

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Arrêt du 18 novembre 2009

Présidence de Mme DI FERRO DEMIERRE, juge unique
Greffier : M. Greuter

Cause pendante entre :

X. _____, à [...] (VD), recourante, représentée par Me S. _____, avocate
à Lausanne,

et

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

Art. 24 et 95 al. 1 LACI; 41a OACI; 25 LPGA

E n f a i t :

A. L'assurée X. _____ a bénéficié de l'ouverture d'un nouveau délai-cadre d'indemnisation à partir du 2 octobre 2006 auprès de la Caisse cantonale de chômage (ci-après: la caisse).

Dès le 1^{er} mars 2008, l'assurée a été engagée à 50% par l'entreprise [...] SA à [...], pour un revenu brut fixé à 2'900 fr. Il est précisé dans son contrat que l'assurée peut être amenée à effectuer un plein temps, ceci contre rémunération complémentaire ou reprise des heures en congé. Conformément aux attestations de l'employeur des mois de mars à mai 2008, la caisse a tenu compte du revenu de 2'900 fr. tel qu'il avait été annoncé, ainsi que du 13^e salaire. Toutefois, suite à la réception des fiches de salaires des mois d'avril à juin 2008 en date du 16 juin 2008 qui indiquaient le versement d'heures supplémentaires, la caisse a pris contact avec l'employeur qui lui a confirmé que les heures supplémentaires de mars 2008 avaient été payées en avril 2008, celles d'avril et de mai 2008 en juin 2008. L'employeur a également confirmé que les vacances prises au mois de mai 2008 n'étaient pas une compensation des heures supplémentaires effectuées. Il ressortait des attestations de gain intermédiaire des mois de mars, avril et mai 2008 que l'assurée avait effectué des heures supplémentaires. Toutefois, il n'était pas précisé si ces heures avaient été rémunérées ou compensées.

Par décision du 30 juin 2008, la caisse a demandé la restitution de la somme de 3'445 fr. 15 versée à tort, ceci en application des art. 94 et 95 al. 1 LACI (loi fédérale du 25 juin 1982 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité; RS 837.0) ainsi que de l'art. 25 LPGA (loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales; RS 830.1). La caisse explique qu'il a été tenu compte d'un salaire de 2'900 fr. + 13^e salaire pour les mois de mars à mai 2008. Or, il est apparu que son employeur a payé des heures supplémentaires au mois d'avril et de juin 2008 pour un montant brut de 1'331 fr. 80. Ces heures supplémentaires rémunérées devant être prises

en compte, il est demandé restitution, compte tenu du fait que, pour les mois de mars à mai 2008, le gain intermédiaire de l'assurée est supérieur au gain assuré.

Par acte du 15 juillet 2008, l'assurée, par le biais de son conseil, Me S._____, a fait recours à l'encontre de la décision de restitution. Elle explique que bien que son salaire mensuel soit effectivement de 2'900 fr., son contrat de travail précise que "pendant les périodes de vacances ou maladie de la titulaire, Mme X._____ accepte de modifier son horaire et d'assumer une activité à 100%, ceci contre contribution complémentaire ou reprise des heures en congé". Elle admet avoir effectué des heures supplémentaires durant les mois de mars à mai 2008, mais indique les avoir mentionnées sur ses attestations de gain intermédiaire. Tout d'abord, elle estime que le montant réclamé ne correspond pas à la réalité, puisqu'au vu des heures supplémentaires effectuées, elle devrait restituer au plus 1'664 fr. 65. Elle n'estime n'avoir pas caché ces faits et être de bonne foi. En outre, au vu de sa situation financière, elle ne peut pas rembourser ce montant.

Par décision sur opposition du 19 septembre 2008, la caisse a confirmé sa décision du 30 juin 2008.

B. Par acte du 16 octobre 2008, X._____ a recouru contre la décision sur opposition du 19 septembre 2008. Elle conclut à ce que le recours soit admis et la décision entreprise annulée de telle sorte qu'elle n'ait rien à rembourser à la caisse, subsidiairement à ce que la cause soit renvoyée à l'autorité intimée pour nouvelle décision.

La recourante ne conteste pas qu'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 (art. 24 LACI) et que la perte de gain correspond à la différence entre le gain assuré et le gain intermédiaire réalisé pendant une période de contrôle. Cependant, elle soutient que cette règle générale prônée par l'autorité intimée est difficilement applicable dans le cas

d'espèce puisque l'employeur ne payait les heures supplémentaires que dans la mesure où elles n'avaient pas pu être compensées au cours des mois suivants. Pour la recourante, il en résulte un calcul rétroactif suivant:

Revenu brut avec heures supplémentaires selon le principe de la survenance	salaire brut réellement touché (décompte de salaire)
en mars 3'516 fr. 90 (2'900 fr. + 493 fr. 55 + 123 fr. 35)	2'900 fr.
en avril 3'738 fr. 25 (2'900 fr. + 336 fr. 25)	3'393 fr.
en mai 3'109 fr. 50 (2'900 fr. + 209 fr. 50)	2'900 fr.

La recourante soutient que les montants relevés par l'autorité intimée dans la décision entreprise de 3'635 fr. 20 pour mars, 3'623 fr. 15 pour avril et 3'498 fr. 40 pour mai sont sans motivation et sans fondement au dossier, donc faux ou arbitraires. La restitution demandée (3'445 fr. 15) ne correspond pas au gain complémentaire acquis par la recourante grâce à des heures supplémentaires rémunérées (1'664 fr. 65 en réalité ou 1'331 fr. 80 selon la première décision). Ainsi, l'autorité intimée semble vouloir répéter l'ensemble de ses prestations versées en mars, avril et mai 2008. Pourtant pendant ces mois, la recourante n'a jamais obtenu un salaire équivalent à l'indemnité chômage (3'456 fr. 60) et l'a obtenu deux fois si l'on applique le principe de la survenance avec effet rétroactif. De ce point de vue-là, les prétentions de la caisse ne sont pas motivées et le montant à rembourser dans tous les cas de figure faux et excessif.

En outre, la recourante retient que pour justifier sa décision, l'autorité intimée invoque l'art. 53 al. 2 LPGA selon laquelle l'assureur peut revenir sur ses décisions formellement passées en force lorsqu'elles sont manifestement erronées et que leur rectification revêt une importance

notable. En d'autres termes, selon elle, l'autorité admet que ses décisions mensuelles étaient entrées en force. Or, la recourante soutient que, si on veut assurer un minimum de sécurité juridique et de confiance dans l'activité des organes des différentes assurances sociales, une décision ne peut être qualifiée de manifestement erronée que si son absence de fondement saute aux yeux de chacun ou si l'erreur de frappe ou de nom est évidente. Ce qui n'est, à son sens, pas le cas ici puisqu'elle n'a absolument rien compris à ce qui se passait et que l'autorité intimée avance des raisonnements, des calculs et des allégations incohérents. La condition cumulative d'importance notable n'est pas non plus remplie s'agissant d'indemnité mensuelle de quelque mille francs à l'encontre d'une personne vivant avec moins de 3'500 fr. et ceci pendant trois mois.

Dans sa réponse du 26 novembre 2008, la caisse s'en remet à jugement du tribunal de céans. Elle estime cependant qu'en l'espèce, non seulement le salaire mensuel brut de base et la part du 13^e salaire, mais également les heures supplémentaires effectuées par la recourante et payées par l'employeur devaient être pris en compte dans la détermination du gain intermédiaire. Elle précise en outre que selon le Code des obligations, les heures supplémentaires sont rémunérées à 125%.

Dans sa réplique du 20 janvier 2009, la recourante soutient qu'en procédure de recours comme lors des contacts directs, l'autorité intimée n'a jamais jugé utile de l'informer sur les documents que fournissait l'employeur et sur les conséquences de son décompte *a posteriori* sur le paiement des indemnités. Elle lui a encore moins expliqué les systèmes alors que, si elle les avait sus et compris, elle aurait pu agir en conséquence. En application de l'art. 26 LPGa, les organes des assurances sociales sont pourtant tenus de renseigner les personnes sur leurs droits et leurs obligations. Pourtant dans le cas particulier, la recourante soutient s'être inquiétée du montant des indemnités et que la caisse de chômage lui avait répondu qu'il s'agissait du 13^e salaire, ce qui, selon la recourante, s'est révélé plus que faux; elle renvoie à cet égard à son courrier du 10 juillet 2008.

Informée du procédé de [...] SA et expressément interrogée par la recourante, l'autorité intimée aurait dû, selon cette dernière, l'informer sur les conséquences des heures supplémentaires et rectifier le cas échéant les calculs. La recourante se prévaut de la sanction de la violation de l'art. 27 LPGA, selon laquelle l'assurée doit être traitée comme si elle avait reçu le renseignement exact, afin d'obtenir l'annulation de la restitution requise par la caisse.

Dans sa duplique du 6 février 2009, la caisse déclare s'en remettre au jugement du tribunal de céans.

E n d r o i t :

1. a) La loi cantonale vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative (LPA-VD; RSV 173.36), entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2009 et qui s'applique aux recours et contestations par voie d'action dans le domaine des assurances sociales (art. 2 al. 1 let. c LPA-VD), est immédiatement applicable dans la présente cause (voir la disposition transitoire de l'art. 117 al. 1 LPA-VD). La Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal, qui succède au Tribunal des assurances, est compétente pour statuer (art. 93 al. 1 let. a LPA-VD).

b) La contestation porte sur la restitution d'indemnités versées durant trois mois (mars à mai 2008). La valeur litigieuse est dès lors manifestement inférieure à 30'000 fr., que l'on considère qu'elle ne peut s'élever au-delà de 3'445 fr. 15, soit à la somme des indemnités versées pour les mois de mars, avril et mai 2008. Cela étant, la cause est de la compétence du juge instructeur statuant en tant que juge unique (cf. art. 94 al. 1 let. a LPA-VD).

c) Le recours, interjeté dans le délai légal de trente jours dès la notification de la décision sur opposition attaquée, est recevable au regard des art. 56 à 60 LPGA (loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie

générale du droit des assurances sociales; RS 830.1), laquelle loi est applicable en vertu de l'art. 1 al. 1 de la loi fédérale du 25 juin 1982 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité (LACI; RS 837.0).

2. a) En tant qu'autorité de recours contre des décisions prises par des assureurs sociaux, le juge des assurances sociales ne peut, en principe, entrer en matière – et le recourant présenter ses griefs – que sur les points tranchés par cette décision; de surcroît, dans le cadre de l'objet du litige, le juge ne vérifie pas la validité de la décision attaquée dans son ensemble, mais se borne à examiner les aspects de cette décision que le recourant a critiqués, exception faite lorsque les points non critiqués ont des liens étroits avec la question litigieuse (cf. ATF 125 V 413, consid. 2c; ATF 110 V 48, consid. 4a; RCC 1985 p. 53).

b) En l'espèce, la recourante admet avoir effectué des heures supplémentaires durant la période litigieuse, mais conteste devoir restituer les indemnités perçues dans la mesure exigée par la caisse en raison du fait que son gain intermédiaire est, à son sens et à la différence de ce que soutient la caisse, inférieur au 70% du gain assuré (cf. consid. 3 infra). En outre, elle soutient que la caisse a violé son obligation de renseignement, de sorte que celle-ci n'est pas en droit d'exiger quelque restitution que ce soit (cf. consid. 4 infra).

3. 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 (al. 3).

Le Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO) a précisé dans sa Circulaire relative à l'indemnité de chômage (ci-après: IC 2007) que le gain

intermédiaire est calculé normalement sur le total du revenu réalisé pendant la période de contrôle. Y entrent le salaire de base, les indemnités pour jours fériés et autres éléments constitutifs du salaire auxquels l'assuré a droit, tel le 13^e salaire, les gratifications, commissions, allocations de résidence, allocation de renchérissement, supplément pour travail de nuit, travail du dimanche, travail en équipes, service de piquet, si l'assuré touche normalement ces suppléments en raison de la nature de ses activités ou de son horaire de travail. L'indemnité de vacances versée en plus du salaire de base n'est prise en compte comme gain intermédiaire qu'au moment où l'assuré prend effectivement ses vacances (IC 2007, C 125). Le 13^e salaire et les gratifications sont répartis proportionnellement sur les périodes de contrôle où l'assuré a réalisé un gain intermédiaire (IC 2007, C 126).

En outre, selon l'art. 41a OACI (ordonnance du 31 août 1983 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité; RS 837.02), lorsque l'assuré réalise, dans le cadre d'un gain intermédiaire, un revenu inférieur à son indemnité de chômage, il a droit à des indemnités compensatoires. Est réputée perte de gain la différence entre le gain assuré et le gain intermédiaire réalisé dans une période de contrôle pour autant que ce dernier atteigne au moins le tarif usuel pour ce genre de travail dans la profession et la localité. Le revenu provenant d'un gain intermédiaire est pris en compte dans chaque période de contrôle pendant laquelle la prestation de travail est fournie (principe de survenance). La date à laquelle l'assuré a réalisé sa créance est sans importance (IC 2007, C 133).

b) En l'occurrence, la recourante a perçu une indemnisation pour ses heures supplémentaires. Bien que celles-ci aient effectivement été indiquées dans ses attestations de gain intermédiaire, la caisse n'en a pas tenu compte car le salaire versé correspondait à celui convenu dans le contrat de travail. Ce dernier précisant que les heures supplémentaires pouvaient être compensées par un congé, la caisse n'a donc pas calculé un revenu fictif pour celles-ci. Toutefois, ces heures supplémentaires ayant

été finalement rémunérées, la caisse en a tenu compte dans les périodes auxquelles elles se rapportent selon le principe de survenance.

Il s'agit ainsi d'examiner si le montant de 3'445 fr. 15 est correct. Ainsi que l'a expliqué la caisse dans la décision litigieuse, le montant du gain intermédiaire des mois de mars à mai 2008, une fois les heures supplémentaires prises en compte, est supérieur au gain assuré. De ce fait, l'intégralité de la compensation versée pendant ces mois a été réclamée en restitution, aucune compensation ne pouvant être versée lorsque le gain intermédiaire est supérieur au gain assuré. Le 70% de son gain assuré s'élève à 3'456 fr. 60, montant moyen que l'assurée peut recevoir à titre d'indemnisation par l'assurance-chômage.

Il faut prendre en compte, à titre de gain intermédiaire, non seulement le salaire mensuel brut de base (2'900 fr.) et la part du 13^e salaire (241 fr. 65) mais également les heures supplémentaires effectuées par la recourante et payées par l'employeur. Selon les indications de l'employeur et les fiches de salaire versées au dossier, la recourante a perçu au mois d'avril 2008, le montant brut de 493 fr. correspondant au paiement de 100% de 14 heures 72 supplémentaires effectuées au cours du mois de mars 2008. Il ressort de la fiche de salaire du mois de juin 2008, que la recourante a reçu la somme brute de 838 fr. 25, relative au paiement de 100% de 25 heures supplémentaires. Selon explications fournies par l'employeur et selon les données ressortant des "attestations de gain intermédiaires" de ces mois, ces 25 heures supplémentaires représentent en réalité 14 heures 36 du mois d'avril 2008 et 10 heures 64 du mois de mai 2008. Le solde des heures supplémentaires sera pris en temps libre ou payé au terme du contrat de travail, soit le 31 août 2008. Selon le code des obligations, les heures supplémentaires sont rémunérées à 125%. Il ressort des fiches de salaire, que l'employeur a payé dans un premier temps ces heures à 100%, puis en juin 2008 a versé le 25% restant. Il faut dès lors retenir un supplément de 25%, versé pour les trois mois litigieux, qui doit être considéré comme faisant partie intégrante du gain intermédiaire. Le calcul des montants à considérer comme des gains intermédiaires réalisés durant les mois litigieux (mars,

avril et mai 2008), compte tenu des heures supplémentaires, est par conséquent le suivant:

- Mars: 2'900 fr. (base) + 241 fr. 65 (part du 13^e) + 493 fr. 55 (100% de 14h72) + 123 fr. 35 (25% de 14h72) = 3'758 fr. 55;
- Avril: 2'900 fr. (base) + 241 fr. 65 (part du 13^e) + 481 fr. 50 (100% de 14h36) + 120 fr. 35 (25% de 14h36) = 3'743 fr. 50; et
- Mai: 2'900 fr. (base) + 241 fr. 65 (part du 13^e) + 356 fr. 75 (100% de 10h64) + 89 fr. 15 (25% de 10h64) = 3'587 fr. 55.

Dans les trois cas, le montant du gain intermédiaire est supérieur au montant de 3'456 fr. 60, correspondant au 70% du gain assuré. Dès lors, conformément aux art. 24 LACI et 41a OACI, la recourante n'a pas subi, en l'espèce, de perte de gain, de sorte qu'elle n'avait pas droit à une indemnité au sens de l'art. 24 al. 1 LACI. En ce qui concerne la quotité du montant à restituer, il s'agit de la différence entre les montants que la caisse a versés dans un premier temps, soit en dates des 3 avril, 6 mai et 4 juin 2008, et les montants qui auraient dus être réellement versés, soit zéro francs. Selon les décomptes rectificatifs fournis par la caisse, ces montants versés à tort durant ces mois s'élèvent respectivement à 1'051 fr. 05 (mars), 1'197 fr. 05 (avril) et 1'197 fr. 05 (mai), soit un total de 3'445 fr. 15. Reste à examiner si la caisse était légitimée à demander la restitution de la somme de 3'445 fr. 15. L'art. 95 al. 1 LACI renvoie à l'art. 25 LPGA qui dispose que la caisse est tenue d'exiger du bénéficiaire la restitution des prestations de l'assurance-chômage auxquelles il n'avait pas droit.

4. En vertu d'un principe général du droit des assurances sociales, l'administration peut reconsidérer une décision formellement entrée en force pour autant que celle-ci n'ait pas été réexaminée quant au fond par un juge, si elle est manifestement erronée et si sa modification revêt une importance notable (ATF 122 V 368, consid. 3, et les renvois), étant précisé que le versement opéré par la caisse a valeur de décision. Une décision est manifestement erronée lorsqu'elle va à l'encontre des prescriptions légales ou de la jurisprudence bien établie des tribunaux ou lorsqu'elle découle de prescriptions fausses ou incomplètes. La

rectification revêt une importance notable en fonction du montant des prestations en cause, mais la jurisprudence a précisé que le caractère important d'une rectification ne peut être déterminé sur la base d'un montant maximum fixé de manière générale; il a toutefois été jugé qu'une créance en restitution d'un montant de 706 fr. était suffisamment importante (DTA 2000 n°40 p. 208; Tribunal administratif du canton de Vaud, arrêt PS.2002.0076).

La demande de restitution de prestations versées à tort représente en fait la "reconsidération" d'une décision formellement entrée en force aux conditions posées par l'art. 53 al. 2 LPGA qui dispose que "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". Parmi ces conditions ne figure pas l'exigence d'un fait nouveau, ni l'examen de la bonne foi de l'assuré. En effet, si la loi exigeait un fait nouveau à l'origine de toute demande de restitution, la caisse n'aurait aucun moyen de corriger ses erreurs. Or, c'est précisément ce que permet l'art. 25 al. 1 LPGA. Quant à la bonne foi, elle est examinée lors d'une demande de remise de l'obligation de restituer uniquement.

De plus, aux termes de l'art. 25 al. 2 LPGA, "le droit de demander la restitution 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". Le délai de péremption d'une année pour réclamer la restitution commence à courir dès le moment où la caisse de chômage 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 122 V 275, consid. 5a; Tribunal administratif du canton de Vaud, arrêt PS.2004.0200). A la lumière de ce qui précède, la caisse était légitimée à réclamer la restitution des indemnités perçues à tort au mois de mars à mai 2008. En effet, la décision litigieuse porte sur une erreur manifeste, à savoir la prise en compte d'un gain intermédiaire erroné. En outre, le montant de la créance en restitution est important au vu de la

jurisprudence précitée. Finalement, la demande de restitution intervient dans le délai légal requis.

5. Dans sa réplique, la recourante soutient que la caisse a violé son obligation de renseigner en n'informant pas l'assurée sur les documents que fournissaient l'employeur et sur les conséquences de son décompte *a posteriori* sur le paiement des indemnités.

a) A teneur de l'art. 27 LPGA, les assureurs et les organes d'exécution des diverses assurances sociales sont tenus, dans les limites de leur domaine de compétence, de renseigner les personnes intéressées sur leurs droits et obligations (al. 1). Par ailleurs, chacun a le droit d'être conseillé, en principe gratuitement, sur ses droits et obligations; sont compétents pour cela les assureurs à l'égard desquels les intéressés doivent faire valoir leurs droits ou remplir leurs obligations (al. 2). Dans le domaine de l'assurance-chômage, ces principes sont concrétisés à l'art. 19a OACI, en vertu duquel les organes d'exécution renseignent les assurés sur leurs droits et obligations, notamment sur la procédure d'inscription et leur obligation de prévenir et d'abréger le chômage (al. 1).

Le devoir d'information institué par l'art. 27 al. 1 LPGA porte sur les droits et devoirs des personnes concernées; il doit leur permettre d'accomplir les démarches qui s'imposent à eux (Kieser, ATSG-Kommentar, Zurich/Bâle/Genève 2003, §§ 7-9 *ad* art. 27, p. 317). Cette disposition doit être comprise comme une obligation générale et permanente de renseigner, indépendante de la formulation d'une demande par les personnes intéressées, obligation qui peut notamment être satisfaite par le biais de brochures, fiches ou instructions (TFA C 44/05 du 19 mai 2006, consid. 3.2, qui renvoie à FF 1999 V [*recte*: IV] p. 4229). Le but de cette disposition est double: préserver l'existence matérielle d'individus après la survenance d'un risque assuré, d'une part, et limiter le phénomène de l'exclusion dont les composantes tiennent à la fois à l'ignorance par l'assuré de ses droits et à la complexité croissante des formalités administratives, d'autre part (Kieser, *op. cit.*, § 7 *ad* art. 27, p. 317; Locher, Grundriss des Sozialversicherungsrechts, 3^e éd., Berne 2003,

p. 430). Ainsi, le devoir d'informer l'assuré lorsque celui-ci est manifestement incapable de comprendre seul la loi, voire en ignore l'existence, découle du principe de la bonne foi qui, appliqué à l'autorité, a la portée d'une garantie constitutionnelle (Spira, Du droit d'être renseigné et conseillé par les assureurs et les organes d'exécution des assurances sociales, *in* SZS 2001 pp. 530-531; Tribunal administratif du canton de Vaud, arrêt PS.2006.0124, consid. 2a/aa).

En vertu de ce principe, l'administration est, malgré un texte légal contraire, liée par les renseignements inexacts qu'elle fournit à l'administré, et *a fortiori* par les assurances qu'elle lui donne: elle sera tenue de s'y conformer ou de réparer de quelque autre manière le préjudice subi par celui qui s'est fié à ce qu'elle a dit. Ainsi, en créant une apparence de droit sur laquelle l'administré se fonde pour adopter un comportement qu'il considère dès lors comme conforme au droit, l'autorité est liée par les conséquences qui peuvent être raisonnablement déduites de son activité ou de sa passivité; elle sera liée si l'administré, sachant qu'elle au courant, peut de bonne foi conclure de son mutisme qu'elle considère la situation comme régulière (Moor, Droit administratif, 2^e éd., Berne 1994, vol. I, ch. 5.3.2.1 et 5.3.2.2, pp. 430-433; cf. également TFA C 335/05 du 14 juillet 2006, consid. 2.2, et les références).

L'art. 27 al. 2 LPGA prévoit quant à lui un droit individuel à être conseillé sur ses droits et devoirs. Constituant le pendant de l'obligation générale de renseigner instituée par l'al. 1 de ce même article, il doit permettre à l'assuré d'obtenir des réponses précises aux questions concernant sa situation particulière. Outre les cas où le devoir de conseil est expressément prévu par la loi (cf. art. 21 al. 4, 23 al. 3 et 43 al. 3 LPGA), son application peut s'étendre à différentes situations. Il s'agit par exemple de faire en sorte que l'assuré puisse avoir connaissance d'une diminution ou d'une suppression de ses prestations. Il devrait également être rendu attentif au fait que les prestations pourraient être frappées par la prescription (SVR 1999 ALV n° 6). Dans le cadre d'une procédure portant sur le retrait de prestations, l'assureur pourrait encore être amené à devoir rendre le recourant attentif au fait qu'il continue à devoir

satisfaire aux prescriptions de contrôle, de façon à ce qu'il ne soit pas forclos en cas de succès du recours. De manière générale, le devoir de conseiller peut également porter sur la possibilité de solliciter une décision, de la contester, de réclamer le versement d'une provision ou une prolongation de délai (Kieser, *op. cit.*, §§ 13-17 *ad art.* 27, pp. 319-320; Tribunal administratif du canton de Vaud, arrêt PS.2006.0124, consid. 2a/ab). De l'avis de plusieurs auteurs, le but du conseil visé à l'art. 27 al. 2 LPGA est ainsi de permettre à la personne intéressée d'adopter un comportement dont les effets juridiques cadrent avec les exigences posées par le législateur pour que se réalise le droit à la prestation (cf. TFA C 44/05 du 19 mai 2006, consid. 3.3 *in fine*, et les références).

b) En l'espèce, on peine à comprendre en quoi l'intimée aurait violé son devoir de renseigner en ce qui concerne les documents que fournissait l'employeur. Pour la détermination du gain intermédiaire, comme pour le calcul du gain assuré, on applique en règle ordinaire le principe selon lequel un revenu est réputé avoir été réalisé au moment où l'assuré a fourni la prestation de travail rémunératoire (ATF 122 V 371, consid. 5b; DTA 2003 n° 24 p. 246, consid. 2). En l'occurrence, la recourante a perçu une indemnisation pour ses heures supplémentaires. Bien que celles-ci aient effectivement été indiquées dans ses attestations de gain intermédiaire, la caisse n'en a pas tenu compte car le salaire versé correspondait à celui convenu dans le contrat de travail. Ce dernier précisant que les heures supplémentaires pouvaient être compensées par un congé, la caisse n'a donc pas calculé un revenu fictif pour celles-ci. A ce moment-là, elle ne pouvait pas savoir que les heures supplémentaires ne seraient pas compensées par des congés, mais finalement rémunérées.

Autre est la question de la bonne foi de la recourante, qui ne peut être examinée dans le cadre du présent litige, mais sera appréciée, cas échéant, lors de la demande de remise que la recourante peut déposer auprès de la caisse. En effet, lorsque la présente décision sera entrée en force, l'assurée pourra, conformément à l'art. 4 OPGA (ordonnance du 11 septembre 2002 sur la partie générale du droit des assurances sociales; RS 830.11) demander à la caisse, la remise de

l'obligation de restituer le montant demandé par la caisse, en application des art. 95 al. 1 LACI, 25 LPGA et 4 OPGA. En effet, l'art. 4 OPGA prévoit que la restitution entière ou partielle des prestations allouées indûment, mais reçues de bonne foi, ne peut être exigée si l'intéressé se trouve dans une situation difficile (al. 1).

6. Il résulte de ce qui précède que c'est à bon droit que la caisse a demandé à la recourante la restitution des indemnités versées à tort pour les mois de mars, avril et mai 2008, pour un total de 3'445 fr. 15. Dès lors, le recours, mal fondé, doit être rejeté et la décision attaquée confirmée.

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, la recourante n'obtenant pas gain de cause (art. 61 let. g LPGA; art. 55 LPA-VD).

**Par ces motifs,
le juge unique
prononce :**

- I.** Le recours est rejeté.
- II.** La décision attaquée est confirmée.
- III.** Il n'est pas perçu de frais judiciaires ni alloué de dépens.

Le juge unique:

Le greffier:

Du

L'arrêt qui précède est notifié à:

- Me S. _____ (pour X. _____),
- Caisse cantonale de chômage, Division juridique,
- Secrétariat d'Etat à l'économie,

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: