



Cour II
B-7970/2009
{T 0/2}

Arrêt du 17 juin 2010

Composition

Claude Morvant (président du collège),
Frank Seethaler, Bernard Maitre, juges,
Nadia Egloff, greffière.

Parties

Etat de Vaud,
agissant par le Directeur de la Caisse cantonale
vaudoise de chômage,
rue Caroline 9, 1014 Lausanne Adm cant VD,
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 Suite à un accident de chantier survenu le 28 janvier 2003, X._____ (ci-après : l'assuré), né en 1962, a subi une incapacité de travail à 100%. Son employeur l'a licencié pour le 30 juin 2005. Dès la fin des rapports de travail, le prénommé a bénéficié d'indemnités journalières de la part de l'assurance-accidents Suva.

A.b Par courrier du 7 novembre 2006, la Suva a indiqué à l'assuré que les suites accidentelles étaient stabilisées et qu'elle mettait fin par conséquent au paiement des soins médicaux et de l'indemnité journalière avec effet au 30 novembre 2006 au soir. Elle a ajouté qu'elle examinait si elle pouvait encore lui allouer d'autres prestations d'assurance et qu'elle le renseignerait sur ce point dès que possible.

Le 10 novembre 2006, un médecin de la Suva a rendu une appréciation médicale aux termes de laquelle les séquelles de l'accident ne permettaient pas à l'assuré d'exercer des activités nécessitant de très fréquents changements de position, de marche prolongée, de déplacement en terrain irrégulier ou de port de charge supérieur à 10kg.

A.c Le 16 novembre 2006, l'assuré s'est inscrit en tant que demandeur d'emploi auprès de l'Office régional de placement de Y._____ et a déposé une demande d'indemnités de chômage à partir du 1^{er} décembre 2006. Sur le formulaire prévu à cet effet, il a indiqué qu'il était disposé à travailler à plein temps, qu'il pouvait certifier d'une capacité de travail équivalente, qu'il n'avait pas été partie à un rapport de travail pendant plus de douze mois au total en raison d'un accident et qu'il était domicilié en Suisse pendant cette période.

Par décision du 1^{er} décembre 2006, la caisse cantonale vaudoise de chômage (ci-après : la caisse) a ouvert en faveur de l'assuré un délai-cadre d'indemnisation du 1^{er} décembre 2006 au 30 novembre 2008 sur la base d'une libération des conditions relatives à la période de cotisation. Le 13 décembre 2006, la caisse a effectué le premier versement des indemnités de chômage à l'assuré pour le mois de décembre 2006. Elle a fixé son gain assuré à Fr. 2'213.- (21.70 jours

de travail moyens x Fr. 102.-) et l'indemnité journalière à Fr. 81.60 (Fr. 102.- x 80%).

A.d Par décision du 28 décembre 2006, se fondant sur les données médicales et économiques dont elle disposait, la Suva a relevé qu'en dépit des séquelles de son accident, l'assuré était à même d'exercer «en plein» une activité dans différents secteurs de l'industrie, à condition que les travaux soient effectués de manière sédentaire et sans devoir porter des charges supérieures à 10kg. Constatant que cette capacité de travail lui permettrait de réaliser un salaire de Fr. 4475.- et la comparant au gain d'environ Fr. 7'000.- qu'il aurait obtenu sans l'accident, la Suva a conclu à l'existence d'une perte de 36,08% et a octroyé à l'assuré une rente d'invalidité de 36% à compter du 1^{er} décembre 2006. Elle lui a en outre alloué une indemnité pour atteinte à l'intégrité de 10%.

A.e Par décision du 8 janvier 2007, la caisse a enjoint à l'assuré de lui restituer le montant de Fr. 431.85 correspondant à des indemnités de chômage versées à tort pour le mois de décembre 2006. Elle a fait valoir que l'assuré avait touché durant ce mois des indemnités basées sur une capacité de travail totale alors que la Suva lui avait octroyé une rente d'invalidité de 36% dès le 1^{er} décembre 2006.

A.f Dans un certificat médical établi le 3 février 2007 à l'attention de la caisse, le Dr Z._____, médecin-conseil de la caisse, a attesté que l'assuré était à nouveau pleinement apte au travail dès le 1^{er} décembre 2006. S'agissant des activités que l'assuré pouvait encore exercer, ce médecin a renvoyé à l'appréciation médicale de la Suva en relevant que les mêmes restrictions s'appliquaient.

A.g Par une nouvelle décision «rectificative» du 15 février 2007, la caisse a annulé sa précédente décision du 8 janvier 2007 en invoquant pour seul motif une nouvelle analyse du dossier de l'assuré.

A.h Du 16 au 18 juillet 2007, le Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO) a procédé à la révision de 47 dossiers de la caisse, dont le dossier de l'assuré. Dans son rapport de révision du 27 juillet 2007, il a indiqué à la caisse qu'elle avait indemnisé l'assuré sur la base d'une perte de travail et de gain à 100% dès le 1^{er} décembre 2006 sans tenir compte du fait qu'il touchait simultanément une rente d'invalidité de 36%. Il a relevé que, dès lors que la capacité de gain de l'assuré était réduite de 36%, son gain assuré devait correspondre à 64% du gain

déterminant, soit Fr. 1'416.- (2'213.- x 64%), et que la différence de Fr. 29.40 (Fr. 81.60 - Fr. 52.20) par indemnité pour les 125 payées du 1^{er} décembre 2006 au 31 mai 2007, soit un montant brut de Fr. 3'675.-, ne pouvait être reconnue. Le SECO a indiqué à la caisse qu'elle pouvait présenter des objections aux contestations provisoires ainsi que joindre ou compléter les pièces justificatives manquantes ou incomplètes dans les 30 jours à compter de la notification du rapport.

A.i Par une décision sur révision du 16 août 2007, le SECO a constaté que la caisse l'avait informé par un e-mail du 10 août 2007 qu'elle n'avait aucune objection à formuler au sujet des contestations figurant dans son rapport. Il a donc fait valoir que ces dernières étaient maintenues s'agissant de l'assuré.

A.j Par décision du 31 octobre 2007, la caisse a enjoint à l'assuré de lui restituer le montant de Fr. 3'373.80 versé à tort en faisant valoir qu'elle l'avait indemnisé dès le 1^{er} décembre 2006 sur la base d'une perte de travail et de gain à 100% sans avoir tenu compte du fait qu'il percevait en même temps une rente d'invalidité de 36%. Elle a fixé son gain assuré à Fr. 1'416.- et l'indemnité journalière à Fr. 52.20.-.

A.k Ne parvenant pas à notifier ses courriers à l'assuré et à encaisser le montant réclamé, la caisse s'est adressée à diverses reprises, entre le 14 janvier 2008 et le 19 août 2009, à l'Office fédéral des migrations ainsi qu'au contrôle des habitants de Y._____ pour tenter de connaître son adresse actuelle. Ces derniers lui ont indiqué que l'assuré était parti pour l'étranger le 31 mai 2007.

B.

Le 27 octobre 2009, la caisse a adressé au SECO une demande de libération de l'obligation de réparer pour un montant de Fr. 3'373.80. Elle a fait valoir qu'en versant à l'assuré des indemnités sur la base d'une perte de travail et de gain à 100%, elle avait de bonne foi pris en compte le certificat médical qui approuvait une capacité de travail à 100% ainsi qu'une recherche active d'un emploi à 100% en ajoutant que la Suva avait également mis l'accent sur l'exercice d'une activité «en plein» dans différents secteurs. La caisse a soutenu qu'elle avait «traduit» que la rente perçue découlait d'une perte de gain au sens économique et non d'une perte de travail au sens capacité résiduelle, raison pour laquelle elle n'avait pas appliqué la circulaire du SECO de 2007 sur l'indemnité de chômage qui prévoyait notamment que, pour les personnes handicapées libérées des conditions relatives à la

période de cotisation, les montants forfaitaires fixés dans l'ordonnance sur l'assurance-chômage étaient réduits à la hauteur de la capacité de travail résiduelle.

C.

Par décision du 24 novembre 2009, le SECO a rejeté la demande de la caisse et a mis à sa charge un montant de Fr. 3'373.80. Il a considéré que, compte tenu des dispositions de l'ordonnance sur l'assurance-chômage claires et du fait que la caisse disposait de tous les éléments permettant le calcul correct des prestations dues, qu'il s'agisse de directives du SECO ou des données du cas d'espèce, la faute commise ne pouvait être considérée comme légère.

D.

Par mémoire du 21 décembre 2009, l'Etat du Vaud, agissant par le directeur de la caisse (ci-après : le recourant), a recouru contre cette décision auprès du Tribunal administratif fédéral en concluant à ce qu'il soit prononcé que la caisse n'avait commis aucune faute, ou tout au plus une faute légère, et qu'aucun montant ne soit mis à sa charge. Il fait valoir que se fondant sur les déterminations de la Suva, sur le certificat médical du 3 février 2007 ainsi que sur la recherche active d'un emploi à 100%, la caisse avait maintenu l'indemnisation «en plein» de l'assuré dès lors que sa capacité de travail résiduelle était entière dans une activité adaptée, contrairement à sa capacité de gain au sens économique. Il ajoute qu'au regard du texte de la circulaire du SECO de 2007 sur l'indemnité de chômage, la caisse a estimé qu'il n'y avait pas lieu de réduire son gain assuré.

E.

Invité à se prononcer sur le recours, le SECO en a proposé le rejet au terme de sa réponse du 4 février 2010. Il expose que l'argument du recourant consistant à invoquer un problème de compréhension ou d'interprétation de la directive du SECO pour minimiser la faute commise par la caisse n'est pas fondé, en ajoutant qu'il en est pour preuve la décision de la caisse du 8 janvier 2007 qui expose correctement les principes à appliquer. Le SECO soutient qu'en annulant purement et simplement cette dernière décision par une décision rectificative du 15 février 2007, laconique et non motivée, la caisse a bien commis une faute qui ne saurait être qualifiée de légère.

Les arguments avancés de part et d'autre au cours de la présente

procédure seront repris plus loin dans la mesure nécessaire.

Droit :

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 à l'art. 33 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 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). Le canton est le fondateur de la caisse (art. 77 al. 2 LACI). Il résulte de ce qui précède que l'Etat de Vaud est atteint par la décision attaquée et qu'il a un intérêt digne de protection à son annulation et à sa modification (art. 48 PA ; arrêt du Tribunal administratif fédéral [TAF] B-5877/2008 du 7 août 2009 consid. 1.3). La qualité pour recourir doit dès lors lui être reconnue. 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). 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 ; arrêt du TAF B-7863/2008 du 14 octobre 2009 consid. 2).

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'assuré. 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.

Est réputée invalidité l'incapacité de gain totale ou partielle qui est présumée permanente ou de longue durée (art. 8 al. 1 de la loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales [LPGA, RS 830.1]). Si l'assuré est invalide à 10% au moins par suite d'un accident, il a droit à une rente d'invalidité (art. 18 al. 1 de la loi fédérale du 20 mars 1981 sur l'assurance-accidents [LAA, RS 832.2]). Le droit à la rente prend naissance dès qu'il n'y a plus lieu d'attendre de la continuation du traitement médical une sensible amélioration de l'état de l'assuré et que les éventuelles mesures de réadaptation de l'assurance-invalidité ont été menées à terme. Le droit au traitement médical et aux indemnités journalières cesse dès la naissance du droit à la rente (art. 19 al. 1 LAA).

Pour évaluer le taux d'invalidité, le revenu que l'assuré aurait pu obtenir s'il n'était pas invalide est comparé avec celui qu'il pourrait obtenir en exerçant l'activité qui peut raisonnablement être exigée de lui après les traitements et les mesures de réadaptation, sur un marché du travail équilibré (art. 16 LPGA).

En l'espèce, c'est en application de ces dispositions que le taux d'invalidité de l'assuré a été fixé à 36% par la Suva.

5.

5.1 A teneur de l'art. 8 al. 1 LACI, l'assuré a droit à l'indemnité de chômage : s'il est sans emploi ou partiellement sans emploi (let. a) ; s'il a subi une perte de travail à prendre en considération (let. b) ; s'il est domicilié en Suisse (let. c) ; s'il a achevé sa scolarité obligatoire, qu'il n'a pas encore atteint l'âge donnant droit à une rente AVS et ne touche pas de rente de vieillesse de l'AVS (let. d) ; s'il remplit les conditions relatives à la période de cotisation ou en est libéré (let. e) ; s'il est apte au placement (let. f) ; s'il satisfait aux exigences du contrôle (let. g). Le handicapé physique ou mental est réputé apte à être placé lorsque, compte tenu de son infirmité et dans l'hypothèse d'une situation équilibrée sur le marché de l'emploi, un travail convenable pourrait lui être procuré sur ce marché (art. 15 al. 2 LACI). La caisse a ouvert un délai-cadre d'indemnisation à l'assuré sur la base de l'art. 14 al. 1 let. b LACI lequel prévoit que sont libérées des conditions relatives à la période de cotisation les personnes qui, dans les limites du délai-cadre et pendant plus de douze mois au total, n'étaient pas parties à un rapport de travail et, partant, n'ont pu remplir les conditions relatives à la période de cotisation pour un motif de maladie, d'accident ou de maternité, à la condition qu'elles aient été domiciliées en Suisse pendant la période correspondante.

5.2 Est réputé gain assuré le salaire déterminant au sens de la législation sur l'AVS qui est obtenu normalement au cours d'un ou de plusieurs rapports de travail durant une période de référence, y compris les allocations régulièrement versées et convenues contractuellement, dans la mesure où elles ne sont pas des indemnités pour inconvénients liés à l'exécution du travail (art. 23 al. 1 1^{ère} phrase LACI). Pour les assurés qui, au terme d'un apprentissage, touchent des indemnités de chômage, ainsi que pour les personnes qui sont libérées des conditions relatives à la période de cotisation, le

Conseil fédéral fixe des montants forfaitaires comme gain assuré (art. 23 al. 2 LACI).

Est déterminant pour le calcul du gain assuré des personnes qui, en raison de leur santé, subissent une atteinte dans leur capacité de travail («Erwerbsfähigkeit», «capacità lucrativa») durant le chômage ou immédiatement avant, le gain qu'elles pourraient obtenir, compte tenu de leur capacité effective de gagner leur vie (art. 40b OACI). Selon l'art. 41 al. 1 OACI, le gain assuré des personnes libérées des conditions relatives à la période de cotisation est fixé d'après les montants forfaitaires suivants : 153 francs par jour pour les personnes qui ont suivi une formation complète au sein d'une haute école ou qui disposent d'une formation professionnelle supérieure ou d'une formation équivalente (let. a) ; 127 francs par jour pour les personnes qui ont terminé leur apprentissage (let. b) ; 102 francs par jour pour toutes les autres personnes si elles ont plus de 20 ans et 40 francs par jour si elles ont moins de 20 ans (let. c).

En l'espèce, l'assuré n'étant pas au bénéfice d'un certificat fédéral de capacité, le montant forfaitaire de son indemnité journalière se montait donc à Fr. 102.- (art. 41 al. 1 let. c OACI). Il ressort ainsi du décompte du 13 décembre 2006 que, pour le mois de décembre 2006, la caisse a fixé le gain assuré de X._____ à Fr. 2'213.- (21.70 jours de travail moyens x Fr. 102.-) et son indemnité journalière à Fr. 81.60 (Fr. 102.- x 80%).

5.3 Afin d'assurer l'application uniforme de certaines dispositions légales, l'administration peut expliciter l'interprétation qu'elle leur donne dans des ordonnances administratives (instructions, directives, circulaires) (PIERRE MOOR, *Droit administratif*, vol. I, 2^e éd., Berne 1994, ch. 3.3.5.1 et 3.3.5.2, p. 264 ss ; ATF 121 II 473 consid. 2b). La fonction principale de ces ordonnances est de garantir l'unification et la rationalisation de la pratique ; ce faisant, elles permettent aussi d'assurer l'égalité de traitement et la prévisibilité administrative et facilite aussi le contrôle juridictionnel (MOOR, *op. cit.*, ch. 3.3.5.3, p. 268 ; ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 5^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2006, n° 124, p. 24 ; GIOVANNI BIAGGINI, *Die vollzugslenkende Verwaltungsverordnung: Rechtsnorm oder Faktum ?*, in ZBL 1997 p. 4). Les ordonnances administratives ne peuvent sortir du cadre fixé par la norme supérieure ni restreindre ou étendre son champ d'application ; en d'autres termes, à défaut de lacune, elles ne peuvent prévoir autre chose que ce qui

découle de la législation ou de la jurisprudence (ATF 133 II 305 consid. 8.1 ; MOOR, op. cit., ch. 3.3.5.2 et 3.3.5.3, p. 266-271). S'il est vrai que les ordonnances administratives interprétatives ne lient en principe ni les tribunaux ni les administrés, il n'en reste pas moins que les uns et les autres en tiennent largement compte. Dans la mesure où ces directives assurent une interprétation correcte et équitable des règles de droit, le juge les prendra en considération (ATF 132 V 121 consid. 4.4 ; BLAISE KNAPP, Précis de droit administratif, 4^e éd., Bâle/Francfort-sur-le-Main 1991, n° 371, p. 78).

Le SECO a édicté une circulaire sur l'indemnité de chômage 2007 qui est entrée en vigueur en janvier 2007 et a remplacé la version de 2003 (www.espace-emploi.ch/downloads/kreisschreiben/). Dite circulaire, communiquée aux caisses dans le courant du mois de décembre 2006 comme en atteste un courrier du SECO du 18 décembre 2006 adressé aux caisses, précise notamment ce qui suit :

B256 L'incapacité de gain constatée rétroactivement par l'AI constitue un fait nouveau important que la caisse n'était pas censée connaître. Elle doit par conséquent remettre en question les prestations versées par une procédure de révision. Le bien-fondé des prestations versées doit être examiné sous l'angle du gain assuré, c'est-à-dire de la réglementation particulière de l'art. 40b OACI stipulant que, pour le calcul du gain assuré des personnes qui, en raison de leur santé, subissent une atteinte dans leur capacité de travail durant le chômage ou immédiatement avant, est déterminant le gain qu'elles pourraient obtenir, compte tenu de leur capacité effective de gagner leur vie. L'application de l'art. 40b OACI vise à empêcher qu'une personne handicapée soit indemnisée sur la base d'un revenu qu'elle n'est plus en mesure d'obtenir en raison de son handicap. Pour les assurés qui subissent, durant le chômage ou immédiatement avant, une atteinte à la santé diminuant leur capacité de travail, le gain assuré doit être corrigé après coup vers le bas à hauteur de la capacité de gain qui leur reste. Les montants versés en trop devront leur être réclamés en retour ou imputés sur les prestations de l'autre assurance sociale (...).

C26 Le gain assuré des personnes dont la capacité de travail est durablement réduite pour raison de santé est fixé en fonction du salaire qu'elles pourraient obtenir, compte tenu de leur capacité de gain résiduelle. Sont visées ici les personnes reconnues invalides par une autre institution d'assurance sociale. La protection d'assurance de l'assurance-chômage porte uniquement sur la capacité de travail résiduelle. La caisse se fondera donc sur le salaire que touchait l'assuré avant de voir sa capacité de travail réduite (salaire avant l'invalidité) et non sur le revenu hypothétique, établi par l'AI, que l'assuré pourrait encore réaliser compte tenu de son invalidité.

C28 Pour les personnes handicapées libérées des conditions relatives à la période de cotisation, les montants forfaitaires fixés à l'art. 41 OACI sont réduits à hauteur de la capacité de travail résiduelle ou de la perte de travail à prendre en considération.

6.

L'octroi rétroactif d'une rente d'invalidité constitue un fait nouveau important que la caisse n'était pas censée connaître, de sorte qu'une restitution des prestations versées par la voie d'une procédure de

révision doit en général être admise (ATF 133 V 524 consid. 5, 132 V 357 consid. 3.1). L'art. 95 al. 1bis LACI prévoit à cet égard que l'assuré qui a touché des indemnités de chômage et perçoit ensuite pour la même période une rente ou des indemnités journalières, notamment, de l'assurance-invalidité, de l'assurance-accidents obligatoire ou de l'assurance-maladie est tenu de rembourser les indemnités journalières versées par l'assurance-chômage. En dérogation à l'art. 25 al. 1 LPGA, prévoyant que les prestations indûment touchées doivent être restituées et que la restitution ne peut être exigée lorsque l'intéressé était de bonne foi et qu'elle le mettrait dans une situation difficile, la somme à restituer se limite à la somme des prestations versées pour la même période par ces institutions.

En l'occurrence, dès qu'elle a eu connaissance de la décision de la Suva du 28 décembre 2006 allouant à l'assuré une rente d'invalidité de 36% dès le 1^{er} décembre 2006, la caisse a réagi rapidement en rendant, le 8 janvier 2007, une décision lui demandant la restitution de Fr. 431.85 au motif qu'il avait été indemnisé en décembre 2006 sur la base d'une capacité de travail totale. Il ressort du décompte daté du 31 janvier 2007, intitulé «demande de restitution» et remplaçant le décompte du 13 décembre 2006, que la caisse a réduit le gain assuré de X._____ à Fr. 1'416.- (2'213.- x 64%) et a fixé le montant de son indemnité journalière à Fr. 52.20 (81.60 x 64%).

Il appert de ce qui précède que la caisse a, dans un premier temps, correctement appliqué le principe prévu dans la circulaire du SECO 2007 sur l'indemnité de chômage selon lequel, pour les personnes handicapées libérées des conditions relatives à la période de cotisation, les montants forfaitaires fixés à l'art. 41 OACI sont réduits à hauteur de la capacité de travail résiduelle ou de la perte de travail à prendre en considération. Cependant, par une nouvelle décision du 15 février 2007 intitulée «décision rectificative», la caisse a annulé cette précédente décision avec pour seule motivation une nouvelle analyse du dossier de l'assuré. Elle a par la suite continué à indemniser l'assuré sur la base d'une capacité de travail totale jusqu'en mai 2007.

7.

Le recourant soutient qu'en vertu des déterminations de la Suva, du certificat médical du 3 février 2007 et de la recherche active d'un emploi à 100%, la caisse a maintenu l'indemnisation «en plein» de l'assuré dès lors que sa capacité de travail résiduelle était entière

dans une activité adaptée contrairement à sa capacité de gain au sens économique. Le recourant ne prétend pas que la circulaire du SECO 2007 sur l'indemnité de chômage serait contraire à la loi, qu'elle prévoirait autre chose que ce qui en découle ou qu'elle serait contraire à la jurisprudence. Il soutient en revanche que, se fondant notamment sur le texte de cette circulaire, la caisse a estimé qu'il n'y avait pas lieu de réduire le gain assuré de X._____. Il ajoute que la caisse s'est ralliée au point de vue du SECO lors de la révision matérielle du dossier, raison pour laquelle elle n'a pas formé recours contre sa décision du 16 août 2007, mais que s'agissant d'une question de compréhension ou d'interprétation de la circulaire en question, l'on ne peut conclure à une faute de la caisse.

7.1 Dans sa jurisprudence, le Tribunal fédéral s'est prononcé à diverses reprises sur la ratio legis de l'art. 40b OACI et sur les circulaires du seco relatives à cette disposition. Dans un arrêt de principe du 9 juin 2006 (ATF 132 V 357), auquel se réfère d'ailleurs la circulaire du SECO 2007 sur l'indemnité de chômage, le Tribunal fédéral a indiqué que la ratio legis de l'art. 40b OACI était d'assurer une coordination avec l'assurance-invalidité par une correction du gain assuré, dans le but d'empêcher une surindemnisation résultant de la coexistence d'une rente d'invalidité et d'indemnités de chômage (consid. 3.2.3). Pour le calcul du gain assuré selon l'art. 40b OACI, le Tribunal fédéral a conclu que, conformément à la pratique administrative et à la jurisprudence constante, le salaire déterminant était celui que l'assuré avait réalisé pendant une période déterminée avant d'être touché dans sa capacité de gain en raison d'une atteinte à la santé. Indiquant à cet égard que cette notion du gain assuré était parfaitement conforme à la lettre de l'art. 23 al. 1 LACI, il a retenu que ce revenu devait ensuite être multiplié par le facteur résultant de la différence entre 100% et le degré d'invalidité (consid. 3.2.4.3).

Il convient de relever que, dans ses considérations, le Tribunal fédéral a en définitive confirmé le contenu, et par là-même la légalité, de la circulaire du SECO 2003 sur l'indemnité de chômage en vigueur à l'époque et dont la teneur a été reprise, sans grands changements notables s'agissant de la partie sur le gain assuré des handicapés, dans la nouvelle circulaire de 2007 sur l'indemnité de chômage applicable à la présente affaire (ATF 132 V 357 consid. 3.2.4.2).

Dans un arrêt ultérieur du 18 juillet 2007 (ATF 133 V 524), le Tribunal fédéral a rappelé que, selon l'art. 40b OACI, le gain assuré se

mesurait en fonction de la capacité de travail résiduelle et que, dans le cas d'un taux d'invalidité de 33%, cette capacité n'était plus entière, mais réduite. Il a précisé que le fait de se fonder sur la capacité de travail résiduelle visait à empêcher que l'indemnité de chômage se fonde sur un gain que l'assuré n'était plus à même de réaliser. Revenant sur sa jurisprudence antérieure, il a jugé que l'interprétation de la ratio legis de l'art. 40b OACI contenue dans l'arrêt du 9 juin 2006 était trop étroite. Il a indiqué qu'il s'agissait de veiller à ce que les prestations de l'assurance-chômage se mesurent en fonction de la capacité de travail réduite de la personne assurée pendant la période de chômage et qu'une correction du gain assuré au sens de la disposition réglementaire devait en principe également avoir lieu lorsque l'invalidité n'ouvrait pas droit à une rente (consid. 5.2 et 5.3 ; voir également ATF 135 V 185 consid. 7.1 ; HANS-ULRICH STAUFFER/BARBARA KUPFER BUCHER, in Erwin Murer/Hans-Ulrich Stauffer [Hrsg.], Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Sozialversicherungsrecht - Bundesgesetz über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und Insolvenzenschädigung, 3^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2008, p. 118 ss ad art. 23).

Le fait que l'assuré, lors d'une période de chômage, ne dispose que d'une capacité de travail restreinte en raison d'une invalidité survenue entre-temps, doit être pris en compte dans une même mesure lorsque le gain assuré se fonde sur des montants forfaitaires. L'art. 40b OACI, qui concerne en général le gain assuré des handicapés, s'applique en conséquence également dans ce cas pour autant que soit remplie la condition d'immédiateté concernant le début de l'atteinte à la capacité de travail pour raison de santé (arrêt du TF C.154/06 du 14 septembre 2007 consid. 7.4 ; STAUFFER/KUPFER BUCHER, op. cit., p. 118). RUBIN relève pour sa part que l'art. 40b OACI ne s'applique pas aux personnes libérées des conditions relatives à la période de cotisation pour lesquelles le gain assuré doit être calculé sur la base des montants forfaitaires fixés à l'art. 41 OACI, réduits, le cas échéant, en fonction de la capacité de travail résiduelle ou de la perte de travail à prendre en considération (BORIS RUBIN, Assurance-chômage, Droit fédéral, survol des mesures cantonales, procédure, 2^e éd., Zurich 2006, ch. 4.6.12 p. 318).

7.2 Il appert ainsi de ce qui précède que, dès qu'un taux d'invalidité est constaté, il en résulte obligatoirement une incidence sur le montant de l'indemnisation octroyée par l'assurance-chômage. En l'occurrence, la caisse avait connaissance de la décision de la Suva reconnaissant à

l'assuré une rente d'invalidité de 36% ou, en d'autres termes, un taux d'invalidité de 36%. C'est du reste sur cette base qu'elle avait, par une première décision du 8 janvier 2007, enjoint à l'assuré de lui restituer le montant de Fr. 431.85 pour le mois de décembre 2006. Au regard de la jurisprudence citée au consid. 7.1 ci-dessus, seul ce taux d'invalidité de 36% s'avère décisif pour le calcul du gain assuré et de l'indemnité journalière à allouer à l'assuré et la circulaire du SECO 2007 sur l'indemnité de chômage ne prête sur ce point à aucune interprétation. Partant, c'est en vain que le recourant se fonde sur le certificat médical du Dr Z._____. Celui-là renvoie en effet expressément à l'appréciation médicale de la Suva du 10 novembre 2006, elle-même à la base de la décision de la Suva du 28 décembre 2006. Au demeurant, il sied de relever que le fait que l'assuré puisse effectuer une activité «en plein» ou qu'il recherche un emploi à 100% ne veut pas encore dire qu'il puisse réaliser un revenu égal à ce qui était le cas avant son accident. En effet, par capacité de travail (être en mesure de travailler), on entend la capacité physique et mentale ainsi que la disponibilité quant au temps et au lieu (ch. b222 de la circulaire du SECO 2007 sur l'indemnité de chômage). Or, en l'occurrence, le fait pour l'assuré de ne pas pouvoir exercer certains travaux induisait une capacité de travail réduite qui se répercutait sur sa capacité de gain. Ainsi, le raisonnement du recourant tendant à dire que la caisse a estimé que l'assuré ne subissait pas une réduction de sa capacité de travail mais une diminution de sa capacité de gain au sens économique en exerçant une activité à 100% tombe à faux.

Partant, dès lors que l'assuré disposait d'une capacité résiduelle de travail et de gain de 64%, il convenait pour la caisse de réduire dans une même mesure le montant de son gain assuré ainsi que le montant forfaitaire de son indemnité journalière. En versant à l'assuré de décembre 2006 à mai 2007 des indemnités de chômage fondées sur une perte de gain de 100% alors qu'il percevait simultanément une rente d'invalidité de 36%, la caisse l'a surindemnisé et a commis une faute.

8.

La question se pose dès lors de savoir si cette faute emporte 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.

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^e éd., Genève-Zurich-Bâle 2004, n° 1740 p. 337 ; arrêt du TAF B-7916/2007 du 26 juin 2008 consid. 4.1). 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 ; arrêt du TAF B-7908/2007 du 21 août 2008 consid. 4.2.1). Il est question de faute moyenne lorsque l'on ne satisfait pas aux exigences moyennes (arrêt du TAF B-7820/2006 du 19 juin 2008 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 [Hrsg.], *Commentaire romand du Code des obligations I*, Genève-Bâle-Munich 2003, n° 15 ad art. 100 ; arrêt du TAF précité B-7863/2008 consid. 6).

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^e 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.

En l'espèce, le texte de la circulaire du SECO 2007 sur l'indemnité de chômage s'avère parfaitement clair et est dépourvu de toute équivoque ou imprécision, contrairement à ce que laisse entendre le recourant. Consciente dès janvier 2007 que l'assuré percevait une rente d'invalidité de 36%, la caisse a, sciemment, continué à l'indemniser sur la base d'une capacité de travail de 100% jusqu'en mai 2007, date de son départ à l'étranger. En cela, la caisse peut se voir reprocher un manquement à son devoir de diligence. 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.

9.

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.

10.

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. 700.- et sont compensés par l'avance de frais de Fr. 1'000.- déjà versée par le recourant. Le solde de Fr. 300.- lui sera restitué dès l'entrée en force du présent arrêt. Il n'y a pas lieu d'allouer de dépens au recourant qui succombe (art. 64 al. 1 PA en lien avec l'art. 7 al. 1 FITAF a contrario).

11.

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. 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 (consid. 5.3). En l'espèce, la valeur litigieuse du cas d'espèce s'élevant à Fr. 3'373.80, le présent arrêt n'est pas susceptible de recours auprès du Tribunal fédéral. L'art. 85 al. 2 LTF prévoit toutefois 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. A cet égard, il incombera au recourant d'exposer en quoi l'affaire remplit la condition exigée à l'art. 85 al. 2 LTF (art. 42 al. 2 2^e 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. 700.-, sont mis à la charge du recourant et compensés par l'avance de frais déjà versée de Fr. 1'000.-. Le solde de Fr. 300.- sera restitué au recourant dès l'entrée en force du présent arrêt.

3.

Il n'est pas alloué de dépens.

4.

Le présent arrêt est adressé :

- au recourant (Acte judiciaire ; formulaire «Adresse de paiement»)
- à l'autorité inférieure (n° de réf. V-BEGE-2009-885 ; Acte judiciaire)
- au Département fédéral de l'économie (Acte judiciaire)

Le Président du collège :

La Greffière :

Claude Morvant

Nadia Egloff

Indication des voies de droit :

Pour autant 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 : 23 juin 2010