

VD_OMNI PS.2005.0278 vom 12. Dezember 2005

VD Tribunal cantonal, 2005-12-12, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_PS.2005.0278

FR: VD_OMNI PS.2005.0278 du 12 décembre 2005

IT: VD_OMNI PS.2005.0278 del 12 dicembre 2005

Regeste

X c/Caisse de chômage de la CVCI, Office régional de placement de Lausanne | Lorsque le gain intermédiaire qu'un assuré retire d'une activité lucrative indépendante de médecin n'est pas inférieur au tarif généralement pratiqué en Suisse, la caisse de chômage n'est pas en droit d'imputer un gain intermédiaire fictif à cet assuré, à plus forte raison si aucun indice ne permet de douter de son aptitude au placement.

Erwägungen

E. 1

L'assuré a droit à l'indemnité de chômage si, entre autres conditions, il est apte au placement (art. 8 al. 1 lit. f LACI) et s'il a subi une perte de travail à prendre en considération (art. 8 al. 1 lit. b LACI). 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, dont la décision sur l'aptitude au placement du recourant est aujourd'hui définitive, a estimé que celui-ci réunissait ces deux conditions. Le litige a principalement trait dans le cas d'espèce au gain intermédiaire fictif de 460 fr.80 par jour de travail, ce à compter de mars 2005 que la caisse de chômage a imputé de l'indemnité due au recourant de mars à juillet 2005. On rappelle à cet effet la teneur de l'art. 24 al. 1 LACI (dans sa teneur en vigueur depuis le 1^{er} juillet 2003): « 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. Le taux d'indemnisation est déterminé selon l'art. 22. Le Conseil fédéral fixe le mode de calcul du gain retiré d'une activité indépendante. » a) 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 son indemnité de chômage, il a droit à des indemnités compensatoires pendant le délai-cadre d'indemnisation (art. 41a al. 1 OACI). N'est en revanche pas prise en considération la perte de travail pour laquelle le chômeur a droit au salaire (art. 11 al. 3 LACI) ; pour le Secrétariat d'Etat à l'économie (ci-après : seco), il doit s'agir de prestations découlant d'un rapport de travail et qui correspondent à de réelles prétentions de salaire (Circulaire relative à l'indemnité de chômage - IC -, janvier 2003, B53 et ss). Selon les directives du seco relatives à l'art. 24 al. 3 LACI, la caisse doit examiner si le salaire est conforme aux usages professionnels et locaux en se fondant sur les prescriptions légales, la statistique des salaires usuels de l'entreprise ou de la branche, les contrats types ou les conventions collectives de travail. Elle peut également, cas échéant, se procurer les directives émises par les associations professionnelles (v. seco, Circulaire IC C95). La

conformité aux usages professionnels et locaux d'une rémunération n'est pas toujours simple à déterminer. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral des assurances (citée in OFIAMT - actuellement seco -, Bulletin AC 94/1 fiche 3/11), deux principes fondamentaux doivent être pris en considération : l'assuré qui réalise un gain intermédiaire dans la profession qu'il a apprise doit être rémunéré comme employé qualifié de cette profession, d'une part ; l'assuré qui exerce une activité dans une profession qu'il n'a pas apprise doit être rémunéré d'après le salaire moyen usuel de la branche, d'autre part. 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 (Bulletin AC 94/1 fiche 3/11; cf. ég. DTA 1998, p. 179, sp. 181). 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), cela même si 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) Lorsque l'assuré prend une activité indépendante pour éviter d'être au chômage, celle-ci est assimilable à une activité salariée dans la mesure où il continue à remplir les conditions dont dépend le droit à l'indemnité, notamment celle de l'aptitude au placement (seco, circulaire, C105). Le revenu provenant d'un gain intermédiaire est à prendre en compte dans la période de contrôle au cours de laquelle le travail a été effectué (art. 41a al. 5 OACI, en vigueur depuis le 1^{er} juillet 2003), la pratique selon laquelle un revenu est réputé réalisé au moment où la prestation de travail est fournie, confirmée par l'ATF 122 V 371, cons. 5b, ayant été codifiée par le nouveau texte de loi. Cette disposition précise en outre que les frais attestés de matériel et de marchandise sont déduits du revenu brut, les autres dépenses professionnelles faisant ensuite l'objet d'une déduction forfaitaire s'élevant à 20 % du revenu brut restant. La notion de revenu conforme aux usages professionnels s'applique également aux gains provenant d'une activité indépendante (v. arrêt PS 2000.0198 du 19 juin 2002 ; seco, circulaire, C107). On relève sur ce point que le Tribunal fédéral des assurances, en admettant que la notion d'activité conforme aux usages professionnels et locaux pouvait s'étendre aux activités indépendantes, s'est écarté de l'avis de Gerhards (Kommentar zum Arbeitslosenversicherungsgesetz, vol. 3, No 25, p. 1216), selon lequel l'exigence de la conformité aux usages professionnels et locaux ne concernait pas les cas provenant d'une activité indépendante (v. ATF 120 V 515, consid. 4b/bb). Dans l'arrêt précité, le Tribunal fédéral a ainsi considéré que l'assuré, qui exerçait une activité de conseiller indépendant en matière d'assurance-chômage et qui renonçait à certaines rétributions ou les réduisait ne percevait pas une rémunération conforme aux usages professionnels; il convenait toutefois de déterminer s'il rendait des services gratuits en dehors de tout contrat ou concluait des mandats gratuits ou à tarif réduit dont la rémunération devait être réexaminée par rapport aux usages professionnels et locaux (ibid.,

consid. 5, p. 524). Dès lors, l'assuré qui poursuit l'exercice d'une activité lucrative indépendante après s'être inscrit au chômage est en principe en mesure d'en retirer un gain intermédiaire conforme aux usages locaux et professionnels, même s'il prétend ne pas en avoir obtenu de revenu (arrêt PS 1997.0061 du 20 juin 1997). Dans l'espèce jugée alors par le Tribunal administratif, l'assurée prétendait ne pas avoir retiré de gain d'une activité indépendante à laquelle elle consacrait pourtant, selon ses propres déclarations, plus d'une centaine d'heures par mois depuis son inscription à l'assurance-chômage. c) En revanche, les gains accessoires ne sont pas pris en considération dans le calcul du gain intermédiaire (art. 24 al. 3, deuxième phrase, LACI); à teneur de l'art. 23 al. 3, deuxième phrase, LACI : « 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. » Dans un arrêt récent PS 2004.0140 du 14 mars 2005, le Tribunal administratif a ainsi qualifié le gain modique que retirait un assuré, dont l'aptitude au placement avait été confirmée par l'autorité compétente, de sa propre société à laquelle il consacrait tout son temps disponible durant le week-end. De même, dans un arrêt PS 2004.0195 du 10 novembre 2004, le Tribunal administratif a qualifié de gain accessoire le gain que retirait un assuré doctorant d'une activité de samaritain à raison de 2 heures par semaine sur une période de 39 jours (il est à relever que le revenu que le même assuré retirait d'une activité de gardien de bain durant deux étés consécutifs, avec un cahier des charges permettant un temps de travail allant jusqu'à 50 heures par semaine, a été qualifiée de gain intermédiaire ; v. en outre, à titre d'exemples de gains accessoires, ATF 126 V 207, qui traite du cas d'un joueur de hockey sur glace semi-professionnel, et 123 V 230 consid. 3c ; DTA 2000, no 32 ; TA, arrêts du 7 mars 2002, PS 2001.0130 et du 3 juin 2002, PS 2001.0140, s'agissant d'un travail de conciergerie). En revanche, dans un arrêt PS 2001.0014 du 28 novembre 2002, il a jugé que le gain réalisé par un ingénieur ETS, pour financer ses études, dans un restaurant, le soir et les week-ends (soit un horaire hebdomadaire de 35 heures) pouvait, compte tenu du revenu moyen de 2'500 francs par mois qu'il retirait de cette activité, entrer en considération comme un gain intermédiaire (v. dans le même sens, ATFA C 357/97 du 12 janvier 1999).

E. 2

En l'occurrence, l'autorité intimée a successivement invoqué deux motifs à l'appui de sa décision de retenir un gain intermédiaire fictif supérieur à celui effectivement perçu par le recourant. a) En premier lieu - encore que cela ne soit pas très clair - elle a d'abord soutenu, dans sa première décision, que la rémunération offerte par la Dresse B. _____ au recourant n'était pas conforme aux usages professionnels et locaux. Le recourant et la Dresse B. _____ n'ont cependant, en dépit des termes utilisés pour désigner leurs relations, jamais été liés par un contrat de travail à proprement parler. Certes, les parties au contrat se sont référées aux directives de la FMH sur l'assistantat médical, lequel est effectivement régi par les articles 319 et ss CO. Or, la Dresse B. _____, dans sa correspondance du 6 juin 2005 à la CVCI, a expressément déclaré qu'elle n'avait jamais eu besoin d'un assistant et que le contrat du 15 février 2005 n'avait d'autre objectif que de rendre service au recourant dans une situation où il lui était impossible d'exercer sa profession. Le recourant n'a donc jamais été l'assistant de la Dresse B. _____ et par conséquent, n'était pas salarié de cette dernière. En réalité, on retire des explications concordantes de la Dresse B. _____ et du recourant que la première a mis à la disposition du second ses propres locaux et ses infrastructures, afin que celui-ci puisse se constituer une clientèle et la recevoir. L'autorité intimée elle-même l'admet du reste dans la

décision attaquée. Quoiqu'il en soit de la nature de ce contrat composite, l'essentiel est de retenir que le recourant n'était en tout cas pas subordonné à la Dresse B. _____ dans l'exercice de son activité ; or, c'est pourtant la caractéristique d'un contrat de travail. Force est donc de retenir que l'activité que le recourant a embrassée du 24 janvier au 31 juillet 2005 est bien celle d'un indépendant ; celui-ci est donc en principe en mesure d'en retirer un gain intermédiaire conforme aux usages locaux et professionnels. Le revenu du recourant dépendait des honoraires provenant de sa propre clientèle, encaissés par le cabinet de la Dresse B. _____. Du chiffre 6.1 du contrat le liant avec cette dernière et des gains intermédiaires déclarés, on retire que le recourant exigeait en moyenne de ses patients environ 100 francs par consultation (1'229 fr.65 d'honoraires : 60% : 21 consultations = 97 fr.60) ; sur ce montant, il en percevait 60%, le solde étant dû au cabinet, en contrepartie de la jouissance des locaux et de l'usage des infrastructures. L'autorité intimée, qui a de façon hâtive évoqué le « dumping salarial » dans sa première décision, ne prétend pas dans la décision attaquée que le montant qui revient au recourant serait inférieur au tarif généralement pratiqué en Suisse par les médecins pratiquant (appelé TARMED) ; à tout le moins, il ne s'y est pas référé. Elle semble du reste avoir renoncé finalement à invoquer ce motif. Dès lors, il n'apparaît pas ici que le gain intermédiaire déclaré soit non conforme aux usages locaux et professionnels en vigueur. b) L'autorité intimée a invoqué un second motif sur lequel repose exclusivement la décision attaquée. Elle constate que les perspectives pour le recourant de retirer une rémunération convenable de cette activité de médecin spécialiste en acupuncture dans un cabinet médical privé étaient trop aléatoires et que celui-ci aurait contribué en quelque sorte à accroître son dommage en poursuivant cette activité au lieu d'effectuer un nouveau stage dans un hôpital. Il n'appartient en effet pas à l'assurance-chômage de financer indirectement, en octroyant une indemnité pleine et entière, sans tenir compte du gain intermédiaire, l'exercice par l'assuré d'une activité au demeurant non rentable. Cela étant, ce second motif ne résiste pas davantage que le premier à l'examen. L'autorité intimée évoque ici sans le dire expressis verbis la problématique de l'aptitude au placement. On rappelle en effet que selon l'art. 15 al. 1 LACI, est réputé apte à être placé le chômeur qui est disposé à accepter un travail convenable et à participer à des mesures d'intégration et qui est en mesure et en droit de le faire. Elle sous-entend que l'activité que le recourant a choisi d'effectuer a porté atteinte à son aptitude à être placé, auprès des hôpitaux notamment. Il ressort pourtant du dossier du recourant que celui-ci a poursuivi ses recherches d'emploi, y compris durant la période où il a exercé son métier de façon indépendante. Rien du reste ne permet de douter de son aptitude au placement et il n'apparaît pas que la caisse de chômage ait demandé à l'ORP - autorité compétente en la matière - de statuer sur ce point. Dans la mesure où aucun élément ne permet de retenir que le recourant a consacré à l'exercice de cette activité indépendante davantage de temps, ce au détriment de sa disponibilité pour un éventuel futur employeur, que les indications figurant dans les attestations de gain intermédiaire délivrées à la caisse de chômage, il n'y a pas lieu de s'écarter de celles-ci. Sans doute, force est de constater qu'au vu du revenu modeste que cette activité indépendante lui aura procurée, le recourant n'a, en définitive, eu que peu de consultations. On gardera cependant à l'esprit qu'elle n'a duré que six mois.

E. 3

Les considérants qui précèdent conduisent par conséquent le tribunal à admettre le recours et à annuler la décision attaquée. Il appartiendra à l'autorité intimée, à laquelle le dossier sera retourné, ou à la Caisse cantonale vaudoise de chômage, auprès de laquelle le recourant est inscrit ensuite de la cessation par la CVCII de ses activités au 31 décembre 2005, de

recalculer le montant des indemnités dues au recourant et d'établir de nouveaux décomptes pour les mois de mars à juillet 2005, à la lumière des considérants qui précèdent. Le présent arrêt sera rendu sans frais (art. 51 LPG) et le recourant, qui a obtenu gain de cause avec l'assistance d'un conseil, a droit à des dépens, à charge de la CVCI.

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