

NE_GERICHTE CDP.2022.295 vom 6. Januar 2023

NE Tribunal cantonal, 2023-01-06, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ne_gerichte_CDP.2022.295

FR: NE_GERICHTE CDP.2022.295 du 6 janvier 2023

IT: NE_GERICHTE CDP.2022.295 del 6 gennaio 2023

Erwägungen

E. 1

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

E. 2

Le recourant prétend que les gains réalisés d'octobre à décembre 2019 seraient accessoires. Or, un gain accessoire au sens de l'article 24 al.

E. 3

LACI (qui prévoit qu'il n'est pas pris en considération pour déterminer la perte de gain) ne peut être considéré comme tel que si une source principale de revenu existait en parallèle, durant le délai-cadre de cotisation et que l'activité "accessoire" perdure après l'ouverture du délai-cadre d'indemnisation consécutive à la perte de gain principale (Rubin, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, 2014, n. 39 ad art. 24). Le gain réalisé d'octobre à décembre 2019 correspondant à une activité débutée durant le délai-cadre d'indemnisation ne peut dès lors être qualifié d'accessoire.

3.a) L'article 25 al. 1 LPGA, auquel renvoie l'article 95 al. 1 LACI et aux termes duquel les prestations indûment touchées doivent être restituées, est issu de la réglementation et de la jurisprudence antérieures à l'entrée en vigueur de la LPGA (ATF 130 V 319 cons. 5.2 et les références). Selon cette jurisprudence, l'obligation de restituer suppose que soient remplies les conditions d'une reconsidération ou d'une révision procédurale de la décision ■ formelle ou non ■ par laquelle les prestations en cause ont été allouées (ATF 130 V 318 cons. 5.2 et 130 V 384 cons. 2.3.1). La reconsidération et la révision sont maintenant réglées à l'article 53 al. 1 et 2 LPGA qui codifie la jurisprudence antérieure. Selon un principe général du droit des assurances sociales, l'administration peut reconsidérer une décision formellement passée en force de chose décidée 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. Une décision est sans nul doute erronée lorsqu'il n'existe aucun doute raisonnable sur le fait que la décision était erronée, la seule conclusion possible étant que tel est le cas (ATF 125 V 393; arrêts du TF du 16.08.2006 [C 59/06] et du 23.04.2004 [C 214/03] publié in SVR 2005 AIV no 8, p. 27; Kieser, ATSG-Kommentar, no 20 ad art. 53). En outre, par analogie avec la révision des décisions rendues par des 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, susceptibles de conduire à une appréciation juridique différente (ATF 127 V 469 cons. 2c 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).

b) 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 articles 8 ss LACI (ATF 121 V 339 cons. 2b et 2c). Pour la détermination du gain intermédiaire, comme pour le calcul du gain assuré, on applique en règle ordinaire le principe selon lequel un revenu est réputé avoir été réalisé au moment où l'assuré a fourni la prestation de travail rémunératoire (ATF 122 V 371 cons. 5b; DTA 2003 n° 24, p. 246 cons. 2). 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 243 cons.4b). 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 cons. 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 cons. 5). Pour les emplois rémunérés à la commission, l'indemnité compensatoire sera versée sur la base d'une prise en considération du salaire conforme aux usages professionnels et locaux à compter du début du travail, même s'il s'agit généralement d'une période moins fructueuse pour l'employé, et non pas dès le moment où le salaire perçu est conforme à ce que gagnerait un employé déjà expérimenté. Lorsqu'il apparaît clairement qu'un assuré rémunéré proportionnellement aux ventes effectuées ne peut pas, durant des mois, obtenir un salaire atteignant le minimum vital malgré un engagement total et un travail exigeant, on ne saurait parler de rémunération conforme aux usages professionnels et locaux, même en invoquant des critères d'ordre économique (Rubin, Assurance-chômage, 2e éd., 2006, p. 332 et les références).

c) L'assuré qui prend une activité indépendante au nom de son obligation de diminuer le dommage a les mêmes droits que s'il prenait une activité salariée pour autant qu'il continue à remplir les conditions ouvrant le droit à l'indemnité de chômage, en particulier qu'il reste apte au placement. Selon la jurisprudence, l'assuré qui exerce une activité indépendante peut en outre se voir imputer un gain intermédiaire fictif conforme aux usages professionnels et locaux. Le Tribunal fédéral a en effet admis que la notion d'activité conforme aux usages professionnels et locaux pouvait s'étendre aux activités indépendantes (ATF 120 V 515, cons. 4b/bb). En principe, la notion de conformité aux usages professionnels et locaux pour une activité indépendante doit s'analyser selon les rémunérations usuelles de l'activité même et non pas par rapport à une activité salariée comparable (arrêt du TA vaudois du 19.06.2002 [PS.2000.0198] cons. 2c et 2d, disponible sur le site de jurisprudence du Tribunal administratif : <http://www.juris-prudence.vd.ch>).

4.a) En l'espèce, la CCNAC n'a appris l'existence de l'activité exercée par le recourant pour le compte de la société B. _____ durant les périodes litigieuses qu'au moment du dépôt de la nouvelle demande d'indemnités de chômage en décembre 2020. Elle a, à cette occasion, découvert un fait nouveau qui ne pouvait pas être mis à jour auparavant, l'assuré n'ayant pas indiqué dans les formules "Indications de la personne assurée" des mois d'octobre à décembre 2019 l'existence du contrat d'agence conclu avec la société B. _____. Les conditions d'une révision, au sens de l'article 53 al. 1 LPGA, étaient donc

réunies pour que l'administration doive revenir sur les décisions informelles par lesquelles elle avait octroyé des indemnités de chômage au recourant durant cette période.

b) Il reste à examiner si l'intimée pouvait déduire un gain intermédiaire fictif desdites indemnités de chômage. Dans le cas d'espèce, la caisse a considéré que l'assuré avait travaillé dès octobre 2019 et que, faute de renseignements suffisants sur l'importance de son activité, il convenait de retenir qu'il avait travaillé à temps complet et qu'une rémunération conforme aux usages professionnels et locaux commandait de prendre en compte un salaire horaire de 20 francs, ce qui revenait à fixer un salaire fictif mensuel de 6'100 francs supérieur au gain assuré.

Selon la jurisprudence de la Cour de céans (RJN 2014, p. 524ss), en cas de conclusion d'un contrat d'agence au sens des articles 418a ss CO, l'agent agit à titre indépendant sans être lié au mandant par un rapport de dépendance et on ne saurait appliquer la règle selon laquelle l'activité d'un employé dont l'horaire de travail n'est pas contrôlable sera réputée activité à plein temps. De même lorsque les parties ne sont pas liées par un contrat de travail, la prise en compte d'une rémunération horaire de 20 francs correspondant au salaire minimum pour un employé du service externe d'une entreprise n'apparaît pas pertinente. La Cour de céans a dès lors estimé qu'il n'y a donc en principe pas lieu de s'écarter des commissions obtenues par l'assuré pour fixer le gain intermédiaire obtenu durant la période litigieuse sous réserve que le taux appliqué par la société soit conforme aux usages professionnels et locaux, le principe de la conformité auxdits usages s'appliquant aussi aux gains intermédiaires provenant d'une activité indépendante. Elle a dès lors estimé qu'il convenait de vérifier si, par rapport aux affaires apportées par l'assuré, le montant des commissions versées par la société était conforme aux usages existants dans ce domaine (cons. 3b).

En l'espèce, la Cour de droit public ne dispose pas d'éléments permettant de déterminer si les commissions pratiquées par la société B. _____ sont conformes aux usages professionnels et locaux.

5. Il convient dès lors d'admettre le recours, d'annuler la décision attaquée et de retourner le dossier à la caisse à laquelle il appartiendra d'examiner cette question, pour autant que les autres conditions du droit soient données pour la période litigieuse. Cela permettra à l'intimée de vérifier si les indemnités compensatoires ont été versées à tort au recourant et de rendre une nouvelle décision relative à la restitution de ces indemnités.

6. Il est statué sans frais, la loi spéciale n'en prévoyant pas (art. 61 let. fbisLPGA). Vu l'issue du litige, le recourant peut prétendre à des dépens (art. 61 let. g LPGA). Le montant des dépens doit être défini dans les limites prévues par la loi du 6 novembre 2019 fixant le tarif des frais, des émoluments de chancellerie et des dépens en matière civile, pénale et administrative (LTFrais), en fonction notamment du temps nécessaire à la cause (art. 58 al. 2LTFrais, applicable par renvoi de l'art. 67LTFrais). Me C. _____ n'ayant pas déposé un état des honoraires et des frais, les dépens seront fixés sur la base du dossier (art. 66 al. 1 et 2LTFrais). Tout bien considéré, l'activité déployée par ce mandataire devant la Cour de céans peut être évaluée à quelque 8 heures. Eu égard au tarif usuellement appliqué par la Cour de céans de l'ordre de 280 francs de l'heure (CHF 2'240), des débours à raison de 10 % des honoraires (art. 63LTFrais; CHF 224) et de la TVA au taux de 7,7 % (CHF 189.70) pour l'activité déployée, l'indemnité de dépens doit être fixée à 2'653.70 francs.

Par ces motifs, la Cour de droit public

1. Admet le recours.

2. Annule la décision sur opposition de l'intimée du 7 septembre 2022 et lui renvoie la cause pour instruction complémentaire au sens des considérants et nouvelle décision.

3. Statue sans frais.

4. Alloue au recourant une indemnité de dépens de 2'653.70 à la charge de l'intimée.

Neuchâtel, le 6 janvier 2023

E. 4

a) En l'espèce, la CCNAC n'a appris l'existence de l'activité exercée par le recourant pour le compte de la société B. _____ durant les périodes litigieuses qu'au moment du dépôt de la nouvelle demande d'indemnités de chômage en décembre 2020. Elle a, à cette occasion, découvert un fait nouveau qui ne pouvait pas être mis à jour auparavant, l'assuré n'ayant pas indiqué dans les formules "Indications de la personne assurée" des mois d'octobre à décembre 2019 l'existence du contrat d'agence conclu avec la société B. _____. Les conditions d'une révision, au sens de l'article 53 al. 1 LPGa, étaient donc réunies pour que l'administration doive revenir sur les décisions informelles par lesquelles elle avait octroyé des indemnités de chômage au recourant durant cette période. b) Il reste à examiner si l'intimée pouvait déduire un gain intermédiaire fictif desdites indemnités de chômage. Dans le cas d'espèce, la caisse a considéré que l'assuré avait travaillé dès octobre 2019 et que, faute de renseignements suffisants sur l'importance de son activité, il convenait de retenir qu'il avait travaillé à temps complet et qu'une rémunération conforme aux usages professionnels et locaux commandait de prendre en compte un salaire horaire de 20 francs, ce qui revenait à fixer un salaire fictif mensuel de 6'100 francs supérieur au gain assuré. Selon la jurisprudence de la Cour de céans (RJN 2014, p. 524 ss), en cas de conclusion d'un contrat d'agence au sens des articles 418a ss CO, l'agent agit à titre indépendant sans être lié au mandant par un rapport de dépendance et on ne saurait appliquer la règle selon laquelle l'activité d'un employé dont l'horaire de travail n'est pas contrôlable sera réputée activité à plein temps. De même lorsque les parties ne sont pas liées par un contrat de travail, la prise en compte d'une rémunération horaire de 20 francs correspondant au salaire minimum pour un employé du service externe d'une entreprise n'apparaît pas pertinente. La Cour de céans a dès lors estimé qu'il n'y a donc en principe pas lieu de s'écarter des commissions obtenues par l'assuré pour fixer le gain intermédiaire obtenu durant la période litigieuse sous réserve que le taux appliqué par la société soit conforme aux usages professionnels et locaux, le principe de la conformité auxdits usages s'appliquant aussi aux gains intermédiaires provenant d'une activité indépendante. Elle a dès lors estimé qu'il convenait de vérifier si, par rapport aux affaires apportées par l'assuré, le montant des commissions versées par la société était conforme aux usages existants dans ce domaine (cons. 3b). En l'espèce, la Cour de droit public ne dispose pas d'éléments permettant de déterminer si les commissions pratiquées par la société B. _____ sont conformes aux usages professionnels et locaux.

E. 5

Il convient dès lors d'admettre le recours, d'annuler la décision attaquée et de retourner le dossier à la caisse à laquelle il appartiendra d'examiner cette question, pour autant que les autres conditions du droit soient données pour la période litigieuse. Cela permettra à l'intimée de vérifier si les indemnités compensatoires ont été versées à tort au recourant et de rendre une nouvelle décision relative à la restitution de ces indemnités.

E. 6

Il est statué sans frais, la loi spéciale n'en prévoyant pas (art. 61 let. f bis LPGA). Vu l'issue du litige, le recourant peut prétendre à des dépens (art. 61 let. g LPGA). Le montant des dépens doit être défini dans les limites prévues par la loi du 6 novembre 2019 fixant le tarif des frais, des émoluments de chancellerie et des dépens en matière civile, pénale et administrative (LTFrais), en fonction notamment du temps nécessaire à la cause (art. 58 al. 2 LTFrais , applicable par renvoi de l'art. 67 LTFrais). Me C._____ n'ayant pas déposé un état des honoraires et des frais, les dépens seront fixés sur la base du dossier (art. 66 al. 1 et 2 LTFrais). Tout bien considéré, l'activité déployée par ce mandataire devant la Cour de céans peut être évaluée à quelque 8 heures. Eu égard au tarif usuellement appliqué par la Cour de céans de l'ordre de 280 francs de l'heure (CHF 2'240), des débours à raison de 10 % des honoraires (art. 63 LTFrais ; CHF 224) et de la TVA au taux de 7,7 % (CHF 189.70) pour l'activité déployée, l'indemnité de dépens doit être fixée à 2'653.70 francs.

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