

# VD\_OMNI PS.2003.0055 vom 12. Mai 2005

VD Tribunal cantonal, 2005-05-12, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd\\_omni\\_PS.2003.0055](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_PS.2003.0055)

FR: VD\_OMNI PS.2003.0055 du 12 mai 2005

IT: VD\_OMNI PS.2003.0055 del 12 maggio 2005

## Regeste

X/Caisse de chômage FTMH, Office régional de placement de la Riviera, Service de l'emploi, 1ère instance cantonale de recours en matière | Salaire versé comprenant une indemnité de vacances (calculée en % du salaire de base): cette indemnité constitue un gain intermédiaire censé réalisé non pas au moment où elle est versée, mais au moment où les vacances sont prises effectivement. Modalités de prise en compte de cette indemnité dans le cas particulier des enseignants.

## Erwägungen

### E. 1

a) La recevabilité du recours doit être examinée au regard de l'ancien art. 103 LACI, alors en vigueur. b) Les décisions des autorités cantonales et des caisses doivent être notifiées par écrit aux personnes et aux autorités habilitées à former recours; elles doivent être motivées et indiquer les voies de droit, y compris la mention de l'autorité de recours et le délai de recours (art. 103 al. 2 LACI). Le délai de recours à l'autorité cantonale est de 30 jours (art. 103 al. 3, 1ère phrase LACI). Le fardeau de la preuve de la notification d'un acte et de sa date incombent en principe à l'autorité qui entend en tirer une conséquence juridique (ATF 122 I 97 consid. 3b, ATF 114 III 51 consid. 3c et 4, ATF 103 V 63 consid. 2a, ATF 101 Ia 7 consid. 1, ATF 99 Ib 356 consid. 2 et 3). L'autorité supporte donc les conséquences de l'absence de preuve, en ce sens que si la notification ou sa date sont contestées, et qu'il existe effectivement un doute à ce sujet, il y a lieu de se fonder sur les déclarations du destinataire de l'envoi (ATF 103 V 63 consid. 2a). Si une autorité veut se prémunir contre ce risque, elle doit communiquer ses actes judiciaires sous pli recommandé; la preuve de la notification pourra en effet, le cas échéant, être aisément rapportée par la présentation d'un récépissé et la confirmation par la poste de la réception de l'envoi. La preuve de la notification d'un acte peut néanmoins résulter d'autres indices ou de l'ensemble des circonstances, en particulier de la correspondance échangée ou de l'absence de protestation de la part d'une personne qui reçoit des rappels (ATF 105 III 43 consid. 3). On ne saurait toutefois déduire de la seule présence au dossier d'une copie de lettre la preuve de son envoi par l'expéditeur et de sa réception effective par le destinataire (ATF 101 Ia 7 consid. 1). c) Dans le cas particulier, l'autorité intimée affirme avoir envoyé sa décision du 27 février 2002 à la recourante, mais sous pli simple, de sorte que la date de sa notification n'est pas établie avec certitude. La caisse n'ayant toutefois reçu quant à elle la décision en copie qu'en date du 26 mars 2002, il est fort probable que l'autorité intimée n'ait confié la décision incriminée à la poste que plusieurs jours après l'avoir établie et datée. L'expérience montre d'ailleurs que cette pratique est courante, notamment en matière d'assurance-chômage. Abstraction faite de ce qui précède, le seul fait que la caisse ait reçu copie de la décision de l'autorité intimée ne suffit pas à mettre en doute les déclarations de la recourante et à faire

admettre que la preuve de la notification de ce pli a été apportée par l'autorité intimée à satisfaction de droit. La recourante a en effet toujours déclaré n'avoir jamais reçu la décision entreprise dans sa version originale. Elle n'a pris connaissance de la décision qu'après avoir fait part à l'autorité intimée de son incompréhension face à la demande de remboursement formulée par la caisse le 20 décembre 2002 (cf. lettre du 19 mars 2003). Rien au dossier ne permet de supposer que la recourante ait écrit cette lettre à seule fin de faire renaître un délai de recours qu'elle aurait laissé échoir. En définitive, en choisissant de communiquer sa décision sous pli postal simple, l'autorité intimée a pris le risque de ne pas pouvoir apporter la preuve de la notification et doit dès lors supporter les conséquences de l'échec de cette preuve (ATF 99 Ib 356 consid. 2). Il appartenait dès lors à la recourante d'agir dans le délai de 30 jours prévu par l'art. 103 al. 3 LACI à partir de la nouvelle notification, intervenue le 27 février 2003. Compte tenu d'un délai usuel d'acheminement de trois jours pour un courrier "B", en agissant le 31 mars 2003, la recourante a recouru en temps utile. Son recours est partant recevable.

## **E. 2**

a) Aux termes de l'art. 24 al. 1 LACI, est réputé intermédiaire tout gain que le chômeur retire d'une activité salariée dépendante ou indépendante durant une période de contrôle. Pour les jours où il réalise un gain intermédiaire, l'assuré a droit à une compensation de la perte de gain, celle-ci étant définie comme 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 LACI). L'art. 23 LACI définit le gain assuré comme 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. Au sens de l'art. 5 al. 2 LAVS, les indemnités de vacances et pour jours fériés notamment font partie du gain intermédiaire. La LACI n'indique cependant pas la manière dont l'indemnité pour vacances payées en sus d'un salaire - en l'occurrence sous forme d'un pourcentage - doit être prise en compte dans le calcul du gain intermédiaire. b) Pour le Tribunal fédéral des assurances, les indemnités de vacances versées avec le salaire de base sous forme d'un pourcentage, bien qu'elles soient comprises dans le salaire déterminant au sens de la LAVS, ne font pas partie du gain assuré pour le mois où elles sont payées. La Haute Cour a notamment considéré que la pratique contraire suivie auparavant avait eu pour effet de favoriser sans motif l'assuré dans cette situation par rapport à celui qui prend réellement des vacances, alors même que le Code des obligations contient une interdiction absolument impérative de compensation des vacances par d'autres avantages ou prestations afin de garantir l'objectif du repos des travailleurs (ATF 123 V 70). Il demeure toutefois nécessaire d'établir combien de jours ou de semaines de vacances sont dédommagées dans le cadre de telles compensations financières au regard de la période de cotisation qui doit être prise en considération, les indemnités de vacances perçues par l'assuré en sus de son salaire horaire ou mensuel devant être comptées au titre de gain assuré dans le mois où il y a effectivement vacances (ATF 125 V 47 consid. 5, ATFA du 18 juin 1999, in DTA 2000 p. 33 n° 7). c) Sur cette question particulière de l'indemnité de vacances à prendre en considération en cas de gain intermédiaire, une directive de l'autorité de surveillance en matière d'assurance-chômage (alors l'office fédéral du développement économique et de l'emploi), publiée à l'attention des caisses de chômage, retient également comme principe que le gain intermédiaire à prendre en considération est réduit de l'indemnité de vacances et que celle-ci doit être prise en compte au titre du gain intermédiaire lorsque l'assuré prend ses vacances (Bulletin

MT/AC, 98/3, fiche 2, ch. 1). Cette directive distingue trois types de rapport de travail, prévoyant pour chacun d'eux un mode de calcul de l'indemnité compensatoire. d) Le cas spécifique des enseignants était alors régi quant à lui par les chiffres 38 à 46 de la circulaire IC 01.92 de l'Office fédéral de l'industrie, des arts et métiers et du travail, devenu le seco. Cette directive prévoit notamment : " Si l'assuré a touché une indemnité de vacances représentant 20% ou plus du salaire soumis à l'AVS, les jours correspondants non encore pris au moment du chômage sont à déduire de la perte de travail à prendre en considération dans la mesure où les périodes de vacances sont fixes dans la profession et que la perte de travail a lieu durant l'une de ces périodes de vacances (ch. 38). Avec cette réglementation, on veut éviter tout d'abord que les enseignants bénéficient des prestations de l'assurance-chômage durant les vacances scolaires, sans devoir compenser, au préalable, les périodes de non occupation par l'indemnité touchée à cet effet avec le salaire (ch. 39). Si, par exemple, un enseignant devient chômeur à la suite d'un remplacement dont la fin coïncide avec le début des vacances scolaires, l'indemnité touchée depuis les vacances scolaires précédentes est à déduire de la perte de travail à prendre en considération. Sont considérées comme vacances scolaires les vacances ayant duré au moins deux semaines (ch. 40). Si un enseignant au chômage prétend des indemnités journalières en dehors des vacances scolaires, son droit aux vacances demeure aussi longtemps qu'il ne subit pas de chômage durant les vacances scolaires (ch. 41). Après avoir déterminé l'indemnité perçue en fraction du salaire, il faut enfin la convertir en jours de travail d'après la valeur " (ch. 45). Ces instructions se retrouvent dans la circulaire IC janvier 2003 du seco (sous lit. B 60).

### **E. 3**

En l'espèce, la caisse a correctement déduit l'indemnité de vacances des gains intermédiaires provenant des remplacements effectués par la recourante. Cette déduction, de 25% en l'occurrence, équivaut au taux usuel de 33,33%, correspondant à un droit aux vacances de treize semaines par année (par année civile : 52 semaines - 13 semaines de vacances = 39 semaines de travail effectif;  $13 : 39 \times 100 = 33,33\%$ ). L'on doit considérer qu'elle a été servie à la recourante pour lui permettre d'accumuler les ressources nécessaires pour les jours de vacances dont elle a pu effectivement bénéficier durant les vacances scolaires (étant admis par les parties qu'elles ont été prises en juillet, octobre et décembre 2000). Le solde des jours sans travail devait dès lors être indemnisé normalement, savoir par le versement d'une indemnité compensatoire fondée sur le gain intermédiaire réalisé durant le mois en question, déduction faite du pourcentage versé à titre d'indemnité de vacances. En application des circulaires du seco, la caisse aurait donc dû déterminer le montant des indemnités compensatoires auxquelles la recourante pouvait prétendre aux mois de juillet, octobre et décembre 2000, en tenant compte de la part de l'indemnité de vacances qu'elle avait retranchée durant les mois précédents. Or, ayant précisément omis de le faire, elle était fondée à corriger cette erreur dont l'importance est notable au sens de la jurisprudence (DTA 2000 n° 40 p. 208). Cette manière de faire est par ailleurs conforme à la directive du seco publiée à l'attention des caisses de chômage au Bulletin MT/AC, 98/3, fiche 2/1, dont le chiffre 2.3, qui vise expressément l'hypothèse des "gains intermédiaires avec horaire de travail irrégulier", prévoit que seule l'indemnité de vacances acquise par l'assuré avant ses vacances, éventuellement au cours de plusieurs gains intermédiaires, doit être prise en compte au titre du gain intermédiaire pour la période litigieuse, comme jugé par le Tribunal fédéral des assurances dans l'arrêt précité du 18 juin 1999 (DTA 2000 p. 33 n° 7, consid. 4 in fine), ainsi que par le Tribunal de céans dans un arrêt récent (PS 2001/0162 du 12 mars 2002). En d'autres termes, il n'y avait pas lieu de se départir du principe général selon lequel

seul le montant des indemnités de vacances acquises, comparable à une "provision" dont l'intéressé dispose lorsqu'il prend effectivement ses vacances, doit être considéré comme un gain afférent à cette période de vacances.

#### **E. 4**

Au regard de la méthode précitée, dont l'application n'est à juste titre pas contestée par la recourante, il reste à vérifier si les calculs à proprement parler ont été effectués de manière correcte ou non. L'examen peut se limiter au mois de juillet 2000, dans la mesure où, pour la période révisée de juin à décembre 2000, la recourante soutient en réalité que seul le calcul pour ce mois est inexact. Selon la recourante, l'autorité intimée aurait retenu un salaire de base pour le mois de juillet 2000 de 611.55 fr., alors qu'il s'élevait en réalité à 775.35 fr.. A l'instar de la recourante, force est de constater que l'attestation de gain intermédiaire que l'employeur a fait parvenir à la caisse pour le mois de juillet 2000 fait effectivement état d'un salaire de base de 775.35 fr. (soit 611.55 fr. + 163.80 fr.) et non de 611.15 fr. comme le relève l'autorité intimée dans la décision attaquée. L'indemnité de vacances déduite au mois de juillet 2000 était donc de 258.45 fr. et non de 203.85 fr., d'où une indemnité de vacances accumulée par la recourante au mois de juillet 2000 de 819.05 fr. et non de 764.45 francs. Conformément à la méthode applicable dans le cas d'espèce, il faut ensuite encore convertir ce montant en jours de travail. Ainsi, tenant compte d'un gain journalier de 207.35 fr., qui n'est pas contesté, l'on parvient pour le mois de juillet 2000 à 3,95 jours de travail, arrondis à 3 jours (819.05 fr./207.35 fr.). S'il est ainsi vrai que l'autorité intimée a tenu compte de chiffres inexacts pour le mois de juillet 2000, ce n'est pas le cas du seco et de la caisse qui ont quant à eux correctement estimé le salaire de base de la recourante et la déduction de l'indemnité de vacances pour ce mois, de sorte que la décision de la caisse du 2 octobre 2001 était fondée tant dans ses considérants que dans son dispositif et devait par conséquent être confirmée. Par ailleurs, on relèvera que l'erreur de l'autorité intimée n'a pas d'incidence, dans la mesure où, une fois arrondi, le nombre de jours qui doivent être retranchés pour le mois de juillet 2000, soit trois jours, est identique. Les opérations ultérieures opérées par la caisse ne sont pas critiquées, à juste titre d'ailleurs. Les trois jours dont il est question ci-dessus ont effectivement été retranchés du mois de juillet 2000, de sorte que seuls 14,3 jours devaient être indemnisés durant ce mois. Tenant compte d'une indemnité journalière de 145.15 fr., la recourante pouvait dès lors prétendre, pour ce mois, à un montant net au titre de l'assurance-chômage de 1'889.15 fr., ce qui correspond à un montant brut de 2'075.65 fr. (14,3 x 145,15 fr.). La recourante ayant perçu pour ce mois un montant de 2'286.95 fr., c'est à juste titre que la caisse lui a demandé de restituer la différence, soit 397.80 francs. Additionné aux indemnités compensatoires perçues en trop durant les mois d'octobre et décembre 2000, calculées selon la même méthode, et qui ne sont pas contestées par la recourante, force est d'admettre que la décision entreprise est fondée tant dans son principe que dans sa quotité. Partant, le recours doit être rejeté. Le présent arrêt sera rendu sans frais conformément à l'art. 103 al. 4 LACI.

#### **E. 5**

Sont irrecevables, dans la présente procédure, les griefs formulés par la recourante sur le montant des indemnités journalières qu'elle a perçues du mois de janvier 2001 au mois de juillet 2001 : le Tribunal de céans n'a pas à se prononcer sur cette question qui ne fait pas l'objet des décisions litigieuses.

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