



Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

Département fédéral de l'économie,
de la formation et de la recherche DEFR
Secrétariat d'Etat à l'économie SECO



Letter

TCRD

Edition 2016 / 2

Septembre 2016

Sommaire

Position assimilable à celle d'un employeur lors d'une liquidation ordinaire d'entreprise	2
Position assimilable à celle d'un employeur après suspension de la procédure de faillite faute d'actif	5
Congés non payés – conséquences sur la période de cotisation et sur le gain assuré	7
Coordination des alinéas 1, 2 et 3 de l'art. 28 LACI lors de prestations d'une assurance d'indemnités journalières	9
Gain intermédiaire provenant d'une activité indépendante – déductions du revenu brut	11
Renvoi pour décision de la caisse de chômage à l'autorité cantonale	12
Impressum	13

Objectif de l'*audit letter*

La présente lettre d'information vise à vous informer périodiquement, à savoir deux à trois fois par an, des principales conclusions de nos différents travaux de révision, à approfondir des problématiques matérielles et à aborder certaines préoccupations récurrentes.

L'*audit letter* n'a pas valeur de directive et ne donnera donc pas lieu à de nouvelles réglementations, cette tâche étant dévolue au Bulletin LACI. En revanche, elle pourra aborder de nouvelles dispositions légales ou directives figurant dans ce même Bulletin LACI et pour lesquelles nous avons constaté des difficultés d'application dans le cadre de nos activités de révision.

L'objectif de cette lettre est de soutenir les organes d'exécution dans leur travail quotidien et de contribuer ainsi à maintenir la qualité de leur travail, voire à l'améliorer.

Position assimilable à celle d'un employeur lors d'une liquidation ordinaire d'entreprise

Art. 8, 15, 31 al. 3, let. c, LACI; art. 27 LPGGA; art. 739 ss., 826 al. 2 CO, Bulletin LACI IC B25-B29

Question

Dans quels cas de liquidation ordinaire d'une SA ou d'une Sàrl un liquidateur continue-t-il à avoir une position assimilable à celle d'un employeur et dans quel cas en est-il libéré ?

Aucun droit aux indemnités pour le liquidateur lors de la phase de liquidation - principe

L'assuré qui occupait une position assimilable à celle d'un employeur n'a droit à l'IC que s'il a définitivement quitté l'entreprise dans laquelle il occupait la position en cause. Il faut que le caractère définitif de ce départ puisse être démontré à l'aide de critères clairs ne laissant subsister aucun doute.

Les tâches ultimes d'une position assimilable à celle de l'employeur peuvent entre autres survenir lors d'une liquidation ordinaire ou de faillite.

En principe, dans le cadre d'une liquidation ordinaire ou de faillite, la jurisprudence fédérale est stricte dans l'appréciation de la position assimilable à celle de l'employeur lorsque la personne concernée est employée comme liquidateur. Ainsi, le droit à l'indemnité de chômage de cette personne est refusé jusqu'à la clôture de la procédure de liquidation, car une réactivation de l'activité de l'entreprise avant la désinscription effective au registre du commerce n'est pas à exclure. Dans de tels cas, le risque d'abus est à chaque fois présumé. Il en est autrement de la situation du liquidateur lorsque la procédure de faillite est suspendue faute d'actif (cf. article dans le présent *audit letter* sur la suspension de la procédure de faillite faute d'actif).

Droit aux indemnités pour le liquidateur lors de la phase de liquidation, si le risque d'abus est pratiquement exclu - exception

Le Tribunal fédéral a reconnu qu'une suspension de l'indemnité de chômage lors d'une procédure de liquidation ne se justifie pas lorsque, au vue des circonstances concrètes d'un cas précis, l'abus peut être exclu avec un degré de certitude élevé (DTA 1/2015 N° 2). L'abus est exclu lorsqu'il n'y a plus ou pratiquement plus rien à liquider et qu'une réactivation ou qu'une reconstitution de l'entreprise semble hors de question. Dans la pratique, de tels cas font figure d'exception.

Durée problématique de la procédure de liquidation ordinaire

La durée de la procédure ordinaire de liquidation, jusqu'à radiation du registre du commerce dans le cas d'une SA ou d'une Sàrl, s'étend toujours sur plus d'un an (cf. triple appel aux créanciers et art. 745, al. 2, CO). Prendre comme point de départ définitif le moment de la désinscription du registre du commerce peut, étant donné la longue durée de la procédure de liquidation, conduire à perdre son droit aux indemnités de chômage en raison de périodes de cotisation insuffisantes. Ceci est toujours le cas, lorsque la personne assurée n'a pratiquement plus rien à liquider puisqu'elle a mis un terme à l'activité de l'entreprise et ne reçoit par conséquent donc plus de salaire durant la procédure de liquidation.

Obligation des caisses d'informer et de conseiller – le fardeau de la preuve incombe à la personne assurée

Conformément à l'art. 27 de la LPGa, les caisses de chômage sont tenues, dans le respect de leur devoir d'informer, de renseigner la personne assurée sur sa situation juridique (principe et exception).

Il incombe cependant à la personne assurée ayant connaissance de la situation juridique de réfuter l'existence présumé d'un risque d'abus lors de la phase de liquidation. Elle y parvient en prouvant par des circonstances concrètes qu'une réactivation de l'entreprise est pratiquement exclue.

Ainsi, les conditions suivantes doivent être réunies de façon cumulative:

- Petite entreprise détenue par une ou quelques personnes seulement (p. ex. entreprises familiales, SA ou Sàrl exploitée par une seule personne);
- Décision de dissolution de l'assemblée générale (SA) ou de l'assemblée des associés (Sàrl), art. 704, al. 1, ch. 8 et 808b, al. 1, ch. 11, CO);
- Annonce de la liquidation au registre du commerce («entreprise XY en liquidation»);
- Peu ou pratiquement plus rien à liquider (inventaire de l'actif à liquider);
- Reprise de l'activité de l'entreprise exclue (résiliation des contrats de location, de téléphone, d'assurances, désactivation du site Internet, etc.);
- Pas de perception de salaires lors de la phase de liquidation (confirmation écrite du liquidateur).

Si le liquidateur ne parvient pas à prouver que le risque d'abus est inexistant durant la liquidation ordinaire, le droit à l'indemnité de chômage doit être rejeté. Dans tel cas, la caisse doit recommander à la personne assurée de si possible continuer à se verser un salaire soumis à cotisation, afin de disposer de périodes de cotisation suffisantes à la fin de la procédure de liquidation.

Jurisprudence

- 8C_850/2010 du 28 janvier 2011
- 8C_988/2012 du 24 janvier 2013
- DTA 1/2015 N° 2 p. 69 ss. (8C_514/2014)

Position assimilable à celle d'un employeur après suspension de la procédure de faillite faute d'actif

Art. 8, 15, 31, al. 3, let. c, LACI; 230 LP; 159, al. 5, ORC, Bulletin LACI IC B29

Question

Si les actifs du débiteur sont insuffisants pour couvrir au moins les frais de liquidation sommaire, le juge qui a ordonné la faillite prononce la suspension de la faillite faute d'actif, à la demande de l'office. L'entreprise est radiée d'office du registre du commerce trois mois après publication de la suspension de la faillite.

Qu'en est-il de la position assimilable à celle d'un employeur après la suspension de la procédure de faillite faute d'actif et jusqu'à la radiation du registre du commerce ?

Droit aux prestations entre la suspension de la faillite et la radiation du registre du commerce – cas normal

En principe, la position assimilable à celle d'un employeur prend fin avec la faillite de l'entreprise. En général, elle prend aussi fin au moment où la procédure de faillite est suspendue faute d'actif (art. 230 LP). Le fait que l'entreprise ne soit radiée d'office du registre du commerce que trois mois après la publication de la suspension de la faillite n'y change rien, dans la mesure où aucune opposition motivée n'a été présentée (art. 159, al. 5, let. a, ORC).

Comme l'a souligné le Tribunal fédéral dans sa jurisprudence actuelle, en cas de suspension de la faillite faute d'actif, il n'y a généralement plus rien, ou presque plus rien, à liquider. Pendant la courte période qui s'étend jusqu'à la radiation d'office du registre du commerce, il ne peut plus rien arriver de pertinent dans l'entreprise. Il est particulièrement peu probable que l'assuré reprenne une activité dans son entreprise et réalise un revenu. Cette hypothèse vaut même lorsque l'assuré qui occupait jusqu'alors une position assimilable à celle d'un employeur est désigné liquidateur en vertu du droit.

Sauf éléments prouvant le contraire, la caisse peut donc partir du principe que, malgré qu'il soit désigné comme liquidateur, l'assuré n'occupe plus une position assimilable à celle d'un employeur depuis le moment où la procédure de faillite est suspendue faute d'actif et qu'il peut être considéré comme apte à être placé.

Aucun droit aux prestations entre la suspension de la faillite et la radiation du registre du commerce si des éléments montrent une incapacité à être placé

Si la caisse dispose d'éléments probants qui permettent de douter de la capacité de l'assuré à être placé en raison de sa position de liquidateur, elle doit soumettre le cas à l'autorité compétente pour décision.

Le doute se justifie lorsque des valeurs importantes doivent être liquidées, telles que des biens immobiliers ou un grand parc de machines, de même que lorsque l'assuré s'efforce manifestement de maintenir ou de poursuivre l'activité de l'entreprise même après la suspension de la faillite.

Jurisprudence

- C 267/04, consid. 4.3, et 8C_656/2011, consid. 3.4/3.5

Congés non payés – conséquences sur la période de cotisation et sur le gain assuré

Art. 13 et 23, LACI

Principe pour les congés non payés

Lors d'un congé non payé, le rapport de travail entre l'employeur et le travailleur est interrompu pour une période convenue. Pendant cette période, le travailleur n'a pas à proposer ses services et l'employeur ne se constitue pas en demeure. Il n'y a pas de période de cotisation, car aucun salaire n'est dû ou versé, ni aucun travail accompli. La période du congé n'est pas prise en compte dans la période de référence pour le calcul du gain assuré.

Il faut distinguer le cas du travailleur qui a des heures négatives sporadiques déduites du salaire. Dans ce cas, la période de cotisation est continue et prise en compte dans la période de référence, ce qui aura pour incidence de diminuer le montant du gain assuré. Le thème des heures non effectuées et du gain assuré sera abordé dans un audit letter ultérieur.

Congés non payés d'une durée minimale d'un mois civil complet

Si le congé non payé dure au minimum un mois civil complet, cette période ne constitue jamais une période de cotisation et n'est donc pas prise en compte dans la période de référence pour le calcul du gain assuré.

Congés non payés d'une durée inférieure à un mois civil

En cas de congé non payé d'une durée inférieure à un mois, le rapport de travail peut être considéré comme ininterrompu, pour autant que cela soit favorable à la personne assurée. Par conséquent, cette période de congé non payé constitue également une période de cotisation et est prise en compte dans la période de référence pour le calcul du gain assuré. Toutefois, ce montant sera réduit.

Cette règle sera toujours interprétée en faveur de la personne assurée si la durée minimale de cotisation de 12 mois ne peut être atteinte qu'en tenant compte du congé

non payé comme période de cotisation et que les rapports de travail peuvent être considérés comme continus.

Même s'il faut considérer comme ininterrompu un rapport de travail comportant un congé non payé d'une durée inférieure à un mois pour atteindre une période de cotisation de 18 ou 22 mois, il n'est pas établi à l'ouverture du délai-cadre, quelle sera la variante la plus favorable pour la personne assurée. La personne doit faire un choix au moment de la demande d'indemnité, soit un nombre maximum d'indemnités journalières plus élevé combiné avec un gain assuré plus bas, soit l'inverse. Dans le cadre de son devoir d'information, la caisse doit renseigner la personne assurée sur les avantages et les inconvénients des deux variantes.

Congés non payés à la fin du rapport de travail

Lorsque la personne assurée prend un congé non payé d'une durée inférieure à un mois à la fin du rapport de travail, ce dernier n'est pas considéré comme ininterrompu, car il n'y a pas interruption, puis poursuite du contrat de travail. En réalité, ce rapport de travail prend davantage fin d'un commun accord au dernier jour de travail rémunéré. Par conséquent, un congé non payé à la fin du rapport de travail ne constitue jamais de période de cotisation.

Libération à la fin du rapport de travail

En cas de libération de l'obligation de travailler jusqu'à la fin du rapport de travail, la période de cotisation court jusqu'au dernier jour de contrat car le salaire est également versé jusqu'au terme du contrat.

Coordination des alinéas 1, 2 et 3 de l'art. 28 LACI lors de prestations d'une assurance d'indemnités journalières

Art. 15, al. 2 et 28, LACI ; art. 15, al. 3, OACI, Bulletin LACI IC B248 ss., C174 ss.

Coordination de l'art. 28 LACI en cas de maladie sans annonce auprès de l'AI

En cas de maladie, l'assuré a droit à la pleine indemnité journalière de l'AC pendant les 30 premiers jours (al. 1). Cela est aussi valable lorsque la personne assurée a droit simultanément à des prestations de l'assurance-maladie. Ces prestations sont déduites de l'indemnité de chômage (al. 2) pendant les 30 premiers jours. Le compteur des 44 « indemnités journalières en cas de maladie » est débité pendant les 30 premiers jours.

L'al. 4 de l'art. 28 LACI ne s'applique qu'une fois cette période de 30 jours écoulée. Si l'assuré a droit à des prestations d'une assurance d'indemnités journalières, ces dernières ne sont plus déduites de l'indemnité de chômage. Le chômeur a droit à la pleine indemnité journalière s'il est apte au travail à raison de 75 % au moins et à une demi-indemnité s'il l'est à raison de 50 % au moins. Si la personne assurée est apte au travail à raison de moins de 50 %, elle n'a plus droit à l'indemnité de chômage.

Coordination de l'art. 28 LACI avec l'obligation d'avancer les prestations après annonce auprès de l'AI

Pendant l'obligation d'avancer les prestations après annonce auprès de l'AI, la personne assurée est considérée comme apte au placement jusqu'à la décision de l'autre assurance. Tant qu'une incapacité de travail n'est pas prononcée pour une autre raison durant la période de l'obligation d'avancer les prestations, l'art. 28, al. 1, LACI n'a pas lieu d'être appliqué. Du fait de l'obligation d'avancer les prestations, le compteur des 44 « indemnités journalières en cas de maladie » n'est pas débité.

Si une assurance d'indemnités journalières verse des prestations en raison du problème de santé qui a mené à l'obligation d'avancer les prestations, la caisse de chômage applique directement l'al. 4 de l'art. 28 LACI, sans appliquer préalablement les al. 1 et 2.

Le versement d'une prestation au sens de l'al. 1 et la déduction de prestations de l'assurance-maladie selon l'al. 2 conduirait à débiter à tort le « compteur des indemnités journalières en cas de maladie » dans SIPAC.

Au sujet de l'obligation d'avancer les prestations, nous vous renvoyons au chapitre « Limites de l'obligation d'avancer les prestations lors de l'inscription à l'AI » de l'audit letter 2016/1.

Bases légales pour la coordination des prestations des assurances-maladie et des assurances-accidents

La coordination avec l'assurance-maladie ou accidents est régie par l'art. 73 de la loi sur l'assurance-maladie (LAMal) et par l'art. 5 de l'ordonnance sur l'assurance-accidents des personnes au chômage. Ces articles contiennent les dispositions complémentaires à l'art. 28, al. 4, LACI.

Si une assurance d'indemnités journalières ne verse pas, à tort, de prestations, ou verse des prestations non conformes à ce qui est prescrit, la caisse de chômage paie tout de même l'indemnité de chômage selon l'art. 28, al. 4, LACI. Pour soutenir l'assuré, nous recommandons à la caisse de rendre attentive l'assurance d'indemnités journalières à l'étendue des prestations qu'elle doit fournir.

Jurisprudence

- DTA 2004 p. 50 ss., consid. 3

Avis de droit

DTA 2012 p. 217 ss., Die Koordination von Taggeldern der Arbeitslosenversicherung mit Taggeldern anderer Sozialversicherungszweige, Prof. Dr. jur. Ueli Kieser

Gain intermédiaire provenant d'une activité indépendante – déductions du revenu brut

Art. 24, al. 1, LACI ; art. 41a, al. 5, OACI, Bulletin LACI IC C147

Le Tribunal fédéral a récemment examiné dans une procédure de recours en relation avec l'art. 41a, al. 5, OACI, la question de la détermination correcte du revenu à prendre en compte à titre de gain intermédiaire, provenant d'une activité indépendante.

Dans son jugement du 29 janvier 2016, 8C_631/2015 en la cause SECO contre N., il est parvenu à la conclusion que, tant l'art. 41a, al. 5, OACI, que le ch. marg. C147 du Bulletin LACI IC, sont conformes à la loi.

Le jugement souligne que, lors de la détermination du revenu à prendre en compte à titre de gain intermédiaire, outre la déduction forfaitaire de 20%, seuls les frais de matériel et de marchandises cités dans l'art. 41a, al. 5, OACI peuvent être déduits du revenu brut réalisé. Les dépenses supplémentaires justifiées, telles que les coûts de logement et de voyage, ne peuvent pas faire l'objet d'une déduction supplémentaire, étant donné que de telles dépenses sont déjà comprises dans la déduction forfaitaire de 20%.

Jurisprudence

- 8C_631/2015 (DTA 1/2016, n° 2, p. 55 ss.)

Renvoi pour décision de la caisse de chômage à l'autorité cantonale

Art. 81, al. 2, 85, al. 1, let. d et e, 95, al. 3, LACI; 119, al. 1, let. a, OACI
Bulletin LACI IC B274 ss.

Situation

La caisse de chômage peut soumettre un cas à l'autorité cantonale pour décision lorsqu'elle a des doutes si l'assuré a droit à l'indemnité ou si, pour combien de jours et à partir de quel moment, une suspension du droit aux prestations doit être décidée.

L'examen de l'aptitude au placement par l'autorité cantonale est réglé de façon détaillée à l'art. 85, al. 1, let. d, LACI et dans le Bulletin LACI IC, aux points B274 ss., ce qui n'est pas le cas des autres possibilités de renvoi pour décision.

La caisse de chômage...

... peut soumettre le cas à l'autorité cantonale lorsqu'elle a des doutes quant à l'aptitude au placement, mais aussi si les autres conditions du droit à l'indemnité sont remplies.

Avant un éventuel renvoi à l'autorité cantonale, la caisse doit se pencher sur le cas avec minutie. Elle doit relever les faits pertinents et les évaluer de manière détaillée et complète. Si malgré tout un doute persiste quant à savoir si l'assuré ne remplit pas une condition du droit à l'indemnité ou si une suspension du droit aux prestations s'impose, elle peut alors transmettre le cas à l'autorité cantonale pour examen.

L'autorité cantonale...

... rend, dans un délai raisonnable, une décision en constatation concernant les cas qui lui sont soumis.

Est compétente, l'autorité cantonale du lieu où l'assuré se soumet au contrôle.

Les dispositions figurant dans le Bulletin LACI IC aux points B274 ss. concernant l'examen de l'aptitude au placement, s'appliquent par analogie aux autres conditions du droit à l'indemnité.

Impressum

Publication :

Centre de prestations Marché du travail / Assurance-chômage

Secrétariat d'Etat à l'économie

Département fédéral de l'économie de la formation et de la recherche DEFR

Rédaction :

Charles Lauber, secteur Service de révision TCRD

Christoph Kolb, Christoph Thalmann, secteur Service juridique TCJD

Conception et mise en page :

Daniela Schärer, secteur Service de révision TCRD

tc-revisionsdienst@seco.admin.ch