

200.2019.190.AC
N° AVS
DEJ/REN

Tribunal administratif du canton de Berne
Cour des affaires de langue française

Jugement du juge unique du 27 mai 2020

Droit des assurances sociales

C. Meyrat Neuhaus, juge
J. Desy, greffier

A. _____

recourant

contre

Office de l'assurance-chômage (OAC)

Service de l'emploi, Lagerhausweg 10, case postale 730, 3018 Berne

intimé

relatif à une décision sur opposition de ce dernier du 6 février 2019



En fait:

A.

A. _____, né en 1986 et au bénéfice d'une autorisation d'établissement, marié et père d'un enfant (né en avril 2016), est titulaire d'un bachelors in business administration délivré par une Haute Ecole. Il s'est annoncé le 9 novembre 2015 auprès d'un Office régional de placement et un délai cadre d'indemnisation lui a été ouvert à 50% en raison d'une activité indépendante préexistante exercée à temps partiel. Après avoir augmenté son taux de disponibilité auprès de l'assurance-chômage (AC) de 50% à 70% dès le mois d'avril 2016, il a requis sa désinscription au 3 novembre 2016.

En janvier 2018, la Caisse de compensation du canton de Berne (CCB) a informé beco Economie bernoise, Caisse de chômage (dès le 1^{er} mai 2019: OAC, Caisse de chômage) du fait que le prénommé avait réalisé des revenus soumis à cotisations en 2015 et 2016. Après lui avoir donné l'occasion de se prononcer à ce propos, la Caisse de chômage a, par décision du 17 septembre 2018, prononcé la restitution de Fr. 7'971.75 d'indemnités journalières de chômage trop élevées touchées à tort. Nonobstant l'opposition formulée contre ce prononcé par le prénommé le 5 octobre 2018 (comprenant, à titre subsidiaire, une demande de remise), la Caisse de chômage a confirmé la décision de restitution du montant précité par prononcé du 19 octobre 2018 et transmis la demande de remise de restitution à beco Economie bernoise, Service de l'emploi (dès le 1^{er} mai 2019: OAC, Service de l'emploi). Ce prononcé n'a pas été contesté.

Le 3 décembre 2018, le Service de l'emploi a rejeté la demande de remise de restitution déposée par le prénommé.

B.

Rejetant l'opposition formulée les 28 et 31 décembre 2018 contre la décision précitée refusant la remise de restitution, le Service de l'emploi a confirmé son prononcé par décision sur opposition du 6 février 2019.

C.

Le 7 mars 2019, le prénommé a porté la cause devant le Tribunal administratif du canton de Berne (TA), en concluant implicitement à l'annulation de la décision sur opposition attaquée.

Le Service de l'emploi a omis de répondre au recours dans le délai qui lui avait été fixé. Il a transmis ses dossiers administratifs au Tribunal les 10 et 16 avril 2019.

En droit:

1.

1.1 La décision sur opposition rendue par le Service de l'emploi le 6 février 2019 représente l'objet de la contestation; elle ressortit au droit des assurances sociales et confirme la décision du 3 décembre 2018 rejetant la demande de remise déposée par l'assuré. Le principe et le montant de l'obligation de l'assuré de restituer une somme totale de Fr. 7'971.75 ne font quant à eux pas l'objet de la contestation et ne peuvent être examinés par le TA dans la présente procédure, car aucun recours n'a été interjeté contre la décision sur opposition portant sur ces questions, rendue le 19 octobre 2018, qui est dès lors entrée en force. L'objet du litige porte pour sa part sur le droit de l'assuré à obtenir la remise de l'obligation de restituer les indemnités de chômage indûment perçues réclamées par l'intimé, plus particulièrement sur l'examen de la condition de la bonne foi lors de la perception des indemnités en cause.

1.2 Interjeté en temps utile et dans les formes prescrites, par une partie disposant de la qualité pour recourir, 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], qui s'applique par renvoi de l'art. 1 al. 1 LACI, 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]).

1.3 Au vu de sa valeur litigieuse inférieure à Fr. 20'000.- (en l'occurrence: Fr. 7'971.75), le jugement de la cause incombe au juge unique de la Cour des affaires de langue française du TA (art. 54 al. 1 let. c et 57 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 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 Selon l'art. 10 al. 2 LACI, est réputé partiellement sans emploi celui qui n'est pas partie à un rapport de travail et cherche à n'exercer qu'une activité à temps partiel (let. a) ou occupe un emploi à temps partiel et cherche à le remplacer par une activité à plein temps ou à le compléter par une autre activité à temps partiel (b).

2.2 Est réputé intermédiaire tout gain que le chômeur retire d'une activité salariée ou indépendante durant une période de contrôle. L'assuré qui perçoit un gain intermédiaire a droit à la compensation de la perte de gain (art. 24 al. 1 LACI). Est réputée perte de gain la différence entre le gain assuré et le gain intermédiaire, ce dernier devant être conforme, pour le travail effectué, aux usages professionnels et locaux (al. 3). Le gain réalisé dans une activité à temps partiel par une personne partiellement sans emploi conformément à l'art. 10 al. 2 let. b LACI doit être aussi

considéré comme gain intermédiaire (ATF 141 V 426 c. 5.1, 127 V 479 c. 2; DTA 2011 p. 160 c. 3).

2.3 Les prestations indûment touchées doivent être restituées. La restitution ne peut être exigée lorsque l'intéressé était de bonne foi et qu'elle le mettrait dans une situation difficile (art. 25 al. 1 LPGA en corrélation avec l'art. 95 al. 1 et 3 de la loi fédérale du 25 juin 1982 sur l'assurance-chômage [LACI, RS 837]). La personne bénéficiaire des prestations allouées indûment ou ses héritiers sont soumis à l'obligation de restituer (art. 2 al. 1 let. a de l'ordonnance fédérale du 11 septembre 2002 sur la partie générale du droit des assurances sociales [OPGA, RS 830.11]).

2.3.1 L'assuré qui a connaissance d'un vice juridique ne peut se prévaloir de sa bonne foi. Autrement dit, la bonne foi ne peut être invoquée si, en faisant preuve de l'attention que l'on pouvait exiger de lui, l'intéressé aurait dû reconnaître le vice juridique. Le degré d'attention requis s'apprécie en fonction de l'ensemble des circonstances. Ces principes de droit civil s'appliquent de la même manière en droit des assurances sociales (ATF 120 V 319 c. 10a). De jurisprudence constante, la simple méconnaissance du vice juridique ne suffit pas à fonder la bonne foi en tant que condition de la remise. Encore faut-il que le destinataire de la prestation non seulement ne se soit rendu coupable d'aucun comportement dolosif, mais également d'aucune négligence. Il s'ensuit que la bonne foi fait d'emblée défaut lorsque l'octroi de prestations indûment versées est imputable à une violation intentionnelle ou gravement négligente de l'obligation d'annoncer ou de renseigner. A l'inverse, la personne tenue à restitution peut se prévaloir de sa bonne foi si elle ne s'est rendue coupable que d'une négligence légère. Comme dans d'autres domaines, la mesure de l'attention exigée s'apprécie d'un point de vue objectif; à cet égard, on tiendra toutefois compte, d'après la situation personnelle de l'intéressé (capacité de discernement, état de santé, niveau de formation, etc.), de ce qui est encore possible et exigible de sa part (ATF 138 V 218 c. 4; SVR 2019 IV n° 6 c. 3.1).

2.3.2 Il y a situation difficile, au sens de l'art. 25 al. 1 LPGA, lorsque les dépenses reconnues par la loi fédérale du 6 octobre 2006 sur les

prestations complémentaires (LPC, RS 831.30) et les dépenses supplémentaires au sens de l'art. 4 sont supérieures aux revenus déterminants selon la LPC (art. 5 al. 1 de l'ordonnance fédérale du 11 septembre 2002 sur la partie générale du droit des assurances sociales [OPGA, RS 830.11]). Est déterminant, pour apprécier s'il y a une situation difficile, le moment où la décision de restitution est exécutoire (art. 4 al. 2 OPGA).

3.

3.1 Dans la décision sur opposition contestée du 6 février 2019, le Service de l'emploi retient principalement que le recourant ne peut prétendre être de bonne foi dans la mesure où il a violé de manière évidente son devoir d'information en répondant, dans les formulaires d'indications de la personne assurée (formulaire IPA) complétés, systématiquement par "non" à la question de l'existence d'un travail auprès d'un employeur, les différents mois au cours desquels il avait pourtant réalisé un gain en tant qu'employé auprès de l'entreprise B. _____ SA selon les décomptes de la CCB.

Pour sa part, le recourant invoque en substance qu'il s'était annoncé auprès de l'AC à temps partiel et que les gains intermédiaires dont l'intimé veut tenir compte, correspondant à une activité sporadique de consulting exercée en qualité d'indépendant pour une entreprise et rémunérée par des commissions et remboursement de frais mais sans conclusion de contrat, étaient compris dans la part non couverte par l'AC. Au stade du recours devant le TA, il explique également avoir découvert que l'entreprise susmentionnée et sa fiduciaire avaient commis un faux dans les titres en produisant des fiches de salaire avec cotisations sociales auprès des organes de l'AC, dès lors que lui-même finançait dites cotisations sociales en les versant, sur indications données par la fiduciaire, sur un compte ouvert auprès de la même entreprise. Selon lui, ce mode de procéder montrait qu'il s'agissait d'une activité exercée à titre indépendant et non dépendant comme l'entreprise voudrait le faire croire.

3.2 Quant aux faits déterminants ressortant du dossier, on peut retenir ce qui suit.

3.2.1 Lors de son inscription auprès des organes de l'AC le 9 novembre 2015, le recourant a indiqué exercer une activité indépendante à 50% depuis le 1^{er} mai 2015, sous la forme de soins énergétiques/massages (voir dossier [dos.] ORP 3). Le 8 décembre 2015, il a précisé effectuer depuis août 2015 des massages et soins énergétiques, ainsi que du "Life coaching", si bien qu'il se mettait à disposition à un taux de 50% auprès de l'AC (dos. ORP 38). Le 1^{er} mai 2016, il a confirmé exercer une activité lucrative depuis août 2015 sous la forme de massages et soins énergétiques, de même que de "Life coaching" et de consulting (dos. ORP 81) et a précisé se trouver désormais à 70% à disposition du marché du travail. Finalement, par courriel du 3 novembre 2016, le recourant a souhaité se désinscrire du chômage et se concentrer sur son activité indépendante (dos. ORP 149), ce qui a été effectif le même jour (dos. ORP 153).

3.2.2 Le 10 janvier 2018, la CCB a transmis aux organes d'application de l'AC un extrait du compte individuel des revenus soumis à cotisations sociales (années 2015 et 2016) faisant état d'un revenu de Fr. 3'793.- pour les mois de mai à décembre 2015 et de Fr. 11'454.- pour l'année 2016, revenus réalisés tous deux auprès de l'entreprise susmentionnée. Cette entreprise a également été consultée par les organes d'application de l'AC et il ressort des informations transmises que le recourant avait été engagé dans le domaine de la vente (*Angestellter im Bereich Verkauf*) du 1^{er} au 31 mai 2015 et toute l'année 2016 (dos. Caisse 32-33).

4.

Il s'agit ainsi d'examiner si le recourant peut se prévaloir de sa bonne foi en ayant omis d'indiquer les gains résultant de son activité pour l'entreprise susmentionnée, ce qu'a nié l'intimé.

4.1 En l'occurrence, le recourant se trouvait partiellement au chômage au sens de l'art. 10 al. 2 let. b LACI, dès lors qu'il avait déclaré exercer une

activité lucrative à temps partiel, activité commencée avant la survenance du chômage (dès mai 2015). En principe, tout gain réalisé en cas de chômage partiel doit être contrôlé par le mécanisme des gains intermédiaires (art. 24 LACI), mais en l'espèce, il n'a pas été exigé du recourant qu'il déclare les gains réalisés pour la part de l'activité considérée comme indépendante à 50%, puis 30%, dès lors qu'elle n'était pas couverte par l'AC, étant également précisé qu'une telle façon de faire trouve son corollaire dans une surveillance particulière et stricte (voir dos. ORP 30). Cela étant, le principe d'un chômage partiel a été admis par les autorités d'application de l'AC.

4.2 Dans la décision attaquée, le Service de l'emploi considère que les gains réalisés auprès de l'entreprise susmentionnée ne faisaient pas partie de l'activité indépendante exercée déclarée par le recourant, mais provenaient d'une activité dépendante, et représentaient ainsi un gain intermédiaire, ce qui aurait dû être déclaré dans les formulaires IPA. Pour autant cependant, dans ce contexte de chômage partiel, il est difficile de déduire directement, ainsi que le fait le Service de l'emploi, une mauvaise foi évidente du recourant dans les réponses données dans les différents questionnaires IPA.

4.2.1 Si le recourant a certes indiqué qu'il n'avait jamais travaillé pour un employeur pendant sa période de chômage (question n° 1 du questionnaire IPA mensuel), la notion d'activité dépendante du droit des assurances sociales est toutefois relativement éloignée de la compréhension que peuvent en avoir des non-juristes. En effet, le droit suisse (et la jurisprudence) s'avèrent particulièrement restrictifs à admettre comme activité indépendante les activités régulières pour un même donneur d'ordre, quelle que soit la nature, écrite ou orale, du contrat entre les protagonistes, si l'exécutant n'a pas d'infrastructure ou de personnel propre (ainsi par exemple les femmes de ménage, sous-traitants, voyageurs de commerce) et ne doit pas, de par la nature même de sa profession, être indépendant (ainsi par exemple les avocats, les organes de contrôle). La raison d'être de ce régime particulièrement restrictif réside en le fait que les personnes indépendantes sont moins bien protégées socialement, de même qu'il existe un risque d'"ubérisation" susceptible de remettre en

question tout le système social. Au vu de ce qui précède, il n'est ainsi pas du tout évident que le recourant ait été employé (au sens juridique du terme) par l'entreprise susmentionnée (quand bien même celle-ci a indiqué le contraire dans le questionnaire complété en juin 2018 [dos. Caisse 32-33]), ni d'ailleurs qu'il ait su ou eu l'impression d'être employé de cette entreprise. On ne peut exclure qu'il ait cru exercer une activité lucrative indépendante pour le compte de celle-ci. En tout état de cause, compte tenu de ce qui précède, on ne peut retenir que le recourant était de mauvaise foi en indiquant qu'il n'exerçait pas d'activité dépendante, étant également précisé à ce stade qu'il n'est nullement question de trancher la question (délicate) d'activité dépendante ou indépendante. Il suffit de retenir que le recourant pouvait imaginer de bonne foi exercer une activité lucrative indépendante pour le compte de la société susmentionnée.

4.2.2 Concernant la deuxième question du formulaire IPA (à savoir l'exercice d'une activité indépendante), il s'agit précisément de la raison d'être du chômage à temps partiel du recourant. Depuis que la question d'une telle modalité de chômage avait été tranchée, le recourant n'avait ainsi plus répondu positivement à cette question (voir dos. Caisse 58-59, 62-63, 75-78 et 86-99), à l'inverse du questionnaire du mois de novembre 2015, dans lequel il avait indiqué une activité indépendante (voir dos. Caisse 151-152). Dès lors qu'il pensait exercer une activité indépendante pour le compte de l'entreprise susmentionnée, au vu notamment des explications apportées en procédure de recours devant le TA, et qu'il considérait cette activité comme faisant partie des activités indépendantes justement pas couvertes par le taux partiel des indemnités de chômage perçues, les réponses négatives fournies à la deuxième question du formulaire IPA n'apparaissent pas en soi incohérentes.

4.3 Pour autant, malgré le modèle de chômage partiel laissant une certaine liberté et la question peu évidente (sur le plan juridique) d'un statut de dépendant ou d'indépendant, on ne peut admettre que le recourant a été de bonne foi.

4.3.1 En effet, lorsqu'il a complété le 7 décembre 2015 le 1^{er} questionnaire de déclaration d'activité indépendante (voir dos. ORP 38), il avait déjà été rétribué par l'entreprise susmentionnée à hauteur de

Fr. 1'341.05 pour le mois de novembre 2015 et devait encore l'être par Fr. 563.50 en décembre 2015 (voir dos. ORP 30, questionnaire complété par l'entreprise). S'il est certes possible que ces rétributions correspondent à une activité antérieure au chômage, il n'empêche que de nouveaux "appels" ou mandats de cette entreprise n'étaient pas exclus (il y en a du reste eu en 2016). Donc, de bonne foi, le recourant ne pouvait pas uniquement mentionner ses activités de "Massage et soins énergétiques, Life coaching" sur le formulaire complété le 7 décembre 2015. Peu importe que cette description ait été complétée par "et consulting" le 1^{er} mai 2016. Cet ajout sans autre précision n'indiquait pas que le genre d'activité (soins) s'étendait aussi à la promotion et à la vente de montres pour aveugles, cela d'autant moins que le recourant souhaitait à ce moment augmenter sa disponibilité pour l'AC (passage de 50% à 70%, donc diminution de l'activité indépendante de 50% à 30%). De plus, même si le recourant en a parlé à ce moment avec son conseiller ORP (ce qui est allégué mais ne ressort nullement du dossier), cette activité de promotion/vente de montres qui entrerait en ligne de compte dès le début du chômage, devait d'emblée être mentionnée, même de façon erronée, en tant qu'activité indépendante. Avec une vraisemblance prépondérante (degré requis de preuve en droit des assurances sociales: ATF 144 V 427 c. 3.2), le recourant a occulté cette activité lucrative pensée indépendante pour l'entreprise susmentionnée et aurait dû la signaler dès le premier questionnaire complété à ce propos. Par ailleurs, le fait aussi qu'après avoir augmenté sa disponibilité pour l'AC à 70% et avoir été convoqué pour une mesure relative au marché du travail de fin de droit, le recourant ait rencontré des difficultés de conciliation des obligations découlant de l'AC avec ses autres activités dans le domaine des soins et ses activités pour l'entreprise susmentionnée (voir par exemple dos. ORP 130), et aussi ses charges familiales nouvelles (naissance d'un enfant en avril 2016), et se soit finalement lui-même désinscrit tend aussi à montrer que les activités (indépendantes) non couvertes par l'AC prenaient plus d'ampleur que la disponibilité annoncée.

4.3.2 Sur le vu de ce qui précède, il apparaît également que les explications apportées par le recourant au stade du recours et relatives à son statut d'indépendant ne correspondant pas aux informations données

par l'entreprise susmentionnée ne changent aucunement ce qui précède, dans la mesure où ce qui est reproché au recourant consiste en le fait de ne pas avoir communiqué aux organes d'application de l'AC cette activité, et non sa qualification de dépendante ou d'indépendante.

5.

5.1 En conséquence, c'est à bon droit que le Service de l'emploi, dans sa décision du 3 décembre 2018, confirmée par décision sur opposition du 6 février 2019, a rejeté la demande de remise d'indemnités de chômage perçues indûment pour un montant total de Fr. 7'971.75, faute pour l'assuré de remplir la condition (cumulative) de la bonne foi lors de la perception des prestations soumises à restitution. Cela étant, à l'instar de l'intimé, il s'avère superflu d'examiner la seconde condition nécessaire pour justifier une remise de restitution de prestations, à savoir celle de la charge économiquement trop lourde. Au vu de ce qui précède, le recours doit être rejeté.

5.2 Il n'y a pas lieu de percevoir de frais de procédure, ni d'allouer de dépens même sous forme d'indemnité de partie, le recourant n'obtenant pas gain de cause (art. 61 let. a et g LPGA; art. 104 al. 1 à 3 et 108 al. 3 LPJA).

Par ces motifs:

1. Le recours est rejeté.
2. Il n'est pas perçu de frais de procédure, ni alloué de dépens.
3. Le présent jugement est notifié (R):
 - au recourant,
 - à l'OAC, Service de l'emploi,
 - à l'Office fédéral des assurances sociales.

La présidente:

Le greffier:

Voie de recours

Dans les 30 jours dès la notification 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).