

VD_OMNI PS.2007.0001 vom 5. Juli 2007

VD Tribunal cantonal, 2007-07-05, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_PS.2007.0001

FR: VD_OMNI PS.2007.0001 du 5 juillet 2007

IT: VD_OMNI PS.2007.0001 del 5 luglio 2007

Regeste

X. /Caisse cantonale de chômage Division technique et juridique, Office régional de placement de Lausanne | Assuré titulaire d'autorisations d'exercer pour deux établissements publics. Activité qui ne peut pas être considérée comme un gain accessoire. Confirmation de la décision de la caisse de retenir un gain intermédiaire pour une activité correspondant à 2/3 d'une activité exercée à plein temps conformément à ce qui est usuellement exigé des titulaires d'autorisations d'exercer (présence dans chaque établissement pendant au moins 1/3 de son temps).

Erwägungen

E. 1

Déposé dans le délai de trente jours prévu par l'art. 60 de la loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA, RS 830.1), le recours est au surplus recevable en la forme, de sorte qu'il y a lieu d'entrer en matière sur le fond.

E. 2

Dans ses deux décisions initiales du 15 septembre 2006, la Caisse (agence de Lausanne) a, d'une part, décidé de prendre en compte un gain intermédiaire mensuel de 1'045 fr. 35 à partir du 21 avril 2006 et, d'autre part, ordonné la restitution d'un montant de 1'799 fr. 35 correspondant à des indemnités de chômage versées à tort durant les mois d'avril, mai et juin 2006. Dans la décision attaquée (décision sur opposition du 5 décembre 2006), l'autorité intimée a confirmé, sur le principe, l'obligation de restitution en raison de l'omission de prendre en compte un gain intermédiaire. Elle a en outre considéré que ce gain intermédiaire mensuel devait être fixé à 2'316 fr. (et non pas 1'045 fr. 35) et a renvoyé par conséquent le dossier à l'agence de Lausanne afin qu'elle rende une nouvelle décision modifiant le gain intermédiaire pris en considération et, partant, le montant à restituer. Vu ce qui précède, se pose la question de savoir si l'on ne se trouve pas en présence d'une décision incidente et si celle-ci est susceptible de recours. Selon l'art. 61 al.1 LPGA, la procédure contentieuse est réglée par le droit cantonal, soit en l'occurrence par la loi du 18 décembre 1989 sur la juridiction et la procédure administratives (LJPA, RSV 173.36). Aux termes de l'art. 29 al. 3 LJPA, le recours contre une décision incidente s'exerce conjointement avec le recours contre la décision au fond, à moins que la décision incidente ne porte sur la compétence et la récusation de l'autorité saisie ou ne soit de nature à causer un préjudice irréparable; dans ces cas, elle peut faire l'objet d'un recours immédiat. S'agissant de la notion de "préjudice (ou de dommage) irréparable", on peut s'inspirer de la jurisprudence relative à l'art. 87 de l'ancienne loi fédérale d'organisation judiciaire du 16 décembre 1943 (OJ), actuellement art. 93 de la loi fédérale sur le tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF; RS 173.110). Selon cette jurisprudence, le prononcé par lequel une juridiction cantonale annule la décision et renvoie une affaire pour nouvelle décision à une autorité de

première instance, même si elle tranche définitivement certains points de droit (ATF 117 I, 398 consid. 1 et les arrêts cités), est une décision incidente, qui n'entraîne en principe aucun dommage irréparable pour l'intéressé. Toutefois, lorsque l'arrêt de renvoi ne laisse aucune latitude de jugement à l'autorité inférieure, il peut alors faire directement l'objet d'un recours, car un tel arrêt constitue pour les parties une décision qui met fin à la procédure (ATF 129 I 313 consid. 3.2 p. 317; 122 I 369 consid. 1a/bb p.42; 117 Ia 396 consid. 1 p. 398s et les arrêts cités). En l'espèce, dans sa décision sur opposition, la Caisse a tranché définitivement la question du gain intermédiaire mensuel à prendre en considération ainsi que celle du principe de l'obligation de restituer les indemnités versées à tort en raison de l'omission de prendre en compte ce gain intermédiaire. A cet égard, l'agence de Lausanne ne dispose d'aucune latitude de jugement dans le cadre de la nouvelle décision qu'elle est appelée à rendre. Partant, il y a lieu d'entrer en matière sur ces deux points (gain intermédiaire mensuel à prendre en considération et principe de l'obligation de restituer en raison de l'omission de prendre en compte ce gain intermédiaire), cette solution s'imposant notamment pour des raisons d'économie de procédure.

E. 3

Il convient d'examiner en premier lieu si, comme le soutient l'autorité intimée, un gain intermédiaire mensuel de 2'316 fr. doit être pris en considération en relation avec les autorisations d'exercer dont le recourant est titulaire ou si, comme le prétend ce dernier, on est en présence d'un gain accessoire qui ne doit pas être pris en compte comme gain intermédiaire. a) aa) En application de l'art. 24 al. 1 de la loi fédérale du 25 juin 1982 sur l'assurance chômage (LACI; RS 837.0), 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. Cette disposition prévoit également que les gains accessoires ne sont pas pris en considération (art. 23 al. 3). Selon l'art. 41a al. 1 de l'ordonnance du Conseil fédéral du 31 août 1983 sur l'assurance chômage (OACI; RS 837.02), 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. 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 (ATF C 107/05 du 18 juillet 2006 consid. 2.2; Tribunal administratif, PS.2006.0145 du 20 octobre 2006; Seco, Circulaire relative à l'indemnité de chômage, janvier 2007, no C 123). bb) Aux termes de l'art. 23 al. 3 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. La jurisprudence a toutefois précisé que le critère de l'activité exercée en dehors de l'horaire normal de travail n'était pas à lui seul décisif et qu'il convenait d'examiner son caractère accessoire par rapport au revenu provenant d'une activité principale. C'est ainsi que le gain provenant de l'activité accessoire doit rester dans une proportion faible avec le revenu de l'activité principale. Cette exigence résulte aussi de la nécessité de prendre en compte le gain réalisé en dehors de l'horaire normal de travail lorsque son importance permet de l'assimiler à un gain intermédiaire (ATF 123 V 230 consid. 3c p. 233; PS.2004.0235 du 21 avril 2006). Dans un arrêt PS.2004.0195 du 10 novembre 2004, le Tribunal administratif a qualifié d'accessoire le gain que retirait un

assuré doctorant d'une activité de samaritain à raison de 2 heures par semaine sur une période 39 jours; le revenu que le même assuré retirait d'une activité de gardien de bains durant deux été consécutifs, avec un cahier des charges permettant un temps de travail allant jusqu'à 50 heures par semaine, a par contre été qualifié de gain intermédiaire. Dans un arrêt PS.1997.0159 du 9 octobre 1997, le Tribunal administratif a jugé qu'un revenu d'environ 500 francs réalisé dans le cadre d'une activité de concierge exercée à raison d'un peu plus de 6 heures par semaine, en sus d'une activité d'agent de sécurité exercée sur appel à un taux fluctuant entre 15% et 45% pour un revenu moyen mensuel inférieur à 1'000 fr., ne constituait pas un gain accessoire. b) aa) En l'occurrence, la Caisse a retenu un gain intermédiaire mensuel de 2'316 fr. en se fondant sur le fait que le recourant est titulaire de l'autorisation d'exercer prévue par les art. 4 et 34 de la loi cantonale du 26 mars 2002 sur les auberges et les débits de boissons (LADB; RSV 935.31) pour deux établissements publics lausannois, à savoir le Bar à cafés "Y. _____" et le kebab "Le C. _____". Elle rappelle que, selon l'art. 37 LADB, le titulaire de l'autorisation d'exercer répond de la direction en fait de l'établissement et que, selon un arrêt rendu par le Tribunal administratif le 26 avril 2005 (GE.2004.0122), le responsable doit assurer une présence dans l'établissement pendant au moins le tiers de son temps, correspondant à environ un 30%. Elle en déduit que le recourant consacre 60% de son temps aux deux établissements pour lesquels il dispose de l'autorisation d'exercer, ce qui implique un salaire mensuel de 2'316 fr. si l'on se fonde sur la rémunération prévue par la Convention collective cantonale de travail pour les hôtels, restaurants et cafés (salaire mensuel brut minimum de 3'800 fr. pour une personne ayant des responsabilités particulières). Pour sa part, le recourant ne conteste pas qu'il dispose de l'autorisation d'exercer pour les deux établissements. Il soutient cependant qu'il s'agit d'un gain accessoire, qui ne fait pas partie du gain assuré (art. 23 al. 3 LACI) et ne peut pas être pris en considération au titre de gain intermédiaire. bb) Aux termes de l'art. 4 al. 2 LADB, l'autorisation d'exercer est délivrée à la personne physique qui est responsable de l'établissement. C'est par conséquent à juste titre que l'autorité intimée a considéré que, en sa qualité de responsable, le recourant est censé travailler plusieurs heures quotidiennement dans les établissements pour lesquels il dispose de l'autorisation d'exercer. Compte tenu des obligations résultant de la LADB, on ne saurait ainsi suivre le recourant lorsqu'il soutient qu'il ne passe que "occasionnellement" dans les établissements pour lesquels il dispose de l'autorisation d'exercer. Certes, ce dernier explique avoir exercé cette activité pendant plusieurs années à côté d'autres activités exercées à plein temps. Cette affirmation doit toutefois être relativisée dans la mesure où, selon les pièces du dossier (voir notamment le curriculum vitae figurant au dossier de l'ORP), il n'a pas eu d'autres activités de 2000 à 2004 et a exercé une activité d'agent de sécurité du 2 novembre 2004 au 31 janvier 2006 à titre auxiliaire. Il ressort ainsi du dossier qu'il n'a travaillé à plein temps qu'au mois de février 2006 (huissier de sécurité pour l'entreprise A. _____) et du 6 mars 2006 au 20 avril 2006 comme gérant du B. _____. Dans ces circonstances, on ne saurait considérer l'activité de responsable des établissements "Y. _____" et "le C. _____" comme une activité accessoire au sens de l'art. 23 al. 3 LACI. Partant, c'est à juste titre que la Caisse a retenu l'existence d'un gain intermédiaire. cc) Il convient encore d'examiner quel est le taux d'activité et, partant, le montant du gain intermédiaire qui doivent être pris en considération. Dans le domaine des assurances sociales, la procédure est régie par le principe inquisitoire selon lequel les faits pertinents de la cause doivent être constatés d'office par le juge (ou l'administration), les parties ayant cependant le devoir de collaborer à l'instruction de l'affaire. Celui-ci comprend en particulier l'obligation d'apporter, dans la

mesure où cela peut raisonnablement être exigé d'elles, les preuves commandées par la nature du litige et des faits évoqués, faute de quoi elles risquent de devoir supporter les conséquences de l'absence de preuves (ATF C 107/2005 précité consid. 4.3.1 et réf). En l'occurrence, le recourant, interpellé au sujet du temps consacré à chaque établissement, a répondu qu'il lui était "extrêmement difficile" de chiffrer le nombre d'heures qu'il passe dans ces établissements (cf. observations du 11 mai 2007). Dans ces circonstances, on pourrait considérer que son horaire de travail n'est pas contrôlable et qu'il convient par conséquent, en application des directives du SECO, de prendre en compte une activité à plein temps (cf. Bulletin MT/AC 98/1 fiche 44 qui prévoit que l'activité dont l'horaire de travail n'est pas contrôlable sera réputée activité à plein temps). En l'espèce, pour évaluer le temps consacré au recourant à chaque établissement, on peut toutefois, comme l'a fait l'autorité intimée, se fonder sur les constatations figurant dans l'arrêt du Tribunal administratif PS.2004.0122 du 26 avril 2005 dont il ressort que le titulaire de l'autorisation d'exercer, qui est la personne physique responsable de l'établissement qui bénéficie de la formation professionnelle nécessaire, doit assurer une présence dans l'établissement pendant au moins le tiers de son temps afin de contrôler le respect des dispositions légales applicables à l'exploitation de l'établissement. En outre, il ressort de cet arrêt que son contrat de travail doit être conforme à la convention collective nationale de travail des cafetiers-restaurateurs, une occupation à titre bénévole n'étant pas compatible avec la législation vaudoise qui interdit toute forme de prêt ou de location de la licence ou de l'autorisation d'exercer ou d'exploiter (article 28 al. 2 RLADB). dd) Vu ce qui précède, le fait d'avoir retenu un taux d'activité de 60% en relation avec l'activité de responsable des établissements "Y. _____" et "C. _____" ne prête pas le flanc à la critique. C'est également à juste titre que l'autorité intimée a calculé un salaire conforme aux usages professionnels et locaux en application de l'art. 24 al. 3 LACI en se fondant sur la Convention collective nationale de travail pour les hôtels, restaurants et cafés.

E. 4

Il convient encore d'examiner si, sur le principe, l'obligation de restituer les indemnités versées à tort est fondée. a) A teneur de l'art. 95 al. 1 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. ATF C 11/05 du 16 août 2005 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. ATF C 11/05 précité, consid. 3 et les références). La jurisprudence a précisé qu'une décision, passée en force de chose décidée, est sans nul doute erronée lorsqu'il n'existe aucun doute raisonnable sur le fait que la décision était erronée, la seule conclusion possible étant que tel est le cas (ATF 125 V 393). b) Dans le cas d'espèce, on a vu ci-dessus que, dès lors qu'il est titulaire d'une autorisation d'exercer pour deux établissements, le recourant est tenu de travailler dans chacun d'entre eux environ un tiers de son temps et que l'autorité intimée a par conséquent retenu à juste titre l'existence d'un gain intermédiaire correspondant à un taux d'activité de 60%. Dès lors que les indemnités de chômage ont été versées durant les mois d'avril à juin 2006 sans tenir compte de ce gain intermédiaire, on se trouve sans nul doute en présence d'une décision erronée. Partant, c'est à juste titre que la restitution des montants versés à tort a été exigée.

E. 5

Il résulte de ce qui précède que le recours doit être rejeté. Vu le sort du recours, il n'y a pas lieu d'allouer au recourant les dépens requis, les frais étant au surplus laissés à la charge de l'Etat (art. 61 let. a LPGA).

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