

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Arrêt du 20 juillet 2018

Composition : M. NEU, juge unique
Greffière : Mme Chaboudez

Cause pendante entre :

D._____, à [...], recourant,

et

CAISSE CANTONALE DE CHÔMAGE, à Lausanne, intimée.

Art. 25 LPG

E n f a i t :

A. D. _____ (ci-après : l'assuré ou le recourant) a sollicité des indemnités de chômage à partir du 25 novembre 2013 en raison de la fin de son emploi comme responsable de vente auprès du Garage X. _____. La Caisse cantonale de chômage (ci-après : la Caisse ou l'intimée) a ouvert en sa faveur un délai-cadre d'indemnisation du 25 novembre 2013 au 24 novembre 2015.

Dans son formulaire « Indications de la personne assurée » (ci-après : IPA) du mois de mars 2014, l'assuré a annoncé à la Caisse avoir travaillé du 3 au 31 mars 2014 pour E. _____ Sàrl. Selon les indications de cet employeur, l'assuré, engagé comme vendeur automobiles, a perçu un salaire brut sous forme de commissions s'élevant à 4'500 fr. pour le mois de mars 2014. Dans son IPA du mois d'avril 2014, l'assuré a indiqué avoir continué à travailler pour cette entreprise. En avril 2014, il a perçu des commissions à hauteur de 1'680 francs. Cet emploi a pris fin le 30 avril 2014.

Par décision du 30 avril 2014, la Caisse a décidé, compte tenu de la rémunération de l'assuré uniquement sous forme de commissions, de prendre en compte un salaire minimum de 4'470 fr. au titre de gain intermédiaire, correspondant aux usages professionnels et locaux pour l'activité exercée.

Dans le cadre d'un contrôle en matière de lutte contre le travail au noir, il est apparu en janvier 2016, sur la base d'un extrait du compte individuel de l'assuré auprès de la Caisse de compensation AVS, que son emploi auprès de E. _____ Sàrl avait déjà commencé en février 2014.

A la demande de la Caisse, E. _____ Sàrl a transmis, par courriel du 8 mars 2016, les attestations de gain intermédiaire et les décomptes de salaires de l'assuré pour les mois de février à avril 2014. Il

en ressort que l'assuré a travaillé à plein temps pour leur compte à partir du 3 février 2014 et qu'il a perçu des commissions à hauteur de 2'209 fr. pour ce mois.

Par courrier du 10 mars 2016, la Caisse a demandé des explications à l'assuré sur le fait qu'il n'avait pas déclaré son activité auprès de E. _____ Sàrl dans son IPA de février 2014, dans la mesure où il avait répondu par la négative à la question de savoir s'il avait travaillé chez un ou plusieurs employeurs.

L'assuré a indiqué dans un courrier du 17 mars 2016 qu'il s'était probablement trompé au moment de mettre la coche dans son formulaire IPA, mais qu'il n'avait jamais voulu cacher quoi que ce soit aux autorités de chômage puisque les attestations de gains intermédiaires avaient toutes été envoyées à la Caisse, de même que ses fiches de salaire. Il s'est par ailleurs étonné de la prise en compte d'un montant de 4'470 fr. comme gain intermédiaire en avril 2014 alors qu'il n'avait touché que 1'680 francs.

Par décision du 7 avril 2016, la Caisse a demandé à l'assuré la restitution de la somme de 3'636 fr. 95 qui lui avait été versée à tort du fait qu'il avait travaillé et obtenu un revenu pour son activité auprès de E. _____ Sàrl du 1^{er} au 28 février 2014. La Caisse a considéré que le salaire à la commission perçu durant ce mois, à savoir 2'209 fr., n'était pas conforme aux usages professionnels et locaux, de sorte qu'il y avait lieu de prendre en compte un salaire de 4'470 francs.

L'assuré s'est opposé à cette décision en date du 22 avril 2016. Il a réitéré qu'il avait fourni toutes ses fiches de salaires en temps voulu à la Caisse et a contesté la prise en compte d'un revenu de 4'470 fr. au motif qu'il n'avait pas touché un tel revenu et qu'il n'avait pas été informé que son salaire n'était pas conforme aux usages professionnels et locaux. Il a par ailleurs fait valoir que sa situation financière était tendue, du fait qu'il devait désormais s'acquitter d'une importante pension alimentaire dans le cadre de son divorce.

Par décision sur opposition du 27 mai 2016, la Caisse a rejeté l'opposition formée par l'assuré et confirmé la décision de restitution. Elle a retenu que pour les emplois rémunérés à la commission, l'indemnité compensatoire devait être versée sur la base du salaire conforme aux usages professionnels et locaux dès la prise d'emploi et que ce salaire était de 4'470 fr. dans le cas de l'assuré, précisant que ce dernier avait déjà été averti de cela par décision non contestée du 30 avril 2014. La Caisse a indiqué qu'elle n'avait pas reçu de fiche de salaire de l'assuré pour le mois de février 2014, qu'elle n'avait aucun moyen de savoir qu'il était déjà sous contrat ce mois-là, que ce n'est qu'en janvier 2016 qu'elle en avait été informée par le Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO), de sorte que sa demande de restitution était fondée et intervenue en temps utile.

B. Par acte du 20 juin 2016, D._____ a recouru contre cette décision sur opposition auprès de la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal, concluant implicitement à son annulation. Il a soutenu qu'il avait transmis toutes ses fiches de salaire à la Caisse en temps voulu, ce qui était prouvé par le fait que cette dernière lui avait fait parvenir l'ensemble de ces décomptes à sa demande en février 2016. Il a allégué ne pas être au courant de la décision du 30 avril 2014, précisant qu'il l'aurait contestée s'il en avait eu connaissance. Il a fait valoir qu'il n'avait jamais voulu tromper la Caisse, qu'il avait probablement dû se tromper en remplissant les formulaires et que, compte tenu des montants différents que la Caisse lui avait versés de mois en mois, il n'avait pas été en mesure de voir qu'il y avait une erreur. Finalement, il a invoqué que sa situation financière ne lui permettait pas de rembourser la somme qui lui était demandée.

Dans sa réponse du 15 septembre 2016, la Caisse a proposé le rejet du recours. Elle a maintenu qu'elle n'avait eu connaissance des revenus obtenus en février 2014 qu'au moment du contrôle du SECO et que le gain intermédiaire fictif pris en compte était conforme au salaire

d'un vendeur automobile selon le calculateur de salaire de l'Union syndicale suisse (USS).

A la demande du Juge instructeur, le dossier de l'assuré auprès de l'Office régional de placement (ci-après : ORP) de [...] a été versé en cause, ce dont les parties ont été informées en date du 29 septembre 2016. Il ressort du procès-verbal de l'entretien de conseil du 21 février 2014 que l'assuré a déclaré n'avoir eu aucun retour positif à cette date. Dans le procès-verbal de l'entretien du 8 avril 2014, la conseillère ORP a noté : « M. D. _____ me dit qu'il est en GI [réd. : gain intermédiaire] chez E. _____, depuis le début du mois de mars 2014. »

Dans sa réplique du 4 octobre 2016, le recourant a repris les arguments de son recours.

La Caisse a maintenu sa position dans sa duplique du 31 octobre 2016 et le recourant en a fait de même dans sa détermination du 9 novembre 2016.

E n d r o i t :

1. a) Sous réserve de dérogations expresses, 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 du lieu où l'assuré se soumet au contrôle obligatoire, en ce qui concerne l'indemnité de chômage (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 (art. 60 al. 1 LPGa) et doit contenir un exposé

succinct des faits et des motifs invoqués, ainsi que des conclusions (art. 61 let. b LPGA).

Dans le canton de Vaud, la LPA-VD (loi cantonale vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative ; RSV 173.36) s'applique aux recours et contestations par voie d'action dans le domaine des assurances sociales (art. 2 al. 1 let. c LPA-VD) et prévoit la compétence de la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal pour statuer (art. 93 let. a LPA-VD). Vu la valeur litigieuse inférieure à 30'000 fr., la cause relève de la compétence d'un membre de la Cour des assurances sociales statuant en tant que juge unique (cf. art. 94 al. 1 let. a LPA-VD).

b) En l'occurrence, le recours a été interjeté dans le délai imparti par la loi et satisfait en outre aux autres conditions formelles de recevabilité (art. 61 let. b LPGA notamment), de sorte qu'il y a lieu d'entrer en matière sur le fond.

2. a) En procédure juridictionnelle administrative, ne peuvent être examinés et jugés que les rapports juridiques à propos desquels l'autorité administrative compétente s'est prononcée préalablement d'une manière qui la lie, sous la forme d'une décision. La décision détermine ainsi l'objet de la contestation qui peut être déféré en justice par voie de recours. Si aucune décision n'a été rendue, la contestation n'a pas d'objet et un jugement sur le fond ne peut pas être prononcé (ATF 134 V 418 consid. 5.2.1). Dans le même sens, les conclusions qui vont au-delà de l'objet de la contestation, tel que défini par la décision litigieuse, sont en principe irrecevables (ATF 142 I 155 consid. 4.4.2 ; ATF 134 V 418 consid. 5.2.1).

b) Le présent litige porte sur la question de savoir si l'intimée est fondée à demander au recourant la restitution d'un montant de 3'636 fr. 95, correspondant aux indemnités de chômage qu'il aurait perçues à tort pour le mois de février 2014. Le litige ne concerne en revanche pas les indemnités de chômage perçues par l'assuré pour le mois d'avril 2014, lesquelles tenaient déjà compte d'un gain fictif à titre de gain

intermédiaire, conformément à la décision du 30 avril 2014. De même, les arguments du recourant relatifs à cette décision n'ont pas à être examinés ici. L'objet de la contestation est en effet limité par la décision sur opposition du 27 mai 2016 à la question de la restitution d'une partie des indemnités de chômage du mois de février 2014.

3. a) L'assuré a droit à l'indemnité de chômage notamment s'il est sans emploi ou partiellement sans emploi (art. 8 al. 1 let. a et 10 LACI). Le chômage (ou la perte de travail) ne suffit cependant pas à donner droit à une indemnisation ; encore faut-il que le chômeur subisse une perte de gain d'une certaine importance (art. 8 al. 1 let. b et 11 LACI). Ainsi, à teneur de l'art. 11 LACI, seule peut être prise en considération la perte de travail qui se traduit par un manque à gagner et qui dure au moins deux journées de travail consécutives. La condition de la perte de travail minimale est toutefois mise entre parenthèse lorsqu'un assuré exerce une activité dont la rémunération est inférieure à celle de l'indemnité de chômage (Boris Rubin, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, Genève/Zurich/Bâle 2014, n° 4 et 8 ad art. 10 LACI ; TFA C 18/05 du 18 mars 2005 consid. 2). Une telle activité constitue un gain intermédiaire au sens de l'art. 24 LACI.

b) 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 sa perte de gain. Le taux d'indemnisation est déterminé selon l'art. 22 (art. 24 al. 1 LACI). 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, 1^{ère} phrase, LACI ; ATF 129 V 102 ; 120 V 233).

4. a) A teneur 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^{bis} al. 4 LACI, lesquels ne sont toutefois pas applicables en l'espèce.

Selon l'art. 25 al. 1, première phrase, LPGA, les prestations indûment touchées doivent être restituées. L'obligation de restituer suppose que soient remplies les conditions d'une révision procédurale (cf. art. 53 al. 1 LPGA) ou d'une reconsidération (cf. art. 53 al. 2 LPGA) de la décision – formelle ou non – par laquelle les prestations en cause ont été allouées (cf. ATF 142 V 259 consid. 3.2 ; 138 V 426 consid. 5.2.1 ; 130 V 318 consid. 5.2 et références citées).

b) A teneur de l'art. 53 LPGA, 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). 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 ; un changement de pratique ou de jurisprudence ne saurait en principe justifier une reconsidération (ATF 135 V 215 consid. 5 ; 127 V 466 consid. 2c). La rectification revêt une importance notable en fonction du montant des prestations en cause. Il a par exemple été jugé qu'une créance en restitution d'un montant de 706 fr. était suffisamment importante (DTA 2000 n° 40 p. 208). 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 (ATF 129 V 200 consid. 1.1 ; 126 V 23 consid. 4b et les références).

c) 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 (art. 25 al. 2, 1^{ère} 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 ; 119 V 431 consid. 3a). Selon la jurisprudence, le délai de péremption relatif d'une année commence à courir dès le moment où l'administration aurait dû connaître les faits fondant l'obligation de restituer, en faisant preuve de l'attention que l'on pouvait raisonnablement exiger d'elle (ATF 140 V 521 consid. 2.1; 139 V 6 consid. 4.1 ; 124 V 380 consid. 1). L'administration 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 de la personne tenue à restitution (ATF 140 V 521 consid. 2.1; 111 V 14 consid. 3). Si l'administration dispose d'indices laissant supposer l'existence d'une créance en restitution, mais que les éléments disponibles ne suffisent pas encore à en établir le bien-fondé, elle doit procéder, dans un délai raisonnable, aux investigations nécessaires. A défaut, le début du délai de péremption doit être fixé au moment où elle aurait été en mesure de rendre une décision de restitution si elle avait fait preuve de l'attention que l'on pouvait raisonnablement exiger d'elle. Dans tous les cas, le délai de péremption commence à courir immédiatement s'il s'avère que les prestations en question étaient clairement indues (TF 8C_689/2016 du 5 juillet 2017 consid. 5.1 et les références).

Cependant, lorsque la restitution est imputable à une faute de l'administration, on ne saurait considérer comme point de départ du délai d'une année le moment où l'erreur a été commise par l'administration, mais le moment auquel celle-ci aurait dû, dans un deuxième temps (par exemple à l'occasion d'un contrôle) se rendre compte de son erreur en faisant preuve de l'attention requise. En effet, si l'on plaçait le moment de la connaissance du dommage à la date du versement indu, cela rendrait souvent illusoire la possibilité pour l'administration de réclamer le remboursement de prestations allouées à tort en cas de faute de sa part (ATF 124 V 380 consid. 1; TF 8C_689/2016 précité consid. 5.1).

d) Le destinataire d'une décision de restitution qui entend la contester dispose de deux moyens qu'il convient de distinguer de façon claire. S'il prétend qu'il avait droit aux prestations en question, il doit s'opposer à la décision de restituer 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 (Rubin, op. cit., n° 8 ad art. 95 LACI, p. 610) ; 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 (art. 4 al. 4 OPGA [ordonnance du 11 septembre 2002 sur la partie générale du droit des assurances sociales ; RS 830.11]).

5. a) En l'occurrence, durant la période litigieuse, à savoir février 2014, le recourant a été intégralement indemnisé par l'assurance-chômage. A l'occasion d'un contrôle réalisé par le SECO, l'intimée a eu connaissance, en janvier 2016, que l'activité exercée par l'assuré auprès de E. _____ Sàrl avait débuté déjà en février 2014 et non en mars 2014. Le recourant admet qu'il a pu oublier d'indiquer cette activité sur son formulaire IPA de février 2014, mais soutient qu'il en a informé la Caisse en lui transmettant son décompte de salaire du mois de février 2014. Il en veut pour preuve que la Caisse a pu lui fournir ce document, lorsqu'il lui en a fait la demande suite à la réception du premier courrier de la Caisse, daté du 10 mars 2016. Or, à ce moment, la Caisse était effectivement en possession du décompte de salaire du mois de février 2014 du fait que E. _____ Sàrl le lui avait transmis le 8 mars 2016. Ce document ne figure en revanche pas parmi les pièces reçues par la Caisse en 2014. On peut en outre relever que le recourant n'a pas non plus annoncé son activité du mois de février 2014 à sa conseillère ORP. Lors de son entretien du 21 février 2014, il a en effet indiqué qu'il n'avait eu aucun retour positif et, au cours de son entretien de conseil suivant, le 8 avril 2014, il a déclaré avoir débuté un emploi en gain intermédiaire auprès de E. _____ au début du mois de mars 2014.

Au vu de ce qui précède, il faut conclure que la Caisse ignorait l'existence de cette activité lucrative exercée en février 2014. Faute d'avoir été renseignée en temps utile sur ces gains, la Caisse était légitimée à considérer que les indemnités journalières de chômage allouées au recourant avaient été calculées sur des bases erronées. Par

ailleurs, vu le montant de ces revenus, respectivement du gain intermédiaire fictif retenu, la rectification du décompte d'indemnités journalières revêtait une importance notable. La connaissance des gains dégagés par le recourant en février 2014 constituait ainsi incontestablement un motif de réexamen du montant des indemnités journalières, au sens de la jurisprudence citée plus haut.

b) La Caisse a rendu la décision de restitution le 7 avril 2016, soit environ trois mois après avoir eu connaissance des gains réalisés par le recourant, de sorte que la péremption relative n'était pas encore atteinte. Il en est de même pour le délai de péremption absolu, puisque cette décision concerne les indemnités versées en février 2014.

c) Le montant des indemnités à restituer a été calculé en tenant compte du gain intermédiaire fictif retenu par la Caisse dans sa décision du 30 avril 2014, à savoir 4'470 francs. Le calcul du montant à restituer n'apparaît en soi pas critiquable. Compte tenu d'un gain intermédiaire fictif de 4'470 fr., les indemnités compensatoires du recourant pour le mois de février 2014 s'élèvent à 3'714 fr. 55 nets. Dans la mesure où il a perçu initialement 7'351 fr. 50 d'indemnités de chômage pour février 2014, il lui appartient de restituer la différence, à savoir 3'636 fr. 95.

Le recourant conteste toutefois la prise en compte d'un gain intermédiaire fictif, invoquant qu'il n'avait pas connaissance de la décision du 30 avril 2014. Comme déjà mentionné ci-dessus (cf. consid. 2b), les arguments en lien avec cette décision n'ont pas à être examinés dans le cadre du présent recours. En l'état, la Cour de céans ne peut que constater que la décision du 30 avril 2014, fixant un gain intermédiaire fictif de 4'470 fr. mensuels pour l'emploi du recourant auprès d'E. _____ Sàrl, n'a pas été contestée dans le délai d'opposition, ni dans le cadre d'une demande de restitution de délai, et qu'elle est donc entrée en force.

Cela étant, on peut au demeurant relever que la prise en compte d'un salaire fictif de 4'470 fr. n'apparaît pas critiquable. En effet,

lors de la prise d'un emploi en gain intermédiaire, 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, 1ère phrase, LACI ; ATF 129 V 102 ; 120 V 233). Or une rétribution à la commission ne représente pas un salaire conforme aux usages professionnels et locaux si le revenu de l'assuré n'est pas en rapport avec sa prestation de travail (TF 8C_774/2008 du 3 avril 2009 consid. 3.1). Les indemnités compensatoires doivent dans ce cas être calculées sur la base du salaire conforme aux usages professionnels et locaux (ATF 129 V 102 ; 120 V 233 consid. 4b ; 120 V 502 consid. 8e), même si l'assuré ne réalise aucun gain ou seulement un gain minime (TF 8C_774/2008 précité consid. 2 ; C 135/98 du 5 juin 2001 consid. 5, in DTA 2002 p. 110). Dans le cas du recourant, il est évident qu'un salaire mensuel de 2'209 fr. pour un emploi à plein temps comme vendeur automobile est clairement au-dessous des usages professionnels et locaux. S'il faut reconnaître que l'assuré s'est efforcé d'essayer de sortir du chômage en prenant un emploi en gain intermédiaire, il ne pouvait cependant accepter de travailler pour un salaire inférieur aux usages professionnels et locaux dans l'espoir de mettre à charge de l'assurance-chômage le versement complémentaire nécessaire lui permettant d'obtenir un revenu suffisant.

d) Le recourant fait en outre valoir que sa situation financière actuelle ne lui permet pas de rembourser le montant réclamé. Cette question ne doit pas être examinée dans le cadre du présent litige mais sera appréciée, le cas échéant, à l'occasion d'une demande de remise de la prestation à restituer au sens des art. 25 al. 1 LPGA et 4 OPGA (cf. consid. 4d supra), qu'il est possible au recourant de déposer une fois la décision portant sur la restitution entrée en force.

6. Le recours doit par conséquent être rejeté et la décision sur opposition entreprise confirmée.

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

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

- I. Le recours est rejeté.
- II. La décision sur opposition rendue le 27 mai 2016 est confirmée.
- III. Il n'est pas perçu de frais, ni alloué de dépens.

Le juge unique :

La greffière :

Du

L'arrêt qui précède est notifié à :

- M. D. _____,
- 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 :