

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Arrêt du 29 décembre 2021

Composition : Mme DI FERRO DEMIERRE, présidente
M. Métral et Mme Pasche, juges
Greffier : M. Germond

Cause pendante entre :

M. _____, à [...], recourante, représentée par Me Maxime Darbellay,
avocat à Lausanne,

et

CAISSE CANTONALE DE CHÔMAGE, Division juridique, à Lausanne,
intimée.

Art. 25 LPGA ; 23, 24 et 95 al. 1 LACI

E n f a i t :

A. Par contrat du 8 mai 2014, M._____ (ci-après, également : l'assurée ou la recourante) a été engagée à 40 % pour le 1^{er} mai 2014 en qualité d'assistante personnelle par L._____. Parallèlement à son emploi précité et des petites missions de traductrice, M._____ a été mandatée à partir du 1^{er} septembre 2015 par la société C._____ pour effectuer des visites guidées du C._____ en langues étrangères contre rémunération d'un salaire horaire brut de 80 fr., forfait de deux heures par visite. Conformément au contrat de travail du 19 août 2015, dites missions sont irrégulières, sur appel, et peuvent être librement refusées par M._____.

Le contrat de travail liant M._____ à L._____ a pris fin le 29 février 2016, en raison du décès de ce dernier. A la suite de la perte de cet emploi à 40 %, M._____ s'est inscrite au chômage pour le 1^{er} mars 2016 en tant que demandeuse d'emploi à 100 %. Dans sa demande d'indemnité du 14 février 2016, l'assurée a indiqué obtenir un revenu d'une activité indépendante en tant que traductrice pour plusieurs clients.

Par décision du 18 juillet 2016 de l'instance juridique chômage, Division juridique des ORP (ci-après : IJC), M._____ a été reconnue apte au placement pour un taux de disponibilité de 50 % à compter du 1^{er} mars 2016. Il a été retenu que M._____ exerçait des activités d'indépendante depuis 2012 de manière irrégulière et que selon ses déclarations, elle n'était disponible que les lundis toute la journée, les mardis matin et les mercredis toute la journée.

Le 9 juin 2016, l'assurée a formé opposition à une décision la sanctionnant pour insuffisance de recherches d'emploi au mois de mai 2016. Elle y exposait qu'elle avait eu exceptionnellement plus de travail le mois de mai priant le Service de l'emploi (SDE) de prendre note qu'elle était inscrite au chômage pour perte d'emploi à 40 % d'une activité d'assistante personnelle, qu'elle travaillait toujours en qualité de traductrice et guide de musée indépendante à 60 % et y consacrait un

certain temps en particulier le week-end. Par la décision sur opposition, le SDE a admis l'opposition de l'assurée.

Le 15 janvier 2018, la Caisse cantonale de chômage a reçu un extrait du compte individuel de l'assurée pour les années 2008 à 2017. Il ressort de ce document qu'un gain de 19'920 fr. a été soumis à cotisation pour l'année 2016 par C._____. Il y a également eu un gain de 210 fr. déclaré par N._____ Sàrl en 2016, cela en plus des gains réalisés en tant qu'indépendante d'un montant total de 10'000 francs.

Selon l'attestation de l'employeur remplie le 8 mars 2018 par C._____, l'assurée a travaillé pour elle depuis le 1^{er} septembre 2015. Les rapports de travail sont définis comme un emploi sur appel, de durée indéterminée, par l'employeur (selon le contrat de travail du 19 août 2015). Dans l'attestation de l'employeur, il est mentionné des salaires totaux soumis à cotisation de 2'406 fr. (de septembre à décembre 2015), 19'920 fr. en 2016, 32'258 fr. en 2017 et 6'400 fr. (de janvier à février 2018).

N._____ Sàrl quant à elle, a indiqué que l'assurée avait travaillé sur appel en qualité d'« enquêteur Mystery shopper ». L'assurée avait travaillé les 22 janvier, 5 septembre et 11 novembre 2016 contre une rémunération de 80 fr., 80 fr., et 50 francs.

En date du 17 avril 2018, la Caisse cantonale de chômage a interpellé M._____ afin de savoir pourquoi elle avait répondu « NON » à la question « Avez-vous travaillé chez un ou plusieurs employeurs » sur les formulaires « Indications de la personne assurée » (IPA) des mois de mars 2016 à février 2018.

Par lettre recommandée datée du 18 avril 2018, M._____ a donné suite au courrier de la Caisse cantonale de chômage. A cette occasion, elle a expliqué avoir été inscrite au chômage pour la perte d'un emploi à 40 % - 50 % à côté duquel elle exerçait des activités de traductrice et de guide indépendante. Dès lors, conformément aux

indications reçues de la part d'employés de la Caisse cantonale de chômage, elle aurait uniquement dû rapporter dans le formulaire les activités susceptibles de dépasser son activité à 50 % en qualité de traductrice et de guide indépendante.

Par courriel du 20 avril 2018, F._____, soit le conseil ORP de M._____, a confirmé à la Caisse cantonale de chômage que celle-ci lui avait toujours parlé depuis le début de son inscription au chômage de son activité indépendante chez C._____ et qu'il s'agissait dès lors d'une activité connue.

Par décision du 4 mai 2018, la Division juridique de la Caisse cantonale de chômage a informé M._____ qu'aucune suite n'allait être donnée à son interpellation du 17 avril 2018.

A la suite d'un contrôle effectué par le Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO), la Caisse cantonale de chômage a demandé le 4 septembre 2019 à la Division juridique des ORP de rendre une nouvelle décision sur l'aptitude au placement de M._____ pour la période du 1^{er} mars 2016 au 28 février 2018.

Par courrier du 8 octobre 2019, l'IJC, Division juridique des ORP, a indiqué à la Caisse cantonale de chômage que « le cas que vous avez soumis à notre examen ne relève pas de l'aptitude au placement. En effet, l'activité auprès de l'entreprise C._____ est un emploi salarié et non indépendant. Les heures effectuées auprès de cet employeur doivent être déclarées en gain intermédiaire (ci-après : GI). Pour ce qui concerne l'activité indépendante, il s'agit d'une autre activité que celle exercée chez C._____, nous avons déjà examiné l'aptitude au placement sous cet angle et rendu l'assurée apte au placement pour une disponibilité de 50% depuis le 1^{er} mars 2016, date de son inscription ».

Le 14 octobre 2019, la Caisse cantonale de chômage a de nouveau interpellé M._____ afin de savoir pourquoi elle avait répondu « NON » à la question « Avez-vous travaillé chez un ou plusieurs

employeurs » sur les formulaires « Indications de la personne assurée » (IPA) des mois de janvier 2017 à février 2018.

Par courrier du 7 novembre 2019, M. _____, représentée par son conseil, a transmis ses déterminations à la Caisse cantonale de chômage. A cette occasion, le conseil de l'assurée a notamment expliqué que les missions effectuées par M. _____ pour C. _____ relevaient des règles du contrat de mandat, de telle sorte qu'elles devaient être considérées comme une activité indépendante. Il a également rappelé que ces missions de guide ont commencé avant son licenciement et n'ont jamais empiété sur les 40 % de son droit au chômage, puisque l'ensemble des activités de traductrice et guide n'ont, à aucun moment, dépassé l'équivalent d'un emploi à 50 %.

Par décision du 18 novembre 2019, la Caisse cantonale de chômage a demandé à l'assurée la restitution d'un montant de 32'182 fr. 10 pour les prestations versées à tort pour la période du 1^{er} mars 2016 au 28 février 2018 en raison du revenu de son activité salariée exercée auprès de C. _____ du 1^{er} septembre 2015 au 28 février 2018.

En date du 4 décembre 2019, C. _____ a établi un document « A QUI DE DROIT » visant à préciser ses liens contractuels avec M. _____. Selon cette attestation, il est expressément mentionné que :

- a. Le contrat est un contrat de travail à durée indéterminée pour effectuer un travail sur mission en qualité de Guide ;
- b. C. _____ n'a aucune obligation de fournir à Madame M. _____ des mandats et ne lui garantit à aucun moment un revenu minimum par an, ni par mois ;
- c. Les mandats effectués sur appels, en fonctions des langues étrangères nécessaires pour les visites, sont rémunérés sur une base horaire et un forfait minimum de deux heures par visite ;
- d. Madame M. _____ est libre de refuser les mandats proposés en fonction de son emploi du temps, de ses absences et de ses choix professionnels effectués en lien avec ses autres activités ;
- e. Au cas où Madame M. _____ est malade et ne peut assurer un mandat de visite déjà accepté, elle doit chercher elle-même un/e remplaçant/e parmi les autres guides du Musée et la rémunération est alors versée intégralement à la personne qui la remplace, sans aucun gain pour elle-même ;
- f. Les charges sociales sont prises en considération dès le premier franc. Pour la prévoyance professionnelle, la Caisse de retraite

applique un seuil qui peut ne pas être atteint au terme de l'année."

Par courrier du 17 décembre 2019, M. _____ a, par l'intermédiaire de son conseil, formé opposition à la décision de la Caisse cantonale de chômage du 18 novembre 2019.

Par courriels des 13 novembre et 1^{er} décembre 2020, l'assurée a produit les décisions de taxation fiscale pour les années 2016 et 2017.

Par décision sur opposition du 4 décembre 2020, la Caisse cantonale de chômage, Division juridique (ci-après : la Caisse ou l'intimée) a rejeté l'opposition.

B. Par acte du 18 janvier 2021, M. _____, représentée par Me Maxime Darbellay, a recouru contre cette décision sur opposition devant la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal en concluant, avec dépens, à sa réforme en ce sens qu'elle n'est pas tenue de restituer à la Caisse cantonale de chômage la somme de 32'182 fr. 10. Subsidiairement, elle conclut à l'annulation de la décision attaquée et au renvoi de la cause à la Caisse cantonale de chômage pour nouvelle décision dans le sens des considérants. En substance, la recourante se plaint d'abord d'une constatation erronée et arbitraire des faits (art. 9 Cst.), l'intimée laissant sous-entendre qu'elle aurait sciemment omis de déclarer ses activités indépendantes déployées pour C. _____, qui n'auraient pas été prises en compte dans le calcul de son aptitude au placement. Ensuite, elle conteste avoir réalisé des gains intermédiaires en raison des revenus obtenus auprès de l'employeur précité, compte tenu d'une activité indépendante à caractère durable (et non salariée), dont les rémunérations perçues en qualité de traductrice, de guide voire de correctrice devraient être considérées comme gain accessoire. Elle invoque encore la violation des art. 25 et 53 LPGA (loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales ; RS 830.1), 23, 24 et 95 LACI (loi fédérale du 25 juin 1982 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité ; RS 837.0), 37 OACI (ordonnance du 31 août 1983 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité ; RS

837.02), et se prévaut du principe de la bonne foi en lien avec un renseignement ou une décision erronée de l'intimée. Enfin, elle fait valoir sa situation économique difficile en cas de restitution. A titre de mesures d'instruction, elle a requis son audition par le tribunal ainsi que de son ancien conseiller ORP, F._____, comme témoin. Dans le bordereau de pièces joint par la recourante à son mémoire de recours figure notamment la copie de correspondances des 11 et 16 juillet 2016 adressées par celle-ci à l'IJC Division juridique des ORP, respectivement au Service de l'emploi, Instance juridique chômage, en lien avec l'examen de son aptitude au placement, dans lesquelles elle indiquait en particulier poursuivre son activité indépendante à temps partiel (60 %) de « Traductrice-Réviseur-Guide ».

Dans sa réponse du 28 janvier 2021, la Caisse a conclu au rejet du recours et au maintien de la décision attaquée, renvoyant aux arguments qui y étaient développés. Elle a également produit son dossier, consultable auprès du greffe du tribunal.

Le 23 février 2021, en réplique, la recourante a confirmé ses précédentes conclusions ainsi que ses offres de preuve, sollicitant en outre la tenue d'une audience par le tribunal.

Le 16 novembre 2021, répondant à un courrier du 4 novembre 2021 de la recourante, la juge en charge de l'instruction a informé celle-ci que la fixation d'une audience n'était en l'état pas nécessaire, et que sous réserve de mesures d'instruction complémentaires ordonnées par la Cour, un arrêt devrait pouvoir prochainement être notifié.

E n d r o i t :

1. a) La LPGA est, sauf dérogation expresse, applicable en matière d'assurance-chômage (art. 1 al. 1 LACI). Les décisions sur opposition et celles contre lesquelles la voie de l'opposition n'est pas ouverte peuvent faire l'objet d'un recours auprès du tribunal des

assurances compétent (art. 56 al. 1 LPGA ; 100 al. 3 LACI, 128 al. 1 et 119 al. 1 OACI), dans les trente jours suivant leur notification (art. 60 al. 1 LPGA).

b) En l'occurrence, déposé en temps utile compte tenu des fêtes (art. 38 al. 4 let. c LPGA) auprès du tribunal compétent (art. 93 let. a LPA-VD [loi cantonale vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative ; BLV 173.36]) et respectant les autres conditions formelles prévues par la loi (art. 61 let. b LPGA notamment), le recours est recevable.

2. Le litige porte sur la question de savoir si l'autorité intimée était fondée, par sa décision sur opposition du 4 décembre 2020, à réclamer la restitution d'une partie des prestations d'assurance-chômage allouées à la recourante pour les mois de mars 2016 à février 2018, pour un montant de 32'182 fr. 10. Principalement, le litige porte sur la question de savoir si, d'une part, les revenus réalisés par la recourante au cours de cette période auprès de C. _____ relevaient d'une activité dépendante ou d'indépendante, et, d'autre part, s'ils devaient être considérés comme gain intermédiaire. Enfin, nonobstant ce qui précède, le litige concerne également le fait de savoir si l'autorité intimée est en droit de réclamer la restitution du montant précité eu égard aux délais de prescription, la recourante se prévalant également de la prescription.

3. **a)** La recourante conteste avoir sciemment omis de déclarer ses activités indépendantes et que celles-ci n'auraient pas été prises en compte dans l'examen de son aptitude au placement. Elle fait valoir qu'une telle appréciation est erronée, expliquant avoir toujours été parfaitement transparente sur les activités déployées en qualité de guide, de traductrice et de correctrice, ceci que ce soit auprès de la Division juridique des ORP, du Service de l'emploi, Instance juridique chômage, ou de la Caisse cantonale de chômage. Non seulement elle en a parlé ouvertement à son conseiller ORP, F. _____, mais elle les a également expressément indiquées par écrit.

b) En l'espèce, les allégations de la recourante sont en effet établies par les écrits des 9 juin 2016, 11 et 16 juillet 2016 ainsi que par le courriel du 20 avril 2018 de son conseiller ORP. De plus, la recourante a expliqué à plusieurs reprises que si elle n'avait pas reporté ses missions effectuées en faveur de C._____ et de N._____ Sàrl sur les formulaires « Indications de la personne assurée » (IPA), c'était uniquement parce que les employés de la Caisse cantonale de chômage lui avaient formellement indiqué qu'elle n'avait pas besoin de le faire au motif que seules les activités qui dépassaient les 50 % de ses activités indépendantes devaient être mentionnées. Fort de ce qui précède, il sied de constater que la Caisse cantonale de chômage et le Service de l'emploi étaient au courant des activités effectuées par la recourante, en particulier celles pour C._____.

4. Ceci constaté, il n'en reste pas moins qu'il faut déterminer la nature juridique des rapports (salariée ou indépendante) liant l'assurée à C._____.

a) Selon la jurisprudence, la délimitation entre travailleurs salariés et indépendants est en principe définie dans l'assurance-chômage en fonction du statut de cotisant selon le droit de l'assurance-vieillesse et survivants (AVS). Sous réserve de décisions manifestement erronées, les décisions de l'AVS en ce domaine ont un effet contraignant dans l'assurance-chômage (ATF 126 V 213 consid. 2a, 119 V 158 consid. 3a et les arrêts cités ; cf. aussi ATF 117 V 4 consid. 4b ; TF 8C_925/2012 du 28 mai 2013 consid. 3.3 ; TFA C 350/05 du 3 mai 2006 consid. 4.1 et les arrêts cités ; BORIS RUBIN, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, Genève/Zurich/Bâle 2014, n. 2 *ad art.* 2).

Le point de savoir si l'on a affaire, dans un cas donné, à une activité indépendante ou salariée au sens des dispositions mentionnées ci-avant ne doit pas être tranché d'après la nature juridique du rapport contractuel entre les partenaires. Les circonstances économiques sont déterminantes (ATF 140 V 241 consid. 4.2 et les références citées). Les rapports de droit civil peuvent certes fournir éventuellement quelques

indices pour la qualification en matière d'AVS, mais ne sont pas décisifs. Est réputé salarié, d'une manière générale, celui qui dépend d'un employeur quant à l'organisation du travail et du point de vue de l'économie d'entreprise, et qui ne supporte pas le risque économique couru par l'entrepreneur (ATF 123 V 161 consid. 1 ; TF 9C_213/2016 du 17 octobre 2016 consid. 3.2 ; TF 9C_460/2015 du 18 novembre 2015 consid. 3.2 ; TF 9C_796/2014 du 27 avril 2015 consid. 3.2). Ces principes ne conduisent cependant pas à eux seuls à des solutions uniformes, applicables schématiquement. Les manifestations de la vie économique revêtent en effet des formes si diverses qu'il faut décider dans chaque cas particulier si l'on est en présence d'une activité dépendante ou indépendante en considérant toutes les circonstances. Souvent, on trouvera des caractéristiques appartenant à ces deux genres d'activité ; pour trancher la question, on se demandera quels éléments sont prédominants dans le cas considéré (ATF 144 V 111 consid. 4.2 ; 140 V 108 consid. 6 ; 123 V 161 consid. 1 et les références citées ; TF 8C_202/2019 du 9 mars 2020 consid. 3.2).

Les principaux éléments qui permettent de déterminer le lien de dépendance quant à l'organisation du travail et du point de vue de l'économie de l'entreprise sont le droit de l'employeur de donner des instructions, le rapport de subordination du travailleur à l'égard de celui-ci, l'obligation de ce dernier d'exécuter personnellement la tâche qui lui est confiée. Un autre élément permettant de qualifier la rétribution compte tenu du lien de dépendance de celui qui la perçoit est le fait qu'il s'agit d'une collaboration régulière, autrement dit que l'employé est régulièrement tenu de fournir ses prestations au même employeur (TF 8C_38/2019 du 12 août 2020 consid. 3.2 et les références citées).

Le risque économique d'entrepreneur peut être défini comme étant celui que court la personne qui doit compter, en raison d'évaluations ou de comportements professionnels inadéquats, avec des pertes de la substance économique de l'entreprise. Constituent notamment des indices révélant l'existence d'un tel risque le fait que la personne concernée opère des investissements importants, subit les pertes, supporte le risque

d'encaissement et de du croire, assume les frais généraux, agit en son propre nom et pour son propre compte, se procure elle-même les mandats, occupe du personnel et utilise ses propres locaux commerciaux. Le risque économique de l'entrepreneur n'est cependant pas à lui seul déterminant pour juger du caractère dépendant ou indépendant d'une activité. La nature et l'étendue de la dépendance économique et organisationnelle à l'égard du mandant ou de l'employeur peuvent singulièrement parler en faveur d'une activité dépendante dans les situations dans lesquelles l'activité en question n'exige pas, de par sa nature, des investissements importants ou de faire appel à du personnel. En pareilles circonstances, il convient d'accorder moins d'importance au critère du risque économique de l'entrepreneur et davantage à celui de l'indépendance économique et organisationnelle (TF 8C_804/2019 du 27 juillet 2020 consid. 3.2 ; TF 9C_213/2016 précité consid. 3.4).

b) La recourante soutient que son activité de guide exercée en faveur de C._____ relève d'une activité indépendante à caractère durable, avec pour conséquence que les revenus réalisés ne doivent pas être considérés comme gain intermédiaire. En effet, quand bien même la recourante et C._____ ont conclu un contrat intitulé contrat de travail, et bien que la caisse de compensation AVS ait inscrit ses revenus comme des éléments de salaire, il ne fait aucun doute selon la recourante que les parties précitées sont liées par un contrat de mandat et qu'elles ont eu cette volonté concordante depuis le début de leur relation contractuelle. En premier lieu, elle fait valoir que C._____ ne la surveille pas et qu'elle ne lui donne aucune instruction sur la manière dont elle doit dispenser une visite guidée. La seule exigence requise par C._____ a été d'exiger qu'elle effectue des heures de formation non payées portant sur l'histoire de cette société, de l'horlogerie, de l'industrie horlogère et les deux mille cinq cents pièces du musée. Au total, elle a effectué cinq cent soixante heures de formation individuelle non rémunérées, ceci après signature du contrat. En deuxième lieu, elle soutient qu'il n'existe aucun rapport de subordination entre C._____ et elle-même. En effet, celle-ci est libre de refuser une mission lorsqu'elle lui est proposée, de telle sorte qu'elle est maîtresse de son emploi du temps et de son désir d'augmenter ou non son

chiffre d'affaires. En troisième lieu, elle affirme que C._____ n'a aucune obligation de lui fournir des mandats et de lui garantir un revenu minimum par mois ou par année. En quatrième lieu, elle précise que C._____ ne la rémunère pas lorsque celle-ci a accepté une mission et qu'elle tombe malade. Ainsi, il incombe à la recourante de supporter le risque économique. En cinquième lieu, elle ne reçoit aucune rémunération de la part de C._____ pour et durant ses vacances. En sixième lieu, la recourante a eu très peu de missions durant la crise sanitaire liée au Coronavirus, de telle sorte que ses gains réalisés ont été très faibles durant cette période. Aussi, elle n'a pas été mise au bénéfice de l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail (RHT). En septième lieu, contrairement aux employés de C._____, M._____ n'a jamais été conviée aux traditionnels cocktails et repas de fin d'année visant à remercier et à réunir tous les collaborateurs. En huitième lieu, la rémunération forfaitaire pratiquée par C._____ n'a pas changé depuis vingt ans, ce qui n'est le cas d'aucun de ses salariés. En neuvième lieu, la recourante a refusé de faire des missions de guide à la manufacture située à [...] en plus de celles du musée, prouvant ainsi qu'elle est libre de choisir ses missions. Pour terminer, la recourante fait valoir qu'elle paie des cotisations AVS en tant qu'indépendante sur la base de ses déclarations d'impôts qui tiennent compte de ses gains réalisés auprès de C._____, au même titre que ceux réalisés auprès de ses autres clients.

c) En l'occurrence, il ressort de l'extrait du compte individuel de l'assurée que la Caisse de compensation AVS de [...], [...], a inscrit les revenus provenant de C._____ comme des éléments de salaire, cette société y étant mentionnée en tant qu'employeur et le code revenu inscrit étant effectivement celui des salariés. La Caisse cantonale de chômage est en principe liée par le statut de cotisant reconnu par la caisse de compensation AVS, à moins que celui-ci ne soit manifestement erroné. Or, aucun élément ne permet d'inférer que tel soit le cas.

En effet, on constate qu'il s'agit d'un travail à durée indéterminée sur appel, qu'il existe un rapport de dépendance économique dans l'organisation du travail du salarié qui se manifeste

notamment par l'existence d'un droit de donner des instructions au salarié, d'un rapport de subordination, de l'obligation de remplir la tâche personnellement et de trouver elle-même un remplaçant en cas d'absence pour maladie, obligation de formation. Il n'y a pas de risques économiques non plus ; les visites se font dans les locaux de l'employeur (musée et/ou manufacture) et sans que, de par sa nature, le travail implique des investissements importants ou de faire appel à du personnel (il y a une obligation d'exécuter personnellement la tâche confiée ou de chercher un remplaçant parmi les autres guides du musée en cas d'impossibilité). Le travail est rémunéré sur une base horaire et un forfait minimum de deux heures par visite guidée effectuée. Le salaire horaire total inclut une indemnité de vacances (7.15 %) ainsi qu'un treizième salaire (5.60 %). Des charges sociales sont en outre perçues sur la rémunération. La salariée est affiliée à la caisse de compensation AVS ainsi qu'à la caisse de retraite du personnel de l'employeur.

d) Compte tenu de ce qui précède, la seule volonté des parties de considérer l'assurée en tant qu'indépendante n'est pas décisive, tant au regard des versements de cotisations sociales effectués que de l'organisation du travail accompli par l'assurée à la demande de C._____. Aucun élément ne justifie dès lors de remettre en cause le statut de salarié de l'assurée retenu par la Caisse de compensations AVS de [...], lequel n'apparaît pas manifestement erroné. Par conséquent, c'est à bon droit que la Caisse cantonale de chômage a retenu que l'assurée avait réalisé des gains intermédiaires auprès de C._____ en qualité de salariée.

5. a) La recourante soutient que les rémunérations perçues en qualité de traductrice, de guide ou encore de correctrice doivent également être considérées comme un gain accessoire. En effet, ces rémunérations étaient déjà perçues par la recourante avant sa période de chômage en plus de son activité principale d'assistante personnelle auprès de L._____ et n'ont pas été prises en compte pour le calcul de ses indemnités. A cela s'ajoute que ces gains n'ont jamais été supérieurs aux

revenus qu'elle percevait en qualité de salariée, ni même compensé la perte de son emploi à 40 % sur lequel reposait son gain assuré.

b) L'art. 23 al. 1 LACI énonce qu'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. Le montant maximum du gain assuré correspondant à celui de l'assurance-accidents obligatoire.

Le salaire pris en compte comme gain assuré se rapproche de la notion de salaire déterminant au sens de l'art. 5 al. 2 LAVS (loi fédérale du 20 décembre 1946 sur l'assurance-vieillesse et survivants ; RS 831.10) mais ne se recouvre pas exactement avec celui-ci, ce qui ressort de la formulation « normalement » du texte légal. Certains montants perçus par le salarié, certes soumis à cotisation, n'entrent pas en considération dans le calcul du gain assuré au sens de l'art. 23 al. 1 LACI (DTA 2006 p. 305 consid. 4.1 ; BORIS RUBIN, *op. cit.*, n. 8 ad art. 23).

c) Dans le cas présent, le premier gain assuré déterminé par la Caisse cantonale de chômage en mars 2016 n'a aucunement tenu compte des montants touchés à titre de salaire versés par C._____. Partant, la Caisse cantonale de chômage, en novembre 2019, après qu'elle ait eu connaissance du fait que l'assurée était bien salariée de C._____ depuis le 1^{er} septembre 2015, a recalculé le gain assuré en tenant compte de ces nouvelles informations. Le gain assuré se monte, en prenant en compte les deux activités (L._____ et C._____) à 4'074 fr. 35 sur une moyenne de six mois et à 3'770 fr. 20 sur une moyenne de douze mois (cf. art. 37 al. 1 et 2 OACI).

6. a) Selon l'art. 24 LACI, est réputé gain 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. L'assuré a droit à une compensation de sa perte de gain pour les jours où il réalise un gain intermédiaire (al. 1). Est réputée 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. 23, al. 3) (art. 24 al. 3 LACI).

b) En l'occurrence, afin de déterminer le montant du gain intermédiaire à prendre en compte, la Caisse cantonale de chômage s'est basée sur les récapitulatifs des versements mensuels envoyés par l'employeur. En mars 2016 par exemple, l'assurée a reçu 800 fr. brut de C._____. La Caisse cantonale de chômage a déduit les 10,64 % de vacances ce qui donne un gain intermédiaire de 723 fr. 10. La Caisse cantonale de chômage n'avait, dans un premier temps, retenu aucun gain intermédiaire, versant ainsi à l'assurée 18 jours d'indemnités journalières (après soustraction de cinq jours de délai d'attente). Avec le gain intermédiaire, l'assurée n'avait droit en réalité qu'à 14.1 indemnités journalières. La Caisse cantonale de chômage a ainsi versé un montant de 284 fr. 15 en trop pour le mois de mars 2016. Vérifiés d'office, les montants de gain intermédiaire pris en compte par la caisse pour les mois de mars 2016 à février 2018 sont corrects et c'est un montant de 32'182 fr. 10 qui a été versé en trop pour la période de mars 2016 à février 2018.

7. a) Selon l'art. 95 al. 1 LACI, la demande de restitution est régie par l'art. 25 LPGA. Aux termes de 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 (ATF 142 V 259 consid. 3.2 ; 138 V 426 consid. 5.2.1 ; 130 V 318 consid. 5.2 et références citées). 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 LPGA). Il s'agit là de délais (relatif et absolu) de péremption, qui doivent être

examinés d'office (ATF 146 V 217 consid. 2.1 ; ATF 142 V 20 consid. 3.2.2 ; ATF 140 V 521 consid. 2.1).

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 ; ATF 139 V 6 consid. 4.1 ; ATF 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 ; ATF 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 exemple à l'occasion d'un contrôle) se rendre compte de son erreur en faisant preuve de l'attention requise (ATF 146 V 217 consid. 2.2). 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_405/2020 du 3 février 2021 consid. 3.2.2 ; TF 8C_689/2016 précité consid. 5.1).

b) La recourante soutient que dans l'hypothèse où il était admis qu'elle aurait perçu en trop la somme de 32'182 fr. 10 pour les mois de mars 2016 à février 2018, il sied de constater que les conditions de restitution prévues par l'art. 25 LPGA ne sont pas réalisées. En effet, la Caisse cantonale de chômage a réclamé la restitution de la somme précitée le 18 novembre 2019, soit plus d'une année après avoir été au courant que la recourante exerçait et avait exercé une activité rémunérée auprès de C. _____ durant sa période de chômage. Outre le fait que cette information lui avait déjà été communiquée directement par la recourante elle-même par courrier du 9 juin 2016 dans le cadre de son évaluation à son aptitude au placement, il ressort du dossier et de la décision entreprise que la Caisse cantonale de chômage avait déjà reçu en date du 15 janvier 2018 un extrait de compte individuel AVS indiquant qu'elle avait perçu des gains de la part de N. _____ Sàrl et de C. _____. C'est la raison pour laquelle la Caisse cantonale de chômage avait par ailleurs interpellé la recourante par courrier daté du 17 avril 2018 afin de savoir la raison pour laquelle elle avait répondu « NON » à la question « Avez-vous travaillé chez un ou plusieurs employeurs » sur le formulaire « Indications de la personne assurée » (IPA) et qu'elle l'avait déjà menacée de lui réclamer des indemnités versées en trop. Ainsi, la Caisse cantonale de chômage disposait déjà à ce moment-là d'indices suffisants laissant supposer l'existence d'une créance en restitution, ou au plus tard lors de la décision du 4 mai 2018, par laquelle elle renonçait à lui réclamer une restitution au regard des explications reçues. Outre le fait qu'elle disposait de suffisamment d'indices, il ressort du dossier qu'aucune mesure d'investigation supplémentaire n'a été en effet effectuée par celle-ci depuis sa décision de classement du 4 mai 2018. En effet, ce n'est qu'à la suite d'un contrôle effectué par le SECO que la Caisse cantonale de chômage a demandé le 4 septembre 2019 à la Division juridique des ORP une nouvelle décision sur l'aptitude au placement de la recourante pour la période du 1^{er} mars 2016 au 28 février 2018. Après avoir reçu le courrier du 8 octobre 2019 de l'IJC, Division juridique des ORP, l'informant qu'une nouvelle décision d'aptitude au placement ne serait pas rendue, la Caisse cantonale de chômage a à nouveau interpellé la recourante le 14 octobre 2019 afin de savoir pourquoi elle avait répondu « NON » à la question «

Avez-vous travaillé chez un ou plusieurs employeurs » sur le formulaire « Indications de la personne assurée » (IPA).

In casu, le délai de prescription relatif d'un an prévu par l'art. 25 al. 2 LPGA était donc échu au moment où l'intimée a rendu sa décision de restitution du 18 novembre 2019. Cette dernière aurait en effet dû se rendre compte de son erreur lors de la réouverture du dossier au mois de janvier 2018, ou à tout le moins au moment de la décision de mai 2018, soit après l'instruction d'avril 2018. Il s'ensuit que la recourante ne doit pas restituer un montant de 32'182 fr. 10 pour des prestations versées à tort, la créance en restitution étant prescrite.

8. a) Pour être complet il convient de constater que la décision de classement du 4 mai 2018, par laquelle la Division juridique de la Caisse cantonale de chômage a informé la recourante qu'aucune suite n'allait être donnée à son interpellation du 17 avril 2018, paraît avoir tranché la question et être en force.

b) Les décisions et les décisions sur opposition formellement passées en force sont soumises à révision si la personne assurée ou l'assureur découvre subséquemment des faits nouveaux importants ou trouve des nouveaux moyens de preuve qui ne pouvaient être produits auparavant (révision procédurale ; art. 53 al. 1 LPGA). L'assureur peut également revenir sur de telles décisions, indépendamment des conditions mentionnées ci-avant, lorsqu'elles sont manifestement erronées et que leur rectification revêt une importance notable (reconsidération ; art. 53 al. 2 LPGA).

c) *In casu*, il n'existe aucun motif de révision procédurale (au sens de l'art. 53 al. 1 LPGA) ou de reconsidération (au sens de l'art. 53 al. 2 LPGA) justifiant de revoir la décision de classement rendue le 4 mai 2018 par la Caisse. Cela étant, les conditions pour justifier la demande de restitution font manifestement défaut.

9. a) Par surabondance, la recourante se prévaut de la protection de sa bonne foi. En effet, il est établi qu'à aucun moment cette dernière a voulu tromper la Caisse cantonale de chômage en vue de percevoir plus de prestations qu'elle aurait été en droit de percevoir ou encore cacher ses gains perçus en lien avec ses missions pour C._____. Elle en avait au contraire expressément informé la Caisse cantonale de chômage et son conseiller ORP, F._____, ainsi que le démontrait le courriel daté du 20 avril 2018 adressé par celui-ci à la responsable de la Division juridique de la Caisse cantonale de chômage. En fait, la seule erreur qui pourrait être éventuellement reprochée à la recourante consistait à avoir suivi à la lettre les instructions données par les employés de la Caisse cantonale de chômage lorsque ceux-ci lui avaient indiqué qu'elle ne devait reporter dans les formulaires IPA, en tant qu'activité professionnelle intermédiaire, que les activités susceptibles de dépasser son activité à 50 % en qualité de traductrice et de guide indépendante. Or, à ses yeux, il serait injuste dans le cas présent de lui reprocher un tel manquement. Elle estime en effet qu'elle était en droit de s'attendre à ce que des employés de la Caisse cantonale de chômage la renseignent correctement. D'autant plus que c'est la recourante qui a, à maintes reprises, posé la question mois après mois pour être certaine de remplir correctement son formulaire. A cela s'ajoute qu'elle était confrontée à des notions juridiques difficilement compréhensibles pour des personnes qui ne sont pas du métier.

b) aa) Ancré à l'art. 9 Cst. (Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 ; RS 101) et valant pour l'ensemble de l'activité étatique, le principe de la bonne foi exige que l'administration et les administrés se comportent réciproquement de manière loyale. En particulier, l'administration doit s'abstenir de tout comportement propre à tromper l'administré et elle ne saurait tirer aucun avantage des conséquences d'une incorrection ou insuffisance de sa part. A certaines conditions, le citoyen peut ainsi exiger de l'autorité qu'elle se conforme aux promesses ou assurances qu'elle lui a faites et ne trompe pas la confiance qu'il a légitimement placée dans celles-ci. De la même façon, le droit à la protection de la bonne foi peut aussi être invoqué en présence, simplement, d'un comportement de l'administration susceptible d'éveiller

chez l'administré une attente ou espérance légitime (ATF 131 II 627 consid. 6.1 ; ATF 129 II 361 consid. 7.1). Selon la jurisprudence, un renseignement ou une décision erronés de l'administration peuvent obliger celle-ci à consentir à un administré un avantage contraire à la réglementation en vigueur, à condition que l'autorité soit intervenue dans une situation concrète à l'égard de personnes déterminées, qu'elle ait agi ou soit censée avoir agi dans les limites de ses compétences et que l'administré n'ait pas pu se rendre compte immédiatement de l'inexactitude du renseignement obtenu. Il faut encore qu'il se soit fondé sur les assurances ou le comportement dont il se prévaut pour prendre des dispositions auxquelles il ne saurait renoncer sans subir de préjudice et que la réglementation n'ait pas changé depuis le moment où l'assurance a été donnée (ATF 141 V 530 consid. 6.2 ; 131 II 627 consid. 6.1 et les références citées). Plus largement, le principe de la bonne foi s'applique lorsque l'administration crée une apparence de droit, sur laquelle l'administré se fonde pour adopter un comportement qu'il considère dès lors comme conforme au droit (TF 6B_659/2013 du 4 novembre 2013 consid. 3.1 ; PIERRE MOOR/ALEXANDRE FLÜCKIGER/VINCENT MARTENET, Droit administratif, Volume I, 3e éd. Berne 2012, p. 929).

bb) Le devoir de conseil de l'assureur social au sens de l'art. 27 al. 2 LPGA comprend l'obligation d'attirer l'attention de la personne intéressée sur le fait que son comportement pourrait mettre en péril la réalisation de l'une des conditions du droit aux prestations (ATF 131 V 472 consid. 4.3). Les conseils ou renseignements portent sur les faits que la personne qui a besoin de conseils doit connaître pour pouvoir correctement user de ses droits et obligations dans une situation concrète face à l'assureur. Le devoir de conseil s'étend non seulement aux circonstances de faits déterminantes, mais également aux circonstances de nature juridique. Son contenu dépend entièrement de la situation concrète dans laquelle se trouve l'assuré, telle qu'elle est reconnaissable pour l'administration (TF 9C_287/2017 du 22 août 2017 consid. 5.1 ; TF 8C_66/2009 du 7 septembre 2009 consid. 8.3 non publié, *in* ATF 135 V 339 ; ULRICH MEYER, Grundlagen, Begriff und Grenzen der Beratungspflicht

der Sozialversicherungsträger nach Art. 27 Abs. 2 ATSG, in Sozialversicherungsrechtstagung 2006, n° 35 p. 27).

Le défaut de renseignement dans une situation où une obligation de renseigner est prévue par la loi, ou lorsque les circonstances concrètes du cas particulier auraient commandé une information de l'assureur, est assimilé à une déclaration erronée qui peut, sous certaines conditions, obliger l'autorité (en l'espèce l'assureur) à consentir à un administré un avantage auquel il n'aurait pu prétendre, en vertu du principe de la protection de la bonne foi découlant de l'art. 9 Cst. (ATF 131 V 472 consid. 5).

c) Dans le cas présent, la recourante peut se prévaloir d'un renseignement ou d'une décision erronée de l'intimée qui obligerait celle-ci, en vertu du principe de la protection de la bonne foi, à lui consentir un avantage contraire à la réglementation en vigueur. En effet, au vu des instructions données par les employés de la Caisse cantonale de chômage qui lui ont indiqué qu'elle ne devait reporter dans les formulaires IPA, en tant qu'activité professionnelle intermédiaire, que les activités susceptibles de dépasser son activité à 50 % en qualité de traductrice et de guide indépendante, et de la décision erronée de l'autorité intimée qui a créé une apparence de droit, sur laquelle la recourante s'est fondée pour adopter un comportement qu'elle considérait comme conforme au droit.

10. Compte tenu de l'issue du litige, il ne se justifie pas de donner suite aux mesures d'instruction complémentaire requises par la recourante au terme de ses écritures.

11. a) Le recours doit être admis et la décision de restitution du 18 novembre 2019, confirmée sur opposition le 4 décembre 2020, annulée.

b) Il n'y a pas lieu de percevoir de frais judiciaires (art. 61 let. f^{bis} LPGA).

c) Vu le sort de ses conclusions, la recourante a droit à une indemnité de dépens à titre de participation aux honoraires de son conseil (art. 61 let. g LPGA). Il convient d'arrêter cette indemnité à 2'500 fr., débours et TVA compris (art. 10 et 11 TFJDA [tarif du 28 avril 2015 des frais judiciaires et des dépens en matière administrative ; BLV 173.36.5.1]), et de la mettre intégralement à la charge de l'intimée.

**Par ces motifs,
la Cour des assurances sociales
prononce :**

- I.** Le recours est admis.
- II.** La décision sur opposition rendue le 4 décembre 2020 par la Caisse cantonale de chômage est annulée.
- III.** Il n'est pas perçu de frais judiciaires.
- IV.** La Caisse cantonale de chômage versera à M. _____ une indemnité de 2'500 fr. (deux mille cinq cents francs) à titre de dépens.

La présidente :

Le greffier :

Du

L'arrêt qui précède, dont la rédaction a été approuvée à huis clos, est notifié à :

- Me Maxime Darbellay (pour M. _____),
- Caisse cantonale de chômage, Division juridique,
- Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO),

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).

Le greffier :

