

# VD\_FINDINFO ACH 35/09 - 32/2010 vom 24. Februar 2010

VD Tribunal cantonal, 2010-02-24, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd\\_findinfo\\_ACH\\_35\\_09\\_-\\_32\\_2010](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_findinfo_ACH_35_09_-_32_2010)

FR: VD\_FINDINFO ACH 35/09 - 32/2010 du 24 février 2010

IT: VD\_FINDINFO ACH 35/09 - 32/2010 del 24 febbraio 2010

## Regeste

CHÔMAGE, LOI SUR L'ASSURANCE CHÔMAGE, INDEMNITÉ DE CHÔMAGE, GAIN INTERMÉDIAIRE, RESTITUTION{EN GÉNÉRAL}, RECONSIDÉRATION | 22 LACI, 23 al. 1 LACI, 24 LACI, 8 al. 1 let. a LACI, 25 LPGA

## Erwägungen

### E. 1

a) Chaque canton institue un tribunal des assurances, qui statue en instance unique sur les recours dans le domaine des assurances sociales (art. 57 LPGA [loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales; RS 830.1]). Dans le domaine des assurances sociales, le Tribunal cantonal connaît des recours conformément à l'art. 57 LPGA (art. 93 let. a LPA-VD [loi vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative; RSV 173.36]). Un membre du Tribunal cantonal statue en tant que juge unique dans le domaine des assurances sociales, sur les recours dont la valeur litigieuse n'excède pas 30'000 francs, et sur ceux interjetés contre un prononcé d'amende (art. 94 al. 1 let. a LPA-VD). b) En l'espèce, le litige a exclusivement trait à la créance en restitution de prestations indûment perçues. Le montant dont la restitution est demandée par l'autorité intimée est inférieur à 30'000 francs. Un membre du Tribunal cantonal peut donc statuer comme juge unique conformément à la disposition précitée.

### E. 2

ème édition, Zurich/Bâle/Genève 2006, ch. 4.6.4, p. 307). b) Tant que l'assuré exerce une activité salariée ou indépendante au titre du gain intermédiaire et quel que soit son degré d'occupation, il est réputé au chômage (Secrétariat d'Etat à l'économie - SECO -, Circulaire relative à l'indemnité de chômage, janvier 2007, - ci-après: circulaire IC -, B87). 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 la perte de gain. Le taux d'indemnisation est déterminé selon l'art. 22 (art. 24 al. 1, 1 ère et 2 ème phrases, LACI). Est réputée perte de gain la différence entre le gain assuré et le gain intermédiaire, ce dernier devant être conforme, pour le travail effectué, aux usages professionnels et locaux (ibid., al. 2, 1 ère phrase). Sous le titre «conversion du gain mensuel en gain journalier», l'art. 40a OACI (ordonnance fédérale du 31 août 1983 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité; RS 837.02) dispose que le gain journalier se détermine en divisant le gain mensuel par 21,7. Lorsque l'assuré réalise un revenu inférieur à son indemnité de chômage, il a droit à des indemnités compensatoires pendant le délai cadre d'indemnisation (art. 41a al. 1 OACI). Le gain intermédiaire est calculé normalement sur le total du revenu réalisé pendant la période de contrôle. Y entrent le salaire de base, les indemnités pour jours fériés et autres éléments constitutifs du salaire auxquels l'assuré a droit, tels que 13 ème salaire, gratifications,

commissions, allocations de résidence, allocation de renchérissement, supplément pour travail de nuit, travail du dimanche, travail en équipes, service de piquet, si l'assuré touche normalement ces suppléments en raison de la nature de ses activités ou de son horaire de travail. Le 13<sup>ème</sup> salaire et les gratifications sont répartis proportionnellement sur les périodes de contrôle où l'assuré a réalisé un gain intermédiaire. Si le montant de la gratification n'est pas connu durant le rapport de travail en gain intermédiaire, la caisse répartit cette gratification, dès qu'elle en a connaissance, sur la période de référence au prorata des heures accomplies chaque mois. Cela signifie qu'elle doit recalculer les périodes de décompte et établir une décision de restitution pour autant que le montant de la restitution revêt une importance notable (circulaire IC, C125/126). Pour la détermination du gain intermédiaire, comme pour le calcul du gain assuré, on applique en règle ordinaire le principe selon lequel un revenu est réputé avoir été réalisé au moment où l'assuré a fourni la prestation de travail rémunératoire (ATF 122 V 371 consid. 5b; DTA 2003 n° 24 p. 246 consid. 2). C'est pourquoi, par exemple, les gratifications, allocations de renchérissement et primes de fidélité et de rendement doivent être imputées proportionnellement sur les autres mois de l'année pendant laquelle l'assuré a travaillé, de la même manière qu'un 13<sup>ème</sup> salaire (TFA C 179/06 du 15 novembre 2006, consid. 4; ATF 122 V 366 consid. 4d; cf. également DTA 1988 n° 15 p. 120 consid. 4). Le Tribunal fédéral des assurances a fait une exception à ce principe dans le cas d'une prime composite de l'employeur servant à la fois à compenser le renchérissement non perçu pendant plusieurs années, à remercier le travailleur pour ses services et à le dédommager pour la perte de salaire due à une réduction de son taux d'occupation. Il n'était pas possible de rattacher l'allocation à une durée d'activité déterminée, de telle sorte qu'elle devait être prise en compte pour la période durant laquelle elle avait été touchée (DTA 2003 n° 24 p. 245). Conformément au système légal, si le gain intermédiaire mensuel est inférieur à l'indemnité de chômage, l'assurance le complète par une indemnité compensatoire égale au 70% ou au 80% de la différence entre le gain intermédiaire et le gain assuré, selon la situation personnelle de l'assuré (soit 70% dans le cas du recourant). L'assuré a droit à l'indemnité compensatoire lorsqu'il réalise un revenu net inférieur à son indemnité de chômage - et non à son gain assuré - autrement dit à l'indemnité à laquelle il aurait pu prétendre s'il n'avait pas réalisé de gain intermédiaire (art. 41a al. 1 OACI). Il s'ensuit qu'une perte de gain ne dépassant pas 20 ou 30% du gain assuré n'ouvre pas un droit à l'indemnité puisqu'elle reste dans les normes du travail convenable au sens de l'art. 16 LACI (arrêt du Tribunal administratif PS.2006.0003 du 28 novembre 2006). Selon ce système, l'assuré qui bénéficie d'un gain intermédiaire touchera dans tous les cas un montant supérieur ou égal à son indemnité de chômage, ce qui lui permettra d'augmenter son revenu. Toutefois, si l'assuré exerce une activité lucrative qui lui procure un revenu correspondant au moins à celui de l'indemnité de chômage, on ne se trouve plus en présence d'un gain intermédiaire au sens de l'art. 24 LACI (ATF 121 V 353 et références citées). c) Le raisonnement du recourant ne peut être suivi. Initialement, il est vrai, il s'est annoncé comme chômeur partiel avec une occupation limitée à 60%. Dans cette situation, il n'est toutefois pas exclu qu'une perte de travail se limitant à 30% d'une occupation à plein temps, ne puisse être prise en considération, vu les art. 11 al. 1 LACI et 4 al. 1 OACI, de sorte que le recourant n'aurait pu prétendre à l'indemnité de chômage. Quoi qu'il en soit, le recourant a revendiqué par la suite une disponibilité à plein temps et c'est sur cette base qu'il a été indemnisé. Il n'y a donc pas lieu de revenir là-dessus. La rémunération du recourant se compose d'un salaire mensuel auquel s'ajoute un treizième qu'il perçoit en fin d'année. Le treizième salaire fait partie du revenu du recourant; il doit en conséquence être réparti

proportionnellement sur les périodes de contrôle où il a réalisé un gain intermédiaire. Le calcul de l'autorité intimée ne souffre par conséquent d'aucune critique. C'est à juste titre qu'à compter de l'année 2009 à tout le moins, le treizième salaire, soit 3'231 fr.90, brut, doit être mensualisé sur douze mois, soit 269 fr.35. Cette part doit être ajoutée au salaire perçu. Ainsi, le gain intermédiaire annoncé par le recourant se monte à 3'501 fr.20, brut. Or, ce montant s'avère supérieur à l'indemnité maximale à laquelle le recourant peut prétendre, soit 3'397 fr.80 (70% de 4'845 fr.). Il en résulte que le recourant ne peut plus prétendre à l'indemnité dès janvier 2009.

### **E. 3**

Du chef de ce qu précède, l'autorité intimée réclame au recourant la restitution des indemnités perçues en janvier et février 2009; celui-ci s'y oppose. a) Les 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 (art. 25 al. 1 LPGA). Le droit de demander la restitution 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. Si la créance naît d'un acte punissable pour lequel le droit pénal prévoit un délai de prescription plus long, celui-ci est déterminant (ibid., al. 2). Cette disposition est issue de la réglementation et de la jurisprudence antérieure à l'entrée en vigueur de la LPGA (ATF 130 V 319 consid. 5.2 et les références). Selon cette jurisprudence, développée à partir de l'art. 47 al. 1 LAVS (dans sa teneur en vigueur jusqu'au 31 décembre 2002) et applicable par analogie à la restitution d'indemnités indûment perçues de l'assurance chômage (cf. ATF 122 V 368 consid. 3, 110 V 179 consid. 2a, et les références), l'obligation de restituer suppose que soient remplies les conditions d'une reconsidération ou d'une révision procédurale de la décision - formelle ou non - par laquelle les prestations en cause ont été allouées (sur ces notions v. arrêts PS.2002.0076 du 8 septembre 2003 et PS 2002.0106 du 6 décembre 2002 et la jurisprudence citée; notamment à propos de l'art. 95 LACI, Edgar Imhof/Christian Zünd, ATSG und Arbeitslosenversicherung, in RSAS 2003 p. 304 ss; TFA C 11/05 du 16 août 2005, références citées). aa) La reconsidération et la révision sont désormais explicitement réglées à l'art. 53 al. 1 et 2 LPGA. A teneur de cette disposition, les décisions et les décisions sur opposition formellement passées en force sont soumises à révision si l'assuré ou l'assureur découvre subséquemment des faits nouveaux importants ou trouve des nouveaux moyens de preuve qui ne pouvaient être produits auparavant (al. 1). L'assureur peut revenir sur les décisions ou les décisions sur opposition formellement passées en force lorsqu'elles sont manifestement erronées et que leur rectification revêt une importance notable (al. 2). Cette disposition codifie 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 doute erronée et que sa rectification revête une importance notable (cf. ATF 126 V 23 consid. 4b, p. 23/24). 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 (ATF 127 V 466, consid. 2c, p. 469; 126 V 23, consid. 4b, p. 23/24). 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. 28). Le Tribunal administratif a considéré que cette condition était remplie pour un montant de 2'900 fr. (arrêt PS 2004.0200 du 28 janvier 2005 et la référence aux exemples cités par Ueli Kieser, ATSG-Kommentar, § 21 ad art. 53, p. 539). 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 rentrée en force formelle, lorsque sont découverts des faits nouveaux ou de nouveaux moyens de preuves susceptibles de conduire à une appréciation juridique différente (cf. TFA du 16 août 2005 précité, consid. 3; ATF 126 V 23 consid. 4b et les références citées). bb) Le droit de demander la restitution de prestations indûment touchées s'éteint un an après le moment où l'institution d'assurance a eu connaissance du fait, mais au plus tard cinq ans après le versement de la prestation (art. 25 al. 2, 1<sup>ère</sup> phrase, LPGA). Il s'agit là d'un délai de péremption (Kieser, op. cit., N.26 ad art. 25 LPGA; cf., pour l'ancien droit, ATF 124 V 380 consid. 1 p. 382; 122 V 270 consid. 5a p. 274; 119 V 431 consid. 3a p. 433, et les arrêts cités). Le point de départ du délai n'est pas celui de la commission de son erreur par l'administration, mais celui où elle aurait dû, dans un deuxième temps, s'en rendre compte (par exemple à l'occasion d'un contrôle), en faisant preuve de l'attention requise (ATF 124 V 380 consid. 1 p. 383; 122 V 270 consid. 5b/aa p. 275; 119 V 431 consid. 3a p. 433, et les arrêts cités; arrêt PS.2005.0027 du 20 avril 2005, consid. 2). La caisse 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 d'une personne déterminée, tenue à restitution (ATF 8C\_616/2009 du 14 décembre 2009 consid. 3.2; 111 V 14 consid. 3 p. 17). Le délai de péremption d'une année commence à courir dans tous les cas aussitôt qu'il s'avère que les prestations en question étaient indues (TFA K 70/06 du 30 juillet 2007 consid. 5.1). En effet, si l'on plaçait le moment de la connaissance du dommage à la date du versement de l'indu, cela rendrait souvent illusoire la possibilité pour une administration de réclamer le remboursement de prestations versées à tort en cas de faute de sa part (ATF 110 V 304). Dans un litige portant sur la restitution d'indemnités versées en cas de réduction de l'horaire de travail, le Tribunal fédéral des assurances a considéré que l'administration n'était pas obligée de procéder pour chaque entreprise concernée à des contrôles réguliers et systématiques, qui seraient compliqués, voire disproportionnés. On ne saurait dès lors lui reprocher de procéder seulement de manière ponctuelle ou par sondages, que ce soit en cours de période d'indemnisation, ou après coup seulement. Du point de vue de la sauvegarde du délai de péremption d'une année, l'administration n'est pas davantage tenue de vérifier de manière approfondie - au moment du dépôt du préavis ou en cours d'indemnisation - si toutes les conditions du droit à l'indemnité étaient remplies. Par conséquent, il faut considérer que le début du délai coïncide avec le moment où l'administration, par exemple à l'occasion d'un contrôle ou à réception d'informations propres à faire naître des doutes sur le bien-fondé de l'indemnisation, s'aperçoit ou aurait dû s'apercevoir que les indemnités ont été versées à tort, parce qu'une des conditions légales posées à leur octroi faisait défaut (ATF 124 V 380 consid. 2c p. 384/385). Ainsi, dans plusieurs arrêts, où une erreur de la caisse avait été découverte par le SECO, le Tribunal administratif a considéré que le point de départ du délai de péremption commençait à courir le jour où la caisse avait été informée par le SECO de son rapport de révision (arrêts PS.2007.0191 du 31 mars 2008; PS.2006.0013 du 2 juin 2006; PS.2006.0044 du 7 décembre 2006 confirmé par TFA C 15/07 du 14 mars 2007). cc) 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 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 d'un remboursement, il doit présenter

une demande de remise (cf. Rubin, op. cit., 719). 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 (cf. art. 4 al. 2 OPGA [ordonnance fédérale du 11 septembre 2002 sur la partie générale du droit des assurances sociales; RS 830.11]). b) En l'espèce, le recourant n'avait pas droit, on l'a vu, aux prestations qui lui ont été versées en janvier et février 2009. Il revendique le chômage depuis août 2008. C'est à la suite d'une mauvaise lecture des déclarations de gain intermédiaire, voire d'une ignorance du problème, que la caisse de chômage n'a pas tenu compte du treizième salaire versé en fin d'année au recourant, au lieu de répartir proportionnellement celui-ci sur l'ensemble de la période. C'est à la faveur de cette inadvertance que le recourant a perçu durant deux mois l'indemnité de chômage, alors que le gain qu'il a réalisé excluait, on l'a vu, cette possibilité. C'est seulement à l'issue d'un contrôle interne que l'erreur de la caisse de chômage à cet égard est apparue. La caisse de chômage a réagi sans tarder puisqu'elle a exigé le 1<sup>er</sup> avril 2009 la restitution des indemnités versées en janvier et février 2009. La créance de l'autorité intimée n'est donc pas périmée. Au surplus, de ce laps de temps d'un mois, l'on ne saurait déduire que la caisse aurait manifesté une quelconque prise de position au sujet de laquelle elle se serait ensuite contredite. L'on ne saurait pas davantage déduire du fait que l'autorité reste inactive, faute d'actualité d'un problème, qu'elle renonce à revenir sur une erreur qu'elle aurait commise. La loi lui imposant d'exiger la restitution des prestations indûment touchées (art. 25 al. 1 LPGA), le retard à exercer cette prétention ne supposait pas à lui seul la promesse de l'abandonner, ce d'autant que la loi prévoit, dans l'intérêt de l'assuré, des dispositions sur la prescription de telles prétentions (art. 25 al. 3 LPGA). L'on ne voit pas non plus que l'erreur qui consiste à mettre l'assuré au bénéfice du droit à l'indemnité ait conduit celui-ci, au sens de la jurisprudence rappelée plus haut, à prendre en l'occurrence des dispositions irréversibles à l'encontre de ses intérêts: le recourant n'a été contraint d'adopter aucun comportement positif particulier - sinon de satisfaire aux exigences du contrôle - ni n'a été dissuadé d'agir. Dans ces conditions, le recourant ne peut objecter - ce qu'il se garde de faire au demeurant - que la restitution des indemnités qui lui ont été servies en janvier et février 2009 contreviendrait au principe de la bonne foi n'est pas fondée. Demeurent en revanche ouvertes celle relative à sa bonne foi, de même que celle de sa situation financière, qui devront être examinées à l'occasion d'une demande ultérieure de remise de la prestation à restituer au sens des art. 25 al. 1, 2<sup>ème</sup> phrase, LPGA et 4 al. 2 OPGA.

#### **E. 4**

Les considérants qui précèdent conduisent par conséquent au rejet du recours et à la confirmation de la décision attaquée. Le présent arrêt est rendu sans frais (art. 61 let. a LPGA); au surplus, l'allocation de dépens n'entre pas en ligne de compte. Par ces motifs, le juge unique prononce : I. Le recours est rejeté. II. La décision sur opposition de la Caisse cantonale de chômage du 1<sup>er</sup> mai 2009 est confirmée. III. Le présent arrêt est rendu sans frais, ni dépens. Le juge unique : Le greffier : Du L'arrêt qui précède est notifié à : ■ M. F. \_\_\_\_\_, ■ 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). Le greffier :

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