

VD_FINDINFO ACH 69/20 - 128/2020 vom 22. Oktober 2020

VD Tribunal cantonal, 2020-10-22, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_findinfo_ACH_69_20_-_128_2020

FR: VD_FINDINFO ACH 69/20 - 128/2020 du 22 octobre 2020

IT: VD_FINDINFO ACH 69/20 - 128/2020 del 22 ottobre 2020

Regeste

GAIN INTERMÉDIAIRE, REVENU ACCESSOIRE, PERCEPTION DE PRESTATION, RESTITUTION{EN GÉNÉRAL}, INDEMNITÉ DE CHÔMAGE, SUSPENSION DU DROIT À L'INDEMNITÉ | 23 al. 3 LACI, 24 al. 1 LACI, 95 al. 1 LACI, 25 LPG

Erwägungen

E. 4

a) En l'occurrence, l'intimée a reconsidéré les prestations allouées pour le mois de mars 2015, au motif que celles-ci avaient à tort été calculées sans tenir compte des gains réalisés auprès de F._____, lesquels auraient dû entrer en ligne de compte dans ce calcul au titre de gains intermédiaires. De son côté, le recourant soutient que c'est à juste titre que la Caisse a initialement procédé au calcul des indemnités de chômage qui lui étaient dues sans tenir compte des revenus précités, dès lors qu'il s'agissait d'une activité accessoire. Se pose ainsi singulièrement la question de savoir si le revenu réalisé par le recourant auprès de F._____ constitue un gain intermédiaire, au sens de l'art. 24 LACI, ou au contraire un gain accessoire, selon l'art. 23 a. 3 LACI, le calcul du montant de l'indemnisation s'opérant différemment selon la qualification des revenus concernés. b) 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 tel gain a droit à la compensation de la perte de gain (art. 24 al. 1, première et deuxième phrase, LACI). Est considérée 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. 24 al. 3 LACI). c) Est réputé accessoire tout gain que l'assuré retire d'une activité dépendante exercée en dehors de la durée normale de son travail ou d'une activité qui sort du cadre ordinaire d'une activité lucrative indépendante ; il n'est pas assuré dans le cadre de l'assurance-chômage (art. 23 al. 3 LACI). La notion d'accessoire du gain doit être comprise par rapport à celui provenant d'une activité principale. Comme tel et parce qu'il n'est pas soumis à cotisation et qu'il n'entre pas dans le calcul des indemnités de chômage, ce gain ne peut demeurer que dans un rapport de proportion faible avec le revenu de l'activité principale. A défaut de quoi, si ce gain venait régulièrement à se rapprocher ou dépasser le gain principal, l'activité ne pourrait plus être accessoire et le gain ne le serait pas davantage (ATF 123 V 230 consid. 3c ; TF 8C_75/2015 du 14 janvier 2016 consid. 2.2 et les références citées). C'est pourquoi une augmentation sensible du gain accessoire doit être considérée comme un gain intermédiaire et être prise en compte dans cette mesure dans le calcul de l'indemnité de chômage (ATF 123 V 320 consid. 3c ; DTA 2014 p. 215, 8C_265/2014, consid. 2 ; DTA 2008 p. 154, C 252/06, consid. 3.3.1). Le fait qu'une activité soit de faible ampleur durant le délai-cadre de cotisation ne suffit pas à en faire une activité accessoire. Il faut encore qu'il y ait en parallèle une activité principale exercée dans le cadre

d'un contrat de travail (TF C 252/06 du 28 novembre 2007 consid. 3.3.1 et 3.3.2 ; Rubin, op. cit., no 9 ad art. 23 LACI). Les gains accessoires visés par l'art. 24 al. 3 LACI, 2 e phrase, sont ceux qui se rapportent à l'activité accessoire qui perdure après la perte de l'activité principale marquant la survenance du chômage et l'ouverture du délai-cadre d'indemnisation. Les caractéristiques de l'activité accessoire qui perdure après le délai-cadre de cotisation changent dès le début du délai-cadre d'indemnisation. L'activité accessoire au sens de l'art. 24 al. 3 LACI n'a plus rien d'« accessoire », l'activité principale ayant été perdue. La loi a néanmoins maintenu cette notion de gain accessoire, probablement pour signaler qu'il est question de la même activité. Un gain accessoire au sens de l'art. 24 al. 3 LACI, 2 e phrase, 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 l'activité principale (TF C 252/06 du 28 novembre 2007 consid. 3.3.1 et 3.3.2 ; Rubin, op. cit., no 39 ad art. 24 LACI). Un gain accessoire réalisé durant le délai-cadre de cotisation, qui subsiste durant le délai-cadre d'indemnisation ouvert à la suite de la perte de l'activité principale, ne devient pas un gain intermédiaire, mais conserve sa qualification de gain accessoire (Rubin, op. cit., no 9 ad art. 23, p. 248). d) En l'occurrence, l'intimée a estimé à juste titre que l'activité déployée par le recourant auprès de F. _____ devait être qualifiée d'activité accessoire. Dans le cadre de l'activité litigieuse, le recourant était un agent indicateur mandaté pour le compte de F. _____. A ce titre, il était chargé de l'acquisition d'affaires nouvelles pour le compte de l'agent général L. _____. Il a débuté cette activité le 1 er octobre 2012 (cf. convention), soit plus de deux ans avant la perte de son emploi auprès de la B. _____ au 31 janvier 2015, qui l'a conduit à déposer une demande de prestations de l'assurance-chômage dès le 2 février 2015. Il ressort des éléments au dossier que l'assuré déploie habituellement une activité dans le domaine bancaire et ce, à plein temps. Ainsi, il a travaillé tout d'abord à G. _____ du 1 er janvier 1994 au 30 décembre 2000, puis au T. _____ du 1 er janvier 2001 au 30 mars 2005, et enfin auprès de la B. _____ en qualité de gérant institutionnel du 1 er avril 2004 au 31 janvier 2015. L'activité d'indicateur d'affaires avait lieu en dehors de la durée normale de son travail. En outre, le revenu brut obtenu par le recourant pour son activité d'agent indicateur (7'844 fr. en 2014 et 7'277 fr. en 2015) était en rapport de proportion faible avec le revenu de gérant institutionnel (161'502 fr. en 2014 ; salaire mensuel de 13'350 fr.). e) L'intimée a arrêté le montant mensuel moyen que l'intéressé avait perçu de son activité d'agent indicateur durant la période de cotisation à 1'173 fr. 64. L'intimée s'est ainsi référée aux six derniers mois afférent au calcul du gain assuré (art. 37 al. 1 OACI : du 1 er août 2014 au 31 janvier 2015) et a retenu que l'assuré avait réalisé un revenu de 3'268 fr. 33 (montant AVS réduit à 5 mois (août à décembre 2014) ; $7'844 / 12 \times 5$) montant auquel s'ajoutait les commissions versées en février 2015 (3'773 fr. 55), ce qui permettait de fixer un montant en gain accessoire de 1'173 fr. 64 (7'041 fr. 88 / 12), par rapport à l'activité principale à plein temps auprès de la B. _____. Elle a estimé que les revenus tirés de cette activité durant la période d'indemnisation devaient être qualifiés de gain accessoire au sens de l'art. 23 al. 3 LACI, tant qu'ils ne dépassaient pas le montant de cette moyenne. Au-delà, ils devenaient des gains intermédiaires au sens de l'art. 24 LACI, ce qu'elle a retenu pour le revenu du mois de mars 2015 (commission versée toutefois en avril 2015). En effet, l'intimée a considéré que la fiche de salaire du mois de février 2015 devait être écartée du gain intermédiaire dès lors que le montant y afférent avait été pris en considération dans le calcul du gain accessoire. L'intimée a dès lors retenu un gain

intermédiaire de 2'330 fr. 30 (montant de 3'503 fr. 95 versé en avril 2015 par F. _____ – 1'173 fr. 64 [limite du gain accessoire]). Ce faisant, elle a procédé à une application schématique et arbitraire de la jurisprudence en la matière (cf. consid. 4c supra). En effet, s'il est constant que les revenus de l'activité d'agent indicateur doivent être qualifiés de gain accessoire en ce qu'ils correspondent à ceux perçus durant la période de cotisation et que la part des revenus les dépassant constitue un gain intermédiaire, on ne saurait comparer, ainsi que l'a fait l'intimée, un revenu mensuel moyen à un revenu mensuel unique. En effet, avec la méthode appliquée par l'intimée, on ne tient pas compte du fait que les revenus de l'activité d'agent indicateur ne sont pas constants et linéaires et ainsi du fait que, certains mois, ils peuvent être grandement inférieurs à la moyenne retenue. Il y a lieu au contraire de déterminer le revenu mensuel moyen perçu par le recourant de son activité d'agent indicateur durant la période d'indemnisation et de comparer ce revenu moyen avec celui perçu durant la période de cotisation, ce qui permettra de constater si le gain originellement accessoire a augmenté et doit, pour une partie, être considéré comme intermédiaire (méthode appliquée par le Tribunal fédéral par exemple dans TF 8C_600/2015 du 11 mai 2016 consid. 4.2). Cela étant, si l'on tient compte de la somme globale des revenus obtenus pendant la période de chômage, on obtient un montant de 3'503 fr. 95, versé en avril 2015 par F. _____, soit un gain mensuel de 584 fr. (3'503 fr. 95 / 6 [période de chômage de février à juillet 2015]), ce qui constitue une baisse sensible par rapport au gain accessoire mensuel obtenu avant le chômage, à savoir 1'173 fr. 64, selon le calcul opéré par l'intimée. f) Au vu de ces éléments, il sied de retenir que l'activité d'agent indicateur exercée par le recourant pour le compte de F. _____, depuis le 1^{er} octobre 201, était une activité accessoire au moment de la demande d'indemnités de chômage au 2 février 2015 et qu'elle a conservé cette nature tout au long de la période litigieuse.

E. 5

Dès lors que l'activité d'agent indicateur exercée par l'assuré doit être qualifiée d'activité accessoire, la Caisse n'était pas fondée à reconsidérer les indemnités allouées en mars 2015, au motif que les revenus retirés de cette activité n'auraient à tort pas été pris en compte en tant que gains intermédiaires. Les modalités initiales de calcul de la Caisse, faisant abstraction des revenus litigieux, ne découlaient pas d'une constatation erronée des faits déterminants et/ou d'une violation des normes juridiques applicables. En tous les cas, n'étaient-elles pas manifestement erronées au sens où l'entend la jurisprudence et elles ne pouvaient conduire à une reconsidération.

E. 6

En l'espèce, le recourant a encore relevé, par détermination du 4 octobre 2020, que l'intimée avait introduit à son encontre une procédure de poursuite. a) Conformément à l'art. 54 al. 1 LPGA, les décisions et les décisions sur opposition sont exécutoires lorsqu'elles ne peuvent plus être attaquées par une opposition ou un recours (a), l'opposition ou le recours n'a pas d'effet suspensif (b) ou l'effet suspensif attribué à une opposition ou à un recours a été retiré (c). Selon l'art. 54 al. 2, les décisions et les décisions sur opposition exécutoires qui portent condamnation à payer une somme d'argent ou à fournir des sûretés sont assimilées aux jugements exécutoires au sens de l'art. 80 LP (la loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite). Le Tribunal fédéral rappelle de jurisprudence constante que les oppositions ou les recours formés contre des décisions en matière de restitution de prestations indûment perçues (art. 25 al. 1 LPGA) ont un effet suspensif de par la loi, ce qui fait obstacle à leur exécution immédiate (ATF 130 V

407 consid. 3.4 ; TF 8C_130/2008 du 11 juillet 2008 consid. 3.2 ; Ueli Kieser, ATSG-Kommentar, Berne/St-Gall/Zurich 2015, no 40 ss ad art. 52 et no 53 ad art. 56 LPGa). b) En l'occurrence, il ressort des explications du 4 octobre 2020 du recourant que la procédure de recouvrement en est vraisemblablement au stade de l'envoi d'un commandement de payer. A cet égard, il n'indique toutefois pas le(s) montant(s) réclamé(s), la(es) décision(s) concernée(s) ou s'il a formé opposition au commandement de payer qui lui a vraisemblablement été notifié. Dans ce contexte, on rappellera que l'intimée a en effet envoyé au recourant un courrier de rappel le 17 août 2020 qui concernait la restitution de toutes les prestations indûment touchées selon elle, soit celles faisant l'objet de la décision sur opposition du 25 juin 2020 et de la décision du 26 juin 2020. Cela ne signifie toutefois pas encore que l'intimée ait effectivement introduit une procédure de recouvrement pour le tout. Tant s'agissant de la décision sur opposition du 25 juin 2020 que de la décision du 26 juin suivant, l'intimée n'a pas retiré l'effet suspensif à une éventuelle opposition ou à un éventuel recours. Ces deux décisions n'étaient dès lors pas directement exécutoires. S'agissant en particulier de la décision sur opposition du 25 juin 2020, elle a été présentement annulée par la Cour de cassation, comme cela sera mentionné ci-dessous (cf. consid. 7a infra). Reste néanmoins toujours ouverte la possibilité d'un recours auprès du Tribunal fédéral, voie de droit qui ne déploie cependant pas d'effet suspensif (art. 103 al. 1 LTF [loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral ; RS 173.110]). S'agissant singulièrement de la décision de restitution du 26 juin 2020, tel qu'indiqué ci-dessus (cf. consid. 2c supra), l'acte de recours du 16 août 2020 du recourant sera transmis d'office à l'intimée pour valoir opposition, de sorte que la décision du 26 juin 2020 n'est pas exécutoire à ce stade.

E. 7

a) En définitive, le recours doit être admis et la décision sur opposition du 25 juin 2020 annulée. b) Il n'y a pas lieu de percevoir de frais judiciaires, la procédure étant gratuite (art. 61 let. a LPGa), ni d'allouer de dépens, le recourant ayant agi sans le concours d'un mandataire (art. 61 let. g LPGa ; ATF 127 V 205 consid. 4b). Par ces motifs, la juge unique prononce : I. Le recours interjeté contre la décision sur opposition rendue le 25 juin 2020 par Y._____ est admis, dans la mesure où il est recevable. II. La décision sur opposition rendue le 25 juin 2020 par Y._____ est annulée. III. Le recours interjeté contre la décision rendue le 26 juin 2020 par la Y._____ est irrecevable. IV. Il n'est pas perçu de frais, ni alloué de dépens. La juge unique : La greffière : Du L'arrêt qui précède est notifié à : ■ Q._____, ■ Y._____ ■ Secrétariat d'Etat à l'économie, par l'envoi de photocopies. Le présent arrêt peut faire l'objet d'un recours en matière de droit public devant le Tribunal fédéral au sens des art. 82 ss LTF (loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral ; RS 173.110), cas échéant d'un recours constitutionnel subsidiaire au sens des art. 113 ss LTF. Ces recours doivent être déposés devant le Tribunal fédéral (Schweizerhofquai 6, 6004 Lucerne) dans les trente jours qui suivent la présente notification (art. 100 al. 1 LTF). La greffière :

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