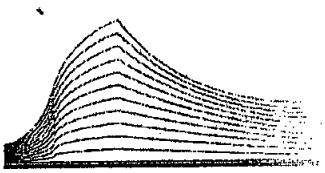
Copie
Délivrée à: tribunal du travail francophone de Bruxelles
art. Autres
Exempt du droit de greffe - art. 280,2° C.Enr.



Expédition

Numéro du répertoire	Délivrée à
2015 / 2517	
Date du prononcé	le
14 octobre 2015	€
Numéro du rôle	JGR
2013/AB/1154	

Cour du travail de Bruxelles

huitième chambre

Arrêt

COVER 01-00000291964-0001-0010-01-01-1

SECURITE SOCIALE DES TRAVAILLEURS SALARIES - chômage
Arrêt contradictoire
Définitif
Notification par pli judiciaire (art. 580, 2° C.J.)

W
partie appelante,
représentée par Maître MERTENS Benoit, avocat à 1180 BRUXELLES,

contre

OFFICE NATIONAL DE L'EMPLOI (ONEm), dont les bureaux sont établis à 1000 BRUXELLES, Boulevard de l'Empereur, 7,
partie intimée,
représentée par Maître BITAR S. loco Maître WILLEMET Michèle, avocat à 1180 BRUXELLES,

★

★ ★

Vu la loi du 10 octobre 1967 contenant le Code judiciaire;

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

Vu le jugement du 5 novembre 2013,

Vu la notification du 12 novembre 2013,

Vu la requête d'appel déposée le 6 décembre 2013,

Vu l'ordonnance de mise en état judiciaire du 20 février 2014,

Vu les conclusions déposées pour l'ONEm, le 8 septembre 2014 et pour Monsieur W le 5 mars 2015,

Vu les conclusions additionnelles et de synthèse déposées pour l'ONEm, le 10 août 2015,

Entendu les conseils des parties à l'audience du 16 septembre 2015.

Entendu, à la même audience, Madame G. COLOT, Avocat général, en son avis conforme auquel il ne fut pas répliqué.

* * *

I. FAITS ET ANTECEDENTS

1. Monsieur W a créé la spri Warfare Tactical Solutions par acte notarié du 22 octobre 2004.

L'objet social de la société était le suivant :

> *« l'achat, la vente, l'importation et l'exportation, la location, la réparation et la maintenance de matériaux, d'outils, d'armement, de coutellerie, de vêtements, d'équipements, et accessoires militaires nouveaux et déclassés dans le sens le plus large, de matériaux et d'outils de bricolage, de meubles et objets anciens et de récupération (...), d'articles de quincailleries et cadeaux, de matériaux, d'objets, de vêtements et d'équipements de camping, de sports et de loisir ».*

2. Monsieur W a bénéficié des allocations de chômage, à partir de 2006.

Il est resté gérant de la société Warfare Tactical Solutions, jusqu'à la déclaration de faillite du 7 décembre 2009.

Monsieur W a été assujetti au régime de sécurité sociale des travailleurs indépendants,

- à titre complémentaire à partir du 22 octobre 2004,
- à titre principal à partir du 1er janvier 2008,
- de nouveau, à titre complémentaire à partir du 1er avril 2009.

3. Suite à l'introduction d'une nouvelle demande d'allocations de chômage le 1er avril 2010, l'ONEm a été amené à s'interroger sur le cumul des allocations accordées à partir de 2006 et l'activité d'indépendant.

Monsieur W a été convoqué à une audition à l'ONEM, le 12 août 2010.

Il a indiqué :

- que son activité non rémunérée en tant qu'indépendant a été clôturée le 7 décembre 2009, suite à la faillite de la société et qu'ainsi lorsqu'il a sollicité des allocations de chômage, en mars 2010, l'activité était terminée;

- qu'en ce qui concerne la précédente demande (2006), son syndicat ne l'a jamais informé qu'il devait faire une déclaration particulière, vu que cela avait déjà été fait à la banque carrefour des entreprises (BCE) et qu'il était déjà indépendant complémentaire depuis un an lorsqu'il a perdu son emploi salarié.

4. Le 31 août 2010, l'ONEm a décidé :

- d'exclure Monsieur W du bénéfice des allocations de chômage du 22 octobre 2004 au 7 décembre 2009 (sur la base des articles 44, 45 et 71 de l'arrêté royal du 25 novembre 1991 portant réglementation du chômage);

- de récupérer les allocations qu'il a perçues indûment du 1er juillet 2007 au 7 décembre 2009 (voir article 169 de l'arrêté royal précité);

- de l'exclure du droit aux allocations à partir du 6 septembre 2010 pendant une période de 26 semaines parce qu'il a omis de compléter sa carte de contrôle conformément aux directives mentionnées sur cette carte (voir article 154 de l'arrêté royal précité).

Cette décision était motivée comme suit :

> *« Il ressort de votre document chômage C1.A que, tout en bénéficiant des allocations en tant que chômeur complet, vous avez effectué, du 22.10.2004 au 07.12.2009 une activité de gérant non rémunéré de la sprl « Warfare Tactital Solutions » pour votre propre compte.*
> *Le fait que votre mandat n'était pas rémunéré est, in casu, sans incidence en matière de réglementation du chômage puisque c'est l'activité qui est déterminante. En effet, l'article 45, alinéa 1er, 1° de l'arrêté royal du 25 novembre 1991 ne prévoit aucune condition de revenus, de rétribution ou de rémunération. Le caractère gratuit du mandat ne peut constituer un critère déterminant, d'autant plus que c'est consciemment que vous avez accepté cette charge, ce titre et le caractère gratuit de votre désignation. De plus, la fonction de gérant d'une société commerciale est incompatible avec le droit aux allocations de chômage.*
> *Cette activité peut être intégrée dans le courant des échanges économiques de biens et de services et n'est pas limitée à la gestion normale des biens propres. L'activité que vous avez effectuée doit donc être considérée comme un travail au sens de l'article 45. »*

Le C.31 daté du 31 août 2010 précise que le montant de la récupération s'élève à 15.874,54 Euros, soit 498 allocations de chômage versées du 1er juillet 2007 au 31 janvier 2009.

5. Monsieur W a contesté cette décision par une requête déposée au greffe du tribunal du travail, le 22 septembre 2010.

Par jugement du 5 novembre 2013, le tribunal a déclaré le recours non fondé et a confirmé la décision de l'ONEm.

Monsieur W a fait appel du jugement par une requête déposée au greffe de la cour du travail, le 6 décembre 2013.

II. OBJET DE L'APPEL

6. Monsieur W demande à la cour du travail de mettre à néant le jugement et, par conséquent, de mettre à néant la décision de l'ONEm du 31 août 2010.

III. DISCUSSION

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

7. Il résulte des articles 44 et 45 de l'arrêté royal du 25 novembre 1991 qu'un chômeur ne peut exercer pour son propre compte, une activité qui peut être intégrée dans le courant des échanges économiques de biens et de services et qui n'est pas limitée à la gestion normale des biens propres.

Le dernier alinéa de l'article 45 précise qu'une « activité n'est considérée comme activité limitée à la gestion normale des biens propres que s'il est satisfait simultanément aux conditions suivantes :

> 1° 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;
>
> 2° l'activité ne permet que de conserver ou d'accroître modérément la valeur des biens;
>
> 3° de par son ampleur, l'activité ne compromet ni la recherche, ni l'exercice d'un emploi ».

8. L'exercice d'un mandat dans une société commerciale constitue, généralement, une preuve suffisante de ce que le chômeur exerce une activité pour son propre compte qui dépasse la gestion normale des biens propres.

En effet, le mandat implique, en principe, une activité régulière et habituelle.

Même s'il a d'autres occupations, le mandataire est à tout moment susceptible de devoir contrôler et/ou représenter la société dont il est l'organe; il doit « exercer un contrôle actif sur la gestion et est tenu de se tenir informé à tout instant de la situation au sein de la société » (M.-A. Delvaux et P. De Wolf, « Les responsabilités civiles des dirigeants de sociétés commerciales », *in Le statut du dirigeant d'entreprise*, Y. De Cordt (dir.), CRIDES, Larcier, 2009, p. 208, note 15).

On admet néanmoins que le chômeur peut démontrer que le mandat n'implique aucune activité incompatible avec les allocations (voy., notamment, Cour trav. Bruxelles, 8ème ch., 25 octobre 2012, RG n° 2011/AB/49) : cela peut être le cas lorsque la société est « dormante ».

Cette preuve n'est pas rapportée en l'espèce.

9. Il a été précisé lors de la constitution de la société que le mandat du gérant ne serait pas rémunéré.

Cet élément ne permet pas d'exclure le but de lucre.

Comme Monsieur W était associé de la société, il faut aussi voir dans quelle mesure il a exercé son activité dans le but de faire fructifier le capital investi.

On admet, en effet, qu'un « *associé dans une société de personnes à responsabilité limitée qui y exerce une activité dans le but de faire fructifier le capital qui lui appartient en partie, est, en tant qu'associé actif, considéré comme un travailleur indépendant* » (voir Cass. 26 janvier 1987, Pas. 1987, I, p. 609; Cass. 2 février 1981, Pas. 1981, I, p. 605; Cass. 16 janvier 1978, Pas. 1978, I, p. 47).

Dans l'*e-mail* qu'il a adressé à l'ONEm le 7 août 2010, Monsieur W a indiqué qu'il avait engagé un employé et que son activité se limitait à deux heures maximum le soir et consistait à vérifier les tâches effectuées par son employé.

Il apparaît donc bien que Monsieur W a exercé une activité dans le but de faire fructifier le capital investi dans sa société.

Il avait la qualité d'associé actif. C'est d'ailleurs à ce titre qu'il a été assujetti au statut social des travailleurs indépendants.

10. En conséquence, Monsieur W a exercé une activité, certes limitée à quelques heures par jour, mais qui n'était pas compatible avec les allocations de chômage.

11. Bien que dans ses conclusions d'appel, Monsieur W ne se réfère plus réellement à l'article 48 de l'arrêté royal, il y a lieu de confirmer que les conditions de cet article ne sont pas remplies, en l'espèce.

L'article 48 de l'arrêté royal du 25 novembre 1991 prévoit un régime particulier en cas de poursuite d'une activité accessoire qui était déjà exercée avant que ne débute le chômage.

Les conditions de cette exception sont les suivantes :

- il faut faire une déclaration lors de la demande d'allocations,
- l'activité doit avoir déjà été exercée pendant 3 mois au moins lorsque le chômeur était occupé comme travailleur salarié;
- l'activité doit être exercée principalement après 18 heures et avant 7 heures du matin;
- il ne doit pas s'agir d'une des activités expréssement exclues (Horeca, profession qui ne s'exerce qu'après 18 heures, travaux de construction comme salarié...).

Ces conditions sont cumulatives.

Il n'est pas contesté que Monsieur W n'a pas fait de déclaration lors de sa demande d'allocations de chômage.

Il explique cette absence de déclaration par le fait que l'organisme de paiement de la FGTB, ne l'aurait pas correctement informé.

Cette carence de l'organisme de paiement n'est pas démontrée.

Par ailleurs, l'éventuel défaut d'information de la part de l'organisme de paiement, ne serait pas opposable à l'ONEm.

Il pourrait en résulter une responsabilité de l'organisme de paiement ; il n'en résulterait pas, par contre, que Monsieur W était dispensé de l'obligation de faire une déclaration préalable.

12. Dans ces conditions, le jugement doit être confirmé en ce qui concerne l'exclusion du bénéfice des allocations de chômage.

B. <u>En ce qui concerne la récupération des allocations versées indument</u>

12. Selon cet article 169 de l'arrêté royal du 25 novembre 1991, « toute somme perçue indûment doit être remboursée ».

L'action de l'ONEm en remboursement des allocations de chômage se prescrit par 3 ans, sauf lorsque le paiement indu résulte de la fraude ou du dol du chômeur : dans ce cas, le délai de prescription est de 5 ans (voir article 7, § 13, de l'arrêté-loi du 28 décembre 1944).
En l'espèce, l'ONEm n'a pas retenu la fraude ou le dol : il a appliqué un délai de prescription de 3 ans et n'a donc pas sollicité le remboursement de ce qui avait été versé avant le 3ème trimestre 2007.

13. S'il prouve sa bonne foi, le chômeur peut obtenir une limitation supplémentaire de la récupération :

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

Le chômeur a la charge de la preuve de sa bonne foi (étant précisé que l'absence de fraude ne suffit pas à démontrer la bonne foi).

Lors de l'appréciation de la bonne foi, le juge peut tenir compte de l'intention et de la connaissance du chômeur (Cass. 16 février 1998, S.970137.N).

La notion de bonne foi renvoie à l'absence de conscience du caractère indu au moment où le paiement est intervenu (Cour trav. Bruxelles, 6 février 2013, RG n° 2011/AB/833, Cour trav. Bruxelles, 26 juin 2013, RG n° 2012/AB/62, Cour trav. Bruxelles, 4 septembre 2013, RG n° 2011/AB/1067, Cour trav. Bruxelles, 30 avril 2014, RG n° 2012/AB/842 et 2012/AB/868, Cour trav. Bruxelles, 8 juillet 2014, RG n° 2012/AB/1146, Cour trav. Bruxelles, 9 juillet 2014, RG n° 2012/AB/1.100, Cour trav. Bruxelles, 9 juillet 2014, RG n° 2012/AB/1210).

En l'espèce, Monsieur W était assujetti au statut social des travailleurs indépendants : il aurait, à tout le moins, dû avoir un doute sur la possibilité de cumuler ce statut avec des allocations de chômage.

La bonne foi n'est pas prouvée.

14. Il y a donc lieu de confirmer la décision de l'ONEm et le jugement en ce qui concerne la récupération d'indu.

C. En ce qui concerne la sanction d'exclusion

15. Le chômeur qui exerce une activité incompatible avec les allocations de chômage, sans biffer au préalable sa carte de contrôle, peut être exclu du droit aux allocations de

chômage pendant une période de 4 à 26 semaines (voir article 154 de l'arrêté royal du 25 novembre 1991).

En l'espèce, l'ONEm a retenu la sanction maximale.
Cette sévérité n'est pas justifiée.

En l'absence de fraude, il n'est pas cohérent d'appliquer la sanction maximale.

Il apparaît par ailleurs que s'il avait fait une déclaration préalable, Monsieur W aurait pu tirer un meilleur parti de la réglementation, en particulier, de l'article 48 de l'arrêté royal.

Dans ce contexte, il y a lieu de réduire l'exclusion de 26 à 12 semaines.

16. En ce qui concerne la sanction, l'appel est partiellement fondé.

PAR CES MOTIFS,

LA COUR DU TRAVAIL,

Statuant après avoir entendu les deux parties et le Ministère public,

Déclare l'appel de Monsieur W partiellement fondé,

Confirme le jugement sous la seule réserve que la sanction d'exclusion doit être ramenée de 26 à 12 semaines d'exclusion, à partir du 6 septembre 2010,

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

Ainsi arrêté par :
Jean-François NEVEN, conseiller,
Dominique DETHISE, conseiller social au titre d'employeur,
Serge CHARLIER, conseiller social au titre d'employé,

Assistés de :
Alice DE CLERCK, greffier

Dominique DETHISE,

Serge CHARLIER,

Alice DE CLERCK,

Jean-François NEVEN,

et prononcé, en langue française à l'audience publique de la 8ème Chambre de la Cour du travail de Bruxelles, le 14 octobre 2015, où étaient présents :
Jean-François NEVEN, conseiller,
Alice DE CLERCK, greffier

Alice DE CLERCK,

Jean-François NEVEN,