

FR_GERICHTE 605 2019 289 vom 27. Juli 2020

FR Kantonsgericht, 2020-07-27, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/fr_gerichte_605_2019_289

FR: FR_GERICHTE 605 2019 289 du 27 juillet 2020

IT: FR_GERICHTE 605 2019 289 del 27 luglio 2020

Regeste

Arrêt de la Ie Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal | Arbeitslosenversicherung

Erwägungen

E. 1

Interjeté en temps utile et dans les formes légales auprès de l'autorité judiciaire compétente à raison du lieu ainsi que de la matière, le recours est recevable, le recourant étant en outre directement atteint par la décision querellée et ayant dès lors un intérêt digne de protection à ce que celle-ci soit, cas échéant, annulée ou modifiée.

E. 2

Selon l'art 1a al. 1 de la loi du 25 juin 1982 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité (LACI; RS 837.0), dite loi vise à garantir aux personnes assurées une compensation convenable du manque à gagner causé par: a. le chômage; b. la réduction de l'horaire de travail; c. les intempéries; d. l'insolvabilité de l'employeur. L'art. 10 LACI définit plus exactement ce qu'est le chômage.

E. 2.1

Est réputé sans emploi celui qui n'est pas partie à un rapport de travail et qui cherche à exercer une activité à plein temps (art. 10 al. 1 LACI).

E. 2.2

Est réputé partiellement sans emploi celui qui: a. n'est pas partie à un rapport de travail et cherche à n'exercer qu'une activité à temps partiel, ou b. occupe un emploi à temps partiel et cherche à le remplacer par une activité à plein temps ou à le compléter par une autre activité à temps partiel (art. 10 al. 2 LACI).

E. 3

Selon l'art. 8 al. 1 LACI, l'assuré a droit à l'indemnité de chômage s'il est sans emploi ou partiellement sans emploi (let. a). L'art. 22 al. 1 1e phrase LACI prescrit en outre que l'indemnité journalière pleine et entière s'élève à 80% du gain assuré.

E. 3.1

Selon l'art. 23 al. 1 LACI, est réputé gain assuré le salaire déterminant au sens de la législation sur l'AVS qui est obtenu normalement au cours d'un ou de plusieurs rapports de travail durant une période de référence, y compris les allocations régulièrement versées et convenues contractuellement, dans la mesure où elles ne sont pas des indemnités pour inconvénients liés à l'exécution du travail (première phrase). Le Conseil fédéral détermine la période de référence et fixe le montant minimum (quatrième phrase). Est déterminant, en règle générale, le salaire convenu contractuellement pour autant que l'assuré l'ait

effectivement touché. La preuve de la perception effective du salaire est déterminante pour établir l'existence d'une période de cotisation et pour fixer le gain assuré. Sans elle, le calcul du gain assuré ne serait pas possible (cf. Bulletin LACI Indemnité de chômage [IC] Marché du travail/Assurance-chômage, C2, dans sa version en vigueur depuis janvier 2018).

E. 3.2

Le salaire pris en considération comme gain assuré se rapproche de la notion de salaire déterminant au sens de l'art. 5 al. 2 de la loi du 20 décembre 1946 sur l'assurance-vieillesse et survivants (LAVS; RS 831.10), mais ne se recouvre pas exactement avec celui-ci, comme cela ressort du terme "normalement" utilisé à l'art. 23 al. 1 LACI (arrêt TF 8C_479/2014 du 3 juillet 2015 consid. 3.2). Par ce terme, il faut entendre la rémunération touchée effectivement par l'assuré. Le salaire contractuel n'est donc déterminant que si les parties respectent sur ce point les clauses

Tribunal cantonal TC Page 4 de 8 contractuelles. Un salaire contractuellement prévu mais non intégralement touché ne sera pris en considération que s'il a réellement été perçu par le travailleur durant une période prolongée et qu'il n'a jamais fait l'objet d'une contestation et - que lorsqu'on peut pratiquement écarter toute possibilité d'abus résultant d'un accord fictif entre un employeur et un travailleur au sujet du salaire que le premier s'engage à verser au second et qui, en réalité, ne serait pas ou pas totalement perçu par le travailleur. Sous l'angle de l'application de l'art. 23 al. 1 LACI, ou bien l'assuré établit la réalité d'un salaire soumis à cotisations et ce salaire est pris en compte au titre du gain assuré, ou bien il n'y parvient pas et le revenu allégué ne peut pas être pris en considération dans le calcul du gain assuré. Il n'y a pas de solution médiane (cf. RUBIN, Commentaire de la loi sur l'assurance- chômage, 2014, n° 12 ss ad art. 23 LACI).

E. 4

Selon l'art. 24 al. 1 LACI, est réputé gain intermédiaire tout gain que le chômeur retire d'une activité salariée ou indépendante durant la 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).

E. 4.1

Le gain intermédiaire est le gain retiré d'une activité dépendante ou indépendante que le chômeur exerce momentanément pour éviter le chômage complet. L'art. 24 LACI institue une règle spéciale d'indemnisation dans les situations où un chômeur prend une activité dont la rémunération – le gain intermédiaire – est inférieure au montant de son indemnité de chômage. La perte de gain (différence entre gain assuré et gain intermédiaire) fait l'objet d'une compensation qui, pour le chômeur, rend la prise d'une activité intermédiaire intéressante sur le plan financier. L'art. 24 LACI vise à promouvoir la reprise du travail (FF 1980 III 511, 512 et 582) et permet d'éviter la marginalisation qui menace souvent les chômeurs. L'art. 24 LACI institue également des mécanismes qui visent à prévenir le dumping salarial et social (al. 3 et 3bis); (RUBIN, p. 262).

E. 4.2

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) se montant à 70 ou 80% de la perte de gain, selon le taux d'indemnisation auquel il a droit (cf.

art. 24 al. 1, 3e phrase LACI). 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 (DTA 2010 p. 147 consid. 4.3.1 p. 151). Le gain déterminant varie en fonction du nombre de jours contrôlés au cours des mois durant lesquels l'activité est exercée (B. RUBIN, op. cit., p. 268).

E. 4.3

Dans la détermination du gain intermédiaire, sont notamment pris en compte les éléments du salaire au sens de l'art. 5 al. 2 LAVS, et notamment les gratifications. Concernant la manière de prendre en compte les éléments du salaire dans la détermination du gain intermédiaire, les directives édictées par le Seco Bulletin prévoient notamment que le 13e salaire et les gratifications sont répartis proportionnellement sur les périodes de contrôle où l'assuré a réalisé un gain intermédiaire. Si le montant de la gratification n'est pas connu durant le rapport de travail en gain intermédiaire, la caisse répartit cette gratification, dès qu'elle en a connaissance, sur la période de référence au prorata des heures accomplies chaque mois. Cela signifie qu'elle doit recalculer les périodes de décompte et établir une décision de restitution pour autant que le montant de la restitution revête une importance notable (Bulletin LACI IC § C 126).

Tribunal cantonal TC Page 5 de 8

E. 5

Selon l'art. 25 al. 1 de la loi du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA; RS 830.1), auquel renvoie l'art. 95 al. 1 de la loi du 25 juin 1982 sur l'assurance- chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité (LACI; RS 837.0), les prestations indûment touchées doivent être restituées. La restitution ne peut être exigée lorsque l'intéressé était de bonne foi et qu'elle le mettrait dans une situation difficile.

E. 5.1

Ces deux conditions matérielles – bonne foi et situation difficile – sont cumulatives et leur réalisation est nécessaire pour que la remise de l'obligation de restituer soit accordée (arrêts TF 8C_203/2015 du 23 septembre 2015 consid. 4 et les références citées).

E. 5.2

La procédure de restitution de prestations implique trois étapes en principe distinctes : une première décision sur le caractère indu des prestations, soit sur le point de savoir si les conditions d'une reconsidération de la décision par laquelle celles-ci étaient allouées sont réalisées; une seconde décision sur la restitution en tant que telle des prestations, qui comprend en particulier l'examen des effets rétroactifs ou non de la correction à opérer en raison du caractère indu des prestations, à la lumière de l'art. 25 al. 1 première phrase LPGA et, le cas échéant, une troisième décision sur la remise de l'obligation de restituer au sens de l'art. 25 al. 1 2ème phrase LPGA (cf. art. 3 et 4 de l'ordonnance du 11 septembre 2002 sur la partie générale du droit des assurances sociales, OPGA; RS 830.11; arrêt TF 9C_678/2011 précité consid. 5.2).

E. 6

Dans le domaine des assurances sociales, le juge fonde sa décision, sauf disposition contraire de la loi, sur les faits qui, faute d'être établis de manière irréfutable, apparaissent

comme les plus vraisemblables, à savoir qui présentent un degré de vraisemblance prépondérante. Il ne suffit donc pas qu'un fait puisse être considéré seulement comme une hypothèse possible. Parmi tous les éléments de fait allégués ou envisageables, le juge doit, le cas échéant, retenir ceux qui lui paraissent les plus probables (ATF 121 V 47 consid. 2a). Par ailleurs, la procédure est régie par le principe inquisitoire, selon lequel les faits pertinents de la cause doivent être constatés d'office par le juge. Mais ce principe n'est pas absolu. Sa portée est restreinte par le devoir des parties de collaborer à l'instruction de l'affaire (ATF 122 V 158 consid. 1a; ATF 121 V 210 consid. 6c). Celui-ci comprend en particulier l'obligation des parties d'apporter, dans la mesure où cela peut être raisonnablement exigé d'elles, les preuves commandées par la nature du litige et des faits invoqués, faute de quoi elles risquent de devoir supporter les conséquences de l'absence de preuves (ATF 117 V 264 consid. 3b).

E. 7

Est en l'espèce litigieuse, dans le cadre de la procédure en restitution des indemnités de chômage indûment touchées, la détermination du gain intermédiaire plus particulièrement réalisé par le recourant durant les mois de mai à octobre 2018, et sur la base duquel a principalement été calculé le montant à restituer. Si le recourant ne conteste pas le fait de devoir restituer la plus partie du montant réclamée résultat du nouveau calcul du gain assuré issu d'une reconsidération, il s'oppose en revanche à la nouvelle estimation faite de son gain intermédiaire, avec la prise en compte, désormais, de la valeur matérielle des jours de vacances supplémentaires auxquels il avait eu droit, en vertu de la compensation d'un bonus qu'il aurait dû toucher en 2018.

Tribunal cantonal TC Page 6 de 8 Cette nouvelle prise en compte a entraîné le constat rétroactif qu'il n'avait finalement subi aucune perte de gain entre les mois de mai et d'octobre 2018 et qu'il devait par conséquent rembourser l'intégralité des indemnités compensatoires touchées durant cette période. Qu'en est-il ?

E. 7.1

Inscription au chômage et droit aux indemnités Né en 1967, ingénieur en télécommunications (ou « ingénieur système » selon son propre CV, dossier Caisse, p. 309), le recourant s'est inscrit à l'assurance-chômage le 29 août 2017, indiquant avoir travaillé pour le compte de son ancien employeur du mois de janvier 2001 au mois d'août 2017 (dossier Caisse, p. 332). Le contrat de travail avait été signé à l'époque sur la base d'un salaire de base de CHF 102'000.- (dossier Caisse, p. 286), ce qui représentait déjà un salaire mensuel brut de CHF 8'500.-. En 2017, soit après 16 années de service, son salaire mensuel brut se montait à CHF 10'670.65 (dossier Caisse, p. 277-278). Des indemnités constituant 80% du gain assuré lui ont, partant, été versées à partir du mois de septembre 2017, ceci jusqu'à la fin du mois d'août 2019 (cf. récapitulatifs, dossier Caisse, p. 15 +16). Il s'est alors désinscrit du chômage, soit à l'issue du délai-cadre de deux ans (cf. confirmation de désinscription du 4 septembre 2019, dossier Caisse, p. 46). Or, à ce moment-là, comme on le verra plus loin, il avait déjà retrouvé un emploi de durée indéterminée.

E. 7.2

Reconsidération du gain assuré L'on peut partir du principe que le gain assuré du recourant, sur la base duquel ont été calculées les indemnités journalières de chômage, respectivement, les indemnités compensatoires à allouer dès le moment où il a commencé à réaliser un gain intermédiaire, se fondait au départ sur le salaire mensuel brut de CHF 10'670.65 touché à la

fin des relations de travail, c'est-à-dire au moment de l'inscription au chômage, à la fin du mois d'août 2017. Dit salaire mensuel brut a finalement été porté à CHF 11'664.-, avec la prise en compte de divers bonifications ou autres éléments de salaire (cf. récapitulatif, dossier de la Caisse, p. 15) qu'il n'est en l'espèce plus nécessaire de détailler, dès lors que le recourant ne conteste plus le résultat de cette reconsidération de son gain assuré, lequel avait dans un premier temps été fixé à CHF 11'994.-.

E. 7.3

Reconsidération du gain intermédiaire Dans la mesure où seule demeure en l'espèce litigieuse la question juridique de l'affectation, au gain intermédiaire, de la valeur d'un bonus 2018 qui aurait été attribué au recourant sous la forme de jours de vacances supplémentaires, l'on peut se référer sur cette question aux faits exposés par la Caisse dans sa décision sur opposition, qui ne sont pas contestés en tant que tels et qui retranscrivent également la position du recourant.

E. 7.3.1

Comme le relève la Caisse (dossier Caisse, p. 12), « durant son chômage, l'assuré a débuté une activité d'ingénieur système en date du 3 avril 2018. Le contrat de travail prévoit un salaire mensuel de CHF 8'500.-, versé 13 fois l'an. (...) Ce salaire, auquel il y a lieu d'ajouter le 13e salaire au prorata, demeurerait inférieur à l'indemnité de chômage théorique (qui correspondait

Tribunal cantonal TC Page 7 de 8 alors à CHF 11'964.- à 80%, soit CHF 9'571.-), de sorte que la Caisse a versé des indemnités compensatoires à l'assuré. L'attestation du gain intermédiaire du mois d'avril 2019 fait état d'un montant négatif de CHF 2'117.- correspondant à l'achat de vacances, ainsi que d'un montant positif de CHF 1'743.-, correspondant à une participation au bénéfice 2018. Dans son opposition, le recourant explique n'avoir pas réellement perçu ce montant de CHF 1'743.- qui lui a été attribué sous la forme de jours de vacances en sus de ceux achetés ». Le recourant se contente en effet de contester le principe de la prise en compte, dans la fixation du gain intermédiaire, de la valeur matériel d'un bonus qui lui ne lui a été octroyé qu'en nature. Il ne critique en revanche pas le résultat des nouveaux calculs effectués par la Caisse en application du § C126 du Bulletin LACI édicté par le Seco, en soutenant par exemple que, même si l'ont rajoutait ce dernier montant, le gain intermédiaire demeurerait inférieur au gain assuré et lui permettrait de continuer à toucher des indemnités compensatoires. Rien ne permet par ailleurs de penser que la reconsidération effectuée par la Caisse ait été entachée d'une erreur de calcul.

E. 7.3.2

Cela étant et quoi qu'en disent les parties, celles-ci s'accordent donc sur le fait que des jours supplémentaires de vacances ont été accordés au recourant dans le cadre de l'activité qui lui permettait de réaliser un gain intermédiaire. Or, si l'on devait, comme le pense le recourant, ne pas prendre en compte la valeur matérielle de ces vacances supplémentaires, ici aisément déterminable puisque, ce dernier ne le conteste pas non plus, elle correspond à la non-perception des CHF 1'743.- d'un « bonus » qu'il aurait dû toucher en 2018 (et qui devait en principe être pris en compte comme une gratification, soit un des éléments du salaire ayant constitué le gain intermédiaire), cela reviendrait à admettre que l'indemnité compensatoire versée par l'assurance-chômage a notamment servi à couvrir ces vacances supplémentaires. L'assurance-chômage n'ayant de toute évidence pas pour but de financer

les éventuelles journées ou semaines de vacances supplémentaires de ses assurés, l'imputation de la valeur de la gratification litigieuse au gain intermédiaire paraît ainsi juridiquement bien fondée. Cette imputation entraîne par conséquence, comme la Caisse le relève, le dépassement, par franchissement d'un « effet de seuil », du montant du gain assuré. Le gain intermédiaire étant finalement supérieur au gain assuré, les indemnités compensatoires n'avaient, quoi qu'il en soit, plus de raison d'être versées, cela en l'absence désormais de toute perte de gain, et elles doivent ainsi être remboursées.

E. 7.3.3

On ne peut pas tout à fait exclure, comme la Caisse le suggère encore, que le bonus 2018 ait fait l'objet d'une compensation en nature pour permettre au recourant de continuer à bénéficier des indemnités compensatoires. Il apparaissait en effet d'ores et déjà, au moment des nouveaux calculs effectués par la Caisse au mois d'avril 2019, que le revenu réalisé par le recourant ne provenait pas d'un emploi momentanément exercé au sens de l'art. 24 LACI et, pour cette raison même, qu'il ne pouvait plus guère être qualifié de gain intermédiaire que sous l'angle de l'art. 24 al. 5 LACI, article laissant envisager la prise en charge, par l'assurance-chômage du « manque à gagner » résultant de l'acceptation d'une activité à plein temps moins bien rémunérée.

Tribunal cantonal TC Page 8 de 8 Le recourant avait en effet conclu un contrat de travail de durée indéterminée avec l'employeur qui lui avait offert le poste lui ayant permis de réaliser ce gain intermédiaire, contrat entré en vigueur le 1er janvier 2019 (cf. dossier Caisse, p. 55), ceci pour un salaire de CHF 110'508.- au demeurant supérieur à celui que lui versait à l'époque son ancien employeur, qui se montait en 2000 à CHF 102'200.-. Le salaire convenu à partir du mois de janvier 2019 étant à peu de chose près le même que celui convenu au moment où le recourant avait commencé à réaliser son gain intermédiaire au mois d'avril 2018 (CHF 8'500.- x 13 = CHF 110'500.-), l'on peut ainsi partir du principe que le recourant avait dès ce moment-là retrouvé un nouveau travail à plein temps et n'était, par conséquent, plus disponible sur le marché de l'emploi. Le versement d'une gratification sous la forme de vacances supplémentaires pouvait ainsi très bien avoir été conclue dans le but de précisément permettre au recourant de préserver son fragile statut de chômeur et de continuer à bénéficier d'indemnités compensatoires jusqu'à la fin du délai- cadre.

E. 8

Il découle de tout ce qui précède que le recours est infondé et qu'il doit être rejeté. Il n'est pas perçu de frais, ni alloué d'indemnité de partie. la Cour arrête : I. Le recours est rejeté. II. Il n'est pas perçu de frais de justice. III. Il n'est pas alloué d'indemnité de partie. IV. Notification. Un recours en matière de droit public peut être déposé auprès du Tribunal fédéral contre le présent jugement dans un délai de 30 jours dès sa notification. Ce délai ne peut pas être prolongé. Le mémoire de recours sera adressé, en trois exemplaires, au Tribunal fédéral, Schweizerhofquai 6, 6004 Lucerne. Il doit indiquer les conclusions, les motifs et les moyens de preuve et être signé. Les motifs doivent exposer succinctement en quoi le jugement attaqué viole le droit. Les moyens de preuve en possession du (de la) recourant(e) doivent être joints au mémoire de même qu'une copie du jugement, avec l'enveloppe qui le contenait. La procédure devant le Tribunal fédéral n'est en principe pas gratuite. Fribourg, le 27 juillet 2020/mbo Le Président : La Greffière-stagiaire :

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.