

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Arrêt du 17 mai 2018

Composition : Mme BRÉLAZ BRAILLARD, juge unique
Greffière : Mme Berseth Béboux

Cause pendante entre :

M. _____, à [...], recourante, représentée par Me Christophe Misteli,
avocat à Vevey,

et

CAISSE CANTONALE DE CHÔMAGE, à Lausanne, intimée.

**Art. 9 Cst. ; art. 25 LPGA ; art. 23 al. 3, 24 et 95 LACI ; art. 41a al.
1 OACI**

E n f a i t :

A. **a)** M. _____ (ci-après : l'assurée ou la recourante), né en [...], a sollicité l'octroi d'indemnités de chômage dès le 12 novembre 2013. Elle s'est inscrite auprès de l'Office régional de placement [...] (ci-après : l'ORP) comme demandeuse d'emploi au taux de 80%.

Aux termes des renseignements fournis par l'assurée à la Caisse cantonale de chômage (ci-après : la caisse ou l'intimée) dans le cadre de l'instruction de sa demande d'indemnités, elle a travaillé du 7 juin 2010 au 31 janvier 2013 pour le compte du R. _____ en qualité d'« employée libre service » à 80%. Accidentée le 17 août 2012, elle a présenté une incapacité de travail entière dès cette date jusqu'au 10 novembre 2013. Puis, dès le 11 novembre 2013, elle a alterné des périodes de capacité de travail, d'incapacité à 100% et d'incapacité à 50%. La Caisse nationale suisse d'assurance en cas d'accidents (CNA) a pris le cas en charge. Le 24 janvier 2013, l'assurée a déposé une demande de prestations auprès de l'Office de l'assurance-invalidité pour le canton de Vaud (OAI), qui lui a alloué un un quart de rente dès le 1^{er} août 2013.

La caisse a mis l'assurée au bénéfice d'un délai-cadre d'indemnisation couvrant la période du 12 novembre 2013 au 11 novembre 2015 et a régulièrement indemnisé l'intéressée, jusqu'au 24 mars 2015, date à laquelle elle a épuisé les 260 indemnités auxquelles elle avait droit.

b) Dans le cadre d'un contrôle en matière de lutte contre le travail au noir, la caisse a appris que l'assurée avait travaillé pour le compte de la P. _____ durant les mois au cours desquels elle avait obtenu des indemnités de chômage. Le 21 janvier 2016, la caisse est entrée en possession du compte individuel de l'assurée, duquel il ressortait que des cotisations avaient été versées de juillet 2013 à décembre 2015 par l'employeur « [...] ». Interpellée le 25 janvier 2016 par la caisse, la P. _____ a fait savoir que l'assurée travaillait depuis le

1^{er} juillet 2013 en qualité de concierge, à raison de 8,5 heures par semaine, pour un salaire mensuel brut de 1'300 francs.

Invitée par la caisse à se prononcer sur ces éléments, l'assurée a répondu le 2 mars 2016 en ces termes :

- « - Entendu que je suis inscrite au chômage à un taux de 80%
- Entendu que mes recherches d'emploi sont à un taux maximum de 80%
- Entendu que je reçois des indemnités calculées sur la base de mon taux à 80%
- Entendu que ma conseillère, Mme X._____, était au courant de la situation
- Considérant que les 20% restant de mon taux d'activité est indépendant du taux d'occupation considéré par votre caisse.

Je ne considère donc pas en l'état des faits exposés que je suis en tort avec votre décision ; je pensais sincèrement et en toute honnêteté, surtout après ma conversation avec ma conseillère ORP, que mes déclarations étaient conformes aux règlements en vigueur. »

Par décision du 4 avril 2016, la caisse a requis de l'assurée le remboursement du 14'462 fr. 95, correspondant à des indemnités versées à tort du 11 novembre 2013 au 24 mars 2015. Elle a exposé que les revenus réalisés auprès de la P._____ durant toute cette période constituaient des gains intermédiaires qui auraient dû lui être annoncés pour être pris en considération dans le calcul de l'indemnité de chômage. La caisse a au surplus retiré l'effet suspensif à une éventuelle opposition.

Dans une décision sur opposition du 6 avril 2017, la caisse a confirmé l'obligation de restituer dans son principe, tout en réduisant le montant réclamé à 14'395 fr. 20, après correction d'une erreur de calcul relative aux mois d'avril et mai 2015. La caisse a en particulier retenu que les revenus réalisés par l'assurée par le biais de son emploi de conciergerie ne pouvaient pas être qualifiés de gains accessoires, mais constituaient des gains intermédiaires, à prendre en compte dans le calcul de l'indemnisation. Elle a également estimé que son droit à demander la restitution des prestations indues n'était pas frappé de péremption. Elle a en outre précisé qu'en fonction de la variation de la capacité de travail de l'assurée et des prestations allouées par d'autres assureurs sociaux, son gain assuré s'élevait à 1'504 fr. pour les mois de novembre 2013 à mars

2014, à 3'008 fr. pour les mois d'avril à août 2014 puis février 2015, à 2'811 fr. pour le mois de mars 2015 et à 2'143 fr. pour les mois d'avril et mai 2015. La caisse a au demeurant refusé de restituer l'effet suspensif à l'opposition formée par l'assurée.

B. **a)** Par acte du 22 mai 2017, représenté par Me Christophe Misteli, M. _____ a recouru auprès de la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal contre la décision précitée, dont elle a conclu à la réforme en ce sens qu'elle ne soit pas tenue au remboursement des prestations versées. Subsidiairement, elle a demandé l'annulation de la décision entreprise et le renvoi de la cause à la caisse pour complément d'instruction et nouvelle décision. Au titre de mesure d'instruction complémentaire, la recourante a requis l'audition de sa conseillère ORP, X. _____, ainsi que la production du dossier complet de l'ORP. A l'appui de sa contestation, la recourante soutient que le gain réalisé auprès de la P. _____ constitue un gain accessoire et ne doit à ce titre pas réduire son droit à l'indemnité. Elle se fonde en cela sur un arrêt de la Cour de céans, qui avait estimé que le revenu de l'activité de concierge déployé à 25% par un assuré devait être considéré comme un gain accessoire et échappait à la logique de l'indemnisation (cause ACH 58/14 - 163/2016 du 9 septembre 2016). La recourante conteste ensuite le montant réclamé par la caisse, estimant que si restitution il devait y avoir, elle ne pourrait porter que sur la somme de 7'581 fr. 39, au lieu des 14'395 fr. 20 exigés par l'intimée. La recourante soutient encore que le droit de la caisse à réclamer la restitution de prestation est atteint de péremption, dès lors que la conseillère ORP a d'emblée été mise en courant de l'exercice de l'activité de conciergerie. Cela étant, le délai de péremption d'un an a commencé à s'écouler au mois de novembre 2013 déjà. En agissant en avril 2016, la caisse a ainsi, selon la recourante, agi tardivement. La recourante conclut au demeurant à la restitution de l'effet suspensif.

Dans une réponse du 10 juillet 2017, l'intimée a conclu au rejet du recours et au maintien de la décision attaquée. Elle conteste notamment la péremption de son droit à réclamer la restitution de prestations indues, dès lors que l'activité litigieuse n'a été mise en lumière

que lors d'un contrôle opéré le 1^{er} décembre 2015. Elle estime qu'elle ne disposait auparavant d'aucun indice de cette activité lucrative, les éventuelles informations données à l'ORP ne lui étant pas accessibles.

Par ordonnance du 29 août 2017, la juge instructeur a admis la requête de restitution de l'effet suspensif dans la mesure où elle n'était pas sans objet.

Par duplique du 15 décembre 2017, la recourante a confirmé ses conclusions. Elle maintient avoir annoncé son activité de conciergerie à sa conseillère ORP dès le premier entretien, en novembre 2013, de sorte que les prétentions en restitution de l'intimée seraient « prescrites ». En outre, elle fait valoir que sa conseillère n'a pas respecté son devoir légal de renseigner, en ne la rendant pas attentive au fait qu'elle devait annoncer son activité à la caisse par le biais des formulaires « Indications de la personne assurée ». De ce fait, elle estime devoir être protégée dans sa bonne foi et ne subir aucun désagrément de son hypothétique erreur.

b) Le 12 octobre 2017, sur requête de la Cour de céans, le Service de l'emploi a produit le dossier ORP de l'assurée.

E n d r o i t :

1. **a)** Les dispositions de la LPGA (loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales ; RS 830.1) s'appliquent à l'assurance-chômage (art. 1 LACI [loi fédérale du 25 juin 1982 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité ; RS 837.0]). Les décisions sur opposition et celles contre lesquelles la voie de l'opposition n'est pas ouverte sont sujettes à recours (art. 56 al. 1 LPGA) auprès du tribunal des assurances compétent, (art. 100 al. 3 LACI, 128 al. 1 et 119 al. 1 let. a OACI [ordonnance du 31 août 1983 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité ; RS 837.02]). Le recours doit être déposé dans les trente

jours suivant la notification de la décision sujette à recours (art. 60 al. 1 LPGA).

En l'occurrence, le recours a été interjeté dans le délai imparti par la loi (compte tenu des fêtes pascales, cf. art. 38 al. 4 let. a LPGA) et satisfait en outre aux autres conditions formelles de recevabilité (art. 61 let. b LPGA notamment), de sorte qu'il y a lieu d'entrer en matière sur le fond.

b) La LPA-VD (loi cantonale vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative ; RS 173.36), s'applique aux recours et contestations par voie d'action dans le domaine des assurances sociales (art. 2 al. 1 let. c LPA-VD). De valeur litigieuse inférieure à 30'000 fr., la cause doit être tranchée par un membre de la Cour statuant en tant que juge unique (art. 93 al. 1 let. a LPA-VD).

2. a) En tant qu'autorité de recours contre les 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 (ATF 131 V 164 ; 125 V 413 consid. 2c ; 110 V 48 consid. 4a).

b) En l'espèce, le litige porte sur le point de savoir si l'intimée était fondée, par sa décision sur opposition du 6 avril 2017, à réclamer la restitution d'une partie des prestations d'assurance-chômage allouées à la recourante entre les mois de novembre 2013 et mars 2015. Singulièrement, il s'agit d'examiner en premier lieu si le droit de l'intimée de demander la restitution est atteint de péremption. Il convient ensuite de déterminer si les revenus générés par l'activité de conciergerie pour le compte de la P._____ représentent des gains accessoires ou des gains

intermédiaires, le calcul du montant de l'indemnisation s'opérant différemment selon la qualification des revenus concernés.

3. a) Selon l'art. 25 al. 1 LPGA (RS 830.1), auquel renvoie l'art. 95 al. 1 LACI, les prestations indûment touchées doivent être restituées (première phrase). Selon la jurisprudence, cela implique que soient réunies les conditions d'une reconsidération (cf. art. 53 al. 2 LPGA) ou d'une révision procédurale (art. 53 al. 1 LPGA) de la décision par laquelle les prestations ont été accordées (ATF 138 V 426 consid. 5.2.1, 130 V 318 consid. 5.2. et les références ; TF8C_75/2016 du 14 janvier 2016, consid. 2.2). Ce principe s'applique également lorsque les prestations à restituer n'ont pas été allouées par une décision formelle mais par une décision traitée selon la procédure simplifiée prévue par l'art. 51 LPGA, comme c'est le cas en l'espèce s'agissant des décomptes d'indemnités (ATF 111 V 329 consid. 1 ; DTA 1998 p. 76 consid. 3b). Après un laps de temps correspondant au délai d'opposition contre une décision formelle, l'administration ne peut demander la restitution des prestations allouées par une décision selon l'art. 51 LPGA et non contestée qu'aux conditions de la reconsidération ou de la révision procédurale (ATF 129 V 110 ; Boris Rubin, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, Schulthess 2014, n° 16 ad art. 95, p. 162). En ce qui concerne plus particulièrement la révision, l'obligation de restitution des prestations indûment touchées et son étendue dans le temps ne sont pas liées à une violation de l'obligation de renseigner (ATF 122 V 134 consid. 2e, TF 8C_689/2016 du 5 juillet 2017 consid. 3.1).

b) En vertu de l'art. 25 al. 2 première phrase LPGA, le droit de demander la restitution s'éteint un an après le moment où l'institution a eu connaissance du fait, mais au plus tard cinq ans après le versement de la prestation. Il s'agit de délais (relatif et absolu) de péremption, qui doivent être examinés d'office (ATF 140 V 521 consid. 2.1).

4. a) 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 ; 139 V 6 consid. 4.1). 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 9C_454/2012 du 18 mars 2013 consid. 4 non publié in ATF 139 V 106 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. 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 p. 383 ; TF 8C_968/2012 du 18 novembre 2013 consid. 2.2).

b) La recourante soutient que le droit de l'intimée de lui réclamer le remboursement de prestations est périmé, dès lors que le délai relatif d'un an aurait commencé à courir dès l'ouverture de son délai-cadre d'indemnisation, en novembre 2013, lorsqu'elle a informé sa conseillère ORP du fait qu'elle exerçait l'activité litigieuse de concierge. Ainsi, toujours selon la recourante, en exigeant la restitution des prestations litigieuses le 4 avril 2016, l'intimée aurait agi tardivement.

Cet argument ne convainc toutefois pas. En effet, l'examen du dossier produit par l'ORP, en particulier les procès-verbaux établis par la conseillère de l'assurée lors de chaque entretien de conseil et de contrôle, n'a pas permis de constater que l'assurée aurait informé sa conseillère de son activité pour le compte de la P. _____ en novembre 2013. La première mention de cette activité figure au procès-verbal de l'entretien du 6 octobre 2015, qui contient le passage suivant : « *DE [demandeuse d'emploi] nous informe qu'elle a un contrat depuis juin pour la conciergerie de son immeuble par la P. _____ . Lui demandons de nous transmettre une copie* ». Puis, au procès-verbal de l'entretien du 6 janvier 2016, la conseillère a indiqué « *Rappelons à DE qu'elle ne nous a pas transmis le contrat pour la conciergerie* ». Le 8 janvier 2016, ledit contrat, daté du 24 juin 2013 et prévoyant une entrée en service le 1^{er} juillet 2013, est parvenu à l'ORP. De son côté, la recourante ne fournit aucun élément qui permettrait de retenir que le dossier de l'ORP serait lacunaire et qu'elle aurait bel et bien informé sa conseillère de l'activité litigieuse dès le début de son suivi à l'ORP. On remarquera à cet égard que dans sa première lettre à la caisse, le 2 mars 2016, l'assurée a seulement indiqué que sa conseillère était au courant de son activité, ce qui était le cas à ce moment-là, mais n'a pas soutenu qu'elle l'avait d'emblée mise au courant, depuis plus d'un an. En définitive, aucun élément au dossier ne permet de retenir comme établi au degré de la vraisemblance prépondérante prévalant en assurances sociales (ATF 126 V 360 consid. 5b ; 130 III 324 consid. 3.2 et 3.3) que l'ORP a été informé de l'activité litigieuse avant octobre 2015. On ignore si et quand l'ORP a informé la caisse de l'existence de cette activité ; toujours est-il qu'en exigeant la restitution des indemnités indues par décision du 4 avril 2016, après s'être enquis auprès de l'employeur pour obtenir les informations nécessaires au calcul de la prestation à restituer, et octroyé à l'assurée le droit d'être entendue, la caisse n'a pas agi au-delà du délai d'un an dès la connaissance des faits ayant fondé sa demande de restitution. Il ne peut ainsi être retenu que son droit d'exiger la restitution d'éventuelles prestations indument versées était frappé de péremption.

L'assurée ne peut pas non plus se prévaloir d'avoir satisfait à son obligation d'annoncer son revenu du simple fait que son employeur a déclaré les salaires versés à la caisse de compensation AVS. En effet, dans le cadre de l'assurance-chômage, l'obligation d'annoncer les revenus réalisés durant des périodes de contrôle appartient à l'assuré, bénéficiaire des prestations, et il prévaut à l'égard de la caisse de chômage, compétente pour le calcul du droit à l'indemnité, par le biais du formulaire IPA, que tout assuré reçoit chaque mois. Le fait que la caisse AVS ait connaissance des revenus concernés n'est pas déterminant. C'est d'ailleurs fréquemment ensuite de la consultation des comptes de la caisse AVS lors de contrôle effectués par le SECO, autorité de surveillance en matière d'assurance-chômage, que les caisses de chômage prennent connaissance des activités lucratives qui ne leur ont pas été annoncés par les assurés. (cf. notamment TF 8C_689/2016 du 5 juillet 2017). Ainsi, l'annonce de revenus par un employeur à la caisse de compensation AVS ne saurait valoir annonce d'une activité lucrative par l'assuré à la caisse de chômage.

5. Pour qu'une restitution s'impose, encore faut-il que l'assurée ait bénéficié de prestations auxquelles elle n'avait pas droit. Il convient dès lors d'examiner si la caisse l'a indemnisée sur la base d'une constatation erronée des faits déterminants et/ou en violation des normes juridiques applicables.

Se pose singulièrement la question de savoir si le revenu réalisé auprès de la P. _____ constitue un gain intermédiaire au sens de l'art. 24 LACI, ou au contraire un gain accessoire selon l'art. 23 a. 3 LACI.

a) Est réputé intermédiaire tout gain que le chômeur retire d'une activité salariée ou indépendante durant une période de contrôle. L'assuré qui perçoit un tel gain a droit à la compensation de la perte de gain (art. 24 al. 1, première et deuxième phrase, LACI). Est considérée perte de gain la différence entre le gain assuré et le gain intermédiaire, ce dernier devant être conforme, pour le travail effectué, aux usages

professionnels et locaux ; les gains accessoires ne sont pas pris en considération (art. 24 al. 3 LACI).

b) Est réputé accessoire tout gain que l'assuré retire d'une activité dépendante exercée en dehors de la durée normale de son travail ou d'une activité qui sort du cadre ordinaire d'une activité lucrative indépendante (art. 23 al. 3, seconde phrase, LACI). La notion d'accessoire du gain doit être comprise par rapport à celui provenant d'une activité principale. Comme tel et parce qu'il n'est pas soumis à cotisation et qu'il n'entre pas dans le calcul des indemnités de chômage, ce gain ne peut demeurer que dans un rapport de proportion faible avec le revenu de l'activité principale. A défaut de quoi, si ce gain venait régulièrement à se rapprocher ou dépasser le gain principal, l'activité ne pourrait plus être accessoire et le gain ne le serait pas davantage. C'est pourquoi une augmentation sensible du gain accessoire doit être considérée comme un gain intermédiaire et être prise en compte dans cette mesure dans le calcul de l'indemnité de chômage (ATF 123 V 320 consid. 3c ; DTA 2014 p. 215, 8C_265/2014, consid. 2 ; DTA 2008 p. 154, C 252/06, consid. 3.3.1). Le fait qu'une activité soit de faible ampleur durant le délai-cadre de cotisation ne suffit pas à en faire une activité accessoire. Il faut encore qu'il y ait en parallèle une activité principale exercée dans le cadre d'un contrat de travail (DTA 2008 p. 154 ; Boris Rubin op. cit., n° 9 ad art. 23, p. 248).

Les gains accessoires visés par l'art. 24 al. 3 LACI, 2^e phrase, sont ceux qui se rapportent à l'activité accessoire qui perdure après la perte de l'activité principale marquant la survenance du chômage et l'ouverture du délai-cadre d'indemnisation. Les caractéristiques de l'activité accessoire qui perdure après le délai-cadre de cotisation changent dès le début du délai-cadre d'indemnisation. L'activité accessoire au sens de l'art. 24 al. 3 LACI n'a plus rien d'« accessoire », l'activité principale ayant été perdue. La loi a néanmoins maintenu cette notion de gain accessoire, probablement pour signaler qu'il est question de la même activité. Un gain accessoire au sens de l'art. 24 al. 3 LACI, 2^e phrase, ne peut être considéré comme tel que si une source principale de revenu existait en parallèle, durant le délai-cadre de cotisation, et que

l'activité « accessoire » perdure après l'ouverture du délai-cadre d'indemnisation consécutive à la perte de l'activité principale (DTA 2008 p. 154 ; Boris Rubin, op. cit, n° 39 ad art. 24, p. 271)

Certes, un gain accessoire réalisé durant le délai-cadre de cotisation, qui subsiste durant le délai-cadre d'indemnisation ouvert à la suite de la perte de l'activité principale ne devient pas un gain intermédiaire, mais conserve sa qualification de gain accessoire (Boris Rubin, op. cit., n° 9 ad art. 23, p. 248). Toutefois, dans le cas d'espèce, l'assurée n'a jamais exercé en parallèle son activité pour le compte de la P._____ et son activité pour le compte du R._____. Le contrat de travail liant l'assurée au R._____ a pris fin le 31 janvier 2013, alors que l'intéressée n'a débuté son activité pour le compte de la P._____ que le 1^{er} juillet 2013. L'activité litigieuse, au service de la P._____, ne peut dès lors pas être qualifiée d'accessoire, faute de ne jamais avoir été l'accessoire d'une activité principale.

L'intimée était ainsi fondée à considérer que les revenus réalisés par la recourante en qualité de concierge pour le compte de la P._____ durant ses mois de chômage constituaient des gains intermédiaires, et qu'à ce titre, ils devaient être pris en considération dans le calcul de son indemnité de chômage.

C'est en vain que la recourante invoque l'arrêt rendu par la Cour de céans le 5 juillet 2016 (cause ACH 58/14 - 163/2016). C'est en effet à tort qu'elle soutient que « la jurisprudence a considéré que l'activité de concierge à 25% d'un assuré, lequel était inscrit à la caisse de chômage en recherche pour le reste une activité à 75%, devait être considérée comme un gain intermédiaire échappant à la logique de l'indemnisation, celle-ci ne portant que sur la disponibilité de 75% ». A aucun moment, le tribunal n'a considéré qu'une activité de concierge à 25% constituait une activité accessoire. En retenant qu'« il n'est pas douteux que la caisse a versé trop d'indemnités à l'assuré en raison de la prise en considération de l'emploi de concierge conservé à 25% (...) », la Cour a au contraire attribué au gain en question la qualification de gain

intermédiaire, puisqu'elle a estimé que ce revenu devait être pris en compte dans le calcul du droit à l'indemnité. C'est en procédant à l'examen de la bonne foi de l'assuré que le Tribunal a estimé que l'intéressé « pouvait raisonnablement penser que son emploi conservé à 25% était considéré comme un gain accessoire échappant à la logique de l'indemnisation ». Cette question est toutefois bien distincte de celle de la qualification du revenu. On remarquera au demeurant que, par jugement du 5 juillet 2017, le Tribunal fédéral a annulé l'arrêt ACH 58/14 - 163/2016 (TF 8C_689/2016), estimant d'une part que le droit de la caisse à réclamer les prestations indues en raison de l'obtention d'un salaire pour une activité de concierge à 25% n'était pas périmé, et d'autre part que l'assuré ne pouvait pas se prévaloir de la protection de sa bonne foi au sens de l'art. 9 Cst. Le Tribunal fédéral a ainsi confirmé la décision de la caisse réclamant le remboursement d'indemnités indues en raison d'une activité de concierge non annoncée par l'assuré en question.

Dans le cas d'espèce, au vu des considérants précités, il sied de retenir que les revenus réalisés par l'assurée auprès de la P. _____ constituent des gains intermédiaires à prendre en compte dans le calcul du droit à l'indemnité.

Il reste encore à vérifier la quotité du montant réclamé par l'intimée.

6. Dans la décision querellée, l'intimée a fixé à 14'462 fr. 95 le montant à restituer en raison des indemnités versées indûment durant le délai-cadre d'indemnisation.

De son côté, la recourante conteste ce montant, estimant que les calculs opérés par la caisse sont erronés. Elle estime être redevable, cas échéant, d'un montant maximum de 7'581 fr. 39.

a) Lorsque l'assuré réalise un revenu inférieur à son indemnité de chômage, il a droit à des indemnités compensatoires se montant à 70 ou 80% de la perte de gain, selon le taux d'indemnisation auquel il a droit

(art. 24 al. 1 LACI, 3^{ème} phrase, et art. 41a al. 1 OACI). La perte de gain indemnisable correspond à la différence entre le gain déterminant et le gain intermédiaire, le gain déterminant représentant le gain assuré journalier (gain assuré divisé par 21,7), multiplié par le nombre de jours contrôlés au cours d'un mois. Le gain déterminant varie donc en fonction du nombre de jours contrôlés au cours des mois durant lesquels l'activité est exercée, conformément au système d'indemnisation du chômage, fondé sur cinq indemnités journalières par semaine, selon l'art. 21 LACI (TF 8C_1027/2008 du 8 septembre 2009 consid. 4.3.2, publié au DTA 2010 p. 147; cf. Boris Rubin, op. cit. n° 25 ad art. 24, p. 268). Comme le précise le Tribunal fédéral dans son arrêt précité du 8 septembre 2009, en d'autres termes, le calcul de la perte de gain est effectué selon la formule suivant :

$$\ll \text{GA [gain assuré]} \times \text{jc [jours de contrôle du mois]} / 21,7 - \text{GI [gain intermédiaire]} \gg$$

Dans ce même arrêt du 8 septembre 2009, en se référant à l'arrêt rendu le 12 octobre 2004 par le Tribunal fédéral des assurances (dans la cause C 82/03) le Tribunal fédéral a confirmé que la méthode de calcul de la perte de gain du SECO était conforme à la loi et la jurisprudence. Cette méthode, figurant actuellement au chiffre C 135 du Bulletin LACI IC 2018, est formulée en ces termes :

« 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 5000 CHF ; mois de 22 jours indemnisables ; taux d'indemnisation de 70 % ; gain intermédiaire de 2000 CHF.

gain assuré	CHF 5000	
gain déterminant	CHF 5069	(5000 CHF : 21,7 x 22)
gain intermédiaire	- CHF 2000	
perte de gain	CHF 3069	
indemnité compensatoire	CHF 2148	(= CHF 3069 x 70 %) »

b) L'examen des calculs développés par la recourante met en lumière plusieurs erreurs.

aa) Tout d'abord, la recourante détermine la perte de gain en se limitant à calculer la différence entre le gain assuré et le gain intermédiaire, sans passer par l'étape du gain déterminant (correspondant au gain assuré divisé par 21,7 et multiplié par le nombre de jours contrôlés de chaque mois concerné). Ainsi, le gain déterminant doit certes être déterminé en partant du gain assuré (1'504 fr. pour les mois de novembre 2013 à mars 2014 ; 3'008 fr. pour les mois d'avril à août 2014, 2'811 fr. pour mars 2015, et 2'143 fr. pour les mois d'avril et mai 2015), mais celui-ci doit être adapté en fonction des jours contrôlés de chacun des mois concernés. Ainsi, par exemple, pour les périodes avec un gain assuré de 1'504 fr., le gain déterminant sera de 1'386 fr. 15 pour un mois avec 20 jours contrôlés ($[1'504 : 21.7] \times 20$), de 1'455 fr. 50 pour un mois de 21 jours contrôlés, et de 1'524 fr. 80 pour un mois de 22 jours contrôlés. Le même procédé s'applique aux gains assurés de 3'008 fr., 2'811 fr. et 2'143 francs. A cet égard déjà, les chiffres soutenus par l'assurée sont donc erronés.

bb) Ensuite, la recourante soustrait à tort du gain assuré brut un gain intermédiaire net, après déduction des cotisations sociales (1'217 fr. pour un mois entier). Ceci n'a pas lieu d'être, la perte de gain se trouvant faussée par cette mise en comparaison de valeurs de nature différente. C'est bien une comparaison des revenus bruts à laquelle il convient de procéder en l'occurrence, le gain intermédiaire brut de base étant chaque mois de 1'300 fr., selon le contrat de travail et les décomptes produits par l'employeur. Doit cependant encore être ajoutées à ce montant de base les gratifications dont l'assurée a bénéficié en 2013 et 2014.

En effet, le gain intermédiaire se calcule sur le total du revenu réalisé pendant la période de contrôle. Il est composé du salaire de base, des indemnités pour jours fériés et autres élément du salaire auxquels l'assuré a droit, tels que 13^{ème} salaire, gratifications, commissions, etc. Selon le principe de la survenance, les commissions, gratifications, etc. doivent être imputées proportionnellement sur les autres mois de l'année pendant laquelle l'assuré a travaillé (ATF 122 V 367 consid. 5b, DTA 1998

p. 131 ; cf. également Boris Rubin, op. cit. n° 27 et 28 ad art. 24, p. 268 et 269). En 2013, l'employeur a alloué une gratification de 300 fr. pour les 6 mois travaillés par la recourante ; en 2014, il a versé une gratification de 250 fr. pour les 12 mois travaillés. Il convient de ventiler ces montants au prorata entre chacun des mois travaillés. Ainsi, les gains intermédiaires mensuels de 2013 s'élèvent à 1'350 fr. ($1300 + [300 : 6]$), alors que ceux de 2014 se montent à 1'320 fr. 85 ($1300 + [250 : 12]$). Quant aux gains intermédiaires de 2015, ils sont de 1'300 fr., dès lors que l'assurée n'a pas perçu de gratification cette année-là. Ainsi le chiffre de 1'217 fr. retenu par la recourante au titre de gain intermédiaire est erroné.

cc) La recourante perd également de vue qu'une indemnisation compensatoire sur la base de l'art. 24 LACI n'est possible que si le revenu réalisé en gain intermédiaire reste inférieur au montant de l'indemnité de chômage à laquelle elle aurait eu droit si elle n'avait pas travaillé (cf. art. 41a al. 1 OACI). Aussitôt que le revenu réalisé durant une période de contrôle entière (un mois civil, cf. art. 18a LACI et 27a OACI) dépasse le droit à l'indemnité, même en restant inférieur au gain assuré, l'assuré est réputé être sorti du chômage, et n'a droit à aucune indemnisation. Autrement dit, le seuil de rémunération mettant fin au chômage correspond au montant de l'indemnité de chômage (cf. dans ce sens, Boris Rubin, op. cit., n° 7 ad. art. 16, p. 182). Ainsi, par exemple, le gain intermédiaire de 1'350 fr. réalisé en décembre 2013, premier mois entier de chômage, excédait le droit à l'indemnité de l'assurée, qui se serait élevé à 1'219 fr. 85 ($1504 \text{ fr. [gain assuré]} : 21,7 \text{ [nb de jours moyens contrôlés]} \times 80\% \text{ [taux d'indemnisation]} = \text{indemnité journalière de } 55 \text{ fr. } 45$). En décembre, compte tenu des 22 jours contrôlés, l'indemnisation brute aurait été de 1'219 fr. 85 [$55 \text{ fr. } 45 \times 22$]. Dès lors que l'assurée a réalisé durant ce mois un revenu de 1'350 fr., supérieur à 1'219 fr. 85, elle ne se trouvait formellement plus au chômage et n'avait pas droit à une indemnisation en gain intermédiaire au sens de l'art. 24 LACI et 41a al. 1 OACI. La même conclusion s'impose s'agissant des mois de novembre 2013 (compte tenu d'un calcul au prorata des jours contrôlés, le délai-cadre d'indemnisation de l'assurée ayant été ouvert le 12 novembre 2013) à mars 2014. L'assurée n'a pas subi durant cette

période de chômage indemnisable, de sorte que l'intégralité des prestations versées par la caisse l'ont été indûment. On remarquera à cet égard que c'est à tort que l'intimée motive l'absence de droit à l'indemnité pour les mois concernés par le fait que le montant du gain intermédiaire était supérieur à celui du gain assuré. C'est bien le fait que le gain intermédiaire dépassait le droit à l'indemnité qui induit une absence de droit à l'indemnité. Cette formulation erronée reste toutefois sans incidence, dès lors que, comme développé ci-dessus, le gain intermédiaire était bel et bien supérieur au droit à l'indemnité et que la conclusion à laquelle parvient la caisse reste néanmoins correcte.

Dès le mois d'avril 2014, compte tenu de l'adaptation du gain assuré à 3'008 fr., puis à 2'811 fr. et à 2'143 fr, les revenus bruts de 1'320 fr. 85 (en 2014, y compris gratification) et 1'300 fr. (en 2015) réalisés par l'assurée restent en dessous de son droit à l'indemnité. Il peut ainsi être procédé au calcul de sa perte de gain au sens de l'art. 41a al. 1 OACI. Toutefois, comme déjà relevé, il ne suffit pas de déduire le gain intermédiaire du gain assuré, à l'instar de ce que soutient la recourante. Ainsi par exemple, en application des principes retenus par la jurisprudence, la perte de gain du mois d'avril 2014 se calcule comme suit :

- Gain assuré : 3'008 fr. 00
- Gain déterminant : 3'049 fr. 60 (3'008 fr. : 21,7 x 22 jours contrôlés)
- Gain intermédiaire : - 1'320 fr. 85 (cf. consid. 6b/bb supra)
- Perte de gain 1'728 fr. 75
- Ind. compensatoires 1'383 fr. 00 (1'728 fr. 75 x 80%).

Dès lors que le droit à l'indemnité s'exprime en indemnités journalières, la caisse a procédé à un calcul de l'indemnité compensatoire en effectuant une étape de calcul supplémentaire, qui aboutit à un résultat qui diffère de quelques francs, en faveur de l'assurée. Ainsi, dès lors que l'indemnité journalière pour un gain assuré de 3'008 fr. s'éleve à 110 fr. 90 ($[3'008 : 21,7] \times 80\%$), l'intimée aboutit, pour le mois d'avril 2014, à un droit à l'indemnité compensatoire de 1'386 fr. 25,

correspondant à 12,5 (12,47 indemnités arrondies à 12,5) indemnités à 110 fr. 90. Ce mode de calcul n'est pas critiquable et peut être confirmé. Ce montant correspondant à l'indemnité compensatoire brute, de laquelle il convient encore de soustraire les cotisations sociales (AVS/AI/APG, LAA, APG et, cas échéant LPP). Ainsi pour le mois d'avril 2014, 143 fr. 50 doivent être portés en déduction de l'indemnité brute (71 fr. 40 pour l'AVS/AI/APG, 36 fr. 45 pour l'assurance-accidents, 7 fr. 90 pour la LPP et 27 fr. 75 pour l'assurance perte de gain maladie). Au final, comme le retient à juste titre l'intimée dans la décision querellée, le montant net dû à l'assurée pour le mois d'avril 2014, en tenant compte du gain intermédiaire réalisé auprès de la P._____, s'élève à 1'242 fr. 75 (1'386 fr. 75 - 143 fr. 50). Dès lors que l'assurée a initialement perçu une indemnité nette de 2'196 fr. 65, elle a reçu 953 fr. 90 indûment, qu'elle est tenue de rembourser. Ce chiffre correspond à celui retenu par l'intimé, qui peut ainsi être confirmé.

dd) La recourante a reproduit les mêmes erreurs de calcul pour tous les mois ultérieurs, alors que la méthode précitée s'applique sans distinction, en adaptant les calculs en fonction des différents gains assurés. Contrôlés d'office, les calculs de l'intimée ne prêtent pas flanc à la critique et peuvent être confirmés. En définitive, entre les mois de novembre 2013 et mars 2015, l'assurée a perçu 14'395 fr. 20 qui ne lui étaient pas dus. L'intimée était fondée à lui en réclamer le remboursement.

7. La recourante fait encore grief à l'ORP d'avoir failli à son devoir de renseigner, en ne la rendant pas attentive au fait qu'elle complétait de manière erronée ses formulaire IPA. Elle revendique d'être protégée dans sa bonne foi, ce qui devrait conduire, selon elle, à l'annulation de la demande de restitution.

Selon l'art. 27 al. 1 LPGA, dans la limite de leur domaine de compétence, les assureurs et les organes d'exécution des diverses assurances sociales sont tenus de renseigner les personnes intéressées sur leurs droits et obligations. En matière d'assurance-chômage, cette

obligation de renseigner est reprise par l'art. 19a OACI, l'alinéa 2 de cette disposition précisant que les caisses renseignent les assurés sur leurs droits et obligations entrant dans leur domaine d'activité. A teneur de l'art. 27 al. 2 LPGA, chacun a le droit d'être conseillé, en principe gratuitement, sur ses droits et obligations.

L'obligation de renseigner et de conseiller est à la fois générale (art. 27 al. 1 LPGA) et spécifique (art. 27 al. 2 LPGA). L'obligation générale se concrétise par les explications figurant dans les brochures concernant les droits et obligations des personnes intéressées, les explications figurant dans les formules officielles de revendication des prestations, ainsi que par l'organisation de séances d'information destinées aux nouveaux chômeurs. L'obligation spécifique implique quant à elle des renseignements et conseils personnalisés devant permettre aux personnes intéressées d'obtenir les prestations les plus avantageuses possibles, compte tenu de leur situation personnelle et des éventuels changements de circonstances. L'étendue du devoir de renseigner et de conseiller dépend de la situation individuelle dans laquelle se trouve l'assuré, telle qu'elle est reconnaissable pour l'administration. Le devoir de conseil de l'assureur social comprend également 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) ou pourrait lui causer un préjudice de nature procédurale. La violation du devoir de renseigner et de conseiller entraîne les mêmes conséquences que celles induites par une violation du principe de la bonne foi en cas de renseignement erroné donné par l'administration, au sens de l'art. 9 Cst., à savoir en général l'octroi, par l'administration, d'un avantage contraire à la législation (Boris Rubin, op. cit., p. 212 n° 57ss ad. art. 17, et les références citées).

Aux termes de la jurisprudence constante (ATF 141 V 530 consid. 6.2 ; TF 8C_689/2016 du 5 juillet 2017 consid. 6.1), même si l'on admettait que l'assurée avait souffert d'une lacune de renseignement (ce qui ne peut être retenu en l'espèce, cf. consid. 4b supra), elle ne pourrait se prévaloir de la protection constitutionnelle de la bonne foi, faute de

subir un préjudice irréparable. En effet, le seul fait d'avoir dépensé des prestations pécuniaires ne constitue pas, en soit, un acte de disposition irrévocable dont pourrait se prévaloir un assuré dans le cadre de l'art. 9 Cst. (DTA 2009 86 consid. 3.1 et les références ; TF 8C_689/2016 précité, consid. 6.1).

Quant à la bonne foi au sens de l'art. 25 LPGA, telle qu'également invoquée par la recourante, elle constitue une des conditions de la remise de l'obligation de restituer des prestations indûment versées. Elle n'est donc pas litigieuse à ce stade, la présente cause ne portant pas sur cette question. Elle devra être examinée lors d'une éventuelle demande de remise, qu'il appartiendra à l'assurée de déposer, si elle le souhaite.

8. En l'occurrence, les faits pertinents ayant pu être constatés à satisfaction de droit, le dossier est suffisamment complet pour permettre à la Cour de statuer en pleine connaissance de cause. Il n'y a pas lieu de donner suite à la mesure d'instruction complémentaire requise par la recourante, à savoir l'audition de sa conseillère ORP. Une telle mesure d'instruction ne serait en effet pas de nature à modifier les considérations qui précèdent (appréciation anticipée des preuves ; ATF 122 II 464 consid. 4a ; TF 8C_361/2009 du 3 mars 2010 consid. 3.2 et les références citées).

9. En conclusion, le recours doit être rejeté et la décision sur opposition entreprise 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, dès lors que la recourante n'obtient pas gain de cause (art. 61 let. g LPGA).

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

- I. Le recours déposé par M. _____ le 22 mai 2017 est rejeté.
- II. La décision sur opposition rendue par la Caisse cantonale de chômage le 6 avril 2017 est confirmée.
- III. Il n'est pas perçu de frais de justice ni alloué de dépens.

La juge unique :

La greffière :

Du

L'arrêt qui précède est notifié à :

- Me Christophe Misteli (pour la recourante),
- Caisse cantonale de chômage,
- 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).

La greffière :