

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Arrêt du 14 novembre 2017

Composition : M. PIGUET, juge unique
Greffière : Mme Pellaton

Cause pendante entre :

M. _____, à [...], recourant,

et

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

Art. 23 al. 1 ; 24 LACI ; art. 37, 41a al. 1 OACI ; art. 25 et 53 LPGA

E n f a i t :

A. M. _____ (ci-après : l'assuré ou le recourant), né en 1971, exerçait la fonction de directeur administratif et financier de Z. _____ SA (ci-après : Z. _____ SA) à 100 % depuis le 1^{er} janvier 2014. L'assuré et son employeur ont mis fin à leur relations contractuelles par convention avec effet au 31 décembre 2015.

L'assuré s'est inscrit auprès de l'Office régional de placement [...] le 11 décembre 2015, sollicitant des prestations de l'assurance-chômage dès le 1^{er} janvier 2016.

L'assuré a été engagé auprès de l'E. _____ (ci-après : E. _____) dès le 5 décembre 2016, pour une activité à 80 % en qualité de Senior Finance Manager, pour un revenu de 8'666 fr. 66 douze fois l'an, auquel s'ajoutaient 141 fr. 60 par mois à titre de participation à la prime d'assurance-maladie. L'assuré a annoncé cette activité en tant que gain intermédiaire à l'assurance-chômage. L'attestation transmise par l'E. _____ à cette dernière le 23 janvier 2017 pour le mois courant indiquait un salaire soumis à cotisations AVS de 8'666 fr. 67.

La Caisse cantonale de chômage (ci-après : la Caisse ou l'intimée) a versé à l'assuré pour le mois de janvier 2017 une indemnité de chômage de 1'703 fr. 50 (cf. décompte du 26 janvier 2017).

Sur demande de la Caisse, l'assuré lui a transmis ses fiches de salaire pour les mois de décembre 2016 et janvier 2017. La deuxième fiche indiquait un salaire brut de 8'843 fr. 65, soit 8'666 fr. 65 de salaire mensuel et 177 fr. de participation à l'assurance-maladie.

Le 7 février 2017, la Caisse a rendu une décision niant le droit de l'assuré à une indemnité de chômage dès le 1^{er} janvier 2017, au motif que le salaire de 8'843 fr. 65 perçu au mois de janvier 2017 était supérieur à son indemnité mensuelle de chômage qui s'élevait en

moyenne à 8'694 fr. 10. Par décompte du 8 février 2017, la Caisse a demandé à l'assuré la restitution des 1'703 fr. 50 payés à tort pour le mois concerné.

Le 12 février 2017, l'assuré s'est opposé à la décision de la Caisse, contestant notamment le calcul du gain assuré.

Le taux d'activité de l'assuré ayant augmenté à 90 % dès le 1^{er} février 2017, son inscription auprès de l'assurance-chômage a été annulée.

Le 22 mai 2017, la Caisse a rendu une décision sur opposition confirmant la teneur de la décision du 7 février 2017.

B. M. _____ a recouru contre la décision sur opposition précitée le 5 juin 2017. Tout en admettant que son revenu mensuel s'était élevé à 10'866 fr. 70 du 1^{er} janvier au 31 août 2015, il observait qu'il avait été mis en arrêt maladie dès le 1^{er} septembre 2015 et que son salaire avait été partiellement pris en charge par l'assurance-maladie. De plus, une convention avait été signée pour mettre fin aux rapports de travail en vertu de laquelle il avait reçu la somme de 40'394 fr. 10 incluant son salaire de base, ses indemnités de départ et le paiement de ses vacances. Ainsi, son revenu pour l'année 2015 s'était élevé à 163'997 fr. 95. L'indemnité journalière correspondante aurait dû être de 455 fr. 30 (soit le 80 % du montant maximum assuré par l'assurance-chômage), si bien que l'indemnité de chômage moyenne aurait dû s'élever à 9'880 fr., soit un montant supérieur au gain intermédiaire réalisé au mois de janvier 2017. Fort de ce constat, le recourant a conclu à l'annulation de la décision du 7 février 2017, ainsi qu'au paiement par l'intimée de la somme de 12'144 fr. 70 correspondant à la différence entre les indemnités qu'elle aurait dû lui verser sur la base d'une indemnité journalière de 455 fr. 30 et les indemnités réellement perçues.

L'intimé a conclu au rejet du recours par réponse du 5 juillet 2017.

Par réplique du 30 août 2017, le recourant a précisé que les cotisations sociales avaient été prélevées sur le montant de 40'374 fr., lequel comprenait en outre une part importante de rémunération d'heures supplémentaires.

L'intimée a confirmé sa position par duplique du 8 septembre 2017.

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 des assurances compétent, à savoir celui du canton auquel appartient l'autorité qui a rendu la décision attaquée (art. 100 al. 3 LACI et art. 119 al. 1 OACI [ordonnance fédérale du 31 août 1983 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité ; RS 837.02], par renvoi de l'art. 128 al. 1 OACI).

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).

b) Dans le canton de Vaud, la LPA-VD (loi cantonale vaudoise du 18 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). Elle prévoit la

compétence de la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal pour statuer (art. 93 let. a LPA-VD).

c) En l'espèce, le recours a été déposé en temps utile auprès du tribunal compétent. Il respecte par ailleurs les formes prescrites par la loi, de sorte qu'il est recevable.

La valeur litigieuse étant inférieure à 30'000 fr., la cause relève de la compétence d'un membre de la Cour des assurances sociales, statuant comme juge unique (art. 94 al. 1 let. a LPA-VD).

2. Le litige a pour objet la restitution de la somme de 1'703 fr. 50 que le recourant aurait perçue à tort au mois de janvier 2017, singulièrement la question du montant du gain assuré.

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.

b) Aux termes de l'art. 24 al. 1 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 est fixé selon l'art. 22 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 première phrase LACI).

L'art. 41a al. 1 OACI précise que l'assuré a droit à des indemnités compensatoires pendant le délai-cadre d'indemnisation lorsqu'il réalise un revenu inférieur à son indemnité de chômage.

c) Il est constant en l'espèce que le recourant a réalisé un gain intermédiaire de 8'843 fr. 65 au mois de janvier 2017.

4. a) Aux termes de l'art. 23 al. 1, première phrase, LACI, est réputé gain assuré le salaire déterminant au sens de la législation sur l'AVS qui est obtenu normalement au cours d'un ou de plusieurs rapports de travail durant une période de référence, y compris les allocations régulièrement versées et convenues contractuellement, dans la mesure où elles ne sont pas des indemnités pour inconvénients liés à l'exécution du travail.

b) Entrent ainsi notamment dans les composantes du gain assuré au sens de l'art. 23 al. 1 LACI, le salaire de base, au mois, à l'heure ou à la tâche, y compris le salaire ou l'indemnisation en cas de maladie, d'accident ou d'invalidité, les prestations en nature, au maximum jusqu'aux montants fixés dans la législation sur l'AVS, le 13^e salaire et les gratifications, si l'assuré les a effectivement touchés ou s'il a intenté une action judiciaire pour faire reconnaître des prétentions qu'il a rendues crédibles - et ce indépendamment du fait qu'elles puissent faire ou non l'objet d'une action en justice - les commissions et les primes (rendement, fidélité), pour autant qu'elles aient été versées normalement et régulièrement (Boris RUBIN, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, Genève/Zurich/Bâle 2014, n° 10 et 11 ad art. 23 LACI).

c) Conformément à l'art. 5 al. 2 LAVS (loi fédérale du 20 décembre 1946 sur l'assurance-vieillesse et survivants ; RS 831.10), le salaire déterminant provenant d'une activité dépendante comprend toute rémunération pour un travail dépendant, fourni pour un temps déterminé ou indéterminé. Sont ainsi notamment inclus dans le salaire déterminant le salaire au temps, aux pièces (à la tâche) et à la prime, y compris les indemnités pour les heures supplémentaires, le travail de nuit et en

remplacement, les allocations de résidence et de renchérissement, les gratifications, les primes de fidélité et au rendement, les avantages appréciables en argent provenant de participations de collaborateur, les pourboires, s'ils représentent une part importante du salaire, les prestations en nature ayant un caractère régulier, les provisions et les commissions (art. 7 RAVS [règlement du 31 octobre 1947 sur l'assurance-vieillesse et survivants ; RS 831.101]).

d) Le salaire pris en compte comme gain assuré au sens de l'assurance-chômage se rapproche de la notion précitée de salaire déterminant au sens de la LAVS, mais ne se recouvre pas exactement avec celui-ci, ce qui ressort d'ailleurs de la formulation « normalement » contenue dans le texte légal de l'art. 23 al. 1 LACI (TF C 155/06 du 3 août 2007 consid. 5.1 ; également RUBIN, *op. cit.*, n° 8 ad art. 23 LACI ; voir aussi Thomas NUSSBAUMER, *Arbeitslosenversicherung in Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], Soziale Sicherheit*, Ulrich MEYER [édit.], 3^e éd., Bâle 2016, n° 366 p. 2376). Certains montants perçus par le salarié, certes soumis à cotisations, n'entrent pas dans la fixation du gain assuré. Il en va ainsi de la rémunération des heures supplémentaires (ATF 129 V 105 ; TF C 139/05 du 26 juin 2006 consid. 4.1), des indemnités de vacances (ATF 125 V 42 consid. 5b ; 123 V 70 consid. 5a ; TF 8C_676/2008 du 28 novembre 2008 consid. 3) ou encore des prestations uniques ou très occasionnelles, versées dans des circonstances particulières et ne se présentant que de façon inhabituelle (TF C 139/05 du 26 juin 2006 consid. 4.2).

e) L'art. 37 OACI précise que le gain assuré est calculé sur la base du salaire moyen des six derniers mois de cotisation qui précèdent le délai-cadre d'indemnisation (al. 1). Il est déterminé sur la base du salaire moyen des douze derniers mois de cotisation précédant le délai-cadre d'indemnisation si ce salaire est plus élevé que le salaire moyen visé à l'al. 1 (al. 2). La période de référence commence à courir le jour précédant le début de la perte de gain à prendre en considération quelle que soit la date de l'inscription au chômage. A ce jour, l'assuré doit avoir cotisé douze mois au moins pendant le délai-cadre applicable à la période de cotisation

(al. 3). Lorsque le salaire varie en raison de l'horaire de travail usuel dans la branche, le gain assuré est calculé conformément aux al. 1 à 3, mais au plus sur la moyenne annuelle de l'horaire de travail convenu contractuellement (al. 3bis).

5. Dans le domaine des assurances sociales, le juge fonde sa décision, sauf dispositions contraires de la loi, sur les faits qui, faute d'être établis de manière irréfutable, apparaissent comme les plus vraisemblables, c'est-à-dire qui présentent un degré de vraisemblance prépondérante. Il ne suffit donc pas qu'un fait puisse être considéré seulement comme une hypothèse possible. Parmi tous les éléments de fait allégués ou envisageables, le juge doit, le cas échéant, retenir ceux qui lui paraissent les plus probables (ATF 130 III 321 consid. 3.2 et 3.3 ; 126 V 353 consid. 5b ; 125 V 193 consid. 2).

Par ailleurs, la procédure est régie par le principe inquisitoire, selon lequel les faits pertinents de la cause doivent être constatés d'office par le juge. Mais ce principe n'est pas absolu. Sa portée est restreinte par le devoir des parties de collaborer à l'instruction de l'affaire (ATF 122 V 157 consid. 1a ; 121 V 204 consid. 6c et les références). Celui-ci comprend en particulier l'obligation des parties d'apporter, dans la mesure où cela peut être raisonnablement exigé d'elles, les preuves commandées par la nature du litige et des faits invoqués, faute de quoi elles risquent de devoir supporter les conséquences de l'absence de preuves (ATF 125 V 193 consid. 2 ; cf. ATF 130 I 180 consid. 3.2).

6. Le recourant soutient que la caisse intimée n'a pas correctement calculé son gain assuré, ne tenant pas compte des montants réellement perçus, notamment de l'indemnité conventionnelle de 40'394 fr. 10. Selon ses explications, cette indemnité comprenait la compensation de ses heures supplémentaires, l'indemnisation pour vacances non prises ainsi qu'une indemnité de départ.

Comme exposé au consid. 4 supra, certains montants perçus par le salarié, certes soumis à cotisations, n'entrent pas dans la fixation du

gain assuré. C'est précisément le cas de la rémunération des heures supplémentaires, des indemnités de vacances, de même que des indemnités de départ dès lors qu'il s'agit de prestations uniques versées dans des circonstances particulières. Ainsi, c'est à raison que l'intimée n'a pas tenu compte de l'indemnité de 40'394 fr. 10 dans le calcul du gain assuré.

Du 1^{er} janvier 2015 au 31 décembre 2015, le recourant avait un salaire mensuel contractuel de 10'866 fr. 70. Bien qu'il ait été en arrêt maladie dès le 1^{er} septembre 2015 et que son salaire ait été pris en charge par une assurance perte de gain, il s'agit de prendre en compte, comme l'a fait l'intimée, le salaire de 10'866 fr. 70 tout au long de la période considérée. En effet, aux termes de l'art. 39 OACI, pour les périodes qui, selon l'art. 13 al. 2 let. b à d LACI, sont prises en compte comme périodes de cotisation, est déterminant le salaire que l'assuré aurait normalement obtenu. L'art. 13 al. 2 let. c LACI stipule que compte également comme période de cotisation le temps durant lequel l'assuré est partie à un rapport de travail, mais ne touche pas de salaire parce qu'il est malade ou victime d'un accident et, partant, ne paie pas de cotisations. Cette disposition s'applique dans le cas où la perte de gain est prise en charge et compensée par le biais d'indemnités journalières versées par une assurance, indemnités non soumises à cotisations AVS (RUBIN, *op. cit.*, n° 28 ad. art. 13). Le recourant a perçu des indemnités journalières pour perte de gain non soumises à cotisations pour les mois de septembre à décembre 2015, période assimilée à une période de cotisation au sens de l'art. 13 LACI. Au vu de ce qui précède, c'est à raison que l'intimée a retenu le salaire que le recourant aurait normalement perçu, soit le salaire contractuel, durant cette période.

Au vu de ce qui précède, c'est à bon droit que la caisse intimée a fixé le gain assuré à 10'866 fr. 70 et l'indemnité journalière à 400 fr. 65 ($[10'866 \text{ fr. } 70 \times 80 \text{ \%}] / 21.70$).

Au mois de janvier 2017, le recourant aurait dû percevoir, sans gain intermédiaire, une indemnité de chômage de 8'814 fr. 30, soit 22

jours contrôlés à 400 fr. 65. Ce montant étant inférieur au gain intermédiaire réalisé par le recourant, il n'avait pas droit à l'indemnité de chômage.

7. a) Selon 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 pertinents dans le cas d'espèce.

Selon l'art. 25 al. 1, première phrase, LPGA, les prestations indûment touchées doivent être restituées.

Une prestation accordée sur la base d'une décision formellement passée en force et sur laquelle une autorité judiciaire ne s'est pas prononcée sous l'angle matériel ne peut être répétée que lorsque les conditions d'une reconsidération (art. 53 al. 2 LPGA) ou d'une révision procédurale (art. 53 al. 1 LPGA) sont réalisées (ATF 138 V 426 consid. 5.2.1 ; ATF 110 V 176 consid. 2a ; DTA 1998 p. 76 consid. 3b). Ce principe s'applique également lorsque les prestations à restituer n'ont pas été allouées par une décision formelle mais par une décision traitées selon la procédure simplifiée de l'art. 51 LPGA (ATF 111 V 329 consid. 1 ; DTA 1998 p. 76 consid. 3b). Après un laps de temps correspondant au délai d'opposition contre une décision formelle, l'administration ne peut demander la restitution des prestations allouées par une décision selon l'art. 51 LPGA et non contestée qu'aux conditions de la reconsidération ou de la révision procédurale (ATF 129 V 110 ; RUBIN, *op. cit.*, n° 16 ad art. 95 LACI).

L'assureur peut reconsidérer une décision formellement passée en force lorsqu'elle est manifestement erronée - en fait ou en droit - et que sa rectification revêt une importance notable (TF 8C_614/2011 du 2 avril 2012 ; TF 8C_443/2008 du 8 janvier 2009). Indépendamment des montants en cause, une décision entrée en force formelle est soumise à révision lorsque l'assureur découvre subséquemment des faits nouveaux importants ou trouve des nouveaux moyens de preuve qui ne pouvaient être produits auparavant. Sont nouveaux les faits qui se sont produits

jusqu'au moment où, dans la procédure initiale, des allégations de faits étaient encore recevables, mais qu'ils n'étaient pas connus de l'autorité qui demande la révision, malgré toute sa diligence. Les faits nouveaux doivent d'ailleurs être importants, à savoir de nature à modifier l'état de fait qui est à la base de la décision entreprise, et conduire à une décision différente en fonction d'une appréciation juridique correcte (RUBIN, *op. cit.*, n° 17 et 18 ad art. 95 LACI et les références). 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 (TFA C 11/05 du 16 août 2005 consid. 3 ; ATF 126 V 23 consid. 4b et les références). 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).

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 (art. 25 al. 2, première phrase, LPGA). Il s'agit là de délais de péremption (TF 8C_616/2009 du 14 décembre 2009 consid. 3.1 ; cf. pour l'ancien droit ATF 124 V 380 consid. 1 ; 122 V 270 consid. 5a, et 119 V 431 consid. 3a et les références citées). 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 (ATF 124 V 380 consid. 1 ; 122 V 270 consid. 5b/aa et 119 V 431 consid. 3a et les références citées). 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 précité consid. 3.2). 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 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 (ATF 124 V 380 consid. 2c).

c) En l'espèce, la caisse intimée a initialement versé une indemnité compensatoire sur la base d'un gain intermédiaire de 8'666 fr. 60 tel qu'indiqué sur l'attestation fournie par l'employeur le 23 janvier 2017. Ce n'est qu'en février 2017, lorsque le recourant a fait parvenir son bulletin de salaire à l'intimée, que cette dernière a pu constater que le montant à prendre en compte était en réalité de 8'843 fr. 65 compte tenu du montant versé à titre de participation à la prime d'assurance-maladie. Les conditions d'une reconsidération étant remplies, la caisse intimée était légitimée à demander au recourant la restitution des prestations versées à tort, étant précisé que le délai de péremption prévu à l'art. 25 al. 1 LPGA a été respecté et que la condition de l'importance notable est remplie.

8. Au vu de ce qui précède, il y a lieu de constater que la demande de restitution du montant 1'703 fr. 50 était justifiée. Dans ces circonstances, il n'y a pas lieu d'entrer en matière, pour peu que celle-ci soit recevable, sur la conclusion reconventionnelle tendant au paiement de la somme de 12'144 fr. 70 à titre d'indemnités de chômage encore due.

9. En conclusion, le recours, mal fondé, doit être rejeté et la décision sur opposition litigieuse 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, au demeurant non représenté par un mandataire professionnel, 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 22 mai 2017 par la Caisse cantonale de chômage est confirmée.
- III. Il n'est pas perçu de frais judiciaires, ni alloué de dépens.

Le juge unique :

La greffière :

Du

L'arrêt qui précède est notifié à :

- M. _____,
- 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 :