

## **VD\_FINDINFO Arrêt / 2009 / 237 vom 8. Juni 2009**

VD Tribunal cantonal, 2009-06-08, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd\\_findinfo\\_Arr\\_t\\_\\_2009\\_\\_237](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_findinfo_Arr_t__2009__237)

FR: VD\_FINDINFO Arrêt / 2009 / 237 du 8 juin 2009

IT: VD\_FINDINFO Arrêt / 2009 / 237 del 8 giugno 2009

### **Regeste**

PERTE DE TRAVAIL À PRENDRE EN CONSIDÉRATION, GAIN INTERMÉDIAIRE, ACTIVITÉ LUCRATIVE INDÉPENDANTE, BASE DE CALCUL, MODIFICATION{EN GÉNÉRAL}, RÉDUCTION DE LA PRESTATION D'ASSURANCE, REFORMATIO IN PEJUS, DROIT D'ÊTRE ENTENDU | 24 LACI, 41a al. 1 OACI, 12 OPGA

### **Erwägungen**

#### **E. 1**

LPA-VD).

#### **E. 2**

L'élément de la décision litigieuse consistant à porter le gain mensuel assuré à 3'033 fr. 20 est admis. La décision du 3 avril 2006 a considéré comme gain intermédiaire tout revenu de l'activité indépendante de la recourante durant la période d'indemnisation supérieur au revenu de 17'707 fr. réalisé en 2004 grâce à cette activité. La recourante soutient qu'elle n'a jamais contesté que tout revenu d'indépendante, réalisé pendant la période de chômage, supérieur au revenu moyen que son travail indépendant lui procurait avant d'être au chômage, devait être considéré comme un gain intermédiaire. Elle en avait accepté le principe, affirmant seulement que, son revenu annuel d'indépendante étant de 17'707 fr., il fallait arrondir à 1'476 fr. et non à 1'475 fr. le revenu mensuel moyen de 1'475 fr. 58, tout en demandant une "calcul" sur l'année et non sur le revenu mensuel fictif. En définitive, elle demandait à la caisse de renoncer à toute déduction au titre de gain intermédiaire sur les indemnités journalières du 1<sup>er</sup> mars 2005 au 31 mai 2006. Dans un second moyen, la recourante soutient que la nouvelle méthode de calcul préconisée par la caisse est contraire à la loi, en tout cas dans son cas, puisque le but du législateur est le versement d'une part de 80 % du revenu perdu en raison du chômage. Un raisonnement à partir de l'évolution du temps consacré à l'activité indépendante, présenté dans un deuxième temps pour pouvoir rejeter l'opposition, doit être écarté chaque fois que son résultat est contraire à la loi, comme c'est le cas en l'espèce, puisque le salaire perdu n'a été indemnisé qu'à 33 %, alors que le revenu d'indépendante a légèrement baissé. En conclusion, la recourante fait valoir que la caisse doit rendre une nouvelle décision tenant compte d'un salaire assuré de 3'033 fr. 20 par mois, conformément à la décision du 1<sup>er</sup> novembre 2006, renonçant à toute déduction au titre de gain intermédiaire, ainsi qu'à tout raisonnement fondé sur l'augmentation du temps consacré à l'activité indépendante.

#### **E. 3**

Lorsque l'assureur envisage de modifier une décision au détriment d'une partie, elle doit l'en informer préalablement, lui indiquer les raisons qui peuvent justifier une aggravation et lui

impartir un délai pour s'exprimer (art. 12 OPGA [ordonnance du 11 septembre 2002 sur la partie générale du droit des assurances sociales, RS 830.11]). Cet avertissement doit permettre à l'assuré de retirer son opposition. Si une autorité constate un fondement irrégulier de l'une de ses décisions, elle peut y substituer une autre base valable; il s'agit d'un cas de substitution de motifs. Le droit d'être entendu, tel qu'il est garanti par l'art. 29 al. 2 Cst. (Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, RS 101), comprend notamment le droit pour les parties de participer à la procédure et d'influer sur le processus conduisant à la prise de décision. Il a pour corollaire que l'autorité, avant de rendre une décision touchant la situation juridique d'une partie, doit en informer cette dernière et lui donner l'occasion de s'exprimer préalablement sur le sujet (ATF 126 V 130 consid. 2b p. 132). Le Tribunal fédéral a précisé que le droit d'être entendu doit notamment être reconnu et respecté lorsque l'administration ou le juge envisagent de fonder leur décision sur une norme ou un motif juridique non évoqué dans la procédure antérieure et dont aucune des parties en présence ne s'est prévaluée et ne pouvait supputer la pertinence dans le cas particulier (ATF 128 V 272 consid. 5b/bb p. 278 et les références). Dans son arrêt du 9 août 2007, le TA a constaté que la caisse avait fait droit dans sa décision sur opposition du 1<sup>er</sup> novembre 2006 aux revendications de la recourante s'agissant de l'augmentation du gain assuré et du refus de considérer les revenus de l'activité indépendante de chauffeur de taxi comme un gain intermédiaire. La caisse n'est jamais revenue sur ces questions dans la suite de la procédure, qui ne sont par ailleurs pas litigieuses. Ainsi, la caisse ne saurait être condamnée au versement d'intérêts sur ces prestations. En effet, des intérêts moratoires sont dus pour toute créance de prestations d'assurances sociales à l'échéance d'un délai de 24 mois à compter de la naissance du droit (en l'espèce : mars 2005), mais au plus tôt douze mois à partir du moment où l'assuré fait valoir ce droit, pour autant qu'il se soit entièrement conformé à l'obligation de collaborer qui lui incombe (art. 26 al. 2 LPGA). Or, en l'espèce, la recourante n'a réclamé des intérêts pour la première fois que dans son recours du mois de juin 2008. Le TA a jugé que la modification de la perte de travail à prendre en considération au 1<sup>er</sup> mars 2005, initialement fixée à 80 % d'une activité à plein temps et réduite à 56,35 % pour tenir compte du temps qu'elle aurait effectivement consacré à une activité indépendante permanente, en l'occurrence estimé à 43,65 %, constituait une reformatio in pejus. Le tribunal relevait que l'autorité intimée avait omis d'avertir préalablement la recourante de son intention de réformer les décisions des 3 avril et 11 mai 2006 à son détriment et ne lui avait pas offert la possibilité de retirer son opposition. Dans le présent recours, la recourante se plaint toujours d'une violation de son droit d'être entendue, en ce sens que l'autorité administrative ne lui aurait pas donné l'occasion de se prononcer sur la substitution de motifs à laquelle elle envisageait de procéder. En effet, elle reproche à l'autorité intimée d'avoir adopté, en modifiant le taux de la perte de travail à prendre en considération, une autre méthode de calcul de l'indemnité de chômage que celle retenue par l'autorité de décision, fondée sur le gain intermédiaire, sans lui avoir donné l'occasion de se déterminer à ce sujet. La recourante soutient que, dans son opposition du 19 mai 2006, elle a accepté la décision du 3 avril 2006, qui considérait comme gain intermédiaire tout revenu de l'activité indépendante durant la période d'indemnisation supérieur au revenu de 17'707 fr., de telle sorte que l'autorité d'opposition n'avait pas et n'a toujours pas à modifier sa décision sur ce point. Il faut toutefois constater que la recourante a contesté la décision du 3 avril 2006, dès lors qu'elle a reproché à la caisse d'avoir fait un calcul mensuel du gain intermédiaire et conclut à ce qu'aucune déduction ne soit effectuée à titre de gain intermédiaire. La caisse a dans sa décision sur opposition du 1<sup>er</sup> novembre 2006 accepté de

ne prendre en compte aucun revenu à titre de gain intermédiaire et a substitué un raisonnement fondé sur l'augmentation du temps consacré à l'activité indépendante à une motivation fondée sur le gain intermédiaire. Cette nouvelle motivation s'est faite au détriment de la recourante et sans que celle-ci ait été interpellée ou ait pu se déterminer sur cette substitution de motifs, de sorte que son droit d'être entendue a été violé et la cause renvoyée à l'administration par le TA. Par écrit du 30 novembre 2007, la caisse a exposé à nouveau son mode de calcul basé sur la réduction de la perte de travail suite à l'extension de l'activité indépendante et a donné à la recourante la possibilité de retirer son opposition au vu de son intention de réformer à son détriment les décisions des 3 avril et 11 mai 2006. Ainsi, force est de constater que la caisse a permis à la recourante de se déterminer sur ces questions et de faire valoir ses arguments. Elle lui a également donné la possibilité de retirer son opposition, de sorte qu'il n'existe pas de violation du droit d'être entendu de la recourante. Il reste à examiner si la méthode utilisée par la caisse est correcte.

#### **E. 4**

a) Est réputé gain intermédiaire tout gain que le chômeur retire d'une activité salariée ou indépendante durant une période de contrôle (art. 24 al. 1 LACI première phrase, [loi fédérale du 25 juin 1982 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité, RS 837.0]). Lorsque l'assuré réalise un revenu inférieur à son indemnité de chômage, il a droit à des indemnités compensatoires (art. 41a al. 1 OACI [ordonnance du 31 août 1983 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité, RS 837.02]). Le taux d'indemnisation de la perte de gain est déterminé selon l'art. 22 LACI (art. 24 al. 1 LACI, troisième phrase). Les critères d'appréciation de l'aptitude au placement diffèrent suivant qu'une personne au chômage réalise un gain intermédiaire par le biais d'une activité dépendante ou indépendante. Lorsque l'activité indépendante est durable, les revenus réalisés dans ce cadre échappent au champ d'application de l'art. 24 LACI et ne sont dès lors pas comptés comme gain intermédiaire (Rubin, Assurance-chômage, 2 e éd., Zurich-Bâle-Genève 2006, p. 217). Selon la circulaire du SECO (édition 2003, C86), l'activité à temps partiel que l'assuré, partiellement au chômage, continue d'exercer est également réputée gain intermédiaire. En conséquence, le gain assuré est calculé sur la totalité du revenu que l'assuré réalisait avant de tomber partiellement au chômage. Par contre, pour l'assuré qui exerce une activité indépendante et perd l'activité salariée à temps partiel qu'il exerçait en parallèle, le gain assuré n'est basé que sur le gain retiré de l'activité salariée perdue. Pendant le chômage, seul le gain supplémentaire résultant de l'extension de l'activité indépendante doit être pris en compte en gain intermédiaire. Le SECO a toutefois précisé que seules les activités indépendantes à caractère transitoire, temporaires et ne nécessitant que peu d'investissement entrent en ligne de compte comme gain intermédiaire (IC 2003, B 168 ss). A contrario, une activité indépendante à caractère permanent ne peut être reconnue comme gain intermédiaire pendant le chômage. En effet, en ce qui concerne l'éventualité d'une activité indépendante à caractère durable, les règles sur le gain intermédiaire ne s'appliquent pas aux revenus tirés de l'activité indépendante d'un assuré, lorsqu'il décide de continuer à exercer une activité indépendante, tout en demeurant apte au placement dans les limites de la disponibilité qu'il fait valoir. Il s'agit ici d'une exception au principe qui veut que durant le chômage et tant qu'un droit à l'indemnité est ouvert, tout gain retiré d'une activité, que celle-ci soit dépendante ou indépendante, constitue un gain intermédiaire (art. 24 al. 1 LACI). Le but de l'assurance-chômage n'est donc pas de fournir une aide en capital à la création d'entreprises ou de servir de transition lorsqu'un assuré passe d'une activité salariée à une activité indépendante, ou encore de couvrir de

quelconques risques d'entreprise (Rubin, op. cit., pp. 224-225; TFA C 88/02 du 17 décembre 2002; DTA 1993/1994 p. 217 consid. 3b). Ainsi, il n'y a pas lieu de prendre en compte l'extension de l'activité indépendante de l'assurée comme un gain intermédiaire, puisqu'il apparaît que cette activité a un caractère permanent, ce qui est du reste admis par l'assurée. b) S'agissant de l'extension d'une activité indépendante à caractère durable, la circulaire du SECO (édition de janvier 2007 qui reprend les principes exposés dans le Bulletin MT/AC 2004/03 fiche 7, complété par 011 - Bulletin LACI 2006/1) a la teneur suivante : « B243 Si l'assuré modifie, pendant son chômage, l'étendue de l'activité indépendante à caractère durable qu'il exerçait déjà avant de tomber au chômage ou qu'il a prise pendant son chômage, il y a lieu d'adapter la perte de travail à prendre en considération. Les revenus réalisés et leurs fluctuations n'ont aucun impact sur le montant de l'indemnité de chômage. B244 Les cas où l'extension de l'activité indépendante durable a un caractère temporaire et éventuellement de surcroît fluctuant posent un véritable problème pour l'assurance-chômage. L'autorisation d'étendre cette activité peut paraître justifiée, mais, au regard de l'obligation de diminuer le dommage prévue à l'art. 17 LACI, cette extension n'en est pas moins en contradiction avec l'essence même de l'assurance-chômage qui est une assurance destinée aux salariés. Le but de l'assurance-chômage n'est en effet pas de couvrir des risques d'entreprises comme les fluctuations du carnet de commandes et leurs répercussions sur le taux d'occupation. B245 L'assuré ne peut étendre son activité indépendante à caractère durable que • s'il le fait une seule fois; • si cette activité a un caractère durable et est exercée à horaire fixe; et • si elle met au moins en partie durablement fin à son chômage et réduit ainsi la perte de travail à prendre en considération. L'extension temporaire, pendant le chômage, d'une activité indépendante à caractère durable n'est pas admise comme il n'est pas non plus admis, si les affaires marchent mal, que l'assuré réduise le volume d'activité indépendante qu'il avait augmenté avant son chômage. S'il le réduit en partie, sa perte de travail à prendre en considération et par conséquent son indemnité de chômage n'augmenteront pas pour autant. Ce n'est qu'une fois que son activité indépendante aura retrouvé son volume initial (l'extension de son activité indépendante a été un échec) qu'une perte de travail plus importante sera prise en considération avec pour conséquence une augmentation du montant de l'indemnité. Exemple Un assuré exerce une activité indépendante à raison de 40% et une activité salariée à raison de 60%. Comme il a perdu son emploi, il veut étendre durablement son activité indépendante à 70%. Sa perte de travail sera alors, dans le meilleur des cas, de 30%. Au bout de trois mois, il constate qu'il n'a pas suffisamment de commandes et souhaite réduire son activité indépendante. Une réduction partielle, par ex. à 60%, n'est pas admise et l'assuré aura toujours une perte de travail de 30%. Par contre, s'il réduit son activité indépendante à son volume initial, soit à 40%, il sera de nouveau indemnisé sur la base d'une perte de travail de 60%. Il ne pourra plus étendre une nouvelle fois son activité indépendante par la suite. En d'autres termes, toute nouvelle augmentation du volume d'activité indépendante entraînerait une exclusion du droit aux prestations au motif que la perte de travail n'est pas contrôlable». En l'espèce, l'assurée a déclaré que son activité indépendante correspondait à un taux d'activité de 20 %, soit en moyenne 10,6 heures par semaine, avant le début de son délai-cadre d'indemnisation. Toutefois, dès le mois de mars 2005, il apparaît que la recourante a étendu son activité indépendante, puisqu'elle déclare avoir effectué 92,5 heures au total. Déclarant qu'une activité à plein temps totalise 53 heures par semaine, elle a donc travaillé à 37,94 % durant ce mois. Il apparaît en outre que cette extension n'est pas temporaire, puisqu'elle a ensuite travaillé notamment 60 heures au mois

d'avril 2005, 98 heures au mois de mai 2005, 118 heures au mois de juin 2005. L'extension n'étant possible qu'une fois, il y a donc lieu de déclarer son activité indépendante à 37,94 %. Sa perte de travail ne s'élève donc plus qu'à 62,06 % (Mars 2005 : 92.5 heures travaillées / 23 jours x 5 [jours de la semaine] = 20 heures 07 par semaine. Sachant que 53 heures par semaine correspondent à un temps plein, le taux d'activité est de 37,94 %, et sa perte de travail de 62,06 %). La perte de gain de l'assurée est ainsi de 62,06 % à partir de mars 2005, soit le premier mois où elle a étendu son activité indépendante. Son gain assuré est maintenu à 3'033 fr. 20 au lieu de 2'975 fr. et l'activité indépendante n'est pas prise en compte comme un gain intermédiaire, conformément à la décision sur opposition du 1 er novembre 2006 et à l'arrêt du TA du 9 août 2007.

#### **E. 5**

Les considérants qui précèdent conduisent par conséquent la cour de céans à rejeter le recours et à confirmer la décision attaquée.

#### **E. 6**

Le présent arrêt est rendu sans frais, ni allocation de dépens (art. 61 let. a et g LPGA et 91 LPA-VD).

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