

VD_GERICHTE ZQ19.022826 vom 24. September 2020

VD Tribunal cantonal, 2020-09-24, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_gerichte_ZQ19.022826

FR: VD_GERICHTE ZQ19.022826 du 24 septembre 2020

IT: VD_GERICHTE ZQ19.022826 del 24 settembre 2020

Erwägungen

E. 1

a) La LPGA (loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales ; RS 830.1) est, sauf dérogation expresse, applicable en matière d'assurance-chômage (art. 1 al. 1 LACI [loi fédérale du 25 juin 1982 sur l'assurance-chômage obligatoire 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 peuvent faire l'objet d'un recours auprès du tribunal des assurances compétent (art. 56 al. 1 LPGA ; 100 al. 3 LACI, 128 al. 1 et 119 al. 1 OACI [ordonnance du 31 août 1983 sur l'assurance-chômage obligatoire et

- 10 - l'indemnité en cas d'insolvabilité ; RS 837.02]), dans les trente jours suivant leur notification (art. 60 al. 1 LPGA). b) En l'occurrence, déposé en temps utile auprès du tribunal compétent (art. 93 let. a LPA-VD [loi cantonale vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative ; BLV 173.36]) et respectant les autres conditions formelles prévues par la loi (art. 61 let. b LPGA notamment), le recours est recevable.

E. 2

Le litige porte sur le montant du gain assuré du recourant ainsi que sur le montant du gain intermédiaire à prendre en considération pour le mois de janvier 2018.

E. 3

a) L'art. 8 al. 1 LACI énumère les conditions, cumulatives, dont dépend le droit à l'indemnité de chômage. Ainsi, pour avoir droit à dite indemnité, l'assuré doit notamment être sans emploi ou partiellement sans emploi au sens de l'art. 10 LACI (art. 8 al. 1 let. a LACI) et subir une perte de travail à prendre en considération, selon l'art. 11 LACI (art. 8 al. 1 let. b LACI). b) L'indemnité journalière pleine et entière s'élève à 80 % du gain assuré (art. 22 al. 1 LACI) ou à 70 % (art. 22 al. 2 LACI) pour les assurés qui n'ont pas d'obligation d'entretien envers des enfants de moins de 25 ans (let. a), qui bénéficient d'une indemnité journalière entière dont le montant dépasse 140 francs (let. b) et qui ne touchent pas une rente d'invalidité correspondant à un taux d'invalidité d'au moins 40 % (let. c). c) Aux termes de l'art. 23 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.

- 11 - Le salaire pris en considération comme gain assuré se rapproche de la notion de salaire déterminant au sens de l'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, comme cela ressort du terme « normalement » utilisé à l'art. 23 al. 1 LACI.

Certains montants perçus par le salarié, certes soumis à cotisation, n'entrent pas dans la fixation du gain assuré. Il en va ainsi notamment de la rémunération des heures supplémentaires (ATF 129 V 105), de l'indemnité de vacances (à certaines conditions : ATF 130 V 492 consid. 4.2.4 ; 125 V 42), des gains accessoires (art. 23 al. 3 LACI ; ATF 126 V 207) ou des indemnités pour inconvénients liés au travail ou en raison de frais occasionnés par le travail (art. 23 al. 1, première phrase, LACI) (TF 8C_226/2019 du 15 novembre 2019 consid. 3.2.2). Les indemnités accordées régulièrement pour le déplacement du domicile au lieu de travail habituel et pour les repas courants pris au domicile ou au lieu de travail habituel au sens de l'art. 9 al. 2 RAVS (règlement du 31 octobre 1947 sur l'assurance-vieillesse et survivants ; RS 831.101) doivent en principe être prises en compte dans le calcul du gain assuré par l'assurance-chômage, conformément à la règle générale de l'art. 23 al. 1, première phrase, LACI (TF 8C_226/2019 précité consid. 5.3). Le gain assuré est calculé sur la base du salaire moyen des six derniers mois de cotisation qui précèdent le délai-cadre d'indemnisation (art. 37 al. 1 OACI) ou sur la base du salaire moyen des douze derniers mois de cotisation précédant le délai-cadre d'indemnisation si ce salaire est plus élevé que le salaire moyen visé à l'art. 37 al. 1 OACI (art. 37 al. 2 OACI). d) Le chômage (ou la perte de travail) ne suffit cependant pas à donner droit à une indemnisation ; encore faut-il que le chômeur subisse une perte de gain d'une certaine importance (art. 8 al. 1 let. b et 11 LACI). Ainsi, à teneur de l'art. 11 LACI, seule peut être prise en considération la perte de travail qui se traduit par un manque à gagner et qui dure au moins deux journées de travail consécutives. La condition de la perte de travail minimale est toutefois mise entre parenthèse lorsqu'un assuré

- 12 - exerce une activité dont la rémunération est inférieure à celle de l'indemnité de chômage (Boris Rubin, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, Genève/Zurich/Bâle 2014, nos 4 et 8 ad art. 10 LACI ; TFA C 18/05 du 18 mars 2005 consid. 2). Une telle activité constitue un gain intermédiaire au sens de l'art. 24 LACI. e) 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 sa perte de gain. Le taux d'indemnisation est déterminé selon l'art. 22 (art. 24 al. 1 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, première phrase, LACI ; ATF 129 V 102 ; 120 V 233). L'art. 41a al. 1 OACI précise que l'assuré a droit à des indemnités compensatoires pendant le délai-cadre d'indemnisation lorsqu'il réalise un revenu inférieur à son indemnité de chômage. Pour la 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 rémunératoire et non pas le moment de l'encaissement (« principe de survenance » ; ATF 122 V 367 consid. 5b ; TF 8C_472/2010 du 21 octobre 2010 consid. 5.2 ; TFA C 179/06 du 15 novembre 2006 consid. 4). Les frais attestés de matériel et de marchandise sont déduits du revenu brut. Les autres dépenses professionnelles font ensuite l'objet d'une déduction forfaitaire s'élevant à 20 % du revenu brut restant (art. 41a al. 5 OACI). f) Un gain accessoire n'est pas assuré. Est réputé accessoire tout gain que l'assuré retire d'une activité dépendante exercée en dehors de la durée normale de son travail ou d'une activité qui sort du cadre ordinaire d'une activité lucrative indépendante (art. 23 al. 3 LACI). Le

- 13 - caractère accessoire du gain doit être compris par rapport à celui provenant d'une activité principale. Comme tel et parce qu'il n'est pas soumis à cotisation et qu'il n'entre pas dans le calcul des indemnités de chômage, ce gain ne peut demeurer que dans un rapport de proportion faible avec le revenu de l'activité principale. A défaut de quoi, si ce gain venait régulièrement à se rapprocher ou dépasser le gain principal, l'activité ne pourrait plus être accessoire et le gain ne le serait pas davantage (ATF 123 V 230 consid. 3c ; TF 8C_75/2015 du 14 janvier 2016 consid. 2.2 et les références citées). Le fait qu'une activité soit de faible ampleur durant le délai-cadre de cotisation ne suffit pas à en faire une activité accessoire. Il faut encore qu'il y ait en parallèle une activité principale exercée dans le cadre d'un contrat de travail (TF C 252/06 du 28 novembre 2007 consid. 3.3.1 et 3.3.2 ; Rubin, op. cit., no 9 ad art. 23 LACI). En matière de gain intermédiaire, l'art. 24 al. 3, seconde phrase, LACI précise que les gains accessoires ne sont pas pris en considération. Toutefois, une augmentation sensible du gain accessoire doit être considérée comme un gain intermédiaire et être prise en compte dans cette mesure dans le calcul de l'indemnité de chômage (ATF 123 V 230 consid. 3c ; TF 8C_75/2015 du 14 janvier 2016 consid. 2.2 et les références citées). g) En cas d'activité indépendante de faible ampleur durant le délai-cadre de cotisation et qui se poursuit durant le délai-cadre d'indemnisation après la perte de l'activité principale, il ne peut jamais être question d'un gain intermédiaire. Une telle activité indépendante doit être considérée comme durable, ce qui induit uniquement, le cas échéant, une réduction de la perte de travail à prendre en considération et donc aussi une diminution du gain assuré. Si l'activité indépendante « accessoire » peut être exercée dans les mêmes proportions qu'avant le début du chômage et peut être accomplie totalement hors des horaires habituels de travail, la perte de travail ne subit aucune réduction. Le Secrétariat d'Etat à l'économie (ci-après : SECO) estime qu'un assuré peut conserver une indemnisation maximale lorsque l'activité indépendante de

- 14 - faible ampleur ne dure pas plus de deux heures par jour. Une augmentation sensible de l'ampleur de l'activité indépendante durant le délai-cadre d'indemnisation qui se traduirait par un dépassement de cette limite de deux heures par jour induirait alors une diminution correspondante de la perte de travail à prendre en considération et donc aussi une diminution du gain assuré, dans les mêmes proportions (Rubin, op. cit., no 39 ad art. 24 LACI ; Bulletin LACI IC du SECO, B243 ; voir également TF 8C_619/2009 du 23 juin 2010 consid. 3.1 et 3.3.2).

E. 4

a) Le recourant s'est inscrit au chômage en raison de la fin de ses rapports de travail avec M. _____ SA. Dans sa décision du 4 mai 2018 et ses tableaux de calculs du 31 août 2017, la Caisse a relevé qu'il était impossible de calculer un pourcentage d'occupation pour cet emploi et qu'elle avait donc retenu un 100 % puisque le recourant cherchait une activité à 100 %. Comme elle l'a relevé dans sa décision sur opposition, le taux d'occupation retenu est en l'occurrence sans influence sur le gain assuré du recourant, puisque celui-ci s'est inscrit au chômage à 100 % et cherche à remplacer totalement l'activité qu'il exerçait auparavant pour M. _____ SA. Dans la décision sur opposition du 16 avril 2019, la Caisse a finalement considéré que l'assuré avait exercé deux activités distinctes pour le compte de M. _____ SA. C'est précisément ce qu'il explique dans son complément au recours, exposant avoir travaillé d'une part comme chargé de cours et, d'autre part, comme directeur de cours et qu'il s'agissait d'activités rémunérées différemment. A nouveau, les pourcentages retenus dans les tableaux de calcul, à savoir deux postes à 50 %, n'influencent

pas le gain assuré compte tenu de la recherche d'une activité à plein temps. La Caisse a retenu que le poste de chargé de cours a été exercé en contrat de durée indéterminée et rémunéré selon les fiches de salaire et récapitulatifs produits, auxquels s'ajoutaient les montants de 1'800 fr. pour solde de tout compte et de 417 fr. de frais de déplacement arrêtés lors de la conciliation (Rapport de travail RT01). Concernant l'activité de directeur de cours, la Caisse a retenu qu'elle avait été exercée dans le cadre d'un contrat de durée déterminée et rémunérée selon les montants fixés à l'occasion de l'audience, qu'elle a répartis sur les périodes auxquelles ils se rapportaient, telles qu'arrêtées lors de la

- 15 - conciliation. Ainsi, contrairement à ce que soutient le recourant, la Caisse a tenu compte de la rémunération que celui-ci a touchée comme directeur de cours. Elle n'a, à juste titre, pas pris en compte dans son calcul le versement intégral des indemnités convenues lors de l'audience de conciliation, mais les a réparties sur les périodes qu'elles concernaient. C'est en effet la date de la prestation de travail qui est déterminante et non celle où le salaire est versé (consid. 3e). Il n'est ainsi pas possible, comme le recourant le propose, de prendre en compte l'ensemble des revenus qu'il a reçus durant les six, respectivement les douze derniers mois avant son chômage. Il convient au contraire de tenir compte uniquement des revenus qui se rapportent à des prestations de travail fournies durant les six, respectivement les douze derniers mois. Le recourant critique par ailleurs les montants pris en considération par la Caisse. Il faut toutefois constater qu'elle s'est basée sur les décomptes de salaire que le recourant a lui-même produits, ainsi que sur le récapitulatif annuel transmis par son employeur, qui reprenait les mêmes chiffres. La Caisse s'est également référée à la somme de 1'800 fr. pour solde de tout compte et aux 417 fr. de frais de déplacement fixés lors de l'audience de conciliation. De même, en ce qui concerne la rémunération comme directeur de cours, la Caisse s'est fondée sur les montants arrêtés lors de l'audience de conciliation. Les montants pris en compte par la Caisse pour le calcul du gain assuré doivent ainsi être confirmés. Dans son complément au recours, le recourant s'étonne du fait que les revenus pris en considération pour la même période et le même emploi diffèrent dans le tableau de calcul figurant dans la décision sur opposition. Il faut en effet constater que ce tableau prête à confusion et manque de clarté. Dans celui-ci la Caisse a lissé les revenus obtenus par le recourant en prenant les totaux calculés par le biais des tableaux « Rapport de travail RT01 » et « Rapport de travail RT02 » et en les répartissant de manière équitable sur six mois, respectivement douze mois, au prorata des périodes travaillées. Dans la mesure où les totaux

- 16 - repris sont corrects, cette manière de faire n'a toutefois pas d'influence sur le montant du gain assuré calculé. Finalement, la Caisse a constaté que le gain assuré du recourant calculé sur les douze derniers mois, soit du 1er avril 2016 au 31 mai 2017, de 3'540 fr. était plus favorable que celui basé sur les six derniers mois. Au vu de ce qui précède, il n'y a pas lieu de s'écarter du gain assuré retenu par la Caisse. La décision sur opposition du 16 avril 2019, rejetant l'opposition du recourant et fixant son gain assuré à 3'540 fr. dès le 1er juin 2017 doit par conséquent être confirmée. b) A côté de son activité pour le compte de M. _____ SA, le recourant a également exercé une activité indépendante comme coach, activité qu'il a poursuivie durant sa période de chômage. Il ressort des informations données par le recourant dans le cadre de l'examen de son aptitude au placement qu'il travaille pour son activité indépendante le mardi soir de 18 heures à 21 heures et qu'il organise de temps en temps une journée de formation durant le week-end. Dans son formulaire de demande d'indemnités de chômage, il a également indiqué que son activité indépendante ne

s'exerçait que sur des jours isolés. Il faut constater que son activité indépendante se déploie en dehors de l'horaire de travail normal. Le SDE a d'ailleurs reconnu, à deux reprises (courrier du 31 mars 2017 et décision du 25 mai 2018), que cette activité indépendante n'entravait pas l'aptitude au placement du recourant. C'est cependant de manière erronée que le SDE a indiqué dans son courrier du 31 mars 2017 que les revenus de cette activité devaient être pris en compte comme gains intermédiaires. Cette activité doit en effet être qualifiée d'accessoire, respectivement correspond à une activité indépendante de faible ampleur. Or une telle activité ne constitue pas un gain intermédiaire (consid. 3g supra). C'est donc à tort que la Caisse l'a considérée comme telle et qu'elle a imputé les revenus que le recourant a réalisés comme indépendant sur le montant des indemnités journalières auxquelles il a droit. Dans sa décision sur opposition, elle justifie cette

- 17 - manière de procéder en se référant au Bulletin LACI B34a. Le passage cité concerne toutefois une activité temporaire prise pendant le chômage alors qu'en l'occurrence, l'on est en présence d'une activité qui existait déjà avant l'arrivée au chômage, en parallèle d'une activité salariée, et qui continue ensuite. La Caisse se prévaut en outre de la position du SDE, figurant dans son courrier du 31 mars 2017, relevant que le recourant ne l'a pas contestée ni n'a sollicité de décision formelle à ce sujet. L'objet de ce courrier concernait cependant avant tout l'aptitude au placement du recourant et il faut rappeler qu'il appartient à la Caisse de déterminer le droit aux prestations en tant que cette tâche n'est pas expressément réservée à un autre organe (art. 81 al. 1 let. a LACI). Quoi qu'il en soit, dans la mesure où aucune décision n'est entrée en force sur cette question, le recourant était en droit de contester le décompte de janvier 2018, que ce soit sur le principe de la prise en compte d'un gain intermédiaire ou sur l'ampleur des frais à déduire. A toutes fins utiles, l'on peut relever que même en cas d'augmentation sensible de l'activité indépendante au cours de la période de chômage, il n'y a pas lieu d'en tenir compte comme gain intermédiaire, mais de modifier la perte de travail à prendre en considération. Il n'apparaît toutefois pas que le recourant ait sensiblement augmenté le temps consacré à son activité indépendante lorsqu'il est arrivé au chômage. Il ressort au contraire des attestations de gain intermédiaire qu'il a remplies que cette activité a continué de se déployer sur des jours isolés uniquement et en dehors de l'horaire habituel de travail. Dans la mesure où l'activité indépendante accessoire exercée par le recourant ne constitue pas un gain intermédiaire, la question de l'ampleur des frais déductibles pour le mois de janvier 2018 est sans objet. La décision sur opposition du 16 avril 2019, admettant partiellement l'opposition du recourant et fixant le gain intermédiaire du mois de janvier 2018 à 2'203 fr. 40 doit être annulée et réformée en ce sens qu'aucun montant ne doit être pris à titre de gain intermédiaire pour le mois de janvier 2018. C'est par ailleurs également de manière erronée que la

- 18 - Caisse a pris en compte l'activité indépendante du recourant comme un gain intermédiaire durant les autres périodes de contrôle.

E. 5

a) Le recours doit dès lors être partiellement admis. b) Il n'y a pas lieu de percevoir de frais judiciaires, la procédure étant gratuite (art. 61 let. a LPGA). Le recourant, qui obtient partiellement gain de cause avec l'assistance d'un mandataire qualifié, a droit à des dépens réduits, qu'il convient de fixer à 1'000 fr., débours et TVA compris (art. 61 let. g LPGA, art. 10 et 11 TFJDA [tarif du 28 avril 2015 des frais judiciaires et des dépens en matière administrative ; BLV 173.36.5.1]), et de mettre à la charge de l'intimée.

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