

VD_GERICHTE ZQ12.038281 vom 15. Juli 2014

VD Tribunal cantonal, 2014-07-15, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_gerichte_ZQ12.038281

FR: VD_GERICHTE ZQ12.038281 du 15 juillet 2014

IT: VD_GERICHTE ZQ12.038281 del 15 luglio 2014

Volltext

TRIBUNAL CANTONAL ACH 143/12 - 109/2014 ZQ12.038281 CO UR DE S
ASSURANCES S OCIALES _____

Arrêt du 15 juillet 2014 _____ Présidence de Mme BRÉLAZ

BRAILLARD, juge unique Greffière : Mme Preti ***** Cause pendante entre :

D. _____, à [...], recourant, et CAISSE CANTONALE DE CHÔMAGE, DIVISION
JURIDIQUE, Division juridique, à Lausanne, intimée. _____ Art. 25 LPGA ;
24 LACI 403

- 2 - E n f a i t : A. D. _____ (ci-après : l'assuré ou le recourant) s'est inscrit à l'Office régional de placement (ci-après : l'ORP) d' [...] le 12 novembre 2008 et a sollicité l'octroi d'indemnités journalières de chômage dès le 1er janvier 2009. La Caisse cantonale de chômage, Agence de [...] (ci- après : l'agence), lui a ouvert un délai-cadre d'indemnisation courant du 1er janvier 2009 au 31 décembre 2010. Par courrier du 24 octobre 2011, l'agence a fait savoir à l'assuré qu'après un examen de son dossier, il avait été constaté qu'il aurait fait contrôler son chômage abusivement du 1er janvier au 31 juillet 2009. Pour avoir donné des indications inexactes et ainsi avoir obtenu indûment des indemnités, il s'exposait notamment à l'obligation de rembourser les prestations indûment perçues durant cette période. Un délai de dix jours lui était imparti pour communiquer ses explications. Selon les documents au dossier, l'assuré a réalisé, pour la période du 1er janvier au 31 juillet 2009, les gains intermédiaires bruts suivants (indemnité de vacances non comprise et éventuelle part au 13ème salaire incluse) : • auprès de la W. _____ (ci-après : W. _____ ; attestations de gain intermédiaire du 8 septembre 2009, attestation de l'employeur du 7 juillet 2011 et fiche de salaire d'avril 2009) : - 444 fr. 30 pour un travail effectué le 14 janvier 2009 et payé en avril 2009 (attestation de salaire de la W. _____ du 13 décembre 2011) • auprès d'Y. _____ SA (ci-après : Y. _____ SA ; attestations de gain intermédiaire du 12 juillet 2011 et fiches de salaire) : - 1'330 fr. 25 en janvier 2009

- 3 - - 443 fr. 40 en février 2009 - 443 fr. 40 en mars 2009 • auprès de l'A. _____ (attestation de l'employeur du 11 juillet 2011) : - 16'561 fr. 50 du 17 février au 31 juillet 2009 • auprès de l'C. _____ (ci-après : C. _____ ; fiche de salaire du 28 avril 2009) : - 1'237 fr. 55 en avril 2009 Par courrier du 29 octobre 2011 à l'agence, l'assuré a admis avoir commis une erreur. Il a expliqué qu'avant de s'inscrire au chômage, il officiait déjà comme expert pour les examens et travaux de diplômes ainsi que comme chargé de cours auprès de l'Y. _____ SA, de la W. _____ et de la Q. _____ et qu'il avait été particulièrement sollicité durant l'automne et l'hiver 2008, tout en étant payé pour la plupart de ces activités qu'entre janvier et avril 2009 seulement. Ainsi, avait-il effectivement assumé des heures de chargé de cours et fonctionné comme expert pour des travaux de diplômes durant cette période de chômage auprès de l'Y. _____ SA, de la Q. _____, et l'C. _____ (C. _____) à [...] ; concernant la W. _____, il avait terminé un cursus de formation

pour les ingénieurs de gestion qu'il avait commencé en automne 2008, pour un total de trente-deux périodes de cours dont quatre avaient été prodiguées la deuxième semaine de janvier 2009. Concernant son activité auprès de X. _____ (ci-après : X. _____), l'assuré a indiqué avoir été mandaté pour effectuer une étude ponctuelle et qu'il avait été payé 2'980 fr. fin juillet 2009 pour un travail effectivement commencé et terminé fin août 2009. En annexe à ce courrier, l'assuré a transmis à l'agence le tableau ci-dessous afin de la renseigner sur les montants encaissés pour les différentes prestations effectuées durant la période du 1er janvier 2009 au 31 juillet 2009 dont le total s'élevait à 10'451 fr. 45. Le tableau indiquait également les activités qui ne concernaient pas cette période.

- 4 - Qui Quoi Activité Contrat Date Montant [Paiement] A. _____ Enseignement chargé de cours fiche de paye et 27.03.2009 1'810.80 Q. _____ Gestion de projet contrat de février à juin 09 (en vacataire cours du soir et le samedi) 27.05.2009 2'112.55 fiche de paye et chargé de cours contrat de Gestion de projet vacataire février à juin 09 (en 26.06.2009 3'923.40 cours du soir et le samedi) contrat de vacataire (ne C. _____ Enseignement chargé de cours trouve plus fiche 30.04.2009 1'249.45 C. _____ Gestion de projet paye) février à juin 09 (en cours du soir et le Y. _____ SA samedi) selon contrat 11.03.2009 450.95 IUKB et fiche de Workshop [...], 9 paye périodes, délivrées le samedi 25.4.11 [recte : 14.04.2009 450.95 09] selon fiche de paye chargé de cours en management, W. _____ printemps 09 (en cours Enseignement du soir exclusivement) selon fiche de 29.04.2009 453.35 paye chargé de cours en management, printemps 09 (en cours du soir exclusivement) 10'451.45 selon contrat et Cours stratégie, décompte HEIG- session automne et VD hiver 2008 (28 périodes en 2008 et 4 début janvier 2009). Ingénieurs de gestion [...] W. _____ Total Enseignement 29.01.2009 3'093.80 A titre informatif (pas délivré pendant ma période de 14.04.2009 1'391.30 chômage) selon fiche de paye et contrat 28.04.2009 559.20 X. _____ Enseignement 27.07.2009 2'980.00 X. _____ Cours stratégie, session automne et selon contrat joint hiver 2008 (28 (1x927.55 / périodes en 2008 et 4 1x463.75) début janvier 2009, ingénieurs de gestion selon contrat joint [...] (2x250.00) [...], session automne pas de contrat 2008, expert examens

- 5 - Qui Quoi Activité Contrat Date Montant [Paiement] experts de 2 travaux de diplôme en décembre 08 commencé l'étude début août 2009 et terminé le travail en septembre 2009 Par décision du 1er novembre 2011, l'agence a demandé à l'assuré la restitution de 17'973 fr. 30. Elle a motivé sa décision en expliquant que l'assuré avait perçu la totalité de ses indemnités chômage pour la période de janvier à juillet 2009, alors qu'il était ressorti, par la suite, sur la base de plusieurs documents (notamment des extraits de compte AVS, des attestations de l'employeurs, des attestations de gain intermédiaire ainsi que de fiches de salaire) que l'assuré avait travaillé auprès des employeurs suivants : - l'A. _____ du 17 février au 31 juillet 2009, - l'C. _____ du 9 mars au 22 juin 2009, - la W. _____ du 1er janvier au 30 avril 2009, - Y. _____ SA du 1er janvier au 31 octobre 2009, et - X. _____ en juillet 2009 (activité indépendante). Par courrier recommandé du 3 novembre 2011, l'assuré a fait opposition à l'encontre de cette décision. Il a motivé sa position en se référant en particulier à son courrier du 29 octobre 2011, tout en admettant devoir restituer la somme de 10'451 fr. 45. Par décision sur opposition du 16 août 2012, la Caisse cantonale de chômage, Division juridique (ci-après : la caisse ou l'intimée) a rejeté l'opposition de l'assuré en considérant notamment ce qui suit : « (...) 3.2 En l'occurrence, la demande de restitution de l'Agence est fondée sur la découverte du gain intermédiaire réalisé par l'assuré au cours des mois de janvier à juillet 2009. Cette découverte a été

possible grâce à un contrôle effectué en

- 6 - 2011 par le SECO, organe de surveillance des caisses de chômage, dans le cadre de l'application de la loi fédérale sur le travail au noir (LTN) : il y a en effet travail au noir lorsqu'une des obligations d'annonce relative, entre autres, au droit des assurances sociales n'est pas respectée. En l'occurrence, l'assuré avait répondu par la négative à la question 1 de l'IPA [indications de la personne assurée] « Avez-vous travaillé chez un ou plusieurs employeurs ? » ainsi qu'à la question 2 « Avez-vous exercé une activité indépendante ? », et cela dans tous les IPA de janvier à juillet 2009. 3.3 Or, la différence entre les IC [indemnités de chômage] perçues par l'assuré et celles qui lui étaient dues, une fois déduit son gain intermédiaire, représente les prestations indûment touchées. En l'espèce, cela correspond : à CHF 3'348.15 pour le mois de janvier 2009, à savoir : CHF 5'721 (versés selon décompte du 29 janvier 2009), déduite la somme de CHF 2'732.85, correspondant à l'IC due pour le mois de janvier compte tenu du gain intermédiaire (GI) de CHF 4'991.35 ; à CHF 1'247 pour le mois de février 2009, à savoir : CHF 7'107.90 (versés selon décompte du 27 février 2009) — CHF 5'860.90 (correspondant à l'IC correcte, compte tenu du GI de CHF 1'704.80) ; à CHF 2'561.50 pour le mois de mars 2009, à savoir : CHF 7'955.70 (versés selon décompte du 6 avril 2009) — CHF 5'394.20 (correspondant à l'IC correcte, compte tenu du GI de CHF 3'482) ; à CHF 1'851.55 pour le mois d'avril 2009, à savoir : CHF 7'873.50 (versés selon décompte du 29 avril 2009) — CHF 6'021.95 (correspondant à l'IC correcte, compte tenu du GI de CHF 2'521.50) ; à CHF 1'744.05 pour le mois de mai 2009, à savoir : CHF 9'402.50 (versés selon décompte du 28 mai 2009) — CHF 7'658.45 (correspondant à l'IC correcte, compte tenu du GI de CHF 2'369.60) à CHF 3'410 pour le mois de juin 2009, à savoir : CHF 7'892.50 (versés selon décompte du 29 juin 2009) — CHF 4'482.50 (correspondant à l'IC correcte, compte tenu du GI de CHF 4'626.80) ; et à CHF 3'811.05 pour le mois de juillet 2009, à savoir : CHF 8'174.05 (versés selon décompte du 3 août 2009) — CHF 4'363 (correspondant à l'IC correcte, compte tenu du GI de CHF 5'182.10).

- 7 - Le montant total des prestations indues est donc de CHF 17'973.30, ce qui correspond à la somme demandée en restitution par l'Agence. 3.4 À titre complémentaire, on précise que les gains intermédiaires pris en compte en 2011 (réalisés, mais pas déclarés, en 2009) se fondent sur les extraits du compte individuel de l'assuré auprès de plusieurs caisses de compensation, au sein desquelles ses différents employeurs ont cotisé. (...) ». B. Par acte daté du 20 septembre 2012, posté en courrier recommandé le 21 du même mois, D._____ a recouru contre la décision sur opposition de la Caisse du 16 août 2012 concluant implicitement à sa réforme. Le recourant s'est expliqué préalablement sur la date du dépôt de son recours. Quant au fond, il a indiqué ne pas contester le principe de la restitution mais la quotité de la somme à restituer, soit 17'973 fr. 30, estimant devoir à l'intimée 10'404 fr. 90 pour des activités effectuées durant sa période chômage. Il explique que la différence entre ces montants résulte de versements de salaire entre janvier et juillet 2009 que la Caisse a considéré comme gain intermédiaire, alors qu'il n'avait pas effectué ces prestations de travail pendant sa période de chômage. A ce sujet, le recourant produit deux documents, à savoir : - un courrier de X._____ à l'assuré du 18 septembre 2012, dans lequel il est mentionné que le recourant a été mandaté en août 2009 pour donner une formation au [...] pour laquelle il a été rémunéré 2'980 francs. - une attestation de salaire de la W._____, dont la teneur est la suivante : « Par la présente, nous attestons que nous avons versé à Monsieur D._____, né le [...] et domicilié [...], les salaires bruts suivants :

■ CHF 2'776.20 versé fin janvier 2009 pour des heures d'enseignement effectuées du 30.10 au 18.12.2008 ■ CHF 500.- versé le 13.01.2009 pour 2 travaux de diplômes effectués le 25.11.2008 ainsi que le 11.12.2008 ■ CHF 406.80 versé fin avril 2009 pour des heures d'enseignement effectuées le 14.01.2009

- 8 - ■ CHF 1'000.- versé le 26.10.2010 pour des heures d'enseignement effectuées en mai 2010 ■ CHF 500.- versé le 7.10.2010 pour deux travaux de diplômes effectués le 7.9.2010 ■ CHF 250.- versé le 16.02.2011 pour un travail de diplôme effectué le 10.11.2010 ■ CHF 2'500 versé le 11.07.2011 pour des heures d'enseignement effectuées du 16 au 20.05.2011.» Par courrier recommandé du 27 septembre 2012, la juge instructeur a invité le recourant à produire dans le délai échéant le 5 octobre 2012 la décision contre laquelle il recourait ainsi que l'enveloppe l'ayant contenue. Par courrier recommandé du 4 octobre 2012, le recourant a produit la décision requise, sans son enveloppe qu'il a indiqué ne pas avoir conservée. Il pouvait toutefois assurer que cinq jours au moins s'étaient écoulés avant qu'il ne puisse prendre connaissance de la décision litigieuse, soit au plus tôt le 21 août 2012. Par réponse du 13 décembre 2012, l'intimée a conclu au rejet du recours et au maintien de la décision litigieuse. Elle a tout d'abord invoqué l'irrecevabilité du recours, motif pris que celui-ci avait été déposé tardivement. Elle a expliqué que la décision contestée était parvenue au recourant le jour suivant son expédition, à savoir le vendredi 17 août 2012. Selon elle, le recourant admettait lui-même dans son écrit du 20 septembre 2012 que son recours avait été déposé tardivement alors qu'il avait pris connaissance des voies de droits et des délais mentionnés explicitement dans la décision litigieuse. Le résultat était identique même si l'on admettait que le recourant n'avait pris connaissance de cette décision que le lundi 20 août, le délai pour envoyer son recours venant à échéance le 19 septembre. Sur le fond, l'intimée a confirmé intégralement sa décision du 16 août 2012, précisant notamment que le recourant n'avait jamais explicité, par un calcul précis, comment il arrivait au montant de 10'404 fr. 90 et plus précisément à quelle période exacte se référerait la somme de 7'568 fr. 40 qu'il prétendait ne pas devoir restituer. Elle a relevé qu'à son avis, le recourant n'avait pas suffisamment prouvé les faits qui fondaient sa demande de réduction du montant à restituer,

- 9 - cela en contradiction avec le devoir de collaboration des parties dans l'établissement des faits. Par courrier du même jour, l'intimée a informé la Cour de céans que le recourant avait retrouvé un nouvel emploi à compter du 1er août 2009 et que le montant de 17'973 fr. 30 réclamé n'avait pas pu être compensé, l'assuré n'ayant pas revendiqué des prestations de l'assurance-chômage depuis cette date. Par réplique du 12 janvier 2013, le recourant a maintenu n'avoir reçu la décision litigieuse que le 21 août 2012 au plus tôt, son recours étant dès lors recevable. Sur le fond, il a invoqué avoir fait parvenir au service de l'emploi les justificatifs de la W. _____ et de X. _____ renfermant les dates précises des interventions qui ne concernaient pas la période de chômage mais pour lesquelles il avait été payé durant celle-ci, soit 6'256 fr. 20 (2'776 fr. 20 et 500 fr. versés en janvier 2009 par la W. _____ concernant des activités en 2008 et son intervention auprès de X. _____ payée 2'980 fr. en juillet 2009 concernant des activités délivrées à partir d'août 2009). Le recourant a ainsi relevé que si le montant de 17'973 fr. 30 réclamé par la Caisse devait faire foi, 6'256 fr. 20 au minimum devaient en être retranchés, étant précisé pour le surplus qu'il avait déterminé et justifié la somme de 10'404 fr. 90 à restituer. E n d r o i t : 1. a) Les dispositions de la LPGA (loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales, RS 830.1) s'appliquent à la LACI (loi fédérale du 25 juin 1982 sur l'assurance- chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité, RS 837.0) selon l'art.

1 al. 1 LACI. Les décisions sur opposition rendues par les autorités compétentes en matière d'assurance-chômage sont sujettes à recours auprès du tribunal des assurances compétent, à savoir celui du lieu où l'assuré se soumet au contrôle obligatoire lorsque la cause concerne l'indemnité de chômage (art. 100 al. 3 LACI, 128 al. 1 et 119 al. 1 let. a

- 10 - OACI [ordonnance du 31 août 1983 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité, RS 837.02]). b) Selon l'art. 60 al. 1 LPGA, le recours doit être déposé dans les trente jours suivant la notification de la décision sujette à recours. Selon la jurisprudence, le fardeau de la preuve de la notification d'un acte – et de la date à laquelle cette notification a eu lieu – incombe en principe à l'autorité qui entend en tirer une conséquence juridique. Cette autorité supporte dès lors les conséquences de l'absence de preuve en ce sens que si la notification – ou sa date – sont contestées et qu'il existe effectivement un doute à ce sujet, il y a lieu de se fonder sur les déclarations du destinataire de l'envoi (ATF 129 I 8 consid. 2.2, 124 V 400 consid. 2a; TF 9C_362/2009 du 9 décembre 2009). En l'espèce, il appartenait à l'intimée d'apporter la preuve de la date de notification de la décision litigieuse. A défaut d'avoir acheminé cette décision par lettre recommandée, l'intimée n'a apporté aucune preuve quant à la date exacte de l'envoi de la décision et de sa notification. Outre, le fait que le recourant parle de « date tardive » du dépôt de son recours dans l'acte en question, cela ne signifie pas pour autant qu'il pensait l'avoir déposé hors délai. En effet, cela peut également dire qu'il pensait l'avoir déposé tardivement dans le délai de recours. Le recourant a d'ailleurs expliqué avoir reçu la décision litigieuse au plus tôt le 21 août 2012 (cf. réplique du 12 janvier 2013), de sorte que l'incertitude subsiste sur le jour exact auquel la notification a eu lieu. Il y a donc lieu de se fier aux déclarations du recourant sur le respect du délai de recours et de considérer qu'il a été interjeté en temps utile. Le recours, qui satisfait aux autres conditions de forme prévues par la loi (art. 61 let. b LPGA), est donc recevable. c) La LPA-VD (loi cantonale vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative, RSV 173.36) s'applique aux recours et contestations par voie d'action dans le domaine des assurances sociales (art. 2 al. 1 let. c LPA-VD). La Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal est compétente pour statuer (art. 93 al. 1 let. a LPA-VD). La

- 11 - valeur litigieuse étant toutefois inférieure à 30'000 fr., la présente cause relève de la compétence d'un membre de la Cour des assurances sociales, statuant comme juge unique (art. 94 al. 1 let. a LPA-VD). 2. a) En tant qu'autorité de recours contre des décisions prises par des assureurs sociaux, le juge des assurances sociales ne peut, en principe, entrer en matière – et le recourant présenter ses griefs – que sur les points tranchés par cette décision ; de surcroît, dans le cadre de l'objet du litige, le juge ne vérifie pas la validité de la décision attaquée dans son ensemble, mais se borne à examiner les aspects de cette décision que le recourant a critiqués, exception faite lorsque les points non critiqués ont des liens étroits avec la question litigieuse (ATF 131 V 164, 125 V 413 consid. 2c, 110 V 48 consid. 4a; RCC 1985 p. 53, confirmé par TF 9C_441/2008 du 10 juin 2009 consid. 2.1). b) En l'espèce, la question litigieuse est celle de savoir si la réclamation du montant de 17'973 fr. 30 demandé en restitution par l'intimée à titre de prestations perçues à tort pour la période du 1er janvier au 31 juillet 2009, est fondée. 3. a) Aux termes de l'art. 24 al. 1 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. Le taux d'indemnisation est fixé selon l'art. 22 LACI. Les revenus de plusieurs activités exercées à temps partiel sont cumulés pour l'examen de la prétention à la

compensation de la perte de gain (ATF 127 V 479). 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, 1ère phrase, LACI). L'art. 41a al. 1 OACI précise que l'assuré a droit à des indemnités compensatoires pendant le délai-cadre d'indemnisation lorsqu'il réalise un revenu inférieur à son indemnité de chômage. Le revenu provenant d'un gain intermédiaire est pris en compte dans chaque

- 12 - période de contrôle pendant laquelle la prestation de travail est fournie et non pas au moment de l'encaissement (« principe de survenance »; ATF 122 V 367 consid. 5b; cf. TF 8C_472/2010 du 21 octobre 2010 consid. 5.2, 8C_358/2007 du 26 mai 2008 consid. 5.1, avec les références citées). Il est évident que chaque assuré doit annoncer d'office à la caisse de chômage tout gain intermédiaire. b) Selon l'art. 95 al. 1 LACI, la demande de restitution est régie par l'art. 25 LPGA. L'art. 25 al. 1 LPGA, aux termes duquel les prestations indûment touchées doivent être restituées (phr. 1), est issu de la réglementation et de la jurisprudence antérieures à l'entrée en vigueur de la LPGA (cf. 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 de 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 – formelle ou non – par laquelle les prestations en cause ont été allouées (cf. ATF 129 V 110 consid. 1.1, 126 V 23 consid. 4b; voir également à propos de l'art. 95 LACI Edgar Imhof/Christian Zünd, ATSG und Arbeitslosenversicherung, in : RSAS 2003 p. 304 ss). 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 subséquentement 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 ainsi la jurisprudence antérieure à son entrée en vigueur; selon un principe général du droit des assurances sociales,

- 13 - 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). 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 (cf. ATF 127 V 466 consid. 2c, 126 V 23 consid. 4b). 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 (cf. 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 (cf. TFA C 11/05 du 16 août 2005 consid. 3; cf. ATF 126 V 23 consid. 4b et les références). 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 (cf. art. 25 al. 2 phr. 1 LPGA). Il s'agit là d'un délai de péremption (cf. 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). 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 (TF 8C_616/2009 du 14 décembre 2009 consid. 3.2; ATF 111 V 14 consid. 3). Le délai de péremption d'une année commence à courir dans tous les cas aussitôt

- 14 - qu'il s'avère que les prestations en question étaient indues (TFA K 70/2006 du 30 juillet 2007 consid. 5.1). 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 ou conteste que les conditions d'une reconsidération ou d'une révision procédurale sont réunies, il doit s'opposer à la décision de restitution dans un délai de trente jours; en revanche, s'il admet avoir perçu indûment les prestations, mais qu'il invoque sa bonne foi et les difficultés économiques qu'il rencontrerait en cas d'un remboursement, il doit présenter une demande de remise (cf. Boris Rubin, Assurance-chômage – Droit fédéral – Survol des mesures cantonales – Procédure, 2e éd., 2006, p. 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]). 4. a) En l'espèce, le recourant a été intégralement indemnisé par l'assurance-chômage pour les mois de janvier à juillet 2009 (période litigieuse). Or, pendant cette période, il a travaillé auprès des employeurs suivants : W. _____, Y. _____ SA, Q. _____ à [...] et de C. _____. Ces activités salariées ayant eu lieu durant une période de contrôle, l'intimée a pris en compte, à juste titre, les revenus réalisés en tant que gains intermédiaires au sens de l'art. 24 LACI. b) Selon toute vraisemblance, le recourant soutient, dans ses explications du 29 octobre 2011 à l'agence, que le montant total de ses gains intermédiaires pendant la période litigieuse s'élevaient à 10'451 fr. 45 (10'404 fr. 90 dans son acte de recours). L'intimée, pour sa part, retient des gains intermédiaires pour un montant global de 24'878 fr. 15. En l'espèce, ont été établis à satisfaction de droit les gains intermédiaires suivants :

- 15 - - W. _____ : 444 fr. 30 pour un travail effectué le 14 janvier 2009 et payé en avril 2009 (cf. attestation de salaire de la HEIG-VD du 13 décembre 2011) ; - Y. _____ SA : 1'330 fr. 25 en janvier 2009, 443 fr. 40 en février 2009, 443 fr. 40 en mars 2009 (cf. attestations de gain intermédiaire du 12 juillet 2011 et fiches de salaire) ; - L'Etat de Genève : 16'561 fr. 50 du 17 février au 31 juillet 2009 (cf. attestation de l'employeur du 11 juillet 2011) ; - C. _____ : 1'237 fr. 55 en avril 2009 (cf. fiche de salaire du 28 avril 2009) ; soit un total de 20'460 fr. 40 pour la période du 1er janvier au 31 juillet 2009, montant qui diffère ainsi de celui retenu dans la décision litigieuse. La prise en compte de ces gains constitue indéniablement un fait nouveau justifiant la révision des décisions d'octroi de prestations (art. 53 al. 1 LPGA) et, partant, la restitution des prestations perçues en trop (art.

25 LPGA en relation avec l'art. 95 al. 1 LACI). Du reste, le recourant ne s'oppose pas au principe de la restitution des prestations perçues en trop, reconnaissant avoir omis d'annoncer ses activités durant la période concernée. c) En revanche, le recourant soutient, avec raison, que l'intimée n'a pas à prendre en compte à titre de gain intermédiaire certains revenus issus d'activités lucratives qui n'ont pas été réalisés pendant la période litigieuse. En effet, il ressort des pièces au dossier les éléments suivants : - le recourant a réalisé des heures d'enseignement auprès de la W. _____ du 30 octobre au 18 décembre 2008 pour lesquelles il a été rémunéré 3'032 fr. 20 (indemnité de vacances non comprise et part au 13ème salaire comprise) en janvier 2009 (cf. attestation de salaire du 13

- 16 - décembre 2011 et attestation de gain intermédiaire du 8 septembre 2011) ; - la W. _____ a versé au recourant 500 fr. le 13 janvier 2009 pour deux travaux de diplôme effectués le 25 novembre 2008 et le 11 décembre 2008 (attestation de salaire du 13 décembre 2011) ; - le recourant a effectué un mandat pour la société X. _____ en août 2009, lequel lui a permis de réaliser un revenu de 2'980 fr. versé en juillet 2009. Ainsi, conformément au « principe de survenance » (le revenu provenant d'un gain intermédiaire est pris en compte dans chaque période de contrôle pendant laquelle la prestation de travail est fournie; ATF 122 V 367 consid. 5b), les montants susmentionnés ne doivent pas être retenus à titre de gain intermédiaire pendant la période litigieuse, et partant ne peuvent servir de fondement à une demande de restitution. En l'état, la Cour de céans ne peut déterminer avec certitude si les revenus cités ci-dessus ont été pris en compte ou non par l'intimée pour le calcul du montant à restituer. d) Tel que cela ressort de la réponse de l'intimée du 13 décembre 2012 l'établissement des faits tardif, rendu possible grâce au contrôle du Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO), « rend le calcul détaillé des gains effectivement réalisés par l'assuré plutôt embrouillé ». Pour déterminer le montant que le recourant doit restituer à l'intimée, il convient d'établir de façon précise pour chaque période de contrôle (chaque mois), le gain intermédiaire effectivement réalisé et l'indemnité compensatoire qu'il aurait dû percevoir compte tenu de ce gain intermédiaire. Le montant à restituer correspond à la différence entre l'indemnité de chômage réellement perçue par le recourant et l'indemnité compensatoire qu'il aurait dû recevoir. Il ne suffit donc pas de soustraire des gains intermédiaires que l'intimée aurait pris en compte à tort de la somme globale à restituer, comme le soutient le recourant. En l'état, la Cour de céans ne peut procéder à ce calcul précis, à défaut de savoir notamment quel gain par mois a réalisé le recourant auprès de la

- 17 - A. _____ à [...] (16'561 fr. 50 du 17 février au 31 juillet 2009) et si les gains intermédiaires cités au considérant 4c ont été comptabilisés ou non par l'intimée dans la décision litigieuse. En définitive, la Caisse était en droit de procéder à une révision de ses décisions d'octroi de prestations et d'exiger la restitution des montants versés à tort à l'assuré entre janvier et juillet 2009. De surcroît, la Caisse a réagi sans tarder puisqu'elle a exigé la restitution des indemnités versées cinq mois environ après avoir eu connaissance du fait nouveau. Sa créance n'est dès lors pas périmée (cf. consid. 3b/bb supra). Cependant, comme on l'a vu au considérant 4b, le montant global des gains intermédiaires retenu dans la décision litigieuse est erroné (24'878 fr. 15 au lieu de 20'460 fr. 40), de sorte que le montant faisant l'objet de la demande de restitution l'est probablement aussi. Il s'ensuit que la cause doit être renvoyée à la Caisse pour nouveau calcul des gains intermédiaires et des indemnités compensatoires et, corollairement du montant des prestations à restituer, pour les mois de janvier à juillet 2009. 5. Au vu de ce qui précède, le recours doit être admis et la

décision sur opposition rendue le 16 août 2012 par la Caisse cantonale de chômage annulée, la cause lui étant renvoyée pour nouveau calcul du montant des prestations à restituer, en prenant en compte uniquement les gains intermédiaires mentionnés au considérant 4b, à savoir ceux établis pour la période du 1er janvier au 31 juillet 2009. Il n'y a pas lieu de percevoir de frais judiciaires, la procédure étant gratuite (art. 61 let. a LPGA), ni d'allouer une indemnité à titre de dépens, le recourant ayant obtenu gain de cause sans le concours d'un avocat (art. 55 LPA-VD a contrario). Par ces motifs,

- 18 - la juge unique p r o n o n c e : I. Le recours est admis. II. La décision sur opposition rendue le 16 août 2012 par la Caisse cantonale de chômage, Division juridique, est annulée, le dossier lui étant retourné pour nouvelle décision dans le sens des considérants. III. Il n'est pas perçu de frais judiciaires, ni alloué de dépens. La juge unique : La greffière : Du L'arrêt qui précède est notifié à : - D._____, - 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 :

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