

200.2014.125.AC

AVS

CHA/BEJ

Tribunal administratif du canton de Berne

Cour des affaires de langue française

Jugement du 27 mars 2015

Droit des assurances sociales

C. Meyrat Neuhaus, présidente

M. Moeckli et D. Baldin, juges

A. de Chambrier, greffier



A. _____
représenté par Me B. _____

recourant

contre

UNIA Caisse de chômage

Centre de compétences F-CH-Centre (GE-NE-JU)

case postale 1272, 1211 Genève 1

intimée

relatif à une décision sur opposition de cette dernière du 19 décembre 2013

En fait:

A.

A. _____, né en 1954, marié, technicien en électronique de formation, travaillait pour une entreprise essentiellement active dans la fabrication d'équipements de haute technologie depuis le 1^{er} janvier 1999, comme chef de projet et ingénieur de vente. Pour des raisons économiques, son employeur a résilié son contrat de travail pour le 30 septembre 2009 (terme ensuite reporté au 31 octobre 2009). Inscrit comme demandeur d'emploi le 10 septembre 2009, un délai-cadre d'indemnisation lui a été ouvert à partir du 2 novembre 2009. Au bénéfice d'indemnités journalières spécifiques du 25 mai au 27 septembre 2010, pour démarrer une activité indépendante, l'assuré a repris avec son épouse une société, qui est devenue C. _____ (modifications inscrites au registre du commerce en [...] 2009, avec comme buts, l'import-export de marchandises, ainsi que des prestations de service dans le domaine des conseils, traductions et logistique techniques). Le 27 septembre 2010, il a confirmé entreprendre définitivement son activité indépendante au terme de la phase d'élaboration. Le 14 octobre 2011, l'assuré s'est annoncé à sa commune de domicile et a déposé une demande d'indemnités de chômage à compter du 17 octobre 2011 (la date du 28 octobre 2011 est également mentionnée), en indiquant être disposé à travailler à plein temps et avoir cessé son activité indépendante. Le 17 octobre 2011, l'assuré a vendu ses parts sociales dans C. _____ à son épouse et son nom a été radié du registre du commerce (publication dans la Feuille officielle suisse du commerce [FOSC] le [...] 2011). L'assuré a perçu des indemnités journalières de l'assurance-chômage (AC) pour les périodes de contrôle de novembre 2011 à avril 2012.

B.

Par décision du 20 juin 2012, confirmée par décision sur opposition du 27 septembre 2012, la caisse a nié le droit de l'assuré à des indemnités de chômage dès le 1^{er} novembre 2011, ce dernier ayant conservé une position analogue à celle d'un employeur. L'assuré a recouru contre cette dernière

décision auprès du Tribunal administratif du canton de Berne (TA). Le 16 avril 2013, au cours de l'échange d'écritures, la caisse a reconsidéré la décision attaquée, en l'annulant ou en constatant sa nullité (implicitement), dans la mesure où elle se rapportait à la période de novembre 2011 à avril 2012. Par jugement du 23 septembre 2013 (200.2012.1024.AC), le TA a rejeté le recours, en tant qu'il était recevable, et confirmé que l'intéressé ne pouvait prétendre à des indemnités de chômage dès le 1^{er} mai 2012.

C.

Egalement par décision du 16 avril 2013, la caisse a réclamé à l'assuré le remboursement du montant de Fr. 40'022.35 correspondant aux prestations indues pour la période de novembre 2011 à avril 2012. Après avoir suspendu la procédure, la caisse, par décision du 19 décembre 2013, a rejeté l'opposition formulée le 17 mai 2013 par l'intéressé, représenté par un avocat, et indiqué qu'elle transmettrait le courrier du 17 mai 2013 à l'autorité cantonale compétente en tant que demande de remise dès l'entrée en force de sa décision.

D.

Le 3 février 2014, l'assuré, agissant par son mandataire, a interjeté recours contre la décision sur opposition précitée auprès du TA, en concluant, en substance, sous suite de frais et dépens, à son annulation.

Dans son mémoire de réponse du 25 février 2014, l'intimée a conclu au rejet du recours et renvoyé au contenu de la décision sur opposition attaquée. Le 4 avril 2014, le mandataire du recourant a produit sa note d'honoraires.

En droit:

1.

1.1 La décision sur opposition du 19 décembre 2013 représente l'objet de la contestation; elle ressortit au droit des assurances sociales et confirme l'obligation de restitution d'indemnités de chômage indûment perçues, pour un montant de Fr. 40'022.35. L'objet du litige porte sur l'annulation de cette décision. Le recourant fait en particulier valoir l'extinction du droit de demander la restitution des prestations et le droit à la protection de la bonne foi.

1.2 Interjeté en temps utile, dans les formes prescrites, auprès de l'autorité de recours compétente, par une partie disposant de la qualité pour recourir et dûment représentée, le recours est recevable (art. 100 al. 3 de la loi fédérale du 25 juin 1982 sur l'assurance-chômage [LACI, RS 837.0], en relation avec l'art. 128 al. 2 de l'ordonnance fédérale du 31 août 1983 sur l'assurance-chômage [OACI, RS 837.02]; art. 56 ss de la loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales [LPGA, RS 830.1] et art. 15 et 74 ss de la loi cantonale du 23 mai 1989 sur la procédure et la juridiction administratives [LPJA, RSB 155.21]). A toutes fins utiles, on précisera que les conclusions du recourant tendant aux constats que ce dernier remplit les conditions ouvrant le droit aux indemnités de chômage et que la demande de restitution de prestations du 16 avril 2013 est tardive et prescrite (conclusions ch. 2 et 4) ne sont pas justifiées par un intérêt suffisant; elles sont en soi irrecevables du fait de la conclusion formatrice tendant à l'annulation de la décision sur opposition attaquée de restitution des prestations en cause (principe de la subsidiarité: ATF 122 V 28 c. 2b). Il convient, toutefois, de comprendre les conclusions en constat comme des motifs à l'appui de la conclusion formatrice précitée et non en tant que conclusions indépendantes.

1.3 Est contestée la restitution d'indemnités indûment perçues par l'assuré pour un montant de Fr. 40'022.35. La valeur litigieuse étant ainsi supérieure à Fr. 20'000.-, le jugement de la cause incombe à la Cour des affaires de langue française du TA, dans sa composition ordinaire de trois juges (art. 54 al. 1 let. c et 56 al. 1 de la loi cantonale du 11 juin 2009 sur l'organisation des autorités judiciaires et du Ministère public [LOJM, RSB 161.1]).

1.4 Le Tribunal examine librement la décision sur opposition contestée et n'est pas lié par les conclusions des parties (art. 61 let. c et d LPGA; art. 80 let. c ch. 1 et 84 al. 3 LPJA).

2.

2.1 D'après l'art. 95 al. 1 LACI, la demande de restitution est régie par l'art. 25 LPGA, à l'exception (non réalisée en l'espèce) des cas relevant des art. 55 et 59c^{bis} al. 4 LACI. Selon l'art. 25 al. 1 LPGA, les prestations indûment perçues doivent être restituées. La restitution ne peut être exigée lorsque la personne intéressée était de bonne foi et qu'elle la mettrait dans une situation difficile. Les prestations allouées en vertu d'une décision formellement passée en force peuvent être restituées, en droit des assurances sociales, si les conditions d'une reconsidération ou d'une révision procédurale sont remplies (ATF 126 V 23 c. 4b; SVR 2012 UV n° 28 c. 5.1). Ces principes sont aussi applicables lorsque les prestations sujettes à restitution ont été accordées sans avoir fait l'objet d'une décision formelle (ATF 129 V 110 c. 1.1; SVR 2012 UV n° 28 c. 5.1; DTA 2012 p. 214 c. 3.3).

2.2 L'assureur peut revenir sur les décisions ou les décisions sur opposition formellement passées en force lorsqu'elles sont manifestement erronées et que leur rectification revêt une importance notable (art. 53 al. 2 LPGA). La reconsidération sert de correctif postérieur à l'application du droit ou à la constatation de faits initialement erronée de l'administration (ATF 117 V 8 c. 2c; SVR 2014 IV n° 10 c. 4.1). Selon la jurisprudence, la reconsidération de décisions entrées en force n'est envisageable qu'en cas d'erreur crasse de l'administration (RCC 1988 p. 566 c. 2b). L'octroi de prestations illicites doit en règle générale être considéré comme manifestement erroné (ATF 126 V 399 c. 2b/bb; DTA 2002 p. 180 c. 1a). Une erreur est manifeste lorsqu'il n'existe aucun doute raisonnable sur le fait que la décision était erronée. Seule une conclusion s'impose – celle du caractère erroné de la décision (ATF 138 V 324 c. 3.3; SVR 2014 IV n° 7 c. 4.1). Une retenue dans l'admissibilité d'une erreur manifeste est toujours requise, quand le motif de reconsidération concerne une condition d'octroi

matérielle dont l'examen repose de façon déterminante sur des estimations ou sur l'appréciation de preuves, soit sur des éléments qui exigent nécessairement un pouvoir d'appréciation. Une évaluation des conditions d'octroi (relatives à l'invalidité) soutenable selon la jurisprudence en vigueur à l'époque ne peut pas être considérée comme une erreur manifeste (SVR 2014 IV n° 10 c. 4.1; TF 8C_962/2010 du 28 juillet 2011 c. 3.1). Par contre, une erreur est en principe manifeste lorsqu'une prestation a été octroyée en raison de l'application d'une fausse disposition légale ou qu'une disposition déterminante n'a pas été appliquée ou l'a été de manière erronée (ATF 140 V 77 c. 3.1).

2.3 Le droit de demander la restitution s'éteint un an après le moment où l'institution d'assurance a eu connaissance du fait, mais au plus tard cinq ans après le versement de la prestation. Si la créance naît d'un acte punissable pour lequel le droit pénal prévoit un délai de prescription plus long, celui-ci est déterminant (art. 25 al. 2 LPGA). Le délai de péremption relatif d'une année ne commence pas à courir dès le premier versement erroné d'une prestation. Est déterminant, le jour où l'organe de l'administration aurait dû reconnaître son erreur en faisant preuve de l'attention requise et exigible de sa part, par exemple sur la base d'un indice supplémentaire apparu par la suite; au surplus, les conditions d'une restitution doivent être remplies (ATF 139 V 6 c. 4.1; SVR 2011 EL n° 7 c. 3.2). Etant donné l'effet de publicité de l'inscription au registre du commerce, l'administration ne peut pas objecter qu'elle n'avait pas connaissance d'une inscription qui était opposable à tout tiers. Le délai de péremption commence à courir d'emblée, si l'inscription indique suffisamment clairement que la qualité de la personne intéressée exclut un droit à une indemnité de l'assurance-chômage en cas de réduction de l'horaire de travail. Dans cette éventualité, un report du point de départ du délai relatif d'une année ne se justifie pas (ATF 122 V 270 c. 5b/aa; DTA 2009 p. 346 c. 4.1)

3.

3.1 En l'espèce, le recourant fait en priorité valoir que le délai de péremption relatif d'une année était écoulé lorsque l'intimée a réclamé le remboursement des montants indus par décision du 16 avril 2013. Selon lui, la caisse connaissait sa position dans la société susmentionnée, respectivement la position de son épouse, en raison de l'effet de publicité de l'inscription au registre du commerce. Il ajoute qu'il a informé personnellement la caisse, en date du 14 novembre 2011, des modifications intervenues et que celle-ci ne pouvait ignorer les liens qui l'unissaient à l'autre associée de la société, soit à son épouse. En outre, il souligne que dans sa décision du 8 mars 2012, qui a été adressée en copie à cette dernière, beco Economie bernoise (ci-après: beco) avait rappelé le rôle que jouait son épouse dans ladite société.

Selon l'intimée, le registre du commerce ne lui est pas opposable, puisque le lien existant entre deux personnes (conjoints ou non) n'y est pas reconnaissable. Elle estime que le délai relatif de péremption a commencé à courir à la réception du courrier du 20 avril 2012, le 23 avril 2012, dans lequel beco l'informait du fait que, selon lui, l'intéressé se trouvait dans une position de conjoint occupant une position assimilable à celle d'un employeur.

3.2 En l'occurrence, la publication dans la FOSC du [...] 2009 (dossier [dos.] caisse 8) et l'extrait du RC (dos. caisse 32) indiquent que le recourant a repris la société en cause en décembre 2009 avec une autre associée portant le même nom de famille et ayant le même lieu d'origine et de domicile que lui. Le 27 octobre 2011, la caisse a reçu une communication du 17 octobre 2011 de la société, adressée au RC, qui indiquait que l'autre associée de la société rachetait "la totalité des parts sociales de [son] mari" (dos. caisse 29). Le 14 novembre 2011, le recourant a fait parvenir à la caisse un extrait du RC et une copie de la publication dans la FOSC du [...] 2011 indiquant sa radiation du RC et mentionnant que l'autre associée précitée reprenait ses parts dans la société et était désormais associée gérante unique de cette dernière avec signature individuelle (dos. caisse 32).

3.3 De ces circonstances, on peut déduire que l'intimée a eu connaissance des éléments déterminants au moment de l'inscription de la

radiation du recourant au RC et de la publication dans la FOSC du [...] 2011, puisqu'à la réception antérieure du courrier du 17 octobre 2011, plus aucun doute ne pouvait exister sur le lien qui existait entre le recourant et l'associée, désormais, unique de la société (voir DTA 2010 p. 289 c. 6 [= TF 8C_719/2009 du 10 février 2010] concernant aussi l'inscription au RC d'une épouse d'assuré).

Une telle approche fait partir le délai relatif de péremption d'une année au moment de chaque versement des indemnités en cause et non pas au moment où l'autorité aurait dû reconnaître son erreur. Dans cette situation, le droit de restitution de la caisse est périmé en ce qui concerne les indemnités versées plus d'un an avant le prononcé de la décision de restitution (ATF 124 V 380 c. 2a; DTA 2010 p. 289 c. 6.2). Au cas particulier, le dernier versement des indemnités journalières de mars et avril 2012 a été effectué le 2 mai 2012. Le délai a été interrompu par la décision de restitution du 16 avril 2013 (la précédente décision du 20 juin 2012 de refus d'indemnités journalières depuis le 1^{er} novembre 2011 n'ayant pas d'effet interruptif: ATF 135 V 579 c. 4.3.1; DTA 2010 p. 289 c. 6.3). Donc, dans cette hypothèse, la restitution des prestations de mars et avril 2012 n'est pas périmée.

Pour ces montants, il faut donc examiner si les autres conditions de la restitution sont remplies, notamment celle du caractère manifeste de l'erreur à la base des versements (seule une reconsidération peut justifier ici la restitution; compte tenu de l'effet de publicité du RC, une révision procédurale ne peut être envisagée; ATF 122 V 270 c. 4). Pour la période d'indemnisation courant de novembre 2011 à avril 2012 cependant, comme l'assuré et son épouse n'avaient pas investi une position semblable à celle d'un employeur avant le délai-cadre d'indemnisation, l'application analogique de l'art. 31 al. 3 let. c LACI ne s'imposait pas d'emblée. La situation devait être examinée sous l'angle de l'aptitude au placement. Il fallait déterminer la durabilité et la stabilité de la situation assimilable à celle d'un employeur (TF 8C_635/2009 du 1^{er} décembre 2009, C 9/2005 du 21 décembre 2005 c. 2.2; Bulletin LACI IC [indemnité de chômage] publié par le SECO [Bull. LACI IC] ch. B14; voir aussi BORIS RUBIN, *Droit à l'indemnité de chômage des personnes occupant une position assimilable à*

celle d'un employeur in: DTA 2013 p. 1). En outre, pour la période de novembre 2011 à avril 2012 interviennent aussi des considérations de protection de la bonne foi de l'assuré et de devoir de renseigner de l'autorité (art. 27 LPG; situation différente de celle jugée par le JTA 200.12.1024.AC précité c. 2 [introduction] et 3.3). Vu ces éléments soumis à appréciation, le caractère manifestement erroné des versements pour la période de novembre 2011 à avril 2012 ne peut être reconnu et la restitution des deux mois de prestations non périmées est exclue.

3.4 On arrive au même résultat si, en raison des éléments de l'état de fait soumis à interprétation, il faut partir de l'hypothèse qu'au cas particulier (contrairement à la situation décrite dans l'arrêt TF 8C_719/2009 publié dans DTA 2010 p. 289), les faits ressortant de l'effet de publicité du RC et de la FOSC ne se suffisaient pas à eux seuls, mais devaient être complétés par d'autres vérifications juridiques et factuelles des organes compétents de l'AC. En effet, sous cet angle, l'intimée connaissait, au plus tard, dès le 27 octobre 2011 (dos. caisse 29) le lien qui unissait le recourant à l'associée unique de la société. Au moment où elle a rappelé ce fait dans le courrier adressé au beco le 8 février 2012, dans lequel elle mentionnait que le recourant avait créé son entreprise "en collaboration avec son épouse" (dos. caisse 43), la caisse aurait dû s'interroger sur la problématique liée au conjoint occupant une position assimilable à celle d'un employeur et celle de l'aptitude au placement. En outre, dans la décision du 8 mars 2012, dont la caisse a reçu copie, le beco a, à nouveau, indiqué que le recourant avait créé la société en question avec son épouse et souligné que cette entreprise était actuellement gérée par cette dernière (p. 2 et 3 de ladite décision; dos. caisse 52). Donc, au plus tard à la réception de cette décision, le 9 mars 2012, la caisse était en possession d'éléments qui lui permettaient de se rendre compte du caractère erroné des versements. Le délai de péremption relatif d'une année a donc commencé à courir, au plus tard, dès cette dernière date et non pas au moment de la réception du courrier de beco du 20 avril 2012. A ce titre, il est rappelé que (lorsque les faits soumis à la publicité des registres publics ne suffisent pas) le moment déterminant, déclenchant le départ du délai de péremption, est celui où l'administration aurait dû se rendre compte de son erreur et non pas nécessairement le moment où elle s'en rend compte (voir

c. 2.3 ci-dessus). Le délai de péremption était ainsi échu au 31 mars 2013. La décision du 16 avril 2013 était donc tardive et le droit de demander la restitution des prestations indues totalement éteint. Dans cette seconde hypothèse (restitution non influencée par l'effet de publicité de registres publics), le point de départ du délai ne dépend pas de la date des versements des prestations litigieuses, mais du seul moment où l'autorité aurait dû reconnaître son erreur.

4.

4.1 Au vu de ce qui précède, que l'on se fonde ou non sur l'effet de publicité du RC, la restitution ne peut être exigée. Dans la mesure où le versement du 2 mai 2012 ne serait pas périmé, la restitution est en effet mal fondée, car la condition du caractère manifestement erroné exigée pour la reconsidération n'est pas remplie. Il convient ainsi d'admettre le recours et d'annuler la décision sur opposition du 19 décembre 2013.

4.2 Il n'y a pas lieu de percevoir de frais de procédure (art. 61 let. a LPGA).

4.3 Le recourant, qui obtient gain de cause, a droit à des dépens (art. 61 let. g LPGA). Ceux-ci, après examen de la note d'honoraires du 4 avril 2014 portant sur un montant de Fr. 2'541.45, sont fixés à Fr. 2'393.40 (Fr. 2'138.40 de dépens et Fr. 77.70 de débours, auxquels s'ajoutent Fr. 177.30 de TVA). En effet, seules les démarches objectivement nécessaires à la défense des intérêts du recourant dans la présente procédure de recours contre la décision de restitution du 19 décembre 2013 peuvent être prises en compte, en fonction de l'importance et de la complexité du litige (art. 61 let. g LPGA; ATF 114 V 83 c. 4b; SVR 2006 BVG n° 26 c. 11.3.1). Les démarches antérieures à la décision précitées ne peuvent dès lors pas être prises en compte.

Par ces motifs:

1. Le recours est admis et la décision attaquée est annulée.
2. Il n'est pas perçu de frais de procédure.
3. L'intimée versera au recourant la somme de Fr. 2'393.40 (débours et TVA compris) au titre de remboursement de ses dépens pour la procédure judiciaire.
4. Le présent jugement est notifié (R):
 - au mandataire du recourant,
 - à l'intimée,
 - à beco Economie bernoise, Service de l'emploi, Service juridique,
 - au Secrétariat d'Etat à l'économie (seco).

La présidente:

Le greffier:

Voie de recours

Dans les 30 jours dès la notification écrite de ses considérants, le présent jugement peut faire l'objet d'un recours en matière de droit public auprès du Tribunal fédéral, Schweizerhofquai 6, 6004 Lucerne, au sens des art. 39 ss, 82 ss et 90 ss de la loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (LTF, RS 173.110).