

**COUR DES ASSURANCES SOCIALES**

---

---

Arrêt du 28 avril 2009

---

Présidence de     Mme     DI FERRO DEMIERRE  
Juges     :     MmesThalman et Lanz Pleines  
Greffière     :     Mme     Trachsel

\*\*\*\*\*

Cause pendante entre :

**J.\_\_\_\_\_**, à Yverdon-les-Bains, recourant, représenté par Fortuna,  
Compagnie d'Assurance de Protection juridique, à Nyon,

et

Caisse cantonale de chômage (ci-après : la caisse), à Lausanne, intimée.

---

**Art. 24 LACI, 25 LPGA et 29 al. 2 Cst.**

**E n f a i t :**

**A.** J. \_\_\_\_\_, né le 24 mai 1970, a travaillé du 21 août 2000 au 30 novembre 2002 en tant qu'informaticien auprès de la société [...] SA, à Lausanne. Son contrat de travail a été résilié le 17 septembre 2002 à la suite de problèmes de santé dus, selon lui, à ses conditions de travail. Un important litige civil et pénal s'est développé avec son ancien employeur à la suite de cette résiliation. Le 1<sup>er</sup> décembre 2002, l'assuré s'est inscrit en tant que demandeur d'emploi à 100 % et a requis l'allocation d'indemnités de chômage dès cette date. Un délai-cadre d'indemnisation a été ouvert à cette fin par la Caisse cantonale de chômage (ci-après : la caisse) du 2 décembre 2002 au 1<sup>er</sup> décembre 2004. Du 18 octobre 2004 au 18 janvier 2005, il a travaillé pour la société [...] SA et a été désinscrit en tant que demandeur d'emploi.

Au mois d'août 2004, la caisse a appris que l'assuré avait débuté une activité indépendante au sein de [...] Sàrl et était inscrit au Registre du commerce depuis le 24 novembre 2003. Par décision du 1<sup>er</sup> juillet 2005, le SDE, a reconnu l'aptitude au placement de l'assuré et a renvoyé le dossier à la caisse afin que celle-ci détermine le montant du gain intermédiaire, son activité auprès de [...] Sàrl devant être prise en compte comme gain intermédiaire.

**B.** Par décision du 24 octobre 2005, la caisse, tenant compte du fait que l'assuré avait travaillé en tant que chef de projet auprès de son ancien employeur, que son gain mensuel assuré était fixé à 7'500 fr. et qu'il avait été engagé, à plein temps, à partir du 24 novembre 2003, auprès de cette dernière société, a déclaré qu'elle prenait en compte en tant que gain intermédiaire, un salaire hypothétique correspondant aux usages professionnels et locaux de 3'500 fr. pour son activité auprès de celle-ci. Par décision du même jour, la caisse, prenant en compte l'activité intermédiaire précitée, a demandé la restitution des indemnités versées à tort à l'assuré entre le mois de novembre 2003 et le mois de juillet 2004, soit un montant de 27'154 fr. 20.

Par arrêt rendu le 22 mars 2007, le Tribunal administratif (ci-après : TA) a admis partiellement le recours de l'assuré, en ce sens qu'il confirme la prise en compte d'un gain intermédiaire de 3'500 fr. dès le 24 novembre 2003, mais qu'il constate qu'un montant en gain intermédiaire de 10'000 fr. ne peut pas être retenu pour le mois de décembre 2003 et que la caisse doit donc recalculer le montant de la restitution. Il ressort des considérants du TA notamment ce qui suit :

- « par une seconde décision du 24 octobre 2005, « la caisse a demandé à l'assuré la restitution de la somme de 27'154 fr. 20 correspondant aux indemnités perçues à tort du 1<sup>er</sup> novembre 2003 au 31 juillet 2004, en tenant compte de l'activité en gain intermédiaire précitée. La réalisation d'un gain intermédiaire fictif de 3'500 fr. dès le 24 novembre 2003 étant établie, au degré de vraisemblance prépondérante, la caisse était en droit de demander la restitution, au sens de l'art. 25 LPGa (loi fédérale de 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales ; RS 830.1), des indemnités versées à tort au recourant entre le mois de novembre 2003 et le mois de juillet 2004.

S'agissant du montant de la restitution, le recourant fait valoir que la caisse ne pouvait prendre en compte la réalisation d'un gain intermédiaire durant les mois où il suivait une formation à plein temps auprès de l'Institut [...], dont les cours se déroulaient les lundis, mardis et jeudis à raison d'environ 6 h 30 par jour. Cependant, en l'absence de collaboration de l'assuré qui persiste à soutenir qu'il n'exerçait aucune activité pour la société [...] Sàrl, la caisse est dans l'impossibilité de contrôler l'activité réelle du recourant et ignore notamment ses horaires de travail et le temps consacré à cette activité. La caisse pouvait donc admettre que le recourant exerçait son activité indépendante également pendant les mois de décembre 2003 à avril 2004, un gain intermédiaire hypothétique de 3'500 francs pouvant être pris en compte également durant cette période. Les arguments du recourant doivent ainsi également être rejetés sur ce point. Il ressort également dudit arrêt que le recourant s'oppose également à ce qu'un montant de 10'000 francs soit retenu, selon les décomptes de la caisse, à titre de gain intermédiaire pour le mois de décembre 2003. Selon les explications de la caisse de chômage, ce montant a été fixé sur la base d'un document faisant état d'un ordre d'achat pour dix licences relatives à un système informatique conclu entre [...] aux Etats-Unis et [...] Sàrl et l'assuré, pour un montant total de 50'000 USD. Il ressort toutefois du dossier que le document sur lequel s'est basé la caisse est une lettre émanant du président de la société [...] adressée à l'ancien employeur du recourant. Or, comme le relève à juste titre le recourant, cette pièce ne constitue pas un élément probant suffisant au vu du caractère de celle-ci et des circonstances particulières du cas d'espèce. Un montant en gain intermédiaire de 10'000 francs ne peut ainsi être retenu pour le mois de décembre 2003 et la caisse doit ainsi corriger son décompte sur ce point et recalculer le montant de la restitution pour les

*indemnités perçues à tort par l'assuré durant les mois de novembre 2003 à juillet 2004. Le recours doit dès lors être admis sur ce point."*

**C.** Par décision du 25 avril 2007, notifiée au conseil de l'assuré en date du 21 mai 2007, annulant et remplaçant la décision sur opposition du 16 mars 2006, qui confirmait alors sa première décision, la caisse demande la restitution de la somme de 23'921 fr. 20, versée à tort, ceci en application des art. 94 et 95 al. 1 LACI (loi fédérale du 25 juin 1982 sur l'assurance chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité ; RS 837.0), ainsi que de l'art. 25 LPGA. La caisse précise que cette décision fait suite à l'arrêt du TA du 22 mars 2007.

Par courrier du 25 mai 2007, l'assuré a demandé le détail du calcul du montant dont la caisse demande restitution et a relevé que les indemnités de chômage pour les mois d'août à octobre 2004 lui demeuraient dues suite à la décision d'aptitude au placement. Il sollicitait dès lors un nouveau calcul et une compensation.

Par courrier du 31 mai 2007, la caisse a précisé que, suite à l'arrêt du TA du 22 mars précédent, elle a rectifié la période d'indemnisation du mois de décembre 2003 en tenant compte d'un revenu intermédiaire mensuel fixé à 3'500 fr. (en lieu et place de 10'000 fr.), ce qui a entraîné un montant compensatoire de 3'233 fr. en faveur de l'assuré. Dès lors, une décision rectificative annulant celle du 16 mars 2006 a été établie le 25 avril 2007, le montant réclamé à l'assuré ne s'élevant plus qu'à 23'921 fr. 20 (27'154 fr. 20 ./ 3'233 fr.). Par ailleurs, elle a indiqué indemniser le jour même la période courant du 1<sup>er</sup> août 2004 au 17 octobre 2004, une reprise d'activité ayant eu lieu le 18 octobre 2004 auprès de [...] SA, en tenant toujours compte du revenu intermédiaire fixé mensuellement à 3'500 francs. Un montant total de 7'388 fr. 20 a donc été versé sur le compte du Centre social régional (CSR) d'Yverdon-Grandson, au vu de la cession signée le 7 septembre 2004 par l'assuré.

Par acte du 7 juin 2007, l'assuré s'est, par le biais de son mandant, opposé à la décision de la caisse. Il demande des informations

détaillées sur le calcul de cette dernière, un décompte précis des montants qui lui sont dus et un décompte pour les mois litigieux, soit le mois de décembre 2003, et les mois d'août, septembre et octobre 2004. Finalement, l'assuré estime que le gain assuré n'a pas été fixé de manière correcte, la caisse n'ayant pas tenu compte d'un treizième salaire.

Par décision sur opposition du 29 novembre 2007, la caisse s'est référée à sa précédente décision, rappelant avoir fait application de l'arrêt du TA précité, rendu le 22 mars 2007, et que, partant, le montant exigé était correct. Elle constate, au demeurant, que le contrat de travail chez [...] SA, son dernier employeur, ne prévoyait pas de versement du treizième salaire, la revendication de l'assuré n'étant ainsi pas fondée.

**D.** L'assuré, représenté par son mandataire, a recouru le 21 janvier 2008, concluant en substance à l'annulation de la décision de la caisse du 25 avril 2007 le condamnant à restituer un montant de 23'921.20 francs. Il demande à ce que la caisse établisse des décomptes pour le mois de décembre 2003, et les mois d'août, septembre et octobre 2004 et qu'il soit constaté que les indemnités de chômage dues pour les mois d'août à octobre 2004 soient compensées avec le montant dont restitution est réclamée. Il fait valoir que la décision de restitution et la décision sur opposition, qui ne fait que la confirmer, ne sont pas motivées, qu'elles ne lui permettent pas d'exercer valablement son droit d'être entendu et qu'à ce titre, la décision sur opposition doit être annulée et des décomptes précis doivent lui être adressés pour qu'il se détermine. En outre, le recourant ne comprend notamment pas comment le montant de 7'388.20 fr. a été fixé, dès lors qu'aucun décompte ne lui a été remis. Par ailleurs et en tout état de cause, il soutient qu'en application de l'art. 94 LACI, il y a lieu de faire une compensation entre les montants qui lui demeurent dus par l'assurance-chômage pour les mois d'août à octobre 2004, avec le montant dont on lui réclame restitution. Enfin, il relève que son gain n'a pas été déterminé de manière exacte comme le prouvent les certificats de salaire pour les années 2001 et 2002.

La caisse, comme le SDE se sont déterminés, respectivement les 13 février et 7 mars 2008, maintenant leurs positions ; l'assuré, quant à lui, a renoncé à répliquer.

La caisse a produit tous les décomptes notifiés au recourant à partir du 3 décembre 2003.

### **E n d r o i t :**

**1. a)** La loi cantonale vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative (LPA-VD ; RSV 173.36) entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2009 et qui s'applique aux recours et contestations par voie d'action dans le domaine des assurances sociales (art. 2 al. 1 let. a LPA-VD) est immédiatement applicable dans la présente cause (art. 117 al. 1 LPA-VD). La Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal, qui succède au Tribunal des assurances, est compétente pour statuer (art. 93 al. 1 litt. a LPA-VD).

**b)** Le recours, interjeté le 21 janvier 2008, dans le délai légal de trente jours dès la notification de la décision attaquée datée du 29 novembre 2007 mais notifiée le 7 décembre suivant, est recevable en la forme (art. 60 LPGA), laquelle loi est applicable en vertu de l'art. 1 al. 1 LACI et compte tenu des fériés de fin d'année (art. 38 al. 4 let. c LPGA).

**2. a)** A teneur de l'art. 95 al. 1 LACI, la demande de restitution est régie par l'art. 25 LPGA. Selon l'art. 25 al. 1 LPGA (première phase), les prestations indûment touchées doivent être restituées. Cette disposition est issue de la réglementation et de la jurisprudence antérieure à l'entrée en vigueur de la LPGA (ATF 130 V 319, consid. 5.2 et les références). Selon cette jurisprudence, 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 (arrêt TFA C 11/05 non publié du 16 août 2005). 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. 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 preuves susceptibles de conduire à une appréciation juridique différente (arrêt C 11/05 du 16 août 2005, précité).

En l'occurrence, le principe de restitution n'est pas contesté par le recourant. Son opposition porte sur le montant à restituer.

**b)** La réglementation sur la compensation de la différence entre le gain assuré et un gain intermédiaire (art. 24 LACI) est une norme de calcul des indemnités de chômage au sens des art. 8 ss LACI (ATF 121 V 339 consid. 2b et 2c). Pour la détermination du gain intermédiaire, comme pour le calcul du gain assuré, on applique en règle ordinaire le principe selon lequel un revenu est réputé avoir été réalisé au moment où l'assuré a fourni la prestation de travail rémunératoire (ATF 122 V 371 consid. 5b ; DTA 2003 n° 24 p. 246 consid. 2). Aux termes de l'art. 24 al. 1 LACI, est réputé intermédiaire tout gain que le chômeur retire d'une activité salariée ou indépendante durant une période de contrôle. L'assuré qui perçoit un gain intermédiaire a droit à la compensation de la perte de gain. En vertu de l'art. 24 al. 3 LACI, 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 (art. 23 al. 3 LACI).

Selon l'art. 41a al. 1 OACI (Ordonnance du 31 août 1983 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité ; RS 837.02), lorsque l'assuré réalise un revenu inférieur à l'indemnité de

chômage à laquelle il peut prétendre, il a droit à des indemnités compensatoires pendant le délai-cadre d'indemnisation.

**3.** En l'espèce, le recourant reproche en premier lieu à la caisse de ne pas avoir pu exercer valablement son droit d'être entendu, la décision de restitution et la décision sur opposition n'étant selon lui pas motivées.

**a)** Le droit d'être entendu, objet de l'art. 29 al. 2 Cst. (Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, RS 101), également inscrit en matière d'assurances sociales à l'art. 42 LPGA, fait partie des garanties générales de procédure ; s'agissant d'un droit de nature formelle, sa violation a un caractère cassatoire.

Le droit d'être entendu donne en substance aux administrés et aux justiciables, à certaines conditions, la faculté d'être entendus (« rechtliches Gehör ») avant qu'une décision qui les touche ne soit prise. Cette faculté doit leur permettre de donner leur avis sur les différents points de fait ou de droit de nature à influencer la décision ; elle doit donc leur permettre d'exposer leurs thèses et de s'expliquer sur les thèses adverses. Le droit d'être entendu est satisfait lorsque le justiciable ou l'administré a eu l'occasion de s'exprimer oralement ou par écrit sur tous les points déterminants (Aubert, Traité de droit constitutionnel suisse, tome II, Neuchâtel 1967, ch. 1808).

La Constitution du 18 avril 1999 n'a pas apporté d'innovations matérielles concernant le droit d'être entendu, de sorte que la jurisprudence rendue sous l'empire de l'art. 4 de l'ancienne Cst. demeure applicable (ATF I 392/03 du 25 août 2003, consid. 2 ; VSI 2001 p. 114). Le droit d'être entendu comprend le droit pour le justiciable de s'expliquer avant qu'une décision ne soit prise à son détriment, le droit de fournir des preuves quand aux faits de nature à influencer sur le sort de la décision, le droit d'avoir accès au dossier, le droit de participer à l'administration des preuves et celui d'en prendre connaissance et de se déterminer à leur

propos (ATF 132 V 368, consid. 3.1 ; ATF I 507/03 du 15 janvier 2004, consid. 2.2 et les références).

**b)** En l'espèce, la décision de la caisse du 25 avril 2007 fait application d'un arrêt du TA rendu le 22 mars 2007, confirmant la prise en compte d'un montant de 3'500 fr. comme gain intermédiaire, dès le mois de novembre 2003, et, constatant qu'il n'y avait pas lieu de tenir compte de la somme de 10'000 fr. au mois de décembre 2003. C'est donc à juste titre que la caisse a procédé à la correction de ce dernier élément ; l'explication fournie dans son courrier du 31 mai 2007 en ce qui concerne le calcul, ainsi que le décompte du mois de décembre 2003, corrigé en date du 27 avril 2007, étant suffisants, il convient de s'y référer. Le montant de 23'921 fr. 20 réclamé dans la décision du 25 avril 2007 est correct et peut être confirmé.

En effet, la manière dont la caisse a calculé les indemnités compensatoires est conforme au chiffre C135 IC (circulaire du Secrétariat d'Etat à l'économie [SECO] relative à l'indemnité de chômage [éd. janvier 2007]). Cette circulaire est publiée et est conforme à la jurisprudence (DTA 1995, n° 17, p. 98ss ; arrêts du TA, PS.2000.066 et PS.2001.0029). L'indemnité compensatoire pour le mois de décembre 2003 se calcule comme il suit:

*« L'assuré touche une indemnité compensatoire se montant à 80% de la perte de gain selon le taux d'indemnisation auquel il a droit. Gain assuré de 7'500 francs; mois de 23 jours indemnifiables; taux d'indemnisation de 80%; gain intermédiaire de 3'500 francs.*

*Gain assuré* fr. 7'500.-

*Gain déterminant* fr. 7'949.30.- (fr. 7'500 : 21,7 x 23)

*Gain intermédiaire* fr. 3'500.-

*Perte de gain* fr. 4'449.30.-

*Indemnité compensatoire (fr. 4'449.30 x 80%) = fr. 3'559.45.-»*

*3'559.45 / 276.50 (indemnité journalière) = 12.87, arrondi à 12.9*

Des décomptes clairs ont été établis et communiqués au recourant pour chaque mois litigieux. On y lit que le gain intermédiaire brut est de 3'500 francs. Même sans prendre connaissance des directives

du SECO et en appliquant une règle de trois, le calcul de la caisse reste compréhensible :  $7'500 \text{ fr.} = 21.7$  donc  $3'500 \text{ fr.} = 10.12$  jours de travail. Ainsi, pour le mois de décembre 2003, il faut tenir compte de 23 jours de travail moins 10.12 jours de gain intermédiaire = 12.88 jours de travail (arrondi à 12.9).

**c)** Force est ainsi d'admettre que les décomptes de la caisse étaient suffisamment complets et détaillés pour permettre au recourant de se déterminer, de sorte qu'il n'y a pas de violation du droit d'être entendu.

**4.** Le recourant fait valoir en outre que son gain assuré n'a pas été fixé de manière correcte, la caisse n'ayant pas tenu compte du treizième salaire versé par [...] SA et du salaire variable.

En l'espèce, le contrat de travail ne prévoyait pas le versement d'un treizième salaire. Par ailleurs, la dernière fiche de salaire de l'assuré, soit celle du mois de novembre 2002, ne fait aucune mention du versement d'un treizième salaire. Finalement, l'employeur n'a pas coché la case « treizième mois de salaire » sur l'attestation de l'employeur et seul un bonus de 1'000 fr. pour l'année 2001 a été versé. Ce bonus n'a donc pas été pris en compte par la caisse dans le calcul du gain assuré puisqu'il ne se rapporte pas à l'année 2002. Le moyen du recourant se révèle ainsi mal fondé.

**5.** Finalement, le recourant demande des explications concernant le versement des indemnités du mois d'août à octobre 2004 (reprise d'une activité auprès de [...] SA).

Il ressort des décomptes de la caisse pour les mois mentionnés que celle-ci a tenu compte d'un revenu de 3'500 fr. admis par le TA pour fixer le montant des indemnités de chômage dû à l'assuré. Vérifié d'office, le calcul de la caisse est correct :  $2'980 \text{ fr. } 75$  [août 2004] +  $2'980 \text{ fr. } 75$  [septembre 2004] +  $1'426 \text{ fr. } 70$  [octobre 2004] =  $7'388 \text{ fr. } 20$ . Ce dernier montant a été versé sur le compte du CSR Yverdon-Grandson en raison de

la cession signée par le recourant. Il ne peut donc être compensé avec le montant dont restitution est réclamée.

**6.** Au vu de ces éléments, le recours, mal fondé, doit être rejeté, ce qui entraîne le maintien de la décision attaquée.

Il n'y a pas lieu de percevoir de frais de justice (art. 61 let. a LPGA). En outre, le recourant qui succombe, comme en l'espèce, n'a pas droit à des dépens (art. 61 let. g LPGA ; art. 55 al. 1 LPA-VD).

**Par ces motifs,  
la Cour des assurances sociales  
prononce :**

- I.** Le recours est rejeté.
- II.** La décision attaquée est confirmée.
- III.** Il n'y a pas lieu de percevoir de frais de justice, ni d'allouer des dépens.

La présidente :

La greffière :

**Du**

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

- Fortuna, Protection juridique, à Lausanne (pour J. \_\_\_\_\_) ;
- Caisse cantonale de chômage, à Lausanne ;
- SECO, à Berne ;

et communiqué au :

- Service de l'emploi, à Lausanne ;

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 :