

## VD\_GERICHTE ZQ17.047415 vom 2. April 2019

VD Tribunal cantonal, 2019-04-02, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd\\_gerichte\\_ZQ17.047415](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_gerichte_ZQ17.047415)

FR: VD\_GERICHTE ZQ17.047415 du 2 avril 2019

IT: VD\_GERICHTE ZQ17.047415 del 2 aprile 2019

### Erwägungen

#### E. 4

a) En l'occurrence, l'intimée a reconsidéré les prestations allouées pour les mois de janvier 2015, de novembre 2015 à décembre 2016 et de mai 2017, au motif que celles-ci avaient à tort été calculées sans tenir compte des gains réalisés auprès de la société F.\_\_\_\_\_, lesquels auraient dû entrer en ligne de compte dans ce calcul au titre de gains intermédiaires. De son côté, la recourante soutient que c'est à juste titre que la Caisse a initialement procédé au calcul des indemnités de chômage qui lui étaient dues sans tenir compte des revenus précités, dès lors qu'il s'agissait d'une activité accessoire. Se pose ainsi singulièrement la question de savoir si le revenu réalisé par la recourante auprès de F.\_\_\_\_\_ constitue un gain intermédiaire au sens de l'art. 24 LACI, ou au contraire un gain accessoire selon l'art. 23 a. 3 LACI, le calcul du montant de l'indemnisation s'opérant différemment selon la qualification des revenus concernés. b) 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 tel gain a droit à la compensation de la perte de gain (art. 24 al. 1, première et deuxième phrase, LACI). Est considérée 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 ; les gains accessoires ne sont pas pris en considération (art. 24 al. 3 LACI). c) Est réputé accessoire tout gain que l'assuré retire d'une activité dépendante exercée en dehors de la durée normale de son travail ou d'une activité qui sort du cadre ordinaire d'une activité lucrative indépendante ; il n'est pas assuré dans le cadre de l'assurance-chômage

- 12 - (art. 23 al. 3 LACI). La notion d'accessoire du gain doit être comprise par rapport à celui provenant d'une activité principale. Comme tel et parce qu'il n'est pas soumis à cotisation et qu'il n'entre pas dans le calcul des indemnités de chômage, ce gain ne peut demeurer que dans un rapport de proportion faible avec le revenu de l'activité principale. A défaut de quoi, si ce gain venait régulièrement à se rapprocher ou dépasser le gain principal, l'activité ne pourrait plus être accessoire et le gain ne le serait pas davantage. C'est pourquoi une augmentation sensible du gain accessoire doit être considérée comme un gain intermédiaire et être prise en compte dans cette mesure dans le calcul de l'indemnité de chômage (ATF 123 V 320 consid. 3c ; DTA 2014 p. 215, 8C\_265/2014, consid. 2 ; DTA 2008 p. 154, C 252/06, consid. 3.3.1). Le fait qu'une activité soit de faible ampleur durant le délai-cadre de cotisation ne suffit pas à en faire une activité accessoire. Il faut encore qu'il y ait en parallèle une activité principale exercée dans le cadre d'un contrat de travail (DTA 2008 p. 154 ; Boris Rubin op. cit., no 9 ad art. 23, p. 248). Les gains accessoires visés par l'art. 24 al. 3 LACI, 2e phrase, sont ceux qui se rapportent à l'activité accessoire qui perdure après la perte de l'activité principale marquant la survenance du chômage et l'ouverture du délai-cadre d'indemnisation. Les caractéristiques de l'activité accessoire qui perdure après

le délai-cadre de cotisation changent dès le début du délai-cadre d'indemnisation. L'activité accessoire au sens de l'art. 24 al. 3 LACI n'a plus rien d'« accessoire », l'activité principale ayant été perdue. La loi a néanmoins maintenu cette notion de gain accessoire, probablement pour signaler qu'il est question de la même activité. Un gain accessoire au sens de l'art. 24 al. 3 LACI, 2e phrase, ne peut être considéré comme tel que si une source principale de revenu existait en parallèle, durant le délai-cadre de cotisation, et que l'activité « accessoire » perdure après l'ouverture du délai-cadre d'indemnisation consécutive à la perte de l'activité principale (DTA 2008 p. 154 ; Boris Rubin, op. cit, no 39 ad art. 24, p. 271). Un gain accessoire réalisé durant le délai-cadre de cotisation, qui subsiste durant le délai-cadre d'indemnisation ouvert à la suite de la perte de l'activité principale,

- 13 - ne devient pas un gain intermédiaire, mais conserve sa qualification de gain accessoire (Boris Rubin, op. cit., no 9 ad art. 23, p. 248). e) En l'occurrence, dans le cadre de l'activité litigieuse, la recourante est en charge de la conciergerie de l'immeuble dans lequel elle habite, à [...]. Elle a débuté cette activité en août 2012, soit plus de deux ans avant la perte de son emploi auprès de H. \_\_\_\_\_ au 31 décembre 2014, qui l'a conduite à déposer une demande de prestations de l'assurance-chômage dès le 1er janvier 2015. Il ressort des éléments au dossier que l'assurée déploie habituellement une activité de bureau. Ainsi, elle a travaillé comme adjointe administrative auprès de H. \_\_\_\_\_ et C. \_\_\_\_\_, et comme assistante administrative pour le compte de I. \_\_\_\_\_. Elle s'est d'ailleurs perfectionnée dans ce domaine en suivant une formation d'assistante en RH auprès de la D. \_\_\_\_\_ de 4 septembre 2012 au 12 mars 2013, validée par un certificat délivré le 12 avril 2013. Compte tenu de la nature administrative de ces emplois, l'activité de conciergerie, déployée le samedi matin à raison de 3 à 3,5 heures par semaine, avait lieu en dehors de la durée normale de son travail. En outre, le revenu mensuel brut obtenu par la recourante pour son activité de concierge, de 433 fr. 30, était en rapport de proportion faible avec le revenu de l'activité principale d'adjointe administrative, de 1'100 francs. C'est au demeurant à tort que l'intimée soutient que l'activité de conciergerie litigieuse faisait partie du pourcentage de recherche d'emploi pour lequel l'assurée était inscrite au chômage. Aucun élément au dossier ne permet en effet de conclure, au degré de la vraisemblance prépondérante (ATF 130 III 321 consid. 3.2 et 3.3, 126 V 353 consid. 5b), que l'assurée entendait limiter son taux d'activité total à 50%, y compris les 3 heures hebdomadaires de conciergerie. D'une part en effet, on constatera que dans le cadre de son activité auprès de C. \_\_\_\_\_, elle a déployé régulièrement chaque mois des heures supplémentaires parfois en nombre important, pour des salaires compris entre 147 fr. 70 et 812 fr. 35. La Caisse a d'ailleurs considéré qu'il s'agissait-là finalement de l'horaire normal de l'assurée, compte tenu de la régularité des heures dépassant le taux de 40% figurant au contrat, puisqu'elle a inclus le revenu des heures « supplémentaires » dans le calcul du gain assuré (cf.

- 14 - fiche de calcul du 7 décembre 2015). D'autre part, il ressort du formulaire de recherches d'emploi relatif au mois d'octobre 2017 que l'assurée a offert ses services à onze reprises, dont dix concernaient des postes d'assistante administrative (assistante RH, assistante de direction, assistante comptable). Cinq de ces dix postulations concernaient des emplois à un taux supérieur à 50% (60%, 70% et 100%), les autres ne contenant pas de précision s'agissant du taux d'occupation. L'intimée n'était donc pas fondée à conclure que l'assurée n'était disposée à travailler qu'au maximum à 50%, conciergerie comprise. Ces éléments plaident au contraire en faveur d'une disponibilité de l'assurée de minimum 50%

pour l'activité recherchée dans son domaine d'activité, les heures de conciergerie n'empiétant pas sur sa disponibilité et étant effectuées en dehors de son horaire normal. Au vu de ces éléments, il sied de retenir que l'activité de conciergerie exercée par la recourante pour le compte de F. \_\_\_\_\_ depuis août 2012 était une activité accessoire au moment de la demande d'indemnités de chômage au 1er janvier 2015 et qu'elle a conservé cette nature tout au long de la période litigieuse.

#### **E. 5**

a) Dès lors que l'activité de conciergerie exercée par l'assurée doit être qualifiée d'activité accessoire, la caisse n'était pas fondée à reconsidérer les indemnités allouées entre janvier 2015 et mai 2017, au motif que les revenus retirés de cette activité n'auraient à tort pas été pris en compte en tant que gains intermédiaires. Les modalités initiales de calcul de la Caisse, faisant abstraction des revenus litigieux, ne découlaient pas d'une constatation erronée des faits déterminants et/ou d'une violation des normes juridiques applicables. En tous les cas n'étaient-elles pas manifestement erronées au sens où l'entend la jurisprudence et elles ne pouvaient conduire à une reconsidération. b) En revanche, du fait du caractère accessoire de l'activité de conciergerie, une partie des indemnités de chômage allouées durant la période concernées par la décision entreprise (de janvier 2015 à mai 2017) étaient néanmoins manifestement erronées, à un autre titre, ce qui

- 15 - justifiait une reconsidération. En effet, outre le fait que le revenu d'une activité accessoire ne doit pas être pris au titre de gain intermédiaire dans le calcul de l'indemnité due chaque mois, il ne doit pas non plus être pris en compte dans le calcul du gain assuré et ne constitue pas une période de cotisation au sens de l'art. 13 LACI (cf. 123 V 320 consid. 3c ; Bulletin SECO [Secrétariat d'Etat à l'économie] LACI relatif à l'indemnité de chômage [IC], C10). aa) Dès lors, au moment de sa demande d'indemnités du 11 novembre 2014 sollicitant des prestations dès le 1er janvier 2015, l'assurée ne pouvait justifier que de neuf mois de cotisation au cours de son délai-cadre de cotisation de deux ans (art. 9 al. 1 et 3 LACI), réalisés auprès de H. \_\_\_\_\_. Elle ne remplissait donc pas les conditions relatives à la période de cotisation au sens de l'art. 13 al. 1 LACI, selon lequel un assuré doit avoir cotisé minimum douze mois dans les deux ans précédant la date à laquelle il revendique des indemnités. A teneur de l'art. 14 al. 1 let. a LACI, dans sa teneur en vigueur jusqu'au 31 décembre 2016, peut être libéré des conditions relatives à la période de cotisation l'assuré qui, durant son délai-cadre de cotisation et pendant plus de douze mois, n'a pas pu remplir les conditions relatives à la période de cotisation au motif qu'il suivait une formation scolaire, une reconversion ou un perfectionnement professionnel. Dans sa demande d'indemnité du 11 novembre 2014, l'assurée a indiqué qu'elle avait suivi une formation d'assistante RH auprès de la D. \_\_\_\_\_ du 4 septembre 2012 au 12 mars 2014. Il s'agit cependant vraisemblablement d'une erreur de plume, dans la mesure où la D. \_\_\_\_\_ a délivré à l'assurée son certificat d'assistance en gestion du personnel le 12 avril 2013 et que le 1er mai 2013, elle a établi une attestation de formation couvrant la période du 4 septembre 2012 au 12 mars 2013. On peut donc retenir comme établi au degré de la vraisemblance prépondérante que la formation suivie par l'assurée s'est étendue du 4 septembre 2012 au 12 mars 2013. Ainsi, compte tenu du fait que cette formation n'a pas duré plus de douze mois, et qu'elle a de surcroît eu lieu en soirée, elle ne permet pas à l'assurée d'être libérée des conditions relatives à la période de cotisation. Cela étant, la recourante ne remplissant pas les conditions relatives à la période de cotisation en sens

- 16 - de l'art. 13 LACI et ne pouvant pas en être libérée sur la base de l'art. 14 LACI, elle n'aurait pas dû être mise au bénéfice d'un délai-cadre d'indemnisation dès le 1er janvier 2015. bb) De ce constat découle tout d'abord la conséquence qu'en l'absence d'un délai-cadre d'indemnisation valable dès le 1er janvier 2015, les indemnités de chômage versées pour le mois de janvier 2015, par 1'121 fr. 45, l'ont été indûment. Ensuite, lorsque l'assurée a sollicité la reprise de son indemnisation, au 1er novembre 2015, après avoir perdu son emploi auprès de C. \_\_\_\_\_, la Caisse ne pouvait pas reprendre l'indemnisation au sein du délai-cadre d'indemnisation ouvert au 1er janvier 2015 encore en cours, puisque celui-ci n'aurait pas dû être ouvert. Il convenait au contraire d'examiner si les conditions permettant l'ouverture d'un droit au 1er novembre 2015 étaient réalisées, ce qui était le cas en l'espèce, puisque durant le délai-cadre de cotisation courant du 1er novembre 2013 au 31 octobre 2015, la recourante avait déployé un peu plus de dix mois d'activité auprès de H. \_\_\_\_\_, et neuf mois d'activité auprès de C. \_\_\_\_\_. Totalisant plus de douze mois de cotisation, elle avait donc droit à l'ouverture d'un premier délai-cadre d'indemnisation du 1er novembre 2015 au 31 octobre 2017. Dès lors que l'intimée avait procédé à un nouveau calcul du gain assuré sur la base de l'art. 37 al. 4 let. a OACI, fondé sur les salaires réalisés auprès de C. \_\_\_\_\_, et que c'est au même calcul qu'elle aurait dû procéder dans le cadre de l'examen de l'ouverture d'un délai-cadre d'indemnisation au 1er novembre 2015, il n'y a pas lieu de s'écarter du gain assuré de 3'182 fr. retenu par la Caisse. Cela étant, les indemnités telles qu' initialement calculées par l'intimée de novembre 2015 à décembre 2016, prenant au titre de gain intermédiaire le seul revenu réalisé dès juin 2016 auprès I. \_\_\_\_\_, à l'exclusion du gain accessoire de conciergerie, n'étaient pas sujettes à critique. Elles n'étaient ni fondées sur une constatation erronée des faits déterminants ni sur une violation des normes juridiques applicables, de sorte qu'elles ne pouvaient donner lieu à une reconsidération.

- 17 - cc) Enfin, lorsque l'assurée a déposé sa demande d'indemnités du 27 mars 2017 en vue d'une indemnisation dès le 1er mai 2017, il ne convenait pas, comme l'a fait à tort la caisse, d'examiner son droit à l'ouverture d'un nouveau délai-cadre d'indemnisation, puisque celui ouvert pour la période du 1er novembre 2015 au 31 octobre 2017 était toujours en cours et que l'assurée n'y avait pas épuisé ses prestations (cf. décompte d'indemnités du 20 décembre 2016, solde du droit : 187,8 indemnités). Le droit de l'assurée aurait dû être déterminé sur la base du gain assuré de 3'182 fr. fixé au début du délai-cadre ouvert au 1er novembre 2015, le montant de 2'844 fr. retenu à ce titre par l'intimée étant erroné. Ainsi, compte tenu d'une indemnité journalière de 117 fr. 30 telle que découlant du gain assuré de 3'182 fr. et des 23 jours contrôlés en mai 2017, l'assurée aurait eu droit à une indemnisation nette de 2'422 fr. 15 (indemnisation brute de 2'697 fr 90, dont à déduire 275 fr. 75 de cotisations sociales), en lieu et place des 2'164 fr. 75 alloués par décompte initial du 23 mai 2017. La Caisse doit ainsi encore le montant de 257 fr. 40 à l'assurée pour l'indemnisation du mois de mai 2017. c) En définitive, durant la période prise en compte par la décision litigieuse, la recourante a bénéficié de prestations manifestement erronées à hauteur de 864 fr. 05 (1'121 fr. 45 – 257 fr. 40). C'est sur la base de ce montant que les prestations allouées durant la période de janvier 2015 à mai 2017 doivent être reconsidérées.

## **E. 6**

Dans son recours, l'assurée se prévaut de sa situation financière difficile et de sa bonne foi. Ces questions ne doivent toutefois pas être examinées dans le cadre du présent litige. Elles

seront appréciées, le cas échéant, à l'occasion d'une demande de remise de la prestation à restituer au sens des art. 25 al. 1 LPGA et 4 OPGA ; il sera loisible à l'intéressée de déposer une telle demande, au plus tard 30 jours après l'entrée en force de la décision de restitution.

#### **E. 7**

On relèvera enfin que la Caisse a compensé le montant réclamé sur les prestations allouées à l'assurée. A ce sujet, il faut toutefois souligner que l'extinction de la créance en restitution par voie de

- 18 - 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 – 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 temporelle (TF 8C\_804/2017 du 9 octobre 2018 consid. 3.2 et 3.3, 8C\_130/2008 du 11 juillet 2008 consid. 3.2 ; Rubin, op. cit., nos 4, 7 et 13 ad art. 94 LACI). 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 à la recourante paraît sujette à caution. Cette question peut toutefois rester ouverte dès lors qu'elle ne fait pas l'objet du présent litige

#### **E. 8**

a) En définitive, le recours doit être partiellement admis et la décision sur opposition du 16 octobre 2017 reformée en ce sens que l'assurée est tenue à la restitution du montant de 864 fr. 05 au titre de prestations indûment versées entre le mois de janvier 2015 et celui de mai 2017. b) Il n'y a pas lieu de percevoir de frais judiciaires, la procédure étant gratuite (art. 61 let. a LPGA), ni d'allouer de dépens, dès lors que la recourante a agi sans l'assistance d'un mandataire professionnel.

- 19 - Par ces motifs, la juge unique p r o n o n c e : I. Le recours est partiellement admis. II. La décision sur opposition du 16 octobre 2017 est reformée en ce sens que l'assurée est tenue de restituer à l'intimée le montant de 864 fr. 05 (huit cent soixante-quatre francs et cinq centimes). 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 : - Z. \_\_\_\_\_, - Caisse cantonale de chômage, - Secrétariat d'Etat à l'économie, par l'envoi de photocopies.

- 20 - 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.