

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Arrêt du 11 juillet 2022

Composition : Mme DESSAUX, juge unique
Greffière : Mme Neurohr

Cause pendante entre :

R. _____, à [...], recourant, représenté par Me Tiphanie Piaget, avocate à La Chaux-de-Fonds,

et

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

Art. 25 et 53 al. 1 LPGA ; art. 24 LACI.

E n f a i t :

A. R._____ (ci-après : l'assuré ou le recourant), né en 1964, a travaillé en qualité de directeur général pour la société G._____ jusqu'au 31 mars 2017, 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} avril 2017 au 31 mars 2019.

Sur les formulaires « Indications de la personne assurée » (ci-après : IPA) des mois d'avril à juillet 2017, l'assuré a répondu par la négative aux questions de savoir s'il avait travaillé chez un ou plusieurs employeurs ou s'il avait exercé une activité indépendante.

La Caisse a indemnisé l'assuré pour la période d'avril à juillet 2017.

Le 18 janvier 2019, la Caisse s'est vu transmettre par la Caisse de compensation du canton de [...] un extrait du compte individuel AVS de l'assuré duquel il ressortait qu'il avait perçu un revenu de 33'000 fr. pour une activité auprès de X._____ AG (ci-après : X._____) durant les mois d'avril à décembre 2017.

Par courrier du 27 février 2019, la Caisse, par sa Division juridique, a requis de X._____ qu'elle lui fasse parvenir une copie du contrat de travail de l'assuré, le formulaire « attestation employeur » dûment complété ainsi que tous les décomptes mensuels de salaire ou récapitulatifs détaillés des salaires pour le montant de 33'000 fr. déclaré auprès de la caisse de compensation.

Le 7 mars 2019, la société X._____, par sa directrice F._____, a indiqué que l'assuré était membre du conseil d'administration de la société depuis le 1^{er} avril 2017 (sic), ce qui pouvait être déduit des

extraits du Registre du commerce du canton de [...] joints à son envoi. Elle a également adressé à la Caisse les documents suivants :

- le formulaire « attestation de l'employeur » duquel il ressortait que l'assuré avait œuvré, du 1^{er} avril au 31 décembre 2017, en qualité de membre du conseil d'administration et de consultant, et avait perçu pour cela des indemnités d'un montant de 33'000 fr. brut, pour la période demandée ; le formulaire précisait que l'assuré n'était pas un employé de la société (kein aktiver operativer Arbeitsnehmender) mais membre du conseil d'administration avec un mandat de consultant se limitant au plus à 10 heures par an, rétribué par honoraires ;
- un certificat de salaire établi le 31 janvier 2018 par la société pour l'activité de l'assuré pendant la période du 1^{er} avril au 31 décembre 2017, faisant état d'un montant de 33'000 fr. brut versé au titre d'indemnités des membres de l'administration et l'indication du versement d'une allocation pour les frais effectifs, non comprise dans le montant brut de 33'000 fr ;
- un contrat de mandat entre la société et l'assuré concernant le mandat d'administrateur de la société, daté du 1^{er} juillet 2017, prévoyant notamment une rémunération annuelle de 30'000 fr. brut, au *pro rata temporis* pour une année civile incomplète ainsi que le remboursement des frais effectifs moyennant justificatifs ; le contrat entrant en force à la date de la première élection de l'assuré au conseil d'administration ;
- un contrat de consultant (« Beratervertrag ») entre la société et l'assuré également daté du 1^{er} juillet 2017, entrant en force à sa signature, qui stipulait notamment que le consultant fournissait au profit de la société ou d'autres sociétés du groupe des services de conseil supplémentaires qu'il n'offrait pas en tant que membre du conseil d'administration, services rémunérés selon le travail effectif réalisé à un taux horaire de 200 fr. brut ou à un taux journalier de 1'600 fr. brut, allocations usuelles comprises ; le décompte des prestations de services était facturé mensuellement ; les frais directement

liés à l'activité de consultant pour la société étaient remboursés sur présentation d'un décompte mensuel séparé, avec justificatifs ;

- des extraits du Registre du commerce du canton de [...] pour la société X._____ AG, inscrite depuis le 2 mars 2017, desquels il ressortait notamment que l'assuré était administrateur délégué, avec signature individuelle, du 24 août 2017 au 22 janvier 2018, puis membre du conseil d'administration, avec signature individuelle, dès le 22 janvier 2018.

Par courrier du 12 juin 2019, la Caisse a indiqué à l'assuré qu'il aurait fait contrôler abusivement son chômage du 1^{er} avril au 31 juillet 2017, dans la mesure où il avait été rémunéré par X._____ du 1^{er} avril au 31 décembre 2017 et qu'il n'avait pas déclaré cette activité dans les IPA des mois d'avril à juillet 2017, ni dans le formulaire de demande d'indemnité de chômage.

Invité à se déterminer, l'assuré a répondu, le 8 juillet 2019, qu'il avait fourni des informations exactes dans sa demande d'indemnité, indiquant avoir informé son conseiller ORP des discussions en cours avec la société T._____, sise en Allemagne, pour rejoindre le conseil d'administration de leur filiale suisse nouvellement créée. Il avait en outre débuté sa fonction dirigeante au sein de la filiale le 24 août 2017, date de son inscription au registre du commerce, soit après la période indemnisée par le chômage. Il avait en effet débuté un emploi rémunéré au mois d'août 2017.

Par courrier du 6 août 2019, la Caisse a requis de la société X._____ qu'elle complète des attestations de gain intermédiaire pour la période du 1^{er} avril au 31 décembre 2017 concernant la fonction de consultant de l'assuré et qu'elle indique le montant perçu en tant que membre du conseil d'administration pour l'année 2017.

Le 8 août 2019, X._____ a adressé à la Caisse les attestations de gain intermédiaire pour les mois de mai à décembre 2017, faisant notamment état d'un revenu brut soumis à cotisation de 8'000 fr. pour le mois de mai 2017 et de 2'400 fr. pour le mois de juillet 2017. Elle a également remis deux factures des 14 décembre 2017 et 11 juin 2018 que l'assuré lui avait adressées pour son mandat de consultant, la première pour l'activité déployée du 18 avril au 30 novembre 2017 et la seconde pour la période du 1^{er} novembre 2017 au 30 juin 2018.

Le 12 août 2019, la Caisse a sollicité de la part de X._____ des précisions quant aux montants facturés par l'assuré et ceux figurant dans les attestations de gain intermédiaire, en raison d'une différence de 6'000 francs.

Par courrier du 20 août 2019, X._____ a adressé les attestations de gain intermédiaire pour les mois d'avril, septembre, novembre 2017 et janvier 2018. Sur l'attestation du mois d'avril 2017, elle a indiqué que le revenu soumis à cotisation s'élevait à 4'400 francs.

Dans un courrier du 30 septembre 2019, l'assuré a réitéré les explications contenues dans sa précédente correspondance. Il a précisé que, dans le cadre des discussions précontractuelles avec la société en Allemagne, il s'était rendu deux jours sur place (18 et 19 avril 2017), avait discuté avec les représentants de la société à W._____ (CH) (27 avril 2017), s'était rendu en Allemagne et à K._____ (CH) les 3 mai, 6 et 11 juillet 2017. En outre, si les contrats étaient datés du 1^{er} juillet 2017, la société les lui avait transmis ultérieurement de sorte qu'il les avait signés seulement dans le courant du mois de juillet. Ainsi, au moment de remplir les formulaires IPA pour les mois d'avril à juillet 2017, il n'avait signé aucun contrat et ne pouvait considérer qu'il serait indemnisé pour les frais engendrés par ses déplacements. Il a également indiqué que les déclarations de gain intermédiaire remplies par X._____ contenaient des erreurs ; il n'avait en effet pas participé à des séances ou déployé une activité pour la société dans le cadre des pourparlers les 27 avril, 2, 4, 21 et 22 mai 2017. Il a enfin confirmé que les rémunérations facturées les 14

décembre 2017 pour un montant net de 16'504 fr. 40 concernaient des prestations effectuées après sa période de chômage et l'entrée en vigueur du contrat de consultant. Pour la période d'avril à juillet 2017, seuls des frais lui avaient été remboursés. Il a joint à cet égard un décompte de frais du 14 décembre 2017 pour la période du 18 avril au 27 novembre 2017, faisant état d'un montant total de 3'106 fr. 15.

Par décision du 4 octobre 2019, la Caisse a exigé de l'assuré la restitution des indemnités journalières pour un montant total de 9'295 fr. 25 versé à tort. Elle a considéré que l'intéressé avait été indemnisé sur la base des renseignements indiqués dans le formulaire IPA sans que ne soient pris en compte les gains intermédiaires réalisés auprès de la société X. _____ au cours des mois d'avril, mai et juillet 2017.

Le 5 novembre 2019, l'assuré s'est opposé à la décision de restitution précitée. Il a à nouveau indiqué que les attestations de gain intermédiaire étaient vraisemblablement basées sur des suppositions en lien avec les frais de déplacement encourus dans le cadre des pourparlers avec la société allemande. Il a relevé que les jours durant lesquels il s'était déplacé à cet effet ne correspondaient pas aux jours travaillés mentionnés par la société dans les formulaires. Les attestations de gain intermédiaire ne pouvaient donc servir de base à une décision de restitution et comportaient de nombreuses erreurs, y compris pour la période postérieure à juillet 2017. En outre, les activités de consultant facturées le 14 décembre 2017 ne concernaient que des prestations effectuées après la période de chômage. L'assuré a à nouveau adressé le décompte de frais produit précédemment et a joint un relevé de courriels pour la période du 16 août au 17 novembre 2017.

Par décision sur opposition du 20 mars 2020, la Caisse a rejeté l'opposition de l'assuré et confirmé sa décision du 4 octobre 2019. Elle a relevé qu'il ne s'agissait pas de déterminer si l'assuré avait volontairement caché des informations, mais de savoir s'il avait touché des montants à considérer comme des gains intermédiaires. Il ressortait premièrement de l'extrait de compte individuel AVS de l'assuré qu'une

activité avait été soumise à cotisation par l'entreprise X. _____ AG d'avril à décembre 2017. Ces informations ressortaient également du certificat de salaire établi par cette société le 31 janvier 2018, soit avant le début de l'instruction par la Caisse concernant cette activité non déclarée. Il importait peu que l'assuré ait signé des contrats de consultant et de mandat en juillet ou en août 2017. La rémunération reçue pour les mois d'avril à juillet 2017 aurait dû être prise en compte en tant que gain intermédiaire pour la période litigieuse. Les allégations de l'assuré selon lesquelles sa facture de 16'504 fr. 40 représentait son activité après chômage étaient surprenantes, sachant qu'il avait inscrit sur la facture la période du 18 avril au 30 novembre 2017. Les montants correspondaient à cette période et à ce qui avait été déclaré par l'employeur. La Caisse était en outre légitimée à réclamer la restitution des indemnités versées à tort ; la demande de restitution portait sur une erreur manifeste, soit la non prise en compte d'une activité salariée non déclarée, et le montant de la créance était important. La demande de restitution était intervenue dans le délai légal puisque le délai de péremption d'un an avait commencé à courir le 18 janvier 2019 lorsqu'elle avait pris connaissance de l'extrait de compte établi par l'Ausgleichskasse des Kantons Solothurn, et que la décision avait été rendue le 10 [recte : 4] octobre 2019. De plus, le versement de la première prestation, le 23 mai 2017, datait de moins de cinq ans avant la demande de restitution.

B. Par acte de son mandataire du 12 mai 2020, R. _____ a interjeté recours devant la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal contre la décision sur opposition qui précède, concluant à son annulation et à ce qu'il soit constaté qu'aucun gain intermédiaire n'avait été perçu durant la période de contrôle du 1^{er} avril au 31 juillet 2017 et qu'aucune indemnité ne lui avait été indûment versée, subsidiairement à ce qu'il soit constaté que le droit de l'intimée de demander la restitution était périmé. Le recourant a d'abord reproché à l'intimée une violation du droit d'être entendu en ce sens qu'elle n'avait pas abordé la question du caractère probant des attestations de gain intermédiaire qu'il contestait dans son opposition ni n'avait discuté ses arguments. Il a ensuite soutenu qu'il n'avait déployé aucune activité rémunérée entre le 1^{er} avril et le 31

juillet 2017, que seules des séances et des discussions précontractuelles étaient intervenues avant le 1^{er} août 2017 et qu'il ne s'agissait pas de prestations qui auraient dû être rémunérées, qu'il n'avait donc pas facturé ces démarches, qu'aucun contrat n'avait été signé avant la mi-juillet 2017, et qu'aucun accord n'était intervenu avec la société quant au principe d'une relation de travail et sa rémunération d'avril à juillet 2017. Le recourant a expliqué les raisons pour lesquelles la facture du 14 décembre 2017 indiquait une période du 1^{er} avril au 30 novembre 2017 : il a indiqué que l'employeur avait accepté, après la conclusion du contrat, de le défrayer pour ses frais préalables à la conclusion du contrat. Il avait ainsi compris les frais relatifs à la période du 1^{er} avril au 30 novembre dans la facture. Il n'avait cependant pas facturé des heures de travail pour la période antérieure au 1^{er} août 2017. Le recourant a également allégué que le droit de l'intimée était périmé, au motif qu'elle pouvait librement accéder à l'extrait du compte individuel AVS dès le mois de février 2018 et qu'elle aurait donc dû avoir connaissance de ces éléments à la fin du mois de février 2018 au plus tard.

Dans une réponse du 17 juin 2020, l'intimée a conclu au rejet du recours, maintenant l'argumentation développée dans sa décision sur opposition du 20 mars 2020.

Donnant suite à un avis du 30 décembre 2020 requérant la production des annexes (annexes aux forfaits journaliers et horaires) auxquelles faisaient référence la facture du 14 décembre 2017, le recourant a derechef produit, en date du 11 janvier 2021, le décompte de ses frais de déplacement pour la période courant du 18 avril au 27 novembre 2017.

Par courrier du 14 janvier 2021, le recourant a été informé qu'il pourrait être déduit de sa production du 11 janvier 2021 qu'il n'existait aucune autre annexe à la facture du 14 décembre 2017, tel que par exemple un décompte d'heures ou de jours d'activité. Après rappel de l'obligation de collaborer à l'instruction, il lui a été signifié un ultime délai au 28 janvier 2021 pour procéder plus avant, dont il n'a pas usé.

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, vu la situation extraordinaire en lien avec le coronavirus, le Conseil fédéral a fait usage de sa compétence pour prolonger les fêtes judiciaires pascales telles que prévues par l'art. 38 al. 4 let. a LPGA, et les a fixées du 21 mars au 19 avril 2020 (ordonnance du 20 mars 2020 sur la suspension des délais dans les procédures civiles et administratives pour assurer le maintien de la justice en lien avec le coronavirus [COVID-19] ; RS 173.110.4). Le recours a ainsi été 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]). Il respecte par ailleurs les autres conditions formelles prévues par la loi (art. 61 let. b LPGA notamment), de sorte que 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. a) Le litige porte sur la question de savoir si l'intimée était fondée à demander au recourant la restitution d'un montant de 9'295 fr. 25, correspondant aux indemnités de chômage qu'il aurait perçues à tort pour les mois d'avril à juillet 2017.

b) Le juge apprécie la légalité des décisions attaquées d'après l'état de fait existant au moment où la décision litigieuse a été rendue. Les règles applicables sont celles en vigueur au moment où les faits juridiquement déterminants se sont produits, étant précisé que le juge n'a pas à prendre en considération les modifications du droit ou de l'état de fait postérieures à la date déterminante de la décision litigieuse (ATF 144 V 210 consid. 4.3.1).

3. Le recourant reproche tout d'abord à l'intimée une violation du droit d'être entendu, plus particulièrement un défaut de motivation en ce sens qu'elle n'aurait pas discuté les éléments soulevés au stade de l'opposition.

a) Aux termes de l'art. 49 al. 3 LPGA, l'assureur doit motiver ses décisions si elles ne font pas entièrement droit aux demandes des parties. Cette obligation, qui découle également du droit d'être entendu, garanti par l'art. 29 al. 2 Cst. (Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 ; RS 101), a pour but que la personne destinataire de la décision puisse la comprendre, la contester utilement s'il y a lieu et que l'instance de recours soit en mesure, si elle est saisie, d'exercer pleinement son contrôle. Pour répondre à ces exigences, l'autorité doit mentionner, au moins brièvement, les motifs qui l'ont guidée et sur lesquels elle a fondé sa décision, de manière à ce que la personne concernée puisse se rendre compte de la portée de celle-ci et l'attaquer en connaissance de cause. Elle n'a toutefois pas l'obligation d'exposer et de discuter tous les faits, moyens de preuve et arguments invoqués par les parties, mais peut au contraire se limiter à l'examen des questions décisives pour l'issue de la procédure (ATF 146 II 335 consid. 5.1 ; 141 V 557 consid. 3.2.1 et les arrêts cités). Dès lors que l'on peut discerner les motifs qui ont guidé la décision de l'autorité, le droit à une décision motivée est respecté même si la motivation présentée est erronée. La motivation peut d'ailleurs être implicite et résulter des différents considérants de la décision (ATF 141 V 557 consid. 3.2). En revanche, une autorité se rend coupable d'un déni de justice formel prohibé par l'art. 29

al. 2 Cst. si elle omet de se prononcer sur des allégués et arguments qui présentent une certaine pertinence ou de prendre en considération des allégués et arguments importants pour la décision à rendre (ATF 142 III 360 consid. 4.1.1 ; 141 V 557 consid. 3.2.1 ; 133 III 235 consid. 5.2).

b) En l'espèce, la décision sur opposition litigieuse expose les motifs qui ont guidé l'autorité intimée et sur lesquels elle s'est fondée. Elle est en ce sens suffisamment explicite, ce d'autant plus que le recourant a pu l'attaquer et s'exprimer exhaustivement dans le cadre de son recours devant l'autorité de céans, qui dispose d'un plein pouvoir d'examen. Ainsi, même à admettre une violation du droit d'être entendu, celle-ci devrait être considérée comme réparée au stade de la procédure judiciaire.

Au demeurant, le reproche de ne pas avoir discuté du caractère probant des attestations de gain intermédiaire se confond en l'occurrence avec le grief de constatation inexacte et incomplète des faits pertinents, qui sera examiné avec le fond du litige.

4. 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, première phrase, LACI ; ATF 129 V 102 ; 120 V 233).

5. 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 59cbis 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). 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). 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) Ce principe s'applique également lorsque les prestations à restituer n'ont pas été allouées par une décision formelle, mais par une décision traitée selon la procédure simplifiée prévue par l'art. 51 LPGA. Après un laps de temps correspondant au délai d'opposition contre une décision formelle, l'administration ne peut demander la restitution des prestations allouées par une décision selon l'art. 51 LPGA et non contestée qu'aux conditions de la reconsidération ou de la révision procédurale (ATF 129 V 110 consid. 1.1 ; voir à cet égard TF 8C_375/2020 du 2 février 2021 consid. 4.3).

d) Le droit de demander la restitution de prestations indûment touchées s'éteint un an après le moment où l'institution d'assurance a eu connaissance du fait, mais au plus tard cinq ans après le versement de la prestation (art. 25 al. 2, première phrase, LPGA, dans sa version en vigueur jusqu'au 31 décembre 2020 [art. 82a LPGA]). Il s'agit là de délais (relatif et absolu) de péremption, qui doivent être examinés d'office (ATF 146 V 217 consid. 2.1 ; 142 V 20 consid. 3.2.2 ; 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 (cf. ATF 140 V 521 consid. 2.1 et références citées). 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).

Le délai de péremption absolu de cinq ans prévu par l'art. 25 al. 2, première phrase, LPGA signifie que si le délai d'une année a été respecté, la restitution ne peut porter que sur des paiements effectués dans les cinq ans précédant la demande de restitution. Ce délai ne commence pas à courir à partir de la date à laquelle la prestation aurait dû être versée selon la loi, mais à partir de celle à laquelle elle a été effectivement versée (cf. Sylvie Pétremand in Dupont/Moser-Szelles [édit.], Loi sur la partie générale des assurances sociales, Commentaire romand, Bâle 2018, n° 96 ad art. 25 LPGA).

Les délais de péremption prévus à l'art. 25 al. 2 LPGA ne peuvent pas être interrompus. Lorsque l'autorité a accompli l'acte conservatoire que prescrit la loi, le délai se trouve sauvegardé, cela une fois pour toutes (cf. TF 9C_400/2016 du 2 novembre 2016 consid. 3.1 avec les références citées).

6. Dans le domaine des assurances sociales, le juge fonde sa décision, sauf dispositions contraires de la loi, sur les faits qui, faute d'être établis de manière irréfutable, apparaissent comme les plus vraisemblables, c'est-à-dire qui présentent un degré de vraisemblance prépondérante. Il ne suffit donc pas qu'un fait puisse être considéré seulement comme une hypothèse possible ; la vraisemblance prépondérante suppose que, d'un point de vue objectif, des motifs importants plaident pour l'exactitude d'une allégation, sans que d'autres possibilités ne revêtent une importance significative ou n'entrent

raisonnablement en considération (ATF 144 V 427 consid. 3.2 ; 139 V 176 consid. 5.3 et les références citées). Par ailleurs, la procédure est régie par le principe inquisitoire, selon lequel les faits pertinents de la cause doivent être constatés d'office par le juge. Ce principe n'est toutefois pas absolu et sa portée est restreinte par le devoir des parties de collaborer à l'instruction de l'affaire (ATF 125 V 193 consid. 2 et les références citées). Celui-ci comprend en particulier l'obligation des parties d'apporter, dans la mesure où cela peut être raisonnablement exigé d'elles, les preuves commandées par la nature du litige et des faits invoqués, faute de quoi elles risquent de devoir supporter les conséquences de l'absence de preuves (ATF 145 V 90 consid. 3.2 ; 139 V 176 consid. 5.2 et les références citées).

7. En l'occurrence, la mention de revenus soumis à cotisation AVS perçus pendant une période de versement d'indemnités de chômage, sans annonce corrélative de gain intermédiaire, constitue un fait nouveau, de nature à modifier le droit auxdites prestations et légitimant la Caisse à engager une procédure de révision procédurale au sens de l'art. 53 al. 1 LPGA.

8. Il convient en premier lieu d'examiner la question de la péremption du droit de réclamer la restitution, au sens de l'art. 25 al. 2 LPGA. Selon le recourant, la péremption était acquise dès l'instant où l'intimée pouvait avoir connaissance, dès février 2018, des revenus inscrits entre avril 2017 et décembre 2017 sur son compte individuel AVS.

Le recourant ne saurait être suivi. Les extraits de compte individuel AVS ne revêtent aucun caractère public et aucune disposition légale ou réglementaire n'impose à la caisse intimée de requérir d'office et périodiquement un tel extrait. En l'occurrence, l'existence de l'inscription, dès avril 2017, de revenus soumis à cotisation au compte individuel AVS du recourant a été communiquée à l'intimée par la Caisse cantonale de compensation du canton de [...] le 17 janvier 2019, reçue le lendemain, et les opérations d'instruction nécessaires à l'établissement des faits, en particulier la détermination du montant du gain intermédiaire

perçu entre avril et juillet 2017, ont débuté le 27 février 2019 pour déboucher sur la décision du 4 octobre 2019. La péremption de la créance en restitution n'était pas acquise à cette date, que ce soit par rapport au délai relatif d'une année ou au délai absolu de cinq ans.

9. Reste à déterminer si la créance en restitution est fondée, savoir si le recourant a effectivement perçu entre avril et juillet 2017 un gain, qu'il soit issu d'une activité salariée ou indépendante, étant précisé que les remboursements de frais effectifs, en l'occurrence des frais de déplacement reportés sur le décompte annexé à la facture du 14 décembre 2017, ne sauraient être pris en compte au titre de gain intermédiaire.

a) Pour rendre sa décision, l'intimée s'est essentiellement fondée sur la facture du 14 décembre 2017 adressée par le recourant à X._____ et sur les attestations de gain intermédiaire remplies à sa demande par cette société. Le recourant conteste toutefois le caractère probant de ces dernières pièces au motif que les jours indiqués par la société sont inexacts et que l'activité déployée pendant la période considérée se rapporte exclusivement à des discussions de nature précontractuelle et non rémunérée, en date des 18 et 19 avril 2017, 27 avril 2017, 3 mai 2017, 6 et 11 juillet 2017. Il soutient également que les prestations facturées le 14 décembre 2017 ont toutes eu lieu après la signature du contrat de consultant en juillet 2017 et que seuls les frais de déplacement encourus durant la période précontractuelle d'avril à juillet 2017 lui ont été remboursés, et ceci *a posteriori*.

b) Il apparaît toutefois que l'intitulé de la facture du 14 décembre 2017 adressée par le recourant à la société X._____ pour ses honoraires de consultant se réfère à la période courant du 18 avril 2017 au 30 novembre 2017, dans la mesure où elle est libellée « RECHNUNG für Beratungsmandat 18.04-30.11.2017 ». L'argument du recourant selon lequel le contrat de consultant n'a été signé qu'en juillet 2017 ne lui est d'aucun secours. En effet, le contrat de mandat n'a pas à revêtir la forme écrite pour être valablement conclu (art. 11 CO [Loi fédérale du 30 mars

1911 complétant le Code civil suisse ; Livre cinquième : Droit des obligations ; RS 220] *cum* 394 CO).

La facture, telle qu'adressée par le recourant à X._____, ne comporte cependant aucune indication autre que celle de 8 forfaits d'honoraires journaliers à 1'600 fr. et 24 heures d'honoraires à 200 fr. l'heure. Il lui est annexé le décompte des frais de déplacement. La facturation des honoraires fait également mention d'annexes (gemäss Beilage), lesquelles ne figurent cependant pas au dossier de l'intimée, ni n'ont été produites par le recourant.

Il existe certes au dossier de l'intimée une copie de cette facture produite par X._____ et annotée, apparemment pour une ventilation et un contrôle des honoraires selon qu'ils devaient être comptabilisés en forfait horaire ou journalier. Ces annotations font ressortir l'existence d'honoraires entre avril et juillet 2017. Cependant, il s'agit d'annotations manuscrites datées du 8 août 2019, dont le recourant n'est manifestement pas l'auteur, et qui interviennent de surcroît après la validation de la facture le 4 janvier 2018. On ignore sur quelles informations ou pièces se fondent ces annotations.

Le contenu de la facture telle qu'adressée par le recourant à X._____ ne permet pas à lui seul d'invalider sa version des faits, la mention comme point de départ du 18 avril 2017 pouvant effectivement être interprétée comme se rapportant à la facturation du remboursement des frais, en l'absence de toute autre indication. A cela s'ajoute que les explications de l'assuré selon lesquelles la société aurait finalement accepté de le défrayer pour les frais relatifs aux « séances et discussions précontractuelles » n'ont fait l'objet d'aucune vérification par l'intimée auprès de l'employeur, tant s'agissant du principe de prestations précontractuelles fournies à titre gratuit que s'agissant de l'acceptation rétroactive du remboursement des frais encourus pendant cette période précontractuelle.

La Caisse intimée ne pouvait s'en dispenser compte tenu des incohérences résultant des attestations de gains intermédiaires, particulièrement s'il devait être admis que les dates figurant sur le décompte de frais correspondent aux heures ou jours pendant lesquels le recourant a offert ses services. En effet, en mai 2017, l'attestation de l'employeur retient une activité les 2, 3 et 4 mai et le décompte de frais un déplacement à J._____ (DE) pour une rencontre avec un représentant de la société les 2 et 3 mai seulement. Elle mentionne encore une activité le 21 mai, date correspondant cependant à un dimanche, ainsi qu'une activité le 22 mai, toutefois non corrélée dans le décompte de frais. Cette pièce mentionne des frais pour un déplacement à S._____ (DE) les 21 et 22 juin, dont on ne retrouve pas le pendant dans l'attestation de gain intermédiaire d'employeur de juin. Celle de juillet mentionne 6 heures de prestations effectuées le 6 juillet, pouvant effectivement correspondre à une séance à K._____ (CH), de même que 6 heures de prestations le 12 juillet alors que le décompte de frais revendique le remboursement de 820 km en voiture pour un déplacement à S._____ (DE) les 11 et 12 juillet.

Ces divergences excluent d'accorder en l'état une valeur probante aux attestations de gain intermédiaire de l'employeur, d'autant plus qu'une méprise de leur auteur, liée à sa méconnaissance de la langue française, ne saurait être exclue (connaissance du français de niveau A2, confusion sur les revenus d'administrateur à communiquer). Par ailleurs, la comparaison entre le montant des honoraires facturés le 14 décembre 2017 (17'600 fr.) avec le total des attestations de l'employeur pour la seule activité de consultant pour la même période (19'200 fr.) dégage une différence, inexpliquée, de 1'600 francs.

La mention, telle que ressortant du certificat de salaire établi par X._____ et de l'extrait de compte individuel AVS, d'une activité exercée d'avril à décembre 2017 n'autorise pas non plus à tenir pour exactes les attestations de gain intermédiaire. S'agissant du premier document, son contenu n'était pas contestable dans la mesure où le remboursement des frais intervenait dès avril 2017 et, pour ce qui est de l'extrait de compte AVS, l'intérêt à une rectification du revenu cotisant est

inexistant et une rectification de la période de cotisations, qui n'aurait au demeurant porté que sur le mois d'avril, n'était pas à l'avantage du recourant.

Le recourant ne peut néanmoins être suivi sans autre vérification dans ses explications s'agissant de la nature de l'activité déployée pendant la période considérée, savoir des discussions de nature précontractuelle et non rémunérée. En effet, le libellé des événements dans le décompte de frais ne permet pas de valider l'absence de rémunération : il est fait mention d'une visite de site ou de chantier (Baustellenbesuch), d'appels d'offres (Ausschreibung) et de rencontres (Treffen), soit des activités dont le caractère précontractuel et non rémunéré ne saurait être admis sans autre au degré de la vraisemblance prépondérante, qui plus est s'agissant de celles d'appel d'offre et de préparation à l'appel d'offre.

c) Au vu de ce qui précède, le dossier n'apparaît pas suffisamment instruit pour pouvoir se prononcer en connaissance de cause sur l'existence, respectivement le montant de la créance en restitution. Il convient donc d'annuler la décision attaquée et de renvoyer la cause à la Caisse, dès lors que c'est à elle qu'il incombe en premier lieu d'instruire, conformément au principe inquisitoire qui régit la procédure dans le domaine des assurances sociales (art. 43 al. 1 LPGA). L'intimée est invitée à compléter l'instruction en requérant production de la totalité des annexes à la facture du 14 décembre 2017 et des informations complémentaires auprès de X._____, en particulier sur le caractère précontractuel des activités offertes d'avril à juillet 2017, à titre gratuit ou onéreux, ainsi que sur les montants exactement versés, et cas échéant à quel titre.

10. Au vu de ce qui précède, le recours doit être admis et la décision sur opposition rendue le 20 mars 2020 par la Caisse cantonale de chômage, Division juridique, annulée, la cause lui étant renvoyée pour instruction, dans le sens des considérants du présent arrêt.

Il n'y a pas lieu de percevoir de frais judiciaires (art. 61 let. a LPGA dans sa teneur en vigueur jusqu'au 31 décembre 2020, applicable conformément à l'art. 82a LPGA).

Vu le sort de ses conclusions, la partie recourante a droit à une indemnité de dépens à titre de participation aux honoraires de son conseil (art. 61 let. g LPGA). Il convient d'arrêter cette indemnité à 1'500 fr., débours et TVA compris (art. 10 et 11 TFJDA [tarif du 28 avril 2015 des frais judiciaires et des dépens en matière administrative ; BLV 173.36.5.1]), et de la mettre intégralement à la charge de la partie intimée.

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

- I.** Le recours est admis.

- II.** La décision sur opposition rendue le 20 mars 2020 par la Caisse cantonale de chômage, Division juridique, est annulée, la cause lui étant renvoyée pour nouvelle décision dans le sens des considérants.

- III.** La Caisse cantonale de chômage, Division juridique, versera à R._____ la somme de 1'500 fr. (mille cinq cents francs) à titre de dépens.

- IV.** Il n'est pas perçu de frais judiciaires.

La juge unique :

La greffière :

Du

L'arrêt qui précède est notifié à :

- Me Tiphonie Piaget (pour R._____),
- 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 :