

# **NE\_GERICHTE CDP.2018.401 vom 13. August 2019**

NE Tribunal cantonal, 2019-08-13, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ne\\_gerichte\\_CDP.2018.401](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ne_gerichte_CDP.2018.401)

FR: NE\_GERICHTE CDP.2018.401 du 13 août 2019

IT: NE\_GERICHTE CDP.2018.401 del 13 agosto 2019

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Interjeté dans les formes et délai légaux, le recours est recevable.

### **E. 2**

a) L'article 95 al. 1 LACI prévoit que la demande de restitution est régie par l'article 25 LPGA, à l'exception des cas relevant des articles 55 et 59 c bis al. 4 LACI. Bien que concernant l'indemnité en cas d'insolvabilité, l'article 55 LACI n'a pas trait à la question litigieuse si bien qu'il n'est pas applicable. b) Selon l'article 25 al. 1 LPGA, les prestations indûment touchées doivent être restituées (première phrase). L'obligation de restituer suppose que soient remplies les conditions d'une reconsidération (art. 53 al. 2 LPGA) ou d'une révision procédurale (art. 53 al. 1 LPGA) de la décision par laquelle les prestations en cause ont été allouées (ATF 130 V 318 cons. 5.2). Conformément à l'article 53 al. 1 LPGA, les décisions et les décisions sur opposition formellement passées en force sont soumises à révision si l'assuré ou l'assureur découvre subséquemment des faits nouveaux importants ou trouve des nouveaux moyens de preuve qui ne pouvaient être produits auparavant. Par définition, un fait nouveau permettant la révision procédurale d'une décision entrée en force doit exister au moment où cette décision a été rendue, mais est découvert après coup (arrêt du TF du 06.08.2014 [9C\_328/2014] cons. 6.1). Conformément à l'article 53 al. 2 LPGA, 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. Pour juger s'il est admissible de reconsidérer une décision pour le motif qu'elle est sans nul doute erronée, il faut se fonder sur les faits et la situation juridique existant au moment où cette décision a été rendue, compte tenu de la pratique en vigueur à l'époque (ATF 125 V 383 cons. 3). Par le biais de la reconsidération, on corrigera une application initiale erronée du droit, de même qu'une constatation erronée résultant de l'appréciation des faits. Un changement de pratique ou de jurisprudence ne saurait en principe justifier une reconsidération (ATF 117 V 8 cons. 2c, 115 V 308 cons. 4a/cc). Pour des motifs de sécurité juridique, l'irrégularité doit être manifeste, de manière à éviter que la reconsidération devienne un instrument autorisant sans autre limitation un nouvel examen des conditions à la base des prestations de longue durée. En particulier, les organes d'application ne sauraient procéder en tout temps à une nouvelle appréciation de la situation après un examen plus approfondi des faits. Ainsi, une inexactitude manifeste ne saurait être admise lorsque l'octroi de la prestation dépend de conditions matérielles dont l'examen suppose un pouvoir d'appréciation, quant à certains de leurs aspects ou de leurs éléments, et que la décision initiale paraît admissible compte tenu de la situation antérieure de fait et de droit. S'il subsiste des doutes raisonnables sur le caractère erroné de la décision initiale, les conditions de la reconsidération ne sont pas remplies. Pour pouvoir qualifier une décision de manifestement erronée, il ne suffit pas que

l'assureur social ou le juge, en réexaminant l'un ou l'autre aspect du droit à la prestation d'assurance, procède simplement à une appréciation différente de celle qui avait été effectuée à l'époque et qui était, en soi, soutenable. Le caractère inexact de l'appréciation doit bien plutôt résulter de l'ignorance ou de l'absence – à l'époque – de preuves de faits essentiels (arrêt du TF du 17.08.2018 [9C\_308/2018] cons. 2.2 et les références). 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 cons. 1.1, 126 V 23 cons. 4b).

### **E. 3**

a) Selon une jurisprudence constante, la Cour de droit public examine d'office les conditions formelles de validité et la régularité de la procédure administrative suivie devant les autorités précédentes ( RJN 2011, p. 457 , 2009, p. 395 ). Cet examen porte en particulier sur le point de savoir si le droit d'être entendu a été respecté, la violation de ce principe fondamental pouvant entraîner l'annulation de la décision attaquée (arrêt de la CDP du 18.02.2016 [ 2014.338 ] cons. 2a et arrêt de la CDP non publié du 10.11.2016 [CDP.2016.63] cons. 2a). Garanti par l'article 29 al. 2 Cst. féd., le droit d'être entendu est à la fois une institution servant à l'instruction de la cause et une faculté de la partie, en rapport avec sa personnalité, de participer au prononcé de décisions qui touchent à sa situation juridique ( ATF 135 II 286 cons. 5.1). Il englobe donc tous les droits qui doivent être attribués à une partie pour qu'elle puisse faire valoir efficacement son point de vue dans une procédure ( ATF 132 II 485 cons. 3.2). La jurisprudence a notamment déduit du droit d'être entendu garanti par l'article 29 al. 2 Cst. féd., l'obligation pour l'autorité de motiver sa décision afin que le justiciable puisse la comprendre ainsi que l'attaquer utilement s'il y a lieu, et que l'autorité de recours puisse exercer son contrôle. L'autorité doit mentionner, au moins brièvement, les motifs qui l'ont guidée et sur lesquels elle a fondé sa décision. Elle n'a toutefois pas l'obligation d'exposer et de discuter tous les faits, moyens de preuve et griefs invoqués par les parties, mais peut se limiter à l'examen des questions décisives pour l'issue du litige ( ATF 138 IV 81 cons. 2.2). Il n'y a violation du droit d'être entendu que si l'autorité ne satisfait pas à son devoir minimum d'examiner les problèmes pertinents ( ATF 134 I 83 cons. 4.1). En règle générale, l'étendue de l'obligation de motiver dépend de la complexité de l'affaire à juger, de la liberté d'appréciation dont jouit l'autorité et de la potentielle gravité des conséquences de sa décision ( ATF 112 Ia 107 cons. 2b; arrêt du TF du 05.07.2010 [8C\_762/2009] cons. 2.2). En assurances sociales, l'article 49 al. 1 et 3 LPGa dispose expressément que les décisions doivent être motivées si elles ne font pas entièrement droit aux demandes des parties. L'article 42 LPGa rappelle en outre le droit d'être entendu des parties dans le cadre d'une procédure administrative en matière d'assurances sociales. Pour autant qu'elle ne soit pas d'une gravité particulière, la violation du droit d'être entendu peut être réparée lorsque la partie lésée a la possibilité de s'exprimer devant une autorité de recours jouissant d'un plein pouvoir d'examen, respectivement du même pouvoir d'examen que l'autorité inférieure. La réparation d'un vice éventuel ne doit toutefois avoir lieu qu'exceptionnellement ( ATF 137 I 195 cons. 2.3.2, 135 I 279 cons. 2.6.1). Une telle réparation dépend de la gravité et de l'étendue de l'atteinte portée au droit d'être entendu ( ATF 126 I 68 cons. 2). Elle peut également se justifier en présence d'un vice grave lorsque le renvoi constituerait une vaine formalité et causerait un

allongement de la procédure incompatible avec l'intérêt de la partie lésée à ce que sa cause soit tranchée dans un délai raisonnable ( ATF 137 I 195 cons. 2.3.1 et 2.3.2, 136 V 117 cons. 4.2.2.2 ). b) En l'occurrence, tout comme déjà relevé à maintes reprises (CDP.2019.67 [arrêt du 14.05.2019], CDP.2016.357 [arrêt du 27.04.2017], CDP.201 6.333 [arrêt du 19.07.2017], CDP.2016.63 [arrêt du 10.11.2016], CDP.2015.151 [arrêt du 10.11.2016] et CDP.2014.320 [arrêt du 14.09.2015]) concernant également des décisions de restitution rendues par la CCNAC , force est de constater que la décision du 29 août 2018 et la décision sur opposition du

## E. 6

novembre 2018 ne satisfont pas aux exigences de motivation prévues par l'article 49 al. 3 LPGA, ce qui constitue une violation du droit d'être entendu du recourant. Cela étant, ce vice, au demeurant non invoqué par l'intéressé, peut être réparé dans le cadre de la procédure devant la Cour de céans, laquelle jouit d'un plein pouvoir d'examen. Représenté par un avocat, le recourant a pu saisir la portée ou les implications de la décision litigieuse et la contester utilement . En outre, u n renvoi à l'intimée pour nouvelle décision contenant une motivation complémentaire se révélerait en l'occurrence n'être qu'une vaine formalité qui conduirait à une prolongation inutile de la procédure, incompatible avec l'intérêt du justiciable à un jugement rapide de la cause. En conséquence, il convient de se prononcer sur le fond du litige. 4. a) En l'espèce, la demande d'indemnité du 19 décembre 2017 portait sur les créances de salaire suivantes : - juin 2016 : heures supplémentaires (CHF 4'795.45) + part au 13 ème salaire (CHF 737.20) = 5'532.65 francs - juillet 2016 : heures supplémentaires (CHF 5'397.95) + part au 13 ème salaire (CHF 737.20) = 6'135.15 francs - août 2016 : heures supplémentaires (CHF 2'894.35) + part au 13 ème salaire (CHF 737.20) = 3'631.55 francs - septembre 2016 : salaire (CHF 8'846.15) + heures supplémentaires (CHF 1'644.05) + part au 13 ème salaire (CHF 737.20) = 11'227.40 francs Total = 26'526.75 francs Selon les fiches de paiement, l'indemnité totale versée par l'intimée à l'assuré correspond aux créances figurant sur cette demande, sous déduction des cotisations sociales : - juin 2016 : 4'795.45 francs (heures supplémentaires) - juillet 2016 : 5'397.95 francs (heures supplémentaires) - août 2016 : 2'894.35 francs (heures supplémentaires) - septembre 2016 : 8'846.15 francs (salaire) + 1'644.05 francs (heures supplémentaires) - part au 13 ème salaire : 2'948.80 francs Total = 26'526.75 francs Par la suite, la caisse a remarqué que lors de son premier calcul elle n'avait pas procédé correctement au plafonnement à 12'350 francs, compte tenu des heures supplémentaires. Aussi a-t-elle considéré, qu'au vu du salaire mensuel fixe de 8'846.15 francs versé par l'employeur pour les mois de juin, juillet et août 2016, la prise en compte de toutes les heures supplémentaires impliquait un dépassement du plafond mensuel de 12'350 francs. Selon la demande en restitution, l'indemnité à laquelle l'assuré aurait finalement droit est composée ainsi : - juin 2016 : 2'766.65 francs (divers) - juillet 2016 : 2'766.65 francs (divers) - août 2016 : 2'766.65 francs (divers) - septembre 2016 : 8'846.15 francs (salaire) - septembre 2016 : 1'640.25 francs (divers) - part au 13ème : 2'948.80 francs Total brut : 21'735.15 francs Total net : 18'401.75 francs b) Avant d'examiner si les conditions d'une révision ou d'une reconsidération sont remplies, il y a lieu de vérifier si l'assuré a effectivement indûment touché des prestations. Selon l' article 51 al. 1 LACI , les travailleurs assujettis au paiement des cotisations, qui sont au service d'un employeur insolvable sujet à une procédure d'exécution forcée en Suisse ou employant des travailleurs en Suisse, ont droit à une indemnité pour insolvabilité notamment lorsqu'une procédure de faillite est engagée contre leur employeur et qu'ils ont, à ce moment-là, des créances de salaire envers lui (let. a). L'

article 52 al. 1 LACI prévoit que l'indemnité en cas d'insolvabilité couvre les créances de salaire portant sur les quatre derniers mois au plus d'un même rapport de travail, jusqu'à concurrence, pour chaque mois, du montant maximum selon l'article 3 al. 2. D'après cette disposition, les cotisations s'élèvent à 2,2 % jusqu'au montant maximal du gain mensuel assuré dans l'assurance-accidents obligatoire (soit, selon l' art. 22 al. 1 OLAA, CHF 148'200 annuel). Les dispositions des articles 51 ss LACI ont introduit une assurance perte de gain en cas d'insolvabilité de l'employeur, destinée à combler une lacune dans le système de protection sociale. Pour le législateur, le privilège conféré par la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et faillite (ci-après LP) aux créances de salaire (art. 219 LP) ne donnait en effet pas une garantie suffisante au travailleur, si bien qu'il était nécessaire de lui assurer la protection par le droit public, à tout le moins pendant une période limitée et déterminée. Il s'est donc agi de protéger les créances de salaire du travailleur pour lui assurer les moyens d'existence et éviter que des pertes ne le touchent durement dans son existence (Message du Conseil fédéral concernant une nouvelle loi fédérale sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité du 2 juillet 1980, FF 1980 III 533; arrêt du TF du 22.11.2017 [8C\_749/2016] cons. 3.1 et les références). L'article 52 LACI limite la durée de la période couverte par l'indemnité en cas d'insolvabilité et précise le montant mensuel maximal qui peut être versé (Rubin, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, N 1 ad. art. 52 LACI). Par "créances de salaire" au sens de l'article 52 LACI, on entend d'abord le salaire déterminant selon l'article 5 al. 2 LAVS en relation avec l'article 7 RAVS, auquel s'ajoutent les allocations (ATF 137 V 96 cons.

### **E. 6.1**

à 6.3 et 132 V 82 cons. 3.1; Nussbaumer, Arbeitslosenversicherung, in : Schweizerisches Bundesverwaltungs-recht [SBVR], Soziale Sicherheit, 3 e éd., 2016, n° 619 p. 2452, Rubin, op. cit., N12 ad. art. 52 ). Il s'agit en règle ordinaire du salaire contractuel, plafonné jusqu'à concurrence du montant maximum du gain mensuel assuré dans l'assurance-accidents obligatoire ( art. 3 al. 2 LACI en corrélation avec l' art. 22 al. 1 OLAA ). Le montant plafonné comprend toutes les allocations dues au travailleur, y compris celles versées en compensation d'inconvénients liés à l'exécution du travail, soit notamment les suppléments de salaire pour le travail de nuit ou du dimanche, pour heures supplémentaires etc. (arrêt du TF du 19.04.2002 [C 319/01] cons. 2b et les références; Rubin, op. cit., N12 ad. art. 52). Dans le cadre de la révision de l'article 52 LACI, le message a précisé qu'en cas d'insolvabilité de l'employeur, l'assurance-chômage n'entendait pas garantir une compensation complète du manque à gagner, mais une compensation convenable (FF 2008 7029, p. 7052). Dans la mesure où la notion de "créances de salaire" contenue dans l'article 52 al. 1 LACI doit s'interpréter dans le sens de salaire déterminant, on doit comprendre que l'indemnité en cas d'insolvabilité garantit le salaire – lequel comprend notamment le paiement des heures supplémentaires et la quote-part du 13<sup>ème</sup> salaire – des quatre derniers mois à hauteur, pour chaque mois, de maximum 12'350 francs (nouveau montant depuis le 01.01.2016). Cette manière de calculer n'implique pas le résultat évoqué par le recourant. La personne qui réalise normalement un salaire brut de 12'350 francs mais qui n'a pas perçu de salaire, recevra une indemnité brute correspondant au montant plafonné de 12'350 francs, soit l'équivalent de son salaire plein. En revanche, contrairement à ce que prétend le recourant, un travailleur réalisant normalement un revenu mensuel brut de 14'700 francs et qui a pu obtenir, avant la faillite de son ancien employeur, un montant de 2'350 francs, aura également droit à une indemnité en cas d'insolvabilité, laquelle s'élèvera à

10'000 francs (brut). En prenant en compte la partie du salaire effectivement perçue, le paiement de son salaire mensuel aura été couvert à hauteur de 12'350 francs. Dans la mesure où le but de cette disposition est de garantir l'obtention d'un salaire mensuel de maximum 12'350 francs, ce résultat ne prête pas flanc à la critique. La manière de calculer de la caisse est donc conforme à la loi. En l'occurrence, dès lors que le recourant a déjà obtenu de la part de son ancien employeur son salaire fixe pour les mois de juin à août 2016, l'indemnité en cas d'insolvabilité, qui ne garantit que la perception d'un salaire mensuel à hauteur de 12'350 francs tout compris, ne peut porter que sur la différence entre le montant plafonné et les revenus effectivement touchés. C'est donc à juste titre que ces salaires ont été comptabilisés dans le calcul du plafonnement, réduisant ainsi la marge disponible pour le reste du salaire non payé. Aussi, le calcul de la caisse pour l'indemnité corrigée abouti à un montant correct : - juin 2016 :  $12'350 - 8'846.15 = 3'503.85$  francs (montant indemnité maximale) - juillet 2016 :  $12'350 - 8'846.15 = 3'503.85$  francs (montant indemnité maximale) - août 2016 :  $12'350 - 8'846.15 = 3'503.85$  francs (montant indemnité maximale) - septembre 2016 :  $8'846.15 + 1640.25$  (heures supplémentaires) =  $10'486.40 + 737.20 = 11'223.60$  francs - Total =  $21'735.15$  francs Sur la base des heures supplémentaires retenues par l'intimée et après les déductions sociales, l'indemnité finale à allouer s'élève à 18'401.75 francs. Dès lors que le recourant a perçu une indemnité de 21'943.40 francs, un montant de 3'541.65 francs a été versé à tort. c) Aucun fait nouveau important ou nouveaux moyens de preuve n'ayant pu être produits auparavant n'ont été découverts après les versements. Les conditions d'une révision procédurale ne sont donc pas données. En revanche, lorsque les prestations ont été octroyées en décembre 2017 et en mai 2018, les éléments au dossier permettaient de se rendre compte que ces décisions étaient manifestement erronées et qu'elles résultaient d'une application initiale inexacte du droit. En effet, compte tenu des explications qui précèdent et des décomptes figurant au dossier, il ne faisait nul doute que les sommes allouées pour les mois de juin à août 2016 étaient trop élevées. Au vu du montant à restituer, la rectification des décisions informelles d'octroi revêtent une importance notable. Les conditions de la reconsidération étant remplies, la restitution des prestations indûment perçues est justifiée. d) Le montant maximum à allouer étant atteint pour les mois de juin à août 2016, la conclusion tendant à l'octroi d'un complément d'indemnité pour les heures supplémentaires effectuées durant cette période est sans objet. En revanche, dès lors que le plafond n'a pas été atteint s'agissant du mois de septembre 2016, il y a lieu d'examiner le grief relatif à l'indemnisation des heures supplémentaires ayant trait à cette période. Le recourant conteste le nombre d'heures retenu et le tarif horaire appliqué par l'intimée. Selon lui, le nombre d'heures supplémentaires à prendre en considération s'élève à 51.12 et non à 22.07 [recte : 33.07] et le tarif horaire de leur indemnisation aurait dû être fixé à 61 francs de l'heure (CHF 115'500 [salaire annuel] / 1877.80 [heures à accomplir contractuellement – heures de vacances – heures de fériés]) et non à 49.60 francs [recte : 49.71] comme retenu par l'intimée ( $8'846.15$  [salaire mensuel] / 177.94 [heures de travail par jour (8.20) x nb de jours mensuels moyen (21.7)]). aa) Selon l'article 321c al. 3 CO, l'employeur est tenu de rétribuer les heures de travail supplémentaires qui ne sont pas compensées par un congé en versant le salaire normal majoré d'un quart au moins, sauf clause contraire d'un accord écrit, d'un contrat-type de travail ou d'une convention collective. En droit privé, le salaire normal au sens de l'article 321c al. 3 CO comprend, sauf accord écrit contraire, tous les éléments composant la rémunération obligatoirement due par l'employeur, y compris le treizième salaire (arrêt du TF du 03.04.2017 [8C\_319/2016] cons. 5 et les références citées). Pour calculer le salaire

horaire, il convient de prendre en compte le salaire annuel valable pour chaque année au cours de laquelle des heures supplémentaires ont été effectuées. Le calcul du salaire correspondant à une heure de travail doit notamment comprendre le treizième salaire. Une fois le salaire annuel établi, on le divisera par le nombre d'heures de travail dues annuellement en vertu du contrat. Dans ce calcul, il sera tenu compte des heures de travail correspondant aux semaines de vacances, ces heures étant payées, mais non travaillées. On aboutit à un résultat analogue en divisant le salaire annuel par douze, puis ce résultat par 4.33 (52 semaines /12). On obtient alors le salaire d'une semaine de travail, qu'il convient de diviser par le nombre d'heures hebdomadaires pour obtenir le salaire horaire. A ce salaire horaire, on ajoutera s'il y a lieu la majoration de 25 % ( Carruzzo , Le contrat individuel de travail : commentaire des articles 319 à 341 du CO, p. 72-73). En l'espèce, s'agissant du tarif horaire, l'intimée a effectivement omis de comptabiliser le treizième salaire dans le cadre du salaire mensuel. En revanche, contrairement à ce que prétend le recourant, c'est à raison qu'elle n'a pas déduit les jours de vacances et de fériés du temps de travail (cf. arrêts du TF du 14.02.2003 [4C.310/2002] cons.6.2, du 16.03.2000 [4C.424/1999 ] cons. 8). Compte tenu du fait que le salaire annuel (CHF 115'000) couvrait aussi les vacances et les jours de congé, y compris les jours fériés, il convient de répartir ce salaire sur 52 semaines par année et sur 41 heures par semaine, ce qui donne un salaire horaire de 53.94 francs (115'000/ 2'132 [41 x 52]). Ce résultat aboutit approximativement à celui de la méthode de calcul de conversion du salaire mensuel en salaire horaire proposée par le SECO dans son Commentaire de l'ordonnance 1 relative à la loi sur le travail, version du 15.02.2017, (<https://www.seco.admin.ch/seco/fr/home/Arbeit/Arbeitsbedingungen/Arbeitsgesetz-und-Verordnungen/Wegleitungen/Wegleitung-zur-ArGV-1.html>) pour le supplément de salaire au sens de l'article 13 LTr et 33 OLT 1: 52.178 semaines par année x 41 heures de travail par semaine / 12 mois = 2'139.30 heures dans l'année / 12 mois = 178.27 heures de travail mensuelles à 115'000 francs /12 [salaire annuel mensualisé] /178.27 heures = 9'583.3 francs / 178.27 heures = salaire horaire de 53.76 francs En outre, faute de clause contractuelle contraire, il y a lieu de majorer le salaire (53.94 francs de l'heure) de 25 %, ce qui conduit à un tarif horaire de 67.43 francs de l'heure. A ce coût, les 33.07 heures supplémentaires admises par l'intimée auraient dû être indemnisées par 2'229.91 francs (brut), ce qui conduit pour le mois de septembre 2016, à une indemnité d'en tout cas 11'813.06 francs brut ( 8'846.15 + 737 + 2'229.91 ). bb ) Le plafond de 12'350 francs n'étant pas atteint, il y a encore lieu d'examiner si le nombre d'heures supplémentaires retenu par l'intimée pour le mois de septembre 2016 (33.07) est correct, dans la mesure où le recourant prétend qu'il a effectué 51.12 heures supplémentaires. En se référant à l'allégué 22 de la requête en conciliation dirigée contre son ancien employeur dans lequel il conteste le décompte de ce dernier, il aurait travaillé 147.25 heures, auxquelles se sont ajoutées 18.67 heures de trajet (après déduction contractuelle de 30 minutes par trajet) et 65.6 heures de vacances (8 jours x 8.20 heures), soit au total 231.52 heures au lieu des 180.40 heures à accomplir, compte tenu des 22 jours ouvrables (8.20 x 22). Le récapitulatif Excel qu'il a établi auquel il se réfère pour prouver l'allégué 22 de cette requête fait état de 232.51 heures effectuées au total, compte tenu de 20 heures de trajet. Contrairement aux temps de trajet (80 min. au lieu de 60 min. selon les autres décomptes), les jours et horaires de travail mentionnés dans ce récapitulatif correspondent aux autres décomptes du mois de septembre 2016 figurant au dossier. En revanche, ce document contient des erreurs de calcul s'agissant de la comptabilisation des heures travaillées, celles-ci comportant presque systématiquement au moins 1h de trop (hormis pour le 24.09

où la durée de 4h(20) est correcte; par exemple : 01.09 : 19 h – 05 h + 80 min = 11 h 20 et non 12 h 20). Aussi, même en comptabilisant les 20 minutes supplémentaires de trajets quotidiens alléguées par le recourant, on arrive, après corrections, à un total mensuel des heures de travail effectuées de 217 h 51 (132 h 15 + 65 h 36 + 20 h), ce qui correspond, par rapport aux 180 h 24 dues pour le mois de septembre 2016 (8 h 12 x 22 jours), à 37 h 27 supplémentaires et non à 51.12 heures. Il convient encore de vérifier si les 20 minutes supplémentaires quotidiennes de trajet alléguées par le recourant dans son récapitulatif Excel, totalisant 5 h (15 x 20 min), doivent être indemnisées. Il résulte du décompte de l'ancien employeur, qui correspond à celui rempli par le recourant et contresigné par la société B. \_\_\_\_\_, qu'en septembre 2016, l'intéressé a effectivement travaillé 132 h 15, auxquelles s'ajoutent 65 h 36 de vacances (8 x 8 h 12) et 15 h de trajets, pour un total de 212 h 51. Dans la mesure où les décomptes remplis par le recourant pour le mois de septembre, contresignés – comme allégué par lui – par la société B. \_\_\_\_\_ rapportent 1h de trajet par jour et que l'intéressé n'apporte pas d'élément permettant de considérer qu'il s'agissait d'une donnée erronée ou à interpréter différemment, il n'y a pas de raison de s'en distancer. En définitive, le dossier permet de retenir que durant le mois de septembre 2016, le recourant a effectué 32 h 27 supplémentaires (212 h 51 – 180 h 24 [8 h 12 x 22]), ce qui correspond approximativement au nombre d'heures supplémentaires retenu par l'intimée pour le mois de septembre 2016 (33.07). Au tarif revu de 67.43 francs de l'heure, ces 32h27 heures auraient dû être indemnisées par 2'188.10 francs bruts, soit un montant de 544.05 francs supérieur à celui de 1'644.05 francs alloué au titre d'heures supplémentaires pour le mois de septembre 2016. Le plafond de 12'350 francs n'étant pas atteint, le montant à restituer doit être diminué de 544.05 francs, dont à déduire les cotisations sociales. 5. Il suit de ce qui précède que le recours doit être partiellement admis et la décision attaquée annulée. La cause doit être renvoyée à l'intimée afin qu'elle procède au calcul du montant net à restituer par le recourant et rende une nouvelle décision. Il est statué sans frais, la procédure étant en principe gratuite (art. 61 let. a LPGA par renvoi de l'art. 1 LACI) . Le recourant, qui procède avec l'assistance d'un mandataire professionnel, a droit à des dépens partiels (art. 61 let. g LPGA). L'avocat du recourant a déposé un mémoire d'honoraires pour un montant total de 2'487.87 francs, pour 7.5 heures d'activité au tarif horaire de 280 francs (CHF 2'100), 210 francs de frais et 177.87 de TVA (7.7%). L'activité alléguée et la durée consacrée n'apparaissent pas excessives et semblent correspondre à ce qu'exigeait le mandat en question, si bien que l'on peut ratifier ledit mémoire. Compte tenu de l'admission partielle du recours, l'indemnité de dépens est fixée ex-aequo et bono à un quart du montant total des honoraires allégués, à savoir à 621.95 francs tout compris.

## **E. 22**

al. 1 OLAA). Le montant plafonné comprend toutes les allocations dues au travailleur, y compris celles versées en compensation d'inconvénients liés à l'exécution du travail, soit notamment les suppléments de salaire pour le travail de nuit ou du dimanche, pour heures supplémentaires etc.(arrêt du TFdu19.04.2002 [C 319/01]cons. 2b et les références;Rubin, op. cit., N12 ad. art. 52).Dans le cadre de la révision de l'article52 LACI, le message a précisé qu'en cas d'insolvabilité de l'employeur, l'assurance-chômage n'entendait pas garantir une compensation complète du manque à gagner, mais une compensation convenable (FF 2008 7029, p. 7052).

Dans la mesure où la notion de "créances de salaire" contenue dans l'article52 al. 1 LACI doit s'interpréter dans le sens de salaire déterminant, on doit comprendre que l'indemnité en

cas d'insolvabilité garanti le salaire lequel comprend notamment le paiement des heures supplémentaires et la quote-part du 13<sup>ème</sup> salaire des quatre derniers mois à hauteur, pour chaque mois, de maximum 12'350 francs (nouveau montant depuis le 01.01.2016). Cette manière de calculer n'implique pas le résultat évoqué par le recourant. La personne qui réalise normalement un salaire brut de 12'350 francs mais qui n'a pas perçu de salaire, recevra une indemnité brute correspondant au montant plafonné de 12'350 francs, soit l'équivalent de son salaire plein. En revanche, contrairement à ce que prétend le recourant, un travailleur réalisant normalement un revenu mensuel brut de 14'700 francs et qui a pu obtenir, avant la faillite de son ancien employeur, un montant de 2'350 francs, aura également droit à une indemnité en cas d'insolvabilité, laquelle s'élèvera à 10'000 francs (brut). En prenant en compte la partie du salaire effectivement perçue, le paiement de son salaire mensuel aura été couvert à hauteur de 12'350 francs. Dans la mesure où le but de cette disposition est de garantir l'obtention d'un salaire mensuel de maximum 12'350 francs, ce résultat ne prête pas flanc à la critique. La manière de calculer de la caisse est donc conforme à la loi.

En l'occurrence, dès lors que le recourant a déjà obtenu de la part de son ancien employeur son salaire fixe pour les mois de juin à août 2016, l'indemnité en cas d'insolvabilité, qui ne garantit que la perception d'un salaire mensuel à hauteur de 12'350 francs tout compris, ne peut porter que sur la différence entre le montant plafonné et les revenus effectivement touchés. C'est donc à juste titre que ces salaires ont été comptabilisés dans le calcul du plafonnement, réduisant ainsi la marge disponible pour le reste du salaire non payé. Aussi, le calcul de la caisse pour l'indemnité corrigée abouti à un montant correct :

-juin 2016 :  $12'350 - 8'846.15 = 3'503.85$  francs (montant indemnité maximale)

-juillet 2016 :  $12'350 - 8'846.15 = 3'503.85$  francs (montant indemnité maximale)

-août 2016 :  $12'350 - 8'846.15 = 3'503.85$  francs (montant indemnité maximale)

-septembre 2016 :  $8'846.15 + 1640.25$  (heures supplémentaires) =  $10'486.40 + 737.20 = 11'223.60$  francs

-Total = 21'735.15 francs

Sur la base des heures supplémentaires retenues par l'intimée et après les déductions sociales, l'indemnité finale à allouer s'élève à 18'401.75 francs. Dès lors que le recourant a perçu une indemnité de 21'943.40 francs, un montant de 3'541.65 francs a été versé à tort.

c) Aucun fait nouveau important ou nouveaux moyens de preuve n'ayant pu être produits auparavant n'ont été découverts après les versements. Les conditions d'une révision procédurale ne sont donc pas données. En revanche, lorsque les prestations ont été octroyées en décembre 2017 et en mai 2018, les éléments au dossier permettaient de se rendre compte que ces décisions étaient manifestement erronées et qu'elles résultaient d'une application initiale inexacte du droit. En effet, compte tenu des explications qui précèdent et des décomptes figurant au dossier, il ne faisait nul doute que les sommes allouées pour les mois de juin à août 2016 étaient trop élevées. Au vu du montant à restituer, la rectification des décisions informelles d'octroi revêtent une importance notable. Les conditions de la reconsidération étant remplies, la restitution des prestations indûment perçues est justifiée.

d) Le montant maximum à allouer étant atteint pour les mois de juin à août 2016, la conclusion tendant à l'octroi d'un complément d'indemnité pour les heures supplémentaires effectuées durant cette période est sans objet. En revanche, dès lors que le

plafond n'a pas été atteint s'agissant du mois de septembre 2016, il y a lieu d'examiner le grief relatif à l'indemnisation des heures supplémentaires ayant trait à cette période. Le recourant conteste le nombre d'heures retenu et le tarif horaire appliqué par l'intimée. Selon lui, le nombre d'heures supplémentaires à prendre en considération s'élève à 51.12 et non à 22.07 [recte : 33.07] et le tarif horaire de leur indemnisation aurait dû être fixé à 61 francs de l'heure (CHF 115'500 [salaire annuel] / 1877.80 [heures à accomplir contractuellement ■ heures de vacances ■ heures de fériés]) et non à 49.60 francs [recte : 49.71] comme retenu par l'intimée (8'846.15 [salaire mensuel] / 177.94 [heures de travail par jour (8.20) x nb de jours mensuels moyen (21.7)]).

aa) Selon l'article 321c al. 3 CO, l'employeur est tenu de rétribuer les heures de travail supplémentaires qui ne sont pas compensées par un congé en versant le salaire normal majoré d'un quart au moins, sauf clause contraire d'un accord écrit, d'un contrat-type de travail ou d'une convention collective. En droit privé, le salaire normal au sens de l'article 321c al. 3 CO comprend, sauf accord écrit contraire, tous les éléments composant la rémunération obligatoirement due par l'employeur, y compris le treizièmesalaire(arrêt du TF du03.04.2017 [8C\_319/2016]cons. 5 et les références citées).

Pour calculer le salaire horaire, il convient de prendre en compte le salaire annuel valable pour chaque année au cours de laquelle des heures supplémentaires ont été effectuées. Le calcul du salaire correspondant à une heure de travail doit notamment comprendre le treizième salaire. Une fois le salaire annuel établi, on le divisera par le nombre d'heures de travail dues annuellement en vertu du contrat. Dans ce calcul, il sera tenu compte des heures de travail correspondant aux semaines de vacances, ces heures étant payées, mais non travaillées. On aboutit à un résultat analogue en divisant le salaire annuel par douze, puis ce résultat par 4.33 (52 semaines /12). On obtient alors le salaire d'une semaine de travail, qu'il convient de diviser par le nombre d'heures hebdomadaires pour obtenir le salaire horaire. A ce salaire horaire, on ajoutera s'il y a lieu la majoration de 25 % (Carruzzo, Le contrat individuel de travail : commentaire des articles 319 à 341 du CO, p. 72-73).

En l'espèce, s'agissant du tarif horaire, l'intimée a effectivement omis de comptabiliser letreizièmesalairedans le cadre du salaire mensuel. En revanche, contrairement à ce que prétend le recourant, c'est à raison qu'elle n'a pas déduit les jours de vacances et de fériés du temps detravail (cf.arrêts du TF du14.02.2003 [4C.310/2002]cons.6.2, du16.03.2000 [4C.424/1999] cons. 8).Compte tenu du fait que le salaire annuel (CHF 115'000) couvrait aussi les vacances et les jours de congé, y compris les jours fériés, il convient de répartir ce salaire sur 52 semaines par année et sur 41 heures par semaine, ce qui donne un salaire horaire de 53.94 francs (115'000/ 2'132 [41 x 52]). Ce résultat abouti approximativement à celui de la méthode de calcul deconversion du salaire mensuel en salaire horaireproposée par le SECO dans sonCommentaire de l'ordonnance 1 relative à la loi sur le travail, version du 15.02.2017, (<https://www.seco.admin.ch/seco/fr/home/Arbeit/Arbeitsbedingungen/Arbeitsgesetz-und-Verordnungen/Wegleitungen/Wegleitung-zur-ArGV-1.html>)pour le supplément de salaire au sens de l'article 13 LTr et 33 OLT 1:

52.178 semaines par année x 41 heures de travail par semaine / 12 mois

= 2'139.30 heures dans l'année / 12 mois

= 178.27 heures de travail mensuelles

à115'000 francs /12 [salaire annuel mensualisé] /178.27 heures

= 9'583.3 francs / 178.27 heures

= salaire horaire de 53.76 francs

En outre, faute de clause contractuelle contraire, il y a lieu de majorer le salaire (53.94 francs de l'heure) de 25 %, ce qui conduit à un tarif horaire de 67.43 francs de l'heure. A ce coût, les 33.07 heures supplémentaires admises par l'intimée auraient dû être indemnisées par 2'229.91 francs (brut), ce qui conduit pour le mois de septembre 2016, à une indemnité d'en tout cas 11'813.06 francs brut (8'846.15 + 737 + 2'229.91).

bb) Le plafond de 12'350 francs n'étant pas atteint, il y a encore lieu d'examiner si le nombre d'heures supplémentaires retenu par l'intimée pour le mois de septembre 2016 (33.07) est correct, dans la mesure où le recourant prétend qu'il a effectué 51.12 heures supplémentaires. En se référant à l'allégué 22 de la requête en conciliation dirigée contre son ancien employeur dans lequel il conteste le décompte de ce dernier, il aurait travaillé 147.25 heures, auxquelles se sont ajoutées 18.67 heures de trajet (après déduction contractuelle de 30 minutes par trajet) et 65.6 heures de vacances (8 jours x 8.20 heures), soit au total 231.52 heures au lieu des 180.40 heures à accomplir, compte tenu des 22 jours ouvrables (8.20 x 22). Le récapitulatif Excel qu'il a établi auquel il se réfère pour prouver l'allégué 22 de cette requête fait état de 232.51 heures effectuées au total, compte tenu de 20 heures de trajet. Contrairement aux temps de trajet (80 min. au lieu de 60 min. selon les autres décomptes), les jours et horaires de travail mentionnés dans ce récapitulatif correspondent aux autres décomptes du mois de septembre 2016 figurant au dossier. En revanche, ce document contient des erreurs de calcul s'agissant de la comptabilisation des heures travaillées, celles-ci comportant presque systématiquement au moins 1h de trop (hormis pour le 24.09 où la durée de 4h(20) est correcte; par exemple : 01.09 : 19 h 05 h + 80 min = 11 h 20 et non 12 h 20). Aussi, même en comptabilisant les 20 minutes supplémentaires de trajets quotidiens alléguées par le recourant, on arrive, après corrections, à un total mensuel des heures de travail effectuées de 217 h 51 (132 h 15 + 65 h 36 + 20 h), ce qui correspond, par rapport aux 180 h 24 dues pour le mois de septembre 2016 (8 h 12 x 22 jours), à 37 h 27 supplémentaires et non à 51.12 heures.

Il convient encore de vérifier si les 20 minutes supplémentaires quotidiennes de trajet alléguées par le recourant dans son récapitulatif Excel, totalisant 5 h (15 x 20 min), doivent être indemnisées. Il résulte du décompte de l'ancien employeur, qui correspond à celui rempli par le recourant et contresigné par la société B. \_\_\_\_\_, qu'en septembre 2016, l'intéressé a effectivement travaillé 132 h 15, auxquelles s'ajoutent 65 h 36 de vacances (8 x 8 h 12) et 15 h de trajets, pour un total de 212 h 51. Dans la mesure où les décomptes remplis par le recourant pour le mois de septembre, contresignés comme allégué par lui par la société B. \_\_\_\_\_ rapportent 1h de trajet par jour et que l'intéressé n'apporte pas d'élément permettant de considérer qu'il s'agissait d'une donnée erronée ou à interpréter différemment, il n'y a pas de raison de s'en distancer. En définitive, le dossier permet de retenir que durant le mois de septembre 2016, le recourant a effectué 32 h 27 supplémentaires (212 h 51 - 180 h 24 [8 h 12 x 22]), ce qui correspond approximativement au nombre d'heures supplémentaires retenu par l'intimée pour le mois de septembre 2016 (33.07). Au tarif revu de 67.43 francs de l'heure, ces 32 h 27 heures auraient dû être indemnisées par 2'188.10 francs bruts, soit un montant de 544.05 francs supérieur à celui de 1'644.05 francs alloué au titre d'heures supplémentaires pour le mois de septembre 2016. Le plafond de 12'350 francs n'étant pas atteint, le montant à restituer doit être diminué de 544.05 francs, dont à déduire les cotisations sociales.

5. Il suit de ce qui précède que le recours doit être partiellement admis et la décision attaquée annulée. La cause doit être renvoyée à l'intimée afin qu'elle procède au calcul du montant net à restituer par le recourant et rende une nouvelle décision. Il est statué sans frais, la procédure étant en principe gratuite (art. 61 let. a LPGA par renvoi de l'art. 1 LACI).

Le recourant, qui procède avec l'assistance d'un mandataire professionnel, a droit à des dépens partiels (art. 61 let. g LPGA). L'avocat du recourant a déposé un mémoire d'honoraires pour un montant total de 2'487.87 francs, pour 7.5 heures d'activité au tarif horaire de 280 francs (CHF 2'100), 210 francs de frais et 177.87 de TVA (7.7%). L'activité alléguée et la durée consacrée n'apparaissent pas excessives et semblent correspondre à ce qu'exigeait le mandat en question, si bien que l'on peut ratifier ledit mémoire. Compte tenu de l'admission partielle du recours, l'indemnité de dépens est fixée ex-aequo et bono à un quart du montant total des honoraires allégués, à savoir à 621.95 francs tout compris.

Par ces motifs, la Cour de droit public

1. Admet partiellement le recours.

2. Annule la décision attaquée et renvoie la cause à l'intimée pour nouveau calcul du montant net à restituer par le recourant et nouvelle décision au sens des considérants.

3. Statue sans frais.

4. Alloue au recourant une indemnité de dépens partiels de 621.95 francs, honoraires, frais et TVA compris à la charge de l'intimée.

Neuchâtel, le 13 août 2019

1 L'indemnité couvre les créances de salaire portant sur les quatre derniers mois au plus d'un même rapport de travail, jusqu'à concurrence, pour chaque mois, du montant maximal visé à l'art. 3, al. 2. Les allocations dues aux travailleurs font partie intégrante du salaire.<sup>1</sup>

1bis L'indemnité couvre exceptionnellement les créances de salaire nées après la déclaration de faillite dans la mesure où l'assuré, en toute bonne foi, ne pouvait pas savoir que la faillite avait été prononcée et dans la mesure où ces créances ne constituaient pas des dettes relevant de la masse en faillite. L'indemnité ne peut couvrir une période excédant celle fixée à l'al. 1.2

2 Les cotisations légales aux assurances sociales doivent être prélevées sur l'indemnité. La caisse est tenue d'établir, avec les organes compétents, le décompte des cotisations prescrites et de prélever la part des cotisations, due par les travailleurs.

1 Nouvelle teneur selon le ch. I de la LF du 19 mars 2010, en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> avr. 2011 (RO20111167;FF20087029).  
2 Introduit par le ch. I de la LF du 19 mars 2010, en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> avr. 2011 (RO20111167;FF20087029).

1 La demande de restitution est régie par l'art. 25 LPGA<sup>2</sup>, à l'exception des cas relevant des art. 55 et 59cbis, al. 4.3

1bis L'assuré qui a touché des indemnités de chômage et perçoit ensuite, pour la même période, une rente ou des indemnités journalières au titre de l'assurance-invalidité, de la prévoyance professionnelle, de la loi du 25 septembre 1952 sur les allocations pour perte de gain<sup>4</sup>, de l'assurance militaire, de l'assurance-accidents obligatoire, de

l'assurance-maladie ou des allocations familiales légales, est tenu de rembourser les indemnités journalières versées par l'assurance-chômage au cours de cette période.<sup>5</sup>En dérogation à l'art. 25, al. 1, LPGA, la somme à restituer se limite à la somme des prestations versées pour la même période par ces institutions.<sup>6</sup>

1<sup>er</sup> Si une caisse a fourni des prestations financières pour des mesures de reconversion, de formation continue ou d'intégration qui auraient dû être versées par une autre assurance sociale, elle demande la restitution de ses prestations à cette assurance.<sup>7</sup>

2 La caisse exige de l'employeur la restitution de l'indemnité allouée en cas de réduction de l'horaire de travail ou d'intempéries quand cette indemnité a été versée à tort. Lorsque l'employeur est responsable de l'erreur, il ne peut exiger de ses travailleurs le remboursement de l'indemnité.

3 Le cas échéant, la caisse soumet sa demande de remise à l'autorité cantonale pour décision.

1 Nouvelle teneur selon l'annexe ch. 16 de la LF du 6 oct. 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales, en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> janv. 2003 (RO20023371; FF1991II 181 888,1994V 897,19994168). 2 RS830. 13 Nouvelle teneur selon le ch. I de la LF du 19 mars 2010, en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> avr. 2011 (RO20111167; FF20087029). 4 RS834. 15 Nouvelle teneur selon le ch. I de la LF du 19 mars 2010, en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> avr. 2011 (RO20111167; FF20087029). 6 Introduit par le ch. I de la LF du 22 mars 2002, en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> juil. 2003 (RO20031728; FF20012123). 7 Introduit par le ch. I de la LF du 22 mars 2002 (RO20031728; FF20012123). Nouvelle teneur selon l'annexe ch. 40 de la LF du 20 juin 2014 sur la formation continue, en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> janv. 2017 (RO2016689; FF20133265).

1 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.

2 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. Si la créance naît d'un acte punissable pour lequel le droit pénal prévoit un délai de prescription plus long, celui-ci est déterminant.

3 Le remboursement de cotisations payées en trop peut être demandé. Le droit s'éteint une année après que le cotisant a eu connaissance de ses paiements trop élevés, mais au plus tard cinq ans après la fin de l'année civile au cours de laquelle les cotisations ont été payées.

1 Les décisions et les décisions sur opposition formellement passées en force sont soumises à révision si l'assuré ou l'assureur découvre subséquemment des faits nouveaux importants ou trouve des nouveaux moyens de preuve qui ne pouvaient être produits auparavant.

2 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.

3Jusqu'à l'envoi de son préavis à l'autorité de recours, l'assureur peut reconsidérer une décision ou une décision sur opposition contre laquelle un recours a été formé.

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