

## **VD\_OMNI PS.2006.0098 vom 22. März 2007**

VD Tribunal cantonal, 2007-03-22, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd\\_omni\\_PS.2006.0098](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_PS.2006.0098)

FR: VD\_OMNI PS.2006.0098 du 22 mars 2007

IT: VD\_OMNI PS.2006.0098 del 22 marzo 2007

### **Regeste**

AX. /Caisse cantonale de chômage, Office régional de placement d'Yverdon-Grandson | L'assuré qui exerce une activité indépendante peut se voir imputer un gain intermédiaire fictif conforme aux usages professionnels et locaux. En l'espèce, la prise en compte d'un revenu hypothétique de 3'500 francs échappe à la critique au vu de la formation du recourant, de sa précédente activité ainsi que de son manque de collaboration.

### **Erwägungen**

#### **E. 1**

Déposé dans le délai de 30 jours fixé par l'art. 60 al. 1 de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (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 de retenir à la charge de l'assuré un gain intermédiaire fictif de 3'500 francs dès le 24 novembre 2003, d'une part, et d'exiger d'autre part, la restitution d'un montant de 27'154.20 francs représentant les indemnités de chômage perçues à tort par le recourant durant les mois de novembre 2003 à juillet 2004.

#### **E. 3**

et les références).

#### **E. 4**

a) L'assuré a droit à l'indemnité de chômage si, entre autres conditions, il est apte au placement (art. 8 al. 1 let. f LACI), et s'il a subi une perte de travail à prendre en considération (art. 8 al. 1 let. 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 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 (art. 15 al. 1 LACI). En l'occurrence, le Service de l'emploi, dont la décision est aujourd'hui définitive, a jugé le recourant apte au placement. Seule reste ainsi litigieuse, la décision de la caisse de tenir compte d'un gain intermédiaire fictif dès le 24 novembre 2003. b) Aux termes 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. Les gains accessoires ne sont pas pris en considération (art. 23 al. 3 LACI). 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). b) La réglementation sur la compensation de la différence entre le gain assuré et un gain intermédiaire (art. 24 LACI) est une norme de calcul des indemnités de chômage au sens des art. 8 ss LACI ( ATF 121 V 339 consid. 2b et 2c). 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 le salaire réellement perçu par l'assuré, pour le calcul de sa perte de gain (TA, arrêt du 14 mars 2005, PS.2004.0140 consid 1a). Les indemnités compensatoires seront calculées sur la base du salaire conforme aux usages professionnels et locaux même si l'assuré ne réalise aucun gain ou seulement un gain minimale (DTA 2002 n° 13 p. 110 consid. 5). 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. Le principe de la conformité aux usages professionnels et locaux s'applique aussi au gain intermédiaire provenant d'une activité indépendante (SECO, Circulaire relative à l'indemnité de chômage, janvier 2003, no C105 et ss).

## **E. 5**

a) Dans le domaine des assurances sociales, le juge fonde sa décision, sauf dispositions contraires de la loi, sur les faits qui, faute d'être établis de manière irréfutable, apparaissent comme les plus vraisemblables, c'est-à-dire qui présentent un degré de vraisemblance prépondérante. Il ne suffit pas qu'un fait puisse être considéré seulement comme une hypothèse possible. Parmi tous les éléments de fait allégués ou envisageables, le juge doit, le cas échéant, retenir ceux qui lui paraissent les plus probables (ATF 125 V 193, 195; 121 V 45, 47). Par ailleurs, la procédure est régie par le principe inquisitoire, selon lequel les faits pertinents de la cause doivent être constatés d'office par le juge. Mais ce principe n'est pas absolu. Sa portée est restreinte par le devoir des parties de collaborer à l'instruction de l'affaire (ATF 122 V 157, 158; 121 V 204, 210). Celui-ci comprend en particulier l'obligation des parties d'apporter, dans la mesure où cela peut être raisonnablement exigé d'elles, les preuves commandées par la nature du litige et des faits invoqués, faute de quoi elles risquent de devoir supporter les conséquences de l'absence de preuves (ATF 125 V 193, 195). b) En l'espèce, le Service de l'emploi a jugé le recourant apte au placement au motif qu'il recherchait activement du travail et présentait une disponibilité suffisante malgré l'exercice de son activité indépendante auprès de la société A.\_\_\_\_\_. La caisse de chômage, division technique et juridique, dans sa décision du 16 mars 2006, a retenu qu'un gain intermédiaire conforme aux usages professionnels et locaux devait être retenu à titre de salaire reçu par le recourant. Ce dernier conteste toutefois avoir exercé une quelconque activité indépendante durant la période où il était inscrit au chômage. Cette affirmation n'est toutefois pas crédible. Il ressort en effet du dossier et de la décision du Service de l'emploi du 1<sup>er</sup> juillet 2005 que le recourant a déclaré, dans le cadre de la procédure l'opposant à son ancien employeur, qu'il louait des locaux commerciaux pour sa société A.\_\_\_\_\_, qu'il gérait cette société avec son épouse et qu'il avait créé un site internet "C.\_\_\_\_\_.com" dédié à cette société. Il faut également constater que la nature du travail accompli par la société A.\_\_\_\_\_ était similaire à celui que le recourant exerçait auprès de son ancien employeur. Il est ainsi très probable que ce dernier était personnellement impliqué dans

l'activité de cette société. Même si le recourant n'était pas inscrit au registre du commerce en tant qu'associé-gérant de cette société, comme le mentionne à tort l'autorité intimée, il doit toutefois être retenu qu'il exerçait une activité pour cette société. Ce fait a par ailleurs été retenu par le Service de l'emploi qui a expressément renvoyé la cause à la caisse de chômage afin qu'elle statue sur la fixation du gain intermédiaire. Les arguments du recourant selon lesquels il n'aurait jamais exercé d'activité indépendante ne sont dès lors pas convaincants et ne peuvent être retenus. En effet, le recourant a refusé de fournir les renseignements demandés concernant la société pour laquelle il était pourtant associé. La version selon laquelle il n'apparaît en tant qu'associé de la société A. \_\_\_\_\_ uniquement car il avait prêté un montant de 10'000 francs à sa gérante, société qui n'a au demeurant pas d'activité, ne peut, selon le principe de la vraisemblance prépondérante, être pris en compte. Le fait qu'il n'est plus associé de cette société depuis le début de l'année 2005, n'est également pas déterminant. Il y a dès lors lieu d'admettre que le recourant a exercé une activité pour le compte de la société A. \_\_\_\_\_ après s'être inscrit au chômage et qu'il était ainsi en principe en mesure d'en retirer un gain intermédiaire conforme aux usages locaux et professionnels, même s'il prétend n'avoir obtenu aucun revenu. Dans ces circonstances, l'autorité intimée a à juste titre examiné la question de la prise en compte d'un gain intermédiaire fictif et son incidence dans le calcul des indemnités de chômage.

## **E. 6**

Dans un second moyen, le recourant conteste les montants retenus par la caisse de chômage en tant que gain intermédiaire hypothétique ainsi que le montant de la restitution. Il souligne avoir suivi une mesure active de chômage à 100% durant cinq mois à partir de décembre 2003 et avoir travaillé pour le compte de la société Z. \_\_\_\_\_ du 18 octobre 2004 au 18 janvier 2005. a) La caisse de chômage a considéré, conformément à la décision du Service de l'emploi du 1<sup>er</sup> juillet 2005, que le fait que l'opposant n'ait touché aucun salaire pour son activité auprès de A. \_\_\_\_\_ n'était pas conforme aux usages professionnels et locaux de la branche, et qu'il y avait donc lieu de tenir compte d'un gain intermédiaire fictif dès le 24 novembre 2003. Elle a ainsi constaté qu'un salaire de 20 francs de l'heure était conforme aux usages professionnels et locaux dans le cas d'espèce, soit un salaire mensuel moyen de 3'500 francs. Le recourant exerçait auprès de son ancien employeur une activité de chef de projet pour un salaire mensuel moyen de 7'500 francs. Malgré le manque d'informations données par le recourant, il peut être retenu que la société A. \_\_\_\_\_ exerçait dans un domaine d'activité similaire. Ainsi compte tenu de l'activité déployée, de l'expérience du recourant et de ses qualités professionnelles, un revenu hypothétique de 3'500 francs par mois apparaît comme un minimum et échappe totalement à la critique. De plus, comme mentionné précédemment, le manque de collaboration dont a fait preuve le recourant, notamment son refus de donner des renseignements sur son activité au sein de la société dont il était pourtant associé, ne permet pas de contrôler l'activité réelle de ce dernier, l'exercice d'une activité à plein temps pouvant être présumée (TA, arrêt du 16 décembre 2005, PS.2005.0060 consid 3c; cf. également Bulletin AC 98/1, fiche 44, qui rappelle que l'activité dont l'horaire de travail n'est pas suffisamment contrôlable sera réputée activité à plein temps). La décision de la caisse de chômage, agence du Nord vaudois, du 24 octobre 2005 déclarant qu'elle prenait en compte un gain intermédiaire hypothétique de 3'500 francs doit ainsi être confirmée. b) Par une seconde décision du 24 octobre 2005, la caisse a demandé à l'assuré la restitution de la somme de 27'154.20 francs correspondant aux indemnités perçues à tort du 1<sup>er</sup> novembre 2003 au 31 juillet 2004, en tenant compte de l'activité en gain intermédiaire précitée. La réalisation d'un gain intermédiaire fictif dès le

24 novembre 2003 étant établie, au degré de la vraisemblance prépondérante, la caisse était en droit de demander la restitution, au sens de l'art. 25 LPGA, des indemnités versées à tort au recourant entre le mois de novembre 2003 et juillet 2004. S'agissant du montant de la restitution, le recourant fait valoir que la caisse ne pouvait prendre en compte la réalisation d'un gain intermédiaire durant les mois où il suivait une formation à plein temps auprès de l'IFCAM, dont les cours se déroulaient le lundi, mardi et jeudi à raison d'environ 6h30 par jour. Cependant, en l'absence de collaboration de l'assuré, qui persiste à soutenir qu'il n'exerçait aucune activité pour la société A.\_\_\_\_\_, la caisse est dans l'impossibilité de contrôler l'activité réelle du recourant et ignore notamment ses horaires de travail et le temps consacré à cette activité. La caisse pouvait donc admettre que le recourant exerçait son activité indépendante également pendant les mois de décembre 2003 à avril 2004, un gain intermédiaire hypothétique de 3'500 francs pouvant être pris en compte également durant cette période. Les arguments du recourant doivent ainsi également être rejetés sur ce point. Le recourant s'oppose également à ce qu'un montant de 10'000 francs soit retenu, selon les décomptes de la caisse, à titre de gain intermédiaire pour le mois de décembre 2003. Selon les explications de la caisse de chômage, ce montant a été fixé sur la base d'un document faisant état d'un ordre d'achat pour dix licences relatives à un système informatique conclu entre D.\_\_\_\_\_ aux Etats-Unis et C.\_\_\_\_\_ et l'assuré, pour un montant total de 50'000 USD. Il ressort toutefois du dossier que le document sur lequel s'est basé la caisse est une lettre émanant du président de la société D.\_\_\_\_\_ adressée à l'ancien employeur du recourant. Or, comme le relève à juste titre le recourant, cette pièce ne constitue pas un élément probant suffisant au vu du caractère de celle-ci et des circonstances particulières du cas d'espèce. Un montant en gain intermédiaire de 10'000 francs ne peut ainsi être retenu pour le mois de décembre 2003 et la caisse doit ainsi corriger son décompte sur ce point et recalculer le montant de la restitution pour les indemnités perçues à tort par l'assuré durant les mois de novembre 2003 à juillet 2004. Le recours doit dès lors être admis sur ce point.

#### **E. 7**

Au vu des considérants qui précèdent, le recours est partiellement admis et la décision attaquée réformée en ce sens que l'opposition dirigée contre la décision de la Caisse cantonale de chômage, agence du Nord vaudois, du 25 octobre 2005 fixant le revenu intermédiaire hypothétique de l'assuré à 3'500 francs dès le 24 novembre 2003 est rejetée, cette décision étant confirmée. L'opposition dirigée contre la décision du même jour exigeant la restitution d'un montant de 27'154.20 francs pour les indemnités perçues à tort par l'assuré est par contre partiellement admise, la décision étant annulée et le dossier renvoyé à la caisse de chômage pour nouvelle décision dans le sens des considérants. Le présent arrêt sera rendu sans frais (art. 61 let. a LPGA). Malgré le sort du recours, il ne sera pas alloué de dépens au recourant qui n'obtient que très partiellement gain de cause.

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