

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Arrêt du 2 juin 2016

Composition : M. DÉPRAZ, juge unique
Greffier : M. Addor

Cause pendante entre :

Z._____, à E._____, recourant,

et

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

Art. 25, 27 et 53 LPGA ; 24 LACI ; 19a al. 2 OACI

E n f a i t :

A. Z._____ (ci-après : l'assuré ou le recourant), titulaire d'un permis d'établissement à durée illimitée, s'est inscrit le 22 décembre 2014 en tant que demandeur d'emploi auprès de l'Office régional de placement d'E._____ (ci-après : l'ORP) et a revendiqué le paiement des indemnités de l'assurance-chômage dès le 1^{er} janvier 2015.

Il a auparavant exercé depuis le 1^{er} février 2012 une activité d'opérateur logistique auprès d'A._____ SA et a résilié le contrat de travail pour le 31 décembre 2014.

La Caisse cantonale de chômage (ci-après : la Caisse ou l'intimée) lui a ouvert un délai-cadre d'indemnisation dès le 1^{er} janvier 2015.

Par décision du 6 janvier 2015, l'ORP a suspendu l'assuré de son droit aux indemnités de chômage pour une durée de 12 jours à compter du 1^{er} janvier 2015 en raison de l'absence de recherches d'emploi pendant la période précédant le chômage.

Le 11 janvier 2015, l'assuré a écrit un courriel à F._____, conseiller en charge de son dossier à l'ORP, dans lequel il lui exposait son intention de se former pour devenir un « assistant technicien en salle d'opération ». Il précisait que cette formation nécessitait au préalable une expérience ou un stage de six mois minimum dans une salle d'opération. Par courriel du 15 janvier 2015, l'assuré a encore demandé des précisions pour que la période de « transition » se passe au mieux pour lui au cas où il changerait d'orientation.

A une date non précisée, F._____ a répondu à l'assuré qu'il lui avait déjà expliqué comment cela se passait et quelles étaient les contraintes de l'assurance-chômage. Il incitait l'assuré à rechercher des informations sur internet et rappelait qu'en tant que conseiller ORP, il

devait veiller à ce que le retour dans l'économie de l'assuré se fasse dans les meilleurs délais. Il a enfin indiqué que le sujet serait abordé lors du prochain rendez-vous.

Le procès-verbal de l'entretien du 2 février 2015 entre l'assuré et son conseiller ORP a le contenu suivant :

« Notre assuré va entreprendre une démarche de qualification qui le fera certainement sortir du chômage. En effet, le 1^{er} mars il commencera un stage d'assistant en salle d'opération à l'hôpital de W. _____, stage qui n'est absolument pas rémunéré. S'il venait à être rémunéré, nous tenterons de voir si une prise en charge est envisageable. Il nous tiendra au courant et nous le reverrons encore ce mois afin qu'il réfléchisse encore bien quant aux éventuelles conséquences [...] ».

Par décision du 4 février 2015, la Caisse a suspendu l'assuré de son droit aux indemnités de chômage pour une durée de 31 jours à compter du 1^{er} janvier 2015 en raison du fait que l'assuré était sans travail par sa propre faute.

Par courriel du 16 février 2015, l'assuré a indiqué à son conseiller en placement que l'hôpital lui avait confirmé que le stage était un stage non rémunéré.

Selon le procès-verbal d'entretien du 17 février 2015, l'assuré a indiqué à son conseiller ORP qu'il n'avait plus les moyens d'entreprendre la formation compte tenu du fait que sa femme était enceinte et des sanctions prononcées à son encontre.

Le 26 mars 2015, l'assuré a remis à la Caisse le formulaire « Indications de la personne assurée » pour le mois de mars 2015. Dans ce formulaire, il a répondu par non à la question 1 « Avez-vous travaillé chez un ou plusieurs employeurs ? » ainsi qu'à la question 3 « Avez-vous suivi une mesure du marché du travail au cours de ce mois ? (par exemple : cours, programme d'occupation, stage) ? ». L'assuré a fait de même dans les formulaires des mois suivants.

Le 27 avril 2015 a eu lieu un nouvel entretien entre l'assuré et son conseiller ORP dont le procès-verbal a la teneur suivante :

« Notre assuré nous confirme que dès avril il a choisi de suivre un stage de 6 mois à l'Hôpital de W. _____ en qualité d'aide en salle d'opération non rémunéré et de 6 mois [sic]. Nous lui avons clairement dit que ceci remettrait en question son aptitude [au placement, réd.]. Notre assuré nous a apporté cette info par mail en mars, mais notre collègue suppléant n'a pas saisi l'importance de cette information. Dès lors, nous lançons l'examen d'aptitude en placement car notre assuré n'est pas disponible. Il faut dire que notre assuré nous avait laissé entendre par téléphone qu'il y renonçait et finalement c'est le contraire qui se passe ».

F. _____ a soumis la situation de l'assuré au Service d'emploi, Instance juridique chômage (ci-après : le SDE), qui a répondu de la manière suivante le 28 avril 2015 :

« [...] Si effectivement ce stage prêterite la disponibilité de l'assuré, il nous semble que la situation doit d'abord être examinée sous l'angle d'une prise en charge MMT [mesure du marché du travail, réd.] par l'ORP, afin cas échéant de prononcer une décision négative. Un peu comme dans le cas des cours suivis par les assurés sans avoir été agréés par l'ORP.

Ainsi, si nous devons nier l'aptitude au placement de l'assuré, nous aurions une décision négative qui renforcerait notre propre décision d'inaptitude.

Merci donc de statuer sur la prise en charge de ce stage, et de rendre une décision formelle.

Si négative, vous pourrez alors resoumettre le cas pour examen AP [aptitude au placement, ndr] ».

Sur demande de son conseiller ORP, l'assuré lui a fait parvenir le 7 mai 2015 une attestation de stage de l'Ensemble hospitalier Y. _____ (ci-après : l'Ensemble hospitalier Y. _____ ou l'employeur) du 12 février 2015 selon laquelle cet établissement avait organisé pour l'assuré un stage non rémunéré au bloc opératoire de l'Hôpital de W. _____ qui se déroulerait du 1^{er} mars 2015 au 30 septembre 2015. L'assuré a en outre précisé que le stage prendrait fin le 31 août 2015 et non le 30 septembre 2015, comme indiqué dans l'attestation.

Par décision du 19 mai 2015, l'ORP a refusé la demande de participation de l'assuré au stage de formation du 1^{er} mars 2015 au 30 septembre 2015 à l'Hôpital de W._____, notamment parce que le stage excédait la durée de trois semaines et qu'il n'était pas effectué en vue d'un engagement.

Par un courrier daté du 3 avril (recte : juin) 2015, l'assuré a formé une opposition à cette décision. En substance, l'assuré exposait que ce stage lui permettrait de s'occuper en attendant de trouver un emploi et de potentiellement pouvoir sortir du chômage grâce à cette formation. Il précisait que ce stage était d'une durée de six mois et que pendant celle-ci il continuait à remplir ses obligations de chômeur. Il exposait en outre être pleinement disponible pour un nouvel emploi compte tenu du fait qu'aucun contrat ne l'obligeait à poursuivre le stage. Enfin, il indiquait avoir pu élargir ses recherches d'emploi.

Par courrier du 29 mai 2015, le SDE a informé l'assuré qu'il allait statuer sur son aptitude au placement et l'a invité à fournir des renseignements complémentaires. Par courrier du 3 juin 2015, l'assuré a indiqué en substance qu'il était disponible pour exercer une activité salariée à 100% dès lors qu'il avait la possibilité d'arrêter le stage à tout moment s'il trouvait un emploi. Il exposait en outre remplir ses obligations de chômeur pendant la durée du stage et être en mesure de continuer à le faire.

Sur requête du SDE, l'assuré a produit une confirmation de stage de l'Ensemble hospitalier Y._____ datée du 25 juin 2015 dont il résulte qu'il a effectué un stage au bloc opératoire de l'Hôpital de W._____ du 1^{er} mars 2015 au 30 juin 2015 et que ce stage est non rémunéré et peut être arrêté en tout temps.

Par courrier du 2 juillet 2015, le SDE a averti la Caisse qu'il avait renoncé à rendre une décision administrative au sujet de l'aptitude au placement de l'assuré compte tenu de l'attestation produite par ce dernier spécifiant qu'il était libre d'interrompre son stage à tout moment.

Le SDE laissait en outre à la Caisse « le soin d'examiner la question du salaire fictif étant donné que ce stage est non rémunéré ».

Par courriel du 16 juillet 2015, l'assuré a informé son conseiller ORP qu'il avait été engagé par l'Hôpital de W._____ (recte : l'Ensemble hospitalier Y._____) dès le 1^{er} juillet 2015 à 100% et pour une durée indéterminée. L'assuré a produit par la suite le contrat de travail signé le 9 juin 2015 par J._____, responsable des ressources humaines de l'Ensemble hospitalier Y._____ et le 12 juin 2015 par l'assuré. Selon ce contrat, l'assuré est engagé dès le 1^{er} juillet 2015 à un taux de 100% en qualité d'aide en salle d'opération non spécialisé au bloc opératoire de l'Hôpital de W._____ pour un salaire de base mensuel de 4'042 fr. 35.

Par décision du 5 août 2015, le SDE a rejeté l'opposition formée par l'assuré contre la décision de l'ORP du 19 mai 2015 et confirmé cette dernière. Le stage relevait du perfectionnement professionnel, lequel n'était pas à la charge de l'assurance-chômage. La condition du placement difficile faisait en outre défaut puisque l'absence de cette formation n'était pas la cause du chômage de l'assuré mais relevait d'un choix personnel. L'assuré n'a pas recouru contre cette décision si bien qu'elle est entrée en force.

B. Par décision du 23 juillet 2015, la Caisse a pris en compte au titre de gain intermédiaire le salaire de 4'379 fr. 20, treizième salaire non compris, à partir du 1^{er} mars 2015. La motivation de cette décision était la suivante :

« Vous avez été engagé dès le 1^{er} mars 2015 auprès de l'Ensemble hospitalier Y._____, sur la base d'un stage non rémunéré. Ce non salaire n'est pas conforme aux usages professionnels et locaux.

Dès lors et compte tenu des dispositions légales précitées, la caisse doit prendre en compte comme gain intermédiaire à partir du 1^{er} mars 2015, le montant de 4'379 fr. 20, correspondant aux usages professionnels et locaux pour l'activité exercée. »

Par une autre décision du même jour, la Caisse a demandé à l'assuré de restituer le montant de 6'059 fr. 20 correspondant à des

prestations versées à tort. La motivation de cette décision était la suivante :

« A l'examen de votre dossier, nous constatons que vous avez fait contrôler votre chômage durant la période du 1^{er} mars 2015 au 30 avril 2015.

La caisse vous a indemnisé sur la base des informations mentionnées sur les formulaires « Indications de la personne assurée » pour les mois de mars et avril 2015.

En date du 2 juillet 2015, l'Instance Juridique de Chômage nous a informé que vous avez travaillé du 1^{er} mars 2015 au 30 avril 2015 en tant que stagiaire non rémunéré auprès de l'Ensemble hospitalier Y._____.

Suite à ce nouvel élément, nous avons dû procéder à la correction de votre décompte et il ressort qu'un montant de 6'059 fr. 20 vous a été versé à tort, somme qui vous est demandée en restitution. »

Par courrier du 3 août 2015, l'assuré a formé opposition à la décision de prise en compte du gain intermédiaire. Il exposait avoir suivi ce stage non rémunéré pour réduire le dommage et augmenter ses compétences. Il s'agissait d'un investissement judicieux puisqu'il avait pu être engagé avant la fin de ce stage. Il serait donc scandaleux de le pénaliser par un salaire fictif dans la mesure où il s'agissait d'un stage formateur et non d'un emploi fictif. Il avait pendant son stage acquis des connaissances qui lui avaient permis d'être engagé. Il n'avait pas été rentable pendant la période de stage ni n'avait occupé un emploi déguisé. Il exposait en outre qu'il s'était trouvé et se trouvait toujours dans une situation personnelle difficile et avait l'impression d'être puni d'avoir trouvé ce stage qui lui avait permis de sortir rapidement du chômage. Il concluait implicitement à l'annulation de la décision attaquée.

L'assuré a joint à son opposition une attestation de l'employeur du 31 juillet 2014 [recte : 2015] signée par N._____ dont on extrait ce qui suit :

« Je soussigné N._____ ICUS [infirmière-cheffe de l'unité de soins, réd.] au bloc opératoire Ensemble hospitalier Y._____ hôpital de W._____, atteste que l'engagement de Mr Z._____ fait suite au stage effectué au sein de notre service.

Lors de son stage, Mr Z. _____ nous a montré son aptitude et un comportement adapté au travail au sein d'un bloc opératoire. Sa réactivité, ses capacités d'adaptation et son intérêt pour le travail d'ATSSO [assistant technique spécialisé en salle d'opération, réd.] ont été des éléments déclencheurs dans son engagement.

Au cours de son stage, Mr Z. _____ a dans un premier temps observé et a appris le comportement adéquat indispensable dans un bloc opératoire. Il a ensuite participé à l'accueil et à l'installation des patients, à l'installation des instrumentistes en manipulant du matériel stérile sous le couvert d'ATSSO expérimentés et certifiés.

Les Atsso sont d'abord formés sur le terrain puis leur formation est complétée par un certificat obtenu à la suite de cours donnés à U. _____ Compétences et nécessitant un prérequis de 6 mois de travail au sein d'un bloc opératoire (soit stage d'initiation, soit formation en cours d'emploi).

Mr Z. _____ a intégré le bloc opératoire de l'Ensemble hospitalier Y. _____ en tant que stagiaire non rémunéré car il n'y avait pas de poste à pourvoir. La situation a ensuite évoluer [sic] avec l'ouverture d'un poste à 100% d'Atsso et au vu de son évolution, nous lui avons offert la possibilité d'intégrer notre équipe.

Le stage de Mr Z. _____ n'a pas permis de le former entièrement mais lui permet déjà une certaine autonomie et laisse entrevoir un futur Atsso formé compétent. Il répond dès à présent à ce qu'on attend de lui [...] ».

Par un autre courrier du même jour, l'assuré a également formé opposition contre la décision de restitution. Il exposait en substance ne pas avoir eu d'autres sources de revenu que les indemnités perçues pendant la période litigieuse et que sa situation financière était déjà très difficile.

Par décision sur opposition du 9 octobre 2015, la Caisse a rejeté les oppositions formées par l'assuré et confirmé les décisions du 23 juillet 2015 concernant la prise en compte du gain intermédiaire ainsi que la restitution. Selon la Caisse, l'assuré avait effectué pendant sa période de chômage un stage non rémunéré sans se renseigner auprès des organes de l'assurance-chômage. Ce stage non rémunéré n'était pas conforme aux usages professionnels et locaux. La Caisse avait donc dû introduire un gain intermédiaire fictif pour cette période, correspondant au salaire appliqué dans la branche. Il s'agissait d'un stage se rattachant ni à une formation de base ni à un perfectionnement professionnel de sorte que la réglementation du gain intermédiaire trouvait application.

C. Par acte du 29 octobre 2015, Z. _____ recourt contre la décision sur opposition précitée auprès de la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal. Il conclut à son indemnisation pendant la période courant jusqu'au 1^{er} juillet 2015, date du début de son emploi, ainsi qu'au « rejet » de la demande de restitution des indemnités versées en mars et avril. En substance, le recourant fait valoir qu'en acceptant ce stage de formation non rémunéré, il a cherché à réduire le dommage de l'assurance-chômage. L'aspect formateur du stage est prédominant dans la mesure où un stage préalable était nécessaire pour effectuer la formation d'assistant technique spécialisé en salle d'opération. Il s'étonne que la Caisse accuse explicitement un « organisme public » tout comme elle de pratiquer la sous-enchère salariale. Il n'y aurait pas lieu à la prise en compte d'un gain intermédiaire puisque le but de formation et d'acquisition des connaissances prédominent. En outre, l'assuré invoque qu'il a rempli ses obligations de chômeur. Il fait enfin valoir la précarité de sa situation financière.

Dans sa réponse du 3 décembre 2015, la Caisse conclut au rejet du recours et au maintien des décisions attaquées. Elle relève qu'il convient de distinguer entre les stages comportant une part prépondérante de formation, qui ne donnent pas lieu à indemnisation que le stage soit rémunéré ou non, et les autres stages où un gain intermédiaire fictif doit être fixé par la Caisse lorsque le salaire est inférieur à celui prédominant dans la profession. En l'espèce, la Caisse a considéré que le stage n'est pas purement formatif et a pris en compte un gain intermédiaire fictif. Si le stage doit être considéré comme purement formatif, cela n'aurait toutefois pas d'incidence sur l'indemnisation de l'assuré compte tenu du fait que le montant du gain intermédiaire fictif était supérieur à celui de son indemnité.

Par réplique du 23 décembre 2015, le recourant expose que les stages formatifs donnent lieu à une indemnisation. Il ne comprend pas pourquoi un stage formatif non rémunéré et préparant pour une éventuelle future place de travail ne pourrait pas être considéré comme un cours

donnant droit à une indemnisation pour autant que le chômeur puisse l'interrompre en tout temps, ce qui était le cas en l'espèce. Il conclut qu'il a droit aux indemnités de chômage pour les mois de mars à juin 2015.

Le 26 janvier 2016, la Caisse a renoncé à se déterminer plus avant.

D. Une audience d'instruction a eu lieu le 2 mai 2016 lors de laquelle les témoins suivants ont été entendus :

- F._____, né en [...], conseiller ORP en charge du dossier du recourant à l'ORP, a exposé qu'il avait rendu attentif le recourant aux conséquences que pouvait avoir la décision de suivre un stage non rémunéré sur l'aptitude au placement s'il s'agissait d'un stage d'une durée supérieure à trois semaines. Il était en vacances lorsque le recourant l'avait informé du début de son stage et son collègue n'avait pas immédiatement réagi. Il n'a pas parlé au recourant de la question du gain intermédiaire fictif, partant de l'idée que ce dernier informerait la Caisse par le biais du formulaire « Indications de la personne assurée » et que celle-ci statuerait sur cette question. Il n'est pas surpris que la formation ne soit pas rémunérée, estimant qu'il s'agit d'une formation avec une dimension qualifiante qui ne doit dès lors pas être rémunérée par l'employeur.

- J._____, né en [...], responsable de l'administration du personnel pour l'Ensemble hospitalier Y._____, a déclaré que cet établissement compte des assistants en salle d'opération certifiés et des assistants sans formation. Les assistants sans formation sont engagés par contrat de travail et rémunérés avec un salaire moins élevé. Certaines personnes comme le recourant se voient offrir la possibilité d'accomplir un stage non rémunéré afin de pouvoir entreprendre la formation. Il a confirmé que le recourant avait œuvré d'abord comme stagiaire non rémunéré puis dès le 1^{er} juillet 2015 en tant qu'assistant en salle d'opération sans formation sans que son travail ait été modifié. Seul son

statut en salle d'opération a changé. Il n'a pas connaissance du risque que l'on impute un gain intermédiaire fictif aux stagiaires non rémunérés.

Lors de l'audience, le recourant a précisé qu'en tant que stagiaire non rémunéré, il n'avait la responsabilité d'aucune tâche mais que, dès le 1^{er} juillet 2015, il s'était vu confier la responsabilité de certaines missions. Il a également indiqué qu'il avait répondu « non » à la question de savoir s'il travaillait chez un employeur dans le formulaire « Indications de la personne assurée » car le stage n'était pas rémunéré.

La représentante de la Caisse a indiqué que s'il s'agissait d'un stage purement formatif, le recourant n'aurait droit à aucune indemnisation. Elle a en outre précisé que le gain intermédiaire fictif avait été calculé sur la base de la rémunération versée au recourant dès le 1^{er} juillet 2015.

Les parties n'ayant pas d'autres réquisitions à formuler, l'instruction a été close à l'issue de l'audience.

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, à savoir celui du lieu où l'assuré se soumet au contrôle obligatoire lorsque la cause concerne l'indemnité de chômage (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 (art. 60 al. 1 LPGA).

En l'espèce, le recours, interjeté en temps utile et respectant les autres conditions de forme prévues par la loi (art. 61 let. b LPGA notamment), est recevable.

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). La Cour des assurances sociales est compétente pour statuer (art. 93 al. 1 let. a LPA-VD). Dès lors que la valeur litigieuse est inférieure à 30'000 fr., la cause est de la compétence d'un membre de la Cour statuant en qualité de juge unique (art. 94 al. 1 let. a LPA-VD).

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

b) En l'espèce, le litige porte exclusivement sur la prise en compte au titre de gain intermédiaire d'un montant de 4'379 fr. 20 pour la période courant du 1^{er} mars 2015 au 30 juin 2015 ainsi que sur le droit de l'intimée de demander au recourant la restitution du montant de 6'059 fr. 20 correspondant aux prestations versées en trop par l'intimée qui font l'objet de la décision sur opposition attaquée.

En revanche, le litige ne porte pas sur la question de savoir si le stage non rémunéré suivi par le recourant peut faire l'objet d'une mesure de marché du travail au sens des art. 59 ss LACI, cette question ayant été définitivement tranchée par la décision du 5 août 2015 du SDE

confirmant celle de l'ORP refusant la prise en charge du stage. De même, la question de l'aptitude au placement du recourant pendant la période où il effectuait son stage n'est plus litigieuse, le SDE ayant renoncé le 2 juillet 2015 à rendre une décision à ce sujet, considérant que l'assuré était toujours apte au placement puisqu'il pouvait interrompre le stage en tout temps et continuer à remplir ses obligations de chômeur.

3. a) 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 tel gain a droit à la compensation de sa perte de gain, sur la base du taux d'indemnisation applicable à sa situation personnelle (art. 22 et 24 al. 1 LACI). Les revenus de plusieurs activités exercées à temps partiel sont cumulés pour l'examen de la prétention à la compensation de la perte de gain (ATF 127 V 479).

La perte de gain correspond à la différence entre le gain assuré et le gain intermédiaire, ce dernier devant être conforme, pour le travail effectué, aux usages professionnels et locaux (art. 24 al. 3, première phrase, LACI ; ATF 129 V 102 ; 120 V 233). Dans son Bulletin LACI relatif à l'indemnité de chômage (IC), le Secrétariat d'Etat à l'économie, autorité de surveillance en matière d'assurance-chômage, précise que si, au nom de son obligation de diminuer le dommage, l'assuré prend, à titre de stage, un emploi normal pour lequel il touche un salaire non-conforme aux tarifs usuels dans la profession et la localité, c'est ce tarif qui sera pris en compte pour le calcul des indemnités compensatoires (Bulletin LACI IC, janvier 2013, C134). La question de la conformité du salaire fixé contractuellement aux usages professionnels et locaux, au sens de l'art. 24 al. 3 LACI, qui ne se confond pas avec celle du caractère convenable d'un emploi (art. 16 LACI), doit être examinée par la caisse à l'occasion du calcul des indemnités de chômage (art. 81 al. 1 let. a LACI).

Il n'existe pas de droit à une compensation de la perte de gain, au sens de ces dispositions, en faveur d'un assuré qui poursuit une formation. Dans un tel cas, le but de formation et l'acquisition de connaissances professionnelles prédominent par rapport à l'obtention du

revenu de l'activité lucrative (TFA C 266/00 du 21 décembre 2000 consid. 2 et les références citées ; Boris Rubin, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, Genève/Zurich/Bâle 2014, n. 21 ad art. 24 LACI p. 267 et les références citées).

b) En l'espèce, la qualification de l'activité exercée par le recourant à l'Ensemble hospitalier Y._____ fait débat. L'intimée a considéré qu'il s'agissait d'un stage qui n'avait pas un caractère purement formatif, raison pour laquelle elle a imputé un gain intermédiaire fictif au recourant. Toutefois, elle a également relevé dans ses écritures et en audience qu'une indemnisation devrait être exclue s'il devait s'agir d'un stage purement formatif. Se référant notamment aux art. 59 ss LACI ainsi qu'à l'ATF 120 V 233, le recourant considère quant à lui qu'il s'agit d'un stage formatif non rémunéré devant être assimilé à un cours.

Il est établi que, du 1^{er} mars au 30 juin 2015, le recourant a déployé une activité en tant qu'assistant en salle d'opération au sein de l'Ensemble hospitalier Y._____ et n'a pas été rémunéré pour celle-ci. Dès le 1^{er} juillet 2015, il a été engagé par un contrat de durée indéterminée en tant que « aide en salle d'opération non spécialisé » à 100% pour un salaire mensuel de 4'042 fr. 35, treizième salaire non compris. Cette activité s'inscrivait dans l'optique d'acquérir l'expérience professionnelle de six mois requise pour s'inscrire à la formation d'assistant technique spécialisé en salle d'opération dispensée par U._____ Compétences. Selon ce qu'a exposé le témoin J._____, les hôpitaux doivent disposer d'un certain nombre d'assistants formés qui sont distingués sur le plan organisationnel et salarial des assistants non formés. En revanche, il apparaît aux yeux de la Cour qu'aucun élément ne permet de distinguer l'activité accomplie par un stagiaire non rémunéré et celle exécutée par un aide en salle d'opération non spécialisé. Cette appréciation est notamment confirmée par l'attestation de Mme N._____, selon laquelle le recourant n'a d'abord intégré le bloc opératoire en tant que stagiaire non rémunéré que parce qu'il n'y avait à l'époque pas de poste à pourvoir, ainsi que par le fait que le stage était initialement prévu jusqu'au 31 août 2015 mais que l'assuré a été engagé dès le 1^{er} juillet 2015. Au surplus, les

explications du recourant selon lesquelles ses tâches auraient évolué après la conclusion du contrat de travail ne sont corroborées ni par les pièces au dossier ni par les déclarations du témoin J._____ selon lesquelles il s'agit avant tout d'un changement de statut formel.

Cela étant, il y a lieu d'examiner les conséquences de cette appréciation du point de vue de l'assurance-chômage.

Il convient d'abord de rappeler que, par une précédente décision entrée en force, le SDE a considéré que l'activité déployée par le recourant à l'Ensemble hospitalier Y._____ ne pouvait être reconnue comme un stage de formation au sens de l'art. 60 al. 1 LACI. C'est donc en vain que le recourant se prévaut de la réglementation contenue aux art. 59 ss LACI pour revendiquer le paiement des indemnités de chômage pendant la période considérée.

En outre, l'aptitude au placement du recourant pendant la durée du stage non rémunéré ne préjuge pas de la question de savoir si la Caisse était fondée à imputer au recourant un gain intermédiaire fictif. En effet, dans l'hypothèse où le recourant aurait été reconnu inapte au placement, il n'aurait de toute manière pas pu revendiquer la compensation de sa perte de gain en se fondant sur l'art. 24 LACI. La question de la prise en compte du gain intermédiaire ne se pose donc que si l'aptitude au placement est reconnue.

Sous l'angle de la réglementation du gain intermédiaire est seule déterminante la question de savoir si la rémunération obtenue, ou, en l'espèce, l'absence de rémunération, est conforme aux usages professionnels et locaux. Dans cette hypothèse, soit lorsque l'assuré accepte une place de stage qui ne correspond ni à une formation de base ni à un perfectionnement professionnel, il peut en effet revendiquer la compensation de sa perte de gain pour autant que la rémunération obtenue corresponde aux usages professionnels et locaux (art. 24 al. 3 LACI).

Or, il apparaît que le « stage » suivi par le recourant pendant trois mois ne se distingue pas de l'emploi d'aide en salle d'opération non spécialisé qu'il a obtenu par la suite. Le recourant n'a pour le surplus ni allégué ni a fortiori démontré que l'absence de rémunération pendant les trois premiers mois serait conforme aux usages professionnels et locaux. Il apparaît bien plus que l'employeur n'a pas rémunéré le recourant pendant les premiers mois de son activité au motif qu'il n'y avait pas de place disponible mais qu'il l'a engagé pour un salaire mensuel de 4'042 fr. 35, treizième salaire non compris, dès qu'il a été en mesure de le faire. Dans un tel cas de figure, il ne saurait appartenir à l'assurance-chômage d'intervenir pour compenser la différence entre la rémunération usuellement versée et le traitement d'un stagiaire (ATF 120 V 502 consid. 6c et les références citées).

La Caisse était dès lors fondée à imputer au recourant pour la période du 1^{er} mars au 30 juin 2015 un gain intermédiaire fictif correspondant au salaire qui lui a été versé par l'employeur dès le 1^{er} juillet 2015 soit un montant de 4'379 fr. 20, treizième salaire pro rata temporis compris $[(4'042.35 \times 13) / 12]$.

Pour le surplus, il n'appartient pas à la Cour de céans, qui n'est compétente qu'en matière d'assurance-chômage, de déterminer si le recourant pourrait faire valoir des prétentions salariales à l'égard de son employeur pour la période pendant laquelle il n'a pas été rémunéré.

A ce stade, il reste à examiner si la demande de la Caisse en restitution de la somme précitée est fondée ou non.

4. a) Selon l'art. 95 al. 1 LACI, la demande de restitution est régie par l'art. 25 LPGA. L'art. 25 al. 1 LPGA, aux termes duquel les prestations indûment touchées doivent être restituées (phrase 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 367 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 (cf. 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. 291, spéc. pp. 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 nul 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 des faits nouveaux ou de nouveaux moyens de preuves

susceptibles de conduire à une appréciation juridique différente (cf. TFA C 11/05 du 16 août 2005 consid. 3; cf. 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 ans après le versement de la prestation (cf. art. 25 al. 2, première phrase, LPGA). Il s'agit là de délais (relatif et absolu) de péremption, qui doivent être examinés d'office (ATF 133 V 579 consid. 4.1 et 119 V 431 consid. 3a ; TF 8C_968/2012 du 18 novembre 2013 consid. 2.2). Lorsque la restitution est imputable à une faute de l'administration, le point de départ du délai n'est pas celui de la commission de son erreur par celle-ci, mais celui où elle aurait dû, dans un deuxième temps, s'en rendre compte (par exemple à l'occasion d'un contrôle comptable), en faisant preuve de l'attention requise (ATF 124 V 380 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 (ATF 111 V 14 consid. 3 ; TF 8C_616/2009 du 14 décembre 2009 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 (TF 8C_906/2014 du 30 novembre 2015 consid. 5.2.1 et 9C_632/2012 du 10 janvier 2013 consid. 4.2 ; cf. aussi TF K 70/06 du 30 juillet 2007 consid. 5.1, in SVR 2008 KV n° 4 p. 11).

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 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. 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] ; cf. Boris Rubin, op. cit., n. 8 ad. art. 95 p. 610 et la référence citée).

b) En l'espèce, il résulte du dossier que la Caisse n'a pas eu connaissance de l'existence de l'activité du recourant pour le compte de l'Ensemble hospitalier Y. _____ avant le 2 juillet 2015, date à laquelle le SDE lui a communiqué qu'il avait examiné l'aptitude au placement du recourant suite au déploiement de cette activité.

S'agissant d'un élément nouveau important pour le calcul des indemnités de chômage, la Caisse était fondée en l'espèce à procéder à une reconsidération de ses décisions et sa créance en restitution des prestations versées n'était pas prescrite, si bien que la décision querellée échappe à toute critique sur ce point.

c) Enfin, demeurent en revanche ouvertes la condition de la bonne foi du recourant, de même que celle de sa situation financière, qui devront, le cas échéant, être examinées à l'occasion d'une demande ultérieure de remise de la prestation à restituer au sens des art. 25 al. 1, deuxième phrase, LPGA et 4 OPGA (applicables par renvoi de l'art. 95 LACI). L'art. 4 al. 4 OPGA prévoit que la demande de remise doit être présentée par écrit. Elle doit être motivée, accompagnée des pièces nécessaires et déposée au plus tard 30 jours à compter de l'entrée en force de la décision de restitution.

Si le recourant entend se prévaloir de la précarité de sa situation financière et de sa bonne foi, il demandera donc en temps utile une remise à la Caisse. Il appartiendra cas échéant à la Caisse d'examiner dans ce cadre si le recourant pouvait penser qu'il n'avait pas besoin d'informer l'intimée de l'existence de l'activité déployée pour le compte de l'Ensemble hospitalier Y. _____ puisqu'elle n'était pas rémunérée et

que l'ORP en avait examiné les conséquences sur son droit aux indemnités de chômage.

5. Il résulte encore de l'instruction que personne n'a attiré l'attention du recourant sur le fait qu'un gain intermédiaire fictif risquait de lui être imputé s'il acceptait un stage non rémunéré. Or, on peut se demander si, sous l'angle de l'art. 27 LPGA et de l'art. 19a al. 2 OACI, la Caisse n'avait pas l'obligation d'attirer l'attention du recourant sur ce point dès le moment où elle a eu connaissance de cette problématique (cf. CDAP, arrêt du 8 août 2008, PS.2007.0162, consid. 3, confirmé par le TF 8C_774/2008 du 3 avril 2009 ; CASSO, ACH 70/13 - 187/2014 du 11 décembre 2014).

Cela étant, la jurisprudence (ATF 131 V 472 consid. 5) subordonne l'octroi d'un avantage auquel un assuré n'aurait pas droit en raison d'un défaut de renseignement notamment à la condition que l'assuré se soit fondé sur les assurances ou le comportement dont il se prévaut pour prendre des dispositions auxquelles il ne saurait renoncer sans subir de préjudice (ATF 131 II 627 consid. 6.1 et les références citées).

En l'espèce, le recourant ne soutient ni a fortiori ne démontre qu'il aurait adopté un autre comportement s'il avait eu connaissance des conséquences de l'acceptation de son stage en matière de gain intermédiaire fictif. Le fait qu'il ait averti son conseiller ORP par mail qu'il allait commencer le stage tend au contraire à démontrer qu'il était résolu à en accepter les conséquences du point de vue de son droit aux indemnités de chômage. Rien n'indique non plus que l'assuré aurait mis un terme à son stage non rémunéré s'il avait été informé de la possibilité que la Caisse retienne un gain intermédiaire fictif. A cela s'ajoute encore que la Caisse n'a de toute manière eu connaissance que le 2 juillet 2015 de l'activité du recourant, si bien qu'on ne saurait lui imputer un défaut de renseignement pour les indemnités versées entre le 1^{er} mars 2015 et cette date.

Les conditions pour renoncer à imputer un gain intermédiaire fictif en raison d'une violation de l'obligation de renseigner ne sont donc pas remplies.

6. a) En définitive, le recours doit être rejeté et la décision litigieuse confirmée.

b) 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 finalement pas gain de cause (art. 61 let. g LPGA ; art. 55 al. 1 LPA-VD, applicable par renvoi des art. 91 et 99 LPA-VD).

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

- I.** Le recours est rejeté.

- II.** La décision sur opposition rendue le 9 octobre 2015 par la Caisse cantonale de chômage est confirmée.

- III.** Il n'est pas perçu de frais ni alloué de dépens.

Le juge unique :

Le greffier :

Du

L'arrêt qui précède est notifié à :

- M. Z. _____,
- 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 :