

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Arrêt du 7 décembre 2015

Composition : M. MÉTRAL, juge unique
Greffier : M. Bohrer

Cause pendante entre :

N._____, à [...], recourant, représenté par Me Diego Bischof, avocat à Lausanne,

et

CAISSE CANTONALE DE CHÔMAGE, DIVISION JURIDIQUE, à Lausanne, intimée.

Art. 60 al. 1 LPGA ; 23 al. 3, 24 al. 1 et 3, 30 al. 1 let. e et f LACI ; 29 et 45 al. 3 let. b OACI

E n f a i t :

A. N._____ (ci-après également : l'assurée ou le recourant) a travaillé depuis le 18 mars 2002 pour l'entreprise de construction F._____ SA, en qualité de manoeuvre, à plein temps. Dès le 31 mars 2008, il a également travaillé comme employé d'entretien pour l'entreprise M._____ SA, sur une base de 10 heures par semaines, entre 18h30 et 20h30, du lundi au vendredi. Il lui arrivait toutefois de faire quelques heures de plus ou de moins selon les semaines et selon ses vacances.

En juin 2011, [...] a déposé une demande d'indemnités journalières de l'assurance-chômage, en indiquant avoir dû réduire son taux d'activité pour F._____ SA à 25%, en raison d'une incapacité de travail durable dans cette entreprise. Un premier délai-cadre d'indemnisation lui a été ouvert dès le 16 juin 2011. N._____ n'a pas annoncé à l'assurance-chômage son activité pour M._____ SA, en particulier dans sa demande de prestation et ses réponses à la question relative à son activité pour un ou plusieurs employeurs sur les formulaires « Indications de la personne assurée », qu'il a adressés chaque mois à la Caisse cantonale de chômage (ci-après également : la caisse ou l'intimée).

L'activité de l'assuré auprès de F._____ SA a pris fin au 30 septembre 2012. Celle auprès de M._____ SA s'est poursuivie.

Le 12 avril 2013, N._____ a subi un accident qui a entraîné une incapacité de travail jusqu'au 17 novembre 2013, pour laquelle la Caisse Accident E._____ (ci-après : Caisse Accident E._____) lui a alloué des indemnités journalières, du 15 avril au 30 septembre 2013. La Caisse Accident E._____ a considéré que l'incapacité de travail n'était plus en relation de causalité avec l'accident, pour la période courant dès le 1^{er} octobre 2013.

Compte tenu des indemnités journalières versées par la Caisse Accident E._____, la Caisse cantonale de chômage n'a alloué à l'assuré aucune indemnité pour la période du 15 avril au 30 septembre 2013. Elle lui a en revanche versé des indemnités journalières du 1^{er} au 31 octobre 2013, puis dès le 18 novembre 2013, après lui avoir ouvert un second délai-cadre d'indemnisation dès le 1^{er} octobre 2013. L'examen du droit aux prestations de l'assurance-chômage dès cette date a toutefois pris du temps, de sorte que les indemnités n'ont pas été versées immédiatement. Dans l'intervalle, N._____ a déposé une demande d'avance de prestations au Centre social régional de [...], le 8 janvier 2014.

Le 27 février 2014, se référant à « divers échanges téléphoniques concernant [N._____] », M._____ SA a communiqué à la Caisse cantonale de chômage les copies des fiches de salaires de l'assuré depuis le 31 mars 2008 ainsi que des formulaires d'« Attestation de gain intermédiaire » pour la période de juin 2011 à janvier 2014. Ces attestations sont toutes datées du 27 février 2014.

Dans une lettre du 7 mars 2014 à l'assuré, la Caisse cantonale de chômage a constaté qu'il avait fait contrôler abusivement son chômage du 16 juin 2011 au 12 avril 2013 et du 1^{er} octobre 2013 au 31 janvier 2014, en ne l'informant pas de son activité pour M._____ SA. Il s'exposait ainsi à une suspension dans l'exercice de son droit aux indemnités et à l'obligation de restituer les prestations indûment perçues. Un délai de dix jours lui était imparti pour se déterminer.

Le 11 mars suivant, sans attendre l'échéance du délai de dix jours imparti à l'assuré, la Caisse cantonale de chômage a exigé la restitution d'un montant de 4'281 fr. 20 qui lui avait été versé à tort, après avoir procédé « à la correction de vos décomptes » sur la base des attestations de gain intermédiaire remplies par M._____ SA.

N._____, représenté par [...], « conseiller en gestion de PME », s'est opposé à cette décision, par acte du 17 mars 2014, en concluant à son annulation. Il a exposé que son travail pour M._____ SA était une

activité accessoire exercée dans la même mesure depuis mars 2008, soit bien avant son chômage, de sorte qu'elle ne pouvait être qualifiée de gain intermédiaire et restait sans influence sur le droit aux prestations. Il a requis l'allocation de dépens pour la procédure d'opposition.

Par décision du 25 mars 2014, la Caisse cantonale de chômage a suspendu l'assuré dans l'exercice de son droit aux prestations, pour une durée de 31 jours dès le 3 février 2014, en raison d'une violation de son obligation de renseigner constitutive de faute grave.

Le 9 mai 2014, l'assuré, toujours représenté par [...], s'est opposé à cette seconde décision en concluant à son annulation et à l'octroi de dépens pour la procédure d'opposition.

Par décision sur opposition du 7 octobre 2014, la Caisse cantonale de chômage a réformé la décision de restitution du 11 mars 2014, en ce sens qu'elle n'exigeait plus désormais que la restitution d'un montant de 63 fr. 55 correspondant à des indemnités versées à tort, selon elle, pour les périodes de juin 2011 à avril 2013 et d'octobre 2013 à janvier 2014. La caisse a refusé d'allouer des dépens pour la procédure d'opposition.

Par une seconde décision sur opposition, également datée du 7 octobre 2014, la Caisse cantonale de chômage a maintenu la suspension de l'assuré dans l'exercice de son droit aux indemnités journalières, pour une durée de 31 jours. Elle a refusé d'allouer des dépens pour la procédure d'opposition.

B. N._____, désormais représenté par Me Diego Bischoff, a recouru par acte déposé le 7 novembre 2014 contre les deux décisions sur opposition du 7 octobre 2014, en prenant les conclusions suivantes :

« I. La décision rendue par la Caisse cantonale de chômage [...] astreignant le recourant de restituer à la Caisse le montant de CHF 63.55 est annulée, respectivement réformée en ce sens que N._____ est libéré de toute obligation de restitution à l'égard de la Caisse.

II. La décision rendue par la Caisse cantonale de chômage [...] prononçant à l'encontre du recourant une suspension de son droit aux indemnités de 31 jours indemnisables dès le 3 février 2014 est annulée, subsidiairement réformée en ce sens qu'une suspension est prononcée pour une très brève durée, fixée à dire de Justice. »

Le recourant maintient que l'activité exercée pour M. _____ SA était une activité accessoire et non un gain intermédiaire. Il conteste que l'importance de cette activité ait varié depuis le début de son chômage. Il soutient par ailleurs que la découverte de son activité accessoire par la Caisse cantonale de chômage n'était pas fortuite, mais résultait d'une communication délibérée de sa part. Il était de bonne foi en n'annonçant pas immédiatement cette activité accessoire, dès lors qu'elle était sans influence sur son droit aux prestations. Enfin, à supposer qu'une négligence puisse lui être reprochée, celle-ci serait légère et ne justifierait qu'une sanction très inférieure à celle prononcée par l'intimée.

L'intimée a conclu au rejet du recours le 11 décembre 2014. Elle soutient que l'assuré a réalisé chaque mois, depuis le début de son chômage, un « gain supplémentaire » par rapport à celui qu'il avait réalisé, en moyenne, auprès de M. _____ SA pendant l'année qui avait précédé son chômage. Il convenait de prendre en considération ces dépassements, à titre de gain intermédiaire, ce qui conduisait à constater que l'assuré avait perçu 63 fr. 55 de trop pendant la période litigieuse. L'intimée souligne par ailleurs que ce n'était pas le recourant qui lui avait annoncé son activité pour M. _____ SA et qu'au contraire, celui-ci n'en avait jamais fait mention dans ses demandes de prestations ni sur les formulaires « Indications de la personne assurée ». Cette violation de son obligation de renseigner avait conduit au versement de prestations indues et constituait une faute grave, répétée pendant toute la durée du chômage du recourant.

Le 27 janvier 2015, le recourant a maintenu ses conclusions précédentes, en y ajoutant toutefois une conclusion supplémentaire tendant au paiement, par l'intimée, d'une indemnité de dépens de 1'530 fr. pour la procédure d'opposition. Il a maintenu, par ailleurs, qu'il avait

été sincère dans ses déclarations et n'avait pas cherché à cacher des revenus. Il n'avait certes pas annoncé spontanément son activité accessoire à l'intimée, mais au Centre social régional de [...] ; il était très probable que l'intimée avait appris l'existence de cette activité grâce aux renseignements communiqués par ce centre. Il n'avait jamais eu l'intention de percevoir indûment des prestations.

Par duplique du 19 février 2015, l'intimée a maintenu ses conclusions tendant au rejet du recours, s'en remettant à justice en ce qui concerne la recevabilité de la conclusion relative à l'allocation d'une indemnité de dépens pour la procédure d'opposition.

E n d r o i t :

1. Le litige porte sur l'obligation du recourant de restituer à l'intimée un montant de 63 fr. 55 en raison des revenus réalisés auprès de M. _____ SA, ainsi que sur le principe et la quotité de la mesure de suspension du recourant dans l'exercice de son droit aux prestations, prononcée par l'intimée à l'encontre du recourant. Sur ces points, le recours a été adressé en temps utile et selon les formes prescrites par la loi, devant le tribunal compétent, de sorte qu'il est recevable.

Le recourant conclu également à l'octroi d'une indemnité de dépens pour la procédure d'opposition. Dans les deux décisions sur oppositions litigieuses du 7 octobre 2014, l'intimée a rejeté la demande qu'il avait présentée dans ce sens. Le recourant n'a toutefois contesté ce refus que dans sa détermination du 27 janvier 2015, soit largement après l'échéance du délai de recours de 30 jours fixé par l'art. 60 al. 1 LPGA (loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales ; RS 830.1). Dès lors que le recourant n'a pris aucune conclusion relative à l'octroi d'une indemnité de dépens pour la procédure d'opposition, dans son mémoire de recours du 7 novembre 2014, et qu'il ne ressortait pas davantage de son argumentation à l'époque qu'il entendait contester les décisions sur opposition du 7 octobre 2014 sur ce

point, le refus de l'indemnité de dépens par l'intimée est entré en force à l'échéance du délai de recours. La conclusion prise par le recourant le 27 janvier 2015 et tendant à la condamnation de l'intimée à des dépens pour la procédure d'opposition est donc irrecevable.

2. a) Aux termes de l'art 24 al. 1 LACI (loi fédérale du 25 juin 1982 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité ; RS 837.0), est réputé intermédiaire tout gain que le chômeur retire d'une activité salariée ou indépendante durant une période de contrôle. La différence entre le gain assuré et le gain intermédiaire est réputée perte de gain ; les gains accessoires ne sont pas pris en considération (art. 24 al. 3 LACI). Selon l'art. 23 al. 3 LACI, est réputé gain 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.

b) Dans un ATF 123 V 230, le Tribunal fédéral a précisé qu'en cas d'augmentation marquée de l'activité accessoire pendant la période de chômage, il convenait de qualifier de gain intermédiaire les revenus supplémentaires tirés cette augmentation (arrêt cité, consid. 3c). Dans le cas faisant l'objet de cet arrêt, l'assuré avait perçu une indemnité journalière de chômage du 1^{er} juillet 1993 au 14 janvier 1995. Il avait exercé une activité accessoire à son activité principale, depuis le 17 août 1990, en qualité de garde auxiliaire, mais avait multiplié par plus de sept le revenu qu'il en avait retiré en 1994, par rapport à celui qu'il en avait retiré en 1990 et 1991 ; ce revenu était même multiplié par vingt par rapport à celui réalisé en 1993.

Dans un autre arrêt du 27 janvier 2003 dans la cause C 149/02, auquel se réfère l'intimée, le Tribunal fédéral des assurances a également considéré que le gain supplémentaire de 867 fr. et de 287 fr. réalisé par une assurée dans les deux premiers mois après le début de son chômage, par rapport à son revenu moyen tiré d'une activité accessoire lors des douze mois précédents, devait être qualifié de gain intermédiaire. Avant le début de son chômage, l'assurée avait exercé cette activité accessoire à

un taux de 12% en moyenne d'octobre 2000 à septembre 2001, et avait réalisé ainsi un revenu moyen de 1'898 fr. Elle avait ensuite réalisé, en octobre et novembre 2001, des revenus de 2'765 fr. et 2'185 fr., mais soutenait qu'un gain intermédiaire restait exclu dès lors qu'elle n'avait pas exercé son activité à plus de 20%.

3. a) Dans les deux cas ayant donné lieu aux arrêts mentionnés ci-avant, les assurés concernés avaient augmenté de manière importante les revenus tirés des activités accessoires qu'ils exerçaient avant leur période de chômage. On peut clairement déduire de l'état de fait du premier cas cité que l'assuré avait nettement augmenté le temps consacré à cette activité, après le début de son chômage ; l'état de fait décrit dans le second arrêt est très succinct, mais il est également probable que le temps consacré à son activité accessoire par l'assurée concernée a été assez nettement supérieur, en octobre 2001, à celui qu'elle y consacrait auparavant.

b) Le cas du recourant, en l'espèce, est différent. Le recourant soutient n'avoir pas davantage consacré de temps qu'auparavant à son activité accessoire après le début de son chômage, soit environ 10 heures par semaine, de 18h30 à 20h30. Cette allégation est fondée, à la lecture des pièces du dossier, ce que l'intimée ne conteste pas. On ne peut donc pas qualifier de gain intermédiaire l'activité du recourant pour M. _____ SA, pendant son chômage, au motif qu'il aurait augmenté le temps qu'il y consacrait.

L'intimée soutient, en revanche, que le recourant a réalisé au moyen de cette activité accessoire, un revenu supérieur après le début de son chômage, par rapport à celui qu'il réalisait auparavant. Cette allégation ne se vérifie pas. Si l'on se réfère aux certificats de salaire annuels établis par M. _____ SA et figurant au dossier, cette entreprise a versé à N. _____ un salaire brut de 7'235 francs pour la période du 31 mars au 31 décembre 2008, soit une moyenne mensuelle de 803 fr. 90, de 9'381 fr. pour la période du 1^{er} janvier au 31 décembre 2009, soit une moyenne mensuelle de 781 fr. 85, de 10'712 fr. pour la période du 1^{er}

janvier au 31 décembre 2010, soit une moyenne mensuelle de 892 fr. 70, de 9'590 fr. pour la période du 1^{er} janvier au 31 décembre 2011, soit une moyenne mensuelle de 799 fr. 15, de 10'439 fr. pour la période du 1^{er} janvier au 31 décembre 2012, soit une moyenne mensuelle de 869 fr. 90, de 9'629 fr. pour la période du 1^{er} janvier au 31 décembre 2013, soit une moyenne mensuelle de 802 fr. 40. Le salaire versé en janvier 2014 était de 885 fr. 75.

On ne peut déduire de ce qui précède aucune augmentation marquée des revenus que le recourant tirait de son activité accessoire, après le début de son chômage, par rapport à la situation qui prévalait auparavant. En particulier, le revenu réalisé en 2010 était en moyenne de 892 fr. 70 par mois alors que celui réalisé en 2011, 2012, 2013 et 2014 était inférieur. Par ailleurs, si l'on se réfère aux décomptes de salaire mensuels établis par M. _____ SA et figurant au dossier, on constate que le recourant a réalisé un revenu total de 10'306 fr. 05 dans l'année qui a précédé son chômage, soit pour la période de juin 2010 à mai 2011, ce qui correspond à un revenu mensuel moyen de 858 fr. 85. Pour la période postérieure, soit de juin 2011 à janvier 2014, il a réalisé un revenu total de 27'549 fr. 25, c'est-à-dire un revenu mensuel de 860 fr. 90 en moyenne. On ne saurait déduire, d'une différence de revenu de 2 fr. 05 par mois en moyenne, une augmentation marquée de l'activité exercée par le recourant pour M. _____ SA, justifiant de qualifier de gain intermédiaire le supplément ainsi réalisé. Une telle conclusion pourrait également se déduire aisément du caractère pour le moins limité exigé en restitution par l'intimée (63 fr. 55).

Il s'ensuit que la conclusion du recourant tendant à l'annulation de la décision sur opposition du 7 octobre 2014 de l'intimée, relative à la restitution de 63 fr. 55, est fondée.

4. Le recourant admet, dans sa dernière détermination, n'avoir pas annoncé spontanément aux organes de l'assurance-chômage qu'il exerçait une activité accessoire ; il allègue néanmoins avoir fait cette annonce au Centre social régional de [...]. Quand bien même cette

allégation serait exacte, ce qui est probable, mais n'est pas démontré, le recourant ne pouvait s'abstenir de faire de même auprès des organes de l'assurance-chômage. Dans la mesure où il s'agissait bien d'une activité accessoire et non d'un gain intermédiaire, on doit admettre qu'il n'y avait pas volonté de sa part d'obtenir indûment des prestations, de sorte que les conditions posées à l'application de l'art. 30 al. 1 let. f LACI ne sont pas remplies. En revanche, le recourant avait été dûment avisé de son obligation de renseigner l'intimée de toutes les activités lucratives qu'il exerçait et a violé cette obligation, notamment en ne remplissant pas correctement les formulaires « Indications de la personne assurée », contrairement à ses obligations (cf. art. 29 OACI [ordonnance du 31 août 1983 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité ; RS 837.02]). Il a ainsi rendu plus compliqué l'exercice de son activité de contrôle par l'intimée. Cette négligence n'est pas constitutive d'une faute grave ; toutefois, la violation de l'obligation d'annoncer l'exercice d'une activité lucrative, fût-elle accessoire, mois après mois pendant plusieurs années, n'est pas anodine et ne peut être qualifiée de faute légère. Il convient donc de réformer la décision sur opposition du 7 octobre 2014, relative à la suspension du droit aux indemnités, en ce sens que le recourant est suspendu dans l'exercice de son droit aux prestations, en raison d'une faute de gravité moyenne, pour une durée de 16 jours dès le 3 février 2014, en application des art. 30 al. 1 let. e LACI et 45 al. 3 let. b OACI.

5. Le recourant voit ses conclusions partiellement admises et peut prétendre à une indemnité de dépens pour la procédure de recours, à la charge de l'intimée (art. 61 let. g LPGA). Au vu de la valeur litigieuse inférieure à 30'000 fr., il convient de statuer conformément à la procédure (juge unique) prévue par l'art. 94 al. 1 let. a LPA-VD (loi cantonale vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative ; RSV 173.36). L'indemnité de dépens précitée, mise à la charge d'une institution d'assurances sociales, est à même de couvrir la rémunération du conseil d'office, de sorte qu'il n'y a pas lieu de fixer précisément le montant de l'indemnité qui aurait dû lui être versée (art. 118 et 122 CPC

[code de procédure civile du 19 décembre 2008 ; RS 272], par renvoi de l'art. 18 al. 5 LPA-VD).

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

- I. Le recours contre les décisions sur opposition rendues le 7 octobre 2014 par la Caisse cantonale de chômage est irrecevable en tant qu'il porte sur le droit aux dépens pour les procédures d'opposition.

- II. Le recours contre les décisions sur opposition rendues le 7 octobre 2014 est partiellement admis en tant qu'il porte sur l'obligation de restituer des prestations et la suspension du droit aux indemnités ; la décision sur opposition du 7 octobre 2014 relative à l'obligation de restituer un montant de 63 fr. 55 (soixante-trois francs et cinquante-cinq centimes) est annulée et la décision sur opposition du 7 octobre 2014 relative à la suspension du droit aux indemnités est réformée en ce sens que ce droit est suspendu pour une durée de 16 jours dès le 3 février 2014.

- III. La Caisse cantonale de chômage versera au recourant une indemnité de dépens de 2'400 fr. (deux mille quatre cents francs) pour la procédure de recours devant la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal.

Le juge unique :

Le greffier :

Du

L'arrêt qui précède est notifié à :

- Me Diego Bischof, avocat (pour N. _____),
- 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).

Le greffier :