

VD_OMNI PS.2004.0200 vom 28. Januar 2005

VD Tribunal cantonal, 2005-01-28, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_PS.2004.0200

FR: VD_OMNI PS.2004.0200 du 28 janvier 2005

IT: VD_OMNI PS.2004.0200 del 28 gennaio 2005

Regeste

X c/Caisse cantonale de chômage | Depuis le 1er janvier 2003, la restitution des prestations indûment versées est régie par l'art. 25 al. 2 et 3 LPGA. Le délai de péremption d'une année pour réclamer la restitution commence à courir dès le moment où la caisse de chômage aurait dû connaître les faits fondant l'obligation de restituer, en faisant preuve de l'attention que l'on pouvait raisonnablement exiger d'elle. La nouvelle n'a pas modifié le principe en vigueur sous l'empire de l'ancien art. 95 al. 4 LACI. En l'espèce, l'autorité est fondée à réclamer la restitution des montants indûment perçus. Recours rejeté.

Erwägungen

E. 1

Le recourant soutient que la Caisse ne serait pas en droit de rendre une nouvelle décision à son sujet. a) Dès qu'une décision n'est plus susceptible de recours ordinaire - soit que le délai de recours soit échu sans avoir été utilisé, soit que l'autorité de dernière instance se soit prononcée -, elle bénéficie de la force de chose décidée (ou autorité formelle de chose décidée). L'application du régime qu'elle établit est conforme à l'ordre juridique, même si, en réalité, il est permis de penser que la décision est viciée (P. Moor, *Droit administratif*, vol II, Berne 2002, § 2.4.1, p. 323). Dans le domaine des assurances sociales, la jurisprudence avait admis plusieurs exceptions au principe de la force matérielle de chose jugée des décisions entrées en force (ATF 119 V 475, cons. 1), notamment en cas d'erreur manifeste revêtant une importance notable (v. à cet égard ATF 126 V 23, cons. 4a; 122 V 21 consid. 3a, 173 consid. 4a, 271 consid. 2, 368 consid. 3, 121 V 4 consid.

E. 6

et les arrêts cités; ATF 119 précité; ATF 119 V 183; 117 V 13 consid. 2a; 116 V 62 consid. 3a; 115 V 186 consid. 2c; arrêts du Tribunal administratif, PS 94/084, PS 95/042, tous deux du 17 mai 1995; v. également Ulrich Meyer-Blaser, *Die Abänderung formell rechtskräftiger Verfügungen in der Sozialversicherung*, ZBl 1994, pp. 337 ss; Ueli Kieser, *Die Abänderung der formell rechtskräftigen Verfügung nach der Rechtsprechung des EVG*, SZS 1991, p. 132; Peter Saladin, *Wiederwägung und Widerruf formell rechtskräftiger Verfügungen*, in *Mélanges pour le 75e anniversaire du TFA*, Berne 1992, p. 113). Depuis le 1er janvier 2003, ces principes ont été concrétisés par l'art. 53 al. 2 LPGA, dont la teneur est la suivante: "L'assureur peut revenir sur les décisions ou les décisions sur opposition formellement passées en force lorsqu'elles sont manifestement erronées et que leur rectification revêt une importance notable." La reconsidération concerne les cas dans lesquels la décision est entachée d'inexactitude initiale (anfängliche Unrichtigkeit), par opposition aux cas dans lesquels l'inexactitude apparaît après coup (nachträgliche Unrichtigkeit), qui seuls ouvrent la voie d'un nouvel examen (v. U. Kieser, op. cit., p. 134; U. Meyer-Blaser, op. cit., pp. 348-352). b) La jurisprudence du Tribunal fédéral des

assurances ne définit pas la notion d'erreur manifeste. aa) Les arrêts rendus se réfèrent simplement au caractère "sans nul doute erroné" de l'acte, qui est apprécié au regard des circonstances d'espèce. Ainsi, dans un arrêt du 25 février 1976 (ATF 102 V 13, cons. 3a), le TFA a exposé que la reconsidération de décisions passées en force ne saurait intervenir que dans les cas où il s'agit de corriger les erreurs grossières de l'administration sous peine de porter atteinte de manière injustifiée à la sécurité du droit. Dans cette espèce, la décision litigieuse se fondait sur des indications non équivoques du médecin traitant. Les renseignements fournis trois ans plus tard par ce même praticien n'étaient pas aptes à établir que la décision litigieuse était fondée sur une erreur manifeste. Dans un arrêt du 24 novembre 1977 (ATF 103 V 126, cons. 1a), le TFA a considéré que le calcul d'une rente AVS qui ne respectait pas les dispositions légales en la matière devait généralement être considéré comme manifestement erroné (solution rapportée par U. Kieser, op. cit., SZS 1991 p. 132, spéc. 135). Dans un arrêt du 4 février 1991 (ATF 117 V 8, cons. 2c/aa), le TFA a admis l'existence d'une erreur manifeste pour un calcul de rente AI qui n'avait pas tenu compte de faits déterminants. Dans un arrêt du 22 décembre 1993 (ATF 119 V 475, cons. 2 et 3), le TFA a admis l'existence d'une erreur manifeste de la part de l'auteur de la décision. Il a fait grief à l'autorité intimée de ne pas avoir tenu compte de rapports médicaux selon lesquels l'assurée n'était pas à même d'étendre son activité professionnelle. Partant de l'idée inexacte qu'il s'agissait d'une circonstance dépourvue de toute portée, elle avait basé son raisonnement sur une fausse prémisse et, partant, mal appliqué le droit. En effet, l'évaluation inexacte de l'invalidité, en raison d'une fausse application de ces principes, jugés fondamentaux, devait être considérée comme étant sans nulle doute erronée, au même titre que le serait un calcul de rente contraire à la loi. Dans un arrêt du 18 février 2000 (ATF 126 V 23), le TFA a estimé que la caisse maladie n'était pas en droit de réclamer la restitution de prestations versées en faveur d'un assuré. Celui-ci avait été hospitalisé une première fois jusqu'en juillet 1996; mais, son état de santé s'était ensuite dégradé, ce qui avait rendu nécessaire une nouvelle hospitalisation. Sur le vu du certificat médical établi par le médecin traitant, rien ne permettait de penser que la décision de la caisse d'accorder ses prestations était entachée d'inexactitude manifeste. Le TFA a ensuite considéré que les conditions d'une révision procédurale n'étaient pas données non plus. Au moment où la caisse avait rendu sa décision d'octroi des prestations, les faits pertinents étaient connus, car elle était déjà en possession d'un rapport médical et d'un avis détaillé du médecin-conseil.

bb) Pour sa part, la doctrine semble avoir renoncé à définir la notion d'erreur qualifiée; elle se limite le plus souvent à renvoyer aux décisions rendues dans les cas d'espèce. Ainsi, U. Kieser rappelle-t-il que l'erreur doit être grossière (*Die Abänderung*, p. 135), condition restrictive qui permet de tenir compte de l'intérêt opposé à la sécurité du droit (op. cit., p. 143) ou à tout le moins indubitable ("*es darf kein vernünftiger Zweifel möglich sein*", in *ATSG-Kommentar*, Zurich/Bâle/Genève 2003, § 20 ad art. 53, p. 538). Pour leur part, P. Moor (op. cit., p. 346) et A. Grisel (*Traité de droit administratif*, vol I, Neuchâtel 1984, p. 441) se réfèrent au caractère manifeste de l'erreur. A. Maurer (*Schweizerisches Sozialversicherungsrecht*, vol. I, Berne 1983, § 24, p. 478) distingue seulement la décision sans nul doute erronée de la décision nulle (i.e. entachée de vices particulièrement graves) et renvoie à la jurisprudence du TFA pour le surplus. Pour T. Locher (*Grundriss des Sozialversicherungsrecht*, Berne 1997, § 1.1.3, p. 362), le critère retenu par la jurisprudence signifie que la décision doit être entachée d'erreur grossière ("*grob fehlerhaft*", avec réf. à l'ATF 109 V 113, cons. 4c, dans lequel le TFA avait notamment contesté le caractère grossier d'une erreur dans l'appréciation par l'autorité du degré d'invalidité de l'assurée); il

en irait différemment dans le cas d'une rente AVS qui n'aurait pas été calculée conformément aux dispositions légales; en règle générale, on ne se trouvera pas dans le cas d'une décision sans nul doute erronée lorsque le vice est lié à l'exercice du pouvoir d'appréciation. cc) La loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales (RS 830.1; ci-après: LPGA) n'apporte pas de précision particulière à ce sujet, car elle s'est contentée de codifier les critères définis par la jurisprudence (v. Groupe de travail de la société suisse de droit des assurances, Rapport sur une partie générale du droit des assurances sociales, Berne 1984, pp. 32 et 53; U. Kieser, ATSG-Kommentar, § 33 ad art. 53, p. 542). L'objectif des auteurs du projet était pour l'essentiel de régler ces questions de manière uniforme. dd) On peut cependant admettre que la nécessité de revenir sur une décision entrée en force résulte toujours d'une contradiction entre ce qui a été décidé et l'état de fait et/ou l'application des bases juridiques pertinentes. En d'autres termes, l'erreur manifeste peut aussi bien résulter d'une fausse application du droit que de l'établissement des faits et leur appréciation (v. U. Meyer-Blaser, op. cit., p. 348; U. Kieser, op. cit., p. 134; le même, *Das Verwaltungsverfahren in der Sozialversicherung*, Zurich 1999, § 608, p. 297; P. Saladin, op. cit., p. 118). aaa) Le caractère sans nul doute erroné d'une décision peut résulter tout d'abord d'une constatation inexacte des faits qui, par contrecoup, débouche sur une solution erronée en droit. Ici, l'on doit s'inspirer de concepts voisins comme celui, utilisé à l'art. 105 al. 2 OJ, de "faits ... manifestement inexacts ou incomplets" ou la notion d'inadvertance manifeste de l'art. 136 lettre d OJ (la reconsidération serait ainsi ouverte en cas d'inadvertance manifeste d'une caisse de chômage, alors que celle-ci ne pourrait pas se prévaloir d'une telle erreur - qui serait son propre fait - pour invoquer la révision). bbb) Une décision peut apparaître également comme sans nul doute erronée sur le plan du droit. A lire la jurisprudence évoquée plus haut, tel est le cas lorsque la décision en question ignore une règle du droit positif (à tout le moins lorsque l'interprétation de celle-ci apparaît clairement). Il en va de même lorsque la décision en question ignore une jurisprudence qui arrête une interprétation claire des dispositions légales ou réglementaires (il arrive fréquemment que cette jurisprudence confirme des directives du Seco; ou alors, une telle jurisprudence est diffusée par le Seco auprès des organes d'application, voire complétée sur certains points). Cependant, il arrive fréquemment que la pratique du Seco fasse l'objet de critiques du Tribunal fédéral des assurances (voir à ce sujet DTA 1998, 125); en d'autres termes, on ne saurait d'emblée tenir pour sans nul doute erronée une décision qui s'écarterait de la pratique "codifiée" par le Seco. De même, il arrive que le Tribunal fédéral des assurances procède à des changements de jurisprudence; dans une telle hypothèse, on peut se demander si la décision qui se conforme à l'ancienne jurisprudence peut véritablement être qualifiée de sans nul doute erronée, fût-ce après l'adoption de la nouvelle jurisprudence. En d'autres termes, si le Tribunal fédéral des assurances hésitait quant à la solution à donner à un problème, il n'est pas évident de considérer que l'une des solutions possibles puisse être qualifiée de manifestement incorrecte. Quoiqu'il en soit, la jurisprudence récente retient que, pour apprécier si une reconsidération se justifie en raison du caractère sans nul doute erroné de la décision, il faut se fonder sur la situation juridique existant au moment où cette décision a été rendue, compte tenu de la pratique en vigueur à l'époque; un changement de pratique ne permet en principe pas de considérer la pratique antérieure comme étant sans nul doute erronée (ATF 125 V 383, cons. 3 et les réf. citées). c) En l'espèce, l'autorité intimée fonde sa décision sur la nécessité de rétablir une situation conforme au droit. Elle soutient que l'on se trouverait en présence d'une erreur manifeste, sans toutefois la définir de manière précise. Pour sa part, le recourant est d'avis que les conditions d'une

reconsidération ne sont pas réalisées, car la décision refléterait l'opinion juridique reçue à l'époque où elle a été rendue. Cet argument ne résiste toutefois pas à l'examen. En premier lieu, l'art. 30 al. 3 LACI était déjà en vigueur dans sa teneur actuelle. Par ailleurs, l'application de cette disposition - qui concerne l'indemnité pour réduction de l'horaire de travail - à l'indemnité de chômage résulte d'une jurisprudence antérieure aux faits litigieux (ATF 123 V 234 du 4 septembre 1997). On ne se trouve dès lors pas dans une situation comparable à celle qui avait fait l'objet de l'ATF C 318/99 du 21 mai 2001 (v. cons. 3c). Le recourant fait également valoir que l'autorité intimée lui aurait donné des assurances, évoquant ainsi implicitement le principe de la bonne foi. Le présent litige ne porte toutefois pas sur des indications qui auraient été données à l'assuré, mais sur une décision qui les a concrétisées. Cela étant, la question n'a pas à être examinée sous l'angle du principe de la bonne foi, qui se heurte de toute manière à l'institution de la reconsidération telle que définie par le droit fédéral (art. 53 al. 2 LPGA). Enfin, le fait que la Caisse ait agi fautivement ou non n'est pas déterminant pour savoir si l'autorité est habilitée à reconsidérer une décision, le seul critère étant celui du caractère sans nul doute erroné de la décision. d) Pour le surplus, l'objet du litige porte sur un montant de 2'900 francs en chiffres ronds. Il est constant que cette somme représente la totalité des prestations perçues par le recourant depuis l'ouverture de son deuxième délai cadre d'indemnisation. On ne se trouve dès lors pas en présence d'un montant négligeable ou de faible importance (v. les exemples donnés par U. Kieser, ATSG-Kommentar, § 21 ad art. 53, p. 539). A juste-titre, le recourant ne le prétend-il pas, de sorte qu'il n'est pas besoin d'examiner cette question plus en détail. 2. La question litigieuse porte sur le point de savoir si un assuré peut prétendre à l'indemnité de chômage alors qu'il est employé dans l'entreprise de son conjoint. a) Selon l'art. 31 al. 3 let. c LACI, n'ont pas droit à l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail 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, ainsi qu'e les conjoints de ces personnes, qui sont occupés dans l'entreprise. Par ailleurs, l'art. 31 al. 3 let. b LACI dispose que le conjoint de l'employeur, occupé dans l'entreprise de celui-ci, n'a pas droit à l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail. En écartant ainsi du cercle des ayants droit aux prestations de RHT les travailleurs dont la situation dans l'entreprise est analogue à celle d'un employeur, le législateur entendait prévenir un risque d'abus (v. FF 1980 III p. 497), par exemple des certificats de complaisance, des codécisions ou coresponsabilités dans l'introduction de l'horaire réduit (v. Gerhards, Kommentar zum Arbeitslosenversicherungsgesetz, Berne et Stuttgart 1988, t. I, no 43 ad 31 LACI; Saviaux, Les rapports de travail en cas de difficultés économiques de l'employeur et l'assurance chômage, thèse, Lausanne, 1993, p. 217). C'est pourquoi le droit à l'indemnité des personnes mentionnées à l'art. 31 al. 3 LACI est absolument exclu (cf ATF 123 V 234 consid. 7a; arrêt TFA du 13 février 1995 RDT 1996 n° 10, p. 52). Cette disposition ne laisse plus de place à un examen au cas par cas quant à l'existence d'un éventuel abus de droit. Elle définit une règle générale applicable à titre préventif, justifiée par la difficulté d'établir l'existence d'un abus concret (R. Jäggi, Eingeschänkter Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung bei arbeitgeberähnlicher Stellung durch analoge Anwendung von Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG, in SZS 48/2004, p. 1 spéc. p. 4). Ces motifs s'appliquent également aux conjoints de ces personnes (DTA 2003 n° 22 cons. 2). On présume que le conjoint partage la capacité de disposition, ce qui lui confère une position comparable à celle d'un employeur et l'exclut du droit à l'indemnité. Cette capacité d'influence est censée

durer aussi longtemps qu'ils restent mariés aux yeux de la loi. La règle vaut non seulement pour les personnes morales où normalement tous les employés sont considérés comme des salariés, mais également pour les employés de sociétés de personnes et les entreprises individuelles (v. Bulletin MT/AC 2003/4, fiche 4/1; Seco, Circulaire IC B31-35, janvier 2003). b) En l'espèce, le recourant a revendiqué une indemnité de chômage au sens des articles 8 ss LACI et non une indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail des articles 31 ss LACI. aa) Le législateur n'a pas prévu à l'article 8 LACI de règle comparable à celles stipulées à l'art. 31 al. 3 LACI (ATF C 318/99 du 21 mai 2001). Il y a donc lieu de se demander si l'autorité intimée pouvait appliquer les règles permettant d'exclure le droit à l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail à la situation du recourant. Dans l'arrêt publié aux ATF 123 V 234, le TFA a tout d'abord relevé que, d'après son texte, l'article 31 alinéa 3 LACI ne vise que les cas de réduction de l'horaire de travail et que les articles 8 et suivants LACI ne connaissent pas de norme semblable dans le domaine de l'indemnité de chômage. Il a toutefois refusé d'en déduire que les personnes désignées à l'article 31 alinéa 3 lettre c LACI, soit celles dont la situation dans l'entreprise est analogue à celle d'un employeur, ont dans tous les cas droit à l'indemnité de chômage en cas de perte totale de travail. Se référant aux travaux préparatoires, il a au contraire souligné la nécessité, dans de telles situations, de distinguer différents cas de figure, en particulier sous l'angle de l'abus de droit. A cet effet, il s'est tout d'abord interrogé sur le but visé par l'article 31 alinéa 3 lettre c LACI en notant à cet égard qu'en écartant du cercle des ayants droit aux prestations de RHT les travailleurs dont la situation dans l'entreprise est analogue à celle d'un employeur, le législateur entendait prévenir un risque d'abus (FF 1980 III p. 497). Ensuite, après avoir relevé que la notion de réduction de l'horaire de travail ne vise pas seulement les réductions quotidiennes, hebdomadaires ou mensuelles du temps de travail, mais englobe également la cessation complète d'activité au sein d'une entreprise pendant un temps limité, il a admis que, dans de tels cas, les personnes dont la situation dans l'entreprise est analogue à celle d'un employeur n'ont pas non plus droit aux indemnités de chômage. Toute autre interprétation reviendrait à éluder cette disposition qui a été conçue pour prévenir les abus en matière d'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail (Seco, Circulaire IC, B31). Sous l'empire de l'ancien droit, la règle d'exclusion n'était pas absolue. Le Tribunal fédéral des assurances admettait que l'on ne pouvait exclure le droit à l'indemnité de l'assuré sans avoir procédé à un examen approfondi de sa situation, de sorte que la présomption posée par l'art. 31 al. 1 let. c aLACI pouvait être renversée en établissant que la situation du requérant n'était pas de nature à réduire considérablement son aptitude et sa disponibilité au placement ni à rendre difficile à l'excès, sinon impossible, le contrôle de son chômage (ATF 105 V 101 cons. 2). Au premier janvier 1984, est entré en vigueur l'art. 31 al. 3 let. c LACI qui a exclu de manière absolue les personnes bénéficiant d'une position analogue à celle de l'employeur du droit à l'indemnité pour réduction de l'horaire de travail. Le Tribunal fédéral des assurances a toutefois estimé que les assurés appartenant à ce cercle pouvaient prétendre à l'indemnité de chômage, la règle d'exclusion ne valant que pour l'indemnité pour réduction de l'horaire de travail (ATF 113 V 74). Puis, il est revenu à la pratique en vigueur sous l'empire de l'ancien droit dans l'ATF 123 V 234. Depuis lors, le Tribunal fédéral des assurances rappelle constamment qu'il existe un étroit parallélisme entre le droit à l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail et le droit à l'indemnité de chômage (DTA 2001 n° 25 cons. 2; ATF C193/04 du 7 décembre 2004). Tout en admettant que cette règle est rigoureuse pour l'assuré, il justifie sa position par la nécessité de permettre le contrôle de la perte de travail de l'intéressé, qui est l'une des conditions mises au droit à

l'indemnité de chômage (art. 8 al. 1 let. b LACI). Cela s'avère difficile pour les personnes qui conservent une activité pour le compte de la société au sein de laquelle ils travaillaient, ce qui justifie des critères stricts susceptibles de lever toute ambiguïté quant à l'existence et à l'importance de la perte de travail. Dans une telle constellation, la jurisprudence considère qu'il n'y a pas de place pour un examen au cas par cas d'un éventuel abus de droit de la part de l'assuré. Tant que celui-ci conserve une fonction dirigeante au sein de l'entreprise, la possibilité subsiste qu'il décide d'en poursuivre le but social. Cela étant, il est 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. Ce n'est donc pas l'abus avéré comme tel qui est sanctionné, mais le risque d'abus que représente le versement d'indemnités à un travailleur jouissant d'une position comparable à celle d'un employeur (DTA 2003 n° 22 cons. 4; R Jäggi, op. cit., p. 7). La situation est en revanche différente quand le salarié, se trouvant dans une position assimilable à celle de l'employeur, quitte définitivement l'entreprise en raison de la fermeture de celle-ci; en pareil cas, on ne saurait parler d'un comportement visant à éluder la loi. Il en va de même lorsque l'entreprise continue d'exister, mais que le salarié, par suite de résiliation de son contrat, rompt définitivement tout lien avec la société. Dans un cas comme dans l'autre, l'intéressé peut en principe prétendre à des indemnités de chômage (DTA 2003 n° 22 cons. 2; ATF C 114/03 du 9 décembre 2003 cons. 2). En d'autres termes, c'est pour prévenir tout risque d'abus que le Tribunal fédéral a décidé d'appliquer la règle de l'art. 31 al. 3 let. c LACI par analogie à l'indemnité de chômage (R. Jäggi, op. cit., pp. 7 et 14). Il convient encore de relever que l'art. 51 al. 2 LACI prévoit un régime analogue s'agissant de l'indemnité en cas d'insolvabilité. On considérerait que les personnes, dont la position au sein de l'entreprise s'apparenterait à l'employeur, exercent aussi bien une influence sur la conduite des affaires et sur la politique de l'entreprise qu'un droit de regard sur les pièces comptables. Cela étant, elles ne peuvent être surprises par une faillite subite et ne mériteraient dès lors pas une protection particulière. Le cercle des personnes exclues du droit à l'indemnité correspondrait dans une large mesure à celui qui a été défini par l'art. 31 al. 3 LACI (FF 1994 I 362). Si la jurisprudence a admis que le champ d'application de cette dernière disposition s'appliquait par analogie à l'indemnité en cas d'insolvabilité, elle a toutefois exigé que l'on détermine quelle est la possibilité effective d'un dirigeant d'influencer le processus décisionnel au sein de l'entreprise, en fonction des circonstances concrètes, soit en se fondant sur une notion matérielle de l'organe dirigeant (DTA 2004 n° 21 cons. 3.2; 1996/1997 n° 41 cons. 1b). Le Tribunal administratif a déjà eu l'occasion de considérer que la jurisprudence applicable à l'assuré occupant une position dirigeante dans l'entreprise est également applicable à son conjoint. En d'autres termes, de même que le conjoint d'un dirigeant de l'entreprise ne peut prétendre obtenir les indemnités prévues en cas de réduction de l'horaire de travail, de même il n'a pas droit à l'indemnité de chômage, en cas de licenciement par l'entreprise dans laquelle son époux conserve sa charge par la suite (TA, PS 1999/0148 du 27 avril 2000 cons. 2e). c) En l'espèce, il est constant que le recourant travaille au service de son épouse, qui est titulaire d'une entreprise exploitée en raison individuelle. Le recourant estime que sa situation est différente de celle qui a fait l'objet de l'ATF 123 V 234. Dans cette espèce, le travailleur était resté actionnaire et administrateur unique de la société qui l'employait. Pour sa part, le recourant soutient qu'il n'a aucune compétence décisionnelle dans le cadre de son activité professionnelle. Certes, son statut de salarié le distingue de l'employé qui demeurerait administrateur ou actionnaire. Il perd

toutefois de vue que le critère déterminant tient au fait qu'il est le conjoint de l'entrepreneur. Cette qualité permet de présumer qu'il partage la capacité de décision ou d'influence sur la marche de l'entreprise, ce qui lui confère une position comparable à celle d'un employeur et, partant, l'exclut du droit à l'indemnité. Une telle présomption est valable aussi longtemps que les conjoints restent mariés aux yeux de la loi, pour autant qu'aucun élément concret ne vienne l'infirmier. Une appréciation différente aurait peut-être pu être envisagée dans l'hypothèse où la majeure partie du pouvoir décisionnel ou du capital social de l'entreprise aurait été détenue par des tiers. Tel n'est toutefois pas le cas en l'occurrence, dès lors qu'il s'agit d'une raison individuelle. Le recourant fait encore valoir que le législateur n'a pas voulu soumettre l'indemnité de chômage au même régime que l'indemnité pour réduction de l'horaire de travail. Il s'appuie en particulier sur le Message du Conseil fédéral, qui contient le passage suivant: "[...] il convient d'insister encore sur le fait que l'exclusion du droit aux indemnités ne concerne que la réduction de l'horaire de travail et qu'ainsi les travailleurs concernés peuvent, le cas échéant, faire valoir leurs droits en cas de chômage complet [...]".

" Le Tribunal fédéral des assurances s'est toutefois penché sur les travaux parlementaires pour définir le sens qu'il convenait de leur donner. Il a considéré que les personnes mentionnées à l'art. 31 al. 3 let. c LACI ne bénéficiaient pas d'un droit inconditionnel à l'indemnité de chômage, au vu de la formulation potestative adoptée par les auteurs du Message. Cette formulation pourrait être interprétée en ce sens que la variété des situations justifierait un examen sous l'angle de l'abus de droit (R. Jäggi, *Eingeschränkter Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung bei arbeitgebähnlicher Stellung durch analoge Anwendung von Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG*, in *SZS 48/2004*, p. 1 spéc. p. 6). Un critère déterminant sera de savoir si l'assuré demeure lié à la société en conservant un pouvoir de décision ou s'il l'a définitivement quittée (ATF 123 V 234 cons. 7b). C'est le raisonnement qui avait été suivi par le Tribunal administratif dans l'arrêt PS 2001/0158 du 12 avril 2002 où il s'agissait de distinguer la période au cours de laquelle le recourant procédait aux opérations de liquidation de sa société de celle au cours de laquelle dites opérations étaient achevées, bien que la raison sociale ne fût pas encore formellement radiée du Registre du commerce. Ces principes sont applicables mutatis mutandis à la situation du conjoint du détenteur de l'entreprise. Au regard du principe de légalité, le tribunal n'est pas convaincu que l'exclusion prévue par l'art. 31 al. 3 let. c LACI en matière de réduction de l'horaire de travail soit applicable par analogie au versement de l'indemnité de chômage. Il n'est du reste pas satisfaisant de permettre l'assimilation du risque d'abus de droit à l'abus de droit lui-même. Cela étant, le tribunal est lié par la jurisprudence maintenant bien établie du Tribunal fédéral des assurances (ATF 123 V 234 ; ATF C193/04 du 7 décembre 2004). Il doit dès lors se limiter à constater l'existence d'un risque d'abus, du seul fait que le recourant a travaillé au service de son conjoint. Dans ces circonstances, la perte de travail n'est pas contrôlable. Il n'y aurait dès lors pas lieu de procéder plus avant à l'examen des circonstances d'espèce (DTA 2003 n° 22 cons. 4). Au demeurant, une telle démarche conduirait sans doute le tribunal à admettre l'existence d'un abus de droit. On relève en effet que le gain assuré du recourant (Fr. 8'000) était relativement élevé puisque proche du plafond prévu par la loi (art. 22 OLAA applicable par renvoi de l'art. 23 al. 1 LACI) lorsqu'il a demandé à pouvoir bénéficier des prestations de l'assurance-chômage. Après une interruption de quelques mois, il a repris une activité salariée au service de son épouse pour un revenu de 30 fr. de l'heure (soit un salaire mensuel de 4'800 fr. pour une activité exercée à temps complet). On peut comprendre que les difficultés économiques rencontrées par la raison individuelle ne permettaient plus de financer un salaire mensualisé et justifiaient une adaptation des

barèmes. Il n'en demeure pas moins que la rémunération horaire annoncée au titre du gain intermédiaire était très en deçà des prestations fournies jusqu'au 31 octobre 2001, ce qui répercutait les économies ainsi réalisées par l'employeur sur l'assurance-chômage. On pourrait dès lors se demander si le gain réalisé à ce titre est conforme aux usages professionnels et locaux (art. 24 al. 3 LACI), sachant que le recourant est passé d'un revenu de 8'000 fr. par mois à un salaire horaire de 30 fr., tout en conservant ses fonctions directoriales. Quoi qu'il en soit, la jurisprudence du Tribunal fédéral des assurances voit dans une telle configuration les éléments (objectifs, ce qui est suffisant) d'une fraude à la loi. Encore que cette solution soit très rigoureuse, l'autorité de céans s'y rallie (v. dans le même sens TA, PS 2001/0158 du 12 avril 2002); en effet, aussi longtemps que perdure le lien conjugal - qui crée une unité économique, le recourant obtiendrait en quelque sorte un financement de l'entreprise de son épouse par l'assurance s'il percevait les indemnités de chômage. En d'autres termes, il recevrait par ce biais des prestations auxquelles il ne pourrait prétendre dans le régime du RHT, en raison de sa qualité de conjoint du titulaire de l'entreprise. A la lumière de ce qui précède, force est de constater que le recourant appartenait au cercle des personnes exclues du droit à l'indemnité de chômage. Il n'aurait dès lors pas dû être indemnisé aussi longtemps qu'il demeurait au service de son épouse.

3. Il convient maintenant de s'interroger sur le sort des prestations versées à tort par l'assurance-chômage. a) Depuis le 1^{er} janvier 2003, la restitution des prestations indûment versées est régie par l'art. 25 al. 2 et 3 LPGA, dont la teneur est la suivante: "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. Le droit de demander la restitution s'éteint un an après le moment où l'institution d'assurance a eu connaissance du fait, mais au plus tard cinq ans après le versement de la prestation. Si la créance naît d'un acte punissable pour lequel le droit pénal prévoit un délai de prescription plus long, celui-ci est déterminant." Selon la jurisprudence rendue sous l'empire de l'ancien art. 95 al. 4 LACI, le délai de péremption d'une année commence à courir dès le moment où la caisse de chômage aurait dû connaître les faits fondant l'obligation de restituer, en faisant preuve de l'attention que l'on pouvait raisonnablement exiger d'elle (ATF 122 V 275 consid. 5a). Ce principe est toujours applicable depuis l'entrée en vigueur de l'art. 25 LPGA (U. Kieser, ATSG-Kommentar, § 27 ad art. 25, p. 285). A la lumière de ce qui précède, la Caisse était légitimée à réclamer la restitution des indemnités versées pour les mois de novembre et décembre 2003. Au demeurant, le recourant n'a pas soulevé de moyen sur ce point particulier, de sorte qu'il n'y a pas lieu de l'examiner plus en détail. b) Le recourant sollicite la remise de l'obligation de restituer les prestations réclamées par l'autorité intimée, en invoquant sa bonne foi et une situation personnelle difficile. C'est à tort qu'il se fonde sur l'art. 95 al. 2 LACI, car cette disposition a été modifiée à l'entrée en vigueur de la LPGA, le 1^{er} janvier 2003. Désormais, la remise de l'obligation de restituer les montants indûment versés est régie par les art. 2 à 5 OPGA. En vertu de l'art. 4 al. 2 OPGA, le moment déterminant pour apprécier l'existence d'une situation difficile est celui où la décision de restitution est exécutoire. En d'autres termes, la remise de l'obligation de restituer ne peut être examinée qu'après l'entrée en force de la décision ordonnant la restitution (TA, PS 2003/0028 du 2 juin 2003). Cette disposition concrétise la pratique en vigueur sous l'ancien droit (TA, PS 2002/0106 du 6 décembre 2002). Il suit de là que l'examen de cette question est prématuré. Il appartiendra au recourant de saisir l'autorité compétente lorsque la présente cause aura fait l'objet d'un jugement définitif et exécutoire. 4. Les considérants qui précèdent conduisent au rejet du recours. En application de l'art. 61 let. a LPGA, l'arrêt peut

être rendu sans frais. Vu l'issue de la procédure, le recourant ne pourra prétendre à l'allocation de dépens (art. 61 let. g LPGA a contrario).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.