Eidgenössisches Versicherungsgericht
Tribunale federale delle assicurazioni
Tribunal federal d'assicuranzas

Cour des assurances sociales
du Tribunal fédéral

Cause {T 7}
C 341/05

Arrêt du 7 juin 2006
IIIe Chambre

Composition
MM. les Juges Ferrari, Président, Lustenberger et Geiser, suppléant. Greffier : M. Métral

Parties
Caisse publique cantonale vaudoise de chômage,
rue Caroline 9, 1014 Lausanne, recourante,

contre

D._____, intimé,

Instance précédente
Tribunal administratif du canton de Vaud, Lausanne

(Jugement du 17 novembre 2005)

Faits:
A.
D._____, cuisinier de formation, né en 1975, a perçu des indemnités journalières de l'assurance-chômage dès le mois de février 2004. Le 5 août 2004, il a déposé une demande d'allocations d'initiation au travail indiquant qu'il travaillerait et se formerait en qualité de « brand promoter » au service de la société X._____ SA à Lausanne, dès le 1er août suivant, pour un salaire brut de 4'000 fr. et une indemnité forfaitaire de frais professionnels de 300 fr. par mois. Le rejet de cette demande par l'office régional de placement de Lausanne (ORP), le 23 août 2004, a été confirmé par le service de l'emploi du canton de Vaud le 4 février 2005.

Par lettre du 30 septembre 2004, la Caisse cantonale de chômage de l'Etat de Vaud (ci-après : la caisse de chômage) a demandé à D._____ de lui préciser quelle était sa situation au sein de X._____ SA. Le même jour, elle a demandé à cette société de lui indiquer les gains intermédiaires versés à D._____ pour les mois d'août et septembre 2004. Par lettre du 18 octobre suivant, X._____ SA a exposé à la caisse de chômage que l'assuré effectuait auprès d'elle un stage de formation de « brand promoter » depuis le 1er août 2004, à raison d'environ une journée par semaine dans l'attente d'une décision définitive concernant son droit aux allocations d'initiation au travail, et qu'il percevait 300 fr. par mois de dédommagement pour ses frais de déplacement. X._____ SA a encore précisé que D._____ était employé à plein temps à son service depuis le 1er octobre 2004. L'assuré a confirmé ces informations.

Par décision du 9 décembre 2004, la caisse de chômage a considéré que D._____ était au bénéfice, en août et septembre 2004, d'un contrat de travail lui assurant un salaire mensuel de 4'000 fr. et lui a réclamé la restitution des indemnités de chômage versées durant cette période, soit 4'755.60 fr. Le 27 juin 2005, la caisse de chômage a rejeté l'opposition formée par l'assuré contre cette décision.
B.

Saisi d'un recours de D._____ contre la décision sur opposition du 27 juin 2005, le Tribunal administratif du canton de Vaud l'a annulée par jugement du 17 novembre 2005.
C.
La caisse de chômage interjette recours de droit administratif contre ce jugement elle demande l'annulation, en concluant à la confirmation de la décision sur opposition du 27 juin 2004, subsidiairement au renvoi de la cause à la juridiction cantonale pour qu'elle statue à nouveau.

L'intimé conclut au rejet du recours. L'ORP s'en remet à dire de justice. Le secrétariat d'Etat à l'économie et le Service de l'emploi du canton de Vaud ont renoncé à se déterminer.

Considérant en droit:
1.
Le litige porte sur l'obligation de D._____ de restituer les prestations de l'assurance-chômage qu'il a perçues du 1er août au 30 septembre 2004. Il porte sur l'octroi ou le refus de prestations d'assurance, de sorte que le pouvoir d'examen du Tribunal fédéral des assurances n'est pas limité à la violation du droit fédéral - y compris l'excès et l'abus du pouvoir d'appréciation - mais s'étend également à l'opportunité de la décision attaquée. Le tribunal n'est pas lié par l'état de fait constaté par la juridiction inférieure et peut s'écarter des conclusions des parties à l'avantage ou au détriment de celles-ci (art. 132 OJ).
2.
L'art. 25 al. 1 LPGA, auquel renvoie l'art. 95 al. 1 LACI et aux termes duquel les prestations indûment touchées doivent être restituées (1ère phrase), est issu de la réglementation et de la jurisprudence antérieures à l'entrée en vigueur de la LPGA (ATF 130 V 319 consid. 5.2 et les références). Selon cette jurisprudence, développée à partir de l'art. 47 al. 1 LAVS (dans sa teneur en vigueur jusqu'au 31 décembre 2002) et applicable par analogie à la restitution d'indemnités indûment perçues dans l'assurance-chômage (cf. ATF 122 V 368 sv. consid. 3, 110 V 179 consid. 2a, et les références), l'obligation de restituer suppose que soient remplies les conditions d'une reconsidération ou d'une révision procédurale de la décision par laquelle les prestations en cause ont été allouées (ATF 129 V 110 consid. 1.1, 126 V 23 sv. consid. 4b, 122 V 21 consid. 3a).

La reconsidération et la révision sont désormais explicitement réglées à l'art. 53 LPGA, qui codifie la jurisprudence antérieure à son entrée en vigueur : selon un principe général du droit des assurances sociales, l'administration peut reconsidérer une décision formellement passée en force de chose jugée sur laquelle une autorité judiciaire ne s'est pas prononcée quant au fond, à condition qu'elle soit sans nul doute erronée et que sa rectification revête une importance notable. En outre, par analogie avec la révision des décisions rendues par les autorités judiciaires, l'administration est tenue de procéder à la révision d'une décision entrée en force formelle lorsque sont découverts des faits nouveaux ou de nouveaux moyens de preuve, pouvant conduire à une appréciation juridique différente (ATF 127 V 469 consid. 2c et les références; SVR 2004 ALV n°14 p. 43 sv. consid. 3 [arrêt D. du 23 mars 2004, C 227/03]).

Ces principes sont aussi applicables lorsque des prestations ont été accordées sans avoir fait l'objet d'une décision formelle et que leur versement, néanmoins, a acquis force de chose décidée. Il y a force de chose décidée si l'assuré n'a pas, dans un délai d'examen et de réflexion convenable, manifesté son désaccord avec une certaine solution adoptée par l'administration et exprimé sa volonté de voir statuer sur ses droits dans un acte administratif susceptible de recours (ATF 129 V 110 consid. 1.1, 126 V 24 consid. 4b, 122 V 369 consid. 3).
3.
3.1 Aux termes de l'art. 24 LACI, 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 (al. 1, 1ère et 2ème phrases). Selon l'alinéa 3 de cette disposition légale, 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 LACI).
3.2 La réglementation sur la compensation de la différence entre le gain assuré et un gain intermédiaire (art. 24 LACI) est une norme de calcul des indemnités de chômage au sens des art. 8 ss LACI (ATF 121 V 339

consid. 2b et 2c). Un assuré ne perd pas son droit à l'indemnité du seul fait qu'un salaire, annoncé comme gain intermédiaire à la caisse de chômage, est inférieur aux usages professionnels et locaux. Dans cette hypothèse, il a droit à la compensation de la différence entre le gain assuré et le salaire correspondant aux usages professionnels et locaux (ATF 120 V 247 consid. 4b, 513 consid. 8e et 518 consid. 2b; Thomas Nussbaumer, Arbeitslosenversicherung, in : Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], Soziale Sicherheit, ch. 346). Un salaire fictif, conforme à ces usages, remplace le salaire réellement perçu par l'assuré, pour le calcul de sa perte de gain (DTA 1998 n°33 p. 182 consid. 2). Les indemnités compensatoires seront calculées sur la base du salaire conforme aux usages professionnels et locaux même si l'assuré ne réalise aucun gain ou seulement un gain minime (DTA 2002 n°13 p. 110 consid. 5).
3.3 En l'espèce, ni les premiers juges (cf. jugement entrepris consid. 2), ni l'administration de l'assurance-chômage n'ont remis en cause les déclarations de l'intimé et de la société X._____ SA selon lesquelles seul avait été payé à ce dernier un remboursement de frais, à l'exclusion d'un salaire, pour les mois d'août et de septembre 2004 (cf. décision sur opposition consid. 3 in fine). Il n'y a pas lieu de revenir sur ce point.

En revanche,c'est à tort que la juridiction cantonale a retenu comme admis par la caisse de chômage que l'intimé n'avait travaillé qu'à raison d'une journée par semaine durant la période en question. Implicitement, la caisse de chômage a considéré que D._____ avait exercé pour le compte de la société précitée l'activité prévue par le contrat de travail du 5 août 2004. Cette thèse est la plus vraisemblable : en premier lieu, le montant des frais de déplacement effectivement payés à l'intimé par X._____ SA mensuellement en août et en septembre 2004 correspond à celui qui était prévu par le contrat de travail du 5 août 2004 pour une activité à temps complet et non pas limitée à un seul jour par semaine. En second lieu, l'employeur de D._____ a remis à la caisse de chômage un relevé des notes de frais de ce dernier pour la période d'août à novembre 2004 où apparaissent des frais de voyage, une location de voiture à Y._____ et une note relativement élevée de téléphone (694.05 fr.) pour les mois d'août et de septembre. Il est très peu vraisemblable que de telles dépenses aient été justifiées par l'accomplissement d'une seule journée de formation par semaine dans les locaux de l'employeur. Ainsi, le versement à D._____
d'indemnités de chômage en août et septembre 2004, sans tenir compte d'un gain intermédiaire fictif réalisable, était sans nul doute erroné. En outre, la condition de l'importance notable de la rectification est de toute évidence réalisée s'agissant d'une prestation périodique (ATF 117 V 20 consid. bb, 110 V 275 consid. 3b in fine, 107 V 182 consid. 2b).
La recourante a considéré que le salaire prévu par le contrat de travail du 5 août 2004 correspondait aux usages professionnels et locaux et a pris en considération ce salaire à titre de gain intermédiaire fictif. Contrairement au principe de la restitution, l'intimé n'a jamais contesté ce calcul, à juste titre. Il n'y a pas donc pas lieu de revenir sur ce point.
3.4 Vu ce qui précède, le recours est bien fondé. Le litige porte sur l'octroi ou le refus de prestations d'assurance, de sorte que la procédure est gratuite (art. 134 OJ). Il n'y a en outre pas lieu à allocation de dépens.

Par ces motifs, le Tribunal fédéral des assurances prononce:
1.
Le recours est admis.
2.
Le jugement du Tribunal administratif du canton de Vaud du 17 novembre 2005 est annulé.
3.
Il n'est pas perçu de frais de justice.
4.
Le présent arrêt sera communiqué aux parties, au Tribunal administratif du canton de Vaud, à l'Office régional de placement, au Service de l'emploi du canton de Vaud, première instance cantonale de recours en matière d'assurance-chômage, et au Secrétariat d'Etat à l'économie.
Lucerne, le 7 juin 2006
Au nom du Tribunal fédéral des assurances

Le Président de la IIIe Chambre: Le Greffier: