

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Arrêt du 21 août 2018

Composition : Mme BERBERAT, juge unique
Greffière : Mme Chaboudez

Cause pendante entre :

Q._____, à [...], recourant, représenté par Me Andrea E. Rusca, avocat à Nyon,

et

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

Art. 29 al. 1 Cst. ; 25 LPGA ; 24 LACI

E n f a i t :

A. Suite à la perte de son emploi auprès de l'entreprise M._____ Sàrl, Q._____ (ci-après : l'assuré ou le recourant), né en 1962, a sollicité des indemnités de chômage dès février 2015. Un délai-cadre d'indemnisation a été ouvert en sa faveur du 2 février 2015 au 1^{er} février 2017. Le 16 mars 2015, il a retrouvé un emploi au sein de la société O._____ Sàrl, qui lui a permis de sortir du chômage. Son contrat a cependant été résilié pour le 29 février 2016 et il s'est réinscrit au chômage, annonçant un taux de placement de 100 % dès le 1^{er} mars 2016. Le 2 février 2017, un nouveau délai-cadre d'indemnisation de deux ans a été ouvert à son égard.

Le 6 décembre 2016, il a signé un contrat de travail avec la Paroisse D._____ à [...] comme employé polyvalent à un taux d'activité de 15 %. Son salaire mensuel était fixé à 740 fr. brut, versé douze fois l'an.

Le 28 février 2017, il a signé un contrat d'agent commercial avec la société G._____ SA, prévoyant une rémunération à la commission sur les ventes effectuées.

Par lettre du 15 mars 2017, la Caisse cantonale de chômage, Agence de [...] (ci-après : l'Agence), a informé l'assuré que le salaire prévu pour son emploi en gain intermédiaire auprès de la société G._____ SA n'était pas conforme aux usages professionnels et locaux de la branche. L'Agence a indiqué qu'elle allait prendre en compte un salaire de 3'820 fr. brut par mois pour le calcul de l'indemnité compensatoire, lequel correspondait à une rémunération conforme pour ce genre d'activité exercée à plein temps. Elle l'a en outre averti qu'il lui était possible de résilier son contrat de travail, sans pour autant subir une suspension de son droit aux indemnités de chômage.

Par courrier du 4 juillet 2017, l'Agence a demandé à la société G. _____ SA de remplir les attestations de gain intermédiaire des mois de mars, avril, mai et juin 2017, ainsi que de transmettre une copie du contrat de travail établi.

Le 24 juillet 2017, la société G. _____ SA a renvoyé les attestations de gain intermédiaire, sur lesquelles elle n'a indiqué aucune heure travaillée, précisant que l'assuré n'était pas salarié et qu'aucune durée hebdomadaire de travail n'avait été convenue. Pour l'ensemble des mois de mars à juillet 2017, un montant de 776 fr. 95 lui avait été versé le 24 juillet 2017.

Par courrier du 25 juillet 2017, l'Agence a demandé à l'assuré des explications sur le fait qu'il avait travaillé de mars à juillet 2017 comme agent commercial pour G. _____ SA sans l'annoncer sur ses formulaires « Indications de la personne assurée » (IPA).

Le 31 juillet 2017, l'assuré a exposé qu'il n'avait pas été engagé par la société G. _____ SA au motif que cet emploi n'était pas solvable, et qu'il poursuivait son activité à 20 % pour la Paroisse de [...].

Par décision du 9 août 2017, l'Agence a décidé que la rémunération de l'assuré uniquement sur la base de commissions effectuées en fonction de contrats conclus n'était pas conforme aux usages professionnels et locaux, de sorte qu'il y avait lieu de prendre en compte un salaire mensuel de 3'820 fr. à partir du 1^{er} mars 2017 au titre de gain intermédiaire, lequel était conforme à ces usages pour l'activité exercée.

Par une seconde décision du 9 août 2017, l'Agence a constaté qu'au vu du revenu mensuel de 4'260 fr. réalisé par l'assuré auprès de G. _____ SA et de la Paroisse de [...], qui était supérieur à son indemnisation mensuelle moyenne, il n'avait pas droit aux indemnités de chômage dès le 1^{er} mars 2017.

Par décision du 10 août 2017, l'Agence a demandé à l'assuré la restitution de la somme de 10'384 fr. 95 qui lui avait été versée à tort, compte tenu de l'activité en gain intermédiaire qu'il avait exercée du 1^{er} mars au 30 juin 2017 et qu'il n'avait pas annoncée sur ses formulaires « Indications de la personne assurée ».

L'Agence a également prononcé, le 10 août 2017, une suspension du droit à l'indemnité de chômage de l'assuré de 31 jours indemnisables dès le 1^{er} mars 2017, au motif qu'il avait fait contrôler abusivement son chômage et obtenu indûment des prestations de l'assurance.

Il ressort d'une note interne de l'Agence rédigée le 11 août 2017 que M. T._____, directeur de G._____ SA, a indiqué par téléphone que l'assuré n'avait pas donné son congé et travaillait toujours pour eux. Il allait recevoir un chèque d'environ 2'000 fr. pour ses commissions depuis mars 2017. Il passait régulièrement pour donner ses rapports à son patron et renouveler son stock de produits.

Le 24 août 2017, l'assuré a transmis à la Caisse cantonale de chômage, Division juridique (ci-après : la Caisse ou l'intimée), une opposition dont la teneur était la suivante :

« Concerne : Votre décision du 9 et 10 août 2017 en vertu des articles 94, 95 LACI et 25 LPGA.

Monsieur,

Par le courrier en date du 10 août 2017 vous m'informez de votre décision de vous rendre les prestations de la caisse chômage pour les mois de mars, avril, mai, et juin 2017 au motif que vous présumez que je suis sous contrat avec la maison G._____ à [...].

Je me permets de solliciter ce recours gracieux concernant votre décision. En effet, je ne suis pas employé de cette dernière et par là même donc je n'ai jamais été salarié. Le seul contrat valable et déclaré qui est déjà en votre possession, c'est le contrat avec la Paroisse D._____ de [...].

J'ai toujours été honnête et méticuleux dans mes recherches d'emplois, monsieur [...] qui est mon conseiller actuel à l'ORP de [...] pourra vous le confirme[r] si besoin. Il est lui-même au courant de ma situation. J'essaye assidument de faire ce que l'on me demande au plus près de ma conscience professionnelle. Pour cette raison, il

me semble que le maintien des prestations soit justifié[...]. Je n'ai jamais entrepris de fausses allégations où je ne sais quoi d'autres.

Dès lors le temps qui passe me met[...] dans une position délicate, mon loyer du mois de juillet n'est pas payé et ceci me dérange énormément.

A la lumière de ces faits je sollicite le réexamen de mon dossier et par la même de votre décision.

Vous trouverez les pièces justificatives ci-dessous attestant de ma bonne foi. [...] »

Dans un courriel du 14 octobre 2017, l'assuré a précisé qu'il n'avait reçu aucun salaire mensuel de la maison G._____, mais seulement un montant de 700 fr. pour ses prestations de mars à juillet 2017 et qu'il n'avait jamais touché de salaire ou commission sans en informer la caisse de chômage. Il a insisté sur le fait qu'il n'était ni employé ni salarié auprès de cette société. Enfin, il a précisé que l'absence d'indemnités de chômage le mettait dans une situation très difficile.

Par décision sur opposition du 23 octobre 2017, la Caisse a rejeté l'opposition formée par l'assuré et confirmé la décision de restitution du 10 août 2017. Elle a notamment indiqué ce qui suit :

« 2.2 L'autorité de céans s'est entretenue à deux reprises avec l'assuré par téléphone puis avec l'employeur. Il ressort de ces entretiens plusieurs éléments. Tout d'abord, les deux parties conviennent que l'assuré n'était pas salarié. Si l'autorité de céans comprend l'amalgame pouvant découler de cette situation, elle ne peut, juridiquement, suivre le raisonnement des parties. En date du 28 février 2017, les parties ont signé un contrat d'agent commercial prévoyant d'une part un paiement à la commission, d'autre part, un délai de résiliation d'un mois et une résiliation à faire par lettre recommandée. Bien que le contrat décrive l'assuré comme indépendant, c'est une relation de travail qui les lie. En effet, l'assuré ne peut être indépendant et être au chômage. L'employeur, par entretien téléphonique du 3 juillet 2017, a expliqué à un collaborateur de la Caisse que l'assuré passait tous les 7-10 jours afin de déposer son rapport et renouveler son stock de produit[s].

Lorsque l'autorité de céans a pris contact avec l'assuré concernant ces derniers dires, il lui a expliqué que l'argent reçu en juillet de G._____ SA ne découlait pas de sa propre activité mais de celle de son employeur. Il mentionne en effet, qu'il n'a fait aucune démarche afin de trouver des clients. C'est Monsieur T._____ lui-même qui grâce à un portefeuille de contact[s] laissé par l'assuré, a passé les contrats et les commandes avec les clients. Lorsque l'autorité de céans a demandé à l'assuré d'écrire cela par écrit, il a répondu, par

mail du 14 octobre 2017 : « [...] Le montant de FRS 700.- reçu et déclaré en toute honnêteté auprès de la caisse de chômage représente mes prestations de mars à juillet 2017 ». Il n'indique ainsi pas du tout une histoire de contacts laissés à son employeur. Au contraire, il indique bien que ces CHF 700.- représentent ses prestations de mars à juillet 2017. L'employeur, par entretien téléphonique du 20 octobre 2017, informe bien que les commissions versées à l'assuré découlent de ses prestations et non des siennes grâce à une quelconque liste de contacts prétendument laissée par l'assuré. Il ajoute que depuis juillet, il n'a plus de relation avec l'assuré. »

La Caisse a estimé que les deux parties étaient liées juridiquement et qu'elle était légitimée à prendre en compte un gain intermédiaire fictif du 1^{er} mars au 30 juin 2017 compte tenu des prestations fournies par l'assuré pour G. _____ SA, rappelant qu'il avait été informé par lettre du 15 mars 2017 de la prise en compte d'un gain intermédiaire fictif. Compte tenu de ce gain intermédiaire fictif de 3'830 fr. (sic), l'assuré avait perçu de mars à juin 2017 des indemnités auxquelles il n'avait pas droit, pour un total de 10'384 fr. 95. La restitution revêtait dès lors une importance notable et l'Agence avait réagi sans tarder de sorte que sa créance n'était pas périmée.

Par l'intermédiaire de son mandataire, l'assuré a déposé une demande de reconsidération auprès de la Caisse le 23 novembre 2017, tendant au versement des indemnités de chômage de juillet à octobre 2017, à la reconsidération du montant demandé en restitution et à la remise de l'obligation de restituer les prestations, invoquant sa situation financière très difficile et sa bonne foi.

Le 30 novembre 2017, il a également transmis à la Caisse une demande de restitution de délais relative aux décisions des 9 et 10 août 2017 qu'il n'avait pas reçues et a formé opposition contre celles-ci.

B. Par acte de son mandataire du 23 novembre 2017, Q. _____ a recouru auprès de la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal contre la décision sur opposition du 23 octobre 2017, concluant à son annulation - étant précisé que son opposition portait sur les deux décisions de l'Agence des 9 et 10 août 2017 - et, principalement, à ce qu'il

soit constaté que la Caisse n'était pas fondée à prendre en compte au titre de gain intermédiaire le salaire de 3'820 fr. sans prendre en compte d'autres circonstances factuelles, qu'elle n'était pas fondée à requérir la restitution du montant total de 10'384 fr. 95 versé au recourant durant la période du 1^{er} mars au 30 juin 2017 et que le recourant ne doit pas restituer ce montant. Subsidiairement, il a conclu à l'annulation de la décision attaquée et au renvoi de la cause auprès de l'autorité inférieure pour nouvelle décision dans le sens des considérants, précisant que son opposition avait été formulée contre les deux décisions de l'Agence des 9 et 10 août 2017. Il a par ailleurs demandé à être mis au bénéfice de l'assistance judiciaire. Il a fait valoir qu'il n'avait pas compris le sens de la lettre du 15 mars 2017, exposant qu'il avait été victime d'un accident de la circulation le 16 mars 2017 au cours duquel sa voiture avait été détruite et qu'il en était ressorti extrêmement choqué. Il a expliqué qu'il ne consacrait que 10 % de son temps à G. _____ SA et avait par conséquent pensé qu'il s'exposait tout au plus à une diminution de 10 % de ses allocations. Il a souligné qu'il faisait tout son possible pour sortir du chômage et avait notamment accepté un travail à temps partiel à la Paroisse, qui ne correspondait ni à ses capacités, ni à sa formation, ainsi que cette mission à temps partiel pour G. _____ SA. Il a invoqué que s'il avait compris qu'il encourait de perdre ses indemnités de chômage, il n'aurait pas hésité à résilier immédiatement son contrat avec G. _____ SA. Il a produit ses formulaires de preuves de recherches d'emploi pour démontrer qu'il avait effectué de nombreuses recherches en parallèle à ses emplois à temps partiel, ce qu'il n'aurait pas été en mesure de faire à côté d'un emploi à plein temps. Il a indiqué qu'il fallait comprendre sa lettre du 31 juillet 2017 dans le sens qu'il avait cessé toute relation avec G. _____ SA à mi-juillet 2017 au vu des faibles revenus obtenus. Il a précisé qu'il s'était opposé tant à la décision du 9 août 2017 fixant un gain intermédiaire fictif qu'à celle de restitution du 10 août 2017 - qui d'ailleurs se fondait essentiellement sur la première sans que celle-ci ne soit entrée en force - et a estimé que la décision sur opposition devait être annulée et renvoyée à la Caisse pour qu'elle se prononce sur les deux oppositions. Il a allégué que, contrairement à ce que la décision sur opposition mentionnait, il n'avait reçu qu'une seule fois du matériel de G. _____ SA,

n'avait jamais établi de rapports pour son employeur et n'en avait jamais déposés. Le contrat qui le liait à cette société était un contrat d'agent commercial, au sens des art. 418 ss du Code des obligations et non un contrat de travail comme l'indiquait à tort l'intimée. Il a reproché à la Caisse d'avoir retenu, de manière erronée et sans fondement, qu'il avait consacré l'intégralité de son temps à son activité pour G. _____ SA à côté de son emploi à la Paroisse, alors qu'il lui appartenait de clarifier son taux d'activité effectif, rappelant que la présomption selon laquelle un assuré dont l'horaire de travail n'est pas contrôlable est présumé travailler à plein temps ne doit pas être appliquée trop facilement.

Dans son écriture du 23 novembre 2017, le recourant a invoqué que quatre décisions avaient été rendues à son encontre en deux jours, toutes en relation les unes avec les autres. Il a requis que ces décisions soient prises en compte dans le cadre du recours.

Le 30 novembre 2017, le recourant a versé en cause une attestation établie par G. _____ SA le 27 novembre 2017. La société confirmait avoir eu des relations avec le recourant de mars à juillet 2017 et mentionnait que celui-ci était totalement indépendant dans l'organisation de son temps et de son activité, qu'il n'avait jamais été leur employé et qu'ils avaient convenu, le 17 juillet 2017, de mettre fin à leurs relations au vu des maigres résultats obtenus. La société avait versé, le 24 juillet 2017, pour solde de tout compte, les commissions sur les ventes que le recourant avait générées, soit 776 fr. 95, selon la facture pour mars-juillet 2017.

Dans sa réponse du 19 décembre 2017, la Caisse a proposé le rejet du recours. Elle a relevé que le recourant avait jusque-là toujours nié avoir travaillé pour G. _____ SA, de sorte qu'elle n'avait pas eu le choix de retenir un gain fictif et qu'il avait été informé de celui-ci par courrier du 15 mars 2017, ainsi que des conséquences qu'il pouvait encourir s'il poursuivait son activité auprès de G. _____ SA.

Dans ses déterminations du 16 février 2018, le recourant a souligné qu'il avait toujours agi en pleine transparence et avait notamment transmis, immédiatement après signature, une copie de son contrat avec G. _____ SA à son conseiller ORP, qu'il a proposé d'entendre comme témoin. Il a repris les arguments présentés dans son recours et précisé qu'il avait travaillé en dernier lieu dans le domaine alimentaire et qu'il ne bénéficiait donc pas d'un réseau de clients à qui il aurait pu proposer les [...] de G. _____ SA, ce qui confirmait que le temps qu'il avait effectivement consacré aux démarches commerciales pour cette société n'avait jamais dépassé 10 % de son temps.

La Caisse s'est encore déterminée le 12 mars 2018, ajoutant qu'elle n'avait failli à aucun devoir face à la position de l'assuré, qui avait longtemps nié avoir effectué une activité pour le compte de G. _____ SA.

E n d r o i t :

1. a) La LPGA (loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales ; RS 830.1) est, sauf dérogation expresse, applicable en matière d'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 peuvent faire l'objet d'un recours auprès du tribunal des assurances compétent (art. 56 al. 1 LPGA, 100 al. 3 LACI, 128 al. 1 et 119 al. 1 OACI [ordonnance du 31 août 1983 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité ; RS 837.02]), dans les trente jours suivant leur notification (art. 60 al. 1 LPGA).

b) En l'occurrence, déposé en temps utile auprès du tribunal compétent (art. 93 let. a LPA-VD [loi cantonale vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative ; RSV 173.36]) et respectant les

autres conditions formelles prévues par la loi (art. 61 let. b LPGA notamment), le recours est recevable.

c) Vu la durée des relations entre le recourant et G. _____ SA, la valeur litigieuse demeure inférieure à 30'000 fr., de sorte que la cause est de la compétence du 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 (ATF 131 V 164 ; 125 V 413 consid. 2c ; 110 V 48 consid. 4a ; RCC 1985 p. 53).

b) Le litige porte en l'occurrence sur la restitution d'un montant de 10'384 fr. 95 correspondant à des indemnités journalières versées à tort du 1^{er} mars au 30 juin 2017. Il s'agira cependant préalablement de déterminer si c'est à bon droit que l'intimée a considéré que la question du principe et du montant du gain intermédiaire fictif n'était pas litigieuse et qu'elle ne l'a pas examinée dans le cadre de l'opposition formée par l'assuré.

3. a) L'art. 52 al. 1 LPGA prévoit que les décisions peuvent être attaquées dans les trente jours par voie d'opposition auprès de l'assureur qui les a rendues, à l'exception des décisions d'ordonnancement de la procédure. Selon l'art. 10 OPGA (ordonnance du 11 septembre 2002 sur la partie générale du droit des assurances sociales ; RS 830.11), l'opposition doit contenir des conclusions et être motivée (al. 1); si elle ne satisfait pas à ces exigences ou si elle n'est pas signée, l'assureur impartit un délai convenable pour réparer le vice, avec l'avertissement qu'à défaut, l'opposition ne sera pas recevable (al. 5).

L'opposition est un moyen de droit permettant au destinataire d'une décision d'en obtenir le réexamen par l'autorité, avant qu'un juge ne soit éventuellement saisi (ATF 125 V 118 consid. 2a et les références ; cf. également ATF 131 V 407 consid. 1.1). Les exigences posées à la forme et au contenu d'une opposition ne sont pas élevées. Il suffit que la volonté du destinataire d'une décision de ne pas accepter celle-ci ressorte clairement de son écriture ou de ses déclarations (ATF 123 V 128 consid. 3a ; 115 V 422 consid. 3a ; TF 8C_404/2009 du 26 janvier 2009 consid. 3.3 et références citées ; Ueli Kieser, op. cit., n° 36 ad art. 52, p. 689).

b) Dans le cadre de son activité et notamment lors du traitement d'une opposition, l'autorité doit respecter le principe de l'interdiction du formalisme excessif, qui est un aspect particulier du déni de justice prohibé par l'art. 29 al. 1 Cst. (Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 ; RS 101). Ce principe est violé lorsque la stricte application des règles de procédure ne se justifie par aucun intérêt digne de protection et devient une fin en soi et complique de manière insoutenable la réalisation du droit matériel ou entrave de manière inadmissible l'accès à la justice (ATF 135 I 6 consid. 2.1 ; 130 V 177 consid. 5.4.1 ; 128 II 139 consid. 2a ; 125 I 166 consid. 3a).

4. a) En l'occurrence, l'Agence a rendu quatre décisions formelles en relation avec l'activité du recourant pour G. _____ SA :

- une décision du 9 août 2017 qui considérait que la rémunération de l'assuré uniquement sur la base de commissions n'était pas conforme aux usages professionnels et locaux, de sorte qu'il y avait lieu de prendre en compte au titre de gain intermédiaire un salaire de 3'820 fr., lequel était conforme à ces usages ;
- une décision du 9 août 2017, constatant que l'assuré n'avait pas droit aux indemnités de chômage dès le 1^{er} mars 2017 puisque son gain intermédiaire était supérieur à ses indemnités de chômage ;
- une décision du 10 août 2017, ordonnant à l'assuré de restituer la somme de 10'384 fr. 95 qui lui avait été versée à tort, compte tenu du gain intermédiaire qu'il avait exercé du 1^{er} mars au 30 juin 2017

qu'il n'avait pas annoncé sur ses formulaires « Indications de la personne assurée » ;

- une décision du 10 août 2017, prononçant la suspension du droit à l'indemnité de chômage de l'assuré durant 31 jours indemnisables dès le 1^{er} mars 2017, au motif qu'il avait fait contrôler abusivement son chômage et obtenu indûment des prestations de l'assurance.

b) L'intimée a considéré que l'opposition déposée par l'assuré le 24 août 2017 ne visait que la décision de restitution du 10 août 2017 et ne s'est dès lors prononcée qu'au sujet de cette décision dans sa décision sur opposition du 23 octobre 2017. Dans son recours, l'assuré invoque toutefois que son opposition portait également sur la décision du 9 août 2017 fixant un gain intermédiaire fictif pour ses activités en faveur de G. _____ SA et conclut au renvoi de la cause à la Caisse pour qu'elle se prononce sur cette opposition. Dans sa réponse du 19 décembre 2017, la Caisse n'a pas pris position sur ce grief, confirmant ainsi son refus implicite de reconnaître que le recourant s'était également opposé à la décision du 9 août 2017 fixant un gain intermédiaire fictif. Avec son opposition du 24 août 2017, l'assuré n'a, certes, produit que la décision de restitution du 10 août 2017. Il a cependant précisé dans son opposition que celle-ci concernait tant décision du 9 août 2017 que celle du 10 août 2017, ce que la Caisse ne pouvait simplement ignorer. Il lui appartenait, en cas de doute sur la réelle volonté du recourant, de l'interpeller conformément à l'art. 10 al. 5 OPGA et lui impartir un délai pour préciser quelle(s) décision(s) il entendait contester et, le cas échéant, compléter la motivation de son opposition. Cette obligation avait d'autant plus d'importance en l'espèce que l'Agence avait rendu quatre décisions à l'encontre de l'assuré en l'espace de deux jours, toutes relatives à ses activités pour G. _____ SA, et que l'assuré agissait sans être représenté par un mandataire professionnel. Les motifs exposés dans l'opposition déposée par l'assuré le 24 août 2017 auraient cependant déjà pu permettre à l'intimée de constater qu'il s'opposait également à la décision du 9 août 2017 fixant un gain intermédiaire fictif. En effet, il a contesté le fait même d'être employé par G. _____ SA et a conclu au maintien de ses indemnités de chômage, s'agissant non seulement de la question de la

restitution des prestations, mais également de la fixation d'un gain intermédiaire fictif pour cette activité.

c) L'intimée a dès lors fait preuve de formalisme excessif en considérant que l'opposition n'avait pas trait à la décision du 9 août 2017 relative à la prise en compte d'un gain intermédiaire fictif mensuel de 3'820 francs. Il se justifie par conséquent d'annuler la décision sur opposition litigieuse pour ce motif déjà et de renvoyer la cause à l'intimée pour qu'elle statue sur la question du gain intermédiaire fictif. La Caisse est notamment invitée à également tenir compte des arguments présentés par l'assuré au sujet de cette décision dans sa « demande de restitution de délai » du 30 novembre 2017.

5. Le recours est également dirigé contre la décision sur opposition du 23 octobre 2017, en tant qu'elle confirme la décision du 10 août 2017 ordonnant la restitution de 10'384 fr. 95 d'indemnités de chômage perçues à tort.

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).

c) 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).

aa) 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).

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 (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).

cc) 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]).

6. a) En l'occurrence, pendant la période litigieuse, à savoir de mars à juin 2017, le recourant a été indemnisé par l'Agence en tenant uniquement compte du gain intermédiaire qu'il a effectué auprès de la Paroisse D._____. L'Agence et la Caisse considèrent qu'il y a lieu de calculer le droit aux indemnités du recourant en prenant également en compte l'emploi qu'il a exercé pendant cette période pour le compte de G._____ SA. Le recourant conteste ce point de vue, faisant valoir qu'il n'a jamais été employé ni salarié de G._____ SA. Il se prévaut du fait que le contrat qui le liait avec cette société était un contrat d'agent commercial et que les attestations de gain intermédiaire remplies par cette société confirment qu'il n'était pas un de ses employés. Le raisonnement du recourant ne saurait toutefois être suivi. La prise en compte d'un gain intermédiaire n'est en effet nullement limitée aux situations dans lesquelles il existe un contrat de travail au sens des art. 319 ss CO. Est réputé gain intermédiaire, au sens de l'art. 24 LACI, tout

gain que le chômeur retire d'une activité salariée ou indépendante durant une période de contrôle. Le champ d'application des règles sur le gain intermédiaire est donc assez large. Il comprend les activités dépendantes et indépendantes et englobe également des activités non forcément rémunérées, par exemple celles qui sont exercées en vertu d'un accord ou d'un contrat impliquant des droits et des obligations réciproques. Ce n'est donc pas véritablement le gain qui délimite le champ d'application de l'art. 24 LACI, mais l'exercice d'une activité (Rubin, op. cit., n° 18 ad art. 24, p. 265s.).

Le recourant insiste par ailleurs sur le fait qu'il demeurait indépendant économiquement et dans l'exécution de son activité, ce que confirme G._____ SA dans l'attestation établie le 27 novembre 2017. La manière dont s'exerçait cette activité est toutefois sans importance au regard de l'art. 24 LACI, qui recouvre aussi bien les activités salariées qu'indépendantes. On peut au demeurant rajouter que, selon la jurisprudence, même s'ils jouissent d'une grande liberté quant à l'emploi de leur temps et à l'organisation de leur travail, les agents ou représentants de commerce doivent normalement être considérés comme des salariés, à moins que l'ensemble des circonstances du cas d'espèce ne conduisent à admettre l'existence d'une activité indépendante, en particulier s'ils doivent supporter un risque économique égal à celui de l'entrepreneur (TF 9C_796/2014 du 27 avril 2015 consid. 3.4 et références citées).

L'activité déployée par le recourant dans le cadre du contrat d'agent commercial qui le liait à G._____ SA doit par conséquent être prise en compte en tant que gain intermédiaire au sens de l'art. 24 LACI.

b) Faute d'avoir été renseignée en temps utile sur l'exercice effectif d'une activité pour le compte de G._____ SA, l'Agence était légitimée à conclure que les indemnités journalières de chômage allouées au recourant avaient été calculées sur des bases erronées. L'Agence avait certes connaissance du contrat signé entre l'assuré et G._____ SA le 28 février 2017 et y avait d'ailleurs réagi en informant le recourant, par lettre

du 15 mars 2017, que s'il ne résiliait pas cet emploi, elle tiendrait compte d'un gain intermédiaire fictif de 3'820 fr. mensuels, puisqu'une rémunération à la commission n'était pas considérée comme conforme aux usages professionnels et locaux. Elle ne pouvait en revanche savoir que, malgré cet avertissement, le recourant avait effectivement exercé cette activité pour le compte de G._____ SA, puisqu'il ne l'a pas annoncée dans ses formulaires IPA des mois de mars à juin 2017, dans lesquels il a uniquement indiqué travailler pour la Paroisse D._____. Dans son recours, il soutient qu'il n'a pas saisi la portée de la lettre du 15 mars 2017, expliquant avoir été victime d'un accident de la circulation routière le 16 mars 2017, dont il est ressorti particulièrement choqué. Si l'on peut comprendre que cette situation ait eu une influence sur l'état du recourant, il faut néanmoins constater qu'il n'a annoncé aucune incapacité de travail dans son IPA du mois de mars 2017. On ne voit par ailleurs pas ce qui l'aurait empêché de comprendre que l'activité qu'il entendait exercer pour le compte de G._____ SA devait être prise en compte pour le calcul de ses indemnités de chômage et, de ce fait, annoncée dans ses formulaires IPA. Le fait qu'il ait tenu son conseiller ORP au courant de la situation n'était pas suffisant, il devait en effet annoncer cette activité à l'Agence. En outre, même s'il estimait qu'il s'agissait d'une activité indépendante, il avait également l'obligation de l'indiquer dans ses formulaires IPA, sous la rubrique prévue à cet effet. Cela étant, à défaut d'indication à ce sujet, l'Agence n'a pas pu connaître et, a fortiori, tenir compte de l'exercice de cette activité dans le calcul du droit aux indemnités.

Par ailleurs, le montant perçu par le recourant pour cette activité, à savoir 776 fr. 95 brut, était déjà en soi suffisant pour que la rectification des décomptes d'indemnités journalières revête une importance notable (cf. consid. 4c/aa supra). La connaissance du gain dégagé par le recourant de mars à juin 2017 dans le cadre de son activité pour G._____ SA constituait ainsi un motif de réexamen du montant des indemnités journalières, au sens de la jurisprudence citée plus haut.

c) L'Agence a rendu la décision de restitution le 10 août 2017, soit quelques semaines 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 de mars à juin 2017.

d) Le recourant conteste également le montant des indemnités à restituer. Pour calculer ce montant, l'Agence s'est basée sur le gain intermédiaire fictif de 3'820 fr. fixé dans sa décision du 9 août 2017. Comme vu ci-dessus, il appartiendra à la Caisse de se prononcer, dans une décision sur opposition, sur l'opposition formée par l'assuré contre cette décision. La décision sur opposition du 23 octobre 2017 concernant la restitution ne saurait dès lors être confirmée avant de connaître l'issue de l'opposition formée par l'assuré au sujet du gain intermédiaire fictif retenu. En outre, la décision sur opposition litigieuse doit également être annulée au motif que les bases du calcul des indemnités à restituer ne sont pas correctes. En effet, le gain intermédiaire fictif de 3'820 fr. fixé - en l'état - par l'Agence correspond, selon cette dernière, à la rémunération conforme aux usages pour une activité telle que celle déployée par le recourant pour G._____ SA, exercée à plein temps, comme cela ressort explicitement de son courrier du 15 mars 2017. Or, il est patent en l'occurrence que le recourant ne pouvait pas exercer une activité à plein temps pour G._____ SA puisqu'il était déjà employé à 15 % par la Paroisse D._____. Seul un taux de travail d'au maximum 85 % pouvait entrer en considération pour ses activités en faveur de G._____ SA, ce qui représente un salaire de 3'247 fr. si l'on s'en tient au gain intermédiaire fictif retenu par l'Agence pour cette activité exercée à plein temps. En y ajoutant le revenu de 740 fr. réalisé par le recourant auprès de la Paroisse, on obtient un gain intermédiaire de 3'987 fr. et non 4'260 fr. comme indiqué sur les décomptes de restitution. Le recourant conteste en outre avoir consacré plus de 10 % de sa disponibilité à son activité pour G._____ SA, invoquant notamment que la plus grande partie de son temps a été utilisée à rechercher un emploi, comme le démontrent les nombreuses recherches effectuées. Il faut constater que ni l'Agence, ni la Caisse n'ont

cherché à déterminer combien de temps le recourant consacrait à son activité pour le compte de G. _____ SA. Or, il leur appartenait de procéder à des mesures d'instruction en vue de déterminer ce temps de travail, étant rappelé que l'assuré est, quant à lui, soumis à l'obligation de collaborer à l'établissement des faits. La Caisse doit dès lors tenter de recueillir les renseignements nécessaires et recouper les informations susceptibles d'être obtenues. Ce n'est que si l'horaire de travail n'est pas contrôlable, faute de renseignements crédibles, que la Caisse pourra présumer que l'assuré a consacré l'ensemble de son temps disponible à son activité pour le compte de G. _____ SA. Cette présomption ne peut toutefois être appliquée trop facilement (cf. Rubin, op. cit., n° 26 ad art. 24 LACI, p. 268 et référence citée). L'Agence, respectivement la Caisse, ne pouvaient ainsi calculer le montant des indemnités à restituer sans préalablement procéder à ces mesures d'instruction.

e) Pour ce motif également, il convient d'annuler la décision sur opposition du 23 octobre 2017 et de renvoyer la cause à l'intimée pour compléter l'instruction. Il lui appartiendra ensuite de procéder à un nouveau calcul des indemnités journalières à restituer, en tenant compte de l'issue qu'elle aura donnée à l'opposition de l'assuré contre la décision du 9 août 2017.

7. a) En définitive, le recours doit être admis, la décision sur opposition attaquée étant annulée et le dossier de la cause renvoyé à l'intimée pour instruction complémentaire conformément aux considérants ci-dessus, puis nouvelle(s) décision(s).

b) La procédure étant gratuite, il n'y a pas lieu de percevoir de frais de justice (art. 61 let. a LPGA).

c) Le recourant voit ses conclusions admises, de sorte qu'il peut prétendre à une indemnité de dépens à la charge de l'intimée. Il convient de fixer équitablement cette indemnité à 2'500 fr., montant qui couvre l'indemnité d'office à laquelle pourrait prétendre le conseil du recourant au titre de l'assistance judiciaire.

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

- I. Le recours est admis.

- II. La décision sur opposition rendue le 23 octobre 2017 est annulée, la cause étant renvoyée à la Caisse cantonale de chômage pour complément d’instruction dans le sens des considérants et nouvelle(s) décision(s) sur opposition relative(s) au gain intermédiaire fictif et à la restitution des indemnités de chômage.

- III. Il n’est pas perçu de frais judiciaires.

- IV. La Caisse cantonale de chômage versera au recourant une indemnité de dépens de 2'500 fr. (deux mille cinq cents francs).

La juge unique :

La greffière :

Du

L'arrêt qui précède est notifié à :

- Me Andrea E. Rusca (pour le recourant),
- 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).

La greffière :