

VD_GERICHTE ZQ13.020838 vom 11. Dezember 2014

VD Tribunal cantonal, 2014-12-11, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_gerichte_ZQ13.020838

FR: VD_GERICHTE ZQ13.020838 du 11 décembre 2014

IT: VD_GERICHTE ZQ13.020838 del 11 dicembre 2014

Erwägungen

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.

- 11 - 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, 1ère 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.

E. 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

- 12 - 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. 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

- 13 - 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 no 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

- 14 - 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

- 15 - 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'approprient 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.

E. 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

- 16 - principe de la bonne foi 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 no 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 no 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

- 17 - 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

- 18 - 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 p r o n o n c e : 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.

- 19 - 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.