

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Arrêt du 6 avril 2010

Présidence de M. ZIMMERMANN, juge unique
Greffier : Mme Matile

Cause pendante entre :

K. _____, à Ecublens, recourant,

et

X. _____, à Lausanne, intimée.

Art. 24 LACI et 30 al. 1 let. e LACI; 25 LPGA et 53 LPGA

E n f a i t :

A. La X. _____ (ci-après: la Caisse) a versé des indemnités de chômage à K. _____ dès le 11 juillet 2008. Dans le formulaire relatif à la demande d'indemnité, du 23 juillet 2008, ainsi que dans le formulaire concernant les «indications de la personne assurée» (IPA) pour les mois de juillet 2008 à janvier 2009, K. _____ a indiqué être disponible pour un emploi à plein temps et n'obtenir aucun revenu d'une activité salariée ou indépendante. La Caisse a versé à l'assuré des indemnités entières du 11 juillet 2008 au 31 janvier 2009. Sur le formulaire IPA pour le mois de février 2009, K. _____ a déclaré un gain de 2'850 fr. reçu le 24 décembre 2008 de la société A. _____ Sàrl. Sur le formulaire IPA pour le mois de mars 2009, il a déclaré avoir reçu d'A. _____ Sàrl, le 2 mars 2009, le paiement de commissions pour un montant de 35'000 fr. Le 13 mars 2009, l'Office régional de placement de l'Ouest lausannois (ci-après: l'ORP) a transmis à la Caisse un courrier d'A. _____ Sàrl, du 23 février 2009, indiquant que K. _____ avait travaillé pour cette société, du 1er février au 31 décembre 2008, en qualité de «représentant commercial rémunéré à la commission»; à ce titre, A. _____ Sàrl lui avait versé le montant de 44'087 fr. 40 brut (soit 37'827 fr. net). Le 16 mars 2009, A. _____ Sàrl a transmis à la Caisse un décompte concernant une commande d'une société U. _____ SA, d'un montant total de 54'833 fr., et pour laquelle A. _____ Sàrl a versé une commission d'un montant net de 35'000 fr., ainsi qu'un décompte concernant une commission d'un montant net de 2'827 fr., relative à une commande de la société T. _____. Invité par la Caisse à se déterminer à ce sujet, K. _____ a expliqué avoir entretenu une «collaboration partielle» avec A. _____ Sàrl, pour laquelle il avait reçu des commissions en janvier et février 2009; il n'avait pas réalisé de revenus entre février et septembre 2008.

B. Le 6 avril 2009, la Caisse a exigé la restitution d'un montant de 20'425 fr. 90 correspondant à des indemnités perçues à tort pour la période allant d'août 2008 à janvier 2009 (décision n°1274-2). Le 16 avril 2009, la Caisse a suspendu le droit de K. _____ à l'indemnité pour 31

jours (décision n°12-80-2). K._____ a formé une opposition contre ces deux décisions, en faisant notamment valoir que les commissions reçues d'A._____ Sàrl correspondaient à un travail antérieur à juillet 2008. Le 6 mai 2009, la Caisse a demandé des explications complémentaires à A._____ Sàrl, laquelle a indiqué, le 15 mai 2009, que l'affaire avec T._____ avait été conclue en juillet 2008 et celle avec U._____ SA en octobre 2008, le montant total net des commissions versées s'élevant à 37'827 fr. Le 25 mai 2009, A._____ Sàrl a indiqué que K._____ avait travaillé pour elle jusqu'au 31 décembre 2008, pour un taux d'occupation d'environ 70%. Le 15 juin 2009, K._____ s'est déterminé à ce sujet, en exposant que la commande de T._____ était datée du 19 juin 2008; quant à l'affaire avec U._____ SA, elle avait été conclue à fin août 2008, sur la base d'une offre du 24 juin 2008; la commande avait été confirmée le 30 septembre 2008. Le travail nécessaire avait été effectué pour l'essentiel «en amont». U._____ SA a fourni à la Caisse, à sa demande, des factures relatives à l'affaire la concernant, mentionnant que les bulletins de commande avaient été établis les 19 et 30 septembre 2008, ainsi que le 30 octobre 2008. Le 15 juillet 2009, K._____ a contesté avoir été employé par A._____ Sàrl à 70%. En annexe à sa prise de position, il a produit des confirmations d'U._____ SA, datées du 2 octobre 2008, mentionnant le 5 septembre 2008 comme date de commande et le 4 novembre 2008 comme date de livraison. Le 10 août 2009, K._____ a indiqué que sa collaboration avec A._____ Sàrl, après la conclusion de l'affaire U._____ SA, s'était prolongée jusqu'au 21 janvier 2009, à un taux d'occupation variant entre 20 et 40%. Le 1er septembre 2009, la Caisse a rendu deux décisions sur opposition. Par la première (portant le n°4-236-2), la Caisse a rejeté l'opposition formée contre la décision du 16 avril 2009 (n°12-80-2) et confirmé la suspension du droit à l'indemnité pour 31 jours. Par la deuxième (portant le n°4-235-2), la Caisse a admis partiellement l'opposition et réformé la décision du 6 avril 2009 (n°1274-2) en réduisant à 10'783 fr. 40 le montant à restituer. A ce propos, la Caisse a considéré que l'activité engagée pour T._____ était antérieure à juillet 2008, de sorte qu'il n'y avait pas à tenir compte des commissions touchées pour cette activité dans la détermination du montant des indemnités. S'agissant de l'affaire U._____ SA, la Caisse a retenu que

celle-ci avait procuré à l'assuré un revenu de 40'793 fr. correspondant à la période allant de février à août 2008, soit sept mois. Le revenu mensuel moyen ainsi généré était de 5'827 fr., montant qui dépassait celui de l'indemnité mensuelle moyenne de 3'810 fr. L'assuré n'avait partant subi aucune perte de gain en juillet et août 2008. Les montants perçus pour cette période, qui représentent un montant total net de 3'386 fr. 85, devaient être restitués. La Caisse a ensuite considéré que les rapports de travail avec A._____ Sàrl avaient perduré jusqu'au 22 janvier 2009, au taux de 40%. Pour ce travail, l'assuré aurait pu prétendre à un salaire analogue à celui qu'il avait reçu durant les six derniers mois de son activité, soit 5'443 fr. par mois. Le gain intermédiaire pour la période allant du 1er septembre 2008 au 21 janvier 2009 devait être fixé à 2'177 fr. Le montant des indemnités perçues en trop pour cette période s'élevait à 7'396 fr. 60.

C. K._____ a recouru le 30 septembre 2009 contre la décision n°4-236-2 du 1er septembre 2009, en concluant implicitement à son annulation. La Caisse propose le rejet du recours.

D. Selon un décompte établi par A._____ Sàrl le 28 octobre 2009, cette société a versé à K._____ une commission d'un montant net de 12'0784 fr. 20, correspondant à une commande passée le 11 décembre 2008 par S._____. Le 9 novembre 2009, K._____ a indiqué que cette affaire avait été conclue pendant la période où il travaillait pour A._____ Sàrl pour le taux variable indiqué dans sa détermination du 10 août 2009.

E. Sur le vu de ces éléments, la Caisse a, le 24 novembre 2009, rendu une nouvelle décision (portant le n°4-241-2) annulant et remplaçant celle (portant le n°4-235-2) du 1^{er} septembre 2009. Elle a admis partiellement l'opposition formée contre la décision n°1274-2 du 6 avril 2009, qu'elle a réformée en fixant à 14'900 fr. 95 le montant des indemnités à restituer. La Caisse a maintenu la décision précédente, s'agissant de l'affaire T._____ et de l'affaire U._____ SA, pour laquelle elle a confirmé que l'assuré devait restituer un montant de 3'386 fr. 85. Pour les mois de novembre et décembre 2008, la Caisse a retenu que

l'assuré avait reçu d'A. _____ Sàrl, à titre de commissions pour l'affaire S. _____, un montant total brut de 14'900 fr., soit 7'450 fr. par mois. Ce montant était supérieur à l'indemnité mensuelle moyenne de 3'810 fr., de sorte qu'un montant total de 6'934 fr. 90 devait être restitué. A raison de cette activité supplémentaire, la Caisse a modifié le calcul du gain intermédiaire réalisé auprès d'A. _____ Sàrl. Il devait être tenu compte du montant de 2'177 fr. pour la période allant du 1er septembre 2008 au 31 octobre 2008 et du 1er janvier au 21 janvier 2009, de sorte que le montant à restituer devait être fixé à 4'579 fr. 20.

F. Le 27 novembre 2009, K. _____ a recouru contre la décision du 24 novembre 2009 (n°4-241-2), dont il demande l'annulation. La Caisse propose le rejet du recours.

G. La cause a été reprise par le nouveau juge instructeur le 22 mars 2010, ce dont les parties ont été informées par courrier du 23 mars 2010.

E n d r o i t :

1. Le litige porte sur la suspension du droit à l'indemnité de chômage, selon la décision n°4-26-2 du 30 septembre 2009, ainsi que sur la restitution du montant de 14'900 fr. 95, selon la décision n°4-241-2 du 24 novembre 2009. Eu égard à la durée de la suspension et au montant dont la caisse demande la restitution, la valeur litigieuse est inférieure à 30'000 fr. L'affaire relève dès lors de la compétence du juge unique de la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal (art. 94 al. 1 let. a LPA-VD [loi vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative], RSV 173.36).

2. Dans le domaine des assurances sociales, la procédure est régie par le principe inquisitoire, qui veut que les faits pertinents de la cause soient établis d'office par le juge. Cette règle n'est pas absolue. Sa portée est restreinte par le devoir des parties de collaborer à l'instruction de leur affaire. Cela comporte en partie l'obligation d'apporter, dans la

mesure où cela peut être raisonnablement exigé, les preuves commandées par la nature du litige et des faits invoqués, faute de quoi la partie concernée s'expose à devoir supporter les conséquences de l'absence de preuves (ATF 125 V 195 c. 2, et les arrêts cités; ATF 130 I 183 c. 3.2). S'agissant de la preuve, le juge des assurances sociales fonde sa décision, sauf dispositions contraires de la loi, sur les faits qui, faute d'être établis irréfutablement, apparaissent comme les plus vraisemblables. Il ne suffit pas qu'un fait puisse être considéré comme une hypothèse plausible. Parmi tous les éléments de faits allégués ou envisageables, le juge doit retenir ceux qui lui semblent les plus probables (ATF 126 V 353 c. 5b; 125 V 193 c. 2 et les arrêts cités; cf. ATF 130 III 321 c. 3.2 et 3.3).

3. a) Aux termes de l'art. 53 LPGA (Loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociale; RS 830.1), applicable par renvoi de l'art. 1 LACI (Loi fédérale du 25 juin 1982 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité; RS 837.0), les décisions (y compris celles rendues sur opposition) formellement passées en force sont soumises à révision si l'assuré ou l'assureur découvre subséquemment des faits nouveaux importants ou trouve des nouveaux moyens de preuve qui ne pouvaient être produits auparavant (al. 1); l'assureur peut revenir sur les décisions (y compris celles rendues sur opposition) formellement passées en force lorsqu'elles sont manifestement erronées et que leur rectification revêt une importance notable (al. 2); jusqu'à l'envoi de son préavis à l'autorité de recours, l'assureur peut reconsidérer une décision ou une décision sur opposition contre laquelle un recours a été formé (al. 3). La loi distingue ainsi le cas de la révision (au sens de l'art. 53 al. 1 LPGA), de celui de la reconsidération (ou du réexamen) selon les al. 2 et 3 de cette même disposition: alors que la révision peut résulter de faits ou de moyens de preuve nouveaux, la reconsidération ne concerne que l'erreur résultant de la mauvaise application du droit (ATF 127 V 466 c. 2c; moins catégorique: Ueli Kieser, ASTG-Kommentar, Zurich, 2003, N.18 ad art. 53 LPGA).

b) En l'occurrence, c'est à raison des faits nouveaux, relatifs à la commission versée au recourant par A. _____ Sàrl pour l'affaire

concernant le S._____, dont elle a eu connaissance après le dépôt du recours du 30 septembre 2009, que la Caisse, a, le 24 novembre 2009, rendu une nouvelle décision, annulant celle du 1er septembre 2009 qui concernait la restitution des prestations reçues à tort. Il s'agit donc d'un cas de révision, selon l'art. 53 al. 1 LPGA, et non de reconsidération au sens des al. 2 et 3 LPGA. On pourrait hésiter sur ce point, car la Caisse a rendu sa nouvelle décision pendant la procédure ouverte par le dépôt du recours du 30 septembre 2009. Il convient toutefois de relever, à ce propos, que ce recours n'était formellement dirigé que contre la décision du 1er septembre 2009 relative à la suspension du droit à l'indemnité (n°4-236-2), et non point - quoi qu'étrange que cela puisse paraître - contre la décision du même jour (n°4-235-2) concernant la restitution des prestations. Cette dernière décision était dès lors entrée en force, à la suite de l'écoulement du délai de recours de trente jours, au moment où la Caisse a, le 24 novembre 2009, procédé à une révision, au détriment du recourant. Les droits de celui-ci ont cependant été préservés, puisque le recourant a immédiatement entrepris la nouvelle décision rendue par la Caisse.

4. Il convient d'examiner en premier lieu la décision de restitution (n°4-241-2).

a) Les dispositions de la LPGA s'appliquent au domaine régi par la LACI, à moins que celle-ci n'y déroge expressément (art. 1 al. 1 LACI). Hormis des hypothèses non réalisées en l'espèce, la restitution de prestations fournies par l'assurance-chômage est, selon l'art. 95 al. 1 LACI, gouvernée par l'art. 25 LPGA.

b) Les prestations indûment touchées doivent être restituées, à moins que l'intéressé ne soit de bonne foi et que la restitution le mettrait dans une situation difficile (art. 25 al. 1 LPGA). Ces deux conditions sont cumulatives. L'ignorance par l'assuré du fait qu'il n'avait pas droit aux prestations versées ne suffit pas pour admettre sa bonne foi. Pour que tel soit le cas, le bénéficiaire ne doit avoir agi sans intention malicieuse, ni négligence grave. La remise est exclue lorsque les faits justifiant la

restitution (tels que la violation de l'obligation d'annoncer ou de renseigner) sont imputables à un comportement dolosif ou à une négligence grave; est réservé le cas de la violation légère des devoirs de l'assuré (cf. ATF 112 V 97 c. 2c; CASSO, ACH 142/08 - 44/2010 du 12 mars 2010, c. 4; TA PS. 2003.0119 du 11 août 2005, c. 3). N'est en principe pas de bonne foi celui qui omet de signaler l'existence d'un emploi lui procurant un gain intermédiaire (arrêts TA PS.2004.0248 du 22 juillet 2005 c. 2a et PS.2004.0072 du 2 septembre 2004, c. 2). Il y a situation difficile, au sens de l'art. 25 al. 1 LPGA, lorsque les dépenses reconnues par la LPC (Loi fédérale du 6 octobre 2006 sur les prestations complémentaires à l'assurance-vieillesse, survivants et invalidité; RS 831.30) et les dépenses supplémentaires sont supérieures aux revenus déterminants selon la LPC (art. 5 al. 1 et 4 OPGA (Ordonnance du 11 septembre 2002 sur la partie générale des assurances sociales; RS 830.11). Le montant déterminant à cet égard est celui où la décision de restitution est exécutoire (art. 5 al. 2 OPGA).

c) La Caisse a exclu que les montants reçus par le recourant comme commissions pour l'affaire T._____ puissent donner lieu à restitution, car le travail fourni en rapport avec cette affaire l'avait été avant la période où le recourant avait touché des indemnités de l'assurance-chômage. Il n'y a pas lieu de revenir sur cette appréciation, confirmée dans la décision attaquée. Le litige se limite dès lors aux rémunérations liées aux affaires U._____ SA et S._____.

d) Sur le formulaire de demande d'indemnités de chômage, du 23 juillet 2008, le recourant a indiqué être disponible pour un emploi à plein temps, ne pas recevoir de revenu provenant d'une activité salariée ou indépendante et ne pas avoir déployé d'autres activités professionnelles, entre février et juillet 2008. Sur les formulaires IPA relatifs aux mois de juillet 2008 à janvier 2009, le recourant a confirmé ces indications. Il n'a évoqué ni son engagement à temps partiel auprès d'A._____ Sàrl, ni la conclusion des affaires U._____ SA et S._____. Ce n'est que dans le formulaire IPA des mois de février et mars 2009 qu'il a annoncé avoir reçu des commissions d'A._____ Sàrl, tout en précisant ne pas être lié avec elle par contrat. Or, la suite de l'instruction conduite

par la Caisse a permis de déterminer que le recourant avait été engagé par A._____ Sàrl, à temps partiel, dès le 1er février 2008, comme représentant payé à la commission. Quel que soit le taux d'occupation effectif de cette activité, le recourant ne pouvait plus prétendre, comme il le fait, avoir toujours été apte au placement à 100%, nonobstant son engagement auprès d'A._____ Sàrl. En outre, cet emploi a, contrairement à ce que prétend le recourant, produit une rémunération, sous la forme des commissions versées pour les affaires U._____ SA et S._____, qui doit être considérée comme un gain intermédiaire au sens de l'art. 24 LACI. Il n'y a rien à redire sur ce point à l'appréciation de la Caisse. Le principe de la restitution doit être confirmé dès lors que, comme en l'espèce, la rémunération obtenue est supérieure à l'indemnité moyenne versée.

e) Le montant de l'indemnité à restituer correspond à la différence entre ce que le recourant a reçu au titre de l'indemnité de chômage, d'une part, et ce à quoi il aurait eu droit s'il avait déclaré le gain intermédiaire. Le recourant ne remet pas en cause sur ce point le calcul détaillé de la Caisse, sur lequel le juge ne voit pas de raison de revenir. Le recourant est renvoyé sur ce point à la décision du 24 novembre 2009 (n°4-241-2), en tant que de besoin. Les conditions de l'art. 25 al. 1 LPGA étant cumulatives, il n'y a pas lieu d'examiner si la décision de restitution mettrait le recourant dans une situation difficile.

5. Il reste à examiner la décision de suspension, selon la décision du 1er septembre 2009 (n°4-236-2).

a) Le droit de l'assuré à l'indemnité est suspendu notamment s'il est établi que celui-ci a donné des indications fausses ou incomplètes (art. 30 al. 1 let. e LACI). L'assuré a sur ce point l'obligation de collaborer à l'établissement des faits déterminants pour la fixation de l'indemnité (ATF 130 V 385 c. 3.1.2). Le cas de suspension, visé à l'art. 30 al. 1 let. e LACI, est réalisé dès l'instant où l'assuré n'a pas rempli le formulaire IPA de manière correcte, complète et conforme à la vérité (TF 8C_658/2009 du 19 janvier 2010, c. 4.4.1 et les références citées; CASSO, ACH 142/08 -

44/2010 du 12 mars 2010, c. 2a). Encore faut-il que l'assuré ait agi intentionnellement, c'est-à-dire avec conscience et volonté (ATF 125 V 193 c. 4b); le dol éventuel suffit (TF 8C_658/2009, précité, c. 4.4.1 et les références citées).

b) Comme on l'a vu, le recourant n'a pas correctement rempli le formulaire IPA pour les mois de juillet 2008 à janvier 2009. Le recourant soutient à ce propos avoir informé régulièrement sa conseillère ORP de ses activités auprès d'A. _____ Sàrl, et du fait qu'il allait percevoir une rémunération pour cela. Cette assertion n'est étayée par aucune preuve. Il n'est en outre pas plausible que la conseillère du recourant ait omis de lui enjoindre de signaler son activité et rémunération à la caisse de chômage. Il convient de retenir, avec la Caisse, que le recourant a démarché des clients pour le compte d'A. _____ Sàrl, avec des intermittences d'activité, et qu'il est parti du principe que dès lors qu'il pouvait s'en défaire rapidement pour reprendre un nouvel emploi, il n'avait pas à signaler cette activité parallèle, ni le produit qu'il en avait retiré. Or, cette conception n'est pas conforme au système légal. Le recourant a dès lors commis une faute.

c) La durée de la suspension est proportionnelle à la faute et ne peut excéder en l'occurrence soixante jours (art. 30 al. 3 LACI). L'autorité dispose à cet égard d'un large pouvoir d'appréciation, et le juge n'intervient qu'en cas d'excès ou d'abus de ce pouvoir (ATF 133 V 593 c. 6; 123 V 150 c. 3b). Aux termes de l'art. 45 al. 2 OACI, la durée de la suspension dans l'exercice du droit à l'indemnité est de un à quinze jours en cas de faute légère (let. a); de seize à trente jours en cas de faute de gravité moyenne (let. b) et de trente et un à soixante jours en cas de faute grave (let. c). En l'occurrence, la caisse a retenu que la faute était grave, mais s'en est tenue au minimum de trente et un jours pour cette catégorie. Il n'y a rien à redire à cette appréciation, compte tenu du montant à restituer (cf. par exemple TF 8C_658/2009 du 19 janvier 2010, dans lequel une suspension de vingt jours a été confirmée pour un montant à restituer de 900 fr.).

6. Le recours doit ainsi être rejeté et les décisions attaquées confirmées. Il est statué sans frais (art. 61 al. 1 let. a LPGA). L'allocation de dépens n'entre pas en ligne de compte (art. 61 al. 1 let. g LPGA).

**Par ces motifs,
le juge unique
prononce :**

I. Le recours est rejeté.

II. Les décisions rendues par la X. _____ les _____^{1er}
septembre 2009 (n°4-236-2) et 24 novembre 2009 (n°4-241-2)
sont confirmées.

III. Il est statué sans frais ni dépens.

Le juge unique :

La greffière :

Du

L'arrêt qui précède est notifié à :

- M. K. _____,
- X. _____,
- Secrétariat d'Etat à l'économie,

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 :