

**COUR DES ASSURANCES SOCIALES**

---

---

Arrêt du 6 novembre 2014

---

Présidence de     Mme     DI FERRO DEMIERRE, juge unique  
Greffière         :     Mme     Mestre Carvalho

\*\*\*\*\*

Cause pendante entre :

**N.S.** \_\_\_\_\_, à [...], recourante,

et

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

---

**Art. 25 al. 1 LGPA ; art. 95 al. 1 LACI.**

**E n f a i t :**

**A.** N.S.\_\_\_\_\_ a été engagée dès le 1<sup>er</sup> avril 2009 en tant qu'opératrice d'écoulement pour le compte de l'agence de placement R.\_\_\_\_\_ SA, sur la base d'un contrat de mission conclu pour une durée indéterminée, à raison d'un horaire de huit heures par jour travaillé. Dans ce contexte, l'intéressée a perçu des revenus mensuels allant de 1'196 fr. 40 à 3'858 fr. 25 et effectué entre 79.15 et 174.92 heures de travail par mois, avant d'être licenciée le 23 novembre 2009 avec effet au 23 décembre suivant, pour le motif suivant : « *Modification des lignes de production chez le client => Fin de mission* » (cf. attestation de l'employeur du 24 décembre 2009 et décompte de salaire annexé). Ce terme a ultérieurement été repoussé au 30 décembre 2009 pour cause de maladie durant le délai de congé.

L'assurée s'est annoncée auprès de l'assurance-chômage en date du 24 décembre 2009. Un délai-cadre d'indemnisation lui a été ouvert du 31 décembre 2009 au 30 décembre 2011.

Afin de pouvoir prétendre à des prestations d'assurance, l'intéressée a été appelée à faire régulièrement contrôler son chômage au moyen des formulaires « *Indications de la personne assurée* » (ci-après : IPA). En particulier, dans les formulaires afférents aux mois de janvier à octobre 2010, elle a répondu par la négative à la question de savoir si elle avait travaillé chez un ou plusieurs employeurs au cours de la période de contrôle concernée, affirmant être encore au chômage. Elle a dès lors été pleinement indemnisée pour ces périodes, sur la base d'un gain assuré de 3'846 fr., d'un taux d'indemnisation de 80% et d'une indemnité journalière arrêtée à 141 fr. 80. Les montants ainsi perçus se sont élevés à 3'123 fr. 65 en janvier 2010, 2'974 fr. 90 en février 2010, 3'421 fr. 15 en mars 2010, 3'272 fr. 40 en avril 2010, 3'123 fr. 65 en mai 2010, 3'263 fr. 10 en juin 2010, 3'263 fr. 10 en juillet 2010, 3'293 fr. 10 en août 2010, 3'593 fr. 10 en septembre 2010 et 3'384 fr. 75 en octobre 2010.

**B.** Ayant réceptionné une attestation de gain intermédiaire du 5 novembre 2010 dont il ressortait que l'assurée avait travaillé pour R.\_\_\_\_\_ SA du 27 au 29 octobre 2010, la Caisse cantonale de chômage (ci-après : la Caisse) a rendu une décision de restitution le 10 novembre 2010, portant sur un montant de 444 fr. 95 correspondant aux indemnités de chômage perçues à tort du fait de cette activité.

Le lendemain, la Caisse a fait parvenir à l'assurée un nouveau décompte pour le mois d'octobre 2010, faisant mention d'une indemnisation à concurrence de 2'939 fr. 80 après déduction du montant de 444 fr. 95 soumis à restitution.

**C.** Un contrôle effectué courant 2012 par le Secrétariat d'Etat à l'économie (ci-après : le SECO) ayant montré que l'assurée était susceptible d'avoir travaillé tout en percevant des indemnités de chômage entre janvier et décembre 2010, la Caisse s'est adressée le 24 juillet 2012 à la Caisse AVS de la Fédération Q.\_\_\_\_\_ en vue d'obtenir un extrait du compte AVS de l'intéressée pour les périodes concernées. Selon l'extrait ainsi établi le 26 juillet 2012, il est apparu que l'assurée avait été employée par « W.\_\_\_\_\_ - X.\_\_\_\_\_ /\_\_\_\_\_ » de janvier à décembre 2010 pour un revenu de 10'700 fr., puis de janvier à décembre 2011 pour un revenu de 11'040 fr.

Nantie de cette information, la Caisse a interpellé la société C.\_\_\_\_\_ SA en date du 20 août 2012, concernant l'activité exercée par l'assurée.

Donnant suite à cette requête le 29 août 2012, l'entreprise susdite a remis à la Caisse les documents suivants :

- un formulaire « *Attestation de l'employeur* » rempli le jour même, indiquant que l'intéressée était employée à temps partiel comme concierge depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2010 et que son revenu brut avait atteint 10'700 fr. en 2010 et 11'040 fr. en 2011 ;

- les certificats de salaire afférents aux années 2010 et 2011, confirmant les revenus bruts susmentionnés et signalant par ailleurs qu'en plus de son salaire, l'assurée avait perçu une allocation pour frais forfaitaires de 417 fr. ainsi qu'une gratification de fin d'année de 300 fr. en 2010, respectivement une allocation pour frais forfaitaires de 450 fr. ainsi qu'une gratification de fin d'année de 300 fr. en 2011 ;

- un contrat de conciergerie conclu le 28 août 2009 entre B.S.\_\_\_\_\_ et N.S.\_\_\_\_\_, d'une part, et la société T.\_\_\_\_\_ SA, représentée par C.\_\_\_\_\_ SA, d'autre part, contrat aux termes duquel les époux S.\_\_\_\_\_ étaient engagés à compter du 1<sup>er</sup> mars 2010 en qualité de concierges pour l'immeuble sis Chemin X.\_\_\_\_\_, à I.\_\_\_\_\_, pour un salaire mensuel brut de 420 fr. auquel s'ajoutait une « *indemnité pour téléphones et autres débours* » de 15 fr. 40, la totalité étant versée l'assurée ;

- deux correspondances adressées à l'assurée par l'entreprise C.\_\_\_\_\_ SA les 18 janvier 2011 et 17 janvier 2012, précisant les modifications salariales à intervenir en 2011 et 2012 concernant l'emploi de concierge exercé par l'intéressée pour les immeubles sis Chemin W.\_\_\_\_\_ et X.\_\_\_\_\_ à I.\_\_\_\_\_.

Par courrier du 3 octobre 2012, la Caisse a porté à l'attention de l'assurée que l'extrait de son compte AVS indiquait qu'elle travaillait auprès de C.\_\_\_\_\_ SA depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2010. Or, lorsqu'elle avait rempli les formulaires IPA pour les mois de janvier à octobre 2010, l'intéressée avait nié toute prise d'emploi et affirmé être encore chômage. Relevant que, pour avoir donné des indications inexactes et avoir ainsi indûment obtenu des indemnités, l'assurée s'exposait à l'obligation de rembourser les prestations indûment perçues durant les périodes en cause, la Caisse lui a imparti un délai de dix jours pour prendre position sur le sujet.

Aux termes d'un écrit du 5 octobre 2012, l'assurée a expliqué avoir été mal renseignée par la Caisse de chômage à I. \_\_\_\_\_ s'agissant de sa conciergerie pour le compte de C. \_\_\_\_\_ SA.

Par décision du 17 octobre 2012, la Caisse a demandé à l'assurée la restitution d'un montant de 10'414 fr. 45. Dans sa motivation, elle a relevé que l'intéressée avait été intégralement indemnisée de janvier à octobre 2010, conformément aux indications fournies dans les formulaires IPA pour les mois concernés. Or, selon l'extrait de son compte AVS requis suite au contrôle du SECO et l'attestation de l'employeur établie le 29 août 2012, l'assurée était salariée de l'entreprise C. \_\_\_\_\_ SA depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2010. Dès lors, il s'imposait de procéder à la correction des paiements pour les mois de janvier à octobre 2010, en tenant compte des salaires versés par l'employeur susmentionné.

Toujours le 17 octobre 2012, la Caisse a adressé à l'assurée de nouveaux décomptes pour les mois de janvier à octobre 2010, remplaçant ceux initialement transmis pour lesdites périodes. Il en résultait que, compte tenu d'un gain intermédiaire de 891 fr. 65 de janvier à septembre 2010 et de 823 fr. 35 pour octobre 2010, le montant soumis à restitution s'élevait à 1'040 fr. 30 pour le mois de janvier 2010, 1'021 fr. 90 pour le mois de février 2010, 1'077 fr. 25 pour le mois de mars 2010, 1'058 fr. 80 pour le mois d'avril 2010, 1'040 fr. 30 pour le mois de mai 2010, 1'060 fr. 40 pour les mois de juin à septembre 2010 et 934 fr. 30 pour le mois d'octobre 2010.

Par acte du 22 octobre 2012, l'assurée s'est opposée à la décision de restitution précitée, contestant les calculs effectués par la Caisse. Elle a tout d'abord fait valoir qu'il y avait lieu d'opérer une déduction de 10% sur son revenu brut à titre de « *frais pour activité salariée accessoire* », ce qui portait son gain intermédiaire brut à 627 fr. par mois. Elle a également reproché à la Caisse de ne pas avoir tenu compte des allocations familiales ainsi que des « *bonus pour [s]on avantage* ». Eu égard à ces différents éléments, l'assurée a soutenu que c'était un montant de 5'274 fr. 20 qu'elle devait à l'assurance-chômage.

Au surplus, elle a indiqué qu'elle renonçait à cinq jours de vacances ainsi qu'à son droit au chômage pour les 235,6 jours dont elle n'avait pas fait utilisation.

Le 28 mars 2013, C.\_\_\_\_\_ SA a adressé le courriel suivant à la Caisse de chômage :

"Pour faire suite à notre entretien téléphonique de ce jour, je vous communique ci-dessous le détail du salaire déclaré pour Madame N.S.\_\_\_\_\_, AVS n° [...] :

- Immeuble W.\_\_\_\_\_ : du 1<sup>er</sup> décembre 2009 au 31 décembre 2010 : 13 x Fr. 500.- = Fr. 6'500.-
- Immeuble X.\_\_\_\_\_ : du 1<sup>er</sup> mars 2010 au 31 décembre 2010 : 13 x Fr. 420.- = Fr. 4'200.-

Soit Fr. 10'700 au total.

S'agissant d'un salaire de conciergerie, nous n'établissons pas de fiche [de] salaire mensuelle."

Par décision sur opposition du 31 octobre 2013, la Caisse a confirmé son prononcé du 17 octobre 2012. Dans sa motivation, elle a notamment rappelé que sa demande de restitution était fondée sur la découverte de l'activité lucrative exercée par l'assurée pendant les mois de janvier à octobre 2012 [recte : 2010], alors qu'elle était inscrite à l'assurance-chômage et ne déclarait aucun gain intermédiaire - découverte qui avait été possible grâce au contrôle effectué en 2012 par le SECO. En particulier, la Caisse a souligné que dans les formulaires IPA des mois de janvier à octobre 2010, l'intéressée avait répondu par la négative à la question de savoir si elle avait travaillé chez un ou plusieurs employeurs. Or, selon l'extrait du compte individuel AVS établi le 26 juillet 2012 et l'attestation de l'employeur complétée le 29 août 2012 par C.\_\_\_\_\_ SA, l'assurée avait perçu un revenu de 10'700 fr. de janvier à décembre 2012 [recte : 2010]. Ce revenu annuel avait dès lors été divisé par douze pour obtenir un montant de 891 fr. 65 par mois. S'agissant de l'argument de l'assurée selon lequel ce montant devait être réduit à 627 fr. par mois (soit 7'524 fr. par an) en considération des frais subis, la Caisse a relevé que l'intéressée n'apportait aucune preuve à l'appui de ses allégation et que tous les documents au dossier faisaient état d'un

salaire brut de 10'700 fr. pour l'année 2010. Cela étant, la Caisse a observé que les revenus perçus par l'assurée de janvier à octobre 2010 pour son activité de concierge étaient inférieurs à son gain assuré de 3'846 fr. et auraient dès lors dû ouvrir le droit à des indemnités compensatoires mais non à de pleines indemnités journalières. De ce fait, les montants perçus en trop atteignaient 1'040 fr. 30 pour janvier, 1'021 fr. 90 pour février, 1'077 fr. 25 pour mars, 1'058 fr. 80 pour avril, 1'040 fr. 30 pour mai, 1'060 fr. 40 pour juin, juillet, août ainsi que septembre, et 934 fr. 30 pour octobre 2012 [recte : 2010] – soit 10'414 fr. 45 au total. En conséquence, la Caisse a estimé que sa demande de restitution était fondée, soulignant pour le surplus être intervenue dans le respect des délais applicables.

**D.** N.S. \_\_\_\_\_ a recouru le 29 novembre 2013 auprès de la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal à l'encontre de la décision sur opposition précitée, se référant pour l'essentiel à ses objections du 22 octobre précédent et produisant un onglet de pièces se rapportant aux phases antérieures de la procédure.

Invitée à compléter son acte de recours dépourvu de motifs et de conclusions, la prénommée, par écriture du 12 décembre 2013, a implicitement conclu à l'annulation de la décision entreprise. Elle explique que dans le cadre de son activité de concierge, elle a reçu un salaire de 980 fr. pour janvier et février 2010, puis de 7'200 fr. pour mars à octobre 2010, soit 8'180 fr. au total. Sur ce montant, « *et par calcul impôt l. \_\_\_\_\_* », elle fait valoir qu'il y a lieu d'opérer une déduction de 10% au titre de frais accessoires (outils, matériel), ce qui conduit à une somme de 7'362 fr. devant être restituée à la Caisse. En annexe, la recourante produit notamment le contrat de conciergerie conclu le 28 août 2009 entre son époux et elle-même, d'une part, et T. \_\_\_\_\_ SA, par C. \_\_\_\_\_ SA, d'autre part, portant sur l'immeuble sis Chemin W. \_\_\_\_\_ à I. \_\_\_\_\_, avec entrée en fonction au 1<sup>er</sup> janvier 2010, et prévoyant un salaire mensuel brut de 500 fr. – y compris 8,33% d'indemnité de vacances – avec en sus une « *indemnité pour téléphones et autres débours* » de 20 fr. 25, à payer en mains de l'assurée.

Appelée à se prononcer sur le recours, l'intimée en a proposé le rejet par réponse du 28 mars 2014.

Aux termes de sa réplique du 7 mai 2014, la recourante maintient sa position et demande plus particulièrement à ce que soient pris en compte les frais déductibles en matière fiscale. Pour le reste, elle souligne avoir « *trois enfant[s] à nour[r]ir chaque jour* » et réitère sa renonciation à cinq jours de vacances ainsi qu'à son droit au chômage pour les 235,6 jours dont elle n'a pas fait utilisation.

Par acte du 28 mars 2014 [sic], réceptionné par la Cour de céans le 2 juin 2014, l'intimée indique n'avoir aucune observation 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 (cf. 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 sur opposition et celles contre lesquelles la voie de l'opposition n'est pas ouverte sont sujettes à recours (cf. art. 56 al. 1 LPGA) auprès du tribunal des assurances compétent (cf. art. 100 al. 3 LACI, 128 al. 1 et 119 al. 1 let. a OACI [ordonnance du 31 août 1983 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité ; RS 837.02]). Le recours doit être déposé dans les trente jours suivant la notification de la décision sujette à recours (cf. art. 60 al. 1 LPGA).

Dans le cas présent, le recours a été formé en temps utile et dans le respect des formalités prévues par la loi (cf. art. 61 let. b LPGA notamment), de sorte qu'il est recevable.

**b)** La LPA-VD (loi cantonale vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative ; RS 173.36), s'applique aux recours et contestations par voie d'action dans le domaine des assurances sociales (cf. art. 2 al. 1 let. c LPA-VD). La Cour des assurances sociales est compétente pour statuer (cf. art. 93 let. a LPA-VD). La valeur litigieuse étant inférieure à 30'000 fr., la cause est de la compétence d'un membre de la Cour statuant en tant que juge unique (cf. 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 125 V 413 consid. 2c et 110 V 48 consid. 4a ; cf. RCC 1985 p. 53).

**b)** En l'espèce, est litigieuse la question de savoir si la Caisse était fondée à demander à la recourante la restitution d'un montant de 10'414 fr. 45, correspondant à des indemnités de chômage versées à tort entre janvier et octobre 2010.

**3. a)** Aux termes de l'art. 24 al. 1 et 3 LACI, est réputé intermédiaire tout gain que le chômeur retire d'une activité salariée ou indépendante durant une période de contrôle. L'assuré qui perçoit un gain intermédiaire a droit à la compensation de la perte de gain, le taux d'indemnisation étant fixé selon l'art. 22 LACI. Selon l'art. 24 al. 3 phr. 1 LACI, est réputée perte de gain la différence entre le gain assuré et le gain intermédiaire, ce dernier devant être conforme, pour le travail effectué, aux usages professionnels et locaux. Quant à l'art. 41a al. 1 OACI, il précise que lorsque l'assuré réalise un revenu inférieur à son indemnité de chômage, il a droit à des indemnités compensatoires pendant le délai-cadre d'indemnisation.

**b)** Les indemnités compensatoires se montent à 70 ou 80% de la perte de gain, selon le taux d'indemnisation auquel l'assuré a droit (cf. Boris Rubin, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, Genève/Zurich/Bâle 2014, n° 24 ad art. 24 LACI, p. 268). Dans ce contexte, la perte de gain indemnisable correspond à la différence entre le gain déterminant et le gain intermédiaire, le gain déterminant représentant le gain assuré journalier (gain assuré divisé par 21,7), multiplié par le nombre de jours contrôlés au cours d'un mois. Le gain déterminant varie donc en fonction du nombre de jours contrôlés au cours des mois durant lesquels l'activité est exercée, conformément au système d'indemnisation du chômage, fondé sur cinq indemnités journalières par semaine (cf. Rubin, op. cit. n° 25 ad art. 24 LACI, p. 268).

**4.** Aux termes de l'art. 95 al. 1 LACI, la demande de restitution est régie par l'art. 25 LPGA, à l'exception des cas relevant des art. 55 et 59c<sup>bis</sup> al. 4 LACI lesquels ne sont toutefois pas applicables en l'espèce.

**a)** L'art. 25 al. 1 LPGA, aux termes duquel les prestations indûment touchées doivent être restituées (phr. 1), est issu de la réglementation et de la jurisprudence antérieures à l'entrée en vigueur de la LPGA (cf. ATF 130 V 318 consid. 5.2 et les références). Selon cette jurisprudence, développée à partir de l'art. 47 al. 1 LAVS (loi fédérale du 20 décembre 1946 sur l'assurance-vieillesse et survivants ; RS 831.10) 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 consid. 3 et 110 V 176 consid. 2a avec 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 (cf. ATF 129 V 110 consid. 1.1 et 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).

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 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 (cf. ATF 127 V 466 consid. 2c et 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 (cf. DTA 2000 n° 40 p. 208). 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 ; cf. ATF 126 V 23 consid. 4b et les références).

**b)** 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 (cf. art. 25 al. 2 phr. 1 LPGA). Il s'agit là d'un délai de péremption (cf. TF 8C\_616/2009 du 14 décembre 2009 ; cf., pour l'ancien droit, ATF 124 V 380 consid. 1, 122 V 270 consid. 5a et 119 V 431 consid. 3a avec 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 (cf. ATF 124 V 380 consid. 1, 122 V 270 consid. 5b/aa et 119 V 431 consid. 3a avec les arrêts cités ; cf. TA PS.2005.0027 du 20 avril 2005 consid. 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 (cf. TF 8C\_616/2009 du 14 décembre 2009 consid. 3.2 ; cf. 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 (cf. TF 9C\_632/2012 du 10 janvier 2013 consid. 4.2 et K 70/06 du 30 juillet 2007 consid. 5.1). Le début de ce 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 (cf. ATF 124 V 380 consid. 2c).

**c)** 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 ou conteste que les conditions d'une reconsidération ou d'une révision procédurale sont réunies, 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, Droit fédéral, Survol des mesures cantonales, Procédure, 2<sup>e</sup> éd., Zurich/Bâle/Genève 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]).

**5.** Aux termes de la décision entreprise, l'intimée a relevé que dans les formulaires IPA des mois de janvier à octobre 2010, la recourante avait indiqué n'avoir occupé aucune activité salariée au cours des périodes de contrôle en question, affirmant être encore au chômage. Suite à un contrôle du SECO courant 2012, il était toutefois apparu que l'assurée avait exercé une activité de concierge dès le 1<sup>er</sup> janvier 2010, totalisant un revenu brut de 10'700 fr. en 2010 réalisé à l'insu de l'assurance-chômage. Cela étant, la Caisse a estimé être fondée à réclamer à l'assurée la restitution d'un montant de 10'414 fr. 45 correspondant aux prestations d'assurance-chômage perçues en trop par cette dernière pour les mois de janvier à octobre 2010.

Quant à la recourante, après avoir initialement tenté de se disculper en prétendant avoir été mal renseignée (cf. écriture du 5 octobre 2012), elle n'a par la suite plus contesté le principe de la restitution mais a en revanche critiqué le calcul de la somme à restituer.

**a)** Dans le cadre de la présente procédure de recours, le point de savoir si la recourante a ou non perçu des indemnités de chômages indues n'est donc pas litigieux, puisque les parties s'accordent à admettre que tel a bien été le cas.

Par surabondance, on rappellera ici qu'après avoir été alertée par le SECO, la Caisse a mis en œuvre dès le mois de juillet 2012 différentes mesures d'instruction qui ont révélé que l'assurée avait exercé une activité de concierge de janvier à octobre 2010, alors même qu'elle avait auparavant prétendu se trouver sans emploi lorsqu'elle avait complété les formulaires IPA relatifs à ces mêmes périodes. Peu importe, à ce propos, que l'intéressée ait dans un premier temps cherché à se décharger en prétextant avoir été mal renseignée par la Caisse (cf. courrier du 5 octobre 2012) : elle n'a en effet fourni aucune preuve susceptible d'accréditer une telle thèse. Du reste, la recourante a par la suite reconnu avoir perçu des prestations de chômage auxquelles elle n'avait pas droit et devant dès lors être restituées (cf. opposition du 22 octobre 2012, recours du 29 novembre 2013, complété le 12 décembre

2013, et réplique du 7 mai 2014). Aussi retiendra-t-on que lorsque l'intimée a eu connaissance de l'activité de concierge déployée par l'assurée à l'intérieur du délai-cadre d'indemnisation, elle a indéniablement découvert une circonstance justifiant de revenir sur les décomptes d'indemnités précédemment établis (cf. art. 53 al. 2 LPGA) et de requérir la restitution des prestations perçues en trop (cf. art. 25 LPGA en relation avec l'art. 95 al. 1 LACI).

**b)** Les parties s'opposent en revanche s'agissant du calcul du montant soumis à restitution.

Or, l'analyse du dossier met en évidence plusieurs problèmes concernant la détermination du gain intermédiaire, lequel s'avère pourtant décisif pour arrêter la perte de gain devant être compensée par l'assurance-chômage et, partant, pour calculer les montants indus sujets à restitution.

**aa)** Selon le système légal, le gain intermédiaire doit être examiné pour chaque période de contrôle (cf. art. 24 al. 1 phr. 1 LACI), soit pour chaque mois civil (cf. art. 27a OACI). Dans le cas particulier, l'intimée a expliqué s'être fondée sur un revenu mensuel de 891 fr. 65 procédant du revenu annuel brut de 10'700 fr. annoncé pour 2010 ( $10'700 \text{ fr.} / 12 = 891 \text{ fr.} 65$  [cf. décision sur opposition du 31 octobre 2013 ch. 3.2.3 p. 3]).

Il convient de relever tout d'abord que le gain intermédiaire doit généralement être déterminé selon les mêmes règles que celles applicables au calcul du gain assuré (cf. Rubin, op. cit., p. 326). Aussi, dans la mesure où les indemnités de frais n'entrent pas dans la fixation du gain assuré (cf. DTA 1992 n° 14 p. 139, spéc. p. 141 consid. 2c), tel ne doit pas non plus être le cas lors de la détermination du gain intermédiaire (cf. toutefois, pour la situation particulière des indépendants, l'art. 41a al. 5 OACI, inapplicable en l'espèce). Dès lors, quoi qu'en dise la recourante (cf. mémoire complémentaire du 12 décembre 2013), l'intimée était fondée à exclure de son calcul toute indemnité de frais, respectivement à ne pas opérer de déduction de 10% à titre de frais accessoires ; peu importe, du

reste, les frais déductibles du point de vue fiscal (cf. réplique du 7 mai 2014), ceux-ci ne revêtant pas de caractère obligatoire en matière d'assurance-chômage.

Cela étant, il faut relever que le gain intermédiaire est notamment composé des gratifications versées à l'assuré, celles-ci devant être imputées proportionnellement sur les autres mois de l'année pendant laquelle l'intéressé a travaillé - conformément au principe selon lequel, pour la détermination du gain intermédiaire comme pour le calcul du gain assuré, un revenu est réputé avoir été réalisé au moment où l'assuré a fourni la prestation de travail rémunératoire (cf. TFA C 179/06 du 15 novembre 2006 consid. 4, avec les références citées). Dans le cas particulier, le certificat de salaire 2010 fait état d'une somme de 300 fr. versée à titre de gratification de fin d'année, en plus du salaire brut. A la lumière des principes évoqués ci-dessus, ce montant aurait dû être pris en compte à titre de gain intermédiaire, de manière proportionnelle pour l'ensemble de la période concernée. L'étude du dossier montre toutefois que la Caisse n'a pas intégré ce montant au calcul du gain intermédiaire. Ce faisant, l'intimée a donc procédé de manière erronée, contrevenant à la jurisprudence susdite.

Il convient d'observer par ailleurs que selon la jurisprudence, l'indemnité de vacances acquise en plus du salaire ordinaire doit être prise en compte au titre de gain intermédiaire pour les mois où il y a effectivement vacances. Ce principe permet ainsi d'assurer l'égalité entre les assurés qui reçoivent une indemnité de vacances versée avec le salaire de base sous forme de pourcentage et ceux qui continuent à percevoir leur salaire durant leurs vacances (cf. ATF 125 V 47 consid. 5 et 124 V 73 consid. 4 ; cf. TFA C 330/05 du 11 avril 2006 consid. 5.2 ; cf. DTA 2000 n° 7 p. 33, spéc. p. 35 consid. 2). En l'occurrence, le contrat de conciergerie du 28 août 2009 afférent à l'immeuble sis Chemin W. \_\_\_\_\_ (p. 2) fait mention d'un salaire brut mensuel de 500 fr. comportant une part d'indemnité de vacances à hauteur de 8,33% ; rien de tel ne figure en revanche sur le contrat du même jour relatif à l'immeuble situé Chemin X. \_\_\_\_\_. Dans ces conditions, il revenait tout d'abord à l'intimée de

procéder aux vérifications nécessaires afin d'arrêter la part d'indemnité de vacances afférente à ce second contrat. Il lui incombait ensuite de déterminer les vacances concrètement prises par l'assurée au cours des périodes de contrôle litigieuses - étant relevé à ce propos que si le formulaire IPA du mois d'août 2010 mentionne une prise de vacances du 3 au 16 août 2010, il reste que ni l'assurée ni son employeur T. \_\_\_\_\_ SA n'ont véritablement été invités à s'exprimer sur la question. Sur cette base, il appartenait enfin à la Caisse d'intégrer l'indemnité de vacances au gain intermédiaire uniquement pour les mois ayant fait l'objet d'une prise effective de vacances. Toutefois, loin d'avoir suivi une telle ligne de conduite, l'intimée a en réalité complètement fait abstraction de cette problématique pour s'en tenir au revenu brut total perçu par l'assurée, sans distinction de la part relative à l'indemnité de vacances. Sous cet angle, la Caisse a donc calculé le gain intermédiaire de façon inexacte, sur la base d'un dossier incomplet.

Ainsi, si le raisonnement de l'intimée n'est pas critiquable s'agissant des indemnités de frais perçues par la recourante dans son activité de concierge, il apparaît en revanche que la Caisse a procédé de manière contraire aux exigences du droit fédéral pour ce qui est de la gratification de fin d'année et des indemnités de vacances de l'assurée, omettant sur ce dernier point de requérir les informations nécessaires. Pour ce motif, déjà, la décision entreprise ne saurait être confirmée.

**bb)** A cela s'ajoute que le revenu brut considéré par la Caisse à titre de gain intermédiaire est sujet à caution.

**aaa)** En effet, c'est initialement un revenu brut de 10'700 fr. qui a été annoncé en lien avec l'activité de concierge exercée par l'assurée au cours de l'année 2010 (cf. certificat de salaire 2010, extrait de compte AVS du 26 juillet 2012 et attestation de l'employeur du 29 août 2012). Ultérieurement, dans un courriel du 28 mars 2013, l'entreprise C. \_\_\_\_\_ SA a toutefois donné une autre version des faits, indiquant que le montant de 10'700 fr. se rapportait à une activité de concierge du 1<sup>er</sup> décembre 2009 au 31 décembre 2010 au Chemin W. \_\_\_\_\_ et du 1<sup>er</sup>

mars au 31 décembre 2010 au Chemin X.\_\_\_\_\_, étant précisé en outre qu'aucune fiche de salaire mensuelle n'avait été établie. Arithmétiquement, si l'on s'en tient au salaire mensuel brut mentionné dans chacun des deux contrats de travail du 28 août 2009, on constate que l'activité déployée du 1<sup>er</sup> janvier au 31 décembre 2010 pour l'immeuble sis Chemin de W.\_\_\_\_\_ correspond à un revenu brut de 6'000 fr. (soit 500 fr. x 12), et que l'activité effectuée du 1<sup>er</sup> mars au 31 décembre 2010 pour l'immeuble sis Chemin de X.\_\_\_\_\_ équivaut à un salaire brut de 4'200 fr. (soit 420 fr. x 10). On aboutit ainsi à une rémunération totale de 10'200 fr. pour l'année 2010, inférieure au revenu brut de 10'700 fr. susmentionné. Ce dernier montant peut néanmoins être atteint par l'addition d'un salaire mensuel supplémentaire de 500 fr. coïncidant avec le revenu brut prévu pour la conciergerie de l'immeuble sis Chemin W.\_\_\_\_\_, par hypothèse pour le mois de décembre 2009, tel qu'indiqué par C.\_\_\_\_\_ SA dans son courriel du 28 mars 2013.

Dans le même sens, on ajoutera encore que les indemnités de frais -exclues du calcul du gain intermédiaire (cf. consid. 5b/aa supra) - versées en 2010 étaient de 20 fr. 25 pour l'immeuble sis Chemin W.\_\_\_\_\_ (cf. contrat de travail y relatif du 28 août 2009 p. 2) et de 15 fr. 40 pour celui sis Chemin X.\_\_\_\_\_ (cf. contrat de travail y relatif du 28 août 2009 p. 2). Au total, selon le certificat de salaire 2010 (ch. 13.2.3), c'est une allocation pour frais forfaitaires de 417 fr. qui a été versée à l'intéressée en sus de son salaire brut - ce qui correspond à l'addition des indemnités susdites pour la période du 1<sup>er</sup> décembre 2009 au 31 décembre 2010 s'agissant de la conciergerie au Chemin W.\_\_\_\_\_ et du 1<sup>er</sup> mars au 31 décembre 2010 concernant la conciergerie au Chemin X.\_\_\_\_\_ ([20 fr. 25 x 13 mois]+ [15 fr. 40 x 10 mois] = 417 fr. 25). Cet élément plaide donc également dans le sens d'une prise d'activité dès le mois de décembre 2009 pour l'immeuble sis Chemin W.\_\_\_\_\_.

Or, cette distinction s'avère lourde de conséquences dans le cas particulier.

**bbb)** Il convient de se référer à ce propos à la notion de gain accessoire prévue à l'art. 23 al. 3 LACI, selon lequel « *Un gain accessoire n'est pas assuré. Est réputé accessoire tout gain que l'assuré retire d'une activité dépendante exercée en dehors de la durée normale de son travail ou d'une activité qui sort du cadre ordinaire d'une activité lucrative indépendante* ». Attendu que l'horaire de travail peut être variable dans beaucoup d'activités, la jurisprudence a précisé que ce qui caractérise le gain accessoire est bien le fait qu'il doit demeurer dans un rapport de proportion faible avec le revenu de l'activité principale (cf. ATF 123 V 230 consid. 3c ; cf. TFA C 230/03 du 19 octobre 2004 consid. 5.1).

Sur la base de ces mêmes principes, l'art. 24 al. 3 phr. 2 LACI précise que les gains accessoires ne sont pas pris en considération dans le gain intermédiaire. Les gains accessoires visés par cette dernière disposition sont ceux qui se rapportent à l'activité accessoire qui perdure après la perte de l'activité principale marquant la survenance du chômage et l'ouverture du délai-cadre d'indemnisation. Ainsi, un gain accessoire au sens de l'art. 24 al. 3 phr. 2 LACI ne peut être considéré comme tel que si une source principale de revenu existait en parallèle, durant le délai-cadre de cotisation, et que l'activité « *accessoire* » perdure après l'ouverture du délai-cadre d'indemnisation consécutive à la perte de l'activité principale. Si une activité de faible ampleur ne débute qu'après l'ouverture du délai-cadre d'indemnisation, il ne peut être question d'une activité procurant un gain accessoire au sens de l'art. 24 al. 3 LACI et il faut donc en tenir compte à titre de gain intermédiaire. Les gains accessoires réalisés durant le délai-cadre de cotisation ne deviennent des gains intermédiaires durant le délai-cadre d'indemnisation que s'ils augmentent sensiblement après la perte de l'activité principale. Ce n'est alors que la part de revenu supplémentaire (celle correspondant à l'augmentation sensible) qui constitue un gain intermédiaire (cf. Rubin, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, n° 39 ad art. 24 LPGA p. 271 s., avec les références citées).

A noter toutefois que si, pendant le délai de congé ou sachant qu'il sera licencié, un assuré prend une activité lui procurant un gain

accessoire, ce gain sera intégralement pris en compte à titre de gain intermédiaire lorsque l'intéressé se retrouvera au chômage (cf. Rubin, Assurance-chômage, p. 328 ; cf. Bulletin LACI IC [indemnité de chômage], janvier 2013, ch. C11, dont la teneur est identique à celle du ch. C11 de l'ancienne Circulaire relative à l'indemnité de chômage [Circulaire IC], de janvier 2007).

**ccc)** Si, au vu de ce qui précède, il ne fait aucun doute que l'activité de concierge exercée depuis le 1<sup>er</sup> mars 2010 au Chemin X. \_\_\_\_\_ doit être considérée comme un gain intermédiaire, les principes évoquées ci-dessus montrent en revanche que la situation est loin d'être aussi claire pour l'activité de concierge exercée au Chemin W. \_\_\_\_\_.

En effet, à supposer que l'activité de concierge pour l'immeuble sis Chemin W. \_\_\_\_\_ ait bien commencé au 1<sup>er</sup> janvier 2010, tel qu'initialement annoncé, le gain tiré de cette activité devrait de toute évidence être considéré comme un gain intermédiaire réalisé après l'ouverture du délai-cadre d'indemnisation au 31 décembre 2009.

Il en irait cependant différemment à suivre l'hypothèse mentionnée dans le courriel de C. \_\_\_\_\_ SA du 28 mars 2013 (et que semble confirmer l'addition arithmétique des revenus bruts ainsi que celle des indemnités de frais [cf. consid. 5b/bb/aaa supra]), selon laquelle l'activité de concierge pour l'immeuble sis Chemin W. \_\_\_\_\_ aurait débuté au 1<sup>er</sup> décembre 2009. En effet, on serait alors en présence d'une activité salariée initiée durant le délai-cadre de cotisation. Il s'imposerait par conséquent, dans un premier temps, de déterminer la nature accessoire ou non de cette activité par rapport à celle exercée jusqu'à la fin du mois de décembre 2009 auprès de R. \_\_\_\_\_ SA. Si le caractère accessoire de l'activité de concierge paraît à première vue plausible sur la base des pièces du dossier, il ne revient toutefois pas à la Cour de céans de trancher cette question alors même que celle-ci n'a jusqu'ici jamais été abordée par les parties. Aussi relèvera-t-on qu'à admettre que l'activité de concierge de l'assurée ne puisse être qualifiée d'accessoire, il y aurait lieu de réexaminer l'ensemble des prétentions de l'intéressée à la lumière de

ces circonstances. Par contre, à supposer que l'on puisse effectivement parler d'activité accessoire, il y aurait encore lieu d'établir les circonstances de cette prise d'activité. En effet, en l'état du dossier, rien ne permet d'écarter que l'assurée, ayant appris qu'elle allait perdre son emploi, ait décidé de prendre une activité accessoire durant le délai de congé voire même avant que son licenciement ne lui soit officiellement communiqué. Or, si cette thèse devait se vérifier, le gain tiré d'une telle activité devrait être pris en compte à titre de gain intermédiaire. Dans le cas contraire, les revenus afférents à la conciergerie pour l'immeuble sis Chemin W. \_\_\_\_\_ ne pourraient qu'être exclus du gain intermédiaire puisque générés par une activité accessoire ayant déjà débuté durant le délai-cadre de cotisation et perdurant postérieurement à la perte de l'activité principale (cf. consid. 5b/bb/bbb supra) ; il s'ensuivrait que seul le revenu engendré par l'augmentation de l'activité de concierge à partir du 1<sup>er</sup> mars 2010, pour l'immeuble sis Chemin X. \_\_\_\_\_, pourrait être considéré comme un gain intermédiaire et, partant, être prise en considération pour le calcul des indemnités indues devant être remboursées à la Caisse. En d'autres termes, cette dernière constellation aboutirait, sous l'angle du présent litige, à une réduction des montants soumis à restitution.

Au vu des enjeux en présence, il s'avère par conséquent décisif de savoir à quelle date et dans quelles circonstances la recourante a réellement débuté son activité de concierge pour l'immeuble sis Chemin W. \_\_\_\_\_. Or, l'instruction menée par l'intimée s'avère lacunaire sur ces questions ; notamment, les contradictions résultant des déclarations de l'employeur n'ont pas été levées à ce jour. Partant, l'état de fait déterminant n'ayant pas été suffisamment éclairci, la Cour de céans n'est pas en mesure de se prononcer à satisfaction de droit sur les points qui précèdent. Pour ce motif également, la décision entreprise ne saurait donc être maintenue.

**cc)** Il convient encore de relever que pour déterminer les montants à restituer pour chaque période de contrôle, la Caisse s'est fondée sur un gain intermédiaire de 891 fr. 65 à l'exception de la période

afférente au mois d'octobre 2010, où elle a tenu compte d'un gain intermédiaire de 823 fr. 35 (cf. décision sur opposition du 31 octobre 2013 ch. 3.2.3 et décomptes de prestations établis le 17 octobre 2012 pour les mois de janvier à octobre 2010). Or, en l'état du dossier, on ignore les raisons ayant poussé l'intimée à retenir un tel gain intermédiaire pour ce mois-là exclusivement. La Caisse n'a notamment pas précisé si elle avait procédé de la sorte eu égard à la précédente procédure de restitution mise en œuvre en novembre 2010 pour cette même période de contrôle (cf. let. B supra) ; elle n'a à plus forte raison pas détaillé les calculs effectués. Aucun début d'explication n'ayant été fourni à ce propos, la Cour de céans n'est par conséquent pas en mesure de se prononcer sur le bien-fondé du raisonnement suivi par la Caisse. En ce sens également, la décision litigieuse ne peut être confirmée.

**dd)** En définitive, il apparaît d'une part que l'instruction s'avère lacunaire et mérite d'être complétée en ce qui concerne l'activité de concierge exercée par l'assurée pour le compte de T. \_\_\_\_\_ SA ainsi que le revenu y relatif. Il apparaît d'autre part que le gain intermédiaire retenu par la Caisse n'a pas été arrêté conformément aux exigences du droit fédéral ; de surcroît, il manque de clarté s'agissant du mois d'octobre 2010. A la lumière de ces circonstances, la Cour de céans ne saurait se rallier à la décision litigieuse.

Partant, la cause ne peut qu'être renvoyée à l'intimée pour qu'elle en complète l'instruction au sens des considérants qui précèdent puis rende une nouvelle décision.

**c)** Dans ces conditions, il n'y a pas lieu de se prononcer sur les autres arguments invoqués par la recourante.

Tout au plus ajoutera-t-on, par surabondance, que la situation financière de l'assurée - implicitement invoquée dans la réplique du 7 mai 2014 - ne pourra être analysée, le cas échéant, qu'à l'occasion d'une demande ultérieure de remise de la prestation à restituer au sens des art. 25 al. 1 phr. 2 LPGA et 4 OPGA (cf. consid. 4c supra).

**6.**           **a)** En conséquence, le recours doit être admis et la décision attaquée annulée, la cause étant renvoyée à l'intimée pour complément d'instruction au sens des considérants et nouvelle décision.

**b)** Il n'y a pas lieu de percevoir de frais judiciaires, la procédure étant gratuite (cf. art. 61 let. a LPGA).

                  La recourante n'a par ailleurs pas droit à des dépens, dès lors qu'elle a procédé sans l'assistance d'un mandataire et n'a donc pas dû engager de frais pour défendre ses intérêts (cf. art. 61 let. g LPGA et art. 55 al. 1 LPA-VD).

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

- I. Le recours est admis.
  
- II. La décision sur opposition rendue le 31 octobre 2013 par la Caisse cantonale de chômage est annulée, la cause lui étant renvoyée pour complément d'instruction au sens des considérants et nouvelle décision.
  
- III. Il n'est pas perçu de frais judiciaires, ni alloué de dépens.

La juge unique :

La greffière :

**Du**

L'arrêt qui précède est notifié à :

- N.S. \_\_\_\_\_,
- Caisse cantonale de chômage,
- 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 :