

VD_GERICHTE ZQ14.004171 vom 23. Juli 2015

VD Tribunal cantonal, 2015-07-23, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_gerichte_ZQ14.004171

FR: VD_GERICHTE ZQ14.004171 du 23 juillet 2015

IT: VD_GERICHTE ZQ14.004171 del 23 luglio 2015

Erwägungen

E. 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.

E. 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

- 11 - 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

- 12 - 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 13e 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 13e 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

- 13 - 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 rémunérateur (ATF 122 V 367 consid. 5b; DTA 2003 n° 24 p. 246 consid. 2). C'est pourquoi, par exemple, les gratifications, allocations de renchérissement et primes de fidélité et de rendement doivent être imputées proportionnellement sur les autres mois de l'année pendant laquelle l'assuré a travaillé, de la même manière qu'un treizième salaire (TFA C 179/06 du 15 novembre 2006 consid. 4; ATF 122 V 366 consid. 4d; cf. également DTA 1988 n° 15 p. 120 consid. 4). Le Tribunal fédéral des assurances a fait une exception à ce principe dans le cas d'une prime composite de l'employeur servant à la fois à compenser le renchérissement non perçu pendant plusieurs années, à remercier le travailleur pour ses services et à le dédommager pour la perte de salaire due à une réduction de son taux d'occupation. Il n'était pas possible de rattacher l'allocation à une durée d'activité déterminée, de telle sorte qu'elle devait être prise en compte pour la période durant laquelle elle avait été touchée (DTA 2003 n° 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

- 14 - d'une participation au résultat de l'exploitation (art. 322a CO) (Frank Vischer, *Der Arbeitsvertrag*, 3e 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).

E. 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

- 15 - 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 1er 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

- 16 - 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

- 17 - 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).

E. 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.

E. 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.

- 18 -

E. 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.

E. 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,

- 19 - 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.

E. 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.