

# **NE\_GERICHTE CDP.2021.182 vom 23. Juni 2022**

NE Tribunal cantonal, 2022-06-23, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ne\\_gerichte\\_CDP.2021.182](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ne_gerichte_CDP.2021.182)

FR: NE\_GERICHTE CDP.2021.182 du 23 juin 2022

IT: NE\_GERICHTE CDP.2021.182 del 23 giugno 2022

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Interjetés dans les formes et délai légaux, les recours sont recevables.

### **E. 2**

La LPJA ne contient pas de disposition relative à la jonction de causes. Il n'en demeure pas moins que l'autorité saisie d'un ou plusieurs recours peut, en tout temps, joindre ou disjoindre des causes, ce dans un but d'économie de procédure ( ATF 131 V 461 cons. 1). En l'espèce, les deux causes (CDP.2021.182 et CDP.2021.183) sont dirigées contre la même intimée, concernent le même assuré et portent sur un même complexe de faits. Il se justifie ainsi de les joindre et de statuer par un seul arrêt sur les deux recours.

### **E. 3**

a) L'objet du recours est nommé objet de la contestation. Celui-ci est incorporé par la décision et comprend tous les rapports juridiques au sujet desquels l'autorité qui a statué s'est prononcée d'une manière qui la lie. L'objet de la contestation délimite ainsi le cadre des rapports juridiques susceptibles d'être examinés par l'autorité de recours. L'objet du litige représente, quant à lui, l'objet effectif du recours et comprend tous les aspects de la décision, plus précisément du dispositif de celle-ci, que le recourant conteste. Il n'y a donc pas nécessairement identité entre l'objet de la contestation et l'objet du litige. L'autorité de recours ne se prononce en principe que sur les points qui, dans le cadre de l'objet de la contestation, sont effectivement litigieux ( Schaer , Juridiction administrative neuchâteloise, p. 118). La décision attaquée délimite en conséquence, à l'égard du recourant, le cadre matériel admissible de l'objet du litige. La contestation ne saurait excéder l'objet de la décision attaquée, c'est-à-dire les prétentions ou les rapports juridiques sur lesquels l'autorité inférieure s'est prononcée ou, d'après une interprétation correcte de la loi, aurait dû se prononcer de manière contraignante. L'objet d'une procédure administrative ne peut donc pas s'étendre ou qualitativement se modifier au fil des instances. Il peut se réduire dans la mesure où certains éléments de la décision attaquée ne sont plus contestés devant l'autorité de recours. Cette dernière n'examine effectivement pas les prétentions et les griefs qui n'ont pas fait l'objet du prononcé de l'instance inférieure, sous peine de détourner sa mission de contrôle, de violer la compétence fonctionnelle de cette autorité, d'enfreindre le principe de l'épuisement des voies de droit préalables, et, en définitive, de priver les parties d'un degré de juridiction ( Bovay , Procédure administrative, 2 e éd., 2015, p. 554 ss). b) Le recourant conteste le calcul de son gain assuré. La Cour de céans observe que, si ce calcul a fait l'objet d'une décision de l'intimée du 4 avril 2019 entrée en force, il ne fait pas l'objet d'aucune des deux décisions sur opposition attaquées devant elle, de sorte que ce grief excède l'objet de la contestation et doit ainsi être déclaré irrecevable.

### **E. 4**

a) Dans la cause CDP.2021.182, la décision sur opposition du 22 avril 2021 confirme la restitution d'un montant de 8'300 francs, au motif qu'il s'agit d'indemnités qui auraient été touchées à tort durant la période de février à mars 2019 et de mai 2019 à septembre 2020. Selon l'article 25 al. 1 LPGA, auquel renvoie l'article 95 al. 1 LACI, les prestations indûment touchées doivent être restituées (1<sup>re</sup> phrase). L'obligation de restituer suppose que soient réunies les conditions d'une reconsidération (caractère sans nul doute erroné de la décision et importance notable de la rectification) ou d'une révision procédurale de la décision par laquelle les prestations en cause ont été allouées (ATF 130 V 318 cons. 5.2).

b) L'examen de la cause nécessite de qualifier les gains obtenus par le recourant et que l'intimée lui reproche de ne pas avoir annoncés, pour déterminer s'il s'agit de gains accessoires ou de gains intermédiaires. Les gains concernés sont ceux provenant de son activité en faveur de G. \_\_\_\_\_ et en faveur de H. \_\_\_\_\_. c) Dans le domaine de l'assurance-chômage, est réputé gain assuré le salaire déterminant au sens de la législation sur l'AVS qui est obtenu normalement au cours d'un ou de plusieurs rapports de travail durant une période de référence (art. 23 al. 1 LACI). Un gain accessoire n'est pas assuré (art. 23 al. 3 LACI). Est réputé accessoire tout gain que l'assuré retire d'une activité dépendante exercée en dehors de la durée normale de son travail ou d'une activité qui sort du cadre ordinaire d'une activité lucrative indépendante. Un gain accessoire n'est pas pris en considération lors de la détermination du gain intermédiaire (art. 24 al. 3 LACI). Une augmentation sensible du gain accessoire durant le chômage peut cependant être prise en considération à titre de gain intermédiaire (ATF 123 V 230). Lorsque deux rapports de travail courent parallèlement, le gain assuré comprend seulement le revenu tiré de l'activité normale à plein temps, même si les gains procurés par une activité accessoire sont proportionnellement plus élevés (ATF 129 V 105). La notion d'accessoire du gain doit être comprise par rapport à celui provenant d'une activité principale; en effet, un gain accessoire ne peut exister, par définition, qu'en présence d'une autre activité pouvant être qualifiée de source de revenu principale (arrêt du TF du 19.05.2017 [8C\_86/2017] cons. 3). En d'autres termes, un gain accessoire ne peut demeurer que dans un rapport de proportion faible avec le revenu de l'activité principale; à défaut de quoi, si ce gain venait régulièrement à se rapprocher ou dépasser le gain principal, l'activité ne pourrait plus être accessoire et le gain ne le serait pas davantage (arrêt du TF du 14.01.2016 [8C\_75/2015] cons. 2.2; ATF 123 V 230 cons. 3c). En cas de cumul d'emplois pour un taux global supérieur à 100 %, et de perte de l'emploi principal, le gain assuré se basera sur une activité à 100 % (arrêt du TF du 30.09.2019 [8C\_496/2019] cons. 3; Rubin, Assurance-chômage et service public de l'emploi, 2019, p. 75, note 323), de sorte que le gain provenant de la partie de l'activité dépassant 100 % sera considéré comme un gain accessoire. Un gain accessoire réalisé durant le délai-cadre de cotisation, qui subsiste sans changement durant le délai-cadre d'indemnisation ouvert à la suite de la perte de l'activité principale, reste un gain accessoire pendant dit délai-cadre d'indemnisation. C'est ce qu'exprime le bulletin LACI IC édité par le Secrétariat d'Etat à l'économie (Seco) à son chiffre C10 : « Un gain accessoire conserve ce statut dans les délais-cadres suivants. Il ne compte donc pas comme période de cotisation et ne sera pas pris en compte dans le calcul du gain assuré ».

d/aa) Dans son recours, l'intéressé expose que le [bbbbb] est une passion qui l'anime depuis l'enfance, qu'il est membre du comité central de G. \_\_\_\_\_ depuis avril 2017 et qu'il perçoit des jetons de présence pour ses activités ainsi qu'une indemnité forfaitaire pour couvrir ses frais. Le certificat de salaire au dossier fait état d'une rémunération globale de 2'640 francs pour 2018. Ces éléments permettent de constater que cette activité était déjà exercée durant le

délai-cadre de cotisation et qu'elle générerait un revenu demeurant dans un rapport de proportion faible par rapport aux revenus de ses autres activités, de sorte que le caractère d'activité accessoire doit lui être reconnu. Il reste à examiner l'évolution des revenus en provenant, de manière à pouvoir déterminer si une éventuelle augmentation sensible du gain accessoire durant le chômage est intervenue qui devrait alors être prise en considération à titre de gain intermédiaire. Pour cette activité en faveur de G. \_\_\_\_\_, l'extrait du compte individuel AVS de l'assuré relève un revenu 2019 de 3'930 francs, montant qui ressort également des décomptes fournis à l'intimée par son employeur (décomptes des 27.06 et 06.12.2019). Si le dossier ne semble pas contenir d'extrait de compte individuel AVS pour 2020, il ressort des décomptes fournis par G. \_\_\_\_\_ qu'un salaire déterminant au sens de la législation sur l'AVS de 3'425 francs au total a été versé à l'assuré pour cette année (décomptes des 24.06 et 13.12.2020). Par rapport à la rémunération obtenue pour cette activité en 2018 (CHF 2'640), celles obtenues en 2019 (CHF 3'930, soit +49 %) et en 2020 (CHF 3'425, soit +30 %) font preuve d'une augmentation sensible au sens de la jurisprudence. Il y a ainsi lieu de tenir compte de cette augmentation de revenus à titre de gain intermédiaire. Il convient de souligner que seule l'augmentation de la rémunération – et non pas l'ensemble de la rémunération – peut être prise en compte comme gain intermédiaire, soit la différence entre les revenus de 2019, respectivement 2020, et les revenus obtenus auparavant. Cela étant, et dans la mesure décrite, l'intimée est fondée à considérer comme un gain intermédiaire cette augmentation des gains accessoires réalisés par le recourant après la survenance du chômage. Par ailleurs, la découverte de ces revenus constitue un fait nouveau qui justifie la révision (art. 53 al. 1 LPGa). d/bb) Dans le cadre de sa demande d'indemnités de chômage, l'assuré a déposé des décomptes de salaire de H. \_\_\_\_\_ concernant ses activités accessoires de moniteur de [aaaaa] et d'auxiliaire de [bbbbb] en 2017 et 2018. Les montants qui y figurent se retrouvent aussi sur son extrait de compte individuel AVS (CHF 594 en 06/2017, CHF 495 en 12.2017, CHF 1'660 [CHF 445 + CHF 1'215] en 06-07.2018, CHF 445 en 12.2018). Il en découle un revenu total de 1'089 francs en 2017 et de 2'105 francs en 2018, soit une moyenne pour ces deux années de 1'597 francs. Ces éléments permettent de constater que les activités déployées pour H. \_\_\_\_\_ étaient déjà exercées dans le délai-cadre de cotisation et qu'elles génèrent des revenus demeurant dans un rapport de proportion faible par rapport aux revenus de ses autres activités, de sorte que le caractère d'activité accessoire doit leur être reconnu. Il est encore nécessaire d'examiner l'évolution de ces revenus de manière à déterminer si une éventuelle augmentation sensible de ce gain accessoire justifie qu'elle soit qualifiée de gain intermédiaire. Pour l'année 2019, il résulte de l'extrait du compte individuel AVS un revenu global de 1'096 francs (CHF 495 + CHF 601) pour l'activité en faveur de H. \_\_\_\_\_, montant qui correspond au total des trois décomptes de salaire pour 2019 versés au dossier (CHF 495 + CHF 106.60 + CHF 495). Si le dossier ne semble pas contenir d'extrait de compte individuel AVS pour 2020, les décomptes fournis par H. \_\_\_\_\_ indiquent qu'un salaire déterminant au sens de la législation sur l'AVS de 2'538 francs au total a été versé à l'assuré pour cette année (décomptes de juin pour CHF 1'260 et CHF 495 ; de juillet pour CHF 198, d'octobre pour CHF 90, de décembre pour CHF 495). La moyenne des revenus provenant de H. \_\_\_\_\_ pour 2019 et 2020 s'établit ainsi à 1'817 francs. Compte tenu d'une grande variabilité dans les revenus obtenus pour les activités déployées en faveur de H. \_\_\_\_\_, il se justifie, pour déterminer si une augmentation sensible est intervenue pendant la période de chômage, de prendre en considération l'évolution entre la moyenne des deux années précédant la perception des indemnités de chômage (2017-2018) et la

moyenne des deux années suivantes (2019-2020), au cours desquelles l'assuré était au chômage. La comparaison entre ces deux valeurs aboutit au constat que les revenus provenant de l'activité accessoire déployée pour H.\_\_\_\_\_ ont connu une augmentation de 14 % ou 220 francs par année entre les deux périodes considérées, passant de 1'597 francs à 1'817 francs. Ces chiffres ne permettent pas de retenir une augmentation sensible des revenus qui justifierait de qualifier cette différence de gain intermédiaire. La décision attaquée doit ainsi être annulée en ce qu'elle considère les revenus provenant de H.\_\_\_\_\_ comme un gain intermédiaire. d/cc) Les considérants qui précèdent aboutissent à l'annulation de la décision attaquée et au renvoi de la cause à l'intimée pour nouvelle décision sur restitution, en ne prenant en compte dans ses calculs que l'augmentation des revenus provenant de G.\_\_\_\_\_.

## **E. 5**

Dans la cause CDP.2021.183, la décision sur opposition du 22 avril 2021 confirme la suspension du droit à l'indemnité de chômage pour une durée de 40 jours. a) Selon l'article 30 al. 1 let. e LACI, le droit de l'assuré est suspendu lorsqu'il est établi que celui-ci a donné des indications fausses ou incomplètes ou a enfreint, de quelque autre manière, l'obligation de fournir des renseignements spontanément ou sur demande et d'aviser. Le cas de suspension prévu par cette norme englobe toute violation du devoir de l'assuré de donner des informations correctes et complètes, de même que la communication de tous les éléments importants pour la fixation de l'indemnité; peu importe que ces renseignements inexacts ou incomplets soient ou non à l'origine d'un versement indu de prestations ou de leur calcul erroné (arrêt du TF du 14.09.2015 [8C\_253/2015] cons. 3.1). Ce motif de sanction vise à combattre les abus liés au risque de versement de prestations indues en raison d'une violation, par les assurés, de l'obligation de renseigner (Rubin, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, 2014, ad art. 30 LACI, ch. 76). L'état de fait visé par cette disposition est toujours réalisé lorsque l'assuré remplit de manière fautive ou incomplète des formulaires destinés à la caisse. Par indications fausses ou incomplètes, il faut comprendre notamment celles qui concernent l'aptitude au placement de l'assuré, l'examen du caractère convenable d'un emploi, les recherches personnelles d'emploi, le montant des indemnités en relation avec la situation familiale, les dates d'un séjour à l'étranger, un gain intermédiaire, un gain accessoire ou une éventuelle activité non rémunérée alors qu'elle devrait l'être en vertu des articles 322 al. 1 ou 394 al. 3 CO (Rubin, op. cit., 2014, ad art. 30 LACI ch. 76 et 80). Les indications figurant sur le formulaire IPA sont des informations essentielles permettant d'indemniser l'assuré, qui doivent ainsi être exactes afin d'éviter tout risque de confusion ou d'erreur de la part de la caisse (arrêts du TF du 10.11.2010 [8C\_457/2010] cons. 4 et du 14.01.2003 [C 242/01] cons. 2.1.1, in : DTA 2004, p. 190). Les gains accessoires (art. 23 al. 3 LACI), qui ne sont pas assurés et qui ne sont pas pris en considération dans la détermination du gain intermédiaire (art. 24 al. 3 LACI) doivent être annoncés dès lors que leur qualification juridique incombe à l'administration et non pas à l'assuré (arrêt du TF du 19.05.2017 [8C\_86/2017] cons. 2.1 et les références citées). Peu importe que les renseignements inexacts ou incomplets soient ou non à l'origine d'un versement indu de prestations ou de leur calcul erroné (ATF 130 V 385 cons. 3.1.2 ; arrêt du TF du 14.09.2015 [8C\_253/2015] cons. 3.1 ; RJN 2019, p. 786 cons. 4a, 2015, p. 482 cons. 2a). Même une négligence légère dans l'accomplissement de l'obligation de renseigner peut entraîner une sanction (Rubin, op. cit., ad art. 30 LACI, ch. 78). Le critère subjectif de l'intention, soit le fait d'agir avec conscience et volonté, n'est pas une condition d'application de l'article 30 al. 1 let. e LACI (arrêts du TF du 10.11.2010

[8C\_457/2010] cons. 4 et du 27.03.2007 [C 288/06] cons. 2 et les références citées, in : DTA 2007, p. 210). Seul l'assuré étant de parfaite bonne foi peut éviter la suspension (Rubin, op. cit., ad art. 30 LACI, ch. 76 et 78 ; RJN 2019, p. 786 cons. 4a in fine et b). Selon l'article 30 al. 1 let. f LACI, le droit de l'assuré à l'indemnité de chômage est suspendu lorsqu'il est établi que celui-ci a obtenu ou tenté d'obtenir indûment l'indemnité de chômage. Ce motif de sanction implique, en plus d'une omission de renseigner ou d'un renseignement erroné, une intention, de la part du chômeur, d'obtenir des prestations qui ne lui sont pas dues. L'intention suppose que l'assuré ait délibérément (avec conscience et volonté) caché des éléments ayant une influence sur le droit aux prestations ou l'étendue de celles-ci ou qu'il ait donné des renseignements à ce sujet (Rubin, op. cit., ad art. 30 LACI, ch. 81). b) La durée de la suspension est proportionnelle à la gravité de la faute (art. 30 al. 3 LACI). La durée de la suspension dépend donc de la gravité de la faute commise et non du dommage effectif causé à l'assurance. Elle est de 1 à 15 jours en cas de faute légère, 16 à 30 jours en cas de faute d'une gravité moyenne, et 31 à 60 jours en cas de faute grave (art. 45 al. 3 OACI). En tant qu'autorité de surveillance, le Seco a adopté un barème (indicatif) à l'intention des organes d'exécution. Un tel barème constitue un instrument précieux pour ces organes d'exécution lors de la fixation de la sanction et contribue à une application plus égalitaire des sanctions dans les différents cantons. Cela ne dispense cependant pas les autorités décisionnelles d'apprécier le comportement de l'assuré compte tenu de toutes les circonstances – tant objectives que subjectives – du cas d'espèce et de fixer la sanction en fonction de la faute. Si la quotité de la suspension du droit à l'indemnité de chômage dans un cas concret relève du pouvoir d'appréciation de l'administration, le pouvoir d'examen des tribunaux cantonaux des assurances n'est pas limité à la violation du droit (y compris l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation), mais s'étend également à l'opportunité de la décision administrative (ATF 137 V 71 cons. 5.2). Mais, en l'absence d'un excès ou d'un abus de pouvoir d'appréciation (constitutif d'une violation du droit), les tribunaux cantonaux des assurances ne peuvent, sans motif pertinent, substituer leur propre appréciation à celle de l'administration. Ils doivent s'appuyer sur des circonstances de nature à faire apparaître leur propre appréciation comme la mieux appropriée (Rubin, op. cit., ad art. 30 LACI, ch. 110 et les références citées). c) En l'espèce, il est constant que durant la période de cotisation, l'assuré n'a pas annoncé les deux activités exercées en faveur de H.\_\_\_\_\_ et celle déployée pour G.\_\_\_\_\_. Cela étant, il a failli à son obligation d'annoncer et de fournir des renseignements au sens de l'article 30 al. 1 let. e LACI. Son argument selon lequel il n'a pas annoncé les revenus tirés de ces activités parce qu'il s'agissait de revenus accessoires qui ne doivent pas être déclarés comme gains intermédiaires ne lui est d'aucun secours dès lors que selon la jurisprudence mentionnée plus haut, il ne lui appartient pas de trancher la qualification de ces gains, compétence qui relève de l'intimée. En ce qui concerne l'article 30 al. 1 let. f LACI, le dossier ne contient aucun élément qui permettrait de retenir qu'en enfreignant son obligation d'annoncer, le recourant aurait en toute conscience et avec volonté sciemment celé les informations relatives aux activités non annoncées dans le but d'obtenir des prestations indues, de sorte qu'une suspension du droit de l'assuré à l'indemnité de chômage fondée sur cette disposition ne se justifie pas. Cela étant, le prononcé d'une sanction sous forme d'une suspension dans le droit à l'indemnité de chômage est justifié dans son principe, au vu de la violation de l'article 30 al. 1 let. e LACI. Il reste à en examiner la quotité. La faute légère peut être retenue en cas de violation de l'obligation de renseigner consécutive à une négligence; la faute moyenne peut quant à elle être retenue en cas de violation de l'obligation de renseigner lorsque l'assuré est de

mauvaise foi ( Rubin , op. cit., ad art. 30 LACI, ch. 115 et 116). En l'occurrence, le dossier ne contient aucun élément dont on pourrait déduire une mauvaise foi de l'assuré. Au contraire, il ressort de ses déclarations qu'il était convaincu de ne pas avoir à déclarer les gains en question au motif qu'il ne s'agissait pas de gains intermédiaires mais de gains accessoires. Cette conviction erronée ne suffit toutefois pas pour retenir une parfaite bonne foi qui justifierait de renoncer à toute suspension. En effet, les formulaires IPA posent la question « Avez-vous travaillé chez un ou plusieurs employeurs? » sans faire la distinction selon que le travail porte sur une activité accessoire ou intermédiaire. Ne pas y avoir indiqué les activités en faveur de H. \_\_\_\_\_ et de G. \_\_\_\_\_ relève ainsi de la négligence, qu'il convient de qualifier de simple, dans la violation de son obligation d'annoncer. Il convient aussi de retenir que cette violation a perduré pendant deux ans et que l'assuré est étranger à la découverte des activités non annoncées. Par ailleurs, il a déjà fait l'objet d'une suspension (décision du 09.04.2019 : 1 jour de suspension pour insuffisance de recherches d'emploi avant inscription). Tout bien considéré, il paraît que la faute de l'assuré peut être qualifiée de légère et qu'une suspension dans le droit à l'indemnité de chômage pour une durée de 8 jours est justifiée. Il convient dès lors de réformer la décision attaquée en ce sens.

#### **E. 6**

Les considérants qui précèdent amènent en résumé à l'annulation de la décision attaquée dans la cause CDP.2021.182 et au renvoi de la cause à l'intimée pour nouvelle décision sur restitution en ne prenant en compte dans ses calculs que l'augmentation des revenus provenant de G. \_\_\_\_\_ d'une part et, d'autre part, à réformer la décision attaquée, dans la cause CDP.2021.183, dans ce sens que le droit à l'indemnité de chômage est suspendu durant 8 jours. Il est statué sans frais, la loi spéciale n'en prévoyant pas (art. 61 let. f bis LPGA) et il n'est pas alloué de dépens (art. 61 let. g LPGA a contrario ).

#### **E. 20**

juin 2014 sur la formation continue, en vigueur depuis le 1erjanv. 2017 (RO2016689;FF20133265).

1Les prestations indûment touchées doivent être restituées. La restitution ne peut être exigée lorsque l'intéressé était de bonne foi et qu'elle le mettrait dans une situation difficile.

2Le droit de demander la restitution s'éteint trois ans 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.<sup>23</sup>Si la créance naît d'un acte punissable pour lequel le droit pénal prévoit un délai de prescription plus long, celui-ci est déterminant.

3Le remboursement de cotisations payées en trop peut être demandé. Le droit s'éteint une année après que le cotisant a eu connaissance de ses paiements trop élevés, mais au plus tard cinq ans après la fin de l'année civile au cours de laquelle les cotisations ont été payées.

<sup>23</sup>Nouvelle teneur selon le ch. I de la LF du 21 juin 2019, en vigueur depuis le 1erjanv. 2021 (RO20205137;FF20181597).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.