

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Arrêt du 13 mai 2019

Composition : M. MÉTRAL, juge unique
Greffière : Mme Neyroud

Cause pendante entre :

S._____, à [...], recourant,

et

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

Art. 25 LPGA

E n f a i t :

A. S._____ (ci-après : l'assuré ou le recourant) s'est inscrit au chômage en tant que demandeur d'emploi à 100 % auprès de l'Office régional de placement (ORP) de [...]. Sollicitant l'octroi d'indemnités auprès de la Caisse cantonale de chômage (ci-après : la Caisse ou l'intimée), il a bénéficié d'un délai cadre d'indemnisation du 3 juillet 2017 au 3 juillet 2019.

Durant cette période, l'assuré a été engagé par B._____ et par C._____ pour des contrats de durée déterminée, ainsi que des contrats sur appel, réalisant ainsi des gains intermédiaires.

L'assuré a été indemnisé par la Caisse sur la base des renseignements figurant dans les formulaires « Indications de la personne assurée » (IPA), ainsi que sur la base des attestations de gain intermédiaire (AGI) remises par les employeurs précités.

Par décision du 4 juillet 2018, la Caisse a demandé à l'assuré de restituer la somme de 5'621 fr. 35 qui lui avait été versée à tort. Lors d'un contrôle interne, elle avait en effet remarqué que les périodes de vacances scolaires liées à l'activité auprès de C._____ n'avaient pas été prises en compte. Elle avait de ce fait procédé aux corrections nécessaires dans les décomptes des mois d'août 2017 à avril 2018. Elle s'était par ailleurs compensée à hauteur de 2'192 fr. 25 sur les indemnités de chômage des mois d'août et octobre 2017, ainsi qu'avril 2018, de sorte que l'assuré restait redevable d'un montant de 3'429 fr. 10.

L'assuré s'est opposé à cette décision le 2 août 2018, en soutenant qu'il s'agissait d'erreurs de calcul commises par la Caisse et par son employeur, à qui il incombait de compléter les attestations de gain intermédiaire, si bien qu'il n'avait pas à en subir les conséquences. Il s'était toujours conformé à ses obligations et devoirs vis-à-vis de l'assurance-chômage et avait perçu ces montants de bonne foi.

Par décision sur opposition du 5 novembre 2018, la Caisse a rejeté l'opposition formée par l'assuré et confirmé la décision du 4 juillet 2018. Elle a tout d'abord expliqué les règles relatives à la prise en compte de l'indemnité de vacances en cas de contrat de durée déterminée et de contrat sur appel. Puis, elle a détaillé le calcul auquel elle avait procédé pour obtenir le montant à restituer. Selon elle, le suivi avait été difficile du fait que les heures en plus réalisées auprès de C._____ avaient été annoncées sur l'AGI du mois suivant, alors que les gains auraient dû être attribués à la période durant laquelle la prestation de travail avait été fournie. 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 5 décembre 2018, S._____ a recouru contre cette décision sur opposition auprès de la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal, concluant à son annulation. Il s'est à nouveau prévalu de sa bonne foi en reprenant les arguments soulevés dans le cadre de son opposition.

Dans sa réponse du 7 janvier 2019, la Caisse a proposé le rejet du recours, en répétant qu'une demande de remise pourrait être examinée une fois la décision sur opposition entrée en force.

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 ; BLV 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 valeur litigieuse inférieure à 30'000 fr., la cause est de la compétence du juge unique (art. 94 al. 1 let. a LPA-VD).]

2. Le litige porte sur le point de savoir si l'intimée était fondée à demander au recourant la restitution du montant de 5'621 fr. 35, correspondant aux indemnités versées à tort pendant la période d'août 2017 à avril 2018.

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).

c) Conformément à la jurisprudence, le bulletin LACI IC publié par le Secrétariat d'Etat à l'économie expose, au chiffre C 149, que l'indemnité de vacances est déduite du gain intermédiaire à prendre en considération. Ce n'est que quand l'assuré prend ses vacances que l'indemnité de vacances acquise est prise en compte comme gain intermédiaire (ATFA C 142/02 du 27 janvier 2004). Si l'assuré prend des jours sans contrôle en dehors d'un rapport de travail en gain intermédiaire, l'indemnité de vacances acquise en gain intermédiaire ne peut être prise en compte. S'il prend ses vacances à la fin de son gain intermédiaire, mais avant le terme contractuel de celui-ci, l'indemnité de vacances peut alors être prise en compte (C 150). Dans le cas de gains intermédiaires de durée déterminée avec horaire de travail convenu contractuellement (vacances individuelle ou d'entreprise / activité à plein temps ou à temps partiel), il est possible de calculer l'indemnité de vacances qu'il acquerra pendant toute la durée de son gain intermédiaire. L'indemnité de vacances est prise en compte au titre du gain intermédiaire pendant les vacances de l'assuré si elle a été acquise avant ses vacances (éventuellement au cours de plusieurs gains intermédiaires simultanés ou antérieurs) ou qu'elle le sera après ses vacances (C 152 ch. 2). En revanche, dans les cas de gains intermédiaires avec horaire de travail irrégulier (vacances individuelle ou d'entreprise / activité à plein temps ou à temps partiel), seule l'indemnité de vacances acquise par l'assuré avant ses vacances (éventuellement au cours de plusieurs gains intermédiaires simultanés ou antérieurs) peut être prise en compte au titre du gain intermédiaire (C 152 ch. 3).

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 59c^{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. Les prestations allouées 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 peuvent toutefois être répétées que lorsque les conditions d'une reconsidération (art. 53 al. 2 LPGA) ou d'une révision procédurale (art. 53 al. 1 LPGA) sont remplies (ATF 142 V 259 consid. 3.2).

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). 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 (ATF 126 V 23 consid. 4b).

La jurisprudence n'a pas fixé de valeur limite s'agissant de l'importance notable de la rectification. Il convient de se fonder sur l'ensemble des circonstances du cas particulier et notamment sur le laps de temps qui s'est écoulé depuis le moment où des prestations indues ont été allouées (ATF 107 V 180 consid. 2b). Le Tribunal fédéral a nié l'importance notable de la rectification s'agissant de la restitution de 601 fr. 20 intervenant deux ans plus tard, de 568 fr. 10 et de 494 fr. survenant

respectivement plus d'un an et demi et quelques mois après le versement (TF C 205/00 du 8 octobre 2002 consid. 5 non publié à l'ATF 129 V 110, avec la jurisprudence citée). En revanche, il a admis une reconsidération portant sur la restitution d'un montant de 706 fr. 25 moins d'une année après l'octroi de la prestation (DTA 2000 no 40 p. 208).

c) En vertu de l'art. 25 al. 2 première phrase LPGA, le droit de demander la restitution s'éteint un an après le moment où l'institution a eu connaissance du fait, mais au plus tard cinq ans après le versement de la prestation. Il s'agit de délais (relatif et absolu) de péremption, qui doivent être examinés d'office (ATF 140 V 521 consid. 2.1).

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 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 de remboursement, il doit présenter une demande de remise au sens des art. 3 à 5 OPGA (ordonnance du 11 septembre 2002 sur la partie générale du droit des assurances sociales ; RS 830.11). 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.

5. a) En l'espèce, l'argumentation de l'intimée apparaît fondée dans la mesure où, d'une part, il convenait de prendre en considération l'indemnité de vacances au moment où l'assuré prenait effectivement ses vacances et où, d'autre part, les gains intermédiaires réalisés au moyen d'heures supplémentaires devaient être imputés sur la période de contrôle pendant laquelle ces heures avaient été réalisées. Or en l'espèce, les décomptes d'indemnités de chômage allouées au recourant ne prenaient pas en compte ces éléments, si bien qu'ils apparaissaient manifestement

erronés. On relève par ailleurs que le recourant ne conteste aucunement le calcul effectué par l'intimée pour établir le montant exigé en restitution. A défaut de tout grief sur ce point, il n'y a pas lieu d'y revenir plus avant. Enfin, au vu du montant exigé en restitution, à savoir 5'621 fr. 35, la rectification des décomptes revêt une importance notable. Les conditions d'une reconsidération sont dès lors réunies (cf. consid. 4b *supra*).

S'agissant du délai, la Caisse a réclamé la restitution de prestations versées entre le mois d'août 2017 et mois d'avril 2018 par décision du 4 juillet 2018, soit dans le respect du délai d'une année cité *supra* (cf. consid. 4c), étant relevé que le délai-cadre d'indemnisation du recourant a débuté au mois de juillet 2017.

b) En réalité, le recourant ne conteste pas tant le caractère manifestement erroné de la décision faisant l'objet de la reconsidération, ni le calcul effectué par l'intimée pour fixer le montant exigé en restitution, que le principe même de la restitution compte tenu de sa bonne foi. Il estime en effet qu'il n'a pas à supporter le poids de l'erreur commise par l'intimée ou par le service du personnel de C._____ lorsque celui-ci a rempli les attestations de gain intermédiaire. Cette argumentation devra faire l'objet d'un examen dans le cadre d'une éventuelle demande de remise de l'obligation de restituer. En effet, selon l'art. 25 al. 1 deuxième phrase LPGA, la restitution ne peut pas être exigée lorsque l'assuré était de bonne foi et qu'elle le mettrait dans une situation difficile. La question de la remise de l'obligation de restituer au sens de cette disposition se fait en principe dans une procédure distincte de la procédure fixant l'obligation de restituer comme telle (art. 4 al. 4 et 5 OPGA). Il appartiendra donc au recourant de faire valoir sa bonne foi dans le cadre d'une demande de remise de l'obligation de restituer, qu'il adressera par écrit à la Caisse de chômage, dans un délai de 30 jours dès l'entrée en force du présent arrêt.

c. Au vu de ce qui précède, l'intimée était fondée à réclamer au recourant la restitution de la somme de 5'621 fr. 35.

6. a) Il résulte de ce qui précède que le recours, mal fondé, doit être rejeté, ce qui entraîne la confirmation de la décision sur opposition litigieuse.

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 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 5 novembre 2018 par la Caisse cantonale de chômage, Division juridique, 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 :

- S._____;
- 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 :