

# VD\_FINDINFO ACH 70/13 - 187/2014 vom 11. Dezember 2014

VD Tribunal cantonal, 2014-12-11, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd\\_findinfo\\_ACH\\_70\\_13\\_-\\_187\\_2014](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_findinfo_ACH_70_13_-_187_2014)

FR: VD\_FINDINFO ACH 70/13 - 187/2014 du 11 décembre 2014

IT: VD\_FINDINFO ACH 70/13 - 187/2014 del 11 dicembre 2014

## Regeste

RESTITUTION{EN GÉNÉRAL}, GAIN INTERMÉDIAIRE, SALAIRE USUEL, OBLIGATION DE RENSEIGNER | 95 al. 1 LACI, 25 LPGA, 27 LPGA, 53 LPGA

## Erwägungen

### E. 11

décembre 2014 \_\_\_\_\_ Présidence de Mme Berberat, juge unique Greffière : Mme Berseth Bébox \*\*\*\*\* Cause pendante entre : P. \_\_\_\_\_, à [...], recourant, représenté par Me David Métille, avocat à Lausanne, et Caisse cantonale de chômage, Division juridique, à Lausanne, intimée. \_\_\_\_\_ Art. 25, 27 et 53 LPGA ; art. 24 et 95 al. 1 LACI En fait : A. P. \_\_\_\_\_ (ci-après : l'assuré ou le recourant), né en [...], a travaillé du 1<sup>er</sup> avril 2006 au 3 juillet 2012 en qualité de CA Private Clients individuels auprès de I. \_\_\_\_\_ à [...]. Par lettre du 3 juillet 2012, l'assuré a été licencié avec effet immédiat pour faute grave. Il s'est inscrit auprès de l'Office régional de placement de [...] (ci-après : l'ORP) le 5 juillet 2012, en sollicitant des indemnités de chômage dès cette date. Un délai-cadre d'indemnisation lui a été ouvert du 5 juillet 2012 au 4 juillet 2014. Par décision du 9 août 2012, la Caisse cantonale d'assurance- chômage, agence de [...] (ci-après : l'agence), a prononcé la suspension du droit à l'indemnité de chômage de l'assuré durant 31 jours pour chômage fautif. L'assuré a été engagé dès le 1<sup>er</sup> octobre 2012 en qualité de courtier en immobilier auprès de F. \_\_\_\_\_ (ci-après : l'employeur), à [...]. Selon le contrat de travail conclu le 21 septembre 2012, la durée hebdomadaire de travail s'élevait à 45 heures et l'employé était rémunéré exclusivement sur la base de commissions, représentant un pourcentage des commissions encaissées par l'employeur. L'article 3.7 du contrat prévoyait ce qui suit : « Lorsque, à la fin d'un mois, le montant des commissions acquises par l'employé est inférieur à CHF 3'500.- brut, l'employeur lui verse la différence à titre d'avance sur salaire ceci seulement sur un mois, s'il n'y a pas d'affaire en cours. Parties admettent que le montant versé correspond alors à une dette de l'employé à l'égard de l'employeur, qui sera compensée sur la ou les commission(s) due(s) le mois suivant. L'éventuel montant avancé devient quoi qu'il en soit entièrement exigible à la fin des rapports de travail ». Selon l'attestation de gain intermédiaire complétée le 2 novembre 2012 par l'employeur pour le mois d'octobre 2012, P. \_\_\_\_\_ a travaillé 45 heures par semaine en qualité de courtier immobilier et a perçu une avance sur commissions de 3'500 francs. Les attestations de gain intermédiaire des mois de novembre et décembre 2012 font état des mêmes éléments, alors que celle du mois de janvier 2013 mentionne un revenu de 2'000 fr., compte tenu d'un avenant au contrat de travail du 4 janvier 2013, prévoyant une réduction de l'avance sur salaire à 2'000 fr. dès fin janvier 2013 et à 1'500 fr. dès fin mars 2013. L'agence a versé à l'assuré des indemnités compensatoires en tenant compte d'un gain intermédiaire de 3'500

fr. d'octobre 2012 à janvier 2013 (décompte des 6 novembre 2012, 5 décembre 2012, 14 décembre 2012 et 31 janvier 2013). Dans son décompte du 28 février 2013, la caisse a arrêté l'indemnité nette due pour le mois en cours à 2'139 fr. 60, retenant un gain intermédiaire de 6'500 fr., en lieu et place de celui de 2'000 fr. annoncé par l'employeur dans l'attestation de gain intermédiaire du 27 février 2013. Le montant de Fr. 2'139 fr. 60 a fait l'objet d'une compensation, en exécution d'une décision rendue le 28 février 2013 par l'agence, exigeant la restitution d'un montant de 8'408 fr. 40 versé à tort compte tenu des motifs suivants : « (...) Les prestations versées à tort doivent être restituées pour le motif suivant : Lors du versement de vos indemnités des mois d'octobre 2012 à janvier 2013, nous avons tenu compte de vos gains intermédiaires chez F.\_\_\_\_\_ à hauteur de CHF 3'500.00 brut par mois. Toutefois, nous constatons que votre salaire n'est pas conforme aux usages professionnels et locaux de la branche. La rémunération conforme pour ce genre d'activité exercée à plein temps, correspond au montant de CHF 6'500.00 brut par mois. Nous sommes donc dans l'obligation de calculer l'indemnité de chômage à laquelle vous avez droit, en tenant compte d'un salaire conforme de CHF 6'500.- brut par mois. Au vu des informations précitées et après corrections des paiements des mois d'octobre 2012 à janvier 2013, il subsiste un solde en notre faveur de CHF 8'408.40 après déduction des cotisations légales. (...). En application des directives du Secrétariat d'Etat à l'économie (circulaire RCRE chiffres marginaux D3 à D6), le montant de la restitution sera compensé avec les prestations futures sans délai. Cela signifie que si vous deviez encore bénéficier de prestations dès la notification de la présente décision, le montant précité sera compensé sur vos prochaines indemnités ou sur toute autre prestation qui pourrait vous être allouée ultérieurement ». Le 26 mars 2013, l'assuré, par l'intermédiaire de son mandataire, a formé opposition contre la décision précitée, demandant préalablement la restitution de l'effet suspensif. Il a expliqué que, dans la mesure où il n'avait pas de connaissance particulière dans le domaine du courtage immobilier, il n'avait pas été en mesure de concrétiser la moindre transaction au cours des trois premiers mois, et s'était ainsi retrouvé avec une dette d'un montant de 10'500 fr. à l'égard de son employeur, raison pour laquelle sa rémunération a été abaissée dès janvier 2013. L'opposant a également allégué qu'en l'absence de convention collective de travail ou de contrat-type de travail, il n'existait pas de salaire minimum à caractère contraignant dans le domaine du courtage immobilier. Ainsi, si le salaire fixé par l'Union syndicale suisse (ci-après : USS) pris en référence par l'agence, constituait bien un salaire d'usage dans la branche, il n'était qu'indicatif et ne revêtait aucun caractère contraignant. Dès lors, l'engagement d'une procédure à l'encontre de son employeur tendant à l'obtention d'un salaire d'au moins de 6'500 fr. serait voué à l'échec. En outre, l'assuré a relevé que la législation sur les voyageurs de commerce lui était applicable. En l'absence de commission, il avait ainsi droit à une rémunération minimale convenable fixée à 3'500 fr., qu'il pouvait reconnaître comme gain intermédiaire, même si le seuil de la provision avait été abaissé à 2'000 fr. depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2013 puis à 1'500 fr. dès le 1<sup>er</sup> mars 2013. Par décision sur opposition du 15 avril 2013, la Caisse cantonale de chômage, Division juridique (ci-après : la caisse ou l'intimée), a rejeté l'opposition formée par l'assuré, renvoyant la cause à l'agence pour nouveau calcul du montant à restituer. Elle a estimé que la décision de restitution était justifiée juridiquement, mais qu'elle était erronée dans son montant. Le salaire de 3'500 fr. était anormalement bas, si bien que l'agence avait, à juste titre, pris en compte un salaire fictif. Toutefois, le calculateur de salaires de l'USS ayant entre-temps intégré les salaires statistiques de 2010, le salaire moyen déterminant s'élevait en réalité à 5'850 francs. La cause devait ainsi être

renvoyée à l'agence pour qu'elle procède à un nouveau calcul du montant soumis à restitution, compte tenu de ce salaire de référence. Pour le surplus, la caisse a constaté le délai d'une année imparti pour exiger la restitution avait été respecté, puisque l'agence avait reçu les premières attestations de gain intermédiaire le 5 novembre 2012 et qu'elle avait rendu sa décision de restitution le 28 février 2013. Dans une décision rectificative du 22 avril 2013, l'agence a procédé à un nouveau calcul suite à la décision sur opposition de la caisse du 15 avril 2013. Après correction des paiements des mois d'octobre 2012 à janvier 2013, il subsistait un solde à restituer de 6'539 fr. 10, après déduction des cotisations légales et sans compter les restitutions déjà effectuées des mois de février à mars 2013. B. Par acte du 15 mai 2013, P. \_\_\_\_\_, représenté par son conseil, recourt contre la décision sur opposition du 15 avril 2013 de l'intimée. Il conclut préalablement à la restitution de l'effet suspensif et au fond, à l'admission du recours et à l'annulation de la décision attaquée, en ce sens qu'il a droit à la poursuite du versement de ses indemnités de chômage, depuis le 1<sup>er</sup> octobre 2012, sous déduction d'un gain intermédiaire d'un montant limité à 3'500 fr. dans le cadre de son emploi auprès de F. \_\_\_\_\_, que le salaire précité doit être qualifié de convenable et qu'il n'a pas à restituer des prestations prétendument allouées à tort, l'intimée étant condamnée à des dépens selon la note d'honoraires à produire. Le recourant allègue que dans le domaine du courtage, il n'existe pas de convention collective ni de contrat-type de travail prévoyant des rémunérations minimales ou standards à caractère obligatoire. Il en va de même des salaires d'usage, lesquels ne sont qu'indicatifs. Il critique le fait que l'intimée se soit fondée sur le site internet de l'USS sans tenir compte de la position officielle de l'Union Suisse des Professionnels de l'Immobilier Vaud (ci-après : USPI-VD), qui n'a pas prévu de salaire minimum. Il ajoute que le contrat prévoit expressément le versement d'une avance de salaire de 3'500 fr., montant qui doit être considéré comme le salaire minimum convenable au sens de l'art. 349a CO (Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le Code civil suisse, Livre cinquième : Droit des obligations ; RS 220) et selon une jurisprudence du Tribunal fédéral (TF 8C\_774/2008), applicable aux voyageurs de commerce au sens large du terme, à savoir les travailleurs exclusivement ou essentiellement rémunérés au moyen de commissions, dont il fait partie. Le recourant fait en outre valoir qu'il a informé l'agence à la fin septembre 2012 de son engagement en qualité de courtier avec effet au 1<sup>er</sup> octobre 2012 et lui a transmis une copie de son contrat de travail. Il estime qu'il était dès lors de bonne foi et que l'intimée a violé son obligation de renseigner et de conseiller en ne l'avisant pas sans délai d'une prétendue non-conformité du salaire contractuel aux usages professionnels et locaux, alors qu'elle ne pouvait raisonnablement ignorer, dès ce moment-là, les conditions d'engagement litigieuses. Au vu de son absence de réaction, la caisse ne saurait dès lors tenter de rectifier une situation qu'elle prétend erronée, de surcroît sans même avoir démontré que les conditions d'une reconsidération étaient réunies. Selon le recourant, l'intimée n'est en définitive pas légitimée à fixer après coup le prétendu salaire moyen d'un courtier immobilier à 5'850 fr., ni d'exiger la restitution de prestations prétendument allouées à tort. Dans sa réponse du 11 juillet 2013, l'intimée propose tant le rejet de la demande du recourant quant à l'effet suspensif, que celui du recours, en ce sens qu'un gain intermédiaire fictif de 5'850 fr. doit être pris en considération, selon le calculateur de l'USS. Elle se défend notamment d'une violation du devoir de renseigner, arguant du fait qu'en l'absence d'une disposition légale impartissant aux organes de l'assurance-chômage l'obligation de renseigner les assurés en matière de gain intermédiaire, un tel devoir n'existe que lorsque l'intéressé demande à être renseigné. Or, en l'espèce, le recourant ne prouve pas s'être renseigné auprès de l'agence au sujet du

montant de son indemnisation, et encore moins avoir reçu de celle-ci une information erronée à ce sujet. Par réplique du 30 août 2013, le recourant confirme ses conclusions tendant à l'admission de son recours. Il critique en substance l'attitude de l'agence qui, d'une part n'a pas réagi conformément à son obligation de renseigner et conseiller lorsqu'il lui a annoncé son gain intermédiaire et qui, d'autre part, exige la restitution des prestations litigieuses alors même que les conditions d'une reconsidération ne sont selon lui pas réunies. Le recourant fait en particulier valoir qu'on ne peut valablement lui reprocher de ne pas avoir sollicité des renseignements auprès de l'agence, dès lors qu'il ne pouvait raisonnablement penser que le comportement qu'il envisageait d'adopter risquait de mettre ses droits en péril. Dans sa duplique du 9 septembre 2013, l'intimée relève qu'à aucun moment, l'assuré n'a prétendu avoir demandé des renseignements à l'assurance-chômage concernant la rémunération de son gain intermédiaire. Si dans un premier temps, l'agence a considéré qu'un gain intermédiaire de 3'500 fr. était convenable, elle était en droit de revenir sur sa position, dans la mesure où cette décision était manifestement erronée et qu'elle a agi dans le respect des délais légaux. **E n d r o i t :** 1. a) Les dispositions de la LPGA (loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales ; RS 830.1) s'appliquent à l'assurance-chômage (art. 1 al. 1 LACI [loi fédérale du 25 juin 1982 sur l'assurance-chômage et l'indemnité en cas d'insolvabilité ; RS 837.0]). Les décisions sur opposition et celles contre lesquelles la voie de l'opposition n'est pas ouverte sont sujettes à recours (art. 56 al. 1 LPGA) auprès du tribunal des assurances compétent, à savoir celui du lieu où l'assuré se soumet au contrôle obligatoire lorsque la cause concerne l'indemnité de chômage (art. 100 al. 3 LACI, 128 al. 1 et 119 al. 1 let. a OACI [ordonnance du 31 août 1983 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité ; RS 837.02]). Le recours doit être déposé dans les trente jours suivant la notification de la décision sujette à recours (art. 60 al. 1 LPGA). En l'espèce, le recours, interjeté en temps utile et respectant les autres conditions de forme prévues par la loi (art. 61 let. b LPGA notamment), est recevable. b) La LPA-VD (loi cantonale vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative ; RSV 173.36) s'applique aux recours et contestations par voie d'action dans le domaine des assurances sociales (art. 2 al. 1 let. c LPA-VD). La Cour des assurances sociales est compétente pour statuer (art. 93 al. 1 let. a LPA-VD). De valeur litigieuse inférieure à 30'000 fr., la cause est de la compétence d'un membre de la Cour statuant en qualité de juge unique (art. 94 al. 1 let. a LPA-VD). 2. a) En tant qu'autorité de recours contre des décisions prises par des assureurs sociaux, le juge des assurances sociales ne peut, en principe, entrer en matière – et le recourant présenter ses griefs – que sur les points tranchés par cette décision ; de surcroît, dans le cadre de l'objet du litige, le juge ne vérifie pas la validité de la décision attaquée dans son ensemble, mais se borne à examiner les aspects de cette décision que le recourant a critiqués, exception faite lorsque les points non critiqués ont des liens étroits avec la question litigieuse (cf. ATF 125 V 413 consid. 2c ; ATF 110 V 48 consid. 4a ; RCC 1985 p. 53). b) En l'espèce, le litige porte sur le droit de l'intimée à exiger du recourant la restitution de prestations allouées pour les mois d'octobre 2012 à janvier 2013, à hauteur de 8'408.40 fr. aux termes de la décision attaquée, ledit montant ayant ensuite été ramené à 6'539 fr. 10 selon la décision rectificative de l'agence du 22 avril 2013. Il s'agit plus particulièrement de déterminer si l'intimée était en droit d'arrêter le montant des indemnités dues pour les mois litigieux en fonction d'un gain intermédiaire fictif. 3. a) Aux termes de l'art. 95 al. 1 LACI, la demande de restitution est régie par l'art. 25 LPGA, à l'exception des cas relevant des art. 55 et 59c bis al. 4 LACI, lesquels ne sont toutefois pas applicables en l'espèce. D'après l'art. 25 al. 1 LPGA, 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. b) Une prestation accordée sur la base d'une décision formellement passée en force et sur laquelle une autorité judiciaire ne s'est pas prononcée sous l'angle matériel ne peut être répétée que lorsque les conditions d'une reconsidération (art. 53 al. 2 LPGA) ou d'une révision procédurale (art. 53 al. 1 LPGA) sont réalisées (ATF 138 V 426 consid. 5.2.1, 110 V 176 consid. 2a ; DTA 1998 p. 76 consid. 3b). Ce principe s'applique également lorsque les prestations à restituer n'ont pas été allouées par une décision formelle mais par une décision traitée selon la procédure simplifiée prévue par l'art. 51 LPGA (ATF 111 V 329 consid. 1 ; DTA 1998 p. 76 consid. 3b). Après un laps de temps correspondant au délai d'opposition contre une décision formelle, l'administration ne peut demander la restitution des prestations allouées par une décision selon l'art. 51 LPGA et non contestée qu'aux conditions de la reconsidération ou de la révision procédurale (ATF 129 V 110 ; Boris Rubin, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, Schulthess 2014, p. 612 n o

#### **E. 16**

ad. art. 95). L'assureur peut reconsidérer une décision formellement passée en force lorsqu'elle est manifestement erronée (en fait ou en droit) et que sa rectification revêt une importance notable (TF 8C\_614/2011 du 2 avril 2012 et 8C\_443/2008 du 8 janvier 2009). Indépendamment des montants en cause, une décision entrée en force formelle est soumise à révision lorsque l'assureur découvre subséquemment des faits nouveaux importants ou trouve des nouveaux moyens de preuve qui ne pouvaient être produits auparavant. Sont nouveaux les faits qui se sont produits jusqu'au moment où, dans la procédure initiale, des allégations de faits étaient encore recevables, mais qu'ils n'étaient pas connus de l'autorité qui demande la révision, malgré toute sa diligence. Les faits nouveaux doivent par ailleurs être importants, à savoir de nature à modifier l'état de fait qui est à la base de la décision entreprise, et conduire à une décision différente en fonction d'une appréciation juridique correcte (Boris Rubin, op. cit, p. 612 et 613, n o

#### **E. 17**

et 18 ad. art. 95 et les références). Par analogie avec la révision des décisions rendues par les autorités judiciaires, l'administration est tenue de procéder à la révision d'une décision entrée en force formelle, lorsque sont découverts des faits nouveaux ou de nouveaux moyens de preuves susceptibles de conduire à une appréciation juridique différente (cf. TFA C 11/05 du 16 août 2005 consid. 3 ; cf. ATF 126 V 23 consid. 4b et les références). c) Le droit de demander la restitution de prestations indûment touchées s'éteint un an après le moment où l'institution d'assurance a eu connaissance du motif de restitution, mais au plus tard cinq ans après le versement de la prestation (cf. art. 25 al. 2, 1<sup>ère</sup> phrase LPGA). Il s'agit-là d'un double délai de péremption, que la caisse et le juge doivent examiner d'office dans la procédure de restitution (cf. Boris Rubin, op. cit, p. 615 n o

#### **E. 22**

ad. art. 95 ; TF 8C\_616/2009 du 14 décembre 2009). Le point de départ du délai n'est pas celui de la commission de son erreur par l'administration, mais celui où elle aurait dû, dans un deuxième temps, s'en rendre compte (par exemple à l'occasion d'un contrôle comptable), en faisant preuve de l'attention requise (cf. ATF 124 V 380 consid. 1, 122 V 270 consid. 5 a et b/aa, 119 V 431 consid. 3a et les arrêts cités). La caisse doit disposer de tous les éléments qui sont décisifs dans le cas concret et dont la connaissance fonde – quant

à son principe et à son étendue – la créance en restitution à l'encontre d'une personne déterminée, tenue à restitution (cf. TF 8C\_616/2009 du 14 décembre 2009 consid. 3.2 ; ATF 111 V 14 consid. 3). d) La caisse a fondé la décision litigieuse sur la correction, avec effet rétroactif, du montant du gain intermédiaire pris en considération dans le calcul du droit à l'indemnité des mois d'octobre 2012 à janvier 2013. Ainsi, même si la question litigieuse porte sur la question de droit de la caisse à exiger du recourant la restitution d'une partie des indemnités allouées pour la période litigieuse, il convient d'examiner les conditions d'indemnisation en cas de gain intermédiaire. 4. a) Aux termes de l'art. 24 al. 1 LACI, est réputé intermédiaire tout gain que le chômeur retire d'une activité salariée ou indépendante durant une période de contrôle. L'assuré qui perçoit un gain intermédiaire a droit à la compensation de la perte de gain. Le taux d'indemnisation est fixé selon l'art. 22 LACI. La perte de gain correspond à 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, 1<sup>ère</sup> phrase, LACI). La réglementation sur la compensation de la différence entre le gain assuré et un gain intermédiaire (art. 24 LACI) est une norme de calcul des indemnités de chômage au sens des art. 8ss LACI (ATF 121 V 339 consid. 2b et 2c). La question de la conformité du salaire fixé contractuellement aux usages professionnels et locaux, au sens de l'art. 24 al. 3 LACI, qui ne se confond pas avec celle du caractère convenable d'un emploi (art. 16 LACI), doit être examinée par la caisse à l'occasion du calcul des indemnités de chômage (art. 81 al. 1 let. a LACI et TF C 266/00 du 21 décembre 2000 consid 4b/aa). 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. Un salaire fictif, conforme à ces usages, remplace le salaire réellement perçu par l'assuré, pour le calcul de sa perte de gain. 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 (TF 8C\_774/2008 du 3 avril 2009 consid. 2 et les références, notamment ATF 129 V 102, 120 V 233 consid. 4b et 120 V 515 consid. 2b). b) En l'occurrence, dans un premier temps, l'agence a indemnisé le recourant en prenant en considération le gain intermédiaire de 3'500 fr. annoncé par F. \_\_\_\_\_ pour les mois d'octobre à décembre 2012. Elle a conservé ce même montant dans le calcul de l'indemnité de janvier 2013, nonobstant le salaire de 2'000 fr. indiqué par l'employeur sur l'attestation de gain intermédiaire du 31 janvier 2013. En regard de ce dernier montant, l'agence a apposé la note manuscrite suivante : « Pris 3'500.- voir contrat ». Par décomptes rectificatifs du 28 février 2013, elle a ensuite corrigé le calcul de l'indemnité des mois d'octobre 2012 à janvier 2013, en retenant un gain intermédiaire de 6'500 francs. A l'appui de sa décision du 28 février 2013, l'agence a expliqué que le salaire de 3'500 fr. n'était pas conforme aux usages professionnels et locaux, la rémunération conforme pour ce genre d'activité, exercée à plein temps, s'élevant à 6'500 francs. Dans sa décision sur opposition du 15 avril 2013, l'intimée a ramené ce montant de référence à 5'850 francs. De son côté, le recourant conteste l'un comme l'autre de ces montants. Selon lui, le revenu de 3'500 fr. versé par son employeur d'octobre à décembre 2012 représente une rémunération minimale convenable au sens de l'art. 349a CO et doit être retenu en tant que gain intermédiaire dans le calcul de son droit à l'indemnité. La question de la quotité du gain intermédiaire à retenir peut toutefois restée ouverte en l'espèce, pour les motifs développés ci-après. L'assuré doit en effet assumer lui-même les conséquences qui résultent de la législation sur

l'assurance-chômage s'il accepte une activité dont le salaire est inférieur aux usages professionnels et locaux, sous réserve d'une violation de l'obligation de renseigner selon l'art.

#### **E. 27**

LPGA (TF 8C\_774/2008 du 3 avril 2009 consid. 4, C 55/01 du 30 octobre 2001 consid. 1).

5. a) A teneur de l'art. 27 al. 1 LACI, les assureurs et les organes d'exécution des diverses assurances sociales sont tenus, dans les limites de leurs compétences, de renseigner les personnes intéressées sur leurs droits et leurs obligations. En matière d'assurance-chômage, cette obligation de renseigner est reprise par l'art. 19a OACI (ordonnance du 31 août 1983 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité ; RS 837.02), l'alinéa 2 de cette disposition précisant que les caisses renseignent les assurés sur leurs droits et obligations entrant dans leur domaine d'activité. En fait notamment partie la détermination du droit aux prestations en tant que cette tâche n'est pas expressément réservée à un autre organe (art. 81 al. 1 let. a LACI). L'obligation de renseigner et de conseiller est à la fois générale et spécifique. L'obligation générale se concrétise par les explications figurant dans les brochures concernant les droits et obligations des personnes intéressées, les explications figurant dans les formules officielles de revendication des prestations, ainsi que par l'organisation de séances d'information destinées aux nouveaux chômeurs. L'obligation spécifique implique quant à elle des renseignements et conseils personnalisés devant permettre aux personnes intéressées d'obtenir les prestations les plus avantageuses possibles, compte tenu de leur situation personnelle et des éventuels changements de circonstances. L'étendue du devoir de renseigner et de conseiller dépend de la situation individuelle dans laquelle se trouve l'assuré, telle qu'elle est reconnaissable pour l'administration. Le devoir de conseil de l'assureur social comprend également l'obligation d'attirer l'attention de la personne intéressée sur le fait que son comportement pourrait mettre en péril la réalisation de l'une des conditions du droit aux prestations (ATF 131 V 472) ou pourrait lui causer un préjudice de nature procédurale. Ce devoir est véritablement très large et s'applique à de nombreuses situations. Plus le cas est complexe, plus l'obligation de renseigner est étendue. Afin de déterminer quelle devrait être la réaction des employés en cause, il faut se référer au comportement hypothétique d'une personne qui voue aux choses une attention usuelle (Boris Rubin, op. cit., p. 212 n o 57ss ad. art. 17, et les références citées, notamment ATF 133 V 249 sur ce dernier point). Le Tribunal fédéral a admis que l'obligation de renseigner au sens de l'art. 27 LPGA comprenait l'obligation de rendre l'assuré attentif au fait que le gain intermédiaire réalisé n'était pas conforme aux usages professionnels et locaux et qu'il mettrait en péril son droit à l'indemnité (TF 8C\_774/2008 du 3 avril 2009 consid. 4). La Haute Cour a confirmé l'arrêt rendu par la juridiction cantonale, laquelle avait estimé qu'aussitôt l'ORP au courant des conditions d'engagement de l'assuré, non-conformes aux usages professionnels et locaux, celui-ci aurait dû rendre l'assuré attentif au fait qu'un gain intermédiaire fictif serait pris en considération et serait susceptible de le priver d'indemnités. b) Dans le cas d'espèce, le recourant affirme avoir remis à l'agence son contrat de travail, signé le 21 septembre 2012, à la fin septembre 2012. Ce document figure en effet au dossier produit par l'intimée, qui n'a au demeurant pas contesté l'allégation du recourant. Il peut donc être retenu comme établi au degré de la vraisemblance prévalant en matière d'assurances sociales que la caisse a été mise au courant des conditions d'engagements de l'intéressé dès, voire même avant, le début de l'activité litigieuse. Le contrat de travail, stipulant que le recourant était engagé en qualité de courtier en immobilier, prévoyait un temps de travail de 45 heures par semaine et

une rémunération réglée en ces termes : « Lorsque, à la fin d'un mois, le montant des commissions acquises par l'employé est inférieur à CHF 3'500.- brut, l'employeur lui verse la différence à titre d'avance sur salaire ceci seulement sur un mois, s'il n'y a pas d'affaire en cours. Parties admettent que le montant versé correspond alors à une dette de l'employé à l'égard de l'employeur, qui sera compensée sur la ou les commission(s) due(s) le mois suivant. L'éventuel montant avancé devient quoi qu'il en soit entièrement exigible à la fin des rapports de travail » (art. 3.7 du contrat de travail du 21 septembre 2012). De plus, à l'issue de chacun des mois concernés par la demande de restitution attaquée, l'agence a reçu les attestations de gain intermédiaire dûment complétées par l'employeur, desquelles il ressortait clairement que l'assuré exerçait une activité de courtier immobilier à raison de 45 heures par semaine pour une rémunération de 3'500 francs. L'employeur avait enfin précisé sur le formulaire d'octobre 2012, en regard du montant du salaire la mention manuscrite : « au titre d'avance sur commissions », indication qui figurait également sur le décompte de salaire de novembre 2012, également en mains de l'agence. c) Il sied dès lors de retenir qu'au vu des renseignements en sa possession, et en prêtant à l'affaire l'attention usuelle qu'on peut attendre d'elle lorsqu'il s'agit de déterminer le droit à l'indemnité d'un assuré, l'agence aurait dû rendre le recourant attentif à la réglementation applicable en cas de salaires non-conformes aux usages professionnels et locaux ; le collaborateur en charge du dossier aurait dû faire preuve d'une vigilance d'autant plus grande que le courtage fait partie des activités à haut risque en matière de gain intermédiaire non-conforme. Or, à teneur des pièces du dossier, ce n'est que par décision du 28 février 2013, soit après cinq mois de travail, que l'agence a informé le recourant du fait que son revenu de 3'500 fr. ne pouvait pas être retenu comme gain intermédiaire et qu'un gain fictif de 6'500 fr., ramené à 5'850 fr. dans la décision sur opposition du 15 avril 2013, devait lui être substitué. On ne peut suivre l'agence lorsqu'elle réfute toute violation de son devoir de renseigner et de conseiller au motif que l'intéressé ne lui a posé aucune question à ce propos. S'agissant d'une problématique particulièrement complexe, l'obligation de renseigner à charge de l'agence était d'autant plus étendue (cf. consid. 5a supra). Elle s'imposait même en l'absence de sollicitation du recourant. N'est en particulier pas applicable en l'espèce la jurisprudence selon laquelle les assurés doivent solliciter les renseignements nécessaires lorsqu'ils peuvent raisonnablement penser qu'ils s'apprêtent à mettre leurs droits en péril (TF 8C\_66/2012 du 14 août 2012 ; TFA 8C-66/2012). La réglementation prévalant en matière de gains intermédiaires non-conformes aux usages professionnels et locaux est spécifique et se fonde sur des développements jurisprudentiels ; on ne peut attendre d'un novice en matière d'assurance-chômage qu'il soit au fait de ces considérations de nature technique. Ainsi, même en l'absence de requête du recourant, et à l'instar du Tribunal fédéral dans l'arrêt 8C\_774/2008 du 3 avril 2009 précité (cf. consid. 5a supra), il sied de retenir que la caisse n'a pas satisfait aux obligations que lui imposait l'art. 27 LPGa. On remarquera à cet égard que si la Haute Cour a admis ce grief à l'encontre de l'ORP, celui-ci est a fortiori opposable à la caisse de chômage, à qui revient la compétence de déterminer le droit aux prestations (art. 81 al. 1 let. a LACI). d) La violation du devoir de renseigner et de conseiller entraîne les mêmes conséquences que celles induites par une violation du principe de la bonne fois en cas de renseignement erroné donné par l'administration, à savoir en général l'octroi, par l'administration, d'un avantage contraire à la législation. Pour cela, il faut que (1) l'autorité soit intervenue dans une situation concrète à l'égard de personnes déterminées, (2) qu'elle ait agi ou soit censée avoir agi dans les limites de ses compétences et (3) que l'administré n'ait pas eu connaissance du contenu du renseignement

omis ou que ce contenu était tellement évident qu'il n'avait pas à s'attendre à une autre information, qu'il se soit fondé sur les assurances ou le comportement dont il se prévaut pour (4) prendre des dispositions auxquelles il ne saurait renoncer sans subir de préjudice et que (5) la réglementation n'ait pas changé depuis le moment où l'assurance a été donnée (Boris Rubin, op. cit., p. 214 n° 64 et 65 ad. art. 17 et la référence). La violation d'un devoir légal de renseigner peut être assimilée à une déclaration erronée, et cela également à la suite de l'entrée en vigueur de la LPGA (ATF 131 V 472). Ces conditions étant réalisées en l'espèce, l'agence n'était pas autorisée à rétroactivement retenir un gain intermédiaire fictif pour les mois d'octobre 2012 à janvier 2013, faisant l'objet de la décision de restitution litigieuse. Rien ne permet en outre d'affirmer que s'il avait été d'emblée informé du fait qu'un gain intermédiaire fictif, défavorable au calcul de son droit à l'indemnité, serait retenu en lieu et place de son revenu effectif, il n'aurait pas adopté un comportement raisonnable lui permettant de toucher ses indemnités (TF 8C\_191/2009 du 9 octobre 2008, C 85/06 du 16 octobre 2006 ; cf. également Boris Rubin, op. cit. p. 214 n° 67 ad. art. 17). Ne conduit notamment pas à une telle conclusion le fait que le recourant a poursuivi son activité pour le compte de F. \_\_\_\_\_ au-delà du mois de février 2013. En effet, il est d'usage dans les professions rémunérées à la commission que les employés gagnent généralement très peu, voire rien, au cours des premiers mois de travail, durant lesquels ils doivent notamment se former et constituer une clientèle. Tel était particulièrement le cas du recourant, qui n'avait aucune expérience en matière de courtage immobilier. Ainsi, le fait qu'au début mars 2013, une fois renseigné sur les modalités de calcul de son indemnité de chômage, il n'ait pas abandonné son activité, ne permet pas de valablement présumer qu'il aurait opéré un choix similaire à la fin septembre 2012. En effet, après cinq mois d'activité, il pouvait estimer avoir déployé le plus gros de l'effort requis par sa nouvelle activité. Sa décision de poursuivre sur cette voie s'est dès lors imposée dans des circonstances différentes de celles qui auraient prévalu en septembre 2012. En définitive, le grief de violation de l'obligation de renseigner et de conseiller au sens de l'art. 27 LPGA est bien fondé. Il n'y a dès lors pas lieu de se prononcer sur le montant retenu par l'intimée au titre de gain intermédiaire fictif à l'appui de la décision contestée, dès lors qu'aucun montant ne peut être substitué aux 3'500 fr. initialement pris en considération par l'agence pour le calcul des indemnités dues au recourant pour les mois d'octobre 2012 à janvier 2013, seuls litigieux en l'espèce. Cela étant, il n'existe pas de motif de reconsidération au sens de l'art. 53 al. 2 LPGA. Les prestations allouées pour les mois d'octobre 2012 à janvier 2013 l'ont été à juste titre ; l'intimée n'était dès lors pas fondée à en demander la restitution. Le recours doit ainsi être admis et la décision attaquée annulée. 6. Enfin, la conclusion du recourant tendant à la restitution de l'effet suspensif est sans objet, dès lors qu'au moment du dépôt du recours, les montants réclamés en restitution par l'intimée avaient intégralement été compensés avec les indemnités dues à l'assuré dès le mois de février 2013. Elle est donc irrecevable. On précisera à cet égard que, vu l'issue du litige, les montants compensés par l'agence à ce titre devront être restitués au recourant. 7. a) Aux termes de l'art. 61 let. g LPGA, le recourant qui obtient gain de cause a droit au remboursement de ses frais et dépens dans la mesure fixée par le Tribunal, leur montant devant être déterminé sans égard à la valeur litigieuse, d'après l'importance et la complexité du litige. Obtenant gain de cause avec l'assistance d'un mandataire professionnel, le recourant a droit à une indemnité de dépens à titre de participation aux honoraires de son conseil, qu'il convient en l'espèce d'arrêter à 2'500 fr. (art. 61 let g LPGA ; voir également art. 7 TFJAS [Tarif du 2 décembre 2008 des frais judiciaires et des dépens en matière de

droit des assurances sociales ; RSV 173.36.5.2], compte tenu de la complexité de la cause.

b) La procédure étant gratuite, il n'est pas perçu de frais judiciaires (art. 61 let. a LPGA). Par ces motifs, la juge unique prononce : I. Le recours est admis. II. La décision sur opposition rendue le 15 avril 2013 par la Caisse cantonale de chômage est annulée. III. La Caisse cantonale de chômage versera à P. \_\_\_\_\_ une indemnité de 2'500 fr. (deux mille cinq cents francs) à titre de dépens. IV. Il n'est pas perçu de frais judiciaires. La juge unique :

La greffière : Du L'arrêt qui précède est notifié à : ■ Me David Métille, avocat à Lausanne (pour P. \_\_\_\_\_), ■ Caisse cantonale de chômage, Division juridique, à Lausanne, - Secrétariat d'Etat à l'économie, à Berne, 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.