

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Arrêt du 9 avril 2010

Présidence de M. KART, juge unique
Greffier : Mme Matile

Cause pendante entre :

Q._____, à Nyon, recourante,

et

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

Art. 24 LACI; 25 LPGA et 53 al. 2 LPGA

E n f a i t :

A. Q._____ s'est inscrite comme demandeuse d'emploi le 9 août 2006 et un délai-cadre d'indemnisation lui a été ouvert depuis cette date jusqu'au 8 août 2008.

B. Par contrat du 31 août 2007, Q._____ a été engagée par l'Association Y._____ (ci-après: l'employeur), en qualité d'enseignante, avec entrée en fonction au 1er septembre 2007. Le revenu provenant de cette activité était considéré comme un gain intermédiaire.

C. Selon décompte du 2 novembre 2007, la Caisse cantonale de chômage (ci-après: la caisse), Agence de la Côte, lui a versé pour le mois d'octobre 2007 un montant de 2'970 fr. 60, calculé sur la base d'un gain intermédiaire établi à 1'006 fr. 90.

Par décision du 16 janvier 2008, la caisse, Agence de la Côte, a requis de Q._____ la restitution de 943 fr. 90, au motif que les informations fournies par l'employeur dans l'attestation de gain intermédiaire ne tenaient pas compte des heures effectivement réalisées. La rectification du calcul laissait apparaître un solde en faveur de la caisse.

Le 17 janvier 2008, la caisse, Agence de la Côte, a établi un nouveau décompte pour le mois d'octobre 2007, remplaçant et annulant celui du 2 novembre 2007. Le gain intermédiaire était corrigé et établi à 2'253 fr. 50, ce qui impliquait une demande de restitution portant sur un montant de 943 fr. 90 pour le mois d'octobre 2007.

D. Q._____ a fait opposition en date du 1er février 2008 et a demandé que l'on tienne compte des heures payées et non des heures effectuées.

E. Interpellé par la caisse, l'employeur a confirmé, le 15 juillet 2008, que ses décomptes salariaux étaient effectués du 22 au 21 de

chaque mois et non du 1er au 31 de chaque mois, alors même qu'il indiquait sur les attestations adressées aux instances du chômage les heures effectuées du 1er au 31 de chaque mois.

F. Par décision du 31 juillet 2008, la caisse a rejeté l'opposition formulée par Q._____. Elle a justifié sa décision en se référant au principe de la survenance, en vertu duquel le revenu provenant d'un gain intermédiaire est pris en compte dans chaque période de contrôle pendant laquelle la prestation est survenue. Dès lors que le décompte du 2 novembre 2007 contenait une erreur manifeste et que le montant de la créance en restitution était important, il était possible de reconsidérer le décompte même après son entrée en force.

G. Q._____ a déposé un recours contre cette décision auprès de la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal le 31 août 2008 en concluant à l'annulation de la décision de restitution de la somme de 943 fr. 90. Elle déclare ne pas pouvoir accepter de supporter les conséquences d'une erreur de la caisse. Elle expose également être dans l'impossibilité de restituer une telle somme.

La caisse a déposé sa réponse le 9 octobre 2008. Elle explique comprendre le recours en ce sens que le principe et la quotité de la restitution ne sont pas contestés, mais qu'il s'agirait plutôt d'une demande de remise.

Le 27 octobre 2008, la recourante a déclaré qu'elle contestait le principe de la demande de restitution.

Par courrier du 10 novembre 2008, la caisse a déclaré qu'elle s'en remettait au jugement du tribunal et a renoncé à déposer des déterminations complémentaires.

Interpellée par le juge instructeur, la caisse a, le 27 novembre 2009, produit divers décomptes concernant la période de septembre à décembre 2007 ainsi que des observations complémentaires.

H. La cause a été reprise par le nouveau juge instructeur le 16 mars 2010, ce dont les parties ont été informées par courrier du même jour.

E n d r o i t :

1. Eu égard au montant des indemnités en jeu, la valeur litigieuse est inférieure à 30'000 fr. L'affaire relève dès lors de la compétence du juge unique de la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal (art. 94 al. 1 let a LPA-VD [loi cantonale vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative, RSV 173.36]).

2. Le Tribunal cantonal a déjà eu l'occasion d'affirmer que si, en matière administrative, il établit d'office les faits et applique le droit sans être limité par les moyens des parties, cela ne signifie pas qu'il puisse statuer au-delà des conclusions prises par ces dernières en procédure (cf. arrêts GE.2004.0066 du 10 juin 2005, AC.1998.0065 du 10 décembre 1998 et références citées). Il est par conséquent en principe lié par les conclusions qui lui sont présentées et il ne peut s'en écarter en statuant sur des points qui ne sont pas litigieux (cf. Pierre Moor, Droit administratif, volume II, 2e éd., Berne 2002, p. 688 et 689; Benoît Bovay, Procédure administrative, Berne 2000, p. 390).

La décision attaquée traite, outre la problématique de la demande de restitution des indemnités prétendument versées en trop pour le mois d'octobre 2007, du calcul du gain intermédiaire à prendre en considération pour le mois de décembre 2007 compte tenu des indemnités de vacances versées à l'assurée depuis le début de son activité de gain intermédiaire. La recourante n'ayant pas contesté cet élément dans son mémoire de recours, le tribunal n'entrera pas en matière sur la question, considérant qu'elle n'est pas litigieuse.

On relève encore, concernant l'objet du recours, que le dossier contient un décompte de la caisse du 13 février 2008 (relatif au mois d'octobre 2007) qui remplace, selon ses termes, celui du 17 janvier 2008, qui mettait en œuvre la décision du 16 janvier 2008 (dont le bien-fondé va être examiné ci-dessous). La rectification concerne un problème d'aptitude au placement; elle corrige le gain assuré qu'elle fixe à 5'271 fr. plutôt qu'à 4'558 fr. (d'où un paiement complémentaire de 544 fr. 30 fait à Q. _____ pour le mois d'octobre 2007). Le nouveau décompte reprend par contre en tous points la méthode de calcul du décompte du 17 janvier 2008 en ce qui concerne la détermination du gain intermédiaire (qui reste fixé à 2'253 fr. 50). Il ne rend ainsi pas la présente procédure sans objet.

3. Dès lors que la caisse a procédé à une modification des périodes de calcul des heures travaillées, mais n'a pas remis en question le nombre d'heures travaillées déclarées, on pourrait se demander quel intérêt aurait l'admission du recours pour la recourante. En effet, une admission du recours impliquerait un retour à l'ancien système de calcul non seulement pour le mois d'octobre 2007, mais aussi pour les mois de septembre, novembre et décembre 2007, et dès lors l'annulation de plusieurs décomptes favorables à la recourante. Il n'est cependant pas nécessaire d'analyser plus en détail la question, dès lors que le recours doit de toute manière être rejeté sur le fond.

4. Selon l'art. 24 al. 1 LACI (Loi fédérale du 25 juin 1982 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité; RS 837.0), 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 gain intermédiaire a droit à la compensation de la perte de gain. 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 (art. 24 al. 3 LACI). Lorsque l'assuré réalise un revenu inférieur à son indemnité de chômage, il a droit à des indemnités compensatoires pendant le délai-cadre d'indemnisation (art. 41a al. 1 OACI, Ordonnance du 31 août 1983 sur l'assurance-chômage

obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité; RS 837.02). 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 (circulaire du Secrétariat d'Etat à l'économie relative à l'indemnité de chômage 2007, C 133).

Le Tribunal fédéral des assurances et le Tribunal cantonal ont déjà jugé que, pour la détermination du gain assuré en présence de commissions, on appliquait en règle ordinaire le principe de la survenance (TF 8C_358/2007 du 26 mai 2008 c. 5.1 ad PS.2006.0272 du 31 mai 2007; TF C 179/06 du 15 novembre 2006 ad PS.2005.0084 du 27 juin 2006; ATF 122 V 371 c. 5b; DTA 2003 n° 24 p. 246 c. 2; arrêts PS.2005.0196 du 16 octobre 2006 et PS.2004.0290 du 21 avril 2005). Ce système présente l'avantage de garantir l'égalité de traitement entre les assurés en ce sens que le montant des indemnités ne dépend pas des échéances de paiement convenues entre les parties.

Sur le principe, le nouveau calcul de la caisse effectué selon le principe de la survenance et la demande de restitution qui en découle ne prêtent pas le flanc à la critique.

En ce qui concerne la quotité du montant à restituer, il s'agit de la différence entre le montant que la caisse a versé dans un premier temps, soit 2'970 fr. 60 en date du 2 novembre 2007, et le montant qui aurait dû être réellement versé, soit 2'026 fr. 70. Le montant versé à tort durant le mois d'octobre 2007 s'élève ainsi à 943 fr. 90.

On relève qu'il n'est pas tenu compte du décompte postérieur du 13 février 2008, qui rectifie le gain assuré, fixant ainsi le montant à verser à 2'571 fr. pour le mois d'octobre 2007. Ce décompte a entraîné un versement de 544 fr. 30 en faveur de la recourante et n'influence pas la présente procédure.

Reste à examiner si la caisse était légitimée à demander la restitution de la somme de 943 fr. 90. L'art. 95 al. 1 LACI renvoie à l'art. 25 LPGA (Loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales; RS 830.1) 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.

5. 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 c. 3 et les réf. cit.), 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; arrêt PS.2002.0076 du 8 septembre 2003; Boris Rubin, Assurance-chômage, Droit fédéral, Survol des mesures cantonales, Procédure, 2e éd., Zurich 2006, ch. 11.3.4.12 p. 827, distinguant entre les prestations périodiques et les prestations ponctuelles).

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".

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 c. 5a; arrêt PS.2004.0200 du 28 janvier 2005).

A la lumière de ce qui précède, la caisse était légitimée à réclamer la restitution des indemnités versées à tort pour le mois d'octobre 2007. 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.

6. La recourante invoque sa situation financière difficile. Il s'agit d'un élément dont le tribunal de céans ne peut pas tenir compte dans le cadre de son analyse juridique. Par contre, dès que 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).

7. 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 le mois d'octobre 2007, pour un total de 943 fr. 90. 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).

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

- I. Le recours est rejeté.
- II. La décision de la Caisse cantonale de chômage du 31 juillet 2008 est confirmée.
- III. Il n'est pas perçu de frais judiciaires.

Le juge unique :

La greffière :

Du

L'arrêt qui précède est notifié à :

- Mme Q. _____,
- 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).

La greffière :