

## **VD\_GERICHTE ZQ17.050495 vom 21. August 2018**

VD Tribunal cantonal, 2018-08-21, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd\\_gerichte\\_ZQ17.050495](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_gerichte_ZQ17.050495)

FR: VD\_GERICHTE ZQ17.050495 du 21 août 2018

IT: VD\_GERICHTE ZQ17.050495 del 21 agosto 2018

### **Erwägungen**

#### **E. 5**

Le recours est également dirigé contre la décision sur opposition du 23 octobre 2017, en tant qu'elle confirme la décision du 10 août 2017 ordonnant la restitution de 10'384 fr. 95 d'indemnités de chômage perçues à tort. a) L'assuré a droit à l'indemnité de chômage notamment s'il est sans emploi ou partiellement sans emploi (art. 8 al. 1 let. a et 10 LACI). Le chômage (ou la perte de travail) ne suffit cependant pas à donner droit à une indemnisation ; encore faut-il que le chômeur subisse une perte de gain d'une certaine importance (art. 8 al. 1 let. b et 11 LACI). Ainsi, à teneur de l'art. 11 LACI, seule peut être prise en considération la perte de travail qui se traduit par un manque à gagner et qui dure au moins deux journées de travail consécutives. La condition de la perte de travail minimale est toutefois mise entre parenthèse lorsqu'un assuré exerce une activité dont la rémunération est inférieure à celle de l'indemnité de chômage (Boris Rubin, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, Genève/Zurich/Bâle 2014, n° 4 et 8 ad art. 10 LACI ; TFA C 18/05 du 18 mars 2005 consid. 2). Une telle activité constitue un gain intermédiaire au sens de l'art. 24 LACI. b) Est réputé intermédiaire tout gain que le chômeur retire d'une activité salariée ou indépendante durant une période de contrôle.

- 14 - L'assuré qui perçoit un gain intermédiaire a droit à la compensation de sa perte de gain. Le taux d'indemnisation est déterminé selon l'art. 22 (art. 24 al. 1 LACI). 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 ; ATF 129 V 102 ; 120 V 233). c) A teneur de l'art. 95 al. 1 LACI, la demande de restitution est régie par l'art. 25 LPGA, à l'exception des cas relevant des art. 55 et 59cbis al. 4 LACI, lesquels ne sont toutefois pas applicables en l'espèce. Selon l'art. 25 al. 1, première phrase, LPGA, les prestations indûment touchées doivent être restituées. L'obligation de restituer suppose que soient remplies les conditions d'une révision procédurale (cf. art. 53 al. 1 LPGA) ou d'une reconsidération (cf. art. 53 al. 2 LPGA) de la décision – formelle ou non – par laquelle les prestations en cause ont été allouées (cf. ATF 142 V 259 consid. 3.2 ; 138 V 426 consid. 5.2.1 ; 130 V 318 consid. 5.2 et références citées). aa) A teneur de l'art. 53 LPGA, les décisions et les décisions sur opposition formellement passées en force sont soumises à révision si l'assuré ou l'assureur découvre subséquemment des faits nouveaux importants ou trouve des nouveaux moyens de preuve qui ne pouvaient être produits auparavant (al. 1). L'assureur peut revenir sur les décisions ou les décisions sur opposition formellement passées en force lorsqu'elles sont manifestement erronées et que leur rectification revêt une importance notable (al. 2). 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 135 V 215 consid. 5

; 127 V 466 consid. 2c). La rectification revêt une importance notable en fonction du montant des prestations en cause. Il a par exemple été jugé qu'une créance en restitution d'un montant de 706 fr. était suffisamment importante (DTA 2000 n° 40 p. 208). En outre, par analogie avec la révision des décisions rendues par les autorités

- 15 - 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 (ATF 129 V 200 consid. 1.1 ; 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 (art. 25 al. 2, 1ère phrase, LPG). Il s'agit là de délais (relatif et absolu) de péremption, qui doivent être examinés d'office (ATF 133 V 579 consid. 4.1 ; 119 V 431 consid. 3a). Selon la jurisprudence, le délai de péremption relatif d'une année commence à courir dès le moment où l'administration aurait dû connaître les faits fondant l'obligation de restituer, en faisant preuve de l'attention que l'on pouvait raisonnablement exiger d'elle (ATF 140 V 521 consid. 2.1 ; 139 V 6 consid. 4.1 ; 124 V 380 consid. 1). L'administration 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 de la personne tenue à restitution (ATF 140 V 521 consid. 2.1 ; 111 V 14 consid. 3). Si l'administration dispose d'indices laissant supposer l'existence d'une créance en restitution, mais que les éléments disponibles ne suffisent pas encore à en établir le bien-fondé, elle doit procéder, dans un délai raisonnable, aux investigations nécessaires. A défaut, le début du délai de péremption doit être fixé au moment où elle aurait été en mesure de rendre une décision de restitution si elle avait fait preuve de l'attention que l'on pouvait raisonnablement exiger d'elle. Dans tous les cas, le délai de péremption commence à courir immédiatement s'il s'avère que les prestations en question étaient clairement indues (TF 8C\_689/2016 du 5 juillet 2017 consid. 5.1 et les références). Cependant, lorsque la restitution est imputable à une faute de l'administration, on ne saurait considérer comme point de départ du délai d'une année le moment où l'erreur a été commise par l'administration, mais le moment auquel celle-ci aurait dû, dans un deuxième temps (par

- 16 - exemple à l'occasion d'un contrôle) se rendre compte de son erreur en faisant preuve de l'attention requise. En effet, si l'on plaçait le moment de la connaissance du dommage à la date du versement indu, cela rendrait souvent illusoire la possibilité pour l'administration de réclamer le remboursement de prestations allouées à tort en cas de faute de sa part (ATF 124 V 380 consid. 1 ; TF 8C\_689/2016 précité consid. 5.1). cc) Le destinataire d'une décision de restitution qui entend la contester dispose de deux moyens qu'il convient de distinguer de façon claire. S'il prétend qu'il avait droit aux prestations en question, il doit s'opposer à la décision de restituer 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 (Rubin, op. cit., n° 8 ad art. 95 LACI, p. 610) ; 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 (art. 4 al. 4 OPGA [ordonnance du 11 septembre 2002 sur la partie générale du droit des assurances sociales ; RS 830.11]).

## **E. 6**

a) En l'occurrence, pendant la période litigieuse, à savoir de mars à juin 2017, le recourant a été indemnisé par l'Agence en tenant uniquement compte du gain intermédiaire qu'il a effectué auprès de la Paroisse D.\_\_\_\_\_. L'Agence et la Caisse considèrent qu'il y a lieu de calculer le droit aux indemnités du recourant en prenant également en compte l'emploi qu'il a exercé pendant cette période pour le compte de G.\_\_\_\_\_ SA. Le recourant conteste ce point de vue, faisant valoir qu'il n'a jamais été employé ni salarié de G.\_\_\_\_\_ SA. Il se prévaut du fait que le contrat qui le liait avec cette société était un contrat d'agent commercial et que les attestations de gain intermédiaire remplies par cette société confirment qu'il n'était pas un de ses employés. Le raisonnement du recourant ne saurait toutefois être suivi. La prise en compte d'un gain intermédiaire n'est en effet nullement limitée aux situations dans lesquelles il existe un contrat de travail au sens des art. 319 ss CO. Est réputé gain intermédiaire, au sens de l'art. 24 LACI, tout

- 17 - gain que le chômeur retire d'une activité salariée ou indépendante durant une période de contrôle. Le champ d'application des règles sur le gain intermédiaire est donc assez large. Il comprend les activités dépendantes et indépendantes et 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, op. cit., n° 18 ad art. 24, p. 265s.). Le recourant insiste par ailleurs sur le fait qu'il demeurait indépendant économiquement et dans l'exécution de son activité, ce que confirme G.\_\_\_\_\_ SA dans l'attestation établie le 27 novembre 2017. La manière dont s'exerçait cette activité est toutefois sans importance au regard de l'art. 24 LACI, qui recouvre aussi bien les activités salariées qu'indépendantes. On peut au demeurant rajouter que, selon la jurisprudence, même s'ils jouissent d'une grande liberté quant à l'emploi de leur temps et à l'organisation de leur travail, les agents ou représentants de commerce doivent normalement être considérés comme des salariés, à moins que l'ensemble des circonstances du cas d'espèce ne conduisent à admettre l'existence d'une activité indépendante, en particulier s'ils doivent supporter un risque économique égal à celui de l'entrepreneur (TF 9C\_796/2014 du 27 avril 2015 consid. 3.4 et références citées). L'activité déployée par le recourant dans le cadre du contrat d'agent commercial qui le liait à G.\_\_\_\_\_ SA doit par conséquent être prise en compte en tant que gain intermédiaire au sens de l'art. 24 LACI. b) Faute d'avoir été renseignée en temps utile sur l'exercice effectif d'une activité pour le compte de G.\_\_\_\_\_ SA, l'Agence était légitimée à conclure que les indemnités journalières de chômage allouées au recourant avaient été calculées sur des bases erronées. L'Agence avait certes connaissance du contrat signé entre l'assuré et G.\_\_\_\_\_ SA le 28 février 2017 et y avait d'ailleurs réagi en informant le recourant, par lettre

- 18 - du 15 mars 2017, que s'il ne résiliait pas cet emploi, elle tiendrait compte d'un gain intermédiaire fictif de 3'820 fr. mensuels, puisqu'une rémunération à la commission n'était pas considérée comme conforme aux usages professionnels et locaux. Elle ne pouvait en revanche savoir que, malgré cet avertissement, le recourant avait effectivement exercé cette activité pour le compte de G.\_\_\_\_\_ SA, puisqu'il ne l'a pas annoncée dans ses formulaires IPA des mois de mars à juin 2017, dans lesquels il a uniquement indiqué travailler pour la Paroisse D.\_\_\_\_\_. Dans son recours, il soutient qu'il n'a pas saisi la portée de la lettre du 15 mars 2017, expliquant avoir été victime d'un accident de la circulation routière le 16 mars 2017, dont il est ressorti particulièrement choqué. Si l'on

peut comprendre que cette situation ait eu une influence sur l'état du recourant, il faut néanmoins constater qu'il n'a annoncé aucune incapacité de travail dans son IPA du mois de mars 2017. On ne voit par ailleurs pas ce qui l'aurait empêché de comprendre que l'activité qu'il entendait exercer pour le compte de G. \_\_\_\_\_ SA devait être prise en compte pour le calcul de ses indemnités de chômage et, de ce fait, annoncée dans ses formulaires IPA. Le fait qu'il ait tenu son conseiller ORP au courant de la situation n'était pas suffisant, il devait en effet annoncer cette activité à l'Agence. En outre, même s'il estimait qu'il s'agissait d'une activité indépendante, il avait également l'obligation de l'indiquer dans ses formulaires IPA, sous la rubrique prévue à cet effet. Cela étant, à défaut d'indication à ce sujet, l'Agence n'a pas pu connaître et, a fortiori, tenir compte de l'exercice de cette activité dans le calcul du droit aux indemnités. Par ailleurs, le montant perçu par le recourant pour cette activité, à savoir 776 fr. 95 brut, était déjà en soi suffisant pour que la rectification des décomptes d'indemnités journalières revête une importance notable (cf. consid. 4c/aa supra). La connaissance du gain dégagé par le recourant de mars à juin 2017 dans le cadre de son activité pour G. \_\_\_\_\_ SA constituait ainsi un motif de réexamen du montant des indemnités journalières, au sens de la jurisprudence citée plus haut.

- 19 - c) L'Agence a rendu la décision de restitution le 10 août 2017, soit quelques semaines après avoir eu connaissance des gains réalisés par le recourant, de sorte que la péremption relative n'était pas encore atteinte. Il en est de même pour le délai de péremption absolu, puisque cette décision concerne les indemnités versées de mars à juin 2017. d) Le recourant conteste également le montant des indemnités à restituer. Pour calculer ce montant, l'Agence s'est basée sur le gain intermédiaire fictif de 3'820 fr. fixé dans sa décision du 9 août 2017. Comme vu ci-dessus, il appartiendra à la Caisse de se prononcer, dans une décision sur opposition, sur l'opposition formée par l'assuré contre cette décision. La décision sur opposition du 23 octobre 2017 concernant la restitution ne saurait dès lors être confirmée avant de connaître l'issue de l'opposition formée par l'assuré au sujet du gain intermédiaire fictif retenu. En outre, la décision sur opposition litigieuse doit également être annulée au motif que les bases du calcul des indemnités à restituer ne sont pas correctes. En effet, le gain intermédiaire fictif de 3'820 fr. fixé – en l'état – par l'Agence correspond, selon cette dernière, à la rémunération conforme aux usages pour une activité telle que celle déployée par le recourant pour G. \_\_\_\_\_ SA, exercée à plein temps, comme cela ressort explicitement de son courrier du 15 mars 2017. Or, il est patent en l'occurrence que le recourant ne pouvait pas exercer une activité à plein temps pour G. \_\_\_\_\_ SA puisqu'il était déjà employé à 15 % par la Paroisse D. \_\_\_\_\_. Seul un taux de travail d'un maximum 85 % pouvait entrer en considération pour ses activités en faveur de G. \_\_\_\_\_ SA, ce qui représente un salaire de 3'247 fr. si l'on s'en tient au gain intermédiaire fictif retenu par l'Agence pour cette activité exercée à plein temps. En y ajoutant le revenu de 740 fr. réalisé par le recourant auprès de la Paroisse, on obtient un gain intermédiaire de 3'987 fr. et non 4'260 fr. comme indiqué sur les décomptes de restitution. Le recourant conteste en outre avoir consacré plus de 10 % de sa disponibilité à son activité pour G. \_\_\_\_\_ SA, invoquant notamment que la plus grande partie de son temps a été utilisée à rechercher un emploi, comme le démontrent les nombreuses recherches effectuées. Il faut constater que ni l'Agence, ni la Caisse n'ont

- 20 - cherché à déterminer combien de temps le recourant consacrait à son activité pour le compte de G. \_\_\_\_\_ SA. Or, il leur appartenait de procéder à des mesures d'instruction

en vue de déterminer ce temps de travail, étant rappelé que l'assuré est, quant à lui, soumis à l'obligation de collaborer à l'établissement des faits. La Caisse doit dès lors tenter de recueillir les renseignements nécessaires et recouper les informations susceptibles d'être obtenues. Ce n'est que si l'horaire de travail n'est pas contrôlable, faute de renseignements crédibles, que la Caisse pourra présumer que l'assuré a consacré l'ensemble de son temps disponible à son activité pour le compte de G. \_\_\_\_\_ SA. Cette présomption ne peut toutefois être appliquée trop facilement (cf. Rubin, op. cit., n° 26 ad art. 24 LACI, p. 268 et référence citée). L'Agence, respectivement la Caisse, ne pouvaient ainsi calculer le montant des indemnités à restituer sans préalablement procéder à ces mesures d'instruction. e) Pour ce motif également, il convient d'annuler la décision sur opposition du 23 octobre 2017 et de renvoyer la cause à l'intimée pour compléter l'instruction. Il lui appartiendra ensuite de procéder à un nouveau calcul des indemnités journalières à restituer, en tenant compte de l'issue qu'elle aura donnée à l'opposition de l'assuré contre la décision du 9 août 2017.

#### **E. 7**

a) En définitive, le recours doit être admis, la décision sur opposition attaquée étant annulée et le dossier de la cause renvoyé à l'intimée pour instruction complémentaire conformément aux considérants ci-dessus, puis nouvelle(s) décision(s). b) La procédure étant gratuite, il n'y a pas lieu de percevoir de frais de justice (art. 61 let. a LPGA). c) Le recourant voit ses conclusions admises, de sorte qu'il peut prétendre à une indemnité de dépens à la charge de l'intimée. Il convient de fixer équitablement cette indemnité à 2'500 fr., montant qui couvre l'indemnité d'office à laquelle pourrait prétendre le conseil du recourant au titre de l'assistance judiciaire.

- 21 - Par ces motifs, la juge unique p r o n o n c e : I. Le recours est admis. II. La décision sur opposition rendue le 23 octobre 2017 est annulée, la cause étant renvoyée à la Caisse cantonale de chômage pour complément d'instruction dans le sens des considérants et nouvelle(s) décision(s) sur opposition relative(s) au gain intermédiaire fictif et à la restitution des indemnités de chômage. III. Il n'est pas perçu de frais judiciaires. IV. La Caisse cantonale de chômage versera au recourant une indemnité de dépens de 2'500 fr. (deux mille cinq cents francs). La juge unique : La greffière : Du L'arrêt qui précède est notifié à : - Me Andrea E. Rusca (pour le recourant), - Caisse cantonale de chômage, Division juridique, - Secrétariat d'Etat à l'économie, par l'envoi de photocopies.

- 22 - 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.