

VD_FINDINFO Arrêt / 2015 / 362 vom 23. Juli 2015

VD Tribunal cantonal, 2015-07-23, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_findinfo_Arr_t__2015__362

FR: VD_FINDINFO Arrêt / 2015 / 362 du 23 juillet 2015

IT: VD_FINDINFO Arrêt / 2015 / 362 del 23 luglio 2015

Regeste

GAIN INTERMÉDIAIRE, GRATIFICATION, BONUS, RESTITUTION{EN GÉNÉRAL}, INDEMNITÉ DE CHÔMAGE, DROIT CONSTITUTIONNEL À LA PROTECTION DE LA BONNE FOI | 322d CO, 9 Cst., 24 al. 1 LACI, 53 al. 2 LPGA

Erwägungen

E. 23

juillet 2015 _____ Composition : Mme Dessaux , présidente
Mmes Thalmann et Röthenbacher, juges Greffier : M. Addor ***** Dans la cause
V. _____ , à Lausanne, recourant, représenté par Me Eric Cerottini, avocat à Lausanne,
et CAISSE CANTONALE DE CHÔMAGE , Division juridique, à Lausanne, intimée, et
dans la cause jointe V. _____ , à Lausanne, recourant, représenté par Me Eric Cerottini,
avocat à Lausanne, et CAISSE CANTONALE DE CHÔMAGE , Division juridique, à
Lausanne, intimée. _____ Art. 9 Cst. ; 322 ss CO ; 53 al. 2 LPGA et 24 al. 1
LACI E n f a i t : A. a) Précédemment engagé en qualité de « relationship manager » dans
un établissement bancaire, V. _____ (ci-après : l'assuré ou le recourant), ressortissant
danois, né en 1971, a été licencié en raison d'une réorganisation de l'entreprise avec effet au
31 janvier 2012. Il s'est inscrit à l'Office régional de placement (ci-après : l'ORP) de
Lausanne en date du 8 février 2012 et il a été mis au bénéfice d'un délai-cadre
d'indemnisation de l'assurance-chômage du 1 er février 2012 au 31 janvier 2014, avec un
gain assuré de 10'500 francs. Par courriel du 15 octobre 2012, l'assuré a annoncé à son
réfèrent ORP une perspective d'engagement pour un salaire mensuel de 4'000 fr. pendant la
période d'essai avec un engagement soumis à la réalisation de certains objectifs. En réponse
à la demande de l'intéressé, son réfèrent lui a écrit qu'il pouvait signer son contrat, qu'un
supplément lui serait versé par la Caisse cantonale de chômage en fonction de son salaire et
qu'il lui incombait néanmoins de poursuivre ses recherches d'emploi. Le 1 er novembre
2012, l'assuré a été ainsi engagé par la société L. _____ AG en qualité de gestionnaire de
fortune. Conclu pour une durée indéterminée, le contrat prévoyait un temps d'essai de trois
mois avec un revenu mensuel brut de 4'000 francs. Il était par ailleurs convenu qu'avant
l'expiration du temps d'essai, il était attendu de l'assuré qu'il constitue un portefeuille de
valeurs à gérer d'au minimum 10 millions de francs. Si cette condition était réalisée, il
devait percevoir un bonus en supplément de son salaire mensuel d'un montant de 25'500 fr.
payables dans les cinq jours après l'expiration du temps d'essai. Dans l'hypothèse où il ne
réaliserait pas cet objectif, respectivement dans l'hypothèse où le contrat serait résilié
pendant la période d'essai, l'assuré devait percevoir en supplément de son salaire mensuel
une commission de 25% sur les revenus du portefeuille de valeurs amenés en gestion par lui
à son employeur pendant le temps d'essai. Cette commission était due sur une période de 36
mois après le temps d'essai. Le contrat prévoyait également, dans les deux ans suivant la fin

du temps d'essai, une rémunération annuelle de 150'000 fr. brut payables sur douze mois ainsi qu'un bonus annuel de 0,30% sur les valeurs apportées en gestion pendant l'année à concurrence de 50 millions de francs et de 0,35% pour la part des valeurs excédant 50 millions de francs. Le 2 décembre 2012, l'assuré a transmis à son référent ORP son contrat par courriel, l'invitant à lui poser toute question utile et faisant mention d'un prochain rendez-vous le 22 janvier 2013. Entre novembre et décembre 2012, l'assuré n'a apporté aucun nouveau contrat à son employeur. Le temps d'essai a été prolongé au 31 mars 2013 par avenant du 29 janvier 2013, afin de lui permettre d'atteindre l'objectif donnant droit au bonus. En janvier 2013, il a apporté des valeurs pour gestion d'un montant de 556'372 fr. 80, en février 2013 d'un montant de 903'517 fr. 48 et en mars 2013, plus exactement par contrat du 13 mars 2013, d'un montant de 13'524'488 fr. 12. De novembre 2012 à mars 2013, la Caisse cantonale de chômage a imputé un gain intermédiaire de 4'000 fr. sur les indemnités mensuelles en faveur de l'assuré. Ce dernier a informé son référent ORP par courriel du 26 mars 2013 de la réussite de son temps d'essai et son engagement pour une durée indéterminée. Le cas a été clos au 1^{er} avril 2013. Le 18 avril 2013, la Caisse cantonale de chômage a demandé à l'assuré production de son contrat de travail ainsi que de tous les avenants et modifications en sa possession, demande renouvelée auprès de l'employeur le 13 juin 2013, lequel a transmis les décomptes de salaire mensuel par voie électronique le 4 septembre 2013. b) Se fondant sur les salaires statistiques suisses des salaires perçus dans le domaine des services financiers, la Caisse cantonale de chômage (ci-après : la caisse ou l'intimée) a fixé, en date du 9 septembre 2013, à 9'547 fr. (au lieu de 4'000 fr.) le salaire mensuel fictif de l'assuré à prendre en compte comme gain intermédiaire (décision n° 1) et, dans une seconde décision datée du même jour, a en conséquence demandé la restitution d'un montant versé à tort de 22'440 fr. 45 pour la période de novembre 2012 à mars 2013 (décision n° 2). aa) Par écriture du 9 octobre 2013, l'assuré s'est opposé à la décision n° 1. Il a expliqué que la rémunération convenue durant le temps d'essai était constituée de deux composantes : un salaire mensuel fixe de 4'000 fr. d'une part et un bonus de 25'500 fr. en cas d'atteinte des objectifs fixés durant cette période d'autre part. En ne tenant pas compte du bonus de 25'500 fr. dans le calcul du gain intermédiaire, celui-ci se révèle dès lors erroné et la caisse ne saurait ainsi prétendre que le salaire de l'assuré ne serait pas conforme aux usages professionnels et locaux. L'assuré a donc recalculé le gain intermédiaire à prendre en compte pour les mois de novembre 2012 à mars 2013. En conséquence, il a conclu à l'annulation de la décision du 9 septembre 2013, respectivement à sa réforme « en ce sens que le gain intermédiaire pris en compte s'élève à frs 4'000.- pour le mois de novembre 2012, frs 4'000.- pour le mois de décembre 2012, frs 4'948,60 pour le mois de janvier 2013, frs 5'537,65 pour le mois de février 2013, frs 27'013,75 pour le mois de mars 2013 ». Par décision du 19 décembre 2013, la caisse a partiellement admis l'opposition formée par l'assuré. Tout en admettant avoir omis de prendre en compte le bonus de 25'500 fr. dans son calcul du gain intermédiaire, elle réfute cependant l'argument de l'assuré selon lequel il conviendrait d'attribuer la somme du bonus en fonction de ses résultats mensuels, soit essentiellement au mois de mars 2013. A supposer qu'il ait effectivement signé la majorité des contrats durant le mois en question, cela ne signifie pas pour autant qu'il a effectué des recherches et du travail uniquement durant ce mois. Au contraire, le fait d'atteindre l'objectif fixé de 10 millions de francs pour voir le contrat de travail confirmé plaide en faveur d'un travail fourni dans la durée, ce qui justifie que le bonus soit réparti à parts égales sur les cinq mois en cause et non pas rattaché au seul mois de mars, soit 5'100 fr. par mois (25'500 / 5). Il convient d'y ajouter le salaire

mensuel fixe de 4'000 fr., ce qui conduit à un gain intermédiaire de 9'100 francs. Il n'y a donc pas lieu de calculer un gain intermédiaire fictif. bb) Le 10 octobre 2013, l'assuré s'est opposé à la décision n° 2 lui réclamant la restitution d'un montant de 22'440 fr. 45 versé à tort. Sans contester le principe de la demande en restitution dont il fait l'objet, l'assuré s'attache à recalculer le montant à restituer sur la base des gains intermédiaires déterminés par ses soins dans son écriture du 9 octobre 2013. Il a expliqué que si le nouveau gain intermédiaire mensuel était plus élevé que celui retenu précédemment par la Caisse cantonale de chômage, celle-ci serait fondée à lui réclamer l'excédent mais seulement jusqu'à concurrence des indemnités journalières versées pour le mois en question. Il en résultait selon l'assuré un montant à restituer de 6'837 fr. 50. Il demandait en conséquence l'annulation de la décision n° 2, respectivement sa réforme en ce sens qu'il est tenu de restituer la somme de 6'837 fr. 50. Par décision du 19 décembre 2013, la caisse a rejeté l'opposition formée par l'assuré. Elle expose en substance qu'avec un gain intermédiaire de 9'100 fr., le versement d'indemnités compensatoires est exclu dès lors que le gain intermédiaire réalisé est toujours supérieur à l'indemnisation du chômage qu'il aurait éventuellement pu percevoir. Il s'ensuit que l'argent versé par la caisse à l'assuré entre novembre 2012 et mars 2013 doit être entièrement restitué et que le montant calculé de 22'440 fr. 45 se révèle bien-fondé. B. a) Par acte du 31 janvier 2014, V. _____ a saisi la Cour de céans d'un recours contre la décision sur opposition du 19 décembre 2013 admettant partiellement son opposition. Cette cause a été enregistrée sous le numéro ACH 5/14. Invoquant à titre principal une violation du principe de la bonne foi, le recourant fait valoir que la caisse ne disposait d'aucun motif justifiant une révision ou une reconsidération des décomptes d'indemnisation afférents aux mois de novembre 2012 à mars 2013. Il soutient à cet égard avoir remis le contrat de travail à la caisse en date du 2 décembre 2012. Cette dernière ne peut donc se prévaloir d'une quelconque erreur dans la détermination du gain intermédiaire mensuel en soutenant que celle-ci proviendrait du fait que le contrat de travail en question ne lui serait parvenu que le 19 juin 2013 puisque, dès le 2 décembre 2012, elle disposait de toutes les informations nécessaires au sujet de la rémunération du recourant. Celui-ci estime par ailleurs que le comportement adopté par la caisse contrevient au principe de la bonne foi régissant les rapports entre l'administration et les administrés. Elle lui avait en effet garanti que s'il signait ce nouveau contrat de travail (avec la société L. _____ AG), elle lui verserait un supplément de salaire, ce qui avait convaincu le recourant de signer le contrat. Or, elle aurait violé sa promesse puisque sa décision du 9 septembre 2013 a eu pour conséquence la restitution de l'intégralité des indemnités versées entre novembre 2012 et mars 2013. De l'avis du recourant, la Caisse cantonale de chômage ne pouvait donc pas rendre de décision remettant en cause les décomptes d'indemnisation entrés en force fixant le gain intermédiaire à 4'000 francs. Subsidiairement, le recourant se plaint de la manière dont la caisse a déterminé le gain intermédiaire. Selon lui, la question litigieuse a trait à la ventilation du bonus de 25'500 fr. reçu en avril 2013 sur les mois de novembre 2012 à mars 2013. Considérant qu'il a réussi à atteindre l'objectif donnant droit au bonus essentiellement grâce au contrat conclu le 13 mars 2013 – lequel portait sur plus de 10 millions de francs –, il en déduit que la très grande majorité de la prestation de travail rémunératoire a été effectuée au mois de mars 2013. Plus précisément, la prestation de travail rémunératoire effectuée par le recourant se répartirait selon ses calculs comme suit : 0% pour les mois de novembre et décembre 2012, ce qui exclurait l'imputation à ces mois d'une part de bonus à titre de gain intermédiaire, 3,72% pour le mois de janvier 2013, soit une part de bonus de 948 fr. 60 à imputer à titre de gain intermédiaire, 6,03% pour le mois

de février 2013, soit une part de bonus de 1'537 fr. 65 imputable à titre de gain intermédiaire et 90,25% pour le mois de mars 2013, soit une part de bonus de 23'013 fr. 75 imputable à titre de gain intermédiaire. Les gains intermédiaires à prendre en compte pour chaque mois résultaient ainsi de l'addition de ces différentes parts de bonus au salaire mensuel fixe de 4'000 fr. (cf. supra let. A.b/aa). En conséquence, le recourant a conclu sous suite de frais et dépens, à titre principal, à la réforme de la décision attaquée « en ce sens que la décision rendue le 9 septembre 2013 par la Caisse cantonale de chômage est annulée ».

Subsidiairement, il a demandé sa réforme « en ce sens que le gain intermédiaire pris en compte s'élève à frs 4'000.- pour le mois de novembre 2012, frs 4'000.- pour le mois de décembre 2012, frs 4'948,60 pour le mois de janvier 2013, frs 5'537,65 pour le mois de février 2013, frs 27'013,75 pour le mois de mars 2013 ». Dans sa réponse du 6 mars 2014, l'intimée maintient que le bonus de 25'500 fr. doit être réparti sur les cinq mois de la période d'essai (de novembre 2012 à mars 2013) pour calculer le gain intermédiaire de l'assuré. Elle propose en conséquence le rejet du recours. En réplique du 22 avril 2014, le recourant observe que la caisse intimée n'expose nullement pour quelles raisons il conviendrait d'après elle de s'écarter du principe de survenance, selon lequel le bonus doit être réparti quasiment exclusivement sur le mois de mars 2013, dès lors que la quasi-totalité du travail rémunérateur a été effectuée au cours de ce même mois. Il déclare pour le surplus contester dans son intégralité la réponse de la caisse intimée.

b) Le 31 janvier 2014, V._____ a déféré devant la Cour de céans la décision sur opposition du 19 décembre 2013 lui réclamant la restitution de la somme de 22'440 fr. 45 versée à tort. Cette cause a été enregistrée sous le numéro ACH 6/14. Le recourant fait valoir que, faute d'avoir été contestés, les décomptes d'indemnisation remis pour les mois de novembre 2012 à mars 2013 sont devenus définitifs et exécutoires. Or, la décision du 9 septembre 2013 modifie ces décisions puisqu'elle demande la restitution des montants qui ont été versés pour les mois de novembre 2012 à mars 2013. De l'avis du recourant, elle ne disposait toutefois d'aucun motif justifiant une révision ou une reconsidération de ces décisions car, dès le 2 décembre 2012, elle était en possession du contrat de travail dans lequel figuraient tous les éléments au sujet de sa rémunération. Par ailleurs, en ne versant pas le supplément de salaire promis en cas de signature du nouveau contrat de travail, l'intimée aurait contrevenu au principe de la bonne foi régissant les rapports entre administration et administrés. Cela étant, à supposer toutefois que le principe d'une demande de restitution à son endroit soit admis – hypothèse que le recourant déclare contester expressément –, il conviendrait encore d'examiner quel montant pourrait lui être réclamé. A cet égard, le recourant réitère les considérations formulées dans le cadre de son opposition selon lesquelles le montant à restituer dépend des gains intermédiaires tels que calculés dans cette dernière et dans son mémoire de recours du même jour dans la cause ACH 5/14. Selon lui, le montant total susceptible de lui être réclamé s'élèverait à 6'837 fr. 50. En conséquence, le recourant conclut principalement à la réforme de la décision sur opposition du 19 décembre 2013 « en ce sens que la décision rendue en date du 9 septembre 2013 par la Caisse cantonale de chômage est annulée » et subsidiairement à sa réforme « en ce sens que la décision rendue le 9 septembre 2013 par la Caisse cantonale de chômage est réformée en ce sens [qu'il] doit restituer à la Caisse cantonale de chômage la somme de frs 6'837,50 (six mille huit cent trente sept francs et cinquante centimes) ». Dans sa réponse du 26 mars 2014, la caisse intimée indique qu'elle maintient sa position quant à la répartition du bonus de 25'500 fr. à parts égales de 5'100 fr. entre les mois de novembre 2012 à mars 2013, de sorte qu'elle confirme la restitution qui découle de cette répartition pour les raisons invoquées dans la décision sur opposition du 19

décembre 2013 (cf. supra let. A.b/bb). Elle propose en conséquence le rejet du recours. Le 22 avril 2014, le recourant a fait parvenir à la Cour de céans ses déterminations sur la réponse. Cette écriture a la même teneur que celle déposée dans le cadre de la procédure ACH 5/14 (cf. supra let. B.a). C. Par décision incidente du 28 avril 2014, le magistrat instructeur a fait droit à la requête présentée par le recourant en date du 31 janvier 2014 et a ordonné la jonction des causes ACH 5/14 et ACH 6/14. N'ayant pas été contestée, cette décision est entrée en force. D. Dans ses déterminations du 19 mai 2014, l'intimée expose que le montant de 25'500 fr. constitue à ses yeux un bonus versé à la condition que l'employé parvienne à amener un certain volume d'affaires pendant la période d'essai. Il ne s'agit précisément pas d'un système de commissions, dont le montant dépend du contrat conclu. Dans ces conditions, elle maintient sa position selon laquelle il convient de répartir le montant du bonus sur les cinq mois de la période d'essai. Elle estime de surcroît que les conditions de la restitution sont réunies, puisqu'elle a commis une erreur dans le calcul du gain intermédiaire et qu'elle n'a eu connaissance de son erreur qu'en juin 2013, à réception du contrat de travail du recourant. Celui-ci a transmis un exemplaire de son contrat à l'ORP de Lausanne, dont les dossiers ne sont pas directement accessibles aux collaborateurs de la caisse. Pour ces motifs, l'intimée propose derechef le rejet du recours. S'exprimant une ultime fois par pli du 10 juin 2014, le recourant déclare se référer intégralement aux explications contenues en pages 9 et 10 de ses recours du 31 janvier 2014. Pour le surplus, il relève que les contrats qu'il a conclus durant son temps d'essai, essentiellement au mois de mars 2013, n'ont pas généré d'autres revenus. Ainsi, les montants de ces contrats n'ont pas été pris en compte pour calculer le bonus annuel dû à l'issue de sa période d'essai. Cette écriture a été transmise pour information à la caisse intimée, qui n'a pas procédé plus avant.

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 en principe aux contestations relevant de la LACI (art. 1 al. 1 LACI [loi fédérale du 25 juin 1982 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité ; RS 837.0]). La voie du recours au Tribunal cantonal, conformément aux art. 100 al. 3 LACI et 128 al. 2 OACI (ordonnance du 31 août 1983 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité ; RS 837.02), est ouverte contre une décision sur opposition (art. 56 al. 1 LPGA), dans un délai de trente jours suivant la notification de la décision attaquée (art. 60 al. 1 LPGA). b) Dans le cas présent, interjeté dans le délai légal de trente jours dès la notification de la décision attaquée, chacun des deux recours a été formé en temps utile compte tenu de la suspension du délai durant les fêtes de fin d'année (art. 38 al. 4 let. c et 60 LPGA) et satisfait pour le surplus aux conditions de forme prévues par la loi (art. 61 let. b LPGA). Il y a donc lieu d'entrer en matière. c) La LPA-VD s'applique aux recours et contestations par voie d'action dans le domaine des assurances sociales (art. 2 al. 1 let. c LPA-VD [loi cantonale vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative ; RSV 173.36]). 2. Il s'agit de se demander, dans un premier temps, si c'est à bon droit que la caisse intimée a considéré que le montant de 25'500 fr. perçu en avril 2013 pouvait être réparti à parts égales sur les cinq mois de la période d'essai plutôt qu'en fonction du moment où le résultat est survenu. 3. a) L'assuré a droit à l'indemnité de chômage s'il est sans emploi ou partiellement sans emploi (art. 8 al. 1 let. a LACI). Est réputé sans emploi celui qui n'est pas partie à un rapport de travail et qui cherche à exercer une activité à plein temps (art. 10 al. 1 LACI). Est réputé partiellement sans emploi celui qui n'est pas partie à un rapport de travail et cherche à n'exercer qu'une activité à temps partiel ou occupe un emploi à temps partiel et cherche à le remplacer par une activité à plein temps ou à le

compléter par une autre activité à temps partiel (ibid., al. 2 let. a et b). En règle générale, l'assuré doit accepter immédiatement tout travail en vue de diminuer le dommage (art. 16 al. 1 LACI). L'indemnité journalière pleine et entière s'élève à 80 % du gain assuré (art. 22 al. 1, première phrase, LACI). Est réputé gain assuré le salaire déterminant au sens de la législation sur l'AVS qui est obtenu normalement au cours d'un ou de plusieurs rapports de travail durant une période de référence, y compris les allocations régulièrement versées et convenues contractuellement, dans la mesure où elles ne sont pas des indemnités pour inconvénients liés à l'exécution du travail. Le montant maximum du gain assuré (art. 18 LPG) correspond à celui de l'assurance-accidents obligatoire (art. 23 al. 1, première et deuxième phrases, LACI). Le salaire pris en compte comme gain assuré se rapproche de la notion de salaire déterminant au sens de la LAVS (cf. art. 5 al. 2 LAVS [loi fédérale du 20 décembre 1946 sur l'assurance-vieillesse et survivants ; RS 831.10]), mais ne se recouvre pas exactement avec celui-ci, ce qui ressort d'ailleurs de la formulation «normalement» contenue dans le texte légal de l'art. 23 al. 1 LACI (TFA [Tribunal fédéral des assurances] C 139/05 du 26 juin 2006 consid. 4.1 et les références citées). Certains montants perçus par le salarié, certes soumis à cotisations, n'entrent pas dans la fixation du gain assuré. Il en va ainsi de la rémunération des heures supplémentaires (ATF 129 V 105), de l'indemnité de vacances à certaines conditions (DTA 2000 n° 7 p. 33), des gains accessoires (ATF 125 V 478 consid. 5a) ou encore des indemnités de frais (voir la référence citée dans DTA 1992 n° 14 p. 141). L'assurance-chômage n'a en effet pas vocation à indemniser les pertes d'activités qui dépassent l'horaire normal de travail. En revanche, les allocations de renchérissement, les gratifications, ainsi que les primes de fidélité et au rendement sont incluses dans le gain assuré, même si l'employeur les verse à bien plaisir et que l'employé ne peut en déduire aucun droit en justice (ATF 122 V 363 consid. 3 et les références). Doit être ainsi considéré comme revenu d'une activité salariée, soumis à cotisation, non seulement les rétributions versées pour un travail effectué, mais en principe toute indemnité ou prestation ayant une relation quelconque avec les rapports de service, dans la mesure où ces prestations ne sont pas franches de cotisations en vertu de prescriptions légales expressément formulées (ATF 124 V 100 consid. 2 et les références). 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 gain intermédiaire a droit à la compensation de la perte de gain. Le taux d'indemnisation est déterminé selon l'art. 22 (art. 24 al. 1 LACI). Est réputée 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 (ibid., al. 3, première phrase). Sous le titre «conversion du gain mensuel en gain journalier», l'art. 40a OACI dispose que le gain journalier se détermine en divisant le gain mensuel par 21,7. Lorsque l'assuré réalise un revenu inférieur à son indemnité de chômage, il a droit à des indemnités compensatoires pendant le délai-cadre d'indemnisation (art. 41a al. 1 OACI). Le gain intermédiaire est calculé normalement sur le total du revenu réalisé pendant la période de contrôle. Y entrent le salaire de base, les indemnités pour jours fériés et autres éléments constitutifs du salaire auxquels l'assuré a droit, tels que le 13^e salaire, gratifications, commissions, allocations de résidence, allocation de renchérissement, supplément pour travail de nuit, travail du dimanche, travail en équipes, service de piquet, si l'assuré touche normalement ces suppléments en raison de la nature de ses activités ou de son horaire de travail. Le 13^e salaire et les gratifications sont répartis proportionnellement sur les périodes de contrôle où l'assuré a réalisé un gain intermédiaire. Si le montant de la gratification n'est pas connu durant le rapport de travail en gain intermédiaire, la caisse répartit cette gratification, dès

qu'elle en a connaissance, sur la période de référence au prorata des heures accomplies chaque mois. Cela signifie qu'elle doit recalculer les périodes de décompte et établir une décision de restitution pour autant que le montant de la restitution revêt une importance notable (Secrétariat d'Etat à l'économie [SECO], Bulletin LACI, janvier 2013, notion de gain intermédiaire, C 125/126). 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 367 consid. 5b; DTA 2003 n°

E. 24

p. 245). c) Par gratification, il faut entendre, selon l'art. 322d CO (loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le Code civil suisse; RS 220), une rétribution spéciale accordée en sus du salaire par l'employeur à certaines occasions telles Noël ou la fin de l'exercice annuel. N'est dès lors pas une gratification la rétribution dont le montant et l'échéance inconditionnelle sont fixés d'avance par le contrat de travail, tels le treizième mois de salaire ou une autre rétribution semblable entièrement déterminée par le contrat (ATF 109 II 447 consid. 5c; TFA C 51/02 du 20 juin 2002 consid. 2a). Le droit suisse ne contient aucune disposition qui définisse et traite de façon spécifique du bonus (TFA 4C.426/2005 du 28 février 2006 consid. 5.1 ab initio). Selon ses caractéristiques, le bonus est considéré soit comme une gratification au sens de l'art. 322d CO, soit comme un élément du salaire (art. 322 CO), pouvant revêtir, selon les cas, la forme d'une participation au résultat de l'exploitation (art. 322a CO) (Frank Vischer, *Der Arbeitsvertrag*, 3 e éd., Bâle, 2005, p. 108). Cette qualification est déterminante, car le régime des gratifications est beaucoup plus flexible que les règles applicables aux éléments du salaire. Ainsi, contrairement au salaire, la gratification dépend, au moins partiellement, du bon vouloir de l'employeur. Si elle n'a pas été convenue expressément ou par acte concluant, la gratification est entièrement facultative et, si un versement a été convenu, l'employeur est tenu d'y procéder, mais il jouit d'une certaine liberté dans la fixation du montant à allouer (ATF 131 III 615 consid. 5.2; 129 III 276 consid. 2 p. 278). Il est admis que l'employeur peut, dans les limites de l'art. 27 al. 2 CC (code civil suisse du 10 décembre 1907; RS 210) (ATF 130 III 495 consid. 5; Vischer, *op. cit.*, p. 105 s.), subordonner le droit à la gratification à des conditions (TFA 4C.263/2001 du 22 janvier 2002 consid. 4b in fine), par exemple à la présence du salarié dans l'entreprise lors de son versement ou à l'absence de résiliation du contrat (Gabriel Aubert, *Commentaire romand*, N 8 ad art. 323 CO; Manfred Rehbinder, *Commentaire bernois*, N 14 ad art. 322d CO). De plus, si les rapports de travail ont pris fin avant l'échéance de la gratification, le salarié ne peut prétendre à un montant pro rata temporis que s'il en a été convenu ainsi (cf. art. 322d al. 2 CO) (TFA 4C.426/2005 du 28 février 2006 consid. 5.1). Selon la jurisprudence, lorsque le bonus alloué atteint régulièrement un montant plus élevé que le salaire, il perd son caractère accessoire, de sorte qu'il ne s'agit pas d'une gratification, mais d'un élément du salaire (ATF 131 III 615 consid. 5.2 p. 621 et 5.3; 129 III 276 consid. 2.1; TF 4C.475/2004 du 30 mai 2005 consid. 1.2.3; TF 4A_637/2009 du 9 mars 2010 consid. 3.1). 4. a) En l'espèce, c'est à juste titre que dans sa décision sur opposition, la caisse n'a pas confirmé la décision initiale en tant qu'elle fixait un salaire mensuel fictif en application de l'article 24 al. 3 LACI (cf. supra let. A.b/aa). Certes le salaire mensuel fixé pendant le temps d'essai était nettement inférieur au salaire auquel pouvait prétendre le recourant sur la base de la statistique suisse. Il ne s'agit cependant pas d'un salaire convenu arbitrairement afin de faire supporter à l'assurance-chômage une partie des revenus nécessaires à l'assuré. Il convient plutôt de considérer que ce bas salaire est lié aux spécificités de l'activité de

gestionnaire de fortune, plus particulièrement au fait qu'il est difficile pour un employeur d'évaluer uniquement sur la base du curriculum vitae et des éventuelles références les futures performances de son nouveau collaborateur. Il a donc intérêt à prévoir un salaire mensuel de base relativement bas, assorti comme dans le cas d'espèce à un bonus versé au terme du temps d'essai, ce qui permet un réajustement à brève échéance du salaire, étant précisé que pour les bonus ultérieurs, le versement intervient dans un délai de 60 jours après la fin d'exercices financiers (cf. par. 7 ch. 1 du contrat du 1^{er} novembre 2012). Au demeurant, si le recourant avait amené sous gestion des valeurs à hauteur de 10 millions pendant les 3 mois du temps d'essai initial, il aurait perçu 25'500 fr. en sus des 3 x 4'000 fr., soit un salaire mensuel de 12'500 fr., correspondant au salaire annuel de 150'000 fr. après échéance du temps d'essai. Le montant de 25'500 fr. est un bonus. Il est désigné comme tel dans le contrat. Comme vu ci-dessus, le bonus tel que fixé contractuellement pendant le temps d'essai complète le salaire de base de 4'000 fr. de telle sorte que si le nouveau collaborateur remplit les objectifs fixés, il perçoit de facto un salaire équivalent au salaire de base prévu après expiration du temps d'essai, qu'il ait ou non droit ultérieurement à un bonus. Cela étant, le bonus du temps d'essai revêt plutôt les caractéristiques d'un élément de salaire que d'une gratification, d'autant qu'il n'est pas progressif, plus exactement que son montant demeure le même que l'assuré apporte 10, 13 ou 15 millions à son employeur pendant le temps d'essai. En conséquence, le montant de 25'500 fr. devait être effectivement réparti proportionnellement sur les cinq mois litigieux et le gain intermédiaire mensuel fixé à 9'100 francs. b) Selon l'art. 53 al. 2 LPGA, l'assureur peut revenir sur les décisions 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 consid. 3 p. 389 et les références). 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 consid. 2c p. 17 ; 115 V 308 consid. 4a/cc p. 314). 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 (TF 9C_7/2014 du 27 mars 2014 consid. 3.1 et les références). La caisse intimée était légitimée à reconsidérer les cinq décisions d'indemnités de chômage, celles-ci étant erronées quant au montant du gain intermédiaire. Par ailleurs, le montant litigieux est manifestement d'une importance notable, au vu de la jurisprudence (DTA 2000 n° 40 p. 208). Même dans l'hypothèse où elle a reçu le contrat le 2 décembre 2012, la caisse ne pouvait anticiper sur la réalisation ou non du bonus et par conséquent n'aurait eu d'autre choix que d'attendre l'échéance du temps d'essai avant de connaître le gain intermédiaire total. Dans le cas particulier, la caisse pouvait se rendre

compte de l'erreur au plus tôt à la fin du temps d'essai, soit lorsque l'assuré a fait part de son engagement définitif, lequel impliquait la réalisation de l'objectif financier, soit le versement d'un bonus de 25'500 francs. Peu importe dès lors la date de survenance de l'erreur, celle-ci étant sans incidence au regard de la jurisprudence. Est bien plutôt déterminante dans ce contexte la date à laquelle la caisse aurait dû se rendre compte de l'erreur en faisant preuve de l'attention requise et, comme déjà dit, cela lui était impossible avant le terme du temps d'essai (cf. sur ces questions ATF 124 V 380 consid. 1). Quoi qu'il en soit, dès l'instant où la caisse intimée a rendu la décision de restitution le 9 septembre 2013 (soit le même jour que la décision formelle arrêtant le nouveau gain intermédiaire à 9'547 fr.), celle-ci est intervenue avant l'échéance du délai de péremption d'une année (cf. ATF 133 V 579 consid. 4.1 p. 582 ; 119 V 431 consid. 3a p. 433 ; TF 8C_968/2012 du 18 novembre 2013 consid. 2.2 ; cf. toutefois considérant 6 infra). 5. Le recourant invoque également une violation du principe de la bonne foi régissant les rapports entre l'administration et les administrés. a) Le droit à la protection de la bonne foi, lequel doit être respecté dans le cadre du devoir de renseignements et de conseils de l'assureur social au sens de l'art. 27 al. 2 LPGA, est expressément consacré à l'art. 9 Cst. (Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 ; RS 101). Selon la jurisprudence, il permet au citoyen – à certaines conditions – d'exiger que l'autorité respecte ses promesses et qu'elle évite de se contredire. Ainsi, un renseignement ou une décision erronés peuvent obliger l'administration à consentir à un administré un avantage contraire à la loi, si les conditions cumulatives suivantes sont réunies : 1. il faut que 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 sa compétence; 3. que l'administré n'ait pas pu se rendre compte immédiatement de l'inexactitude du renseignement obtenu; 4. qu'il se soit fondé sur celui-ci pour prendre des dispositions qu'il ne saurait modifier sans subir un préjudice; 5. que la loi n'ait pas changé depuis le moment où le renseignement a été donné (ATF 131 II 627 consid. 6.1 p. 637 ; ATF 129 I 161 consid. 4.1 p. 170 ; 126 II 377 consid. 3a p. 387 ; TF 9C_171/2011 du 6 juillet 2011 consid. 5). b) Le recourant soutient en l'occurrence que le courriel du 15 octobre 2012 lui assurant un supplément de salaire l'a convaincu de signer le contrat de travail. Selon lui, la caisse a violé sa promesse dans la mesure où elle lui réclame la restitution des indemnités. L'argumentation du recourant ne saurait être suivie. Premièrement, les informations communiquées par le recourant à son référent s'agissant de ses conditions de rémunération ne font que mention du salaire de 4'000 francs. Il évoque pour le surplus une obligation d'atteindre certains objectifs sans en mentionner la nature. À lecture de ce courriel, le référent pouvait effectivement comprendre que le salaire mensuel était seulement de 4'000 fr. et il n'a dans le cas d'espèce pas induit en erreur le recourant en l'assurant du versement d'un supplément de salaire. Il a simplement donné une information exacte sur la base d'informations incomplètes du recourant. Ce dernier ne peut donc se prévaloir du principe de la bonne foi dans les relations entre administration et administré. 6. Cela étant, est fondée la décision du 19 décembre 2013 admettant partiellement l'opposition, annulant la décision antérieure du 9 septembre 2013 et renvoyant la cause à la caisse pour modification des décomptes d'indemnisation de l'assuré pour les mois de novembre 2012 à mars 2013 en prenant en compte un gain intermédiaire de 9'100 francs. 7. S'agissant de la seconde décision du 19 décembre 2013, il y a lieu de relever que, vérifié d'office, le montant de la restitution calculé par l'intimée, par 22'440 fr. 45, s'avère exact. L'indemnité journalière de 387 fr. 10 est restée constante du mois de novembre 2012 au mois de mars 2013. Durant cette période, les indemnités totales ont ainsi atteint les

montants suivants : novembre 2012 : 8'516 fr. 20, soit 22 jours contrôlés, décembre 2012 : 8'129 fr. 10, soit 21 jours contrôlés, janvier 2013 : 8'903 fr. 30, soit 23 jours contrôlés, février 2013 : 7'742 fr. 00, soit 20 jours contrôlés, mars 2013 : 8'129 fr. 10, soit 21 jours contrôlés. En novembre 2012, le recourant a touché des indemnités de chômage à hauteur de 4'693 fr. 35, de 4'351 fr. 95 en décembre 2012, de 5'033 fr. 95 en janvier 2013, de 4'009 fr. 95 en février 2013 et de 4'351 fr. 25 en mars 2013, soit au total 22'440 fr. 45. On relèvera pour le surplus qu'il est sans incidence que la décision de restitution ne fasse pas la mention, pourtant impérative, de l'article 3 al. 2 OPGA (ordonnance du 11 septembre 2002 sur la partie générale du droit des assurances sociales ; RS 830.11), dans la mesure où cette omission peut être comblée dans le cadre de la présente décision. Ainsi, il sera rappelé à l'assuré qu'il a la possibilité de présenter une demande de remise aux conditions fixées par l'art. 4 OPGA. 8. a) En définitive, le recours du 31 janvier 2014 dirigé contre la décision sur opposition du 19 décembre 2013 arrêtant le gain intermédiaire mensuel à 9'100 fr. pour les mois de novembre 2012 à mars 2013 (cause n° ACH 5/14) est rejeté, ce qui entraîne la confirmation de cette décision. De même, le recours du 31 janvier 2014 dirigé contre la décision sur opposition du 19 décembre 2013 fixant à 22'440 fr. 45 le montant réclamé par l'intimée au recourant (cause n° ACH 6/14) est aussi rejeté, ce qui entraîne également la confirmation de cette seconde décision. b) Il n'y a pas lieu de percevoir de frais de justice, la procédure étant gratuite (art. 61 let. a LPGA), ni d'allouer de dépens dès lors que le recourant n'obtient pas gain de cause (art. 61 let. g LPGA et 55 LPA-VD).

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