

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Arrêt du 21 novembre 2011

Présidence de Mme DI FERRO DEMIERRE
Juges : M. Neu et Mme Pasche
Greffière : Mme Donoso Moreta

Cause pendante entre :

H._____, à [...], recourant, représenté par Me Xavier Pétremand, avocat à
Lausanne

et

CAISSE F._____ **DE CHÔMAGE, DIVISION JURIDIQUE**, à Lausanne,
intimée

Art. 25 LPGA ; 8 al. 1 let. f, 15 al. 1, 85 al. 1 let. d, 85b al. 1 et 95 al. 1 LACI

E n f a i t :

A. H. _____ (ci-après : l'assuré ou le recourant), ressortissant britannique né en 1953, économiste de profession, s'est inscrit au chômage le 1^{er} décembre 2005, suite à son licenciement par la société Y. _____ SA. Il a été mis au bénéfice d'un délai-cadre d'indemnisation jusqu'au 30 novembre 2007 et a perçu du 1^{er} décembre 2005 au 28 février 2007 des indemnités qui lui ont été versées par la Caisse F. _____ de chômage, division juridique (ci-après : la Caisse ou l'intimée).

Le [...] 2000, l'assuré a créé sa propre entreprise sous la raison sociale V. _____ Sàrl, sise à son propre domicile, et s'est inscrit au Registre du commerce en qualité d'associé gérant avec signature individuelle. En parallèle, il exerçait également des activités en qualité d'indépendant. L'assuré n'a toutefois jamais mentionné l'existence d'une société au conseiller en charge de son dossier auprès de l'Office régional de placement de [...] (ci-après : l'ORP).

Le 5 avril 2006, après avoir racheté l'unique part de 1'000 fr. détenue par son épouse, H. _____ est devenu l'unique actionnaire de la société V. _____ Sàrl. Pour les mois de janvier, février, mars, avril et juin 2006, il a travaillé pour le compte de sa société en percevant des montants respectifs de 12'000 fr., 12'500 fr., 500 fr., 2'000 fr. et 1'000 francs. Or les attestations de gain intermédiaire correspondantes remises à la Caisse ne comportaient pas le timbre humide de la société ou une quelconque mention permettant d'établir clairement si, au moment des faits, l'assuré était occupé pour le compte de sa propre société. L'assuré a toutefois répondu positivement, sur toutes ces attestations, à la question suivante : « la personne assurée ou son conjoint a-t-elle une participation financière à l'entreprise ou une fonction dirigeante (par ex. actionnaire, membre du conseil d'administration d'une SA ou associé gérant d'une Sàrl, etc.)? ». Pour les mois d'octobre/novembre 2006 et janvier 2007, l'assuré a remis à la Caisse des attestations de gain intermédiaire pour des montants respectifs de 2'416 fr. et 3'600 francs, en répondant par la négative cette

fois à la même question. Le 1^{er} avril 2007, il est sorti du chômage en reprenant une activité indépendante.

Ayant constaté que l'assuré avait effectué plusieurs gains intermédiaires en qualité d'indépendant et qu'il était associé gérant avec signature individuelle de la société V._____ Sàrl, l'ORP a examiné son aptitude au placement. Invité par deux fois à s'expliquer, l'assuré a indiqué avoir déclaré toutes ses activités à la Caisse, ainsi qu'à son conseiller. Il a en outre exposé que ses gains n'étaient pas importants, mais qu'il voulait essayer de sortir de sa situation aussi vite que possible.

Considérant qu'il n'était pas possible d'estimer les jours et les horaires précis durant lesquels l'assuré était disponible pour un emploi salarié à 100%, l'ORP a déclaré ce dernier inapte au placement dès la date de son inscription au chômage, par décision du 7 juin 2007. Saisi d'une opposition de l'assuré, le Service de l'emploi, instance juridique chômage, l'a rejetée par décision sur opposition du 14 mars 2008. Cette décision sur opposition a ensuite été confirmée par la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal puis par le Tribunal fédéral qui, dans un arrêt du 25 janvier 2011, a retenu que le recourant n'avait jamais cessé son activité indépendante depuis son inscription au chômage et qu'il n'avait jamais présenté une disponibilité suffisante quant au temps qu'il pouvait consacrer à un emploi et quant au nombre d'employeurs potentiels, tout ce qui avait été entrepris par le recourant ayant toujours été en relation étroite avec l'activité de sa société. L'aptitude au placement du recourant devait par conséquent être niée dès la date de son inscription au chômage.

B. Ayant été informé par l'ORP de la décision rendue le 7 juin 2007, la Caisse a rendu à son tour une décision, datée du 9 juillet 2007, par laquelle elle a demandé à l'assuré la restitution des indemnités de chômage versées à tort du 1^{er} décembre 2005 au 28 février 2007, pour un montant total de 67'687 fr. 30.

Le 3 août 2007, l'assuré s'est opposé à cette décision. Se référant à l'opposition déposée le 9 juillet 2007 contre la décision de l'ORP du 7 juin 2007 lui niant son aptitude au placement, il a demandé que la procédure soit suspendue dans l'attente de la décision sur opposition à venir. Subsidiairement, l'assuré a demandé que la Caisse renonce à demander la restitution des prestations hypothétiquement versées à tort, compte tenu du fait qu'il était de bonne foi et qu'il se trouvait dans une situation financière précaire.

Le 8 août 2007, la Caisse a accusé réception de l'opposition. Elle a ensuite attendu l'issue de la procédure initiée par l'assuré contre la décision de l'ORP du 7 juin 2009, confirmée sur opposition par le Service de l'emploi le 14 mars 2008. Par courrier du 10 décembre 2009, l'assuré a indiqué à la Caisse qu'il invoquait en tout état de cause la prescription du droit de demander la restitution des prestations hypothétiquement touchées à tort. Se référant au chiffre B33 de la Circulaire relative à l'indemnité de chômage du SECO (Secrétariat d'Etat à l'économie), édition janvier 2007, il a invoqué l'effet de publicité du Registre du commerce, qui aurait pour conséquence que, la Caisse ayant dû savoir dès le début qu'il occupait une position dirigeante dans sa société, le délai de prescription d'une année de l'art. 25 LPGa avait commencé à courir, dans son cas, dès le versement des indemnités indues et était donc échu concernant la plupart des indemnités perçues.

Après avoir été informée de l'arrêt rendu par le Tribunal fédéral, la Caisse a rejeté l'opposition de l'assuré par décision sur opposition du 8 avril 2011.

C. Par acte du 9 mai 2011, H._____, par l'intermédiaire de son conseil, Me Xavier Pétremand, avocat à Lausanne, a interjeté recours contre la décision sur opposition du 8 avril 2011, concluant avec suite de frais et dépens principalement à son annulation, le droit de la Caisse d'exiger la restitution des indemnités de chômage étant prescrit, et subsidiairement à l'inexigibilité de la restitution. A l'appui de son recours, il

fait valoir que la décision de l'ORP, confirmée le 25 janvier 2011 par le Tribunal fédéral, l'a reconnu inapte au placement du fait de sa position dirigeante au sein de V._____ Sàrl (associé gérant avec signature individuelle). Or il a indiqué à plusieurs reprises, dans les attestations de gain intermédiaire remises à la Caisse, qu'il avait une telle fonction dirigeante. De plus, le Registre du commerce est public. Le délai de prescription d'une année de l'art. 25 al. 2 LPGA doit donc s'appliquer dans son cas à compter du paiement des indemnités, de sorte que la décision de restitution ne peut viser que les indemnités versées au cours des douze mois qui ont précédé cette date. De plus, l'inactivité de la Caisse durant plus de trois ans après sa décision du 9 juillet 2007 doit lui être opposable en ce sens que, faute d'avoir procédé à un quelconque acte susceptible d'avoir interrompu la prescription durant tout ce temps, la Caisse n'a plus le droit de réclamer la restitution des indemnités. Subsidiairement, le recourant fait valoir qu'il faudrait dans tous les cas renoncer à exiger la restitution, en tenant compte du fait qu'il était de bonne foi et que le remboursement le mettrait dans une situation très difficile.

Par réponse du 9 juin 2011, la Caisse a conclu au rejet du recours, au motif que c'est uniquement sous l'angle de l'inaptitude au placement que le droit du recourant aux indemnités peut lui être nié. La décision de l'ORP étant survenue le 7 juin 2007, la demande de restitution du 9 juillet 2007 n'est ainsi pas tardive.

Par réplique du 6 juillet 2011, le recourant a maintenu sa position.

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, sous réserve de dérogations expresses (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 LPGA). Le tribunal des assurances compétent est celui du canton de domicile de l'assuré ou d'une autre partie au moment du dépôt du recours (art. 58 al. 1 LPGA). Le recours doit être déposé dans les trente jours suivant la notification de la décision sujette à recours (art. 60 al. 1 LPGA).

b) La LPA-VD (loi cantonale vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative ; RSV 173.36) s'applique aux recours et contestations par voie d'action dans le domaine des assurances sociales (art. 2 al. 1 let. c LPA-VD) et prévoit à cet égard la compétence de la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal (art. 93 al. 1 let. a LPA-VD).

c) En l'espèce, le recourant est domicilié dans le canton de Vaud ; son recours a été interjeté en temps utile auprès du tribunal compétent et il satisfait aux autres conditions de forme (art. 61 let. b LPGA). Il est donc recevable.

2. Le litige porte sur le droit de la Caisse F. _____ de chômage, division juridique d'exiger du recourant la restitution des indemnités de chômage qui lui ont été versées du 1^{er} décembre 2005 au 28 février 2007, pour un montant total de 67'687 fr. 30.

3. a) Aux termes de l'art. 8 al. 1 LACI, l'assuré a droit à l'indemnité de chômage pour autant qu'il remplisse les conditions suivantes :

a. s'il est sans emploi ou partiellement sans emploi (art. 10) ;

b. s'il a subi une perte de travail à prendre en considération (art. 11) ;

c. s'il est domicilié en Suisse (art. 12) ;

d. s'il a achevé sa scolarité obligatoire, qu'il n'a pas encore atteint l'âge donnant droit à une rente AVS et ne touche pas de rente de vieillesse de l'AVS ;

e. s'il remplit les conditions relatives à la période de cotisation ou en est libéré (art. 13 et 14) ;

f. s'il est apte au placement (art. 15) ;

g. s'il satisfait aux exigences du contrôle (art. 17).

Selon l'art. 15 al. 1 LACI, est réputé apte à être placé le chômeur qui est disposé à accepter un travail convenable et à participer à des mesures d'intégration et qui est en mesure et en droit de le faire. L'aptitude au placement comprend deux éléments : la capacité de travail, d'une part, et la disposition à accepter un travail convenable au sens de l'art. 16 LACI, d'autre part. Ce deuxième aspect de l'aptitude au placement implique la volonté de prendre un tel travail s'il se présente (ATF 125 V 51, consid. 6a ; 123 V 214, consid. 3). Selon la jurisprudence, un assuré qui exerce une activité indépendante n'est pas, d'entrée de cause, inapte au placement. Il faut bien plutôt examiner si l'exercice effectif d'une activité lucrative indépendante est d'une ampleur telle qu'elle exclut d'emblée toute activité salariée parallèle (TF 8C_435/2010 du 25 janvier 2011 ; TFA C 160/94 du 13 février 1995, consid. 3 in DTA 1996 n° 36 p. 199). La vérification de l'aptitude au placement incombe à l'autorité cantonale (art. 85 al. 1 let. d LACI). Dans le canton de Vaud, cette tâche a été déléguée aux ORP (art. 13 al. 2 LEmp [loi cantonale vaudoise du 5 juillet 2005 sur l'emploi ; RSV 822.11]), conformément à la possibilité offerte par l'art. 85b al. 1 LACI.

b) En l'occurrence, par décision du 7 juin 2007, l'ORP de [...] a déclaré le recourant inapte au placement dès son inscription au chômage, au motif qu'il n'était pas possible d'estimer les jours et les horaires précis durant lesquels l'assuré était disponible pour un emploi salarié à 100%, du fait de l'activité déployée par ce dernier pour le compte de sa propre société. Cette décision a été confirmée sur opposition le 14 mars 2008 par le Service de l'emploi, instance juridique chômage, puis par la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal et enfin par le Tribunal fédéral,

qui a retenu dans un arrêt du 25 janvier 2011 que le recourant, qui ne présentait pas une disponibilité suffisante quant au temps qu'il pouvait consacrer à un emploi, devait bien être considéré comme inapte au placement. La décision sur opposition du 14 mars 2008 étant par conséquent devenue définitive et exécutoire, il reste à déterminer si la Caisse intimée était légitimée à demander au recourant la restitution des indemnités de chômage versées à tort, du fait de son inaptitude au placement, du 1^{er} décembre 2005 au 28 février 2007.

4. a) Selon l'art. 95 al. 1 LACI, la demande de restitution de prestations touchées indûment est régie, sauf exceptions inapplicables en l'espèce, par l'art. 25 LPGA, qui prévoit à l'al. 2, 1^{ère} phrase, que 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. Selon la jurisprudence, le délai de péremption d'une année commence à courir dès le moment où la caisse aurait dû se rendre compte de son erreur en faisant preuve de l'attention requise. Lorsque la restitution est imputable à une faute de l'administration, on ne saurait considérer comme point de départ du délai d'une année le moment où l'erreur a été commise par l'administration, mais le moment auquel celle-ci aurait dû, dans un deuxième temps (par exemple à l'occasion d'un contrôle), se rendre compte de son erreur en faisant preuve de l'attention requise. En effet, si l'on plaçait le moment de la connaissance du dommage à la date du versement indu, cela rendrait souvent illusoire la possibilité pour l'administration de réclamer le remboursement de prestations allouées à tort en cas de faute de sa part (ATF 124 V 380, consid. 1 ; TF 8C_762/2009 du 5 juillet 2010, consid. 4.3).

b) Le recourant soutient que le délai de prescription d'une année de l'art. 25 al. 2 LPGA a commencé à courir au moment du versement par la Caisse des indemnités indues. Selon lui, le Registre du commerce étant public, la Caisse aurait dès le début dû se rendre compte, si elle avait fait preuve de l'attention requise, qu'il n'avait pas droit aux indemnités, du fait qu'il était associé gérant de la société V._____ Sàrl,

ce d'autant plus qu'il avait mentionné à plusieurs reprises, dans les attestations de gain intermédiaire remises à la Caisse, qu'il exerçait une fonction dirigeante auprès d'une entreprise. Le recourant cite à ce propos le chiffre B33 de la Circulaire relative à l'indemnité de chômage du SECO, édition janvier 2007, dont la teneur est la suivante :

« Si la caisse constate, alors que l'assuré a déjà commencé à toucher des prestations, qu'il occupe toujours une position assimilable à celle d'un employeur, elle doit lui demander la restitution des IC perçues à tort.

Aux termes de l'art. 25 LPGA, le droit de demander la restitution est prescrit un an après le moment où la caisse de chômage a eu connaissance du fait, mais au plus tard cinq ans après le versement de la prestation. Le délai d'un an commence à courir en règle générale au moment où l'on est en droit de présumer que la caisse a eu connaissance du motif de restitution.

Toutefois, vu l'effet de publicité du registre du commerce, la caisse doit, en dérogation à cette règle de base, savoir dès le début qu'un collaborateur est membre du conseil d'administration d'une SA ou qu'il occupe une position dirigeante dans une SARL. Dans de tels cas, le délai d'une année commence à courir au moment du versement des indemnités qui n'étaient pas dues puisque la position de l'intéressé en tant que conseiller d'administration dans une SA ou sa fonction dirigeante dans une SARL ressort du registre du commerce. »

Cette argumentation ne saurait toutefois être suivie. En effet, si les personnes qui se retrouvent totalement ou partiellement au chômage parce qu'elles ont perdu l'emploi qu'elles occupaient dans une entreprise où elles continuent néanmoins à occuper une position assimilable à celle d'un employeur n'ont, selon la jurisprudence et en application par analogie de l'art. 31 al. 3 let. c LACI, pas droit à l'indemnité de chômage, puisqu'elles conservent leur pouvoir d'influence sur les processus de décision de l'entreprise, les personnes qui, comme le recourant, demandent l'indemnité de chômage parce qu'elles ont perdu un emploi dans lequel elles n'avaient pas une position assimilable à celle d'un employeur mais qui occupent une telle position dans une autre entreprise ne tombent pas quant à elles sous le coup de cet article. Dans ce dernier cas, la caisse doit plutôt examiner si leur activité dans cette autre entreprise remet en cause leur aptitude au placement (TFA C 32/04 du 23 mai 2005 ; TFA C 180/04 du 22 mars 2005 ; ATF 123 V 234 ; Circulaire

SECO précitée, ch. B14). En l'occurrence, ce n'est donc pas la fonction dirigeante du recourant auprès de la société V._____ Sàrl qui a conduit à lui nier le droit aux indemnités de chômage, mais bien son inaptitude au placement, déterminée suite à une analyse approfondie de son cas par l'ORP, qui a conclu à son manque de disponibilité pour un travail salarié. A cet égard, l'ORP a notamment dû examiner si l'exercice effectif d'une activité lucrative indépendante de l'assuré était d'une ampleur telle qu'elle excluait une activité salariée parallèle. Quant à la connaissance supposée de l'intimée du fait qu'il était associé gérant de la société V._____ Sàrl, au motif qu'il aurait indiqué dans ses attestations de gain intermédiaire qu'il exerçait une fonction dirigeante auprès d'une société, on relèvera que les attestations remises à la Caisse de chômage ne comportaient pas le timbre humide de la société ou la mention permettant d'établir clairement si, au moment des faits, il était occupé pour le compte de sa propre société. De plus, pour les mois d'octobre/novembre 2006 et janvier 2007, le recourant a remis des attestations de gain intermédiaire répondant cette fois par la négative à la question de savoir s'il exerçait une fonction dirigeante auprès d'une entreprise. Il en résulte que l'intimée n'a pu se rendre compte qu'elle avait versé des prestations à tort au recourant qu'au moment de la réception de la décision de l'ORP du 7 juin 2007. Dès cette date, la Caisse avait donc une année pour demander la restitution des prestations, ce qu'elle a fait le 9 juillet 2007.

Les premières indemnités avaient par ailleurs été versées le 1^{er} décembre 2005, de sorte que la décision de restitution est intervenue en temps utile, soit moins d'un an après la connaissance de l'erreur et moins de cinq ans après le versement des prestations litigieuses. Enfin, le recourant ne saurait faire grief à la Caisse d'avoir trop tardé à rendre sa décision sur opposition, étant donné qu'il a lui-même requis que la procédure soit suspendue jusqu'à l'entrée en force de la décision concernant son aptitude au placement, sur laquelle se base la décision litigieuse, qui ne l'a d'ailleurs suivie que de moins de trois mois.

c) A titre subsidiaire, le recourant soutient qu'il faudrait dans tous les cas renoncer à exiger de sa part la restitution des indemnités

perçues à tort, en tenant compte du fait qu'il était de bonne foi et que le remboursement le mettrait dans une situation très difficile.

A teneur de l'art. 25 al. 1, 2^{ème} phrase LPGA, la restitution des prestations perçues à tort ne peut être exigée lorsque l'intéressé était de bonne foi et qu'elle le mettrait dans une situation difficile. La remise de l'obligation de restituer fait toutefois l'objet d'une décision distincte de celle portant sur l'étendue de l'obligation de restituer (art. 3 al. 1 et 4 al. 5 OPGA [ordonnance fédérale du 11 septembre 2002 sur la partie générale du droit des assurances sociales ; RS 830.11]). Dans le cas d'espèce, s'agissant de cette remise, il appartiendra donc à l'intimée d'examiner si les conditions en sont réunies. La décision à intervenir (art. 56 al. 1 LPGA) pourra, le cas échéant, faire l'objet d'un recours.

5. Au vu de ce qui précède, le recours, mal fondé, doit être rejeté et la décision attaquée confirmée.

Il n'y a pas lieu de percevoir de frais judiciaires, la procédure étant gratuite (art. 61 let. a LPGA), ni d'allouer de dépens, dès lors que le recourant n'obtient pas gain de cause (art. 55 al. 1 LPA-VD ; 61 let. g LPGA).

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

- I.** Le recours est rejeté.
- II.** La décision attaquée est confirmée.
- III.** Il n'est pas perçu de frais, ni alloué de dépens.

La présidente :

La greffière :

Du

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

- Me Xavier Pétremand, avocat (pour H. _____),
- Caisse F. _____ 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 :