



---

Cour II  
B-7863/2008  
{T 0/2}

## Arrêt du 14 octobre 2009

---

Composition

Claude Morvant (président du collège),  
Frank Seethaler, Ronald Flury, juges,  
Nadia Mangiullo, greffière.

---

Parties

**Etat du Valais,**  
**agissant par le Directeur de la Caisse publique**  
**cantonale valaisanne de chômage,**  
place du Midi 40, case postale, 1951 Sion,  
recourant,

contre

**Secrétariat d'Etat à l'économie SECO,**  
Marché du travail et assurance-chômage,  
Effingerstrasse 31, 3003 Berne,  
autorité inférieure.

---

Objet

Responsabilité des fondateurs - libération de l'obligation  
de réparer.

**Faits :****A.**

**A.a** Ayant été licenciée à fin avril 2004 pour le 30 juin 2004, X.\_\_\_\_\_ (ci-après : l'assurée) a déposé le 9 juillet 2004 une demande auprès de l'Office du travail de la commune de Y.\_\_\_\_\_ visant à l'obtention d'indemnités de l'assurance-chômage. Elle y a indiqué avoir travaillé à plein temps du 1<sup>er</sup> septembre 2002 au 30 juin 2004 dans l'entreprise de maçonnerie de son conjoint en qualité de secrétaire, sans droit de signature ; il s'agissait d'une raison individuelle dans laquelle l'époux disposait des pleins pouvoirs et bénéficiait d'un statut AVS d'indépendant.

L'assurée a été reçue par la Caisse publique cantonale valaisanne de chômage (ci-après : la caisse) le 3 août 2004. A cette occasion, elle a déclaré que l'entreprise de son conjoint cesserait définitivement ses activités à fin septembre 2004 pour des raisons économiques et que tous liens étaient définitivement rompus avec celle-ci.

Sur cette base, la caisse a reconnu à l'assurée un droit à l'indemnité de chômage dès le 9 juillet 2004.

**A.b** Par décision du 30 mai 2005, la caisse a nié avec effet rétroactif le droit de l'assurée aux indemnités dès le 9 juillet 2004 et l'a enjointe de lui restituer le montant de Fr. 28'355.- correspondant aux indemnités payées à tort du 9 juillet 2004 au 31 janvier 2005. Elle fit valoir que l'instruction complémentaire suite à un contrôle interne de février 2005 lui avait permis de constater que la réquisition au registre du commerce tendant à la radiation de la raison individuelle de l'époux n'avait pas été effectuée, la société demeurant «en veilleuse» et pouvant être réactivée à tout moment, ce qui excluait l'assurée, conjointe de l'employeur, du droit à l'indemnité. D'autre part, les documents remis tendant à prouver le versement effectif du salaire à l'assurée ne correspondaient pas, sauf concernant l'AVS, aux déclarations faites aux assurances sociales et aux autorités fiscales.

L'assurée s'est opposée à cette décision le 20 juin 2005 en relevant en particulier que son conjoint avait oublié de faire procéder à la radiation de la raison individuelle dès le mois de septembre, mais que cela avait été fait depuis. Elle ajouta que les collaborateurs de l'entreprise

avaient été libérés pour le 10 septembre 2004 et que son conjoint travaillait comme salarié dans une autre entreprise depuis septembre 2004. La caisse a rejeté l'opposition par décision du 13 juillet 2005.

Par décision du 25 novembre 2005, le Service de l'industrie, du commerce et du travail (SICT) a refusé la demande de remise de l'obligation de restituer déposée par l'assurée le 4 octobre 2005. Le 31 août 2006, le SICT a rejeté l'opposition du 4 janvier 2006 formée par l'assurée contre sa décision.

Le 15 mai 2007, la commission cantonale de recours en matière de chômage (CCR) a admis le recours formé le 29 septembre 2006 par l'assurée et annulé les décisions du SICT. Elle conclut que, si tant est que l'assurée n'avait pas droit à l'indemnité, il fallait constater qu'elle avait décrit la situation de manière complète et conforme à la réalité et que la caisse pouvait ainsi examiner librement et en connaissance de cause si elle remplissait les conditions ; on ne voyait pas en quoi l'assurée aurait failli à son obligation de renseigner ou fait preuve d'une négligence assez grave qui pourrait exclure sa bonne foi.

Consécutivement à une requête d'interprétation déposée par le SICT, la CCR a indiqué dans une décision du 11 octobre 2007 que seule la question de la bonne foi de l'assurée avait été examinée dans le jugement du 15 mai 2007 et qu'il appartenait encore au SICT d'examiner la question de savoir si la restitution mettait ladite assurée dans une situation difficile avant de rendre une nouvelle décision.

Par décision du 18 juillet 2008, le SICT a dispensé l'assurée de restituer à la caisse le montant de Fr. 28'355.- au motif qu'elle n'était pas en mesure de rembourser ce montant.

**A.c** Le 14 octobre 2008, la caisse a adressé au SECO une demande de libération de l'obligation de réparer pour un montant de Fr. 28'355.-. Elle y fit valoir que s'il était exact que la raison individuelle «mise en veilleuse» pouvait être réactivée, les faits postérieurs à l'ouverture du droit démontraient que cela n'avait pas été le cas durant la période précédant sa radiation le 17 mai 2005. Ainsi, l'époux avait travaillé au service de Z. \_\_\_\_\_ SA en qualité de maçon du 13 septembre 2004 jusqu'à fin mai 2005 au moins, de sorte que l'assurée aurait pu se voir reconnaître le droit à l'indemnité, le risque d'abus étant pratiquement exclu. La caisse releva avoir été convaincue que l'assurée procéderait,

comme elle l'avait déclaré lors de l'audition, à la radiation de la raison sociale pour la fin septembre 2004. Constatant que cela n'avait pas été fait, la caisse avait immédiatement réagi. Elle conclut ainsi que cette erreur, constatée lors d'un contrôle interne imposé par l'autorité de surveillance et due en grande part à une certaine complexité dans l'application du droit en présence d'assurés dont le statut peut être assimilé à celui d'un employeur, ne devrait pas porter à conséquence.

**B.**

Par décision du 11 novembre 2008, le SECO a refusé la demande de la caisse et a mis à sa charge un montant de Fr. 10'000.-, une somme de Fr. 18'355.- étant supportée par le fonds de compensation. Il soutint que la caisse s'était fiée aux déclarations de l'assurée et avait omis de vérifier les faits, notamment la radiation au registre du commerce qui n'avait en définitive pas été faite. Le SECO considéra qu'en n'entretenant pas tout pour établir l'état de fait exact avec un soin propre à éviter une erreur, en particulier lors de l'étude du droit à l'indemnité, la caisse avait commis une faute ne pouvant être considérée comme légère.

**C.**

Par mémoire du 5 décembre 2008, l'Etat du Valais, agissant par le directeur de la caisse (ci-après : le recourant), a recouru contre cette décision auprès du Tribunal administratif fédéral en concluant à l'admission de la demande de libération de l'obligation de réparer. Retenant que la caisse avait connaissance de la mauvaise situation financière de l'entreprise, dans laquelle l'assurée n'avait aucun pouvoir, le recourant allègue que la caisse était fondée à lui faire confiance et à se forger une conviction positive. Il ajoute que, s'il est vrai que l'époux n'a pas immédiatement fait radier la société, le SECO oublie que cela est impossible pour une société ayant des dettes ou essuyant des pertes dès lors qu'il existe des créanciers qui refuseraient cette radiation pour des raisons de poursuites, que des problèmes pourraient survenir avec p. ex. l'AVS ou les autorités fiscales et qu'il faut en outre laisser le temps au titulaire de liquider la société avant de la faire radier. Par ailleurs, le risque que l'assurée, coiffeuse, activât elle-même l'entreprise de maçonnerie de son conjoint était nul. Le recourant soutient que la caisse a exigé toutes les pièces pertinentes au moment de l'ouverture du droit et a correctement instruit le dossier en convoquant l'assurée et que le fait de refuser le droit à une personne au motif que son conjoint n'a pas

fait radier son entreprise au jour de l'inscription de son épouse au chômage, qui a promis qu'il allait le faire, équivaut à du formalisme excessif. Il ajoute que l'appréciation de la caisse et la confiance mise dans les propos de l'assurée se sont a posteriori révélés exacts dès lors que l'époux a travaillé pour un tiers et que l'épouse n'a pas travaillé. Les faits prouvent ainsi que l'assurée n'a maintenu aucun lien avec la société puisque le couple n'a pas poursuivi le but social et que la société a finalement été radiée.

Considérant que la caisse pouvait se forger une opinion sur le vu des éléments à sa disposition, même sans radiation, le recourant fait grief au SECO de passer sous silence le pouvoir d'appréciation de la caisse et de substituer son jugement sans expliquer en quoi cette pièce eût évité l'appréciation discutable, commettant par là un abus de son pouvoir d'appréciation. Il poursuit en indiquant que le principe selon lequel l'administration peut reconsidérer une décision signifie que la caisse a le droit de corriger ses erreurs ; le SECO devait ainsi tenir compte, d'une part, du fait que la caisse avait spontanément corrigé son appréciation de la situation initiale lors d'un contrôle interne et, d'autre part, du nombre de cas traités par une caisse et de la proportion d'erreur. Le recourant fait encore valoir que le SECO ne pouvait conclure à la faute non légère sans tomber dans l'arbitraire dès lors que l'instruction avait été correctement menée et que le défaut de radiation ne changeait rien à l'appréciation des faits. Enfin, le recourant reproche au SECO de ne pas avoir expliqué en quoi il estimait que la caisse avait commis une faute ne pouvant être considérée comme légère et conteste une faute de la caisse dans l'instruction et dans ses conclusions de départ à l'ouverture du droit à l'indemnité. Retenant qu'il ne peut être reproché à la caisse aucune négligence ni faute intentionnelle, le recourant considère que l'appréciation contestable, constatée a posteriori par la caisse elle-même, correspond au plus à une faute légère, raison pour laquelle la libération doit être accordée.

#### **D.**

Invité à se prononcer sur le recours, le SECO en a proposé le rejet au terme de sa réponse du 9 mars 2009. Il y relève que sur le vu de la demande d'indemnité et de l'audition du 3 août 2004, la caisse avait connaissance du fait que c'était le conjoint de l'assurée qui dirigeait l'entreprise et décidait de l'engagement du personnel et de sa rétribution. En pareille situation, la caisse aurait dû, lors de l'examen

du droit à l'indemnité, et non à posteriori dans le cadre d'un contrôle interne, exiger un extrait du registre du commerce ainsi que des relevés de comptes bancaires ou postaux, des documents comptables et fiscaux permettant d'attester de l'exercice effectif d'une activité salariée et du versement d'un salaire. Par ailleurs, le SECO considère que la caisse ne pouvait se fier à la déclaration de l'assurée selon laquelle l'entreprise cesserait définitivement ses activités à fin septembre 2004. Relevant que la position comparable à celle d'un employeur prend fin lorsque le salarié quitte définitivement cette position et que le droit à l'indemnité naît à ce moment-là, le SECO argue du fait que, nonobstant son licenciement, l'assurée restait au moment de la demande d'indemnité l'épouse du dirigeant et propriétaire de l'entreprise ; cette dernière n'ayant pas cessé ses activités, ni n'étant radiée au moment de la demande d'indemnité, la perte de travail subie par l'assurée, du fait de son statut de conjointe, était incontrôlable. Subsistait en outre le risque que l'assurée décide de poursuivre le but social de l'entreprise. Le SECO conclut que la caisse n'aurait ainsi pas dû ouvrir le droit à l'indemnité de chômage à compter du 9 juillet 2004.

#### **E.**

Par réplique du 16 avril 2009, le recourant allègue que le SECO méconnaît les problèmes pratiques rencontrés par les sociétés au moment de leur liquidation et, de ce fait, les problèmes des caisses à obtenir les pièces en lien avec la liquidation qui n'existent pas encore. Il soutient que les divers documents fournis à la caisse par l'assurée ont contribué à forger son opinion selon laquelle cette dernière avait reçu son salaire et son mari allait mettre un terme à l'existence de sa raison individuelle. Partant, aucun reproche d'ordre procédural ne peut lui être adressé. Le recourant poursuit en indiquant que, lorsque le SECO soutient que la caisse ne pouvait se fier à la déclaration de l'assurée, ce dernier contredit son propre raisonnement basé en grande partie sur les affirmations de l'assurée et viole le principe de la confiance. La caisse n'avait pas de raison de mettre en doute les affirmations de l'assurée qui avait collaboré à l'instruction de son dossier. Le SECO ne tient de surcroît pas compte du fait que le conjoint a accompli une mission temporaire, ce qui confirme qu'il ne voulait pas poursuivre l'activité de sa société ; en effet, s'il n'avait pas cessé toute activité en lien avec cette dernière, il n'aurait pas travaillé pour un tiers. Le recourant considère enfin que c'est sans base légale ni considération de la réalité économique liée à la liquidation d'une

raison individuelle que le SECO impose l'exigence visant à détenir l'attestation de radiation d'une société au registre du commerce pour ouvrir le droit à l'épouse de l'ancien dirigeant.

## **F.**

Dans sa duplique du 25 mai 2009, le SECO relève que le document annexé par le recourant à sa réplique montre que la caisse a exigé, au moment de la demande d'indemnité, un certain nombre de documents permettant d'attester de l'exercice effectif d'une activité salariée et du versement du salaire, de sorte qu'il retire ses griefs sur ce point. Il reproche cependant toujours à la caisse de s'être fiée à la déclaration de l'assurée en relevant que l'entreprise n'avait ni cessé ses activités ni été radiée au moment du dépôt de la demande d'indemnité et en ajoutant que même la cessation des activités ne suffit pas, dans un tel cas, à faire perdre à l'assurée sa position assimilable à celle d'un employeur. Au moment de la demande d'indemnité, l'assurée était bien la conjointe du propriétaire et dirigeant de cette entreprise et l'inscription de la dissolution et l'entrée en liquidation n'avait pas été requise au registre du commerce.

Les arguments avancés de part et d'autre au cours de la présente procédure seront repris plus loin dans la mesure nécessaire.

## **Droit :**

### **1.**

Le Tribunal administratif fédéral examine d'office et librement la recevabilité des recours qui lui sont soumis (ATAF 2007/6 consid. 1). En vertu de l'art. 31 de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral (LTAF, RS 173.32), le Tribunal administratif fédéral connaît des recours contre les décisions au sens de l'art. 5 de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA, RS 172.021), prises par les autorités mentionnées aux art. 33 et 34 LTAF. Les décisions et les décisions sur recours du seco ainsi que les décisions de l'organe de compensation peuvent faire l'objet d'un recours devant le Tribunal administratif fédéral (art. 101 de la loi fédérale du 25 juin 1982 sur l'assurance-chômage [LACI, RS 837.0]). En l'espèce, la décision attaquée revêt la qualité d'une décision au sens de l'art. 5 al. 1 let. c PA émanant d'une autorité au sens de l'art. 33 let. d LTAF. Aucune des clauses d'exception de l'art. 32 LTAF n'étant par ailleurs réalisée, le Tribunal administratif fédéral est donc compétent pour statuer sur le présent recours.

Le recourant, qui a pris part à la procédure devant l'autorité inférieure, est spécialement atteint par cette décision et a un intérêt digne de protection à son annulation ou à sa modification. La qualité pour recourir doit dès lors lui être reconnue (art. 48 al. 1 let. a à c PA). Aux termes de l'art. 8 al. 2 du règlement du 17 janvier 1996 fixant l'organisation de la Caisse publique cantonale valaisanne de chômage (RSV 837.101), le directeur de la caisse défend les intérêts du fondateur. Le recourant est dès lors valablement représenté. Les dispositions relatives au délai de recours, à la forme et au contenu du mémoire de recours (art. 50 et 52 al. 1 PA), ainsi que les autres conditions de recevabilité (art. 44 ss et 63 al. 4 PA) sont respectées. Le recours est ainsi recevable.

## 2.

Chaque canton dispose d'une caisse publique accessible à tous les assurés domiciliés dans le canton ainsi qu'aux frontaliers assurés qui travaillent dans le canton. Elle est seule compétente pour verser les indemnités en cas d'insolvabilité. Le canton est le fondateur de la caisse (art. 77 al. 1 et 2 LACI). Les caisses de chômage déterminent notamment le droit aux prestations, suspendent l'exercice du droit à l'indemnité dans certains cas et fournissent les prestations (art. 81 al. 1 let. a à c LACI). Le fondateur répond envers la Confédération des dommages que sa caisse a causés intentionnellement ou par négligence dans l'exécution de ses tâches (art. 82 al. 1 LACI). L'organe de compensation, administré par le SECO en vertu de l'art. 83 al. 3 LACI, fixe par décision les dommages-intérêts qui sont dus. Il peut renoncer à faire valoir ses droits en cas de faute légère (art. 82 al. 3 LACI). Lorsqu'il n'est pas possible d'obtenir le remboursement d'un versement erroné, le fondateur est tenu de réparer le dommage (art. 114 al. 1 de l'ordonnance du 31 août 1983 sur l'assurance-chômage [OACI, RS 837.02]). A la demande du fondateur, l'organe de compensation peut le libérer de son obligation de réparer le dommage lorsqu'il rend plausible que la caisse n'a commis qu'une faute légère en effectuant le versement des prestations indues (art. 115 al. 1 OACI).

Le règlement sur la bonification pour risque de responsabilité selon l'art. 82 al. 5 LACI élaboré par le seco en collaboration avec les caisses de chômage reconnues prévoit, dans sa version en vigueur au 29 mai 2008, que la caisse répond du dommage jusqu'à Fr. 10'000.- par cas (arrêt du Tribunal administratif fédéral [TAF] B-7908/2007 du

21 août 2008 consid. 4.2.3 ; voir également l'arrêt du TF C 282/06 du 3 juillet 2007 consid. 2.4).

On entend par dommage la différence entre la valeur d'un patrimoine à un moment de référence et la valeur qu'il aurait eu si l'acte illicite n'avait pas été commis (ATF 132 III 359 consid. 4 ; GERHARD GERHARDS, Kommentar zum Arbeitslosenversicherungsgesetz, Berne 1988, Vol. II, n° 14 ad 82).

### 3.

L'objet du litige consiste en premier lieu à examiner si la caisse a imparfaitement exécuté ses tâches, soit si elle a commis une faute en accordant à tort des indemnités de chômage à l'assurée. Dans l'affirmative, il conviendra dans un second temps d'établir si cette faute éventuelle peut être considérée comme légère et s'il en est résulté pour la Confédération un dommage dont la réparation peut être imputée au recourant.

### 4.

Le chapitre 3 de la LACI traite de l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail (ci-après : indemnité RHT). N'ont pas droit à l'indemnité RHT au sens de l'art. 31 al. 3 LACI : les travailleurs dont la réduction de l'horaire de travail ne peut être déterminée ou dont l'horaire de travail n'est pas suffisamment contrôlable (let. a) ; le conjoint de l'employeur, occupé dans l'entreprise de celui-ci (let. b) ; les personnes qui fixent les décisions que prend l'employeur - ou peuvent les influencer considérablement - en qualité d'associé, de membre d'un organe dirigeant de l'entreprise ou encore de détenteur d'une participation financière à l'entreprise ; il en va de même des conjoints de ces personnes, qui sont occupés dans l'entreprise (let. c).

Dans l'ATF 123 V 234, le Tribunal fédéral des assurances a explicité les motifs fondant l'application analogique de cette règle à l'octroi de l'indemnité de chômage. Les conjoints peuvent en effet exercer une influence sur la perte de travail qu'ils subissent, ce qui rend leur chômage difficilement contrôlable. En outre, aussi longtemps que subsiste cette influence, il existe une possibilité de réengagement ; dans ce cas également, il s'agit de ne pas détourner la réglementation en matière d'indemnité RHT par le biais d'une disposition sur l'indemnité de chômage (arrêt du TF C 156/06 du 7 décembre 2006 consid. 2 ; Revue du droit du travail et assurance-chômage [DTA] 2005 p. 131 ; arrêt du TAF B-7820/2006 du 19 juin 2008 consid. 3.2 ; BORIS

RUBIN, Assurance-chômage, Droit fédéral, survol des mesures cantonales, procédure, 2<sup>e</sup> éd., Zurich 2006, p. 122).

La jurisprudence présume qu'un conjoint ou une conjointe partage la capacité de disposition, ce qui lui confère une position comparable à celle d'un employeur et l'exclut de manière absolue du droit à l'indemnité (arrêt du TF C 199/00 du 30 avril 2001 consid. 2). Aussi, l'art. 31 al. 3 let. b LACI exclut du droit à l'indemnité le conjoint de l'employeur occupé dans l'entreprise, même si celui-ci ne jouit pas d'une position assimilable à l'employeur ou même s'il n'a pas pris part à la décision ayant introduit la réduction de l'horaire de travail (THOMAS NUSSBAUMER in : Ulrich Meyer, Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Tome XIV, Soziale Sicherheit, 2<sup>e</sup> éd., Bâle 2007, p. 2315). Cette capacité d'influence est censée perdurer tant que les conjoints restent mariés aux yeux de la loi (bulletin du SECO MT/AC 2003/4 [ci-après : bulletin 2003/4], fiche 4 ch. 2). Cette règle vaut tant pour les personnes morales que pour les sociétés de personnes et les entreprises individuelles (bulletin 2003/4, ibidem ; voir s'agissant de l'art. 31 al. 3 let. c LACI GERHARDS, op. cit., Vol. I, n° 39 ad art. 31).

Lorsqu'elle statue pour la première fois sur le droit à l'indemnité d'un chômeur, l'administration émet un pronostic quant à la réalisation des conditions prévues par l'art. 8 LACI. Aussi longtemps qu'une personne occupant une fonction dirigeante maintient des liens avec sa société, non seulement la perte de travail qu'elle subit est incontrôlable mais la possibilité subsiste qu'elle décide d'en poursuivre le but social. Dans un tel cas de figure, il est donc impossible de déterminer si les conditions légales sont réunies sauf à procéder à un examen a posteriori de l'ensemble de la situation de l'intéressé, ce qui est contraire au principe selon lequel cet examen a lieu au moment où il est statué sur les droits de l'assuré (arrêt du TF C 163/04 du 29 août 2005 consid. 2.2). Ce n'est ainsi pas l'abus avéré comme tel que la loi et la jurisprudence entendent sanctionner ici, mais le risque d'abus que représente le versement d'indemnités à un travailleur jouissant d'une situation comparable à celle d'un employeur (arrêt du TF précité C.163/04 consid. 2.2 ; DTA 2003 240 consid. 4 ; RUBIN, op. cit., p. 121).

Lorsque le salarié qui se trouve dans une position assimilable à celle d'un employeur quitte définitivement l'entreprise en raison de la fermeture de celle-ci, il n'y a pas de risque que les conditions posées par l'art. 31 al. 3 let. c LACI soient contournées. Il en va de même si

l'entreprise continue d'exister mais que l'assuré rompt définitivement tout lien avec elle après la résiliation des rapports de travail. Dans un cas comme dans l'autre, il peut en principe prétendre à des indemnités de chômage (arrêts du TF 8C\_478/2008 du 2 février 2009 consid. 2.2 et 8C\_492/2008 du 21 janvier 2009 consid. 3.2 ; ATF 123 V 234 consid. 7b/bb ; RUBIN, op. cit., p. 128). La jurisprudence est cependant stricte ; elle exclut de considérer qu'un assuré a définitivement quitté son ancienne entreprise en raison de la fermeture de celle-ci tant qu'elle n'est pas entrée en liquidation, voire, selon les circonstances, pendant la durée de la procédure de liquidation (arrêts du TF précités 8C\_478/2008 consid. 4 et 8C\_492/2008 consid. 3.2).

RUBIN relève qu'une raison individuelle est considérée comme fermée lorsqu'elle est radiée du registre du commerce (op. cit., p. 130).

## 5.

En l'espèce, il est constant que l'assurée a travaillé au service de son époux, titulaire d'une entreprise exploitée en raison individuelle, du 1<sup>er</sup> septembre 2002 au 30 juin 2004 et qu'elle appartient, par principe, au cercle des personnes exclues du droit à l'indemnité de chômage au sens de l'art. 31 al. 3 let. b LACI. Lors de l'entretien du 3 août 2004, l'assurée a indiqué que l'entreprise cesserait définitivement ses activités à fin septembre 2004 pour raisons économiques et que tous liens étaient définitivement rompus avec celle-ci. Ce n'est que consécutivement à un contrôle interne de février 2005 que la caisse a pu constater que la raison individuelle n'avait pas encore été radiée, contrairement aux allégations de l'assurée. Cette radiation a finalement été prononcée le 17 mai 2005 et publiée dans la Feuille officielle suisse du commerce (FOSC) le 23 mai 2005.

La question se pose dès lors de savoir si le fait d'avoir octroyé des indemnités de chômage à l'assurée dès le 9 juillet 2004 constitue une faute emportant l'obligation de réparer le dommage causé ou s'il s'agit, au contraire, d'une faute légère n'impliquant pas la responsabilité du fondateur.

## 6.

L'art. 82 al. 3 LACI prévoit que l'organe de compensation peut renoncer à faire valoir ses droits en cas de faute légère. Dans son message du 23 février 2000 à l'appui d'une révision de la loi sur

l'assurance-chômage (FF 2000 1588, 1598), le Conseil fédéral a relevé ce qui suit à propos de cette disposition :

«Comme autrefois, la teneur de l'al. 3, deuxième phrase, permettra de libérer les caisses et les cantons de leur responsabilité en cas de faute relativement légère et excusable. Cette disposition potestative laisse toutefois la possibilité de rendre le fondateur de la caisse ou le canton responsable des fautes légères si elles sont répétées, fréquentes ou régulières.»

La doctrine définit la faute comme un manquement de la volonté aux devoirs imposés par l'ordre juridique. Le responsable n'a pas agi conformément à ce que l'on était en droit d'attendre de lui, soit qu'il ait intentionnellement violé un devoir (faute intentionnelle), soit qu'il ait agi par négligence en ne faisant pas preuve de la diligence requise (PIERRE TERCIER, *Le droit des obligations*, 3<sup>e</sup> éd., Genève-Zurich-Bâle 2004, n° 1740 p. 337 ; arrêt du TAF B-7916/2007 du 26 juin 2008 consid. 4.1). En l'occurrence, il est admis et non contesté que la caisse a agi par négligence.

La faute grave ne s'oppose pas seulement à la faute légère, mais aussi à la faute intermédiaire ou moyenne (arrêt du TF 5C.175/2003 du 24 février 2004 consid. 5.1 ; ATF 100 II 332 consid. 3a). Commet une faute grave celui qui viole les règles les plus élémentaires de la prudence, négligeant les précautions qui se seraient imposées à l'évidence à toute personne raisonnable placée dans les mêmes circonstances (ATF 128 III 76 consid. 1b, 119 II 443 consid. 2a ; arrêt du TAF précité B-7908/2007 consid. 4.2.1 ; RUBIN, *op. cit.*, p. 691). Il est question de faute moyenne lorsque l'on ne satisfait pas aux exigences moyennes (arrêt du TAF précité B-7820/2006 consid. 4.2 ; DTA 2004 203 consid. 4.1). Enfin, l'on parle de faute légère lorsque la violation de la norme de comportement apparaît comme une inadvertance, un manque de diligence peu important («un homme raisonnable placé dans les mêmes circonstances ne l'aurait pas commise, mais il aurait pu lui arriver, une fois, de la commettre») (LUC THÉVENOZ in : LUC THÉVENOZ/Franz WERRO, *Commentaire romand du Code des obligations I*, Genève-Bâle-Munich 2003, n° 15 ad art. 100 ; arrêt du TAF précité B-7916/2007 consid. 4.1).

Il n'existe aucun critère strict permettant de distinguer entre faute grave et faute légère. La détermination du degré de la faute doit reposer sur une appréciation objective («la faute est objectivée») (arrêt du TAF précité B-7916/2007 consid. 4.1 ; PIERRE ENGEL, *Traité des obligations en droit suisse*, 2<sup>e</sup> éd., Berne 1997, p. 457). Partant, il ne

faut pas se demander si l'auteur du dommage aurait pu agir autrement in concreto, mais plutôt s'il aurait pu éviter un manquement à son devoir légal en adoptant un comportement qui correspond à un degré de diligence moyen (arrêt du TAF précité B-7820/2006 consid. 4.2 et les réf. citées ; DTA 2004 203 consid. 4.1). Dans ce sens, le Tribunal fédéral a jugé qu'il faut se fonder sur une notion objective de la négligence et, s'agissant du devoir d'attention requis, d'adopter une mesure moyenne qui soit applicable à tous les fonctionnaires occupant une fonction semblable (ATF 105 V 119 consid. 2c). A cet égard, la responsabilité pour dommages causés par négligence grave présuppose que les organes ou les fonctionnaires de la caisse de compensation n'aient pas fait preuve de la prudence élémentaire requise dans l'accomplissement de leurs tâches. Nonobstant, le comportement en cause doit être si grave qu'un fonctionnaire consciencieux placé dans la même situation et dans les mêmes circonstances n'aurait en aucun cas pu agir de la même manière.

#### 7.

En l'espèce, dans sa demande d'indemnités du 9 juillet 2004, à la question n° 29 «Avez-vous, vous ou votre conjoint(e), une participation financière à l'entreprise ou une fonction dirigeante (par ex. actionnaire, membre du conseil d'administration d'une SA ou associé, gérant d'une Sàrl, etc)?», l'assurée a répondu par l'affirmative. Forte de ces informations, la caisse se savait en présence d'une assurée en principe exclue du droit à l'indemnité en vertu de l'art. 31 al. 3 let. b LACI. Lors de l'entretien du 3 août 2004, elle a alors expressément demandé à l'assurée si l'entreprise poursuivait encore une activité (question n° 8 du procès-verbal), ce à quoi elle a répondu «elle cessera définitivement à la fin septembre 2004, pour des raisons économiques».

Il ressort de ce qui précède que la caisse était consciente du fait que des indemnités ne pouvaient être accordées à l'assurée qu'à la condition que l'entreprise du conjoint cesse définitivement ses activités. Or, au 3 août 2004, aucune inscription concernant une éventuelle radiation de celle-ci n'avait encore été portée au registre du commerce. Ce constat aurait dû amener la caisse à refuser d'ouvrir le droit aux indemnités de chômage à l'assurée dès le 9 juillet 2004. Si la caisse voulait se fier aux déclarations de l'assurée, elle aurait à tout le moins dû attendre le mois de septembre 2004 pour verser les premières indemnités, en vérifiant au préalable si, comme l'avait

allégué l'assurée, la raison individuelle avait effectivement été radiée.

On peut se référer, à titre exemplatif, à un arrêt du Tribunal cantonal genevois des assurances sociales du 15 mai 2008 (ATAS/571/2008) dans lequel ce dernier avait considéré que l'assuré qui travaillait dans l'épicerie exploitée par la société X. Sàrl, dans laquelle son épouse était associée-gérante, avait droit à des indemnités de chômage bien que l'épouse soit encore inscrite au registre du commerce. Retenant que le magasin avait fermé ses portes et que le bail avait été résilié, il avait conclu que, dès lors que l'activité antérieure nécessitait un stock et des locaux, ce qui ne saurait se constituer du jour au lendemain et être dissimulé aux autorités, il n'existait pas de difficulté particulière à contrôler le chômage de l'assuré et donc pas de risque d'abus particulier.

Par arrêt du 21 janvier 2009 (8C\_492/2008), le Tribunal fédéral a admis le recours interjeté par le SECO contre cette décision en considérant que, si l'entreprise X. Sàrl avait certes cessé d'exploiter l'épicerie, elle n'était toutefois pas inscrite «en liquidation» au registre du commerce ; une reprise de ses activités dans des délais relativement brefs n'était donc pas exclue et ne serait pas aisée à vérifier par la caisse, malgré la nécessité de reconstituer un stock et de trouver de nouveaux locaux ou de reprendre une épicerie existante. L'intéressé ne pouvait ainsi pas être assimilé à un assuré qui aurait définitivement quitté l'entreprise qui l'employait en raison de sa fermeture.

A la lumière de ce qui précède, force est d'admettre qu'en dépit de la mauvaise santé financière de l'entreprise du conjoint de l'assurée, une poursuite ou une reprise d'exploitation à bref délai ne pouvait d'emblée être exclue, ceci écartant l'assurée du droit à l'indemnité. Il convient à cet égard de relever que cinq collaborateurs de la raison individuelle se sont vus signifier leur congé le 30 juillet 2004 pour le 10 septembre 2004 et que le conjoint de l'assurée n'a commencé sa mission temporaire en qualité de maçon que le 13 septembre 2004. C'est le lieu de rappeler que ce n'est pas l'abus avéré que l'on entend sanctionner, mais le risque d'abus que représente le versement d'indemnités à un travailleur jouissant d'une situation comparable à celle d'un employeur (supra consid. 4). Il y a lieu de conclure que la caisse ne pouvait sans autre se fier aux déclarations de l'assurée et partir du principe que l'activité de la raison individuelle avait cessé et

que le conjoint avait rompu tous liens avec celle-ci.

Rien ne semble indiquer, et le recourant ne le prétend du reste pas, que la caisse aurait procédé au moindre contrôle ou se soit renseignée plus avant dans la période courant du 3 août 2004 à fin septembre 2004 sur l'état effectif de la raison individuelle au registre du commerce. Le fait qu'il n'est peut-être pas aisé dans la réalité de produire des documents relatifs à une radiation, comme l'allègue le recourant, ne dispensait en tous les cas pas la caisse de suivre et de porter une attention particulière à ce dossier. Or, ce n'est même finalement qu'à l'occasion d'un contrôle interne en février 2005 qu'elle a constaté que la raison individuelle existait toujours et qu'elle a alors pris des mesures pour tenter de pallier aux conséquences de sa propre négligence.

Il y a ainsi lieu d'admettre qu'en se fiant aux allégations de l'assurée et en n'attendant pas de se voir confirmer la radiation effective de la raison individuelle du conjoint de l'assurée pour ouvrir à cette dernière le droit aux indemnités de chômage, la caisse n'a pas fait preuve de l'attention moyenne que l'on est en droit d'attendre d'elle et peut se voir reprocher un manquement à son devoir de diligence, sans qu'il soit question de formalisme excessif ou d'arbitraire. N'ayant pas pris les dispositions nécessaires à une bonne exécution de la loi, elle s'est rendue coupable d'une faute qui ne peut être considérée comme légère et qui, partant, doit donner lieu à réparation du dommage causé au sens de l'art. 82 LACI.

#### **8.**

Il s'ensuit que la décision attaquée ne viole pas le droit fédéral et ne traduit pas un excès ou un abus du pouvoir d'appréciation. Elle ne relève pas non plus d'une constatation incomplète ou inexacte des faits et n'est pas inopportune (art. 49 PA). Mal fondé, le recours doit en conséquence être rejeté.

#### **9.**

Vu l'issue de la procédure, les frais de procédure comprenant l'émolument judiciaire et les débours doivent être mis à la charge du recourant qui succombe (art. 63 al. 1 PA et art. 1 al. 1 du règlement du 21 février 2008 concernant les frais, dépens et indemnités fixés par le Tribunal administratif fédéral [FITAF, RS 173.320.2]). L'émolument judiciaire est calculé en fonction de la valeur litigieuse, de l'ampleur et

de la difficulté de la cause, de la façon de procéder des parties et de leur situation financière (art. 2 al. 1 et 4 FITAF). En l'espèce, les frais de procédure doivent être fixés à Fr. 1'000.- et sont intégralement compensés par l'avance de frais de Fr. 1'000.- déjà versée par le recourant le 18 décembre 2008.

Il n'y a pas lieu d'allouer de dépens au recourant qui succombe (art. 64 al. 1 PA en relation avec l'art. 7 al. 1 FITAF a contrario).

#### **10.**

A teneur de l'art. 85 al. 1 let. a de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (LTF, RS 173.110), le recours en matière de droit public s'agissant de contestations pécuniaires est irrecevable en matière de responsabilité étatique si la valeur litigieuse est inférieure à 30'000 francs. L'al. 2 de cette même disposition prévoit que, même lorsque la valeur litigieuse n'atteint pas le montant déterminant, le recours est recevable si la contestation soulève une question juridique de principe. Dans l'ATF 135 V 98, le Tribunal fédéral a relevé que la responsabilité instituée par l'art. 82 LACI constitue un cas de responsabilité au sens de l'art 85 al. 1 let. a LTF ; le Tribunal fédéral n'entre donc en matière sur de tels recours que si la valeur litigieuse de Fr. 30'000.- est atteinte (art. 85 al. 1 let. a LTF) ou si la contestation soulève une question juridique de principe (art. 85 al. 2 LTF). A cet égard, il incombe au recourant d'exposer en quoi l'affaire remplit la condition exigée à l'art. 85 al. 2 LTF (art. 42 al. 2 2<sup>ème</sup> phrase LTF).

#### **Par ces motifs, le Tribunal administratif fédéral prononce :**

##### **1.**

Le recours est rejeté.

##### **2.**

Les frais de procédure, d'un montant de Fr. 1'000.-, sont mis à la charge du recourant et compensés par l'avance de frais déjà versée de Fr. 1'000.-.

##### **3.**

Il n'est pas alloué de dépens.

**4.**

Le présent arrêt est adressé :

- au recourant (Acte judiciaire)
- à l'autorité inférieure (n° de réf. V-BEG.E-2008-1026 ; Acte judiciaire)
- au Département fédéral de l'économie (Acte judiciaire)

Le Président du collège :

La Greffière :

Claude Morvant

Nadia Mangiullo

**Indication des voies de droit :**

Pour autant que la valeur litigieuse au sens de l'art. 85 al. 1 let. a LTF soit atteinte ou que la contestation soulève une question juridique de principe au sens de l'art. 85 al. 2 LTF, la présente décision peut être attaquée devant le Tribunal fédéral, Schweizerhofquai 6, 6004 Lucerne, par la voie du recours en matière de droit public, dans les trente jours qui suivent la notification (art. 82 ss, 90 ss et 100 de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral [LTF, RS 173.110]). Le mémoire doit être rédigé dans une langue officielle, indiquer les conclusions, les motifs et les moyens de preuve, et être signé. La décision attaquée et les moyens de preuve doivent être joints au mémoire, pour autant qu'ils soient en mains de la partie recourante (voir art. 42 LTF).

Expédition : 19 octobre 2009