

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Arrêt du 16 juin 2009

Présidence de M. NEU
Juges : M. Dind et Mme Röthenbacher
Greffier : Mme Vuagniaux

Cause pendante entre :

A. _____, à Lausanne, recourante, représentée par Me Charles-Henri de Luze, avocat à Lausanne,

et

CAISSE CANTONALE DE CHÔMAGE, DIVISION TECHNIQUE ET JURIDIQUE, à Lausanne (ci-après : la caisse), intimée.

Art. 29 al. 2 Cst; 25 al. 2 LPGA; 24 aLACI; 41a aOACI

E n f a i t :

A. A._____, née [...] en 1972, a bénéficié de l'ouverture d'un délai-cadre d'indemnisation de l'assurance-chômage du 1^{er} décembre 1995 au 30 novembre 1997. Son gain assuré a été fixé à 3'600 francs.

Par contrat de travail du 1^{er} avril 1996, l'assurée a été engagée par B._____, titulaire de l'entreprise individuelle [...], à Lausanne, dont les actifs et passifs ont été repris par la société [...], à Lausanne, inscrite au registre du commerce le 6 novembre 1996. Gérante de cette dernière société avec signature individuelle depuis le 11 novembre 1996, l'intéressée travaillait en qualité de secrétaire et il était prévu qu'elle perçoive un salaire de 1'000 fr. par mois, à raison d'un taux d'occupation de « 30 % (environ 12 heures par semaine) ».

A la même époque, l'assurée a pris domicile chez B._____, à Renens. Ils se sont mariés en janvier 1998.

Il ressort des formulaires « Attestations de gain intermédiaire » remplis par l'employeur que, d'avril 1996 à février 1998, les salaires ont varié de 150 fr. à 1'000 fr. et que la durée hebdomadaire normale de travail dans l'entreprise était de 42 heures. L'assurée a été occupée à plein temps à partir du 1^{er} mars 1998.

Par décision du 30 septembre 1998 du Service de l'emploi, confirmée par arrêt du 28 février 2005 du Tribunal administratif, le droit au chômage de l'assurée a été nié depuis le 1^{er} avril 1996, au motif notamment que l'employeur n'avait pas été en mesure de justifier l'importante différence résultant du tableau récapitulatif des heures effectuées par le personnel et le surplus de travail réalisé par l'intéressée « à titre bénévole ».

Par décision du 14 octobre 1998, la caisse (à l'époque, la Caisse publique cantonale vaudoise de chômage) a réclamé à l'assurée la

restitution de la somme de 41'231 fr. 20, correspondant aux indemnités touchées à tort du 1^{er} avril 1996 au 30 novembre 1997. L'intéressée s'est opposée à cette décision le 12 novembre 1998.

Par arrêt du 18 juillet 2006, le Tribunal fédéral a annulé la décision du Service de l'emploi du 30 septembre 1998, ainsi que le jugement du Tribunal administratif du 28 février 2005, et renvoyé la cause au service afin qu'il « *détermine le montant des gains intermédiaires réalisés (en partie fictivement) par l'intéressée, correspondant au salaire déclaré à l'assurance-chômage, ainsi qu'à un gain conforme aux usages professionnels et locaux pour une activité supplémentaire à 45 %* » (consid. 4.3.2).

Par décision du 16 avril 2007 intitulée « *DECISION - la présente annule et remplace la décision du 14 octobre 1998* » et appliquant les instructions du Tribunal fédéral, la caisse a informé l'assurée qu'elle devait restituer la somme de 33'949 francs.

Saisie d'une opposition, la caisse a confirmé sa position le 6 décembre 2007 en précisant qu'elle avait pris en compte un revenu horaire de 20 fr. pour un taux d'activité supplémentaire de 45 %. Elle a dressé le tableau récapitulatif suivant :

		Versé	Gain intermédiaire	IC dus	Restitution
1996	avril	1'910.45	2'772.00	632.85	1'277.60
	mai	2'029.90	2'898.00	0.00	2'029.90
	juin	1'671.70	2'520.00	573.15	1'098.55
	juillet	2'029.90	2'898.00	0.00	2'029.90
	août	2'412.00	2'772.00	632.85	1'779.15
	septembre	2'149.30	2'646.00	608.95	1'540.35
	octobre	2'388.10	2'898.00	0.00	2'388.10
	novembre	1'934.35	2'646.00	608.95	1'325.40
	décembre	2'340.35	2'772.00	632.85	1'707.50
1997	janvier	2'364.20	2'898.00	0.00	2'364.20
	février	2'009.55	2'520.00	567.40	1'442.15
	mars	2'068.70	2'646.00	602.85	1'465.85
	avril	2'281.45	2'772.00	626.50	1'654.95
	mai	1'052.10	2'772.00	626.50	425.60
	juin	1'903.15	2'646.00	602.85	1'300.30
	juillet	2'223.40	2'898.00	0.00	2'223.40
	août	2'260.90	2'646.00	566.50	1'694.40

septembre	2'118.15	2'772.00	0.00	2'118.15
octobre	2'199.90	2'898.00	0.00	2'199.90
novembre	1'883.65	2'520.00	0.00	1'883.65
				33'949.00

B. C'est contre cette dernière décision que A._____, par l'intermédiaire de l'avocat Charles-Henri de Luze, à Lausanne, a recouru devant le tribunal de céans par acte du 4 janvier 2008. Elle conclut à titre principal à l'admission du recours, à l'annulation de la décision entreprise et au renvoi de la cause à la caisse pour nouvelle instruction et nouvelle décision, subsidiairement à sa réforme en ce sens qu'elle n'est tenue de rembourser aucun montant, singulièrement pas la somme réclamée de 33'949 francs. A l'appui de moyens en nullité, elle fait valoir que son droit d'être entendu a été violé en ce sens que la caisse n'aurait examiné que la question de la prescription relative de la créance; elle soutient également que les calculs effectués par la caisse sont incompréhensibles, notamment en ce qui concerne les mois de mai et juillet 1996, pour lesquels elle n'a obtenu aucune compensation. A l'appui de moyens en réforme, l'assurée considère que, dès lors que la caisse a annulé la décision du 14 octobre 1998 pour rendre une nouvelle décision, le 16 avril 2007, sa demande de remboursement est formellement intervenue postérieurement à l'échéance des délais de prescription relatif et absolu de l'art. 25 LPGA (loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales, RS 830.1), sans qu'aucune démarche en vue d'interrompre la prescription ait été entreprise.

Par lettre du 1^{er} avril 2008, la caisse a répondu qu'elle avait pris en compte un salaire horaire de 20 fr. correspondant à celui versé pour une secrétaire débutante, que le droit d'être entendu de la recourante n'avait pas été violé dans la mesure où le respect du délai relatif d'une année avait été examiné, qu'elle avait notifié une nouvelle décision de restitution pour se conformer à l'arrêt du Tribunal fédéral du 18 juillet 2006, enfin que l'indemnité compensatoire n'avait pas été versée pour les mois lors desquels le gain intermédiaire réalisé avait été supérieur au gain assuré.

Par réplique du 26 mai 2008, la recourante a persisté à invoquer une violation de son droit d'entendu, d'une part parce que la caisse n'aurait pas pris position s'agissant de la prescription de la créance, d'autre part parce que les décomptes demeuraient incompréhensibles. A ce dernier titre, à son avis, en tenant compte, pour avril 1996, d'une activité exercée à raison de huit heures par jour et convertie à un taux de 75 %, le gain intermédiaire devrait être de 2'400 fr. (20 jours ouvrables x 8 heures x 20 fr. x 0.75), et non de 2'772 francs.

Par duplique du 19 juin 2008, la caisse s'en est remise à justice.

Par lettre du 1^{er} juillet 2008, le juge instructeur a invité la caisse à produire les décomptes initiaux et corrigés afférents à chaque mois litigieux, ainsi que le détail du calcul des gains intermédiaires retenus. Le 7 juillet 2008, la caisse a répondu que, par exemple, pour le mois d'avril 1996, le calcul du gain intermédiaire avait été établi comme suit : 42 heures : 5 x 22 jours ouvrables = 184 h 80 x 75 % = 138 h 60 x 20 fr. = 2'772 francs. Elle a précisé que le salaire horaire avait été arrêté à 20 fr., comme cela ressortait des attestations de gains intermédiaires (1'000 fr. pour 51 h de travail en avril 1996, 1'000 fr. pour 52 h 30 en mai 1996 et 1'000 fr. pour 50 h en juin 1996), et pour tenir compte des usages professionnels et locaux.

Par courrier du 10 juillet 2008, le juge instructeur a invité la caisse à motiver l'absence d'indemnités compensatoires pour les mois de septembre à novembre 1997, alors même que le délai-cadre d'indemnisation était encore ouvert et que le quota d'indemnités journalières n'était pas encore épuisé.

Le 16 juillet 2008, la recourante a tenu les explications de la caisse pour fausses, s'agissant du mois avril 1996, en ce sens que ce mois comptait 20 jours ouvrables, et non 22. Elle s'est en outre interrogée sur le

fait que la caisse avait pris en compte une activité de 42 heures par semaine, alors qu'un travailleur n'en effectue normalement que quarante.

Par lettres des 21 juillet et 14 août 2008, la caisse a exposé que, de septembre à novembre 1997 ainsi que pour certaines périodes antérieures, des indemnités compensatoires n'avaient pas été servies car le gain intermédiaire réalisé était supérieur à 70 % du gain assuré (3'600 fr. x 70 % = 2'520 fr.).

C. Une audience d'instruction a été tenue le 10 novembre 2008, au cours de laquelle la recourante a été formellement rendue attentive à une possible reformatio in pejus de la décision attaquée, ainsi qu'à la faculté qu'elle conservait de retirer son recours. A sa requête, l'intéressée a obtenu un délai de trente jours, prolongé à sa demande, pour se déterminer à ce sujet. Par acte de son conseil du 3 mars 2009, elle s'est bornée à s'en remettre à justice, faisant à nouveau valoir que le droit de réclamer la restitution se trouvait prescrit.

E n d r o i t :

1. Interjeté en temps utile, soit dans le délai légal de trente jours dès la notification de la décision entreprise, le recours est au surplus recevable en la forme (art. 60 al. 1 LPGA).

2. Aux termes de la disposition transitoire de l'art. 117 al. 1 LPA-VD (loi vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative, RSV 173.36), en vigueur dès le 1^{er} janvier 2009, les causes pendantes devant les autorités administratives et de justice administratives à l'entrée en vigueur de dite loi, sont traitées selon cette dernière.

La Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal, qui succède au Tribunal des assurances, est compétente pour statuer (art. 93 al. 1 let. a LPA-VD).

3. La recourante fait valoir une violation de son droit d'être entendu, grief de nature formelle qu'il convient d'examiner d'entrée.

a) Le droit d'être entendu, tel qu'il est garanti à l'art. 29 al. 2 Cst, confère à toute personne le droit d'exiger, en principe, qu'un jugement ou une décision défavorable à sa cause soit motivée. Cette garantie tend à donner à la personne touchée les moyens d'apprécier la portée du prononcé et de le contester efficacement, s'il y a lieu, devant une instance supérieure. Elle tend aussi à éviter que l'autorité ne se laisse guider par des considérations subjectives ou dépourvues de pertinence; elle contribue, par là, à prévenir une décision arbitraire. L'objet et la précision des indications à fournir dépend de la nature de l'affaire et des circonstances particulières du cas; néanmoins, en règle générale, il suffit que l'autorité mentionne au moins brièvement les motifs qui l'ont guidée. L'autorité n'est pas tenue de discuter de manière détaillée tous les arguments soulevés par les parties; elle n'est pas davantage astreinte à statuer séparément sur chacune des conclusions qui lui sont présentées. Elle peut se limiter à l'examen des questions décisives pour l'issue du litige; il suffit que le justiciable puisse apprécier correctement la portée de la décision et l'attaquer à bon escient (ATF 1P.306/2006 du 11 octobre 2006, consid. 2.1 et les références).

Le droit d'être entendu étant de nature formelle, sa violation doit en principe entraîner l'annulation de la décision attaquée, indépendamment des chances de succès du recourant sur le fond. En d'autres termes, il importe peu de savoir si cela peut conduire l'autorité, dont la décision est contestée, à modifier sa décision ou non (ATF 126 V 130 consid. 2b, 125 V 118 consid. 3 et les références).

La jurisprudence admet toutefois une exception au principe de la nature formelle du droit d'être entendu. Un manquement à ce droit peut être réparé lorsque la partie lésée a eu l'occasion de s'exprimer devant l'autorité de recours, à condition toutefois que cette dernière dispose du même pouvoir de cognition que l'autorité inférieure, et pour autant qu'il n'en résulte aucun préjudice pour la partie lésée; cette façon de faire, qui

doit demeurer exceptionnelle, est exclue lorsque la violation comprend une atteinte grave aux droits des parties (ATF 126 I 68 consid. 2, 125 I 209 consid. 9a, 107 la 1).

b) En l'espèce, la recourante reproche à l'autorité intimée d'avoir examiné la question de la prescription, respectivement celle de la péremption de la créance en restitution sous le seul angle du délai relatif d'une année prévu à l'art. 25 LPGA, omettant l'examen de la question du délai absolu de cinq ans. Elle en déduit que, pour défaut de motivation suffisante, lequel constitue une violation du droit d'être entendu, il se justifie déjà d'annuler la décision.

Cette argumentation ne peut être suivie. Outre que l'autorité intimée a formellement réfuté le fait que la créance puisse être périmée, cela en se rapportant à la jurisprudence du Tribunal fédéral (page 2, paragraphe 3 de la décision attaquée), cette question, à nouveau soulevée devant l'autorité judiciaire de recours, a été examinée d'office par celle-ci, avec un plein pouvoir d'examen et après que l'intéressée ait pu faire valoir ses arguments. Ainsi, le vice invoqué se trouve-t-il corrigé en instance de recours, conformément à la jurisprudence rappelée ci-dessus. Ce premier moyen doit être en conséquence écarté.

4. Subsiste la question du bien-fondé de l'argument de la recourante tendant au constat de la prescription du droit de réclamer la restitution de prestations indues. A cet égard, elle observe que l'intimée a eu connaissance des faits fondant l'obligation de restituer en 1998 déjà, cela pour les prestations qui ont été servies en 1996 et 1997. Elle estime que, dans la mesure où l'autorité a annulé sa demande de remboursement du 14 octobre 1998 pour lui substituer une nouvelle demande de restitution par décision formelle du 16 avril 2007, la caisse a statué postérieurement à l'échéance des délais relatif et absolu de l'art. 25 LPGA.

a) Selon l'art. 25 al. 2 LPGA – disposition de même teneur que l'art. 95 al. 4, 1^{ère} phrase LACI (loi fédérale du 25 juin 1982 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité, RS

837.0), en vigueur jusqu'au 31 décembre 2002 et auquel il s'est substitué -, 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. Dans une jurisprudence constante, le Tribunal fédéral considère que, nonobstant la terminologie légale, il s'agit de délais de péremption qui ne peuvent être ni suspendus ni interrompus. Ce délai 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 peut raisonnablement exiger d'elle. A cet égard, le dommage est réputé suffisamment connu lorsque l'autorité apprend, touchant son existence, sa nature et ses éléments, les circonstances propres à fonder et à motiver une demande de restitution, peu important qu'elle connaisse le montant exact du préjudice. La jurisprudence précise encore que, lorsque s'accomplit l'acte conservatoire que prescrit la loi, le délai se trouve sauvegardé, cela une fois pour toutes (ATF 124 V 380 consid. 1, C_271/04 du 21 mars 2003 consid. 2.5, C_27/2002 du 3 avril 2003 consid. 3.4.).

b) Dans le cas particulier, c'est par décision du 30 septembre 1998 que le Service de l'emploi a constaté les faits fondant l'obligation de restituer, en déniait à l'assurée le droit aux prestations à compter du 1^{er} avril 1996. Le 14 octobre 1998, soit moins d'un mois plus tard, la caisse a rendu, comme objet de sa compétence, une demande de restitution des prestations versées à tort du 1^{er} avril 1996 au 30 novembre 1997, date correspondant à la fin du délai-cadre d'indemnisation. Il n'est pas contestable qu'en agissant ainsi, l'intimée ait statué en temps utile, dans le respect du délai de l'ancien art. 95 al. 4 LACI.

Certes, en avril 2007, l'autorité intimée a rendu une nouvelle décision, annulant par le fait même la demande de remboursement qu'elle avait précédemment formulée. Cette nouvelle décision n'est cependant intervenue qu'au terme d'une procédure de recours, suite au renvoi du Tribunal fédéral. Ainsi, en statuant à nouveau, l'autorité intimée n'a pas constaté pour la première fois ni remis en cause, dans son principe, le bien-fondé de la demande de restitution telle que déjà rendue. Elle s'est

bornée à revoir la quotité de la créance, conformément à l'arrêt rendu le 18 juillet 2008 par le Tribunal fédéral qui lui avait renvoyé la cause à cette fin, pour tenir compte d'une activité supplémentaire exercée à un taux de 45 % et propre à revoir à la hausse, eu égard aux usages professionnels et locaux, les gains intermédiaires qui avaient été initialement pris en compte.

Ainsi, comme rappelé plus haut, le fait qu'une nouvelle décision soit intervenue afin de corriger le montant de la créance en restitution demeure sans incidence, dès lors que la fixation précise du montant du dommage à réparer importe peu dans la problématique du respect du délai de péremption, lequel se rapporte au constat de prestations indûment perçues et au fait d'en réclamer le remboursement. Or, force est de constater que le principe même de la restitution a fait l'objet d'un prononcé rendu en temps utile, dans le mois suivant la décision de déni du droit à l'indemnité. Par la décision rendue le 14 octobre 1998, les deux délais, relatif et absolu, ont donc été sauvegardés, cela une fois pour toutes. Comme le Tribunal fédéral a eu l'occasion de le préciser, on ne saurait en effet admettre que les assurés puissent tirer profit, le cas échéant en usant de procédés dilatoires, du seul écoulement du temps inhérent aux procédures administrative et judiciaire.

Mal fondé, le moyen déduit de la péremption est ainsi écarté.

5. Subsiste la question de la quotité de la créance en restitution, à déterminer au regard des gains intermédiaires réalisés par l'assurée durant la période considérée.

a) Selon l'art. 24 LACI, en vigueur au 1^{er} janvier 1996, est réputé intermédiaire tout gain que le chômeur retire d'une activité salariée ou indépendante durant une période de contrôle (al. 1). L'assuré a droit, dans les limites du délai-cadre applicable à la période d'indemnisation, à une compensation de la perte de gain pour les jours où il réalise un gain intermédiaire. Le taux d'indemnisation est déterminé par l'article 22. Il n'a pas droit à cette compensation lorsque le rapport de

travail est maintenu entre les deux parties, avec ou sans interruption. Le Conseil fédéral peut édicter des prescriptions minimales en ce qui concerne la prise en considération du gain intermédiaire (al. 2). Est réputée perte de gain la différence entre le gain assuré et le gain intermédiaire, ce dernier devant être conforme, pour le travail effectué, aux usages professionnels et locaux. Les gains accessoires ne sont pas pris en considération (al. 3). Le droit au sens du 2^{ème} alinéa est limité aux douze premiers mois d'une telle activité, et à deux ans pour les assurés qui ont des obligations d'entretien envers des enfants ou qui sont âgés de plus de 45 ans (...) (al. 4).

Aux termes de l'art. 41a OACI, en vigueur au 1^{er} janvier 1996, lorsque l'assuré réalise un revenu inférieur 70 pour-cent de son gain assuré, il a droit, dans le cadre de son droit individuel maximum à l'indemnité journalière, aux indemnités compensatoires visées à l'article 24, 4^{ème} alinéa, LACI (al. 1). L'assuré qui aurait droit à l'indemnité journalière visées à l'article 22, 1^{er} alinéa, LACI et qui réalise un gain intermédiaire inférieur à 80 pour-cent de son gain assuré, a droit aux indemnités compensatoires visées à l'article 24, 4^{ème} alinéa, LACI (al. 2). Si l'assuré a épuisé son droit aux indemnités compensatoires visées à l'article 24, 4^{ème} alinéa, LACI, le revenu provenant d'un travail réputé non convenable qu'il réalise pendant une période de contrôle est déduit de l'indemnité de chômage à laquelle il a droit (al. 4). Dans sa teneur à partir du 1^{er} janvier 1997 (RO 1996 3071 spéc. 3076), l'art. 41a OACI dispose que, lorsque l'assuré réalise un revenu inférieur à son indemnité de chômage, il a droit à des indemnités compensatoires pendant le délai-cadre d'indemnisation (al. 1); lorsque le droit aux indemnités compensatoires conformément à l'article 24, 4^{ème} alinéa, LACI est épuisé, un revenu correspondant à 70 pour-cent ou plus du gain assuré est réputé convenable (al. 2).

b) En l'espèce, le calcul du gain intermédiaire de la recourante durant la période litigieuse s'effectue selon les éléments suivants. Tout d'abord, conformément aux usages professionnels et locaux, ainsi que selon les attestations de gain intermédiaire versées au dossier (par

exemple, 1'000 fr. pour 51 h de travail en avril 1996; 1'000 fr. pour 52 h 30 en mai 1996 et 1'000 fr. pour 50 h en juin 1996), le gain horaire peut être fixé à 20 francs. Quant au taux d'activité, il peut être arrêté à 75 %, soit 30 % selon premières déclarations de la recourante, auquel s'ajoute 45 % d'activité « fictive », comme retenu par le Tribunal fédéral. Ensuite, si l'on se rapporte aux déclarations de l'employeur (cf. attestations de gain intermédiaire d'avril 1997 à février 1998), la durée hebdomadaire normale de travail dans l'entreprise peut être fixée à 42 heures, à raison de 8,4 heures par jour. Enfin, il ne faut pas perdre de vue que l'indemnité de chômage est versée sous forme d'indemnités journalières, servies pour chaque jour ouvrable (ci-après : JO) – soit les jours du lundi au vendredi, même fériés – et que le nombre de JO varie chaque mois. Ainsi, on recense par exemple 22 JO en avril 1996, 23 en mai 1996, 20 en juin 1996, etc. (cf. Circulaire relative à l'indemnité chômage IC 2007, édictée par le Secrétariat d'Etat à l'économie, ch. B 150 et C 68).

Au regard de ce qui précède, les gains intermédiaires à prendre en considération sont arrêtés comme suit :

- pour les mois comptant 20 JO, soit juin 1996, février et novembre 1997:
 $20 \times 8,4 \times 20 \text{ fr.} \times 75 \% = 2'520 \text{ fr.};$
- pour les mois comptant 21 JO, soit septembre et novembre 1996, mars, juin et août 1997 : $21 \times 8,4 \times 20 \text{ fr.} \times 75 \% = 2'646 \text{ fr.};$
- pour les mois comptant 22 JO, soit avril, août et décembre 1996, avril, mai et septembre 1997 : $22 \times 8,4 \times 20 \text{ fr.} \times 75 \% = 2'772 \text{ fr.};$
- pour les mois comptant 23 JO, soit mai, juillet et octobre 1996, janvier, juillet et octobre 1997 : $23 \times 8,4 \times 20 \text{ fr.} \times 75 \% = 2'898 \text{ francs.}$

c) Dans le cas particulier, l'assurée a droit, durant les douze premiers mois du délai-cadre d'indemnisation, à des indemnités compensatoires. Ce système est favorable à l'assuré dès lors que la somme du gain intermédiaire et de l'indemnité compensatoire est toujours plus élevée que l'indemnité normale sans gain intermédiaire, soit celle qui serait versée en cas de chômage total de l'assuré (B. Rubin, Assurance-

chômage, 2^{ème} éd., Schulthess 2006, p. 322). L'indemnité compensatoire correspond à la différence entre le gain assuré déterminant (soit le gain assuré divisé par 21,7 [jours de travail moyens] et multiplié par le nombre de JO du mois en question) et le gain intermédiaire réalisé. Le solde, arrondi à la décimale supérieure de l'indemnité journalière, est divisé par l'indemnité journalière pour obtenir le nombre de jours donnant droit à une indemnité journalière. Par exemple, si l'on se rapporte au décompte du mois de mars 1997, le calcul est le suivant : $(3'600 : 21,7 \times 21 \text{ JO}) - 2'646 \times 77,57 \% : 128,70$ (indemnité journalière) = 656 fr. 35 (solde arrondi à la décimale supérieure), soit 5,1 indemnités journalières. Ainsi, lorsqu'on additionne le gain intermédiaire et l'indemnité compensatoire (2'646 fr. + 656 fr. 35 = 3'302 fr. 35), on constate que ce montant est supérieur à ce que la recourante aurait touché sans réaliser de gain intermédiaire (21 JO x 128.70 = 2'702 fr. 70). Par contre, pour les mois de mai, de juillet et d'octobre 1996, ainsi que pour janvier 1997, il s'avère que la recourante n'avait droit à aucune indemnité compensatoire, le gain intermédiaire réalisé étant supérieur à l'indemnité de chômage à laquelle elle pouvait prétendre. Ainsi, par exemple, pour le mois de mai 1996, le gain intermédiaire de 2'898 fr. excède la somme de 2'820 fr. 96 (= 78.36 % de 3'600 fr. selon le décompte).

Cela étant, pour les assurés qui n'ont pas d'obligation d'entretien envers des enfants ou qui sont âgés de moins de 45 ans - ce qui était le cas de la recourante durant son délai-cadre d'indemnisation -, le droit à l'indemnité compensatoire s'éteint dès le treizième mois d'une activité en gain intermédiaire. L'avantage sous forme d'indemnité compensatoire accordé aux chômeurs réalisant un gain intermédiaire cesse ainsi de manière abrupte. On constate en l'espèce que la recourante avait épuisé son droit aux indemnités compensatoires dès le mois d'avril 1997. Elle avait toutefois droit au paiement de la différence (également appelé paiement à l'écart) entre le gain assuré de 70 % (considéré comme revenu convenable) et le gain intermédiaire réalisé. En d'autres termes, aussi longtemps que le gain intermédiaire demeurait inférieur à 2'520 fr. (= 70 % de 3'600 fr.), l'intéressée avait droit au paiement de la différence. Or, on constate qu'à compter du mois d'avril 1997, tous les nouveaux

gains intermédiaires étaient supérieurs ou égaux au revenu convenable de 2'520 francs. La recourante n'avait donc pas droit aux indemnités telles que retenues par la caisse pour les mois d'avril, mai, juin et août 1997.

Ceci mène au constat, comme cela ressort du tableau récapitulatif ci-dessous, d'une créance en restitution ascendant en réalité à 36'371 fr. 35, et non pas à 33'949 francs.

est abstenue, se bornant à s'en remettre à justice par acte de son conseil du 3 mars 2009.

Il se justifie dès lors de réformer la décision attaquée au détriment de la recourante en ce sens que celle-ci doit être appelée à restituer, au titre des prestations indûment perçues durant la période d'avril 1996 à novembre 1997, la somme de 36'371 fr. 35, et non pas celle de 33'949 fr. telle que retenue par l'intimée.

7. A toutes fins utiles, la recourante est rendue attentive au fait qu'elle conserve le droit de déposer, dans les trente jours dès l'entrée en force du présent arrêt, une demande de remise de l'obligation de restituer le montant dont on lui réclame le remboursement (art. 4 al. 4 OPGA [ordonnance du 11 septembre 2003 sur la partie générale du droit des assurances sociales, RS 830.11]).

8. La procédure étant gratuite (art. 61 let. a LPGA), le présent arrêt est rendu sans frais, sans qu'il se justifie d'allouer des dépens (art. 55 LPA-VD).

**Par ces motifs,
la Cour des assurances sociales
p r o n o n c e :**

- I.** Le recours est rejeté.
- II.** La décision attaquée est réformée au détriment de la recourante A. _____ en ce sens que celle-ci est tenue de restituer la somme de 36'371 fr. 35, montant correspondant aux indemnités de chômage indûment perçues durant la période d'avril 1996 à novembre 1997.
- III.** Il n'est pas perçu de frais judiciaires, ni alloué de dépens.

Le président :

La greffière :

Du

L'arrêt qui précède, dont la rédaction a été approuvée à huis clos, est notifié à :

- Me Charles-Henri de Luze, avocat (pour A. _____)
- Caisse cantonale de chômage, Division technique et juridique
- Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO)

par l'envoi de photocopies.

Le présent arrêt peut faire l'objet d'un recours en matière de droit public devant le Tribunal fédéral au sens des art. 82 ss LTF (loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral ; RS 173.110), cas échéant d'un recours constitutionnel subsidiaire au sens des art. 113 ss LTF. Ces recours doivent être déposés devant le Tribunal fédéral (Schweizerhofquai 6, 6004 Lucerne) dans les trente jours qui suivent la présente notification (art. 100 al. 1 LTF).

La greffière :