il a entamé l'a contraint à devoir puiser dans ses réserves, ce qui constitue déjà une sanction en soi.

Il sollicite la réformation du jugement dont appel.

POSITION DE L'ONEM ET OBJET DE L'APPEL INCIDENT :

L'ONEm ne conteste pas que ses services ont commis une erreur dans la gestion du dossier de M. DXXXXXX DXXXXX en lui octroyant, à dater de mars 2019, des allocations de chômage temporaire pour raisons économiques alors qu'il ne réunissait pas les conditions d'admissibilité pour y prétendre.

Il précise, toutefois, que l'exclusions du bénéfice des allocations de chômage et la récupération de ces dernières ne sont pas fondées sur les conditions d'admissibilité mais sur l'exercice d'une activité non déclarée d'administrateur de société.

L'ONEm estime, ainsi, que les dispositions de l'article 17 de la Charte de l'assuré social ne trouvent pas à s'appliquer en l'espèce mais qu'au contraire il y a lieu de se référer à l'article 149, § 1, 3^o de l'arrêté royal du 25 novembre 1991.

Il fait valoir que c'est à bon droit que le premier juge, après avoir constaté que M. DXXXXXX DXXXXX travaillait pour la société dont il était mandataire était directement intéressé par la gestion de la société et, plus précisément, par sa rentabilité, ajoutant que les chiffres d'affaires dégagés par l'activité exercée par la SA MX CONSTRUCT interdisent de prétendre qu'elle ne s'intégrait pas dans le courant des échanges économiques.

L'ONEm considère, partant, qu'à bon droit le premier juge a conclu que l'activité exercée par M. DXXXXXX DXXXXX était assimilable à un travail au sens de l'article 45 de l'arrêté royal du 25 novembre 1991, incompatible avec la perception d'allocations de chômage.

Par ailleurs, il estime que M. DXXXXXX DXXXXX ne peut se prévaloir de sa bonne foi de telle sorte qu'il n'y a pas lieu de limiter la récupération des allocations de chômage perçues indûment.

Enfin, l'ONEm forme une demande reconventionnelle aux termes de laquelle il sollicite le rétablissement de la sanction d'exclusion originaire arrêtée à 26 semaines.

Il postule la confirmation du jugement dont appel en toutes ses dispositions sous la seule émendation que la sanction d'exclusion de 26 semaines doit être rétablie.

DISCUSSION – EN DROIT :

I. Fondement de l'appel principal

I.1. Quant aux motifs de la révision

L'article 149 de l'arrêté royal du 25 novembre 1991 portant réglementation du chômage, qui traite des hypothèses de révision, dispose que :

«

§ 1^{er}. En application du présent arrêté et des articles 17, 18, et 19 de la charte, le directeur revoit, de sa propre initiative, la décision mentionnée ci-après ou le droit aux allocations:

[...]

2^o 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 du chômage, par laquelle des allocations ont été octroyées indûment, en tout ou en partie ;

3° avec effet rétroactif à la date de l'octroi erroné ou irrégulier des allocations ou à la date à laquelle le chômeur ne satisfaisait pas ou ne satisfaisait plus à toutes les conditions requises pour pouvoir bénéficier des allocations, s'il s'avère que le chômeur a fait des déclarations inexacts ou incomplètes, a omis de faire une déclaration requise ou l'a faite tardivement, a produit des documents inexacts ou falsifiés ou a commis des irrégularités ;

4° avec effet rétroactif à la date de l'octroi erroné ou irrégulier ou à la date à laquelle le chômeur ne satisfaisait pas ou ne satisfaisait 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 du chômage.

La révision visée à l'alinéa 1^{er}, 2° a toutefois un effet rétroactif dans les situations suivantes :

1° 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° la révision a lieu dans les trois mois à compter du troisième jour ouvrable qui suit le jour où la décision a été envoyée à l'organisme de paiement.

[...] ».

Le 2 mai 2019, à l'occasion d'une nouvelle demande d'allocations de chômage à partir du 11 mars 2019, l'ONEm a constaté que M. DXXXXXX DXXXXX n'était en réalité pas admissible aux allocations dès lors qu'il ne prouvait pas 468 journées de travail au cours des 33 mois précédant sa demande d'allocations (article 30, alinéa 1^{er}, de l'arrêté royal du 25 novembre 1991). L'ONEm a refusé un nouvel octroi à partir du 11 mars 2019 mais n'a pas remis en cause l'octroi antérieur des allocations de chômage temporaire qui avaient été accordées en raison d'une erreur du bureau de chômage relative au calcul de la carrière.

L'ONEm ne remet toujours pas en cause les allocations erronément octroyées du fait de son erreur. En revanche, et à la lecture de la décision litigieuse du 28 septembre 2020, force est à la cour de céans de constater avec M. l'avocat général que l'hypothèse de révision rencontrée est bien celle de l'article 149, § 1^{er}, 3^o, de l'arrêté royal du 25 novembre 1991 : c'est bien l'exercice allégué d'une activité non déclarée et non compatible avec la perception d'allocations de chômage par M. DXXXXXX DXXXXX au cours de la période litigieuse qui constitue le motif de révision.

S'il semble effectivement que des allocations de chômage temporaire pour raisons économiques ont été octroyées indûment à M. DXXXXXX DXXXXX au cours de son occupation salariée par la S.P.R.L. LMI alors qu'il ne présentait pas les conditions d'admissibilité, ce défaut d'admissibilité et l'erreur de l'ONEm dans l'octroi de ces allocations de chômage temporaire ne constituent pas le motif de la décision d'exclusion et de récupération adoptée le 28 septembre 2020 par l'ONEm.

L'article 17, alinéa 2, de la Charte de l'assuré social et l'article 149, § 1^{er}, 2^o, de l'arrêté royal du 25 novembre 1991 portant réglementation du chômage ne sont pas applicables à la présente hypothèse de révision fondée sur des déclarations inexactes ou incomplètes ou des omissions de déclarations de M. DXXXXXX DXXXXX .

I.2. Quant à l'exclusion du droit aux allocations de chômage en raison de l'exercice d'un mandat d'administrateur dans le chef de M. DXXXXXX DXXXXX

I.2.a) Les principes

Aux termes de l'article 44 de l'arrêté royal du 25 novembre 1991, pour pouvoir bénéficier d'allocations, le chômeur « *doit être privé de travail et de rémunération par suite de circonstances indépendantes de sa volonté* ».

L'article 45, alinéa 1^{er}, précise que pour l'application de cette disposition, 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* » et, d'autre part, « *2° l'activité effectuée pour un tiers et qui procure une rémunération ou un avantage matériel de nature à contribuer à sa subsistance et à celle de sa famille* ».

Le chômeur doit, en vertu de l'article 71, alinéa 1^{er}, 3^o et 4^o, de cet arrêté royal, compléter à l'encre indélébile sa carte de contrôle avant le début d'une activité visée à l'article 45.

Par ailleurs, suivant une jurisprudence constante de la Cour de cassation, l'activité de mandataire de société est une activité exercée pour son propre compte telle que visée à l'article 45, alinéa 1, 1° de l'arrêté royal du 25/11/1991 (Cass., 02/03/1998, JTT, 1998, p.202 ; Cass., 30/09/2002, JTT, 2003, p.11 ; Cass., 03/01/2005, RG n° S.04.0118,F, JTT, 2005, p.231).

Une activité pour son propre compte n'est considérée comme activité limitée à la gestion normale des biens propres, selon l'article 45, alinéa 7, de l'arrêté royal du 25 novembre 1991, que s'il est satisfait simultanément aux conditions suivantes :

- l'activité n'est pas réellement intégrée dans le courant des échanges économiques de biens et de services et n'est pas exercée dans un but lucratif ;
- l'activité ne permet que de conserver ou d'accroître modérément la valeur des biens ;
- par son ampleur, l'activité ne compromet ni la recherche, ni l'exercice d'un emploi.

Ainsi que la cour de céans a déjà pu le préciser, *« l'exercice d'un mandat dans une société commerciale constitue une activité effectuée pour son propre compte au sens de l'article 45, alinéa 1^{er}, 1°, de l'arrêté royal du 25 novembre 1991, qui peut être intégré dans le courant des échanges économiques de biens et de services et n'est pas limitée à la gestion normale des biens propres. Pareille activité est exercée dans un but lucratif même si elle ne procure pas de revenus. Sont sans incidence à cet égard, la gratuité du mandat, l'importance minimale de l'activité, l'absence de jetons de présence ou la détention d'un nombre limité de parts sociales. L'octroi d'allocations est conditionné par l'absence d'activité. Le fait de détenir un mandat n'implique pas nécessairement l'exercice de celui-ci et dès lors la réalité d'une activité. Toutefois, le travailleur ayant accepté un mandat d'administrateur, il lui appartient d'établir qu'il n'a nullement exercé celui-ci et qu'il n'a pu en aucune façon en retirer un avantage pour son patrimoine. »* (C.T. Mons, 27/04/2017, RG 2016/AM/210).

Comme l'indique également la doctrine, dans l'appréciation de l'exercice du mandat, *« il convient de préciser qu'il « importe peu que l'exercice de ce mandat ou de cette gestion n'impose que des actes peu nombreux », ne serait-ce que « préparer les comptes annuels de la société et participer aux assemblées générales de celle-ci ». Ainsi, sont donc sans incidence la faiblesse des « revenus générés par l'activité accessoire » ou « l'importance minimale de l'activité » : « même réduite et gratuite », l'activité est effective et fait donc en principe obstacle à l'octroi d'allocations de chômage »* (M. SIMON, « Activités du chômeur, récupération des allocations de chômage et responsabilité (ONEm et organismes de paiement : jurisprudence 2013-2018 », in *Actualités et innovations en droit social*, C.U.P. vol. 182, Anthémis, Liège, 2018, p.321).

Comme le relève, à bon droit, M. l'avocat général, cette appréciation est conforme à la jurisprudence de la Cour de cassation (Cass., 03/01/2005, Pas, I, p.7 ; Cass., 12/12/2016, JTT, 2017, p.185).

Il est, cependant, admis que le chômeur puisse, le cas échéant, démontrer que le mandat d'administrateur n'a pas été exercé.

Comme le relève, à juste titre, la doctrine (M. SIMON, « Activités du chômeur, récupération des allocations de chômage et responsabilité (ONEm et organismes de paiement : jurisprudence 2013 -2018) », IN Actualités et innovations en droit social, C.U.P., vol. 182, Anthémis, Liège, 2018, p. 92), « *la simple détention d'un mandat de société, sans l'exercer, peut en effet s'expliquer par divers motifs : la liquidation de la société, la nécessité d'atteindre le nombre minimum requis de 3 administrateurs pour une société anonyme, une attache familiale, une intention d'exercer son mandat non concrétisée, une impossibilité absolue en raison de problèmes de santé* ».

Toutefois, dans l'appréciation de l'exercice du mandat, « *il convient de préciser qu'il importe peu que l'exercice de ce mandat ou de cette gestion n'impose que des actes peu nombreux* », ne serait-ce que « *préparer les comptes annuels de la société et participer aux assemblées générales de celle-ci* ». Ainsi, sont donc sans incidence la faiblesse des « *revenus générés par l'activité accessoire* » ou « *l'importance minime de l'activité* » : « *même réduite et gratuite* », l'activité est effective et fait donc en principe obstacle à l'octroi d'allocations de chômage » (M. SIMON, op.cit., p. 321).

1.2.b) Application des principes au cas d'espèce

Il n'est guère contesté que M. DXXXXXX DXXXXX a été administrateur de la S.A. MX CONSTRUCT du 13 juillet 2016 au 30 juin 2018 sans l'avoir déclaré à l'ONEm.

Il soutient, cependant, n'avoir aucunement exercé ce mandat et n'avoir jamais pris part à la gestion de la société.

Le seul fait que la S.A. MX CONSTRUCT ait exercé une activité réelle et substantielle au cours de la période litigieuse -activité attestée notamment par les chiffres d'affaires réalisés-ne prive pas M. DXXXXXX DXXXXX, dès lors que la société avait un autre administrateur, de la possibilité de prouver qu'il n'aurait pas exercé son mandat d'administrateur. Il lui appartient cependant d'établir que, bien que titulaire d'un mandat social, il ne l'aurait pas exercé et n'aurait, dès lors, effectué aucune activité réelle et donc aucun travail au sens de l'article 45 de l'arrêté royal du 25 novembre 1991.

Pour ce faire, M. DXXXXXX DXXXXX :

- a produit un contrat de mandat daté du 13 juillet 2016 conclu entre l'administrateur-délégué de la S.A. MX CONSTRUCT, M. CXXXXXXXX WXXXXXX , et lui-même et qui précise :

« [...] *Objet*

Mandat à titre gratuit

Rémunération

En considération de l'exécution de son mandat, le mandataire ne perçoit aucune rémunération et avantages de quelque manière que ce soit, ledit mandat devant être accompli à titre gratuit.

Obligations du mandataire

Le mandataire ne s'engage à aucunes responsabilités de quelque manière que ce soit.

Obligations du mandant

Le mandant s'engage à prendre toutes les responsabilités de l'entreprise mettant le mandataire à l'abri de toutes répercussions [...] ».

- a déposé une attestation du 11 octobre 2022, conforme au prescrit de l'article 961/1 et suivants du Code judiciaire, au terme de laquelle M.CXXXXXXXX WXXXXXX :

« [...] *déclare que Mr. Dxxxxxx Dxxxxx n'as en aucune façon contribuer et eu connaissances à la gestion de la société.*

Suite au décès de mon beau père Mxxxxxxxx Axxxxxx qui était ingénieur civile et ayant besoins d'une personne à renseignée pour continuer à conserver mes agrégations et aux renouvellements de ceux-ci, j'ai demandé à Mr. Dxxxxxx Dxxxxx de le remplacé provisoirement afin de pouvoir continuer à garder ma crédibilité aux près des clients de ma société.

Je confirme et affirme que Mr Dxxxxxx Dxxxxx n'as jamais eu d'avantages de quelque manière que se soit ou de rémunération concernant son mandat à titre gratuit ».

- a communiqué ses avertissements-extraits de rôle revenus 2016, 2017 et 2018 ne laissant pas apparaître de revenus issus d'une activité indépendante.

Aucun de ces documents n'est argué de faux par l'ONEm.

Invité à faire valoir ses moyens par écrit, M. DXXXXXX DXXXXX a répondu comme suit aux questions posées :

« [...] *-Quelle est exactement la durée durant laquelle vous avez été indépendant (début et fin éventuelle) ?*

13 07 2016 —29/6/18

-A quelle fréquence l'exercez-vous ?

Je n'exerçais pas l'activité en tant qu'administrateur, c'était le gérant qui gérait la société.

Quel était le temps consacré à l'activité ? (heures par jour/semaine)

Oh

-Quel est votre rôle et quelles sont vos activités concrètes dans la société ?

Je n'avais aucun rôle, il fallait 2 personnes pour la société SA et j'ai accepté d'être administrateur mais je ne dirigeais pas la société.

Qui effectue la gestion journalière ?

Le gérant, l'autre administrateur

-Percevez-vous une rémunération ou des avantages de la société ? Si oui, décrivez précisément.

Pas de rémunération [...] ».

On remarquera, enfin, que l'identité de M. DXXXXXX DXXXXX n'est pas reprise parmi les administrateurs dans les comptes annuels de la S.A. MX CONSTRUCT tandis que M. DXXXXXX DXXXXX ne paraît pas avoir été affilié auprès d'une caisse d'assurances sociales pour travailleurs indépendants au cours de la période litigieuse (élément issu de l'information complémentaire menée par l'auditorat général – pièce 9 du dossier de la procédure d'appel).

Or, la cour de céans a déjà eu l'occasion de préciser que « l'affiliation auprès d'une caisse d'assurances sociales pour travailleurs indépendants implique l'exercice réel d'une activité professionnelle d'indépendant. Il n'est pas possible de dissocier l'exercice réel et effectif d'une activité indépendante de l'obligation d'affiliation à une caisse d'assurances sociales pour travailleurs indépendants. En effet, l'article 3 de l'AR n°38 du 27/07/1967 dispose que le travailleur indépendant est celui qui exerce en Belgique une activité professionnelle en raison de laquelle il n'est pas engagé dans les liens d'un contrat de louage de travail ou d'un statut. (C.T. Mons, 15/05/2019, RG 2018/AM/269).

Au vu de ces différents éléments, les explications de M. DXXXXXX DXXXXX suivant lesquelles il aurait été désigné administrateur pour atteindre le nombre minimum d'administrateurs requis sans toutefois avoir jamais exercé effectivement ce mandat paraissent crédibles. Il en est d'autant plus ainsi qu'il a toujours été placé, au cours de la période litigieuse, dans un lien de subordination à l'égard de l'administrateur délégué de la S.A. MX CONSTRUCT (M. CXXXXXXXX WXXXXXX), tantôt en étant lié par un PFI du 18 avril 2016 au 16 octobre 2016, tantôt en étant lié par contrat de travail avec la SPRL LMI -dont M.CXXXXXXXX WXXXXXX était le gérant- du 9 novembre 2016 au 12 février 2019.

Conformément à l'article 8.6. du nouveau Code civil, celui qui supporte la charge de la preuve d'un fait négatif peut se contenter d'établir la vraisemblance de ce fait. La preuve d'un fait négatif doit, donc, être appréciée avec moins de rigueur.

A défaut d'exercice effectif de son mandat d'administrateur de la S.A. MX CONSTRUCT par M. DXXXXXX DXXXXX , il s'impose d'annuler la décision administrative querellée du 28 septembre 2020 (C29) ainsi que la décision de récupération d'indu notifiée le même jour (C31) qui constitue le corollaire de la décision attributive de droits.

Il y a lieu de réformer le jugement dont appel en ce qu'il a confirmé les décisions adoptées par l'ONEm le 28 septembre 2020 (C29 et C31) sauf s'agissant de la sanction d'exclusion et déclaré la demande reconventionnelle de l'ONEm fondée.

L'appel principal de M. DXXXXXX DXXXXX est fondé.

II. Fondement de l'appel incident

Dès lors que la cour de céans conclut au fondement de l'appel principal de M. DXXXXXX DXXXXX, l'appel incident de l'ONEm est non fondé.

PAR CES MOTIFS,

La cour,

Statuant contradictoirement ;

Ecartant toutes conclusions autres ;

Vu la loi du 15 juin 1935 sur l'emploi des langues en matière judiciaire, notamment l'article 24 ;

Vu l'avis écrit conforme de M. le substitut général, J-F. DASCOTTE ;

Déclare l'appel principal recevable et fondé ;

Déclare l'appel incident recevable mais non fondé ;

Annule les décisions administratives querellées prises par l'ONEm le 28 septembre 2020 (C29 et C31) ;

Réforme le jugement dont appel en ce qu'il a confirmé les décisions administratives querellées prises par l'ONEm le 28 septembre 2020 (C29 et C31) sous la seule émendation que la sanction était limitée à 8 semaines ;

Réforme le jugement dont appel en ce qu'il a déclaré la demande reconventionnelle originaire de l'ONEm fondée et condamné M. DXXXXXX DXXXXX à verser à l'ONEm la

somme de 11.631,76 € à titre d'allocations de chômage perçues indûment pour les périodes du 13 juillet 2016 au 16 octobre 2016 et du 21 novembre 2016 au 30 juin 2018 ;

Condamne l'ONEm aux fais et dépens de l'instance d'appel liquidés par M. DXXXXXX DXXXXX à la somme de 437,25 € et à la contribution de 24 € à titre de contribution au fonds budgétaire relatif à l'aide juridique de deuxième ligne en vertu de l'article 4, § 2, alinéa 3, 3°, de la loi du 19/03/2017 ;

Le présent arrêt est rendu, après délibération, par la 3^{ème} chambre de la cour du travail de Mons, composée de :

Monsieur X V, Conseiller, président la chambre,
Monsieur F O, Conseiller social au titre d'employeur,
Monsieur J-M H, Conseiller social au titre de travailleur ouvrier,

Signé, en application de l'article 785 du Code judiciaire, compte tenu de l'impossibilité dans laquelle se trouvent les conseillers sociaux, F O et J-M H, par X V, Président, président la chambre, assisté de V H, Greffier.

Le greffier,

Le président,

Et prononcé à l'audience publique du 19 juin 2024 de la 3^{ème} chambre de la cour du travail de Mons, par Monsieur X V, Président président la chambre, assisté de Madame V H, Greffier.

Le greffier,

Le président,