

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Arrêt du 13 octobre 2011

Présidence de Mme PASCHE, juge unique
Greffier : M. Addor

Cause pendante entre :

K. _____, à Romanel-sur-Lausanne, recourant, représenté par Me Flore Primault, avocate à Lausanne,

et

CAISSE CANTONALE DE CHÔMAGE, Division technique et juridique, à Lausanne, intimée.

Art. 25 al. 2 LPG

E n f a i t :

A. K. _____ (ci-après: l'assuré), né en 1950, a travaillé dès le 1^{er} mai 1978 en tant que représentant de commerce au service de l'entreprise D. _____ Sàrl. Le 27 novembre 2006, l'employeur a résilié le contrat de travail de l'assuré pour le 28 février 2007, invoquant une réorganisation du secteur de vente au sein de la société.

Le 11 décembre 2006, l'assuré s'est inscrit comme demandeur d'emploi auprès de l'Office régional de placement (ci-après: l'ORP) d'I. _____, revendiquant l'indemnité de chômage depuis le 1^{er} mars 2007. Il a notamment joint à sa demande une attestation de l'employeur datée du même jour ainsi que 12 décomptes de salaire pour les mois de mars 2006 à février 2007. Un délai-cadre d'indemnisation lui a été ouvert dès le 1^{er} mars 2007.

A la suite d'un contrôle effectué par le Secrétariat d'Etat à l'économie (ci-après: le Seco), la Caisse cantonale de chômage (ci-après: la caisse) a réclamé à l'assuré, par décision du 5 janvier 2010, la restitution d'un montant de 5'471 fr. 85 versé à tort. Elle a notamment considéré ce qui suit:

"Nous vous avons ouvert un délai-cadre d'indemnisation en date du 1^{er} mars 2007. Nous avons calculé votre gain assuré sur la base des 6 derniers mois de cotisation. Toutefois, nous n'avons pas réagi à la lecture du décompte de salaire du mois de novembre 2006 indiquant un revenu nettement plus élevé que les autres mois. Après avoir contacté votre ex-employeur, celui-ci nous a confirmé qu'un montant correspondant aux vacances prises de mai à juillet 2006 avait été versé en novembre 2006 et qu'un rectificatif correspondant à une somme payée en trop pour les mois de juillet à octobre 2006 a été aussi opéré en novembre 2006.

[...]

Dès lors, nous avons recalculé votre gain assuré en ôtant le salaire correspondant aux vacances 2006 versé en novembre 2006 pour ajouter aux périodes adéquates et en répartissant la retenue effectuée en novembre 2006 sur les mois concernés. De ces faits, votre nouveau gain assuré se monte à CHF 7'097.00 et l'indemnité journalière à 70% à CHF 228.95.

Partant de ceci, nous avons refait les décomptes du délai-cadre d'indemnisation pour la période du 1^{er} mars 2007 au 28 février 2009, ce qui donne un montant de CHF 5'471.85 versé à tort."

Le 4 février 2010, l'assuré s'est opposé à cette décision.

Le 30 juin 2010, la caisse a fourni au conseil de l'assuré des précisions quant à la manière dont le montant réclamé avait été calculé. Elle l'a en outre prié de lui indiquer si le montant de 5'471 fr. 85 était toujours contesté, afin qu'une décision sur opposition puisse être rendue dans les meilleurs délais. Le 14 juillet 2010, le conseil de l'assuré a fait savoir à la caisse que, pour l'instant, elle ne se prononçait pas sur la question du montant demandé en remboursement.

Par décision sur opposition du 27 juillet 2010, la caisse a rappelé ce qui suit:

"[...]

La Caisse a demandé la restitution d'un montant de Fr. 5'741.85 [sic] suite à un contrôle de notre autorité de surveillance, à savoir le SECO. Ce dernier a constaté que dans le montant de Fr. 12'523.85 perçu par l'assuré pour le mois de novembre 2006 était comprise une somme de Fr. 3'034.25 versée à titre de vacances. Ce montant ne correspondait cependant pas à la période de novembre 2006. Ledit montant a donc dû être redistribué dans les périodes pendant lesquelles l'assuré avait effectivement pris des vacances. La Caisse a également dû effectuer un correctif de Fr. 246.75 pendant les mois de juillet, août, septembre et octobre 2006. Ledit montant correspond à la différence entre le salaire versé et le salaire effectif. Sur cette base, un nouveau gain assuré a été fixé à Fr. 7'096.75. Compte tenu du nouveau gain assuré, la Caisse a effectué la différence entre le montant versé à l'assuré (sur la base de l'ancien gain assuré) et le montant net dû à l'assuré (sur la base du nouveau gain assuré). Il découle de ce calcul que l'assuré a perçu à tort un montant de Fr. 5'471.85. La Caisse s'est basée sur les téléfax des 26 mai 2009, 29 mai 2009 et 9 juin 2009 envoyés par D. _____ Sàrl, employeur de l'assuré, au SECO. Ces téléfax indiquent notamment qu'un montant de Fr. 246.75 a été perçu en trop par l'assuré durant les mois de juillet, août, septembre et octobre 2006 et que dans le montant de Fr. 12'523.85 figure un montant de Fr. 3'024.25 versé à titre de vacances. En conséquence, il y a lieu de considérer qu'un nouveau délai-cadre devait être calculé et que l'assuré a perçu à tort un montant de Fr. 5'471.85. Il reste cependant à analyser si la Caisse était en droit de demander la restitution du montant précité."

La caisse a considéré que tel était le cas, attendu que le montant réclamé était suffisamment important au regard de la jurisprudence et que son droit de demander la restitution du montant versé à tort n'était de surcroît pas périmé. Elle a en conséquence rejeté l'opposition, confirmant sa décision initiale.

B. Agissant par l'intermédiaire de l'avocate Flore Primault, K._____ a recouru par acte du 3 septembre 2010 contre cette décision concluant, sous suite de frais et dépens, à son annulation et à ce qu'il soit constaté qu'aucune restitution n'est due de sa part à la Caisse cantonale de chômage. Il soutient que ni l'hypothèse d'une révision, ni celle d'une reconsidération ne sont en l'espèce réalisées. La révision ne saurait être retenue puisque la caisse reconnaît expressément qu'elle aurait pu constater que le décompte de salaire du mois de novembre 2006 était beaucoup plus élevé que les autres et aurait dû effectuer une instruction complémentaire. Quant à la reconsidération, celle-ci n'a pas pour but de permettre à l'administration de revenir sur un dossier qu'elle n'a pas traité précédemment avec toute la diligence requise. Elle permet plutôt de revenir sur des inadvertances manifestes, par exemple une erreur de calcul, lorsque la caisse a fait le nécessaire, mais qu'elle n'a pas vu son erreur, tout en respectant son devoir de diligence. S'il en était autrement, le principe de la sécurité du droit s'en verrait compromis, puisqu'il suffirait de relever n'importe quelle erreur due à un manque d'instruction de la part de l'administration pour revenir sur une décision ayant force de chose jugée par la voie de la reconsidération. Or ce n'est pas ce qu'a voulu le législateur. Le recourant soutient enfin que le point de départ du délai prévu à l'art. 25 LPGA se situe au moment où la caisse aurait dû se rendre compte de son erreur en faisant preuve de l'attention requise, soit au moment où les premières décisions ont été rendues, et non le moment où l'administration s'est rendue compte de son erreur, soit en l'espèce le 6 juillet 2009. Il en infère que le délai d'une année prévu à l'art. 25 al. 2, première phrase, LPGA n'est pas respecté.

Dans sa réponse du 30 septembre 2010, la caisse intimée a fait savoir qu'elle n'avait aucune observation complémentaire à formuler.

E n d r o i t :

1. a) Les dispositions de la LPGA (loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales, RS 830.1) s'appliquent à l'assurance-chômage (art. 1 al. 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 sur opposition et celles contre lesquelles la voie de l'opposition n'est pas ouverte sont sujettes à recours (art. 56 al. 1 LPGA) devant le tribunal des assurances compétent (art. 58 LPGA). Le recours doit être déposé dans les trente jours suivant la notification de la décision sujette à recours (art. 60 al. 1 LPGA).

En l'espèce, interjeté dans le respect du délai compte tenu de sa suspension durant les fêtes estivales (art. 38 al. 4 let. b LPGA) et des autres conditions de forme (art. 61 let. b LPGA notamment), le recours est recevable.

b) La Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal est compétente pour statuer (art. 93 al. 1 let. a LPA-VD [loi cantonale vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative, RSV 173.36]). La contestation portant sur un montant inférieur à 30'000 fr., la présente cause relève de la compétence d'un membre de la Cour, statuant en tant que juge unique (art. 94 al. 1 let. a LPA-VD).

2. a) En tant qu'autorité de recours contre des décisions prises par des assureurs sociaux, le juge des assurances sociales ne peut, en principe, entrer en matière – et le recourant présenter ses griefs – que sur les points tranchés par cette décision; de surcroît, dans le cadre de l'objet du litige, le juge ne vérifie pas la validité de la décision attaquée dans son ensemble, mais se borne à examiner les aspects de cette décision que le recourant a critiqués, exception faite lorsque les points non critiqués ont des liens étroits avec la question litigieuse (cf. ATF 131 V 164; 125 V 413 c. 2c; 110 V 48 c. 4a; RCC 1985 p. 53).

b) En l'espèce, est litigieuse la question de savoir si la caisse était fondée à demander au recourant la restitution d'un montant de 5'471 fr. 85. Seule demeure à ce stade contestée la question de la péremption éventuelle du droit de la caisse de demander la restitution. En effet, la quotité du montant réclamé n'est plus discutée devant l'autorité de céans (cf. aussi la lettre de la caisse intimée du 30 juin 2010 au conseil du recourant et la réponse de celui-ci du 14 juillet 2010).

3. a) L'art. 95 LACI renvoie à l'art. 25 LPGA. Selon cette disposition, les prestations indûment touchées doivent être restituées. La restitution ne peut être exigée lorsque l'intéressé était de bonne foi et qu'elle le mettrait dans une situation difficile (art. 25 al. 1 LPGA). 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. Si la créance naît d'un acte punissable pour lequel le droit pénal prévoit un délai de prescription plus long, celui-ci est déterminant (ibid., al. 2). Cette disposition est issue de la réglementation et de la jurisprudence antérieures à l'entrée en vigueur de la LPGA (ATF 130 V 318 c. 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 de l'assurance chômage (cf. ATF 122 V 368 c. 3; 110 V 176 c. 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 - formelle ou non - par laquelle les prestations en cause ont été allouées (sur ces notions v. arrêts du Tribunal administratif vaudois [depuis le 1^{er} janvier 2008: Cour de droit administratif et public du Tribunal cantonal] PS.2002.0076 du 8 septembre 2003 et PS 2002.0106 du 6 décembre 2002 et la jurisprudence citée; notamment à propos de l'art. 95 LACI, Edgar Imhof/Christian Zünd, ATSG und Arbeitslosenversicherung, in RSAS 2003 p. 304 ss; TFA C 11/05 du 16 août 2005 et les références citées).

aa) La reconsidération et la révision sont désormais explicitement réglées à l'art. 53 al. 1 et 2 LPGA. A teneur de cette disposition, les décisions et les décisions 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 ou les décisions sur opposition formellement passées en force lorsqu'elles sont manifestement erronées et que leur rectification revêt une importance notable (al. 2). Cette disposition 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 en force de chose jugée sur laquelle une autorité judiciaire ne s'est pas prononcée quant au fond, à condition qu'elle soit sans nulle doute erronée et que sa rectification revête une importance notable (cf. ATF 126 V 23 c. 4b, p. 23/24). Par le biais de la reconsidération, on corrigera une application initiale erronée du droit, de même qu'une constatation erronée résultant de l'appréciation des faits (ATF 127 V 466 c. 2c, p. 469; 126 V 23 c. 4b, p. 23/24). La rectification revêt une importance notable en fonction du montant des prestations en cause. Il a par exemple été jugé qu'une créance en restitution d'un montant de 706 fr. était suffisamment importante (DTA 2000 n° 40 p. 208). Le Tribunal administratif vaudois a considéré que cette condition était remplie pour un montant de 2'900 fr. (arrêt PS 2004.0200 du 28 janvier 2005). 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 (cf. TFA C 11/05 du 16 août 2005 précité c. 3; ATF 126 V 23 c. 4b et les références citées).

bb) Le droit de demander la restitution de prestations indûment touchées 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 (art. 25 al. 2, 1^{ère} phrase, LPGA). Il s'agit là

d'un délai de péremption (TF 8C_616/2009 du 14 décembre 2009; cf., pour l'ancien droit, ATF 124 V 380 c. 1 p. 382; 122 V 270 c. 5a p. 274; 119 V 431 c. 3a p. 433, et les arrêts cités). Le point de départ du délai n'est pas celui de la commission de son erreur par l'administration, mais celui où elle aurait dû, dans un deuxième temps, s'en rendre compte (par exemple à l'occasion d'un contrôle comptable), en faisant preuve de l'attention requise (ATF 124 V 380 c. 1 p. 383; 122 V 270 c. 5b/aa p. 275; 119 V 431 c. 3a p. 433, et les arrêts cités; arrêt PS.2005.0027 du 20 avril 2005 c. 2). La caisse doit disposer de tous les éléments qui sont décisifs dans le cas concret et dont la connaissance fonde - quant à son principe et à son étendue - la créance en restitution à l'encontre d'une personne déterminée, tenue à restitution (TF 8C_616/2009 du 14 décembre 2009 c. 3.2; 111 V 14 c. 3 p. 17). Le délai de péremption d'une année commence à courir dans tous les cas aussitôt qu'il s'avère que les prestations en question étaient indues (TFA K 70/06 du 30 juillet 2007 c. 5.1). En effet, si l'on plaçait le moment de la connaissance du dommage à la date du versement de l'indu, cela rendrait souvent illusoire la possibilité pour une administration de réclamer le remboursement de prestations versées à tort en cas de faute de sa part (ATF 110 V 304). Dans un litige portant sur la restitution d'indemnités versées en cas de réduction de l'horaire de travail, le Tribunal fédéral des assurances a considéré que l'administration n'était pas obligée de procéder pour chaque entreprise concernée à des contrôles réguliers et systématiques, qui seraient compliqués, voire disproportionnés. On ne saurait dès lors lui reprocher de procéder seulement de manière ponctuelle ou par sondages, que ce soit en cours de période d'indemnisation, ou après coup seulement. Du point de vue de la sauvegarde du délai de péremption d'une année, l'administration n'est pas davantage tenue de vérifier de manière approfondie - au moment du dépôt du préavis ou en cours d'indemnisation - si toutes les conditions du droit à l'indemnité étaient remplies. Par conséquent, il faut considérer que le début du délai coïncide avec le moment où l'administration, par exemple à l'occasion d'un contrôle ou à réception d'informations propres à faire naître des doutes sur le bien-fondé de l'indemnisation, s'aperçoit ou aurait dû s'apercevoir que les indemnités ont été versées à tort, parce qu'une des conditions légales posées à leur octroi faisait défaut (ATF 124 V

380 c. 2c p. 384/385). Ainsi, dans plusieurs arrêts, où une erreur de la caisse avait été découverte par le Seco, le Tribunal administratif vaudois a considéré que le point de départ du délai de péremption commençait à courir le jour où la caisse avait été informée par le Seco de son rapport de révision (arrêts PS.2007.0191 du 31 mars 2008; PS.2006.0013 du 2 juin 2006; PS.2006.0044 du 7 décembre 2006 confirmé par TFA C 15/07 du 14 mars 2007).

cc) Le destinataire d'une décision de restitution qui entend la contester dispose en réalité de deux moyens qu'il convient de distinguer de façon claire: s'il prétend qu'il avait droit aux prestations en question, il doit s'opposer à la décision de restitution dans un délai de trente jours; en revanche, s'il admet avoir perçu indûment les prestations, mais qu'il invoque sa bonne foi et les difficultés économiques qu'il rencontrerait en cas d'un remboursement, il doit présenter une demande de remise (cf. Rubin, Assurance-chômage, 2^e éd., 2006, p. 719). Dans la mesure où cette requête ne peut être traitée sur le fond que si la demande de restitution est entrée en force, la remise et son étendue font donc l'objet d'une procédure distincte (cf. art. 4 al. 2 OPGA [ordonnance fédérale du 11 septembre 2002 sur la partie générale du droit des assurances sociales, RS 830.11]).

b) En l'espèce, il n'est pas contesté que la caisse est elle-même responsable du versement de prestations indues, dès lors qu'elle disposait d'emblée du décompte de salaire du mois de novembre 2006, qui indiquait un revenu sensiblement plus élevé que celui versé les autres mois. Pour autant, contrairement à ce que prétend le recourant, le délai de péremption d'une année prévu par l'art. 25 al. 2, première phrase, LPGA, n'a pas commencé à courir dès cette erreur, mais dès que la caisse aurait dû s'en apercevoir en faisant preuve de l'attention requise, conformément à la jurisprudence exposée ci-dessus. Ce moment remonte ainsi au contrôle effectué par le Seco en juillet 2009, de sorte que le droit d'exiger la restitution des prestations indues n'était pas périmé lors de la décision notifiée au recourant le 5 janvier 2010 (cf. TFA C 80/05 du 3 février 2006). Quant à la condition de l'importance notable, elle est, vu la jurisprudence

précitée, également et sans conteste réalisée, eu égard au montant soumis à restitution.

Demeurent en revanche ouvertes la condition de la bonne foi du recourant, de même que celle de sa situation financière, qui devront, le cas échéant, être examinées à l'occasion d'une demande ultérieure de remise de la prestation à restituer au sens des art. 25 al. 1, 2^{ème} phrase, LPGA et 4 OPGA (applicables par renvoi de l'art. 95 LACI).

4. Il découle des considérants qui précèdent que le recours, mal fondé, doit être rejeté, ce qui entraîne la confirmation de la décision attaquée.

5. Il ne se justifie pas de percevoir d'émolument judiciaire, la procédure étant gratuite (cf. art. 61 let. a LPGA), ni d'allouer d'indemnité à titre de dépens dès lors que le recourant n'obtient pas gain de cause (cf. art. 61 let. g LPGA et 55 LPA-VD).

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

- I.** Le recours est rejeté.
- II.** La décision sur opposition rendue le 27 juillet 2010 par la Caisse cantonale de chômage est confirmée.
- III.** Le présent arrêt est rendu sans frais ni dépens.

La juge unique :

Le greffier :

Du

L'arrêt qui précède est notifié à :

- Me Flore Primault, avocate (pour K. _____),
- Caisse cantonale de chômage, Division technique et juridique,
- 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).

Le greffier :