

**COUR DES ASSURANCES SOCIALES**

---

---

Arrêt du 29 novembre 2011

---

Présidence de        Mme    PASCHE  
Juges    :        M.    Métral et Mme Rossier, assesseur  
Greffière    :        Mme    Barman

\*\*\*\*\*

Cause pendante entre :

**L.**\_\_\_\_\_, à Forel, recourant, représenté par Me Philippe Galliard, avocat à Grenoble,

et

**CAISSE CANTONALE DE CHÔMAGE, Division juridique**, à Lausanne, intimée.

---

**Art. 8 al. 1 let. e, 13 et 95 LACI; 25 LPG**

## **E n f a i t :**

**A.** L. \_\_\_\_\_ (ci-après: l'assuré), né en 1975 à Madagascar, s'est inscrit comme demandeur d'emploi auprès de l'Office régional de placement (ci-après: ORP) de [...], le 5 août 2008. Par décision du 10 octobre suivant (annulée et remplacée par décision du 26 novembre 2008), la Caisse cantonale de chômage (ci-après: la caisse) a nié le droit de l'assuré aux indemnités de chômage, au motif que la dernière activité professionnelle exercée n'avait pas été déployée en Suisse. Elle exposait qu'une demande de chômage pouvait être présentée auprès de l'Etat du dernier emploi, en l'occurrence en France.

L'assuré a été engagé en qualité de chauffeur auprès d' [...], à [...], et a débuté son activité le 16 octobre 2008. Considérant qu'il pouvait désormais justifier de douze mois de cotisations dans un pays de la Communauté européenne et d'un jour de travail en Suisse, la caisse lui a ouvert un délai-cadre d'indemnisation du 17 octobre 2008 au 16 octobre 2010; elle lui a versé des indemnités de chômage dès cette date, se référant au règlement n°1408/71 (Règlement (CEE) n° 1408/71 du Conseil du 14 juin 1971 relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés, aux travailleurs non salariés et aux membres de leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté).

**B.** Le 24 mars 2010, la caisse a reçu un courrier du Secrétariat d'Etat à l'économie (ci-après: SECO), autorité de surveillance en matière d'exécution de la loi sur l'assurance-chômage, à la teneur suivante:

"Conformément au point 1 let. a de la directive en question, la prise en considération de périodes d'assurance et d'emploi accomplies à l'étranger pour satisfaire aux exigences relatives à la période de cotisation n'est en principe admise, selon l'art. 67, al. 3, du règlement (CEE) No 1408/71, que si la personne concernée a exercé en Suisse une activité soumise à cotisation immédiatement avant de tomber au chômage. Aucune durée minimale d'emploi n'a été fixée. Conformément au point 3, lorsqu'un ressortissant de l'UE/AELE a travaillé moins de quatre semaines en Suisse, il convient d'examiner le cas avec le plus grand soin et le transmettre avec les informations recueillies au secteur TCRV. Afin de faciliter votre travail, nous avons

interrogé la banque de données et dressé une liste de tous les ressortissants des Etats de l'UE/AELE possédant un délai-cadre valable en mars 2010 auprès de votre caisse. Nous vous prions de bien vouloir effectuer le contrôle de ces cas et de procéder aux éventuelles corrections jusqu'à fin avril."

Le 5 mai 2010, la caisse a notifié à l'assuré deux décisions, aux termes desquelles elle lui niait le droit à l'indemnité de chômage dès le 17 octobre 2008 et lui demandait la restitution du montant total de 39'689 fr. 30 correspondant aux prestations indûment touchées dès octobre 2008. La caisse faisait valoir en substance que l'assuré pouvait certes justifier d'un jour d'activité soumis à cotisation en Suisse, après avoir exercé des activités en France pour une durée de treize mois et dix jours, mais qu'en regard à sa nationalité malgache, il n'était pas ressortissant d'un pays de la communauté européenne, condition supplémentaire pour bénéficier des prestations de chômage en Suisse. Partant, il ne pouvait prétendre aux prestations de chômage dès le 17 octobre 2008 et la caisse était en droit de réclamer la restitution des indemnités perçues à tort dès cette date.

L'assuré s'est opposé à cette décision par acte du 2 juin 2010, arguant que les raisons invoquées par la caisse provenaient d'une erreur de celle-ci. Il expliquait lui avoir fourni tous les documents demandés, notamment son permis de séjour sur lequel figurait sa nationalité malgache, de sorte que la caisse était en possession de tous les éléments nécessaires pour prendre sa décision. De surcroît, son dossier avait été vu par la direction en raison d'une erreur de montant, de sorte qu'il a été étudié par différentes personnes de l'assurance-chômage. Il alléguait finalement être incapable de rembourser la somme réclamée et concluait en conséquence à la remise de l'obligation de restituer.

Par décision sur opposition du 27 octobre 2010, la caisse a rejeté l'opposition de l'assuré et confirmé la demande de restitution de 39'689 fr. 30. Elle exposait que l'assuré ne remplissait pas les conditions relatives à la période de cotisation au sens des art. 8 et 13 LACI (loi fédérale sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité, RS 837.0), n'ayant exercé une activité soumise à cotisation que pendant une journée. Se référant au règlement n° 1408/71 et à la

jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes, elle retenait que l'assuré n'était pas un ressortissant de l'union européenne et ne pouvait se prévaloir dudit règlement pour obtenir des indemnités de chômage en Suisse. Dans la mesure où l'assuré n'avait pas droit aux indemnités journalières versées dès le mois d'octobre 2008, la caisse était légitimée à revenir sur ces versements, précisant que son droit à demander la restitution du montant versé à tort n'était pas périmé.

**C.** Par acte du 19 novembre 2010, l'assuré a recouru contre la décision sur opposition du 27 octobre 2010. En substance, il rappelle les motifs invoqués dans son opposition du 2 juin 2010. Il expose que durant la période où les indemnités de chômage lui ont été versées, il a effectué le maximum de travail confié par son employeur (s'agissant d'un emploi à temps partiel et temporaire) et n'a jamais cherché à profiter du chômage. Il allègue avoir toujours été de bonne foi et ne pouvoir rembourser la somme demandée, eu égard à sa situation financière difficile (en raison notamment de deux enfants en bas âge et d'une épouse travaillant comme intérimaire). Il conclut ainsi à la remise de l'obligation de restituer et implicitement à l'annulation de la décision attaquée.

Par écriture complémentaire du 22 décembre 2010, l'assuré, désormais assisté par l'avocat Philippe Galliard, mentionne que les faits sont simples et non contestés et que l'intimée a reconnu à deux reprises une faute de son service relevant de sa seule négligence. Il argue ainsi que si la prestation de l'intimée peut en effet être désormais suspendue, la demande de remboursement est irrégulière. A titre de mesure d'instruction, il sollicite la fixation d'une audience.

Dans sa réponse du 2 février 2011, la caisse intimée rappelle que sans pouvoir bénéficier de l'application du règlement n° 1408/71, l'assuré ne peut se prévaloir d'une période de cotisation suffisante lui donnant droit à des indemnités de chômage. Elle conclut au rejet du recours et conseille au recourant de déposer une demande de remise.

Par réplique du 28 février 2011, le recourant soutient que la caisse intimée a commis une erreur "certes involontaire mais grossière", qu'elle a versé, sous sa responsabilité et de son propre chef, les indemnités réclamées, et qu'il ne devrait les rembourser que s'il avait dissimulé un document ou donné de fausses informations.

La Caisse n'a pas dupliqué.

### **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) auprès du 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 et des autres conditions formelles de recevabilité, 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 cause doit être tranchée par la cour composée de trois magistrats (art. 83c al. 1 LOJV [loi d'organisation judiciaire du 12 décembre 1979; RSV 173.01]) et non par un juge unique (art. 94 al. 1 let. a LPA-VD), dès lors que le litige porte notamment sur la restitution éventuelle d'un montant de 39'689 francs.

**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 consid. 2c; 110 V 48 consid. 4a; RCC 1985 p. 53).

**b)** En l'espèce, le litige porte en premier lieu sur le droit du recourant à des indemnités de chômage, singulièrement sur le respect des conditions relatives à la période de cotisation au sens de l'art. 13 LACI. Si le recourant ne remplit pas les conditions précitées, il conviendra d'examiner le droit de l'intimée de lui demander la restitution d'un montant de 39'689 fr. 30.

**3. a)** La question du droit à l'indemnité de chômage doit être tranchée à la lumière de l'art. 8 LACI et des conditions qui y sont posées. Le droit à l'indemnité de chômage est notamment conditionné par le fait, pour un assuré, d'être sans emploi ou partiellement sans emploi (let. a) et de remplir les conditions relatives à la période de cotisation ou d'en être libéré (let. e). L'art. 9 LACI fixe des délais-cadres de deux ans qui s'appliquent à la période d'indemnisation et à celle de cotisation (al. 1). Le délai-cadre applicable à la période d'indemnisation commence à courir le premier jour où toutes les conditions dont dépend le droit à l'indemnité sont réunies (al. 2). Le délai-cadre applicable à la période de cotisation commence à courir deux ans plus tôt (al. 3). Selon l'art. 13 al. 1 LACI, celui qui, dans les limites du délai-cadre prévu à cet effet, a exercé durant douze mois au moins une activité soumise à cotisation remplit les conditions relatives à la période de cotisation. Cette disposition se rapporte à l'obligation de cotiser et implique donc, par principe, l'exercice d'une activité soumise à cotisation en Suisse (ATF 131 V 222 consid. 2.1; 128 V 186 consid. 3b).

**b)** Le droit à l'indemnité de chômage peut être déduit de l'Accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse, d'une part, et la Communauté européenne et ses Etats membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes (ALCP; RS 0.142.112.681), entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> juin 2002, ainsi que des règlements auxquels il est fait référence.

Selon l'art. 1 par. 1 de l'Annexe II de l'ALCP - intitulée "Coordination des systèmes de sécurité sociale", fondée sur l'art. 8 de l'accord et faisant partie intégrante de celui-ci (art. 15 ALCP) - en relation avec la Section A de cette annexe, les Parties contractantes appliquent entre elles en particulier le règlement (CEE) n° 1408/71 du Conseil du 14 juin 1971 relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés, aux travailleurs non salariés et aux membres de leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté (règlement n°1408/71; RS 0.831.109.268.1), ainsi que le règlement (CEE) n° 574/72 du Conseil du 21 mars 1972 fixant les modalités d'application du règlement n° 1408/71 relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés, aux travailleurs non salariés et aux membres de leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté (règlement n° 574/72; RS 0.831.109.268.11), ou des règles équivalentes.

**aa)** En matière de prestations de chômage, l'art. 67 du règlement n° 1408/71 pose le principe de la totalisation des périodes d'assurance ou d'emploi.

A cet effet, l'institution compétente d'un Etat membre dont la législation subordonne, notamment, l'acquisition du droit aux prestations à l'accomplissement de périodes d'assurance tient compte, dans la mesure nécessaire, des périodes d'assurance ou d'emploi accomplies en qualité de travailleur salarié sous la législation de tout Etat membre, comme s'il s'agissait de périodes d'assurance accomplies sous la législation qu'elle applique, à condition toutefois que les périodes d'emploi eussent été considérées comme périodes d'assurance si elles avaient été accomplies sous cette législation (par. 1).

Si l'acquisition du droit est subordonnée à l'accomplissement de périodes d'emploi, il sera tenu compte, dans la mesure nécessaire, des périodes d'assurance ou d'emploi accomplies en qualité de travailleur salarié sous la législation de tout Etat membre, comme s'il s'agissait de périodes d'emploi accomplies sous la législation de l'institution compétente (par. 2).

Toutefois, selon que, d'après la législation applicable, le droit aux prestations ou leur durée est subordonné à la réalisation de périodes d'assurance ou d'emploi, le chômeur doit avoir accompli, en dernier lieu, suivant l'éventualité considérée, soit des périodes d'assurance, soit des périodes d'emploi selon les dispositions de la législation au titre de laquelle les prestations sont demandées (par. 3). Cette règle consacre le principe du dernier pays d'emploi en ce sens qu'elle requiert, pour son application, que l'intéressé ait accompli des périodes d'assurance (par. 1) ou d'emploi (par. 2) en dernier lieu dans l'Etat membre prestataire. Autrement dit, le ressortissant d'un Etat membre qui prétend à des indemnités de chômage en Suisse, devra préalablement avoir occupé un emploi assujéti à cotisations en Suisse avant de pouvoir, au besoin, se prévaloir des périodes d'assurance accomplies à l'étranger pour le calcul de la période de cotisation selon l'art. 13 LACI (ATF 131 V 222 consid. 5 et notamment Bettina Kahil-Wolff, L'assurance-chômage et l'Accord sur la libre circulation des personnes CH-CE, *in*: RSAS 1999 p. 439).

**bb)** Selon l'art. 2 du règlement n° 1408/71, le présent règlement s'applique aux travailleurs salariés ou non salariés et aux étudiants qui sont ou ont été soumis à la législation d'un ou de plusieurs Etats membres et qui sont des ressortissants de l'un des Etats membres ou bien des apatrides ou des réfugiés résidant sur le territoire d'un des Etats membres ainsi qu'aux membres de leur famille et à leurs survivants (par. 1).

**c)** En l'espèce, il ressort du dossier que le recourant a exercé des activités en France, entre le 9 décembre 2005 et le 9 février 2008, pour un total de treize mois et dix jours. Engagé au sein d' [...] le 16

octobre 2008, il a occupé dès cette date un emploi en Suisse et a donc été soumis aux assurances sociales suisses. Il est dès lors constant qu'au moment où la Caisse lui a ouvert un droit aux indemnités, le 17 octobre 2008, le recourant ne pouvait se prévaloir d'une activité soumise à cotisations en Suisse dans les deux années précédentes (cf. art. 13 LACI).

Le recourant ne peut par ailleurs déduire aucun droit à des indemnités de chômage de l'assurance suisse en vertu de l'ALCP, particulièrement du règlement n° 1408/71, eu égard à sa nationalité malgache. En effet, seuls les ressortissants d'un pays de la communauté européenne peuvent se prévaloir de ce règlement (cf. art. 2 du règlement n° 1408/71).

Partant, c'est à juste titre que la caisse intimée a nié son droit aux indemnités de chômage dès le 17 octobre 2008.

**4.** Cela étant constaté, encore faut-il déterminer si la caisse intimée était fondée à demander au recourant la restitution des prestations indûment touchées dès octobre 2008.

**a)** La décision attaquée est fondée sur l'art. 95 LACI, norme qui selon son titre traite de la restitution de prestations de l'assurance-chômage. Le premier alinéa de cette disposition renvoie à l'art. 25 LPGA, aux termes duquel 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 (al. 1). 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 (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 consid. 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; loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants, RS

831.10) et applicable par analogie à la restitution d'indemnités indûment perçues de l'assurance chômage (cf. ATF 122 V 368 consid. 3; 110 V 176 consid. 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 (ATF 129 V 110 consid. 1.1; 126 V 23 consid. 4b; voir également à propos de l'art. 95 LACI Edgar Imhof/Christian Zünd, ATSG und Arbeitslosenversicherung, *in*: RSAS 2003 p. 304 ss).

**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 ainsi 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 consid. 4b). 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 consid. 2c; 126 V 23 consid. 4b). 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 de 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 consid. 3; ATF 126 V 23 consid. 4b et les références).

**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 après le versement de la prestation (art. 25 al. 2, 1<sup>ère</sup> 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 consid. 1; 122 V 270 consid. 5a; 119 V 431 consid. 3a 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, en faisant preuve de l'attention requise (ATF 124 V 380 consid. 1; 122 V 270 consid. 5b/aa; 119 V 431 consid. 3a et les arrêts cités). 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 consid. 3.2; ATF 111 V 14 consid. 3). 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 consid. 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 consid. 2c). 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. Boris Rubin, Assurance-chômage, 2<sup>e</sup> 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, le recourant n'avait pas droit, on l'a vu, aux prestations qui lui ont été versées dès le mois d'octobre 2008. Sans pouvoir bénéficier de l'application du règlement n° 1408/71, il ne pouvait se prévaloir, le 17 octobre 2008, d'une période de cotisation suffisante lui donnant droit à des indemnités de l'assurance-chômage. Le SECO a

informé la caisse, par courrier du 24 mars 2010, que seuls les ressortissants d'un pays de la communauté européenne pouvaient bénéficier des prestations de chômage en Suisse après avoir accompli des périodes d'assurance dans un autre Etat. C'est ainsi que la caisse a examiné une nouvelle fois le droit du recourant aux prestations et l'a nié par décision du 5 mai 2010, confirmée par décision sur opposition du 27 octobre suivant. Elle a dès lors corrigé les décomptes de prestations dès le premier versement, ayant ainsi pour corollaire la décision de demande de restitution du montant de 39'689 fr. 30. Il s'ensuit que la caisse était légitimée à réclamer la restitution des indemnités perçues à tort.

Le recourant ne conteste pas qu'aucune indemnité n'aurait dû lui être versée mais fait valoir que le droit de la caisse de chômage d'exiger la restitution des prestations découle d'une erreur de cette dernière, précisant qu'il a toujours été de bonne foi. A cet égard, il n'est pas contesté que la Caisse est elle-même responsable du versement de prestations indues, dès lors qu'elle disposait d'emblée des documents faisant état de la nationalité malgache du recourant. C'est à la faveur de cette inadvertance que le recourant a perçu durant plusieurs mois l'indemnité de chômage, alors que les conditions y relatives n'étaient pas remplies. C'est seulement à la suite du courrier du SECO que la caisse a pris conscience de son erreur. Cela explique qu'elle ne soit pas intervenue plus rapidement pour mettre un terme aux indemnités. La loi lui imposant d'exiger la restitution des prestations indûment touchées (art. 25 al. 1 LPG), le retard à exercer cette prétention ne supposait pas à lui seul la promesse de l'abandonner, ce d'autant que la loi prévoit, dans l'intérêt de l'assuré, des dispositions sur la prescription de telles prétentions (art. 25 al. 3 LPG). A cet égard, le délai de péremption d'une année prévu par l'art. 25 al. 2, 1<sup>ère</sup> phrase, LPG, 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 courrier adressé par le SECO le 24 mars 2010, 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 mai 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.

Dans ces conditions, l'objection du recourant selon lequel l'intimée a commis une erreur ne résiste pas à la critique. Demeure en revanche ouverte celle relative à sa bonne foi, de même que celle de sa situation financière, qui devront être examinées à l'occasion d'une demande ultérieure de remise de la prestation (cf. consid. 4a/cc *supra*).

Ces questions ne peuvent être examinées dans le cadre du présent litige mais seront appréciées, cas échéant, lors de la demande de remise que le recourant peut déposer auprès de la caisse. En effet, lorsque la présente décision sera entrée en force, l'assuré pourra, conformément à l'art. 4 OPGA, demander à la caisse la remise de l'obligation de restituer le montant total de 38'689 fr. 30, en application des art. 95 al. 1 LACI, 25 LPGA et 4 OPGA. L'art. 4 OPGA prévoit à cet égard que la restitution entière ou partielle des prestations allouées indûment, mais reçues de bonne foi, ne peut être exigée si l'intéressé se trouve dans une situation difficile (al. 1).

**5.** Au vu de ce qui précède, l'instruction de la cause est complète et il n'y a pas lieu de donner suite à la requête du recourant tendant à la fixation d'une audience. En effet, si l'administration ou le juge (art. 43 et 61 let. c LPGA), se fondant sur une appréciation consciencieuse des preuves fournies par les investigations auxquelles ils doivent procéder d'office, sont convaincus que certains faits présentent un degré de vraisemblance prépondérante et que d'autres mesures probatoires ne pourraient plus modifier cette appréciation, il est superflu d'administrer d'autres preuves ("appréciation anticipée des preuves"; ATF 130 II 425 consid. 1.2; 122 II 464 consid. 4a; 122 III 219 consid. 3c; 120 Ib 224 consid. 2b; 119 V 335 consid. 3c et la référence).

**6.** En définitive, il découle des considérants qui précèdent que le recours, mal fondé, doit être rejeté, ce qui entraîne la confirmation de la décision attaquée.

Il ne se justifie pas de percevoir d'émolument judiciaire, la procédure étant gratuite (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 Cour des assurances sociales  
prononce :**

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

La présidente :

La greffière :

**Du**

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

- Me Philippe Galliard (pour L. \_\_\_\_\_)
- Caisse cantonale de chômage, division 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).

La greffière :