

# VD\_OMNI PS.2007.0074 vom 12. November 2008

VD Tribunal cantonal, 2008-11-12, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd\\_omni\\_PS.2007.0074](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_PS.2007.0074)

FR: VD\_OMNI PS.2007.0074 du 12 novembre 2008

IT: VD\_OMNI PS.2007.0074 del 12 novembre 2008

## Regeste

X. \_\_\_\_\_ c/Caisse cantonale de chômage, Office régional de placement d'Aigle | Le délai de l'art. 25 al. 2, 1ère phrase, LPGA pour demander la restitution de prestations indûment touchées est un délai de péremption. Si l'acte conservatoire prescrit par la loi est accompli, le délai sera en principe respecté une fois pour toute; contrairement à la prescription, la péremption ne peut intervenir en cours d'instance, et ce même si le délai expire avant la fin du procès (consid.3).

## Erwägungen

### E. 1

Interjeté dans le délai de 30 jours prévu à l'art. 60 al. 1 er de la loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales (ci-après: LPGA), le recours est intervenu en temps utile. Il est au surplus recevable en la forme, de sorte qu'il y a lieu d'entrer en matière sur le fond.

### E. 2

Le litige porte sur la restitution d'indemnités dont la caisse considère qu'elles ont été versées à tort, du mois d'octobre 2004 au mois de mai 2005, en raison d'une erreur dans le calcul de l'indemnité compensatoire, qui ne tenait pas compte d'une gratification versée à la recourante au mois de juin 2005 pour l'année 2004. L'art. 25 al. 1 er LPGA, auquel renvoie l'art. 95 al. 1 de la loi fédérale du 25 juin 1982 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité (ci-après: LACI) et aux termes duquel les prestations indûment touchées doivent être restituées (1ère phrase), est issu de la réglementation et de la jurisprudence antérieures à l'entrée en vigueur de la LPGA (ATF 130 V 319 consid. 5.2 et les références). Selon cette jurisprudence, développée à partir de l'art. 47 al. 1 LAVS (dans sa teneur en vigueur jusqu'au 31 décembre 2002) et applicable par analogie à la restitution d'indemnités indûment perçues dans l'assurance-chômage (cf. ATF 122 V 368 ss consid. 3; 110 V 179 consid. 2a et les références), l'obligation de restituer suppose que soient remplies les conditions d'une reconsidération ou d'une révision procédurale de la décision par laquelle les prestations en cause ont été allouées (ATF 129 V 110 consid.1.1; 126 V 23 ss consid. 4b; 122 V 21 consid. 3a). 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 (art. 53 al. 1 LPGA). D'autre part 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 (art. 53 al. 2 LPGA). La recourante ne conteste pas que ces conditions soient en l'occurrence remplies. Elle admet que la caisse ait revu le montant du gain assuré, pour le fixer à 3'343 fr., et ne met pas non plus en cause les montants retenus à titre de gain intermédiaire. Sa contestation

porte sur la manière de calculer les indemnités compensatoires et, partant, le montant à restituer.

### **E. 3**

La recourante fait en outre valoir que la demande en restitution de la caisse du 19 octobre 2006, annulant et remplaçant celle du 6 juillet 2005, est " irrémédiablement prescrite ", le délai légal d'un an n'étant pas respecté. Selon l'art. 25 al. 2, 1<sup>ère</sup> phrase, LPGA, 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. Il s'agit là d'un délai de péremption (Ueli Kiser, ASTG-Kommentar, Zurich 2003, n. 26 ad art. 25 LPGA; Rubin, Assurance-chômage, 2<sup>ème</sup> éd., Zurich-Bâle-Genève 2006, ch. 10.5.5.1, p. 729; ATF 5P\_456/2004 du 15 juin 2005). Si l'acte conservatoire prescrit par la loi est accompli, le délai sera en principe respecté une fois pour toute; contrairement à la prescription, la péremption ne peut intervenir en cours d'instance, et ce même si le délai expire avant la fin du procès (ATF 119 II 429 consid. 3b p. 432). En l'occurrence, le délai relatif d'une année a commencé à courir le 27 juin 2005, lorsque la caisse a eu connaissance de l'existence du bonus pour l'année 2004. La première demande de restitution – par la suite annulée et remplacée par la décision de restitution du 19 octobre 2006 – est intervenue par décision du 6 juillet 2005, ce qui suffisait à empêcher la péremption. Peu importe que la décision du 6 juillet 2005, d'abord confirmée par une décision sur opposition du 22 mai 2006 objet d'un recours au Tribunal administratif, ait ensuite été annulée en cours de procédure par une décision sur opposition rectificative du 30 août 2006, et que la caisse, à qui le dossier avait été renvoyé pour revoir ses calculs, n'ait statué à nouveau que le 19 octobre 2006: le délai de l'art. 25 al. 2 LPGA avait été sauvegardé par la demande initiale de remboursement.

### **E. 4**

En vertu de l'art. 24 al. 1<sup>er</sup> LACI, est réputé intermédiaire tout gain que le chômeur retire d'une activité salariée ou indépendante durant une période de contrôle, dont le montant est inférieur à l'indemnité de chômage à laquelle il a droit. L'assuré qui perçoit un gain intermédiaire a droit à la compensation de la perte de gain. Le taux d'indemnisation est déterminé selon l'art. 22 (en l'occurrence il était de 70%). Est réputée perte de gain la différence entre le gain assuré et le gain intermédiaire (v. art. 24 al. 3 LACI). Est réputé gain assuré le salaire déterminant au sens de la législation sur l'AVS qui est obtenu normalement au cours d'un ou de plusieurs rapports de travail durant une période de référence, y compris les allocations régulièrement versées et convenues contractuellement, dans la mesure où elles ne sont pas des indemnités pour inconvénients liés à l'exécution du travail (art. 23 al. 1, 1<sup>ère</sup> phrase, LACI). Selon la recourante il ne saurait être question de substituer à cette notion de gain assuré celle de " gain déterminant " utilisée par la caisse, soit de diviser le gain assuré par 21,7, puis le multiplier par le nombre de jours indemnifiables dans le mois en question. En d'autres termes, la perte de gain effective à compenser pour chaque mois doit, selon la recourante, correspondre à la différence entre le gain assuré - qui doit rester identique pour toute la période considérée - et les gains intermédiaires réalisés. Pour sa part la caisse considère que son assurée " n'a pas compris le système de l'assurance – chômage. En effet, même si le gain assuré reste le même, le montant alloué chaque mois ne l'est pas puisque les prestations sont allouées sous forme d'indemnités journalières. Partant, chaque mois ne comportant pas le même nombre de jours ouvrables, le montant déterminant ne sera pas toujours le même " (v. réponse du 22 mai

2007).

#### **E. 5**

a) La manière dont la caisse calcule les indemnités compensatoires est conforme au chiffre C 125 de la circulaire du Secrétariat d'Etat à l'économie (seco) relative à l'indemnité de chômage (éd. janvier 2007), qui donne l'exemple suivant: "L'assuré touche une indemnité compensatoire se montant à 70 ou 80% de la perte de gain selon le taux d'indemnisation auquel il a droit. Exemple: Gain assuré de 5'000 francs; mois de 22 jours indemnifiables; taux d'indemnisation de 70%; gain intermédiaire de 2'000 francs. Gain assuré

fr. 5'000.- Gain déterminant	fr. 5'069.- (fr. 5000 : 21,7 x 22) Gain intermédiaire
fr. 2'000.- Perte de gain	fr. 3'069.- Indemnité compensatoire

fr. 2'148.- (fr. 3'069 x 70%)" Ce mode de calcul n'a semble-t-il jamais été remis en cause par le Tribunal administratif qui, dans un arrêt du

#### **E. 10**

septembre 2001 (PS.2001.0029 consid. 2a), relevait qu'il avait reçu l'aval du Tribunal fédéral des assurances dans un arrêt du 13 mars 1995 (DTA 1995 n° 17 p. 98 ss, not. consid. 5). En réalité ce jugement ne traitait pas directement de la question du calcul des indemnités compensatoires, mais du point de savoir si l'assuré réalisait un revenu inférieur à son indemnité de chômage, condition posée par l'art. 41a de l'ordonnance du 31 août 1983 sur l'assurance-chômage (OACI; RS 837.02) pour avoir droit à des indemnités compensatoires. Il en résulte que, pour déterminer si le revenu provenant d'un emploi à temps partiel est inférieur à l'indemnité journalière à laquelle l'assuré a droit, on ne peut ni comparer le salaire mensuel brut obtenu avec le montant mensuel moyen des indemnités journalières qui auraient été versées sans ce salaire, ni comparer ce salaire mensuel brut avec les indemnités journalières auxquelles l'assuré aurait eu droit durant le même mois (et dont le nombre est susceptible de varier de 20 à 23 suivant le nombre de jours ouvrables), mais qu'il faut ramener le salaire brut et l'indemnisation brute du chômage à des valeurs comparables identiques, ce qui revient à comparer l'indemnité journalière avec le gain journalier, lequel est calculé en divisant le salaire mensuel brut par 21,7. En revanche, on ne trouve nulle part dans cet arrêt l'idée que, pour calculer la perte de gain, il faudrait soustraire le gain intermédiaire non pas du gain assuré moyen, comme le prévoit l'art. 24 al. 3 LACI, mais d'un montant qui correspondrait à un gain assuré journalier (gain assuré divisé par 21,7) multiplié par le nombre de jours indemnifiables. Au contraire, le considérant 5 de l'arrêt montre qu'au moment de calculer l'indemnité compensatoire, le Tribunal fédéral des assurances n'a pas raisonné de la sorte, mais a pris en considération le gain assuré (3'147 fr. 67) et non un gain assuré mensuel recalculé en fonction du nombre de jours ouvrables en février 1993 (vingt), ce qui aurait donné un montant de 2'895 fr. 55. Le mode de calcul suggéré par le seco ne trouve ainsi appui ni dans la loi, ni dans la jurisprudence, et on ne lui voit guère d'explication rationnelle. c) Selon la caisse, cette explication tiendrait au fait que les prestations de l'assurance-chômage sont versées sous forme d'indemnités journalières. Il est vrai que dans les décomptes mensuels des caisses, le montant global de l'indemnité compensatoire à laquelle l'assuré a droit en application de l'art. 24 LACI est exprimé en un certain nombre (généralement décimal) d'indemnités journalières, ce qui permet le décompte de ces dernières par rapport aux nombres maximums fixés par l'art. 27 LACI. Il ne s'ensuit pas pour autant que le calcul de la perte de gain doive s'effectuer par rapport à un gain assuré journalier (ou alors la logique voudrait que le gain intermédiaire soit lui aussi converti en gain intermédiaire journalier). En recalculant pour chaque période de contrôle

un "gain assuré déterminant mensuel" qui varie en fonction du nombre de jours indemnisables durant le mois en question, mais en ne procédant pas de la même manière pour le gain intermédiaire, la caisse met en relation des grandeurs qui ne sont pas comparables et introduit ainsi dans ses calculs des distorsions, certes minimes, mais injustifiables. Elle confond l'application de l'art. 41a OACI, où le revenu réalisé durant la période de contrôle doit effectivement être comparé aux indemnités journalières qui auraient normalement été obtenues sans ce gain, et l'application de l'art. 24 al. 3 LACI, où c'est par référence au gain assuré qu'est calculée la perte de gain qui sert de base au calcul de l'indemnité compensatoire (sur cette différence, v. Boris Rubin, op. cit., ch. 4.7.8.2, p. 330, en particulier l'exemple de calcul figurant en p. 331). d) Il convient en conséquence d'annuler la décision attaquée et de renvoyer la cause à la caisse afin qu'elle recalcule le montant des indemnités compensatoires auxquelles la recourante avait droit en fonction d'un gain assuré invariable de 3'343 francs. 6. Selon l'art. 25 al. 1<sup>er</sup>, 2<sup>ème</sup> phrase, LPGA, l'assuré peut demander la remise de l'obligation de restituer lorsque la restitution de prestations allouées indûment, mais reçues de bonne foi, mettrait l'intéressé dans une situation difficile (art. 25 al. 1<sup>er</sup>, 2<sup>ème</sup> phrase, LPGA). Toutefois, dans la mesure où la demande ne peut être traitée sur le fond que si la décision de restitution est entrée en force, la remise et son étendue font l'objet d'une procédure distincte (art. 4 de l'ordonnance du 11 septembre 2002 sur la partie générale du droit des assurances sociales [ci-après: OPGA]; ATFA C 101/05 du 26 juin 2006 consid. 2.1 et la jurisprudence citée). L'assureur peut certes décider d'emblée, dans la décision de restitution, de renoncer à celle-ci lorsqu'il est manifeste que les conditions d'une remise sont réunies (art. 3 al. 3 OPGA). Cette condition n'était pas remplie en l'espèce, les explications données par la recourante sur sa situation financière à l'occasion de son opposition du 21 novembre 2006 laissant au contraire apparaître qu'elle était en mesure de rembourser quelques centaines de francs. Comme l'a à cet égard relevé l'autorité intimée dans la décision querellée, la recourante conserve la possibilité de demander la remise de l'obligation de restituer le montant réclamé par la caisse (cf. art. 3 al. 2 et 4 OPGA). 7. Les considérants qui précèdent conduisent à l'admission du recours et à la réforme de la décision entreprise. La recourante qui a procédé par l'intermédiaire d'un mandataire professionnel et obtient au moins partiellement gain de cause a droit à des dépens (art. 61 let. g LPGA).

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