

# VD\_FINDINFO Arrêt / 2018 / 173 vom 16. Februar 2018

VD Tribunal cantonal, 2018-02-16, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd\\_findinfo\\_Arr\\_t\\_\\_2018\\_\\_173](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_findinfo_Arr_t__2018__173)

FR: VD\_FINDINFO Arrêt / 2018 / 173 du 16 février 2018

IT: VD\_FINDINFO Arrêt / 2018 / 173 del 16 febbraio 2018

## Regeste

AC, RESTITUTION{EN GÉNÉRAL}, PRESTATION D'ASSURANCE INDUE, INDEMNITÉ DE CHÔMAGE | 24 LACI, 30 al. 1 let. e LACI, 95 al. 1 LACI, 25 al. 1 LPGA, 49 LPGA, 52 al. 1 LPGA, 53 al. 2 LPGA, 10 al. 5 OPGA

## Erwägungen

### E. 1

En vertu de l'art. 49 al. 3 de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA) les décisions indiquent les voies de droit.

#### E. 1.1

; TF C 128/2006 du 10 mai 2007 consid. 3). 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). Il s'agit là d'un délai de péremption (TF 8C\_616/2009 du 14 décembre 2009 ; cf., pour l'ancien droit, ATF 124 V 380 consid. 1, 122 V 270 consid. 5a, et 119 V 431 consid. 3a 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 comptable), en faisant preuve de l'attention requise (ATF 124 V 380 consid. 1, 122 V 270 consid. 5b/aa, 119 V 431 consid. 3a 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 111 V 14 consid. 3 ; TF 8C\_616/2009 du 14 décembre 2009 consid. 3.2). 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 (TF K 70/2006 du 30 juillet 2007 consid. 5.1). Le début de ce 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). b) Le juge des assurances sociales 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. Parmi tous les éléments de fait allégués ou envisageables, le juge doit, le cas échéant, retenir ceux qui lui paraissent les plus probables (ATF 126 V 360 consid. 5b, 125 V 195 consid. 2 et les références ; cf. ATF 130 III 324 consid. 3.2 et 3.3). Aussi n'existe-t-il pas, en droit des assurances sociales, un principe selon lequel l'administration ou le juge devrait

statuer, dans le doute, en faveur de l'assuré (ATF 126 V 322 consid. 5a). c) En l'espèce, après l'arrêt de la Haute cour, les parties ont été invitées, par le tribunal de céans, à faire part de leurs déterminations ; en particulier, la recourante n'invoque plus la violation du devoir de renseigner comme elle l'avait fait dans son recours initial. Il convient néanmoins de relever qu'en l'absence de déclaration de sa part de l'activité débutée au sein d'A. \_\_\_\_\_, le conseiller ORP, tout comme la caisse par ailleurs, n'avait pas connaissance de l'activité de la recourante durant la période litigieuse, de sorte qu'il ne saurait a posteriori se voir reprocher par cette dernière la violation d'une quelconque obligation de renseigner, notamment sur le caractère convenable de l'emploi au sens de l'assurance-chômage. Au vu de l'extrait du système de gestion de documents (ged) au dossier, c'est uniquement le 9 août 2013 que la recourante a remis à la caisse une copie de son contrat conclu avec A. \_\_\_\_\_ en février 2011 et de l'avenant à ce contrat signé le 30 juin 2011 par les co-contractants. En outre et en substance, la recourante fait valoir qu'elle n'a touché aucun revenu (ou commission) de la part d'A. \_\_\_\_\_ avant le 1<sup>er</sup> juillet 2011 et qu'elle n'a dès lors exercé aucune activité pour le compte de cette société avant le mois de juillet 2011. Elle se prévaut à cet égard de la lettre du 17 avril 2012 d'A. \_\_\_\_\_, de celle du 3 mai 2016 de N. \_\_\_\_\_ ainsi que d'extraits bancaires pour l'année 2011. Elle ne sera toutefois pas suivie dans ses explications. Il convient d'abord de constater que lors de son entretien de conseil du 15 mars 2011, l'assurée a affirmé à son conseiller ORP ne pas avoir signé de contrat alors que tel n'était en réalité pas le cas dans la mesure où la signature du premier contrat avec A. \_\_\_\_\_ date des 17 et 28 février 2011. Elle conteste en outre avoir déployé une quelconque activité pour le compte de l'entreprise A. \_\_\_\_\_ avant le 1<sup>er</sup> juillet 2011. Là aussi, la recourante ne convainc pas. Il résulte en effet indubitablement du document « formule de confirmation en vue de la poursuite du contrat d'agence en qualité d'agent exerçant son activité à titre principal » signé le 30 juin 2011 que la recourante a exercé une activité pour la société A. \_\_\_\_\_ avant cette date, donc durant la période litigieuse : elle a en effet eu des rendez-vous, en a fixé d'autres et a vendu des produits (stratégies financières personnelles). Il ressort également de cette pièce, qu'elle a signée, qu'elle a obtenu des « unités » jusqu'à la fin du séminaire BCCF. Elle a donc suivi ce séminaire contrairement à ce qu'elle allègue en procédure. Or selon les procès-verbaux d'entretien figurant au dossier, la recourante n'a jamais fait mention d'une telle activité à son conseiller ORP. De plus, lors de son entretien du 20 avril 2011, elle confirme qu'elle est engagée en fixe dès le 1<sup>er</sup> juillet 2011, ajoutant qu'elle apporterait son contrat signé lors du prochain rendez-vous. Or dans les faits, le premier contrat avec A. \_\_\_\_\_ avait déjà été conclu entre les parties les 17 et 28 février 2011 et la formule en vue de la poursuite du contrat en question n'a été signée que le 30 juin 2011. Il est ainsi établi, au degré de vraisemblance prépondérante, que la recourante a exercé une activité pour le compte d'A. \_\_\_\_\_ durant la période litigieuse, soit en l'occurrence avant le 1<sup>er</sup> juillet 2011. A cet égard, peu importe qu'elle ait reçu durant cette période des revenus de la part d'A. \_\_\_\_\_. En effet, en matière de commission ou de provision, on applique la règle selon laquelle un revenu est réputé réalisé au moment où l'assuré a fourni la prestation de travail rémunératoire (principe dit « de survenance ») et non pas au moment de l'encaissement (ATF 122 V 367 consid. 5b ; cf. également Bulletin LACI IC janvier 2018 C133). Ce principe est valable aussi bien pour la détermination du gain intermédiaire que pour le calcul du gain assuré (RUBIN, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, Zurich 2014, ad art. 24 n. 18 p. 265 et 266). L'assuré qui, à l'instar de la recourante, omet d'annoncer une activité entrant dans le champ d'application de l'art. 24

LACI (activité rémunérée ou non), est susceptible d'être sanctionné (art. 30 al. 1 let. e LACI). Il peut au surplus être condamné pour obtention frauduleuse de l'indemnité de chômage, voire escroquerie. Il sera en outre tenu de restituer les prestations versées indûment (RUBIN, op. cit., ad art. 24 n. 16 p. 265). Aussi, la caisse était-elle fondée à réclamer la restitution à la recourante d'un montant de 8'929 fr. 75 correspondant aux prestations indûment versées pour la période du 1<sup>er</sup> février au 30 juin 2011. Quand bien même le calcul n'est pas contesté en tant que tel, il sied de relever que la manière dont les décomptes d'indemnités ont été rectifiés le 14 août 2013 n'est de toute manière pas critiquable. En effet, dès qu'il existe, objectivement (et non en fonction de ce que les parties ont voulu), un contrat impliquant des droits et obligations réciproques des parties, l'activité doit être prise en compte à titre de gain intermédiaire. On applique ici la présomption de l'art. 320 al. 2 CO, selon laquelle il y a contrat de travail lorsqu'une rémunération est normalement due pour le travail fourni au regard de l'ensemble des circonstances ou des usages professionnels et locaux. En présence d'une activité non rémunérée devant être prise en compte à titre de gain intermédiaire, la caisse de chômage devra fixer, comme en l'espèce, une rémunération fictive, à hauteur du gain que l'employé aurait dû réclamer à l'employeur (art. 24 al. 3 LACI). Cela se traduira par une réduction du montant de l'indemnité de chômage (ATF 133 V 161 consid. 5.2.2 ; DTA 2000 p. 169 consid. 1c). La nature des relations unissant l'employeur et l'employé ne change rien à la pertinence de la présomption posée par l'art. 320 al. 2 CO (RUBIN, op. cit., ad art. 24 n. 19 p. 266). Le 14 août 2013, soit en l'occurrence quelques jours après qu'elle se soit aperçue à réception des informations transmises le 29 juillet 2013 par N. \_\_\_\_\_ – et qui étaient propres à faire naître des doutes sur le bienfondé de l'indemnisation – que les indemnités avaient été versées à tort, parce qu'une des conditions légales posées à leur octroi faisait défaut, la caisse a manifestement agi dans le respect des délais prévus à l'art. 25 al. 2 LPGA. Les conditions en étant remplies en l'espèce, c'est en définitive à raison que dans sa décision, l'intimée a confirmé le bien-fondé de la restitution d'un montant de 8'929 fr. 75 indûment touché par la recourante sur la période litigieuse. Quand bien même cela n'est de toute manière pas décisif pour la solution du présent différend, on observera que contrairement à ce qu'elle allègue en procédure, la recourante a bien été rémunérée par A. \_\_\_\_\_ pour son activité exercée durant la période avant le 1<sup>er</sup> juillet 2011 (cf. les décomptes de commissions [« PFS Provisionen »] versées à l'assurée pour les mois d'avril à décembre 2011 et l'extrait intitulé « Kumulativjournal Mitarbeiter Von März 2011 bis Februar 2012 », l'« Attestation de l'employeur » complétée le 13 avril 2012 par A. \_\_\_\_\_ ainsi que l'extrait des CI AVS de l'intéressée pour les années 2010 à 2012 communiqué le 16 juillet 2013 par la Caisse de compensation du canton de [...]). Dans ces conditions, la Cour de céans s'estimant suffisamment renseignée, il n'y a pas lieu de donner suite à la requête de la recourante tendant à l'audition de N. \_\_\_\_\_ par le tribunal (cf. appréciation anticipée des preuves, ATF 134 I 140 consid. 5.3, 131 I 153 consid. 3 et 130 II 425 consid. 2). d) Enfin, comme le relève à juste titre l'intimée dans sa décision, demeurent en revanche ouvertes la condition de la bonne foi de la recourante, de même que celle de sa situation financière, qui devront, le cas échéant, 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> phr., LPGA et 4 OPGA (applicables par renvoi de l'art. 95 LACI). 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. Si elle entend en faire usage, la recourante demandera donc en temps utile une remise à la

caisse.

### **E. 1.2**

Le Tribunal fédéral a eu l'occasion de préciser qu'en l'absence d'indice contraire, on ne peut exclure que l'envoi ait été adressé en courrier non prioritaire. Une lettre envoyée en courrier B aurait dû parvenir à son destinataire au plus tard le troisième jour ouvrable suivant son dépôt selon l'art. 24 de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> septembre 1967 relative à la loi sur le Service des postes.

### **E. 1.3**

En l'espèce, la décision litigieuse, datée du 14 août 2013, a été envoyée par courrier A, au plus tard le jour suivant. Elle est donc parvenue à son destinataire au plus tard le 16 août 2013 ; partant, le délai pour faire opposition arrivait à échéance le 17 septembre 2013. L'écrit de l'assurée, qui porte la date du 14 septembre 2013, a été reçu par la Caisse le 23 septembre 2013. Même en admettant que la Caisse n'a pas enregistré le document tout de suite, celui-ci est parvenu au plus tôt le 19 septembre 2013, donc au-delà du délai d'opposition. L'opposition est par conséquent tardive et donc irrecevable.

### **E. 2**

L'autorité de céans a néanmoins examiné le fond de l'opposition pour arriver à la conclusion que, même si recevable, l'opposition aurait été rejetée. En effet, il résulte des procès-verbaux d'entretien avec l'ORP que l'assurée — contrairement à ce qu'elle affirme — n'a pas transmis son contrat de travail, signé par elle en date du 17 février 2013 [recte : 2011] et par A. \_\_\_\_\_ en date du 28 février 2011, au début de son activité, ni dans les mois successifs (v. PV du 4 mai : « ... Nous apportera une copie de son contrat de travail prochainement. »). La caisse n'a par ailleurs reçu ce contrat, avec son avenant, qu'en date du 9 août 2013. L'assurée n'a donc pas donné suite à son devoir d'information et par conséquent elle ne peut pas se plaindre d'avoir reçu de mauvais renseignements. La décision de la Caisse est ainsi correcte.

### **E. 3**

Quant à la forme, en l'absence de plus amples déterminations des parties depuis l'arrêt de renvoi du 1<sup>er</sup> septembre 2015 de la Ire Cour de droit social du Tribunal fédéral, il n'existe aucun motif de s'écarter de l'arrêt de la Cour de céans du 13 juin 2014 auquel il suffit de renvoyer. L'opposition formée le 14 septembre 2013 à la décision de restitution du 14 août 2013 est donc recevable (cf. CASSO ACH 13/14 – 141/2014 consid. 3d). Cela étant précisé, sur le fond, il convient d'examiner si au vu des circonstances, la caisse intimée est fondée à demander la restitution à la recourante des indemnités de chômage versées pour la période de février à juin 2011. Cette dernière conteste en effet être tenue à restitution en se référant à la lettre du 17 avril 2012 d'A. \_\_\_\_\_ et à celle du 3 mai 2016 de N. \_\_\_\_\_ ainsi qu'à des extraits bancaires produits et requiert l'audition de N. \_\_\_\_\_, successeur d'A. \_\_\_\_\_, comme témoin. Elle soutient ne pas avoir perçu de rémunération durant les mois litigieux, alléguant que son activité n'aurait débuté qu'en juillet 2011 avec la précision qu'après la signature du contrat à la fin février 2011, A. \_\_\_\_\_ aurait renoncé à la faire suivre les formations préalables par manque de place. Elle se dit par ailleurs convaincue d'avoir informé son conseiller ORP de son intention de conclure le contrat d'agence avec A. \_\_\_\_\_. La caisse intimée estime de son côté que l'absence de rémunération perçue par l'intéressée en contrepartie de son activité déployée pour la société A. \_\_\_\_\_ de février à juin 2011 n'est pas déterminante pour l'issue du présent

litige. Elle observe que dans les IPA relatifs aux mois litigieux, la recourante a violé son devoir de renseigner et qu'il lui incombe d'en assumer les conséquences. L'intimée précise ne pas avoir pu rendre attentive l'intéressée sur le risque encouru en acceptant l'activité chez A. \_\_\_\_\_ au simple motif qu'elle n'en avait pas connaissance ; lors de ses entretiens à l'ORP au début 2011, l'assurée a uniquement signalé à son conseiller en placement un engagement auprès d'A. \_\_\_\_\_ depuis le 1<sup>er</sup> juillet 2011, sans toutefois lui faire part de son activité. Selon la caisse, le montant total de 8'929 fr. 75 réclamé en restitution est établi par des décomptes corrigés du 14 août 2013 qui en exposent le détail pour chaque mois, de février à juin 2011. a) Aux termes de l'art. 24 LACI 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 (al. 1, 1<sup>ère</sup> et 2<sup>ème</sup> phrases). Selon l'alinéa 3 de cette disposition légale, 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. Le champ d'application des règles sur le gain intermédiaire est assez large. Il comprend les activités dépendantes (y compris celles relevant de l'art. 8 OACI : DTA 1987 p. 71) et indépendantes. Il englobe également des activités non forcément rémunérées, par exemple celles qui sont exercées en vertu d'un accord ou d'un contrat impliquant des droits et des obligations réciproques. Ce n'est donc pas véritablement le gain qui délimite le champ d'application de l'art. 24 LACI, mais l'exercice d'une activité (RUBIN, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, Zurich 2014, ad art. 24 n. 18 p. 265 et 266). L'art. 25 al. 1 LPGA, auquel renvoie l'art. 95 al. 1 LACI et aux termes duquel les prestations indûment touchées doivent être restituées (1<sup>ère</sup> phrase), est issu de la réglementation et de la jurisprudence antérieures à l'entrée en vigueur de la LPGA (ATF 130 V 318 consid. 5.2 et les références). Selon cette jurisprudence, développée à partir de l'art. 47 al. 1 LAVS (loi fédérale du 20 décembre 1946 sur l'assurance-vieillesse et survivants ; RS 831.10), dans sa teneur en vigueur jusqu'au 31 décembre 2002 et applicable par analogie à la restitution d'indemnités indûment perçues dans l'assurance-chômage (cf. ATF 122 V 367 consid. 3, 110 V 176 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 par laquelle les prestations en cause ont été allouées (ATF 129 V 110 consid. 1.1, 126 V 23 consid. 4b et 122 V 19 consid. 3a). La reconsidération et la révision sont explicitement réglées à l'art. 53 LPGA, qui codifie la jurisprudence antérieure à son entrée en vigueur. Selon l'art. 53 al. 2 LPGA, l'assureur peut revenir sur les décisions formellement passées en force lorsqu'elles sont manifestement erronées et que leur rectification revêt une importance notable. Pour juger s'il est admissible de reconsidérer une décision pour le motif qu'elle est sans nul doute erronée, il faut se fonder sur les faits et la situation juridique existant au moment où cette décision a été rendue, compte tenu de la pratique en vigueur à l'époque (ATF 125 V 383 consid. 3 et les références). 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 117 V 8 consid. 2c, 115 V 308 consid. 4a/cc). Pour des motifs de sécurité juridique, l'irrégularité doit être manifeste, de manière à éviter que la reconsidération devienne un instrument autorisant sans autre limitation un nouvel examen des conditions à la base des prestations de longue durée. En particulier, les organes d'application ne sauraient procéder en tout temps à une nouvelle appréciation de la situation après un examen plus approfondi des faits. Une inexactitude

manifeste ne saurait être admise lorsque l'octroi de la prestation dépend de conditions matérielles dont l'examen suppose un pouvoir d'appréciation, quant à certains de leurs aspects ou de leurs éléments, et que la décision initiale paraît admissible compte tenu de la situation antérieure de fait et de droit. S'il subsiste des doutes raisonnables sur le caractère erroné de la décision initiale, les conditions de la reconsidération ne sont pas remplies (TF 9C\_575/2007 du 18 octobre 2007 consid. 2.2). Pour qu'une décision soit qualifiée de manifestation erronée, il ne suffit pas que l'assureur social ou le juge, en réexaminant l'une ou l'autre des conditions du droit aux prestations d'assurance, procède simplement à une appréciation différente de celle qui avait été effectuée à l'époque et qui était, en soi, soutenable. L'appréciation inexacte doit être, bien plutôt, la conséquence de l'ignorance ou de l'absence de preuves de faits essentiels (TF 9C 693/2007 du 2 juillet 2008 consid. 5.3). Ces principes sont aussi applicables lorsque les prestations ont été accordées sans avoir fait l'objet d'une décision formelle et que leur versement, néanmoins, a acquis force de chose décidée. Il y a force de chose décidée si l'assuré n'a pas, dans un délai d'examen et de réflexion convenable, manifesté son désaccord avec une certaine solution adoptée par l'administration et exprimé sa volonté de voir statuer sur ses droits dans un acte administratif susceptible de recours (ATF 129 V 110 consid.

#### **E. 4**

a) Il suit de là que le recours, mal fondé, doit être rejeté et la décision entreprise confirmée.  
b) Il n'y a pas lieu de percevoir de frais judiciaires, la procédure étant gratuite (cf. art. 61 al. a LPGA), ni d'allouer de dépens, la recourante, bien qu'assistée des services d'un mandataire professionnel pour la défense de ses intérêts, n'obtenant pas gain de cause (cf. art. 61 al. g LPGA ; art. 55 al. 1 LPA-VD). Par ces motifs, le juge unique prononce : I. Le recours déposé le 10 février 2014 par W.\_\_\_\_\_ est rejeté. II. La décision sur opposition rendue le 14 janvier 2014 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 :

Le greffier : Du L'arrêt qui précède est notifié à : ■ Centre social protestant – Vaud (pour W.\_\_\_\_\_), ■ Caisse cantonale de chômage, Division juridique, - Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO), 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.