

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Arrêt du 13 décembre 2018

Composition : Mme DESSAUX, juge unique
Greffière : Mme Raetz

Cause pendante entre :

N._____, à [...], recourant,

et

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

Art. 25 LPG.

E n f a i t :

A. N. _____ (ci-après : l'assuré ou le recourant), né en 1970, a travaillé en qualité de commercial auprès de F. _____ jusqu'au 29 février 2016, date pour laquelle il a été licencié. Il s'est inscrit au chômage et a sollicité l'octroi d'indemnités auprès de la Caisse cantonale de chômage (ci-après : la Caisse ou l'intimée). Un délai-cadre d'indemnisation a été ouvert en sa faveur du 1^{er} mars 2016 au 28 février 2018.

Par courrier du 21 février 2017, le Service de l'emploi, Instance juridique chômage (ci-après : le SDE), a expliqué qu'il avait été informé que l'assuré allait débiter une activité indépendante en tant que consultant pour la société G. _____ dès le 1^{er} mars 2017. Dans ce contexte, le SDE a invité l'assuré à répondre à plusieurs questions en lien avec son aptitude au placement.

L'intéressé s'est exécuté le 28 février 2017, en indiquant qu'il était prêt à renoncer à cette activité indépendante dans le cas où il trouverait une activité salariée à 100 %.

Par lettre du 7 mars 2017, le SDE a communiqué à l'assuré qu'il estimait que ses éventuels mandats en qualité d'indépendant n'avaient pas un caractère durable et que les revenus devaient être annoncés à la Caisse en gain intermédiaire.

Par courrier du même jour, le SDE a informé la Caisse que l'assuré remplissait les conditions relatives à l'aptitude au placement. Celui-ci pouvait par conséquent être indemnisé à 100 %, sous réserve des autres conditions du droit. Le SDE a joint à son courrier une copie de la lettre qu'il avait envoyée le jour-même à l'assuré.

Sur les formulaires « Indications de la personne assurée » (ci-après : IPA) des mois de mars à décembre 2017 (excepté celui d'octobre 2017), l'assuré a annoncé à la Caisse avoir exercé une activité

indépendante pour G._____. Il a joint des factures établies pour cette société, dont les montants s'élevaient entre 3'000 et 3'589 euros par mois (excepté pour octobre 2017).

Le 2 mars 2018, la Caisse a informé le SDE que le délai-cadre dont bénéficiait l'assuré allait prendre fin au 28 février 2018, raison pour laquelle elle devait statuer sur un nouveau délai-cadre. Pour ce faire, elle a demandé au SDE de se prononcer sur l'aptitude au placement de l'intéressé dès le 1^{er} mars 2018 au vu des activités indépendantes qu'il avait effectuées durant son précédent délai-cadre.

Le 7 mars 2018, le SDE a à nouveau invité l'assuré à répondre à des questions relatives à son aptitude au placement, ce qu'il a fait le 13 mars 2018.

Le 3 avril 2018, le SDE a considéré que l'assuré était apte au placement dès le 1^{er} mars 2018. Il a précisé que dans le délai-cadre de cotisations, l'intéressé avait exercé des activités indépendantes dont les revenus devaient être annoncés en gain intermédiaire.

Par décision du 26 avril 2018, la Caisse a demandé à l'assuré la restitution de la somme de 18'061 fr. 50 qui lui avait été versée à tort. Elle a expliqué que le SDE l'avait informée le 7 mars 2017 que l'activité réalisée en tant qu'indépendant pour le compte de G._____ devait être considérée comme gain intermédiaire. A la suite d'un contrôle interne, elle avait procédé à la correction des décomptes d'indemnités de chômage pour la période de mars à décembre 2017. Elle s'était compensée à hauteur de 10'781 fr. 60 sur les indemnités de chômage des mois de janvier et février 2018, de sorte que l'assuré restait encore redevable d'un montant de 7'279 fr. 90.

L'assuré s'est opposé à cette décision le 1^{er} mai 2018, en soutenant avoir toujours annoncé, de bonne foi, les gains intermédiaires réalisés auprès de G._____. Il se trouvait dans une situation financière délicate et priait la Caisse d'annuler ou de réduire le montant qui lui était

réclamé. Il a transmis plusieurs documents, dont un plan de recouvrement établi le 6 décembre 2017 par l'Office d'impôt du district [...].

Par décision sur opposition du 25 juillet 2018, la Caisse a rejeté l'opposition formée par l'assuré et confirmé la décision du 26 avril 2018. Elle a expliqué que même si l'assuré avait correctement annoncé ses gains sur les formulaires IPA, elle ne s'était aperçue des versements indus qu'à l'occasion d'un contrôle interne en mars 2018. En effet, le courrier du 7 mars 2017 du SDE indiquait que l'assuré pouvait être indemnisé à 100 % et ne mentionnait rien quant au gain intermédiaire. La prise en compte d'un tel gain figurait uniquement sur la lettre du même jour adressé par le SDE à l'intéressé, dont la Caisse avait reçu une copie. Cette information lui avait donc échappé dans un premier temps, si bien que les gains réalisés auprès de G. _____ n'avaient jamais été introduits en tant que gains intermédiaires. Par ailleurs, étant donné qu'elle s'était rendue compte des versements indus en mars 2018, la décision du 26 avril 2018 était intervenue en temps utile. Enfin, la Caisse a relevé que lorsque la décision sur opposition serait entrée en force, l'assuré pourrait demander une remise de l'obligation de restituer le montant litigieux.

B. Par acte du 23 août 2018, N. _____ a recouru contre cette décision sur opposition auprès de la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal, en concluant implicitement à son annulation. Il s'est à nouveau prévalu de sa bonne foi et a ajouté que sa situation financière était toujours délicate. Il a joint différents documents ayant trait à celle-ci.

Dans sa réponse du 24 septembre 2018, la Caisse a proposé le rejet du recours, en répétant que la demande de remise pourrait être examinée une fois la décision sur opposition entrée en force.

E n d r o i t :

1. **a)** Les dispositions de la LPGA (loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales ; RS 830.1)

s'appliquent aux contestations relevant de la LACI (art. 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 (art. 100 al. 3 LACI 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], applicable par renvoi de l'art. 128 al. 1 OACI), dans les trente jours suivant la notification de la décision sujette à recours (art. 60 al. 1 LPGA).

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

b) En l'espèce, le recours a été interjeté en temps utile et dans le respect des formalités prévues par la loi (art. 61 let. b LPGA notamment), de sorte qu'il est recevable.

2. Le litige porte sur la question de savoir si l'intimée était fondée à demander au recourant la restitution d'un montant de 18'061 fr. 50, correspondant aux indemnités de chômage qu'il aurait perçues à tort pour les mois de mars à décembre 2017.

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

Aux termes de 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 (ATF 142 V 259 consid. 3.2 ; 138 V 426 consid. 5.2.1 ; 130 V 318 consid. 5.2 et références citées).

b) 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 (révision procédurale ; art. 53 al. 1 LPGA). L'assureur peut également

revenir sur de telles décisions, indépendamment des conditions mentionnées ci-avant, lorsqu'elles sont manifestement erronées et que leur rectification revêt une importance notable (reconsidération ; art. 53 al. 2 LPGA). Les mêmes conditions s'appliquent pour le réexamen d'une décision rendue en procédure simplifiée (art. 51 LPGA) qui n'a pas été contestée dans un délai raisonnable (ATF 134 V 145 consid. 5.3.1 ; 132 V 412 consid. 5). 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 140 V 521 consid. 2.1).

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 en réalité de deux moyens qu'il convient de distinguer de façon claire. S'il prétend qu'il avait droit aux prestations en question, il s'oppose 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 (Rubin, op. cit., n° 8 ad art. 95 LACI) ; 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. L'art. 4 al. 4 OPGA [ordonnance du 11 septembre 2002 sur la partie

générale du droit des assurances sociales ; RS 830.11] 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.

5. a) En l'espèce, les décomptes d'indemnités de chômage qui ont été allouées au recourant pour la période de mars à décembre 2017 ne prennent pas en compte le gain intermédiaire qu'il a réalisé auprès de G._____ au cours de ces mois. Ils sont donc manifestement erronés. Par ailleurs, au vu du montant du gain intermédiaire, soit environ 3'000 euros pour chacun de ces mois, excepté pour octobre 2017, la rectification de ces décomptes revêt une importance notable. Les conditions d'une reconsidération sont dès lors réunies (cf. consid. 4b supra).

b) L'assuré a pris soin d'indiquer sur les formulaires IPA des mois de mars à décembre 2017 (sauf pour octobre 2017) qu'il avait effectué une activité auprès de G._____, et a transmis les factures qu'il avait établies à ce titre. La Caisse ne s'est toutefois pas rendue compte, au moment où elle a versé les prestations de chômage des mois de mars à décembre 2017 au recourant, qu'il y avait également lieu de tenir compte de ce gain intermédiaire pour calculer le montant des indemnités de chômage auxquelles il avait droit. Ceci peut s'expliquer par le fait que le SDE l'avait informée, par courrier du 7 mars 2017, que même si l'assuré exerçait cette activité, il remplissait les conditions relatives à l'aptitude au placement et pouvait être indemnisé à 100 % - bien que la lettre qui y était annexée, soit celle adressée par le SDE au recourant, mentionnait qu'il devait annoncer ces revenus en gain intermédiaire. Ce n'est que dans un deuxième temps, en mars 2018, lorsque la Caisse a entamé des démarches en vue de statuer sur l'aptitude au placement de l'intéressé pour la période dès le 1^{er} mars 2018, qu'elle a remarqué son erreur initiale. Ainsi, en réclamant la restitution des prestations litigieuses par décision du 26 avril 2018, la Caisse a respecté le délai d'une année à compter du moment où elle a eu connaissance des faits ayant fondé sa demande de restitution (cf. TF 8C_689/2016 précité consid. 5.2). Le délai

de péremption absolu n'était pas non plus atteint, dès lors que cette décision concerne des indemnités versées en 2017.

c) Le montant des indemnités à restituer a été calculé en tenant compte des gains intermédiaires annoncés par le recourant. Le calcul n'apparaît pas critiquable, et n'a au demeurant pas été contesté par le recourant. Compte tenu des gains intermédiaires communiqués, les indemnités compensatoires du recourant pour les mois de mars à décembre 2017 (excepté octobre 2017) s'élèvent à 51'338 fr. 95 nets. Dans la mesure où il a perçu initialement 69'400 fr. 45 d'indemnités de chômage pour ces mois, il lui appartient de restituer la différence, à savoir 18'061 fr. 50.

d) En réalité, dans son recours, l'assuré se prévaut uniquement de sa situation financière difficile et de sa bonne foi. Ces questions ne doivent toutefois pas être examinées dans le cadre du présent litige. Elles seront appréciées, 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 ; il sera loisible à l'intéressé de déposer une telle demande, au plus tard 30 jours après l'entrée en force de la décision de restitution (cf. consid. 4d supra).

e) Au vu de ce qui précède, l'intimée était fondée à réclamer au recourant la restitution de la somme de 18'061 fr. 50 pour les indemnités versées à tort au mois de mars à décembre 2017.

6. On relèvera enfin que la Caisse a compensé une partie du montant réclamé - soit 10'781 fr. 60 - sur les prestations allouées à l'assuré aux mois de janvier et février 2018. A ce sujet, il faut toutefois souligner que l'extinction de la créance en restitution par voie de compensation (cf. art. 94 LACI) ne peut intervenir qu'une fois qu'il a été statué définitivement sur la restitution et une éventuelle demande de remise de l'obligation de restituer. L'opposition et le recours formés contre une décision en matière de restitution ont un effet suspensif, qui fait obstacle à une exécution immédiate - exception faite lorsque des

prestations déjà versées sont remplacées par d'autres prestations, dues à un autre titre, et que la compensation entre ces prestations intervient conformément au principe de la concordance temporelle (TF 8C_804/2017 du 9 octobre 2018 consid. 3.2 et 3.3, 8C_130/2008 du 11 juillet 2008 consid. 3.2 ; Rubin, op. cit., nos 4, 7 et 13 ad art. 94 LACI). Cela étant, dans la mesure où la décision sur opposition attaquée n'est pas définitive, puisqu'elle fait l'objet de la procédure dont est saisie la Cour de céans, la compensation opérée par l'intimée sur les prestations dues en janvier et février 2018 paraît sujette à caution. Cette question peut toutefois rester ouverte dès lors qu'elle ne fait pas l'objet du présent litige (cf. consid. 2 supra).

7. a) En définitive, le recours, mal fondé, doit être rejeté et la décision sur opposition litigieuse confirmée.

b) Il n'y a pas lieu de percevoir de frais judiciaires, la procédure étant gratuite (art. 61 let. a LPGA), ni d'allouer de dépens, dès lors que le recourant – au demeurant non assisté par un mandataire professionnel – n'obtient pas gain de cause (art. 61 let. g LPGA et 55 al. 1 LPA-VD).

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

- I.** Le recours est rejeté.
- II.** La décision sur opposition rendue le 25 juillet 2018 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 :

La greffière :

Du

L'arrêt qui précède est notifié à :

- N. _____
- 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 :