

VD_FINDINFO Arrêt / 2023 / 522 vom 24. August 2023

VD Tribunal cantonal, 2023-08-24, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_findinfo_Arr_t__2023__522

FR: VD_FINDINFO Arrêt / 2023 / 522 du 24 août 2023

IT: VD_FINDINFO Arrêt / 2023 / 522 del 24 agosto 2023

Regeste

GAIN INTERMÉDIAIRE, SALAIRE, RESTITUTION{EN GÉNÉRAL}, HEURES DE TRAVAIL SUPPLÉMENTAIRES, CALCUL, TREIZIÈME SALAIRE, INDEMNITÉ DE CHÔMAGE, OBLIGATION DE RENSEIGNER, MOTIVATION DE LA DÉCISION | 24 LACI, 25 al. 1 LPGA, 49 al. 3 LPGA, 53 LPGA

Erwägungen

E. 24

août 2023 _____ Composition : Mme Durussel , juge unique
Greffière : Mme Chaboudez ***** Cause pendante entre : N. _____ , à [...],
recourant, et D. _____ , à [...], intimée. _____ Art.

E. 25

ad art. 24 LACI). c) 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 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. L'indemnité de vacances versée en plus du salaire de base n'est prise en compte comme gain intermédiaire qu'au moment où l'assuré prend effectivement ses vacances (Bulletin LACI IC du Secrétariat d'Etat à l'économie [SECO], ch. C125). 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 revête une importance notable (Bulletin LACI IC, ch. C126). Les heures effectuées en plus du temps normal de travail dans l'entreprise ne doivent pas être prises en compte comme gain intermédiaire. En ce qui concerne les autres éléments du salaire non pris en compte, le Bulletin renvoi au chiffre C2, relatif au gain assuré, qui est applicable par analogie (Bulletin LACI IC, ch. C127). d) Les notions de gain assuré (art. 23 LACI) et de gain intermédiaire (art. 24 LACI) sont distinctes l'une de l'autre, mais étroitement liées. En effet, le gain réalisé par le chômeur durant une période de contrôle (art. 24 al. 1 LACI) réduit le manque à gagner résultant du chômage (art. 11 al. 1 LACI), de sorte que l'assurance-chômage n'indemnise que la différence entre le gain assuré et le gain intermédiaire (art. 24 al. 2 et 3 LACI) ; effectuer une telle comparaison nécessite d'en définir les termes selon des critères analogues (dans ce sens, ATF 121 V 360 consid. 6a). Il convient par ailleurs d'éviter, autant que

possible, qu'un assuré se voie imputer un gain intermédiaire réalisé pendant un délai-cadre d'indemnisation et que ce revenu ne soit pas ensuite pris en considération pour déterminer son gain assuré (et inversement), lors de l'ouverture d'un deuxième délai-cadre d'indemnisation. Aussi, en règle ordinaire, le gain intermédiaire est déterminé selon les mêmes règles appliquées au calcul du gain assuré. La jurisprudence n'exclut toutefois pas d'examiner, dans certains cas, le droit d'un assuré à des indemnités compensatoires selon des critères propres, en raison des particularités inhérentes au système régi par l'art. 24 LACI (cf. SVR 2000 ALV n° 22 p. 63 consid. 3). La loi le prévoit parfois expressément, notamment à l'art. 24 al. 3 LACI, qui prescrit de prendre en considération un gain intermédiaire conforme aux usages professionnels et locaux (TF C 51/02 du 20 juin 2002 consid. 1). e) Le Tribunal fédéral a eu l'occasion de préciser que ni la rétribution des heures supplémentaires, ni celle du travail supplémentaire, ne sont prises en considération dans le calcul du gain assuré (ATF 129 V 105 consid. 2 et 3). Par heures supplémentaires exclues du calcul du gain assuré, il y a lieu de comprendre non seulement les heures supplémentaires (« Überzeit ») au sens des art. 12 et 13 LTr (loi fédérale du 13 mars 1964 sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce ; RS 822.11), mais également les heures effectuées en sus de l'horaire habituel (« Überstunde »). Par temps de travail accompli en sus de l'horaire habituel, il faut comprendre l'activité accomplie en plus de la durée de travail en vigueur dans l'entreprise ou habituelle dans la branche, telle qu'elle a été fixée par le contrat individuel de travail ou la convention collective. Tant les rémunérations perçues dans l'accomplissement d'heures supplémentaires que les gains réalisés au cours d'heures effectuées en sus de l'horaire habituel ne constituent pas un salaire obtenu « normalement » au sens de l'art. 23 al. 1 LACI (ATF 129 V 105 consid. 3 ; TF 8C_479/2014 du 3 juillet 2015 consid. 5.1 et les références). L'absence de prise en compte des indemnités pour heures supplémentaires lors du calcul du gain assuré s'applique également aux personnes employées à temps partiel (TF 8C_83/2013 du 17 juin 2013 consid. 4.2.1 ; TF 8C_379/2012 du 13 février 2013 consid. 4.2.1 et les références). Le Tribunal fédéral a ainsi par exemple jugé pour un assuré qui était employé à 60 % que, conformément à l'ATF 129 V 105, le salaire convenu pour le taux d'occupation de 60 % constitue le gain « normalement » réalisé selon l'art. 23 al. 1 LACI et que la rémunération des heures supplémentaires effectuées au-delà de la durée normale de travail fixée par le contrat de travail (de 25,2 heures par semaine) ne fait pas partie du gain assuré (TF 8C_83/2013 précité consid. 4.2.2). 5. a) En l'occurrence, contrairement à ce que laisse penser la Caisse dans sa décision sur opposition, celle-ci n'a nullement donné, du moins par écrit, d'explications au sujet de la manière dont les gains intermédiaires retenus dans les décomptes ont été calculés. Elle s'est en effet contentée de reprendre le montant final d'indemnités auquel le recourant avait droit – selon elle – sans donner aucune indication sur la manière dont celui-ci avait été calculé. Quant aux explications données oralement au recourant, on ignore sur quoi elles ont porté et celles-ci n'ont à l'évidence pas été suffisamment claires au vu des interrogations que le recourant a continué à avoir. Or, il appartenait à la Caisse, en vertu de son devoir de renseigner tel que rappelé à l'art. 27 LPGa, de fournir au recourant une information complète sur les modes de calcul et la fixation des indemnités de chômage (cf. Guy Longchamp, in Dupont/Moser-Szeless [éd.], Commentaire romand, Loi sur la partie générale des assurances sociales, Bâle 2018, ch. 12 ad art. 27 LPGa). Au vu de ce qui précède, il faut constater que la Caisse n'a pas respecté son devoir de renseigner. Le recourant ne fait toutefois pas valoir qu'en raison de l'absence d'informations complètes de la part de la Caisse, il aurait pris des dispositions auxquelles il

ne saurait renoncer sans subir de préjudice (cf. la protection de la bonne foi, ATF 141 V 530 consid. 6.2 ; 131 II 627 consid. 6.1 et les références). b) Aux termes de l'art. 49 al. 3 LPGA, l'assureur doit motiver ses décisions si elles ne font pas entièrement droit aux demandes des parties. Cette obligation, qui découle également du droit d'être entendu, garanti par l'art. 29 al. 2 Cst. (Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 ; RS 101), a pour but que la personne destinataire de la décision puisse la comprendre, la contester utilement s'il y a lieu et que l'instance de recours soit en mesure, si elle est saisie, d'exercer pleinement son contrôle. Pour répondre à ces exigences, l'autorité doit mentionner, au moins brièvement, les motifs qui l'ont guidée et sur lesquels elle a fondé sa décision, de manière à ce que la personne concernée puisse se rendre compte de la portée de celle-ci et l'attaquer en connaissance de cause. Elle n'a toutefois pas l'obligation d'exposer et de discuter tous les faits, moyens de preuve et arguments invoqués par les parties, mais peut au contraire se limiter à l'examen des questions décisives pour l'issue de la procédure (ATF 146 II 335 consid. 5.1 ; 141 V 557 consid. 3.2.1 et les arrêts cités). Dès lors que l'on peut discerner les motifs qui ont guidé la décision de l'autorité, le droit à une décision motivée est respecté même si la motivation présentée est erronée. La motivation peut d'ailleurs être implicite et résulter des différents considérants de la décision (ATF 141 V 557 consid. 3.2). En revanche, une autorité se rend coupable d'un déni de justice formel prohibé par l'art. 29 al. 2 Cst. si elle omet de se prononcer sur des allégués et arguments qui présentent une certaine pertinence ou de prendre en considération des allégués et arguments importants pour la décision à rendre (ATF 142 III 360 consid. 4.1.1 ; 141 V 557 consid. 3.2.1 ; 133 III 235 consid. 5.2). c) En l'occurrence, la Caisse n'a nullement exposé dans la décision attaquée la manière dont elle avait calculé les gains intermédiaires pris en compte. Dans la mesure où ces calculs déterminaient le montant des indemnités journalières auxquelles l'assuré avait droit et, de ce fait, la somme qui lui est réclamée en restitution, il s'agissait d'un élément important et décisif. La motivation de la décision attaquée n'était à l'évidence pas suffisante pour que le recourant soit en mesure de comprendre les calculs effectués, malgré la bonne volonté qu'il y a déployée, celui-ci ayant par ailleurs procédé lui-même à ses propres calculs dans ses écritures. En omettant de motiver suffisamment sa décision en vue de permettre au recourant de l'attaquer – ou non – en pleine connaissance de cause, la Caisse a violé son droit d'être entendu. En effet, seule une connaissance spécifique des règles applicables en matière d'assurance-chômage permettait de comprendre les calculs effectués par la Caisse. Par ailleurs, la décision sur opposition n'expose pas sur quelle base légale la Caisse se fonde pour revenir sur des décomptes qui étaient, pour la plupart, entrés en force. Elle se limite à indiquer « qu'il n'était pas contesté que les conditions de l'art. 53 LPGA (loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales ; RS 830.1) étaient manifestement remplies dans le cas d'espèce », ce qui ne permet pas de savoir si elle entendait se fonder sur l'existence d'un motif de révision au sens de l'art. 53 al. 1 LPGA, et le cas échéant lequel, ou si elle estimait que les décomptes étaient manifestement erronés au sens de l'art. 53 al. 2 LPGA. Sur ce point également, le recourant se retrouvait démuné d'explications et ne pouvait attaquer la décision sur opposition en pleine connaissance de cause. La Cour, après hésitation, renonce finalement à annuler la décision sur opposition litigieuse en raison de la violation du droit d'être entendu du recourant pour défaut de motivation. Une telle annulation mènerait en effet à un allongement inutile de la procédure pour le recourant en retardant encore davantage le moment où il recevrait les explications qui lui sont dues (cf. ATF 142 II 218 consid. 2.8.1 ; 137 I 195 consid. 2.3.2 et les références citées). 6. a) Il convient donc, à titre préliminaire,

de donner au recourant les explications quant à la manière dont le gain intermédiaire, respectivement les indemnités de chômage, ont été calculés par la Caisse, qu'il a vainement essayé d'obtenir auprès de cette dernière. Pour chacun des mois en question, la Caisse a tenu compte du salaire fixe du recourant, à savoir 2'300 fr., auquel elle a rajouté la part afférent au treizième salaire, soit 191 fr. 66 (2'300 fr. / 12), arrondi à 191 fr. 65, ce qui fait un total, pour la part de salaire fixe de 2'491 fr. 65. Même si le treizième salaire, qui est prévu dans le contrat de travail (art. 7) n'est versé qu'en fin d'année (cf. courriel du 6 avril 2021 de l'employeur), il convient en effet de le répartir au prorata sur chacun des mois travaillés (cf. consid. 4c supra). La Caisse a ensuite pris en compte les heures supplémentaires payées au recourant en procédant de la même manière, c'est-à-dire en tenant compte de l'indemnité versée pour les heures supplémentaires effectuées et en rajoutant un douzième du montant en question. Il ressort en effet du décompte de décembre 2020 que l'employeur a versé un treizième salaire non seulement sur la part fixe de salaire, mais également sur celle afférent aux heures supplémentaires (1'226 fr. 65 [salaire fixe] + 796 fr. 10 [heures supplémentaires] = 2'022 fr. 75 / 12 = 168 fr. 56 [montant versé à titre de treizième salaire]). Le premier tableau établi par la Caisse s'étend de décembre 2020 à juillet 2021, qui est la période concernée par la restitution demandée à la suite de la prise en compte du paiement des heures supplémentaires à titre de gain intermédiaire. Le second tableau concerne la modification des indemnités journalières auxquelles le recourant a droit à la suite de la prise en compte des attestations d'études de ses enfants, qui lui permettent de continuer à être indemnisé à hauteur de 80 % de son gain assuré au-delà du mois de février 2021. Dans la mesure où les décomptes de décembre 2020 à février 2021 avaient déjà été établis en tenant compte de ses charges de famille et, donc, d'une indemnisation de 80 %, la Caisse s'est limitée à reprendre, dans son second tableau, les indemnités auxquelles le recourant avait droit à compter de mars 2021. Elle a également tenu compte de la différence d'indemnités concernant le mois d'août 2021 ensuite du passage d'une indemnisation de 70 % à 80 %, qu'elle a porté en déduction de la somme demandée en restitution. A noter également que le recourant est passé, dès juin 2021, à un taux de disponibilité de 80 % au lieu de 100 % (décision d'aptitude au placement du SDE du 9 juin 2021 et modification de l'inscription à l'ORP du 10 juin 2021), ce qui a conduit à un ajustement du gain assuré. Dans la mesure où le recourant bénéficiait jusque-là d'un gain assuré de 5'883 fr. pour un taux de travail moyen de 86,67 % réalisé durant le délai-cadre de cotisations, la Caisse a fixé le nouveau gain assuré à 5'430 fr. dès juin 2021, correspondant à une disponibilité de 80 %. Quant au calcul des indemnités compensatoires auxquelles le recourant a droit, celui-ci se fait selon les principes exposés au consid. 4b ci-dessus. b) Comme mentionné ci-dessus (consid. 3), la Caisse ne peut revenir sur des décisions entrées en force (y compris des décisions informelles telles que les décomptes) qu'en présence d'un motif de révision ou de reconsidération. En l'occurrence, il n'y a pas de motif de révision puisque l'existence des heures supplémentaires était connue de la Caisse. L'employeur a en effet indiqué sur chaque attestation de gain intermédiaire le montant de salaire versé en lien avec les heures supplémentaires effectuées. La rémunération des heures supplémentaires n'est par conséquent pas un élément nouveau dont la Caisse n'avait pas connaissance auparavant. Il n'est en outre pas possible de retenir comme motif de reconsidération le fait que les décomptes précédemment rendus étaient manifestement erronés en raison de la non-prise en compte des heures supplémentaires. Comme cela ressort de la jurisprudence précitée (consid. 4e), la rémunération des heures supplémentaires n'a pas à être prise en compte dans le gain assuré, y compris pour les assurés qui travaillent à temps partiel. Il n'y a donc pas

non plus lieu de tenir compte du salaire afférent aux heures supplémentaires à titre de gain intermédiaire, puisque ce dernier doit en principe être déterminé selon les mêmes règles que le gain assuré et que rien ne justifie, en l'occurrence, de procéder différemment. En rendant des nouveaux décomptes qui tiennent compte du salaire afférent aux heures supplémentaires (et du treizième salaire y relatif), la Caisse n'a pas rectifié une situation manifestement erronée, mais a, au contraire, agi de manière inexacte. La Caisse était en revanche légitimée à modifier les décomptes en lien avec le taux d'indemnisation du recourant, qui a tardé à transmettre les attestations d'études de ses enfants. Les attestations d'études relatives à la période du 1^{er} février au 15 septembre 2021, réceptionnées par la Caisse en date du 22 septembre 2021, constituent en effet un moyen de preuve nouveau propre à justifier la révision des décomptes précédemment établis, en vue de continuer à appliquer au recourant un taux d'indemnisation à hauteur de 80 % au-delà du mois de février 2021 (art. 22 LACI). Concrètement, la situation se présente de la manière suivante :

- S'agissant du mois de décembre 2020, le décompte initial du 18 janvier 2021 était déjà erroné. Celui-ci tient en effet compte du salaire de base de 1'226 fr. 65 (le contrat n'ayant débuté que le 15 décembre 2020), treizième salaire en sus, et du montant relatif aux heures supplémentaires effectuées, hors treizième salaire. Par le nouveau décompte établi le 8 septembre 2021, la Caisse a rajouté le treizième salaire relatif aux heures supplémentaires. Il appartiendra à la Caisse d'établir un nouveau décompte pour le mois de décembre 2020, qui ne tienne pas du tout compte des heures supplémentaires. Cela signifie que le gain intermédiaire devra être fixé à 1'328 fr. 85 (correspondant au salaire de base de 1'226 fr. 65, plus la part de treizième salaire relative à ce montant).
- Les précédents décomptes des mois de janvier et février 2021 établis respectivement les 5 février et 8 mars 2021 sont corrects.
- Il appartiendra à la Caisse d'établir des nouveaux décomptes pour les mois de mars à août 2021, qui tiennent compte d'un montant de 2'491 fr. 65 à titre de gain intermédiaire (2'300 fr. de salaire fixe, plus la part de treizième salaire) et d'une indemnisation à hauteur de 80 %.

7. a) Le recours est par conséquent admis. La décision sur opposition du 29 juillet 2022 demandant au recourant la restitution d'un montant de 7'617 fr. 15 est annulée et la cause renvoyée à l'intimée en vue d'établir de nouveaux décomptes au sens du précédent considérant afin de déterminer le droit aux indemnités de chômage du recourant pour la période du 1^{er} décembre 2020 au 31 août 2021. b) Il n'y a pas lieu de percevoir de frais judiciaires (art. 61 let. f bis LPGA), ni d'allouer de dépens, la partie recourante ayant procédé sans mandataire qualifié (ATF 127 V 205 consid. 4b). Par ces motifs, la juge unique prononce : I. Le recours est admis. II. La décision sur opposition rendue le 29 juillet 2022 par la Caisse de chômage D._____ est annulée, la cause lui étant renvoyée pour qu'elle établisse de nouveaux décomptes dans le sens des considérants. III. Il n'est pas perçu de frais judiciaires, ni alloué de dépens. La juge unique : La greffière : Du L'arrêt qui précède est notifié à : ■ M. N._____, ■ Caisse de chômage D._____, - Secrétariat d'Etat à l'économie, par l'envoi de photocopies. Le présent arrêt peut faire l'objet d'un recours en matière de droit public devant le Tribunal fédéral au sens des art. 82 ss LTF (loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral ; RS 173.110), cas échéant d'un recours constitutionnel subsidiaire au sens des art. 113 ss LTF. Ces recours doivent être déposés devant le Tribunal fédéral (Schweizerhofquai 6, 6004 Lucerne) dans les trente jours qui suivent la présente notification (art. 100 al. 1 LTF). La greffière :