

## **VD\_OMNI PS.2006.0123 vom 22. März 2007**

VD Tribunal cantonal, 2007-03-22, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd\\_omni\\_PS.2006.0123](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_PS.2006.0123)

FR: VD\_OMNI PS.2006.0123 du 22 mars 2007

IT: VD\_OMNI PS.2006.0123 del 22 marzo 2007

### **Regeste**

X. /Caisse de chômage UNIA Administration centrale, Office régional de placement de Nyon | N'a pas droit aux indemnités de chômage l'assuré qui, après avoir reçu des indemnités de soutien à l'exercice d'une activité indépendante, ne renonce que momentanément à entreprendre cette activité. En l'espèce, la demande de restitution des indemnités perçues entre le moment où le recourant a reçu sa dernière indemnité spécifique et où il a réellement commencé son activité indépendante doit être confirmée, l'examen de sa bonne foi ne pouvant intervenir que dans une éventuelle demande de remise de l'obligation de restituer.

### **Erwägungen**

#### **E. 1**

a) Interjeté dans le respect du délai et des autres conditions prescrits aux art. 60 et 61 de la loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale des assurances sociales (LPGA), le recours est recevable en la forme. b) Le litige porte sur la restitution des indemnités de chômage versées indûment au recourant entre le 5 octobre 2004 et le 28 février 2005, soit après l'échéance du droit aux indemnités de soutien pour indépendant qui lui ont été accordées. Dans la mesure où le recourant fait valoir des arguments qui tendraient à l'obtention d'une remise de cette obligation, qui n'a pas fait l'objet d'une décision, ils sortent de l'objet du litige et n'ont pas à être pris en considération par le tribunal (cf. arrêt TF non publié du 16 août 2005 dans la cause C 11/05 et la référence citée).

#### **E. 2**

a) L'art. 25 al. 1 LPGA, auquel renvoie l'art. 95 al. 1 LACI et aux termes duquel les prestations indûment touchées doivent être restituées (1ère phrase), est issu de la réglementation et de la jurisprudence antérieures à l'entrée en vigueur de la LPGA ( ATF 130 V 319 consid. 5.2 et les références). Selon cette jurisprudence, développée à partir de l'art. 47 al. 1 LAVS (dans sa teneur en vigueur jusqu'au 31 décembre 2002) et applicable par analogie à la restitution d'indemnités indûment perçues dans l'assurance-chômage (cf. ATF 122 V 368 consid. 3, 110 V 179 consid. 2a, et les références), l'obligation de restituer suppose que soient remplies les conditions d'une reconsidération ou d'une révision procédurale de la décision par laquelle les prestations en cause ont été allouées ( ATF 129 V 110 consid. 1.1, 126 V 23 consid. 4b, 122 V 21 consid. 3a). La reconsidération et la révision sont désormais explicitement réglées à l'art. 53 al. 1 et 2 LPGA qui codifie la jurisprudence antérieure à son entrée en vigueur: selon un principe général du droit des assurances sociales, l'administration peut reconsidérer une décision formellement passée en force de chose jugée sur laquelle une autorité judiciaire ne s'est pas prononcée quant au fond, à condition qu'elle soit sans nul doute erronée et que sa rectification revête une importance notable (ATF 126 V 23 consid. 4b). L'erreur manifeste peut résulter aussi bien d'une fausse

application du droit que de l'établissement des faits ou de leur appréciation (ATF 127 V 466 consid. 2c; arrêt PS.2005.0037 du 11 mai 2005 consid. 3). La rectification revêt une importance notable selon le montant des prestations en cause. Il a par exemple été jugé qu'une créance en restitution d'un montant de 706 francs était suffisamment importante (DTA 2000 n°40 p. 28). Plus récemment, le Tribunal administratif a considéré que cette condition était remplie pour un montant de 2'900 francs (PS.2004.0200 du 28 janvier 2005 et la référence aux exemples cités par U. Kieser, ATSG-Kommentar, § 21 ad art. 53, p. 539). En outre, par analogie avec la révision des décisions rendues par les autorités judiciaires, l'administration est tenue de procéder à la révision d'une décision entrée en force formelle lorsque sont découverts des faits nouveaux ou de nouveaux moyens de preuve, susceptibles de conduire à une appréciation juridique différente (arrêt du Tribunal fédéral du 16 août 2005, C 11/05, consid. 3; ATF 127 V 469 consid. 2c et les références).

### **E. 3**

a) Selon la décision de la caisse, le recourant qui envisageait d'entreprendre une activité indépendante après avoir reçu les indemnités de soutien, comme le prouve son inscription au registre du commerce le 18 novembre 2004, n'était plus apte au placement. Elle demande ainsi la restitution des indemnités versées à tort dès le 4 octobre 2004, soit un montant total de 30'543.10 francs. Le recourant fait valoir qu'il n'a débuté son activité indépendante que le 1<sup>er</sup> mars 2005, moment où il s'est inscrit auprès de la caisse AVS et a quitté le chômage. Il explique s'être inscrit au registre du commerce afin de pouvoir recevoir son capital LPP et relève que l'ORP, auquel il avait expliqué ses intentions par rapport à son activité indépendante, a admis qu'aucune suspension des indemnités ne se justifiait à la suite de son renoncement à exercer son activité indépendante et qu'il n'avait à aucun moment voulu profiter de l'assurance chômage. b) Les art. 71a et ss LACI ainsi que les art. 95a et ss OACI, concernant l'encouragement d'une activité indépendante, ont pour but de soutenir les chômeurs qui désirent adopter un tel mode de fonctionnement professionnel (voir message du Conseil fédéral à l'appui de la deuxième révision partielle de la loi sur l'assurance-chômage, FF 1994 I, p. 363). L'assurance chômage encourage donc une activité indépendante en accordant aux assurés soit des indemnités journalières durant la phase d'élaboration de leur projet, soit une garantie contre les risques de pertes ou la prise en charge d'une analyse de micro-crédit, soit encore un cumul des deux prestations. La mesure ne doit pas servir à procurer des avantages économiques à l'assuré ni à favoriser des secteurs ou des intérêts particuliers de l'économie. L'objectif primordial est d'aider l'assuré à sortir du chômage ou à ne pas y tomber (SECO, Circulaire relative aux mesures du marché du travail (MMT), janvier 2006, n° K4). Aux termes de l'art. 71a LACI, l'assurance peut soutenir l'assuré qui projette d'entreprendre une activité indépendante durable par le versement de 90 indemnités journalières au plus durant la phase d'élaboration du projet (al. 1). Est réputé phase d'élaboration du projet le laps de temps nécessaire à l'assuré pour planifier et préparer une activité indépendante. Cette phase débute avec l'acceptation de la demande et prend fin lorsque l'assuré a perçu les indemnités spécifiques (art. 95a OACI). Si la prise de l'activité indépendante échoue (après la phase d'élaboration ou plus tard), le délai-cadre pour l'octroi ultérieur d'éventuelles indemnités journalières est étendu à quatre ans (art. 71 d al. 2 première phrase LACI). A l'issue de la phase d'élaboration du projet, mais au plus tard lorsqu'il perçoit la dernière indemnité journalière, l'assuré doit indiquer à l'autorité compétente s'il entreprend ou non une activité indépendante (art. 71d LACI). Lorsqu'il a reçu la dernière indemnité journalière pour soutien à l'activité indépendante et qu'il adopte définitivement cette activité ou qu'il l'exerce déjà, l'assuré sort du chômage et ne reçoit plus

d'autres prestations de l'assurance chômage; l'assuré doit en effet opérer un choix. Cette règle est valable, selon la jurisprudence, même si sa nouvelle activité ne suffit pas à l'occuper complètement ou si le début de celle-ci est reporté dans le temps (SECO, Circulaire relative à l'indemnité de chômage, janvier 2003, n°B35). Il n'aura de nouveau droit éventuellement à des prestations de l'assurance chômage que s'il cesse définitivement son activité indépendante. Les indemnités spécifiques n'ont pas pour but de financer le manque d'occupation de la personne qui commence une activité indépendante : le contraire reviendrait à remplacer les risques liés au manque d'occupation dans sa nouvelle activité par des indemnités de chômage. Or, ceci est totalement étranger à la volonté du législateur d'encourager la prise d'une activité indépendante, ainsi que cela ressort des travaux parlementaires (Beerli, BO 1994 CE 317 et BO 1995 CE 111). C'est dire que le paiement ultérieur d'indemnités de chômage ne peut entrer en ligne de compte que si l'assuré met fin définitivement à son activité indépendante (Boris Rubin, Assurance-chômage, Délémont 2005, p. 153 et 408; TA, arrêt du 2 décembre 1999, PS.99.0081 consid. 3a et références citées; TFA, arrêt du Tribunal administratif fribourgeois du 4 octobre 2001 in RFJ 2001 p. 441 consid. 4b). Le fait que l'assuré ne réalise en règle générale aucun revenu, voire qu'un revenu minime durant ces préparatifs ou immédiatement après la prise de son activité indépendante n'y change rien. En effet, ce n'est ni le rôle de l'assurance-chômage, ni dans sa conception de fournir une aide en capital à la création d'entreprises ou de servir de transition lorsqu'un assuré passe d'une activité salariée à une activité indépendante ou encore de couvrir de quelconques risques d'entreprise. On observera encore que la jurisprudence évoquée ci-dessus adopte une ligne qui converge, dans une certaine mesure tout au moins, avec celle rendue à propos de chômeurs qui entreprennent une activité indépendante durable, mais sans recourir aux indemnités spécifiques. Selon la jurisprudence, est notamment réputé inapte au placement l'assuré qui n'a pas l'intention ou qui n'est pas à même d'exercer une activité salariée, parce qu'il a entrepris - ou envisage d'entreprendre - une activité lucrative indépendante, cela pour autant qu'il ne puisse plus être placé comme salarié ou qu'il ne désire pas ou ne puisse pas offrir à un employeur toute la disponibilité normalement exigible ( ATF 112 V 327 consid. 1a et les références; DTA 1998 no 32 p. 176 consid. 2). Il ne faut toutefois pas perdre de vue le but assigné aux art. 71 a ss LACI qui est de soutenir un projet d'activité viable pendant sa phase d'élaboration. Ainsi, après avoir touché des indemnités de soutien, dans le but précis de devenir indépendant, un assuré qui continue à demander l'indemnité de chômage entre le moment où la dernière indemnité spécifique est versée et le début effectif de son activité n'est pas réputé apte au placement si, durant le temps où il déclare être à disposition du marché du travail, il se consacre encore en grande partie à son projet ou s'il est par trop limité (cf. Rubin, op. cit., p. 153). Dans ce sens, le droit à l'indemnité de chômage ordinaire a notamment été refusé à une assurée qui avait reporté de deux mois le début de son activité indépendante (RFJ 2001, p. 446).

#### **E. 4**

En l'occurrence, le recourant, après avoir reçu ses indemnités spécifiques, a informé l'ORP qu'il renonçait momentanément à l'exercice de son activité indépendante. Il ressort du dossier qu'il a effectué des recherches d'emploi entre le mois d'octobre 2004 et février 2005 mais qu'il a également continué à préparer la mise en place de son activité indépendante. Il s'est d'ailleurs inscrit au registre du commerce le 18 novembre 2004. Il apparaît ainsi, comme l'a retenu à juste titre l'autorité intimée, que l'assuré n'avait pas renoncé définitivement à exercer son activité indépendante après l'octroi des indemnités de soutien. Le fait qu'il ait commencé officiellement son activité le 1<sup>er</sup> mars 2005, après avoir reçu le

versement de son capital LPP, et qu'il se soit inscrit à la caisse AVS à partir de cette date n'est pas déterminant. En effet, si les indemnités de soutien ont pour but de permettre aux assurés de mettre un terme à leur période de chômage, il appartient toutefois au bénéficiaire de planifier et d'optimiser la phase d'élaboration du projet afin de pouvoir commencer son activité après avoir reçu sa dernière indemnité de soutien; lui accorder par la suite des indemnités ordinaires reviendrait à prolonger de manière illégale le maximum de 90 indemnités spécifiques auxquelles il a droit. En outre, le fait que le recourant ait toujours clairement informé l'ORP de ses intentions et que ce dernier ait lui-même annoncé à la caisse de chômage que l'assuré avait renoncé à son projet et qu'aucune suspension d'indemnité n'était justifiée n'a pas d'influence sur le droit à l'indemnité de chômage. Ces faits peuvent cependant être pris en compte dans l'examen de la bonne foi de l'assuré. Par ailleurs, le recourant ne conteste pas le montant de la restitution tel que fixé par la caisse de chômage. Dans la mesure où il n'avait pas renoncé à son projet d'activité indépendante et n'avait ainsi pas droit au versement d'indemnités de chômage ordinaires entre le moment où il a perçu sa dernière indemnité spécifique et où il a réellement commencé son activité indépendante, celle-ci était fondée, conformément à l'art. 25 LPGA, à demander la restitution des indemnités perçues à tort entre le 4 octobre 2004 et 28 février 2005. Le recours doit dès lors être rejeté et la décision attaquée confirmée.

## **E. 5**

On relève toutefois que le recourant invoque également à l'appui de son recours sa bonne foi dans son comportement ainsi que son incapacité à rembourser le montant demandé. Ces moyens ne peuvent pas être examinés dans le cadre de la présente cause. Comme l'a relevé l'autorité intimée dans sa décision, le recourant conserve cependant la possibilité de demander la remise de son obligation de restituer les montants exigés par la caisse. En effet, d'après l'art. 25 al. 1 1<sup>ère</sup> phrase LPGA, les prestations indûment touchées doivent être en principe restituées. L'assuré concerné peut toutefois demander la remise de l'obligation de restituer, lorsque la restitution des prestations allouées indûment, mais reçues de bonne foi, mettrait l'intéressé dans une situation difficile (art. 25 al. 1 2<sup>e</sup> phrase LPGA). Dans la mesure où la demande ne peut être traitée sur le fond que si la décision de restitution est entrée en force, la remise et son étendue font l'objet d'une procédure distincte (art. 4 OPGA; arrêt du Tribunal fédéral du 13 avril 2006, C 169/05, consid. 1.2 et du 25 janvier 2006, C 264/05, consid. 2.1). La demande doit être écrite, motivée et accompagnée des pièces nécessaires et être déposée auprès de l'autorité cantonale compétente au plus tard 30 jours à compter de l'entrée en force de la décision de restitution (art. 4 al. 4 OPGA et 119 al. 3 OACI). Il ne s'agit là toutefois que d'un délai d'ordre, et non de péremption (ATF 132 V 42 consid. 3).

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