

VD_OMNI PS.2005.0060 vom 16. Dezember 2005

VD Tribunal cantonal, 2005-12-16, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_PS.2005.0060

FR: VD_OMNI PS.2005.0060 du 16 décembre 2005

IT: VD_OMNI PS.2005.0060 del 16 dicembre 2005

Regeste

X. c/Caisse de chômage de la CVCI, Office régional de placement de Lausanne | Le tribunal a établi au degré de vraisemblance prépondérante que l'activité de l'ancien patron d'un garage qui continue d'être présent dans les locaux après la faillite et la reprise de l'exploitation du garage par une nouvelle société, en donnant des coups de mains non rémunérés, doit être assimilée à une activité bénévole à 100 %. Imputation rétroactive d'un gain intermédiaire fictif et demande de restitution confirmées par le TA.

Erwägungen

E. 1

Déposé dans le délai de 30 jours fixé par l'art. 60 al. 1 de la loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA), le recours est intervenu en temps utile. Il est au surplus recevable en la forme.

E. 2

Le litige porte sur la décision de la caisse d'exiger du recourant la restitution d'un montant de 14'499.45 francs représentant les indemnités de chômage perçues selon elle à tort durant la période du 1^{er} septembre au 31 décembre 2004. A teneur de l'art. 95 al. 1 de la loi fédérale du 25 juin 1982 sur l'assurance chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité (LACI), la demande de restitution est régie par l'art. 25 LPGA. Selon l'art. 25 al. 1 LPGA (première phase), les prestations indûment touchées doivent être restituées. Cette disposition est issue de la réglementation et de la jurisprudence antérieure à l'entrée en vigueur de la LPGA (ATF 130 V 319 consid. 5.2 et les références). Selon cette jurisprudence, développée à partir de l'art. 47 al. 1 LAVS (dans sa teneur en vigueur jusqu'au 31 décembre 2002) et applicable par analogie à la restitution d'indemnités indûment perçues de l'assurance chômage (cf. ATF 122 V 368 consid. 3, 110 V 179 consid. 2a, et les références), l'obligation de restituer suppose que soient remplies les conditions d'une reconsidération ou d'une révision procédurale de la décision par laquelle les prestations en cause ont été allouées (cf. arrêt du Tribunal fédéral des Assurances non publié du 16 août 2005, dans la cause C11/05 et les références citées). La reconsidération et la révision sont désormais explicitement réglées à l'art. 53 al. 1 et 2 LPGA qui codifie la jurisprudence antérieure à son entrée en vigueur : selon un principe général du droit des assurances sociales, l'administration peut reconsidérer une décision formellement en force de chose jugée sur laquelle une autorité judiciaire ne s'est pas prononcée quant au fond, à condition qu'elle soit sans doute erronée et que sa rectification revête une importance notable. En outre, par analogie avec la révision des décisions rendues par les autorités judiciaires, l'administration est tenue de procéder à la révision d'une décision rentrée en force formelle, lorsque sont découverts des faits nouveaux ou de nouveaux moyens de preuves susceptibles de conduire à une appréciation juridique différente (cf. Arrêt du

Tribunal fédéral des Assurances du 16 août 2005 précité, consid. 3 et les références).

E. 3

Les décisions litigieuses se fondent sur le fait que les investigations menées par l'ORP et par la caisse à la fin de l'année 2004 auraient établis que le recourant a poursuivi son activité auprès du garage Y. _____ Sàrl après le 21 septembre 2004. La caisse a par conséquent décidé de tenir compte d'un gain intermédiaire fictif pour les mois de septembre à décembre 2004 en raison de l'impossibilité de contrôler l'activité réelle du recourant et, sur cette base, a exigé la restitution des indemnités correspondant à cette période puisque le gain intermédiaire fictif est supérieur à ces indemnités. Le recourant quant à lui nie avoir été en relation de travail avec le garage à l'exception du remplacement effectué du 13 au 21 septembre 2004, que ce soit à titre bénévole ou non, et réfute la prise en compte d'un gain quelconque en relation avec sa présence dans le garage. Il fait valoir qu'il habite au-dessus du garage et utilise simplement le matériel bureautique mis à sa disposition par les nouveaux gérants pour rédiger sa correspondance personnelle.

a) aa) En application de l'art. 8 al. 1 de la loi fédérale du 25 juin 1982 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité (LACI), l'assuré a droit à l'indemnité de chômage si, entre autres conditions, il est apte au placement (let. f) et s'il a subi une perte de travail à prendre en considération (let. b). Il y a lieu de prendre en considération la perte de travail lorsqu'elle se traduit par un manque à gagner et dure au moins deux journées de travail consécutives (art. 11 al. 1 LACI). Est apte au placement le chômeur disposé à accepter un travail convenable et en mesure et en droit de le faire (art. 15 al. 1 LACI) ; en l'occurrence, l'ORP n'a pas formellement contesté l'aptitude au placement du recourant, de sorte que seule est litigieuse la décision de la caisse de tenir compte d'un gain intermédiaire mensuel fictif de 5'000 francs durant les mois de septembre à décembre 2004.

bb) En application 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. En vertu de l'art. 24 al. 3 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. Lorsque l'assuré réalise un revenu inférieur à l'indemnité de chômage à laquelle il peut prétendre, il a droit à des indemnités compensatoires pendant le délai-cadre d'indemnisation (art. 41a al. 1 OACI). Lorsque l'assuré réalise un revenu supérieur à son indemnité de chômage, l'éventuelle perte de gain qu'il subit n'ouvre pas le droit à l'indemnité puisqu'elle reste dans les normes du travail convenable selon l'art. 16 LACI (Seco, Circulaire relative à l'indemnité de chômage, janvier 2003, no B 45)

cc) La jurisprudence a précisé qu'un assuré ne perd pas son droit à l'indemnité du seul fait qu'un salaire, annoncé comme gain intermédiaire à la caisse de chômage, est inférieur aux usages professionnels et locaux. Dans cette hypothèse, il a droit à la compensation de la différence entre le gain assuré et le salaire correspondant aux usages professionnels et locaux (ATF 120 V 252 consid. 5e). Un salaire fictif, conforme à ces usages, remplace alors le salaire réellement perçu par l'assuré, pour le calcul de sa perte de gain (arrêts PS.2002.0016 du 11 août 2004 ; PS.2000.0011 du 28 août 2000 ; PS.1999.0145 du 23 mars 2000). On rappelle que la condition d'une rémunération conforme aux usages professionnels et locaux a pour but d'empêcher le dumping salarial à charge de l'assurance chômage (OFIAMT - actuellement seco -, Bulletin AC 94/1 fiche 3/11; cf. ég. DTA 1998, p. 179, sp. 181).

dd) Enfin, selon la jurisprudence, lorsqu'un assuré exerce une activité qui devrait normalement n'être fournie que contre rémunération mais que celle-ci fait défaut, par exemple en cas de bénévolat, il faut prendre

en compte un gain intermédiaire présumé, soit le gain qui aurait normalement dû être réalisé eu égard aux usages professionnels et locaux (outre ATF 120 V, déjà cité, v. DTA 2000, n. 32). On appliquera la même règle par analogie lorsque l'activité ne vise pas un but lucratif mais tend à maintenir l'assuré en situation d'être engagé sur le marché du travail (v. arrêt PS.2003.0023 du 5 septembre 2003). b) Dans le cas d'espèce, il convient de vérifier en premier lieu si l'autorité intimée a considéré à juste titre que le recourant a travaillé pour le garage Y. _____ Sàrl entre le 22 septembre et le 31 décembre 2004. Cas échéant, il convient ensuite d'examiner quels sont le taux d'activité et le revenu à prendre en considération. aa) S'agissant d'une question de fait, il y a lieu d'examiner en premier lieu quel est le degré de preuve requis. Dans le domaine des assurances sociales, le Tribunal fédéral des assurances a posé des règles particulières en matière de preuve. S'agissant d'une administration de masse, c'est la règle du degré de vraisemblance prépondérante qui prévaut, la preuve stricte étant toutefois exigée lorsqu'un procès est pendant ou lorsque la loi le prévoit expressément (ATF 125 V 195 cons. 2 ; 124 V 400, cons. 2a/b; 121 V 204, cons. 6b; 121 V 5, cons. 3b; 119 V 7, cons. 3c/aa ; v. également, Thomas Locher, Grundriss des Sozialversicherungsrechts, Bern 1994, p. 331 no 30; Alfred Maurer, Bundessozialversicherungsrecht, Basel und Frankfurt a. M. 1993, pp. 422-423). Selon le principe de la vraisemblance prépondérante, un fait est considéré comme établi lorsqu'il est non seulement possible, mais qu'il correspond encore à l'hypothèse la plus vraisemblable parmi toutes les possibilités du cours des événements (ATF 125 V 195 cons. 2 ; 121 V 45 consid. 2a; ATF 121 V 208 consid. 6b; 119 V 7 cons. 3c; TA, arrêt PS 97/0114 du 7 octobre 1997 ; U. Kieser, ATSG – Kommentar, Zurich-Bâle-Berne 2003, § 23 ss ad art. 43 LPGa, p. 436). bb) En l'occurrence, il est établi que le recourant utilisait le matériel informatique du garage pour sa correspondance et qu'il y a en outre travaillé contre rémunération du 13 au 21 septembre 2004, avant d'être licencié avec effet immédiat. Outre cette période, il nie avoir été en relation de travail avec le garage mais admet qu'il y était présent très régulièrement, puisqu'il habitait au-dessus et s'y sentait "dans son élément", et qu'il rendait de menus services en échange de la mise à disposition de l'ordinateur et occasionnellement d'une voiture. Il n'explique pas toutefois pour quelle raison son contrat a été résilié avec effet immédiat le 21 septembre 2004, ni en quoi les menus services qu'il admet avoir continué à rendre après le 21 septembre 2004 revêtaient un caractère fondamentalement différent de l'activité exercée durant la période du 13 au 21 septembre 2004, pour laquelle il a reçu un salaire. Si l'on se réfère aux explications de B. _____ (cf. son courrier du 14 octobre 2004), le recourant aurait été engagé du 13 au 21 septembre 2004 pour le remplacer durant ses vacances, et le contrat aurait été prévu dès le départ à durée déterminée. On en déduit qu'en tant que remplaçant du responsable-gérant, le recourant s'est notamment chargé durant cette période de tenir la réception du garage, d'accueillir les clients, de superviser le fonctionnement du garage, voire de s'occuper des démarches administratives courantes. Il a toutefois continué d'être présent au garage de façon régulière après cette date, et, selon ses propres termes, de s'y rendre utile, en répondant au téléphone, en lavant ou en déplaçant une voiture, et à l'occasion en accueillant les clients (cf. rapport de l'inspection du travail du 23 novembre 2004), soit un rôle nettement plus actif que le fait de rédiger sa correspondance sur l'ordinateur du bureau, et qui correspond plutôt à l'activité décrite précédemment durant le remplacement du 13 au 21 septembre 2004. On relèvera que le recourant ne pouvait se rendre utile de cette façon que parce qu'il connaissait parfaitement le garage et l'avait dirigé pendant dix ans, ce qui sous-entend que sa présence, même à titre bénévole, avait nécessairement un impact sur les clients et les employés et le fonctionnement du garage en

général. On retiendra encore que, lors de l'audience, le recourant a expliqué avoir demandé à travailler "sérieusement" au garage à partir du mois de septembre 2004, raison pour laquelle il avait été engagé pour remplacer B. _____ durant plusieurs semaines à partir du 13 septembre 2004. Finalement, B. _____ aurait été absent moins longtemps que prévu et le garage aurait dû renoncer à engager une personne supplémentaire par manque de liquidités. Si l'on retient cette dernière version fournie lors de l'audience, qui diffère quelque peu de celle donnée précédemment par B. _____, il apparaît que c'est essentiellement le manque de trésorerie qui a en fait justifié de mettre un terme à l'engagement de A. _____ avec effet immédiat au 21 septembre 2004. L'audience a également permis de mettre en évidence que l'exploitation du garage, après la faillite du recourant, a été reprise par B. _____ et un ancien employé, tous deux connaissance de longue date du recourant, et que l'idée avait toujours été de lui permettre de revenir travailler dans "son" garage. Ainsi, même si son activité n'avait apparemment aucune contrepartie financière, l'hypothèse la plus vraisemblable est que le recourant se trouvait directement impliqué dans la bonne marche du garage et que sa présence ne pouvait s'expliquer seulement par la nécessité de rédiger ses offres d'emploi ou par le fait que, en tant que voisin, il entretenait de bons rapports avec l'employé et le nouveau responsable. Il est ainsi établi au degré de la vraisemblance prépondérante que le recourant avait une place privilégiée dans le fonctionnement du garage, même à titre bénévole, et qu'il était directement impliqué dans son exploitation. Dès lors, c'est à juste titre que la caisse a retenu que le recourant avait poursuivi son activité au service de Y. _____ Sàrl après le 21 septembre 2004. c) Cela étant, il convient encore d'examiner quel est le taux d'activité et le gain intermédiaire qui peuvent être pris en considération. aa) Selon le Seco, l'activité dont l'horaire de travail n'est pas contrôlable sera réputée activité à plein temps (OFDE, Bulletin AC 98/1 précité). Le Tribunal administratif a eu l'occasion de préciser que cette présomption n'impliquait pas pour l'assuré l'obligation de rapporter une preuve absolue de l'horaire pratiqué dans le cadre d'un gain intermédiaire (arrêts TA PS.1996.0128 du 18 novembre 1996, PS.1999.0159 du 16 mai 2000). En particulier, les caisses ne peuvent pas écarter l'horaire de travail allégué par un assuré et documenté de manière crédible par celui-ci, pour appliquer la présomption posée par le Seco, alors que celle-ci ne repose sur aucune disposition légale ou réglementaire particulière. Interprétée de manière raisonnable, la directive du Seco permet seulement de faire jouer la présomption d'une activité à plein temps lorsque l'assuré refuse sa collaboration ou fournit des documents sans caractère fiable (arrêt TA PS.1995.0248 du 5 octobre 1995). En l'espèce, il est établi au degré de la vraisemblance prépondérante que le recourant se trouvait quasi quotidiennement dans le garage. En particulier, les observations de D. _____ selon lesquelles il était présent chaque jour soir et matin n'ont pas été contestées. La proximité de son logement et le fait que le recourant, comme il l'a expliqué lors de l'audience, préfère se trouver dans les locaux du garage plutôt que chez lui montrent au surplus qu'il s'y trouvait une grande partie de la journée. En outre, on peut penser que le recourant, qui espérait travailler à nouveau contre rémunération le plus vite possible, avait à cœur de faire son possible pour que la situation du garage s'améliore et qu'il ne comptait pas ses heures. Dans ces conditions, on ne saurait reprocher à la caisse d'avoir retenu une activité à plein temps. bb) Appelée à déterminer un gain conforme aux usages en application de l'art. 24 al. 3 LACI, la caisse a retenu le montant de 5'000 francs qui correspond au salaire que réalisait le recourant lorsqu'il était à la tête du garage. Compte tenu de l'expérience du recourant et de sa connaissance du fonctionnement du garage, ce montant paraît correct et échappe à la critique. Le recourant n'a d'ailleurs pas contesté ce

mode de calcul, se bornant à contester le principe de la prise en compte d'un gain intermédiaire. 4. Le fait qu'il ait été établi, au degré de preuve de la vraisemblance prépondérante, que le recourant a travaillé durant la période litigieuse avec un gain mensuel fixé à 5'000 fr. en application de l'art. 24 al. 3 LACI constitue un fait nouveau au sens de la jurisprudence, fait dont la caisse n'avait pas connaissance lorsqu'elle a versé les indemnités chômage correspondant aux mois de septembre, octobre et novembre 2004. Pour ces indemnités, les conditions d'une révision procédurale sont réunies et la décision de restitution doit être confirmée puisque le gain mensuel est supérieur à l'indemnité chômage. Pour ce qui est du mois de décembre 2004, il résulte du dossier produit par la caisse que l'indemnité a été versée le 23 décembre 2004, soit à un moment où la caisse avait déjà été informée par l'ORP de ses doutes au sujet des activités du recourant et où elle avait pris connaissance du rapport de l'inspection du travail de la commune de Lausanne. Il apparaît par conséquent douteux que la caisse puisse invoquer l'existence d'un fait nouveau pour exiger la restitution de cette indemnité. Cette question peut cependant être laissée ouverte dès lors que, si l'on considère que les faits étaient connus, c'est manifestement à tort que la caisse a versé l'indemnité pour le mois de décembre 2004, de sorte que les conditions d'une reconsidération au sens de l'art. 53 al. 2 LPGA sont réunies. La restitution de cette indemnité peut par conséquent également être exigée. 5. Il convient encore d'examiner si la caisse aurait pu d'emblée renoncer à la demande de restitution des indemnités versées durant la période litigieuse. a) En application de l'art. 25 LPGA, les prestations indûment touchées doivent être restituées (al. 1^{er}, 1^{ère} phrase). Toutefois, la restitution ne peut être exigée lorsque l'intéressé était de bonne foi et qu'elle le mettrait dans une situation difficile (al. 1^{er}, 2^e phrase). Aux termes de l'art. 3 al. 3 de l'ordonnance du 11 septembre 2002 d'application de la LPGA, l'assureur décide de renoncer à la restitution lorsqu'il est manifeste que les conditions d'une remise sont réunies. Dans les autres cas, la demande de remise doit être présentée par écrit, motivée et accompagnée des pièces nécessaires, dans un délai de 30 jours à compter de l'entrée en force de la décision attaquée (art. 4 al. 4 OPGA). b) En l'espèce, on ne saurait reprocher à la caisse de n'avoir pas renoncé d'emblée à la restitution. On ne se trouve en effet pas dans une hypothèse où il est « manifeste » que les conditions de l'art 25 al. 2 LPGA relatives à la bonne foi et à la situation du recourant sont remplies. La question de savoir si l'obligation de restitution place le recourant dans une « situation difficile » au sens de l'art. 25 al. 2 LPGA implique notamment d'effectuer un certain nombre d'investigations. Il appartiendra par conséquent au recourant de déposer cas échéant une demande de remise lorsque la décision relative à la restitution sera définitive. 6. Il découle des considérants qui précèdent que le recours, mal fondé, doit être rejeté, et les décisions attaquées confirmées.