

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Arrêt du 22 décembre 2017

Composition : Mme DI FERRO DEMIERRE, juge unique
Greffier : M. Germond

Cause pendante entre :

A. _____, à [...], recourante,

et

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

Art. 25 LPGA ; 24 et 95 LACI ; 4 OPGA ; 41a OACI

E n f a i t :

A. A. _____ (ci-après : l'assurée ou la recourante), née en [...], s'est inscrite, le 1^{er} janvier 2015, en tant que demandeuse d'emploi, à 100%, auprès de l'Office régional de placement (ORP) de [...]. Sollicitant les indemnités de chômage dès cette date auprès de la Caisse cantonale de chômage, agence de [...] (ci-après : l'agence), elle a bénéficié de l'ouverture d'un délai-cadre d'indemnisation, du 1^{er} janvier 2015 au 31 décembre 2016. Son gain assuré était de 8'602 fr., indemnisé à 80%.

Durant une partie de sa période de chômage, l'assurée a réalisé des gains intermédiaires (GI). Elle a d'abord travaillé en tant que « Mobile Merchandiserin », à 80%, pour le compte de la société à responsabilité limitée D. _____ à [...], dès le 9 février 2016. Le salaire brut prévu était de 3'600 fr. treize fois par année. L'employée a résilié son contrat le 4 mars 2016 avec effet au 11 mars 2016.

L'assurée a été engagée, dès le 15 mars 2016, comme « Visual Merchandiser », à 100%, par R. _____ SA à [...]. Le salaire défini par le contrat de travail du 11 mars 2016 était de 70'200 fr. brut, servi sur treize mois, après un temps d'essai de trois mois rétribué 5'000 fr. par mois.

Du 1^{er} février au 30 novembre 2016, l'assurée a été indemnisée par sa caisse de chômage sur la base des renseignements des formulaires « Indications de la personne assurée » (IPA) ainsi que des attestations de gains remis à l'agence durant la période de contrôle courant jusqu'au 31 décembre 2016. Les décomptes d'indemnités de chômage attestent les versements suivants :

- 3'802 fr. 65 pour février 2016, compte tenu notamment d'un gain intermédiaire de 3'026 fr. 90 (décompte du 29 mars 2016) ;
- 2'712 fr. 95 pour mars 2016, compte tenu notamment d'un gain intermédiaire de 5'304 fr. 25 (décompte du 12 avril 2016) ;

- 2'392 fr. 85 pour avril 2016, compte tenu notamment d'un gain intermédiaire de 5'000 fr. (décompte du 23 mai 2016) ;
- 2'676 fr. 85 pour mai 2016, compte tenu notamment d'un gain intermédiaire de 5'000 fr. (décompte du 14 juin 2016) ;
- 2'675 fr. 80 pour juin 2016, compte tenu notamment d'un gain intermédiaire de 5'000 fr. (décompte du 11 juillet 2016) ;
- 1'768 fr. 90 pour juillet 2016, compte tenu notamment d'un gain intermédiaire de 5'849 fr. 80 (décompte du 17 août 2016) ;
- 2'337 fr. pour août 2016, compte tenu notamment d'un gain intermédiaire de 5'850 fr. (décompte du 15 septembre 2016) ;
- 2'052 fr. 90 pour septembre 2016, compte tenu notamment d'un gain intermédiaire de 5'850 fr. (décompte du 13 octobre 2016) ;
- 1'768 fr. 90 pour octobre 2016, compte tenu notamment d'un gain intermédiaire de 5'850 fr. (décompte du 9 novembre 2016) ;
- 2'052 fr. 90 pour novembre 2016, compte tenu notamment d'un gain intermédiaire de 5'850 fr. (décompte du 23 décembre 2016).

Le 10 janvier 2017, l'assurée a notamment remis à l'agence l'attestation de gain établie le 3 janvier 2017 par R. _____ SA pour le mois de décembre 2016. Ce document atteste un gain intermédiaire de 5'400 fr. auquel s'ajoutent un treizième salaire (4'175 fr.) et un bonus (3'000 fr.) en faveur de l'assurée pour l'année 2016.

Par décision du 13 janvier 2017, l'agence a exigé de l'assurée la restitution d'un montant de 2'324 fr. 10, versé en trop sur la période de mars à novembre 2016. Elle se référait à l'attestation de gain établie le 3

janvier 2017, informant que l'assurée avait perçu un treizième salaire ainsi qu'un bonus pour 2016.

Par décision du 24 avril 2017, la Caisse cantonale de chômage, Division juridique (ci-après : la caisse ou l'intimée) a rejeté l'opposition formée par l'assurée quant au principe de la prise en compte du 13^{ème} salaire et du bonus dans les gains intermédiaires, annulé la décision de restitution du 13 janvier 2017 et renvoyé la cause à l'agence afin qu'elle corrige ses erreurs de calculs, puis rende une nouvelle décision. La caisse a constaté s'agissant du montant de la restitution que les premiers paiements effectués de mars à novembre 2016 étaient erronés dès lors qu'ils ne tenaient pas compte de la part mensuelle du 13^{ème} salaire ni de celle relative au bonus de l'assurée cette année-là.

B. Après avoir repris puis complété son instruction, l'agence a, par décision du 8 juin 2017 annulant et remplaçant celle du 13 janvier 2017, demandé en restitution la somme de 920 fr. 20 à l'assurée conformément aux art. 94, 95 LACI (loi fédérale du 25 juin 1982 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité ; RS 837.0) et 25 LPGA (loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales ; RS 830.1). Les motifs mentionnés étaient identiques à ceux de la décision du 13 janvier 2017.

Le 2 juillet 2017, l'assurée s'est opposée à la décision du 8 juin 2017, en demandant son annulation ainsi que la remise de l'obligation de restituer le montant réclamé. Elle invoquait sa bonne foi en précisant qu'elle n'avait pas cherché à dissimuler un quelconque revenu ni à « escroquer la Caisse-Chômage ». Elle se prévalait par ailleurs d'une situation financière délicate et se plaignait d'erreurs de la part de l'agence dans le traitement du cas.

Par décision sur opposition du 22 août 2017, la caisse a rejeté l'opposition de l'assurée, confirmé la décision du 8 juin 2017 tant sur son

principe que sur le montant de la restitution, et précisé que la demande de remise serait examinée une fois la décision litigieuse en force.

C. Le 13 septembre 2017, A. _____ a déféré la décision sur opposition précitée devant la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal, en concluant à sa réforme en ce sens qu'elle est tenue à restitution d'un montant de 460 fr. équivalent à la moitié de la somme réclamée, pour solde de tout compte. Qualifiant d'« ahurissante, injuste et totalement déshumanisée » la décision querellée, elle s'en réfère aux arguments développés à l'appui de son opposition du 2 juillet 2017 en alléguant sa bonne foi et une situation financière délicate. Elle maintient en outre que l'excédent d'indemnités versé est exclusivement le fait d'erreurs de la part de la caisse.

Le 19 octobre 2017, le SDE a proposé le rejet du recours et la confirmation de la décision querellée en observant que cette décision n'a pas trait à l'examen de la demande de remise.

La recourante n'a pas procédé plus avant.

E n d r o i t :

1. a) Les dispositions de la LPGA s'appliquent à l'assurance-chômage sous réserve de dérogations expresses (cf. art. 1 LACI). Les décisions sur opposition et celles contre lesquelles la voie de l'opposition n'est pas ouverte sont sujettes à recours (cf. art. 56 al. 1 LPGA) devant le tribunal des assurances compétent, à savoir celui du canton auquel appartient l'autorité qui a rendu la décision attaquée (cf. art. 100 al. 3 LACI et art. 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], applicable 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 (cf. art. 60 al. 1 LPGA).

Le recours a été interjeté en temps utile et il satisfait en outre aux autres conditions formelles de recevabilité (cf. art. 61 let. b LPGA notamment), de sorte qu'il y a lieu d'entrer en matière sur le fond.

b) La Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal est compétente pour statuer (cf. art. 93 let. a LPA-VD [loi cantonale vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative ; RSV 173.36]). Eu égard à l'objet du recours, à savoir la restitution d'un montant inférieur à 30'000 fr., la présente affaire relève toutefois de la compétence d'un membre de la Cour, statuant en tant que juge unique (cf. art. 94 al. 1 let. a LPA-VD).

2. En l'espèce, il y a lieu d'examiner si l'intimée était fondée à réclamer à la recourante la restitution du montant de 920 fr. 20 relatif à des prestations indues versées pour les mois de mars à novembre 2016.

3. Selon 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. Est réputée perte de gain la différence entre le gain assuré et le gain intermédiaire, ce dernier devant être conforme, pour le travail effectué, aux usages professionnels et locaux (art. 24 al. 3 LACI).

Le gain intermédiaire est calculé normalement sur le total du revenu réalisé pendant la période de contrôle. Y entrent le salaire de base, les indemnités pour jours fériés et autres éléments constitutifs du salaire auxquels l'assuré a droit, tels que 13^{ème} salaire, gratifications, commissions, allocations de résidence, allocation de renchérissement, supplément pour travail de nuit, travail du dimanche, travail en équipes, service de piquet, si l'assuré touche normalement ces suppléments en raison de la nature de ses activités ou de son horaire de travail (Bulletin LACI-IC édité par le Secrétariat d'Etat à l'économie [SECO], dans sa version valable dès le 1^{er} juillet 2017, C125).

Le 13^{ème} salaire et les gratifications sont répartis proportionnellement sur les périodes de contrôle où l'assuré a réalisé un gain intermédiaire. Si le montant de la gratification n'est pas connu durant le rapport de travail en gain intermédiaire, la caisse de chômage répartit cette gratification, dès qu'elle en a connaissance, sur la période de référence au *pro rata* des heures accomplies chaque mois. Cela signifie qu'elle doit recalculer les périodes de décompte et établir une décision de restitution pour autant que le montant de la restitution revête une importance notable (Bulletin LACI-IC C126).

A teneur de l'art. 41a OACI, lorsque l'assuré réalise un revenu inférieur à son indemnité de chômage, il a droit à des indemnités compensatoires pendant le délai-cadre d'indemnisation.

4. a) En l'occurrence, la recourante conteste être tenue à restitution de 920 fr. 20 envers l'intimée. Sans formuler de griefs à l'encontre du dernier calcul de la caisse en lien avec la somme réclamée, elle conclut au versement de la moitié du montant à restituer, soit 460 fr., pour solde de tout compte. Elle tient en effet la caisse intimée pour unique responsable des indemnités de chômage versées en trop de mars à novembre 2016 à la base de la demande de restitution. Elle se prévaut par ailleurs de sa bonne foi et d'une situation financière difficile pour demander la remise de l'obligation de restituer la somme réclamée par la caisse.

b) La recourante était inscrite dès le 1^{er} janvier 2015 en tant que demandeuse d'emploi. En parallèle et à partir du 9 février 2016, elle a successivement exercé des activités salariées auprès de deux employeurs (à savoir, D. _____ Sàrl, du 9 février au 11 mars 2016, puis R. _____ SA dès le 15 mars 2016) lui procurant un gain intermédiaire devant être pris en compte en lien avec le versement de ses indemnités de chômage par l'intimée.

De février à novembre 2016, la caisse a versé à l'assurée des indemnités de chômage en se fondant chaque mois sur les données recueillies au travers des formulaires IPA et attestations de gains produits. Le 10 janvier 2017, la caisse s'est vue remettre une attestation de gain établie le 3 janvier 2017 par R. _____ SA pour le mois de décembre 2016, dont il ressort un treizième salaire (4'175 fr.) ainsi qu'un bonus (3'000 fr.) en faveur de l'assurée pour l'année 2016. Dès qu'elle a eu connaissance de ces nouveaux éléments de salaires, la caisse a constaté que les décomptes d'indemnités des mois de mars à novembre 2016 étaient erronés car ils ne tenaient pas compte de la part mensuelle du 13^{ème} salaire ni celle relative au bonus dans les gains intermédiaires. En application de la jurisprudence rappelée ci-avant (cf. consid. 3 supra), la caisse a réparti proportionnellement le 13^{ème} salaire et la gratification pour 2016 sur les périodes de contrôle où l'assurée a réalisé un gain intermédiaire chez R. _____ SA. Elle était par conséquent tenue de recalculer les décomptes pour les mois de mars à novembre 2016 et établir une décision de restitution dès lors que le montant indu revêt une importance notable, comme on le verra ci-après. Contrairement à ce que soutient la recourante, l'intimée n'a donc pas commis de faute à la base de sa demande de restitution dès lors qu'elle était fondée à rectifier les décomptes initiaux pour tenir compte des nouveaux éléments de salaires portés à sa connaissance le 10 janvier 2017 et dont il est finalement ressorti qu'un montant de 920 fr. 20 avait été versé à tort à l'assurée de mars à novembre 2016.

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

5. 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 (phr. 1), est issu de la réglementation et de la jurisprudence antérieures à l'entrée en vigueur de la LPGA (cf. ATF 130 V 318 consid. 5.2 et les références). Selon cette jurisprudence, développée à partir de l'art. 47 al. 1 LAVS (loi fédérale du 20 décembre 1946 sur l'assurance-vieillesse et survivants ; RS 831.10)

dans sa teneur en vigueur jusqu'au 31 décembre 2002 et applicable par analogie à la restitution d'indemnités indûment perçues de l'assurance-chômage (cf. ATF 122 V 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. 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 nulle 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 11/2005 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, 1^{ère} phr., 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 389 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 ; TFA K 70/2006 du 30 juillet 2007 consid. 5.1).

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, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, Zurich 2014, n. 8 *ad.* art. 95 p. 610 et la référence citée).

b) Dans le cas présent, la recourante n'avait pas droit, on l'a vu, aux prestations qui lui ont été versées en trop sur la base des premiers décomptes pour les mois de mars à novembre 2016 qui ne tenaient pas compte du 13^{ème} salaire et du bonus correspondant dans les gains intermédiaires. En ce qui concerne le montant de la restitution, l'intimée a d'abord établi un décompte en janvier 2017 en réclamant à l'assurée une somme de 2'324 fr. 10. Après la contestation de cette dernière, la caisse a repris son instruction puis rendu une nouvelle décision de restitution du 8 juin 2017, qu'elle a confirmé sur opposition le 22 août 2017. Il en ressort un nouveau montant de 920 fr. 20 dont les bases de calcul ne sont pas critiquées par la recourante qui se limite à soutenir que la caisse est responsable du versement indu. En l'absence d'indices contraires au dossier, il y a lieu de confirmer la somme totale à restituer qui s'élève à 920 fr. 20. La rectification des décomptes initiaux revêt ainsi une importance notable.

La caisse de chômage n'a pu se rendre compte que le montant des indemnités journalières versées à l'assurée était erroné que le 10 janvier 2017 lorsqu'elle s'est vu remettre l'attestation de gain établie par R. _____ SA le 3 janvier 2017. Une fois qu'elle a eu connaissance de ces nouveaux éléments de salaires, elle a réagi sans tarder puisque, par décision du 13 janvier 2017, respectivement du 8 juin 2017 après la contestation de l'assurée, elle a exigé la restitution du montant versé à tort de mars à novembre 2016. La créance de l'autorité intimée n'est donc pas périmée.

La condition de l'importance notable étant également réalisée, eu égard au montant soumis à restitution, l'intimée était dès lors fondée à

réclamer à la recourante la restitution de 920 fr. 20 pour les indemnités versées à tort de mars à novembre 2016. Les conditions d'une reconsidération sont dès lors réunies.

c) Enfin, comme le relève à juste titre l'intimée dans sa décision, demeurent en revanche ouvertes la condition de la bonne foi de la recourante, 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, 2^{ème} phr., 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 trente jours à compter de l'entrée en force de la décision de restitution. Si la recourante entend se prévaloir de la précarité de sa situation financière et de sa bonne foi, elle demandera donc en temps utile une remise à la caisse.

6. a) Vu ce qui précède, le recours, mal fondé, doit être rejeté et la décision attaquée 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 la recourante - au demeurant non assistée des services d'un mandataire professionnel pour la défense de ses intérêts - n'obtient pas gain de cause (art. 61 let. g LPGA *a contrario*).

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

I. Le recours est rejeté.

II. La décision sur opposition rendue le 22 août 2017 par la Caisse cantonale de chômage, Division juridique, est confirmée.

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

La juge unique :

Le greffier :

Du

L'arrêt qui précède est notifié à :

- A. _____,
- Caisse cantonale de chômage, Division juridique,
- Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO),

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 :