

## **VD\_GERICHTE ZQ15.048133 vom 15. Dezember 2017**

VD Tribunal cantonal, 2017-12-15, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd\\_gerichte\\_ZQ15.048133](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_gerichte_ZQ15.048133)

FR: VD\_GERICHTE ZQ15.048133 du 15 décembre 2017

IT: VD\_GERICHTE ZQ15.048133 del 15 dicembre 2017

### **Erwägungen**

#### **E. 4**

a) Dans le domaine des assurances sociales, le juge fonde sa décision, sauf dispositions contraires de la loi, sur les faits qui, faute d'être établis de manière irréfutable, apparaissent comme les plus vraisemblables, c'est-à-dire qui présentent un degré de vraisemblance prépondérante. Il ne suffit donc pas qu'un fait puisse être considéré seulement comme une hypothèse possible ; la vraisemblance prépondérante suppose que, d'un point de vue objectif, des motifs importants plaident pour l'exactitude d'une allégation, sans que d'autres possibilités ne revêtent une importance significative ou n'entrent raisonnablement en considération (cf. ATF 139 V 176 consid. 5.3 et les références citées). Il n'existe aucun principe juridique dictant à l'administration ou au juge de statuer en faveur de l'assuré en cas de doute (cf. ATF 135 V 39 consid. 6.1 et les références). b) Par ailleurs, la procédure est régie par le principe inquisitoire, selon lequel les faits pertinents de la cause doivent être constatés d'office par le juge. Ce principe n'est toutefois pas absolu et sa portée est restreinte par le devoir des parties de collaborer à l'instruction de l'affaire (cf. ATF 122 V 157 consid. 1a et 121 V 204 consid. 6c avec les références citées). Celui-ci comprend en particulier l'obligation des parties d'apporter, dans la mesure où cela peut être raisonnablement exigé

- 21 - d'elles, les preuves commandées par la nature du litige et des faits invoqués, faute de quoi elles risquent de devoir supporter les conséquences de l'absence de preuves (cf. ATF 130 I 180 consid. 3.2 et 125 V 193 consid. 2).

#### **E. 5**

En l'espèce, il est constant qu'après avoir été licencié par l'entreprise Y. \_\_\_\_\_ SA, le recourant a bénéficié d'un délai-cadre d'indemnisation du 1er novembre 2011 au 12 novembre 2012, durant lequel il a été intégralement indemnisé par l'intimée. Cette dernière lui réclame toutefois la restitution des prestations versées du 1er janvier au 12 novembre 2012, motif pris que l'intéressé aurait œuvré au sein de la société N. \_\_\_\_\_ Sàrl au cours de cette même période. a) A cet égard, les explications fournies par l'assuré comme par la société N. \_\_\_\_\_ Sàrl ont passablement varié au fil de la procédure. On notera en particulier que le recourant s'est initialement gardé de mentionner une quelconque activité pour N. \_\_\_\_\_ Sàrl. Ainsi, dans le formulaire de demande d'indemnité du 27 octobre 2011, l'assuré a certes déclaré avoir une participation financière/être membre d'un organe supérieur de décision au sein d'une autre entreprise que Y. \_\_\_\_\_ SA, mais il n'a en revanche pas désigné N. \_\_\_\_\_ Sàrl en tant qu'ancien employeur – alors même que des revenus soumis à cotisations ont été annoncés par cet employeur dès avril 2010 (cf. extrait de compte individuel du 2 mai 2016) ; on notera du reste que si le recourant prétend avoir évoqué cette activité lors de son premier entretien à l'ORP (cf. complément d'opposition du 22 juin 2015 p. 4 et mémoire de recours du

## **E. 10**

novembre 2015 p. 6), sa participation dans la société N.\_\_\_\_\_ Sàrl ne ressort guère des premiers procès-verbaux d'entretien à l'ORP (cf. procès-verbaux des 24 octobre et 3 novembre 2011) si bien que ses seuls dires sur le sujet ne peuvent être tenus pour vraisemblables. L'assuré n'a par ailleurs fait aucune référence à cette société lorsqu'il a été amené à faire contrôler son chômage par le biais des formulaires IPA complétés de novembre 2011 à novembre 2012. Plus spécifiquement, dans le formulaire

- 22 - IPA du mois de novembre 2012 rempli (le 21 novembre 2012) à une date où il avait déjà débuté son activité – le 1er ou le 15 novembre 2012, selon les versions résumées ci-dessous – auprès de N.\_\_\_\_\_ Sàrl, l'assuré a nié avoir travaillé pour un employeur ou exercé une activité indépendante durant la période contrôlée, affirmant être toujours au chômage. De même, dans sa demande d'indemnité de chômage complétée le 22 avril 2014, le recourant a indiqué n'avoir travaillé que pour Y.\_\_\_\_\_ SA au cours des deux dernières années, omettant là encore de signaler son activité pour N.\_\_\_\_\_ Sàrl. Force est donc de conclure que, dans un premier temps, le recourant a omis de mentionner ladite activité. Quant à l'entreprise N.\_\_\_\_\_ Sàrl, elle a initialement rempli une attestation de l'employeur le 22 avril 2014, faisant état d'une activité déployée par l'assuré du 1er janvier 2013 au 30 avril 2014. Ce n'est que sur injonction de la Caisse que la société a rempli, le 20 août 2014, une nouvelle attestation de l'employeur exposant que l'intéressé avait œuvré comme chef de projet du 1er novembre 2012 au 31 décembre 2012 pour un salaire mensuel brut de 6'000 fr. auquel s'était ajoutée une prime de 18'000 fr. en fin d'activité. Pour expliquer cette apparente contradiction, l'entreprise a argué le 18 septembre 2014 que la période de travail de novembre à décembre 2012 n'avait fait l'objet que d'un accord oral, alors que celle de janvier 2013 à avril 2014 avait été consignée dans un contrat écrit. Ces explications ne sont toutefois guère convaincantes compte tenu du libellé de l'attestation de l'employeur, qui se rapporte expressément à la durée du rapport de travail sans opérer de distinction (ch. 2) et qui permet en outre de spécifier le type de contrat (écrit ou oral, ch. 7). Il s'ensuit que rien n'empêchait N.\_\_\_\_\_ Sàrl, en remplissant pour la première fois l'attestation de l'employeur le 22 avril 2014, de faire clairement état de la durée globale des rapports de service tout en précisant les périodes correspondant aux différents types de contrat ou tout du moins de fournir spontanément des indications à ce propos – ce qu'elle s'est abstenue de faire. A cela s'ajoute qu'une fois confrontés à ces incohérences et aux éventuelles conséquences pour le recourant, ce dernier et N.\_\_\_\_\_

- 23 - Sàrl ont déclaré, dans des correspondances séparées mais produites conjointement le 6 octobre 2014, que la date du 1er novembre 2012 résultait d'une erreur de plume de la société, la prise d'activité ayant eu lieu le 15 novembre 2012 – soit précisément après l'échéance du premier délai-cadre d'indemnisation ouvert en faveur de l'assuré, position que celui-ci a maintenue au stade de l'opposition (cf. complément d'opposition du 22 juin 2015 p. 2). Or, un tel revirement à ce stade de la procédure ne peut qu'être sujet à caution. On relèvera enfin que, devant la Cour de céans, le recourant est encore une fois revenu sur ses propos en se prévalant d'une prise d'emploi pour N.\_\_\_\_\_ Sàrl dès le mois de novembre 2012 (cf. mémoire de recours du 10 novembre 2012 spéc. p. 6, réplique du 12 février 2016 spéc. p. 3 et déterminations du 9 septembre 2016 p. 1), et non plus dès le

## **E. 15**

novembre. Compte tenu de l'ensemble de ces contradictions, la crédibilité des dires du recourant comme de la société N.\_\_\_\_\_ Sàrl doit être fortement nuancée. b) A cela

s'ajoute que les deux décomptes de salaire produits pour les mois de novembre et décembre 2012 ne permettent en rien de conclure à une activité circonscrite exclusivement à ces deux mois-là en 2012. En effet, force est de constater que ces documents contiennent la mention suivante : « Virement sur compte : [...] ». Or, bien qu'interpellé par la Caisse, le recourant n'a jamais produit d'extrait de ce compte bancaire pour l'année 2012 – ce qui aurait permis, à supposer que les affirmations d'A.A. \_\_\_\_\_ fussent exactes, de constater une entrée de salaire uniquement à la fin du mois de novembre 2012, respectivement de décembre 2012, et donc de corroborer la version du prénommé. Quant à la prime de 18'000 fr. dont aurait bénéficié l'assuré, celle-ci aurait été versée « au comptant » selon les dires de l'employeur (cf. lettre du 18 septembre 2014). Certes, le recourant a soutenu que cette prime se justifiait au vu des contrats lucratifs négociés pour son ancien

- 24 - employeur. Il apparaît néanmoins peu vraisemblable que l'intéressé ait touché une prime de 18'000 fr. pour un mois et demi de travail, voire deux mois selon les différentes versions (cf. consid. 5a supra). Par ailleurs, le recourant n'a jamais expliqué à quelle date, cas échéant de quelle manière (virement bancaire, paiement de mains à mains), cette prime aurait été versée. Enfin, on notera que sur les quatre contrats produits avec le recours du 10 novembre 2015, trois (des 22 novembre, 7 décembre et 10 décembre 2012) sont établis au nom de « M. [...] », ce qui pourrait tout aussi bien désigner B.A. \_\_\_\_\_, frère du recourant ; quant au seul contrat portant le nom d'A.A. \_\_\_\_\_, il n'est pas daté mais se réfère uniquement à une offre de sous-traitance remontant au 4 décembre 2012 – soit une période extrinsèque au présent litige – et ne comporte aucune autre indication permettant d'en déduire que des pourparlers concrets auraient été menés en amont. La circonspection est en outre de mise s'agissant du certificat de salaire produit le 10 novembre 2015 faisant état d'une rémunération globale de 30'000 fr. pour la période du 15 novembre au 31 décembre 2012, puisqu'il est daté du 20 mai 2015, soit une date postérieure à la décision de restitution rendue le 23 avril 2015. On ne peut donc exclure qu'il ait été établi pour les besoins de la cause. c) Sur le plan fiscal, on relèvera que N. \_\_\_\_\_ Sàrl n'a pas produit de listes récapitulatives de l'impôt à la source retenu pour l'année 2012, mais uniquement pour les années 2013 et 2014. S'agissant de l'année 2012, la société s'est contentée de transmettre à l'intimée une liste corrective, datée du 25 octobre 2014 – soit après avoir été interpellée par la Caisse s'agissant des revenus perçus par le recourant en 2012. Il ressort de ce dernier document qu'A.A. \_\_\_\_\_ aurait touché un salaire de 12'000 fr. bruts le 15 novembre 2012, ainsi qu'une prime de 18'000 fr. brute le 15 décembre 2012. Toutefois, il résulte de la décision de taxation pour l'année 2012, datée du 21 novembre 2014, que N. \_\_\_\_\_ Sàrl n'avait initialement déclaré aucun impôt à la source concernant le recourant pour la période du 1er octobre 2012 au 31 décembre 2012 ; ce n'est que dans un deuxième temps, au moyen de la liste corrective

- 25 - susdite, que l'entreprise a déclaré les montants prétendument retenus sur les revenus de l'assuré perçus en 2012. En tant que les pièces fiscales au dossier portant sur l'année 2012 ont été établies après coup, on ne peut donc y voir d'indice probant quant à un engagement de l'assuré auprès de N. \_\_\_\_\_ Sàrl limité aux mois de novembre et décembre 2012. d) De surcroît, les documents produits par l'assuré et la société N. \_\_\_\_\_ Sàrl doivent être examinés avec une certaine prudence, au vu des liens étroits existant entre le recourant et son ancien employeur. Il convient en effet de garder à l'esprit que le recourant a été associé gérant président de la société N. \_\_\_\_\_ Sàrl entre le 28 janvier 2010 et le 7 novembre 2013, et qu'il l'est à nouveau depuis le 17 mars 2015. En

outre, le second associé gérant de la société, B.A. \_\_\_\_\_, n'est autre que son frère. Dans une telle constellation, le risque que l'employeur fournisse des certificats de complaisance ne peut dès lors pas être exclu. e) Finalement, les extraits de compte individuel obtenus auprès de la Caisse de compensation G. \_\_\_\_\_ font mention d'un revenu soumis à cotisations de 30'000 fr. pour la période allant de janvier à décembre 2012 (cf. extraits de compte individuel des 28 mai 2014, 11 décembre 2014 et 2 mai 2016). Or, si l'intimée n'a pas manqué d'intégrer cet élément à son appréciation, le recourant a de son côté initialement fait valoir qu'il s'agissait là d'une erreur de plume (cf. réplique du 12 février 2016 p. 3), avant de soutenir que cette inscription ne faisait que constater la qualité de gérant inscrite au Registre du commerce et ne signifiait aucunement qu'une activité salariée pouvant faire échec au droit aux indemnités de chômage avait été exercée (cf. déterminations du 9 septembre 2016 p. 2). A cet égard, force est de souligner qu'en cas d'erreur de plume, il incombait au recourant d'intervenir auprès de la caisse compétente afin de faire rectifier l'inscription erronée. La réglementation en la matière prévoit en effet que tout assuré a le droit d'exiger de chaque caisse de compensation qui tient pour lui un compte individuel un extrait des inscriptions faites, portant des indications relatives aux employeurs

- 26 - (cf. art. 141 al. 1 phr. 1 RAVS [règlement sur l'assurance-vieillesse et survivants ; RS 831.101]), et que l'assuré peut, dans les trente jours suivant la remise de l'extrait de compte, exiger de la caisse de compensation la rectification de l'inscription, la caisse de compensation se prononçant dans la forme d'une décision (cf. art. 141 al. 2 RAVS). La procédure de rectification au sens de l'art. 141 al. 2 RAVS doit se limiter à la rectification d'erreurs d'écriture ou d'inscription (cf. ATF 138 V 463 consid. 3 ; cf. TF H 97/06 du 15 mai 2007 consid. 3.2 in fine, non publié à l'ATF 133 V 346 ; cf. RCC 1991 p. 388 consid. 2a). Or, au cas d'espèce, si le recourant a bien soutenu avoir « récemment » demandé la rectification de l'inscription en cause afin que ne soit mentionnée qu'une période d'activité allant de novembre à décembre 2012 (cf. réplique du 12 février 2016 p. 3), il s'avère néanmoins qu'au final le compte individuel de l'assuré n'a pas été corrigé (comme en atteste l'extrait établi le 2 mai 2016 par la Caisse de compensation G. \_\_\_\_\_) et que l'intéressé n'a pas davantage produit de décision portant sur ladite demande de rectification (cf. art. 141 al. 2 RAVS). Certes, le recourant a tenté d'expliquer cette carence en faisant valoir que, selon la caisse susmentionnée, l'extrait du compte individuel était supposé refléter le Registre du commerce. Il n'a toutefois produit aucune pièce susceptible d'étayer de telles assertions. Seule a été versée en cause la copie d'un courriel rédigé le 2 septembre 2016, indiquant que l'assuré avait été enregistré dans les fichiers de la Fédération G. \_\_\_\_\_ en qualité de gérant de N. \_\_\_\_\_ Sàrl du 1er avril 2010 au 7 novembre 2013 et à nouveau depuis le 17 mars 2015. Ce courriel n'est toutefois d'aucun secours à l'assuré, dans la mesure où le fait qu'il soit annoncé comme gérant de sa société auprès de la Fédération G. \_\_\_\_\_ ne peut être directement mis en lien avec les revenus d'activité salariée portés sur le compte individuel tenu par la Caisse de compensation G. \_\_\_\_\_. En outre, force est de constater que des revenus soumis à cotisations ont été annoncés dès le mois d'avril 2010 (cf. extrait de compte individuel du 2 mai 2016), alors même que la première inscription de l'assuré au Registre du commerce date du 28 janvier 2010 – ce qui contredit en soi les explications rapportées par le recourant.

- 27 - Dans ces conditions, force est d'admettre que l'inscription d'un revenu soumis à cotisations de 30'000 fr. en 2012 telle que portée au compte individuel du recourant, et non

circonscrite aux mois de novembre à décembre 2012, constitue un indice supplémentaire incitant la Cour de céans à abonder dans le sens de l'intimée pour conclure à une activité salariée exercée en 2012 – singulièrement de janvier à novembre 2012 – alors même que l'intéressé percevait des indemnités de chômage. On observera encore, par surabondance, que le compte individuel de l'assuré (cf. extraits du 28 mai 2014 et du 2 mai 2016) fait notamment état d'un revenu soumis à cotisations versé par N.\_\_\_\_\_ Sàrl de janvier à décembre 2011. Or, l'intéressé a perçu des indemnités journalières de l'assurance-chômage en novembre et décembre 2011 (cf. let. A supra). Pour autant, on renoncera à réformer la décision attaquée au détriment du recourant. De fait, si la loi permet à l'autorité de recours de procéder à une reformatio in pejus (cf. art. 61 let. d LPGA ; cf. art. 89 al. 2 LPA-VD), il s'agit là d'une simple faculté (cf. ATF 119 V 241 consid. 5). L'autorité de recours dispose à cet égard d'un certain pouvoir d'appréciation dont l'exercice doit tenir compte de l'intérêt public au respect du droit objectif et du principe de la proportionnalité (cf. Benoît Bovay/Thibault Blanchard/Clémence Grisel Rapin, Procédure administrative vaudoise, LPA-VD annotée, Bâle 2012, n°4.1 ad art. 89 LPA- VD p. 409). En l'occurrence, au regard des intérêts présence – et plus précisément de la période de deux mois considérée – ainsi que du principe de proportionnalité qui canalisent le pouvoir d'appréciation de la Cour, il n'y a pas lieu de faire usage d'une telle faculté. f) Tout au plus émettra-t-on certains doutes quant à l'application par analogie des principes développés en matière de perception effective d'un salaire (cf. décision sur opposition du 12 octobre 2015 p. 8 s.). En effet, il s'agit là d'une problématique ayant trait au calcul de la période de cotisation (cf. art. 13 LACI), dont on peine à voir le lien avec la restitution d'indemnités journalières indûment versées. Ce point sera néanmoins laissé indécis compte tenu de l'ensemble des indices

- 28 - évoqués plus haut (cf. consid. 5a à e supra) plaidant quoi qu'il en soit dans le sens d'un gain réalisé à l'insu de la CCH durant la période litigieuse. g) Au regard de l'ensemble des éléments qui précèdent, on ne peut que conclure, au degré de la vraisemblance prépondérante, à l'exercice d'une activité salariée pour N.\_\_\_\_\_ Sàrl durant toute l'année 2012, pour une rémunération de 30'000 fr., et non pas uniquement pendant les mois de novembre et décembre 2012. Partant, l'assuré ayant été intégralement indemnisé du 1er janvier au 12 novembre 2012 alors même qu'il réalisait des gains intermédiaires à l'insu de l'assurance- chômage, l'intimée était en droit de revenir sur ses décisions d'octroi de prestations et d'exiger la restitution des montants indûment perçus par l'intéressé pour la période susdite. La créance de la Caisse n'était de surcroît pas éteinte lorsqu'est intervenue la demande de restitution. De fait, une fois alertée sur l'activité que le recourant était susceptible d'avoir exercée au cours de sa période d'indemnisation et en particulier après réception d'un extrait de compte individuel du 28 mai 2014 faisant état d'un salaire versé par la société N.\_\_\_\_\_ Sàrl en 2012, l'intimée a procédé dès juillet 2014 aux investigations nécessaires et requis la restitution des montants versés à tort le 23 avril 2015, soit dans le respect des délais légaux prévus à l'art. 25 al. 2 LPGA (cf. consid. 3b supra). Du reste, le recourant n'en disconvient pas. Il convient par conséquent de confirmer la demande de restitution dans son principe. 6. Tel ne peut toutefois pas être le cas s'agissant de la somme réclamée par l'intimée. En effet, après avoir considéré que l'assuré avait réalisé un revenu de 30'000 fr. de janvier à décembre 2012 et qu'il avait ainsi perçu indûment des indemnités de chômage du 1er janvier au 12 novembre 2012, la Caisse s'est gardée de déterminer plus avant le montant du gain

- 29 - intermédiaire (cf. art. 24 al. 1 et 3 LACI) réalisé par le recourant et, partant, d'arrêter le montant de l'indemnité compensatoire (cf. art. 41a al. 1 OACI) dont aurait ensuite pu être déduit le montant soumis à restitution pour les mois concernés. Les différents décomptes produits – en particulier l'envoi du 17 août 2017 – montrent que la CCH s'est uniquement contentée, pour chaque période soumise à restitution, de réclamer l'entier des indemnités versées, sans autre considération. Si le recourant a certes proposé une méthode de calcul consistant à se fonder sur un gain intermédiaire brut de 27'500 fr. (30'000 fr. / 12 x 11) correspondant à un montant net de 23'311 fr. 75 (cf. mémoire de recours du 10 novembre 2015 p. 15), il reste qu'une telle manière de faire ne tient pas compte des règles spécifiques attachées au calcul du gain intermédiaire (cf. en particulier art. 24 al. 3 phr. 1 LACI et consid. 3a supra). Dès lors que ces questions ont jusqu'ici été passées sous silence par l'intimée, la Cour ne saurait se prononcer à ce stade sur le sujet, sauf à priver l'assuré de la garantie de la double instance. La cause sera donc renvoyée sur ce plan à l'intimée pour complément d'instruction et nouvelle décision. 7. Par surabondance, on notera enfin que la Caisse a compensé une partie du montant réclamé – soit 17'352 fr. 90 – sur les prestations allouées à l'assuré de septembre à décembre 2014 (cf. décision sur opposition du 12 octobre 2015 p. 10 et décomptes d'indemnités journalières de septembre à décembre 2014 produits le 24 février 2017). A ce sujet, il faut toutefois souligner que l'extinction de la créance en restitution par voie de compensation (cf. art. 94 LACI) ne peut intervenir qu'une fois qu'il a été statué définitivement sur la restitution et une éventuelle demande de remise de l'obligation de restituer. L'opposition et le recours formés contre une décision en matière de restitution ont un effet suspensif, qui fait obstacle à une exécution immédiate (cf. TF 8C\_130/2008 du 11 juillet 2008 consid. 3.2 ; cf. DTA 1990 p. 13 consid. 1) – exception faite lorsque des prestations déjà versées sont remplacées par d'autres prestations, dues à un autre titre, et que la compensation entre ces prestations intervient conformément au principe de la concordance

- 30 - temporelle (cf. Rubin, op. cit., n. 4, 7 et 13 ad art. 94 LACI p. 604 ss). Cela étant, dans la mesure où la décision sur opposition attaquée n'est pas définitive, puisqu'elle fait l'objet de la procédure dont est saisie la Cour de céans, la compensation opérée par l'intimée sur les prestations dues entre septembre et décembre 2014 paraît ainsi largement sujette à caution. Cette question peut toutefois rester ouverte dès lors qu'elle ne fait pas l'objet du présent litige (cf. consid. 2b supra). 8. a) En définitive, le recours doit être partiellement admis et la décision attaquée annulée, la cause étant renvoyée à l'intimée pour instruction complémentaire dans le sens des considérants, puis nouvelle décision. b) La procédure étant gratuite, il n'y a pas lieu de percevoir de frais judiciaires (cf. art. 61 let. a LPGA). Le recourant, qui obtient partiellement gain de cause avec l'assistance d'un mandataire professionnel, a droit à des dépens qu'il convient, compte tenu de l'importance et de la complexité du litige, de fixer à 1'000 fr. à la charge de l'intimée (cf. art. 61 let. g LPGA et 55 LPA- VD).

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