

VD_GERICHTE ZQ16.034076 vom 8. November 2016

VD Tribunal cantonal, 2016-11-08, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_gerichte_ZQ16.034076

FR: VD_GERICHTE ZQ16.034076 du 8 novembre 2016

IT: VD_GERICHTE ZQ16.034076 del 8 novembre 2016

Erwägungen

E. 28

octobre 2015, le dernier salaire mensuel s'élevait à 7'000 francs. Selon les fiches de salaire des mois de janvier à septembre 2015, le salaire mensuel de l'intéressé était de 3'500 fr. brut, auquel s'ajoutaient des avances sur commissions, par 3'500 fr. également. Pour les mois d'octobre à décembre 2014, le salaire se montait à 3'500 francs. L'assuré s'est inscrit le 1er octobre 2015 auprès de l'Office régional de placement de [...] (ci-après : l'ORP) en tant que demandeur d'emploi, en indiquant rechercher un travail à 100%, ainsi qu'auprès de la Caisse de chômage A._____ (ci-après : la caisse de chômage ou l'intimée). Un délai-cadre d'indemnisation lui a été ouvert du 1er octobre 2015 au 30 septembre 2017. Son gain assuré s'élevait à 7'095 fr. et l'indemnité journalière à 261 fr. 55, soit 80% du gain assuré journalier. L'assuré a été engagé le 1er décembre 2015 par T._____ en qualité de courtier immobilier, pour un salaire fixe de 48'000 fr. bruts par an, soit 4'000 fr. par mois, servi douze fois. Selon le contrat, l'assuré touchait en sus un salaire variable, avec la précision : « commission de vente, pot commun, expertise vente ». Le contrat était conclu pour une durée indéterminée et résiliable en tout temps, moyennant un délai de congé conforme au Code des obligations. Par la signature du contrat, l'assuré confirmait avoir pris connaissance des documents joints à celui-ci,

- 3 - qui en faisaient partie intégrante, à savoir notamment le règlement d'entreprise. Selon ledit règlement, à son chiffre 2.3, les trois premiers mois d'emploi étaient considérés comme période d'essai. A teneur du chiffre 2.5, pendant le temps d'essai, le contrat de travail pouvait être résilié par chacune des parties par écrit moyennant un préavis de 7 jours calendrier. Le contrat de travail a été signé le 28 septembre 2015. Il porte le timbre A._____, avec la date du 30 octobre 2015. Selon la fiche de salaire de l'assuré du mois de décembre 2015, son salaire mensuel s'est élevé à 4'000 fr., montant dont ont été déduits des frais de déplacements par 1'120 fr., ainsi qu'un forfait de 1'000 fr., si bien que le salaire « brut » s'est monté à 1'880 francs. Aux termes de l'attestation de gain intermédiaire adressée par T._____ à la caisse de chômage le 21 décembre 2015, le salaire soumis à cotisation AVS pour le mois de décembre 2015 s'est élevé à 4'000 francs. En janvier 2016, le salaire de l'assuré a été porté à 4'500 fr. par T._____. Selon le décompte de salaire du mois de janvier 2016, le salaire mensuel brut a ainsi été de 4'500 fr., montant dont ont été déduites les charges sociales. Selon l'attestation de gain intermédiaire du 25 janvier 2016 de T._____, le salaire soumis à cotisation AVS s'est élevé à 4'500 fr. pour le mois de janvier 2016. En décembre 2015, la caisse a alloué à l'assuré des indemnités compensatoires, en tenant compte d'un gain intermédiaire de 4'000 francs. En janvier 2016, la caisse a pris en considération un gain intermédiaire de 4'500 francs. Le 15 février 2016, l'assuré, alors représenté par CAP, Compagnie d'Assurance de Protection Juridique SA, a formé opposition au décompte d'indemnités de décembre 2015 de la caisse, par lequel

celle-ci a retenu un gain intermédiaire brut de 4'000 francs. L'intéressé estimait que, dès lors que des frais professionnels (déplacement et forfait) par 2'120 fr. avaient été déduits du salaire de 4'000 fr., seul un montant de salaire brut de 1'880 fr. devait être retenu comme gain intermédiaire brut.

- 4 - Par décision du 24 février 2016, la caisse a relevé qu'il ressortait de la fiche de salaire de l'assuré de décembre 2015 un salaire mensuel brut de 4'000 fr., dont venaient en déduction des frais professionnels par 2'120 fr., si bien que le salaire soumis à cotisation AVS était alors de 1'880 francs. Or estimant qu'un tel salaire n'était pas conforme au tarif usuel dans la profession, elle a estimé que le salaire mensuel brut d'usage s'élevait à 6'300 fr. par mois, informant l'assuré que pour la période du 1er décembre 2015 au 31 janvier 2016, et jusqu'à la fin de son contrat de travail, elle retiendrait un salaire mensuel usuel de 6'300 fr. à déduire en gain intermédiaire. La caisse a alors établi un nouveau décompte pour le mois de décembre 2015 (du 23 février 2016), et demandé la restitution du montant de 2'513 fr. 60 à l'assuré. Le 24 février 2016, la caisse a établi un nouveau décompte pour le mois de janvier 2016, et réclamé la restitution du montant de 1'668 fr. 35. Le 25 février 2016, T. _____ a complété l'attestation de gain intermédiaire de l'assuré en indiquant pour le mois de février 2016 un salaire soumis à cotisation AVS de 4'500 francs. Selon le décompte de salaire du mois de février 2016, le salaire brut s'était élevé à 4'500 fr., dont avaient été déduites les charges sociales. Par décision du 3 mars 2016, la caisse a pris en compte un montant de 6'300 fr. à titre de gain intermédiaire pour le mois de janvier 2016, « même s'il ne correspond[ait] pas au montant effectivement perçu », en relevant d'office que le salaire de 4'500 fr. versé par T. _____ n'était pas conforme aux usages professionnels et locaux, si bien qu'elle prenait en compte un montant de 6'300 fr. à titre de gain intermédiaire. Le 24 mars 2016, l'assuré, désormais représenté par Me Cornelia Seeger Tappy, a formé opposition aux décisions des 24 février et 3 mars 2016. Dans ce cadre, il a expliqué que dans son activité pour le

- 5 - compte d'O. _____, il n'avait pratiquement pas exercé le courtage. T. _____ et lui-même avaient signé le 3 décembre 2015 un avenant à son contrat, prévoyant le versement d'un salaire de 4'500 fr. par mois dès janvier 2016 pour un poste de courtier « senior ». Toutefois, novice dans la profession, il n'était pas parvenu à atteindre les objectifs fixés. Son salaire avait alors été fixé à 3'000 fr. par mois à compter du 1er mars 2016, pour un poste de courtier « junior ». Il s'est référé à des arrêts du Tribunal fédéral (8C_774/2008 du 3 avril 2009 consid. 3.1) et de la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal vaudois (ACH 24/15 – 20/2015 du 11 février 2016), pour soutenir que compte tenu de ses 42h30 de travail par semaine, avec un montant horaire de 20 fr. ressortant des arrêts qu'il cite, son salaire mensuel serait alors de 3'689 fr., ce salaire étant selon lui « usuel ». Il a ainsi considéré que le salaire de 4'000 fr. en décembre 2015, respectivement de 4'500 fr. en janvier 2016, étaient conformes aux usages. Il en irait de même du salaire de février 2016. Par contre, dès mars 2016, le salaire tomberait en-dessous du montant de 3'686 [recte : 3'689] fr., et il conviendrait alors de vérifier si les commissions de courtage ne rendraient pas superflues la prise en compte d'un gain fictif du 3'686 [recte : 3'689] fr. par mois. L'assuré a encore fait valoir une violation de l'obligation de renseigner, dans la mesure où il avait donné une copie de son contrat de travail à la caisse durant le mois d'octobre 2015. Or celle-ci n'avait indiqué que le 24 février 2016 que le salaire n'était pas conforme au tarif usuel dans la profession, si bien qu'un gain intermédiaire fictif allait lui être attribué. L'intéressé estimait dès lors que ce n'était que le 24 février 2016 que la caisse l'avait

renseigné sur l'inopportunité de son emploi. Quoi qu'il en soit, s'il avait voulu résilier son contrat à la suite de cette décision, il aurait quoi qu'il en soit eu un préavis d'un mois et n'aurait donc pas pu résilier le contrat avant fin mars 2016. L'assuré concluait donc à l'annulation des décisions des 24 février et 3 mars 2016 et à la prise en compte d'un salaire mensuel convenable déterminant de 3'686 [recte : 3'689] fr. au titre de gain intermédiaire. Selon l'attestation de gain intermédiaire de T. _____ du mois de mars 2016, le salaire soumis à cotisation AVS pour le mois en question

- 6 - s'était élevé à 3'000 francs. T. _____ a en outre précisé avoir licencié le 23 mars 2016 l'assuré pour le 30 avril 2016. Par décision du 4 avril 2016, la caisse a fait savoir à l'assuré qu'elle avait pris en compte pour le mois de mars 2016 un montant de 6'300 fr. à titre de gain intermédiaire, au motif que le salaire versé par T. _____ n'était pas conforme aux usages professionnels et locaux. Par courriel à la caisse du 4 avril 2016, la conseillère ORP de l'assuré a indiqué que l'intéressé lui avait fait part de son engagement auprès de T. _____ lors de l'entretien de conseil du 17 novembre 2015. Par courrier du 6 avril 2016 à A. _____, l'assuré, par son avocate, a relevé que, selon le procès-verbal d'entretien du 17 novembre 2015, il avait informé sa conseillère en placement à cette date de son nouvel emploi et de son revenu futur insuffisant, puisqu'elle lui avait fourni des attestations de gain intermédiaire. La conseillère aurait dès lors pu l'informer à ce moment que le salaire perçu n'était pas conforme au tarif usuel dans la profession et qu'un gain intermédiaire fictif pouvait lui être attribué. Ce n'était pourtant que le 24 février 2016 que la caisse avait pris cette décision. Le même jour, l'assuré, par son avocate, a adressé à la caisse les pièces que cette dernière lui avait demandées, à savoir notamment le règlement d'entreprise de T. _____. Le 7 avril 2016, toujours par son conseil, l'assuré s'est opposé à la décision du 4 avril 2016 de la caisse, en contestant derechef la prise en compte d'un gain intermédiaire fictif de 6'300 fr. par mois, reprenant pour l'essentiel les moyens développés à l'appui de son opposition du 24 mars 2016 et sollicitant à nouveau la prise en compte d'un salaire convenable déterminant de 3'686 [recte : 3'689] francs. L'assuré a notamment produit sa fiche de salaire du mois de mars 2016, dont il ressortait que son salaire brut mensuel était désormais de 3'000 francs.

- 7 - Le salaire de l'assuré pour le mois d'avril 2016 s'est également monté à 3'000 fr. brut. Par décision du 29 avril 2016, la caisse a informé l'assuré qu'elle prenait en compte un montant mensuel de 6'300 fr. en avril 2016 à titre de gain intermédiaire, ce chiffre correspondant selon elle aux usages professionnels et locaux, même s'il ne correspondait pas au montant réellement perçu. Le 25 mai 2016, l'assuré, par son avocate, s'est opposé à la décision du 29 avril 2016, en faisant une nouvelle fois valoir que c'était un salaire mensuel convenable de 3'689 fr. qui devait être fixé, et non de 6'300 francs. Le 25 mai 2016, la caisse a joint les causes, compte tenu de la connexité des décisions des 24 février, 3 mars, 4 avril et 29 avril 2016. Le 26 mai 2016, la caisse a été informée que le contrat de travail de l'assuré auprès de T. _____ avait été résilié par l'employeur le 23 mars 2016 avec effet au 30 avril 2016. Par décision sur opposition du 1er juillet 2016, la caisse a joint les procédures d'opposition pendantes devant elle. Elle a pour le surplus : - admis partiellement l'opposition du 24 mars 2016 à sa décision du 24 février 2016, et annulé la demande de restitution du montant de 4'181 fr. 95, en retenant que la date de prise en considération du salaire fictif de l'assuré auprès de T. _____ était fixée au 26 février 2016, estimant que ce n'était qu'à compter de la notification de la décision du 24 février 2016 que l'assuré avait pu prendre connaissance des implications de la prise en compte d'un

salaires fictifs conformes aux usages professionnels ; - annulé la décision du 3 mars 2016 ; - et confirmé ses décisions des 4 et 29 avril 2016, en retenant que l'assuré n'était pas un simple courtier en assurances ou un « wine

- 8 - broker », estimant que c'était la nature du poste qui prévalait pour fixer le salaire fictif, et non la formation ; la caisse était ainsi d'avis que la prise en considération d'un salaire horaire de 20 fr. devait être exclue et le salaire fictif de 6'300 fr. pris en compte dès le 26 février 2016. B. Par acte du 28 juillet 2016, F. _____, toujours représenté par Me Seeger Tappy, a recouru contre cette décision auprès de la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal. Il a conclu principalement à sa réforme en ce que les décisions des 24 février et 3 mars 2016 sont annulées, l'ordre de restitution de 4'181 fr. 95 étant annulé et les salaires réellement perçus (de 4'000 fr. brut en décembre 2015, et de 4'500 fr. brut en janvier et février 2016) étant pris en compte à titre de gains intermédiaires pour les mois en question ; il a également conclu à l'annulation de la décision du 4 avril 2016, le salaire réellement perçu de 3'000 fr. en mars 2016 étant pris en compte à titre de gain intermédiaire, ainsi qu'à l'annulation de la décision du 29 avril 2016, un salaire conforme aux usages professionnels, par 3'689 fr., étant pris en compte à titre de gain intermédiaire pour le mois d'avril 2016. Subsidièrement, le recourant a conclu à l'annulation de la décision du 29 avril 2016, le salaire conforme aux usages professionnels à prendre en compte étant fixé à 5'090 fr. et ce montant pris en compte à titre de gain intermédiaire pour le mois d'avril 2016. En substance, il fait valoir que son salaire réellement perçu doit être pris en compte jusqu'au 31 mars 2016, et non jusqu'au 26 février 2016, dès lors que même s'il avait souhaité résilier son contrat de travail à la suite de la décision du 24 février 2016 relative à l'inopportunité de son emploi, il aurait eu un préavis d'un mois et n'aurait donc pas pu résilier son contrat avant le 31 mars 2016. Dans un autre moyen, il fait valoir qu'il a très peu exercé l'activité de courtier en immobilier, et que le salaire de 6'300 fr. arrêté par l'intimée n'est pas correct, un salaire de 3'689 fr. devant être retenu à titre de gain intermédiaire pour le mois d'avril 2016 (correspondant à 20 fr. de l'heure, par 8.5 heures par jour, multiplié par 21,7 jours par mois), subsidièrement de 5'090 fr. (savoir le salaire pour une activité immobilière sans fonction de cadre ni connaissance spécifique

- 9 - pour une personne de 41 ans selon le calculateur de salaire en ligne du canton de Vaud). Dans sa réponse du 9 août 2016, l'intimée a conclu au rejet du recours et au maintien de sa décision sur opposition du 1er juillet 2016. Le recourant a maintenu sa position dans sa réplique du 1er septembre 2016 ; il a pour le surplus demandé son audition « concernant ses activités O. _____ et son expérience de courtier immobilier ainsi que sur les raisons de son licenciement par T. _____ ». Il a produit avec son écriture une attestation d'O. _____ du 5 septembre 2016 selon laquelle la recherche de nouveaux objets immobiliers (courtage) n'avait été qu'une faible partie de son activité, ainsi qu'une attestation de T. _____, également du 5 septembre 2016, à teneur de laquelle il avait initialement été engagé comme courtier « senior », mais dès lors qu'il n'avait pas l'expérience souhaitée dans l'acquisition de mandats de vente, il s'était vu proposer le poste de courtier « junior ». Toutefois, compte tenu de ses résultats, les rapports de travail avaient cessé au 30 avril 2016. E n d r o i t : 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).

- 10 - 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. 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). En l'occurrence, la valeur litigieuse est inférieure à 30'000 fr., de sorte que le litige relève de la compétence du juge unique (art. 94 al. 1 let. a LPA-VD). 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 montant du gain intermédiaire à prendre en considération pour la période du 26 février au

E. 30

avril 2016, 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. 6. Au regard de ce qui précède, il n'y a donc pas lieu d'ordonner des mesures d'instruction complémentaires telles que requises par le recourant (à savoir son audition concernant ses activités chez O. _____ et son expérience de courtier immobilier ainsi que sur les raisons de son licenciement par T. _____). En effet, de plus amples mesures d'instruction ne seraient pas de nature à modifier les considérations qui précèdent (appréciation anticipée des preuves ; cf. ATF 122 II 464 consid. 4a, TF 8C_764/2009 du 12 octobre 2009 consid. 3.2, 9C_440/2008 du 5 août 2008), puisque les faits pertinents ont pu être constatés à satisfaction de droit.

- 19 - 7. En conclusion, le recours doit être rejeté 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). Par ces motifs, la juge unique p r o n o n c e : I. Le recours est rejeté. II. La décision sur opposition rendue le 1er juillet 2016 par A. _____, est confirmée. III. Il n'est pas perçu de frais de justice, ni alloué de dépens. La juge unique : La greffière : Du L'arrêt qui précède est notifié à : - Me Cornelia Seeger Tappy (pour le recourant), - A. _____, - Secrétariat d'Etat à l'économie, par l'envoi de photocopies.

- 20 - 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.