

VD_GERICHTE ZQ15.050238 vom 28. Juli 2016

VD Tribunal cantonal, 2016-07-28, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_gerichte_ZQ15.050238

FR: VD_GERICHTE ZQ15.050238 du 28 juillet 2016

IT: VD_GERICHTE ZQ15.050238 del 28 luglio 2016

Erwägungen

E. 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 à l'assurance-chômage (art. 1 al. 1 LACI [loi fédérale du 25 juin 1982 sur l'assurance-chômage et l'indemnité en cas d'insolvabilité ; RS 837.0]). Les décisions sur opposition et celles contre lesquelles la voie de l'opposition n'est pas ouverte sont sujettes à recours (art. 56 al. 1 LPGA) auprès du tribunal des assurances compétent, à savoir celui du lieu où l'assuré se soumet au contrôle obligatoire lorsque la cause concerne l'indemnité de chômage (art. 100 al. 3 LACI, 128 al. 1 et 119 al. 1 let. a OACI [ordonnance du 31 août 1983 sur l'assurance- chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité ; RS 837.02]). Le recours doit être déposé dans les trente jours suivant la notification de la décision sujette à recours (art. 60 al. 1 LPGA). En l'espèce, le recours, interjeté en temps utile et respectant les autres conditions de forme prévues par la loi (art. 61 let. b LPGA notamment), est recevable.

- 9 - b) La LPA-VD (loi cantonale vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative ; RSV 173.36) s'applique aux recours et contestations par voie d'action dans le domaine des assurances sociales (art. 2 al. 1 let. c LPA-VD). La Cour des assurances sociales est compétente pour statuer (art. 93 al. 1 let. a LPA-VD).

E. 2

a) En tant qu'autorité de recours contre des décisions prises par des assureurs sociaux, le juge des assurances sociales ne peut, en principe, entrer en matière – et le recourant présenter ses griefs – que sur les points tranchés par cette décision ; de surcroît, dans le cadre de l'objet du litige, le juge ne vérifie pas la validité de la décision attaquée dans son ensemble, mais se borne à examiner les aspects de cette décision que le recourant a critiqués, exception faite lorsque les points non critiqués ont des liens étroits avec la question litigieuse (cf. ATF 131 V 164, 125 V 413 consid. 2c ; ATF 110 V 48 consid. 4a ; RCC 1985 p. 53). b) En l'espèce, le litige porte sur le droit du recourant à des indemnités compensatoires au sens de l'art. 24 LACI, durant la période courant du 1er mars 2013 au 4 juillet 2014, date d'échéance de son délai- cadre d'indemnisation. Il s'agit plus particulièrement de déterminer si l'intimée était fondée à calculer le droit à dite indemnité sur la base d'un gain intermédiaire fictif de 5'850 francs. Il sied de relever que l'intimée n'a pas statué sur le caractère convenable de l'emploi occupé par le recourant auprès de Z._____. Cette question, réglée par l'art. 16 LACI, ne relève d'ailleurs pas de sa compétence, mais de celle de l'autorité cantonale, qui peut la déléguer aux offices régionaux de placement (cf. art. 85 al. 1 let. c et 85b al. 1 LACI). Ainsi, le recourant se méprend lorsqu'il affirme que la question litigieuse consiste à déterminer si les conditions de travail fixées par Z._____ répondent à la définition d'une activité convenable au sens de l'art. 16 LACI (cf. TFA C 266/00 du 21 décembre 2000). Certes, l'art. 16 al. 2 let. a

LACI définit le caractère convenable d'un emploi notamment en fonction des conditions salariales, en précisant que n'est pas réputé convenable tout travail qui n'est pas conforme aux usages

- 10 - professionnels et locaux et, en particulier, ne satisfait pas aux conditions des conventions collectives ou des contrats-type de travail. Un emploi dont la rémunération est conforme aux usages professionnels et locaux n'en est toutefois pas forcément convenable, l'art. 16 al. 2 LACI soumettant le caractère convenable d'un emploi à plusieurs autres conditions (cf. art. 16 al. 2 let. b à i LACI). Ainsi, même si l'art. 16 al. 2 let a LACI fait référence, tout comme l'art. 24 al. 3 LACI, aux usages professionnels et locaux, l'intimée a statué sur la question du montant du gain intermédiaire à prendre en considération au sens de l'art. 24 al. 3 LACI. La conclusion du recourant tendant au constat du caractère convenable de ses conditions de travail auprès de Z._____, au sens de l'art. 16 LACI, sort donc de l'objet du litige, dans le sens où elle excède la problématique tranchée par la décision entreprise. Elle est donc irrecevable. Tel est également le cas de la conclusion du recourant tendant à ce qu'il soit déclaré qu'il n'est pas tenu de restituer des prestations prétendument allouées à tort. Tout d'abord, tel que cela ressort des décomptes d'indemnités relatifs à la période litigieuse (mars 2013 à juillet 2014) et du courrier du 13 juin 2016 de l'intimée, l'assuré a été d'emblée indemnisé sur la base d'un gain intermédiaire fictif de 5'850 francs. La décision entreprise ne constitue ainsi ni une révision ni une reconsidération au sens de l'art. 53 LPGA, de sorte qu'on ne voit pas que l'assuré soit exposé à une demande de restitution d'indemnités relative à cette période. Ensuite et surtout, la décision attaquée traitant uniquement du montant du gain intermédiaire fictif au sens de l'art. 24 al. 3 LACI, la conclusion du recourant relative à la restitution de prestations sort de l'objet du litige ; elle est donc irrecevable.

E. 3

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, compte tenu du taux d'indemnisation fixé par l'art. 22 LACI. La perte de gain correspond à la différence entre le gain assuré et le gain intermédiaire, ce dernier devant

- 11 - être conforme, pour le travail effectué, aux usages professionnels et locaux (art. 24 al. 3, 1ère phrase, LACI). En tant qu'il ne prévoit une compensation de la perte de gain que sur la base d'un gain intermédiaire conforme aux usages, l'art. 24 al 3 LACI vise à prévenir le dumping salarial (ATF 120 V 515 consid. 4a). Sans l'art. 24 al. 3 LACI, l'employeur et le salarié pourraient être tentés de convenir d'un salaire anormalement bas, dans l'espoir de mettre à charge de l'assurance-chômage le versement complémentaire nécessaire permettant au salarié d'obtenir un revenu suffisant (DTA 1998 p. 179 consid. 2). Un assuré ne perd pas son droit du seul fait qu'un salaire annoncé comme gain intermédiaire est inférieur aux usages professionnels et locaux. Dans cette hypothèse, il aura droit à une compensation de la différence entre le gain assuré et un salaire fictif correspondant aux usages professionnels et locaux. Pour le calcul de la perte de gain, le salaire fictif remplacera le salaire réellement perçu (cf. Boris Rubin, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, Schulthess 2014, p. 269 no 33 ad art. 24). b) Pour déterminer si le salaire est conforme aux usages, il convient de prendre en considération les conditions fixées par les conventions collectives de travail, les contrats-types de travail, s'il en existe dans la branche concernée, la législation sur le travail et sur le contrat de travail. En

l'absence de convention collective de travail ou de contrat-type de travail, il y a lieu de constater l'usage (la pratique) et de déterminer si le salaire proposé à un assuré se situe dans la fourchette qui correspond à ce qui se pratique dans la plupart des cas ou au contraire s'il s'écarte de cet usage. L'usage est un fait qui se constate. Les recommandations professionnelles ne reflètent pas forcément l'usage. Il ne s'agit donc que d'éléments d'appréciation. Par ailleurs, c'est en fonction de la nature du poste et non de la formation de l'assuré qu'il convient de déterminer si le salaire offert correspond à l'usage. Les salaires prévus dans les conventions collectives de travail et les contrats- types de travail servent de référence même lorsque ces instruments ne

- 12 - sont pas de force obligatoire (cf. Boris Rubin, op. cit. p. 270 no 35 ad art. 24 et p. 186 no 21 ad art. 16 al. 2 let. a ; cf. ATF 127 V 479 consid. 4). Les employés rémunérés à la commission gagnent généralement très peu durant les premiers mois de travail (formation, constitution de clientèle). C'est en quelque sorte l'usage dans les professions rémunérées de cette manière. En assurance-chômage, leur gain intermédiaire est toutefois fixé fictivement au moins à 20 fr. de l'heure. Le revenu fictif pris en compte doit en réalité être fixé de manière à ce qu'il soit en rapport avec la prestation et assure ainsi en principe au moins un revenu minimal permettant de vivre économiquement (cf. Boris Rubin op. cit p. 270 no 36 ad art. 24 et les références, notamment ATF 139 III 214 consid. 5.2). 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. 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). 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). La caisse examine si le salaire est conforme aux usages professionnels et locaux en se fondant sur les prescriptions légales, la statistique des salaires, l'échelle des salaires usuels de l'entreprise ou de la branche, les contrats types ou les conventions collectives de travail. Elle peut le cas échéant se procurer les directives émises par les associations

- 13 - professionnelles. Une rétribution à la commission ne représente pas un salaire conforme aux usages professionnels et locaux si le revenu de l'assuré n'est pas en rapport avec sa prestation de travail (cf. Bulletin LACI-IC du Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO), janvier 2013, C134).

E. 4

a) En l'espèce, le recourant a été mis au bénéfice d'un délai- cadre d'indemnisation de deux ans dès le 5 juillet 2012, sur la base d'un gain assuré de 10'325 fr. et d'un taux d'indemnisation de 80%. Inférieure au montant de l'indemnisation à laquelle l'assuré aurait droit, la rémunération mensuelle de 1'500 fr. versée par Z._____ dès mars 2013, puis de 3'500 fr. dès juillet 2013, constitue un gain intermédiaire au sens de l'art. 24 al. 1 LACI. L'alinéa 3 de cette disposition ne prévoyant une compensation de la perte de gain que sur la base d'un gain intermédiaire conforme aux usages professionnels et locaux, c'est à juste titre que l'intimée a procédé au contrôle du revenu alloué par l'employeur sous cet angle. b) Par la décision litigieuse, l'intimée a estimé que le montant de 1'500 fr. versé par

Z. _____ en mars 2013 était anormalement bas pour l'activité de courtier en immobilier et ne correspondait pas aux usages professionnels et locaux de la branche. Elle a dès lors fixé un gain intermédiaire fictif de 5'850 fr., sur la base duquel elle a calculé le droit à l'indemnité de l'assuré dès le mois de mars 2013. De son côté, le recourant conteste le montant retenu par la caisse au titre de gain intermédiaire. Admettant que son revenu effectif de 1'500 fr. puisse être « problématique », il estime qu'en l'absence de convention collective ou de contrat-type, son droit à l'indemnité doit être calculé sur la base d'un gain intermédiaire de 3'500 fr., ce montant étant selon lui conforme aux usages.

E. 5

a) L'usage se définit sur la base des salaires constatés habituellement pour des postes identiques à celui concerné.

- 14 - Dans la pratique, on se réfère en premier lieu aux conventions collectives de travail ou aux contrats-type de travail, s'il en existe dans la branche. En l'absence de tels instruments, comme c'est le cas dans le domaine du courtage immobilier, il convient de se baser sur tout autre élément susceptible de définir quelle est la pratique salariale en matière d'emplois similaires, quel est le salaire usuellement versé pour l'activité considérée, selon sa nature particulière. Pour ce faire, la caisse a recouru aux salaires d'usage fournis par le calculateur de l'Union syndicale suisse, qui définit le salaire d'usage de la manière suivante : « Sont considérés comme salaires en usage, les salaires qui se situent entre le seuil de 25% et de 75% qui représentent les salaires de 50% des employé(e)s. Cette fourchette exclue donc les 25% des salaires les plus bas ainsi que les 25% des salaires les plus hauts Mesure utilisée du salaire d'usage (% des salarié(e)s employés dans une branche)

(www.lohn-sgb.ch/schwellen.F.html) » Sur le principe, le recours au calculateur de l'USS n'est pas critiquable, dans la mesure où cet outil se fonde sur les salaires ressortant de l'Enquête suisse sur la structure des salaires (ESS) de l'Office fédéral de la statistique (OFS). On peut donc admettre qu'il reflète valablement la pratique salariale dans un domaine d'activité précis. Le recourant l'admet lui-même, puisque dans ses oppositions des 26 mars 2013 et 1er avril 2015, ainsi que dans son acte de recours du 20 novembre 2015, il a indiqué que les salaires fixés par l'USS correspondaient à l'usage dans la branche, son seul grief étant qu'ils n'avaient pas de force impérative. Contrairement à ce qu'il soutient, peu importe que ces salaires n'aient

- 15 - aucun caractère contraignant, susceptible par exemple de fonder une action en justice contre l'employeur. En application de l'art. 24 al. 3 LACI, il s'agit ici bien de déterminer de quelle manière sont usuellement rémunérés les courtiers immobiliers dans la pratique, cette question étant sans aucun lien avec le caractère impératif d'une telle rétribution. Preuve en est que les salaires fixés par les conventions collectives et les contrats- cadre servent de référence s'agissant de l'usage, même lorsque ces instruments n'ont pas de force obligatoire (par exemple en cas de convention collective de travail non-étendue, cf. consid. 3b supra). On ne peut suivre le recourant lorsqu'il soutient qu' « il n'y a pas lieu de prendre en considération des salaires d'usage qui ne sont pas visés par les salaires résultant d'une convention collective de travail ou d'un contrat-type de travail, à l'instar de ce qui figure à l'art. 16 al. 2 let. a LACI, qui renvoie expressément à des salaires négociés et convenus entre partenaires sociaux, respectivement à l'art. 24 al. 3 LACI ». C'est en particulier à tort que le recourant affirme que la notion de conformité aux usages professionnels et locaux doit être lue dans le sens que les salaires doivent satisfaire aux exigences prévues par une convention collective ou un contrat-type de travail. Cette interprétation, trop restrictive,

conduirait à soustraire du champ d'application des articles 24 al. 3 et 16 al. 2 let. a LACI toutes les activités non-soumises à de tels instruments. Ces deux dispositions légales impliquent au contraire de déterminer dans tous les cas le salaire d'usage pour un certain travail. Si l'art. 16 al. 2 let. a LACI fait effectivement référence aux conventions collectives et aux contrats- type de travail, c'est à titre exemplatif, en tant que moyen, parmi d'autres, de déterminer l'usage (« N'est pas réputé convenable [...] tout travail qui n'est pas conforme aux usages professionnels et locaux et, en particulier, ne satisfait pas aux conditions des conventions collectives ou des contrats-type de travail »). En l'absence de tels outils, l'art. 16 al. 2 let. a LACI ne permet pas pour autant de renoncer à l'exigence d'un salaire conforme aux usages professionnels et locaux ; il impose au contraire, tout comme l'art. 24 al. 3 LACI directement applicable en l'espèce, de déterminer lesdits usages, par tout autre moyen utile, ce que la caisse a fait de manière convaincante.

- 16 - Le fait que les statuts et les règles d'éthique de l'USPI-VD ne prévoient rien en termes de salaires minimaux ne change rien à ce constat, cette problématique n'étant d'ailleurs nullement l'objet de ces deux documents. Quant à la référence faite par le recourant aux dispositions régissant la rémunération des voyageurs de commerce, elle ne conduit pas à une appréciation différente. b) S'agissant du montant pris en considération, dans sa décision du 28 janvier 2013, la caisse avait arrêté à 6'500 fr. le salaire usuel d'un courtier immobilier conforme aux usages sur la base du calculateur de l'USS, en prenant en considération les critères suivants : Branche : Activités immobilières Formation : Apprentissage Exigence du poste : Connaissances prof. Spécialisées Position hiérarchique : Sans formation de cadre Domaine d'activité : Vente Age : [...] ans Ancienneté : 0 année(s) Horaire : 4,33 semaines à 45 h Région : Arc lémanique Dans sa décision sur opposition du 15 avril 2013, l'intimée avait indiqué qu'en procédant à une nouvelle évaluation en fonction des mêmes critères au moyen du calculateur mis à jour sur la base des statistiques 2010, le salaire usuel d'un courtier immobilier s'élevait dorénavant à 5'850 fr., montant que la caisse a conservé dans la décision entreprise. Procédant à une évaluation sur la base du calculateur de l'USS, toujours fondé sur les salaires statistiques 2010, la Cour de céans parvient à un salaire d'usage minimum dépassant 6'500 fr. (seuil de salaire 25%, selon schéma supra). Même à supposer que le recourant ne soit pas titulaire d'un CFC, point sur lequel le dossier en mains du tribunal ne renseigne pas, on n'obtiendrait pas un salaire usuel minimal inférieur à

- 17 - 6'000 francs. Une évaluation sur la base du calculateur individuel de salaires « Salarium 2014 » de l'OFS, intégrant des critères plus précis, ne parvient pas à des résultats différents. Enfin, le « salaire mensuel brut (valeur centrale) selon les branches économiques, le niveau de compétence et le sexe » ressortant de l'ESS 2012 s'élève à 6'280 fr. pour un homme, de niveau de compétence 2 (tâches pratiques telles que la vente, les soins, le traitement de données et les tâches administratives, etc..) actif dans le domaine immobilier, compte tenu d'un horaire hebdomadaire de 40 heures, étant rappelé que le recourant travaillait 45 heures. Bien que l'on ne s'explique pas comment l'intimée a obtenu le salaire de référence de 5'850 fr. au moyen du calculateur de l'USS, il n'y a pas lieu de s'en écarter. La caisse bénéficie d'un certain pouvoir d'appréciation dans l'évaluation du caractère conforme aux usages d'un salaire, pouvoir dont l'intimée n'a en l'espèce pas abusé, le salaire retenu étant de surcroît plus favorable au recourant que ceux obtenus par la Cour de céans. c) C'est en vain que le recourant se fonde sur l'arrêt rendu le 3 avril 2009 par le Tribunal fédéral dans la cause 8C_774/2008. D'une part, ce jugement traite

principalement de la question de la violation du devoir de renseigner, la Haute Cour ne se penchant pas sur la question du montant du gain fictif. D'autre part et surtout, le gain fictif retenu par la caisse de chômage, d'environ 3'000 fr. par mois, ne peut être simplement transposé au cas de C._____. L'affaire tranchée par le Tribunal fédéral concernait une femme engagée en 2006 à plein temps comme « wine broker », rémunérée à la commission. La considérant comme une employée occupée au service externe d'une société, la caisse lui avait appliqué un salaire horaire fictif de 20 fr., conformément à un arrêt rendu le 27 octobre 1997 par le Tribunal fédéral (DTA 1998 no 33 p. 179ss), qui avait fixé le salaire usuel des employés d'un service externe à 20 fr. minimum. Ce salaire horaire de 20 fr. a été fixé il y a 20 ans, sur la base des statistiques établies à l'époque par l'ancien OFIAMT (Office fédéral de l'industrie, des arts et des métiers et du travail) sur la rémunération du service externe. La question pourrait donc se poser de savoir si ce tarif s'impose toujours aujourd'hui. Ce point peut toutefois rester en suspens

- 18 - dans la mesure où l'évaluation des usages professionnels et locaux doit notamment se faire en fonction de l'activité précise concernée (cf. consid. 3b supra), étant rappelé qu'en 1997 déjà, le salaire-horaire de 20 fr. représentait un minimum. Or, comme le relève à juste titre l'intimée, la rémunération d'un représentant d'objets de consommation courante n'est certainement pas comparable à celle d'un courtier en immobilier, la nature et la valeur marchande des biens commercialisés étant très différente. Cet arrêt du Tribunal fédéral ne permet pas de s'écarter des salaires usuels tels que définis au moyen des valeurs statistiques examinées ci-dessus (cf. consid. 5b supra) et ne saurait fonder la prise en considération d'un gain intermédiaire de 3'500 fr. pour un courtier en immobilier de 46 ans oeuvrant dans la région lémanique, même dénué d'expérience dans le domaine. d) Il n'existe en définitive aucun motif justifiant de revenir sur le montant de 5'850 fr. retenu par l'intimée au titre de gain intermédiaire pour la période courant du 1er mars 2013 au 4 juillet 2014, celui-ci étant conforme aux usages professionnels et locaux pour l'activité de courtier immobilier. Finalement, la prise en considération d'un gain intermédiaire fictif lorsque le gain intermédiaire effectivement réalisé par l'assuré n'est pas conforme aux usages a pour but d'éviter que l'assurance-chômage ne finance, indirectement, une entreprise qui engagerait un travailleur pour une rémunération non conforme à l'usage.

E. 6

En conclusion, le recours doit être rejeté, en tant qu'il est recevable, et la décision sur opposition entreprise confirmée. Il n'y a pas lieu de percevoir des 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).

- 19 -