

## **VD\_GERICHTE ZQ12.012470 vom 29. August 2012**

VD Tribunal cantonal, 2012-08-29, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd\\_gerichte\\_ZQ12.012470](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_gerichte_ZQ12.012470)

FR: VD\_GERICHTE ZQ12.012470 du 29 août 2012

IT: VD\_GERICHTE ZQ12.012470 del 29 agosto 2012

### **Erwägungen**

#### **E. 18**

octobre 2007 consid. 2.2, I 907/06 du 7 mai 2007 consid. 3.2.1, I 338/06 du 30 janvier 2007 consid. 3 ; SVR 2009 UV n° 6 p. 21, U 5/07 consid. 5.3.1). Ces principes sont aussi applicables lorsque des prestations ont été accordées sans avoir fait l'objet d'une décision formelle et que leur versement, néanmoins, a acquis force de chose décidée. Il y a force de chose décidée si l'assuré n'a pas, dans un délai d'examen et de réflexion convenable, manifesté son désaccord avec une certaine solution adoptée par l'administration et exprimé sa volonté de voir statuer sur ses droits dans un acte administratif susceptible de recours (ATF 129 V 110 consid. 1.1 ; cf. TF C 128/06 du 10 mai 2007 consid. 3). d) Le destinataire d'une décision de restitution qui entend la contester dispose en réalité de deux moyens qu'il convient de distinguer de façon claire. S'il prétend qu'il avait droit aux prestations en question, il doit s'opposer à la décision de restitution dans un délai de trente jours. En revanche, s'il admet avoir perçu indûment les prestations, mais qu'il

- 10 - invoque sa bonne foi et les difficultés économiques qu'il rencontrerait en cas d'un remboursement, il doit présenter une demande de remise (cf. Boris Rubin, Assurance-chômage, Droit fédéral, Survol des mesures cantonales, Procédure, 2ème éd., Zurich/Bâle/Genève 2006, p. 719) ; dans la mesure où cette requête ne peut être traitée sur le fond que si la demande de restitution est entrée en force, la remise et son étendue font donc l'objet d'une procédure distincte (cf. art. 4 al. 2 OPGA [ordonnance du 11 septembre 2002 sur la partie générale du droit des assurances sociales ; RS 830.11]). 3. a) Selon l'art. 24 al. 1 et 3 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 déterminé selon l'art. 22 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. b) Aux termes de l'art. 41a OACI (ordonnance du 31 août 1983 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité ; RS 837.02), 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 (al. 1). Ce système est favorable à l'assuré dès lors que la somme du gain intermédiaire et de l'indemnité compensatoire est toujours plus élevée que l'indemnité normale sans gain intermédiaire, soit celle qui serait versée en cas de chômage total de l'assuré (Boris Rubin, Assurance-chômage, 2ème éd., Schulthess 2006, p. 322). L'indemnité compensatoire correspond à la différence entre le gain assuré déterminant, soit le gain assuré divisé par 21,7 [jours de travail moyens ; art. 40a OACI] et multiplié par le nombre de jours ouvrables du mois en question, et le gain intermédiaire réalisé. Le solde, arrondi à la décimale supérieure de l'indemnité journalière, est divisé par l'indemnité journalière pour obtenir le nombre de jours donnant droit à une

indemnité journalière. Il y a lieu encore de préciser que l'indemnité de chômage est versée sous forme d'indemnités journalières, servies pour chaque jour ouvrable - soit

- 11 - les jours du lundi au vendredi, même fériés - et que le nombre de jours ouvrables varie chaque mois. Ainsi, on recense par exemple 21 jours ouvrables en juillet 2011, 23 en août 2011, 22 en septembre 2011, etc. (Circulaire relative à l'indemnité chômage (IC 2007), édictée par le Secrétariat d'Etat à l'économie, ch. B 150 et C 68). 4. a) En l'espèce, le gain assuré étant de 4'520 fr., l'indemnité journalière s'élève à 166 fr. 65 comme l'a calculé l'intimée ( $(4'520 \times 80\%) / 21.7$ ). b) En décembre 2011, la caisse a appris que la recourante avait reçu une gratification de 1'000 fr. 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 plaie et que l'employé ne peut en déduire aucun droit en justice (art. 23 LACI, en relation avec les art. 5 al. 2 LAVS et 7 let. b et c RAVS ; ATF 122 V 363 consid. 3 et les références citées). Lorsque la période de référence est le dernier mois de cotisation avant le début du délai-cadre d'indemnisation (art. 37 al. 1 OACI), elles doivent être imputées proportionnellement sur les autres mois de l'année pendant lesquels l'assuré a travaillé, de la même manière qu'un treizième salaire (cf. IC 2007, ch. C 126). Dans la mesure où les gratifications versées en fin d'année par un employeur constituent une rémunération pour une prestation de travail effectuée tout au long de l'année, il convient de les appréhender, dans le cadre de l'art. 24 LACI, conformément aux principes énoncés ci-dessus, même si l'assuré n'avait pas acquis, préalablement, de créance à l'encontre de son employeur. Le Tribunal fédéral a en effet considéré que les montants versés en fin d'année par les employeurs (en particulier le treizième salaire) représentent fréquemment une fraction importante du revenu annuel et que les imputer sur une seule période de contrôle reviendrait à introduire une grande différence entre les revenus pris en considération à titre de gain intermédiaire et de gain assuré, ce qu'il convenait d'éviter.

- 12 - Au regard de ce qui précède, c'est donc à juste titre que la caisse a réparti le montant de 1'000 fr. sur six mois (juillet à décembre 2011) à raison de 166 fr. 65 par mois. En juillet 2011, l'indemnité de chômage se serait élevée à 21 (jours ouvrables) multiplié par 166 fr. 65 (indemnité journalière), soit à 3'499 fr. 65. Le gain intermédiaire touché ce mois étant de 3'922 fr. 80, la recourante n'a pas eu droit à des indemnités journalières. En août 2011, selon le décompte effectué le 29 de ce mois, les jours contrôlés s'élèvent à 23 et le gain intermédiaire brut à 3'500 fr. L'indemnité de chômage était donc de 3'832 fr. 95 ( $23 \times 166.65$ ). Compte tenu d'un gain intermédiaire de 3'500 fr, le calcul était alors le suivant :  
Gain assuré 4'520  
Gain déterminant 4'790.80 ( $[4'520 / 21.7] \times 23$ )  
Gain intermédiaire 3'500  
Perte de gain 1'290.80 ( $4'790.80 - 3'500$ )  
Indemnité compensatoire 6.2 x 166.65 = 1'032.65 ( $[1290.8 \times 80\% = 1032.65] / 166.65 = 6.2$ )  
Selon ce calcul, la recourante a donc reçu le montant total entre son gain intermédiaire et l'indemnité compensatoire de 4'532 fr. 65 brut, soit un montant plus élevé que si elle avait reçu uniquement l'indemnité de chômage. Si l'on tient compte de la gratification reçue à raison de 166 fr. 65, le gain intermédiaire s'élève alors à 3'666 fr. 65. Ce montant est inférieur à l'indemnité de chômage de 3'832 fr. 95 ( $166 \text{ fr. } 65 \times 23$ ) qu'aurait reçu l'assurée, contrairement à ce que l'intimée considère dans la décision attaquée. Elle retient en effet 13 jours contrôlés alors que tant le décompte initial que la demande de restitution mentionne 23 jours. Compte tenu de ces éléments, le calcul doit alors être le suivant : Gain assuré 4'520

- 13 - Gain déterminant 4'790.80 ( $[4'520 / 21.7] \times 23$ ) Gain intermédiaire 3'666.65 Perte de gain 1'124.15 ( $4'790.80 - 3'666.65$ ) Indemnité compensatoire  $5.4 \times 166.65 = 899.30$  ( $[1'124.15 \times 80\% = 899.30] / 166.65 = 5.4$ ) La recourante a ainsi droit au versement de ce montant de 899 fr. 30, à titre d'indemnité compensatoire, sous déduction des cotisations sociales. En ce qui concerne les mois de septembre à décembre 2011, il est exact que la recourante n'avait pas droit aux indemnités compensatoires, l'indemnité de chômage étant d'un montant inférieur au gain intermédiaire de 3'666 fr. 65, soit 3'666 fr. 30 ( $166 \text{ fr. } 65 \times 21$ ) pour septembre, 3'499 fr. 65 ( $166 \text{ fr. } 65 \times 22$ ) pour octobre, 3'666 fr. 30 ( $166 \text{ fr. } 65 \times 21$ ) pour novembre ainsi que pour décembre. 5. Au vu de ce qui précède, le recours doit être partiellement admis et la décision attaquée réformée. Il ne se justifie pas de percevoir d'émolument judiciaire, la procédure étant gratuite (art. 61 let. a LPGA), ni d'allouer d'indemnité à titre de dépens, la recourante ayant agi sans le concours d'un mandataire (art. 61 let. g LPGA et art. 55 LPA-VD). Par ces motifs, la juge unique p r o n o n c e : I. Le recours est partiellement admis. II. La décision sur opposition rendue le 26 mars 2012 par la Caisse cantonale de chômage, Division juridique, est réformée en ce sens que F. \_\_\_\_\_ doit restituer à la caisse 3'143 fr. 70

- 14 - sous déduction de 899 fr. 30, montant dont il y a lieu de déduire les cotisations sociales y relatives. III. Le présent arrêt est rendu sans frais ni dépens. La juge unique : Le greffier : Du L'arrêt qui précède est notifié à : - F. \_\_\_\_\_, - Caisse cantonale de chômage, Division juridique, - 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). Le greffier :

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